

**UNIJUI- UNIVERSIDADE REGIONAL DO NOROESTE DO ESTADO DO RIO
GRANDE DO SUL**

ALESSANDRA ZANFRA DE OLIVEIRA

ABANDONO AFETIVO: OS PORQUÊS DA COMPENSAÇÃO MORAL

SANTA ROSA(RS)

2013

ALESSANDRA ZANFRA DE OLIVEIRA

ABANDONO AFETIVO: OS PORQUES DA COMPENSAÇÃO MORAL.

Trabalho de Conclusão do Curso de Graduação em Direito objetivando a aprovação no componente curricular Trabalho de conclusão.

UNIJUÍ – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul.

DCJS – Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais

Orientador (a): Fernanda Serrer

SANTA ROSA (RS)

2013

Dedico este trabalho a todos que de uma ou outra forma me auxiliaram e me amparam nessas horas difíceis, para a conclusão deste trabalho monográfico.

Primeiramente quero agradecer à DEUS, acima de tudo pela vida, força, coragem e fé, me permitiu chegar até aqui.

Ao meu pai ANSELMO e minha mãe CLEUSA, que nunca mediram esforços para que eu conseguisse alcançar meus objetivos, que me ensinaram a ser sempre uma pessoa humilde e honesta independentemente de qualquer circunstância nesta vida. Também não posso esquecer-me do meu namorado ANDERSON, que também me ajudou nos momentos em que o cansaço e a vontade de desistir muitas vezes fossem maior, obrigado amor.

A minha mestre, FERNANDA, pelo seu apoio e motivação para a conclusão do trabalho monográfico, e por ter transmitido o conhecimento adquirido e me ajudado no aprendizado.

“Amar é faculdade, cuidar é dever.”

Ministra Nancy Andriahi

RESUMO

O presente trabalho monográfico faz uma análise sobre o abandono afetivo dos pais em relação aos filhos, busca primeiramente demonstrar o conceito da família tradicional até a família contemporânea, nas quais as relações familiares estão muito mais ligadas pelo laço do afeto. Dentro deste contexto se discute sobre o abandono afetivo, suas consequências e responsabilizações civis, percebendo-se que o abandono afetivo é questão de suma importância, sendo que pode gerar danos psicológicos aos filhos abandonados, provocando reparação por danos morais.

Palavras-Chave: Família. Abandono Afetivo. Princípios. Responsabilidade Civil.

ABSTRACT

El presente trabajo monográfico hace un análisis sobre el abandono afectivo de los padres en relación a los hijos, busca demostrar el concepto de familia tradicional hasta llegar a la familia contemporánea en donde las relaciones familiares están mucho más unidas por el vínculo afectivo. Dentro de este contexto se discute el abandono afectivo, sus consecuencias y responsabilidades civiles, se percibe que el abandono afectivo es cuestión de suma importancia, siendo que puede generar daños psicológicos a los hijos abandonados provocando reparación por daños morales.

Palabras claves: Familia. Abandono afectivo. Principios. Responsabilidad civil.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1.DA FAMÍLIA TRADICIONAL À FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA.....	11
1.1 Eca e Constituição Federal: doutrina da proteção integral.....	13
1.2 Princípios protetivos da Criança e do Adolescente.....	15
1.2.1 Princípio da Dignidade da pessoa humana.....	16
1.2.2 Princípio do melhor interesse.....	18
1.2.3 Princípio da afetividade.....	19
1.2.4 Princípio da convivência familiar.....	21
1.2.5 Princípio da paternidade responsável.....	22
2 ABANDONO AFETIVO E RESPONSABILIDADE CIVIL PELOS DANOS DECORRENTES DO ABANDONO AFETIVO.....	24
2.1 Poder familiar: conceito, titularidade e exercício.....	24
2.2 Abandono afetivo e consequências.....	26
2.3 Pressupostos da responsabilidade no contexto do abandono afetivo.....	29
2.4 Aspectos teleológico da responsabilidade civil por danos morais afetivos....	34
CONCLUSÃO.....	37
REFERÊNCIAS.....	38

INTRODUÇÃO

O direito de família é um ramo do direito relacionado às relações de direitos e deveres inerentes ao contexto familiar. Todavia nota-se que a família com o decorrer do tempo passou por várias transformações como o reconhecimento da união estável e também a família monoparental como entidade familiar, sendo a família estruturada principalmente no afeto dos pais em relação os filhos.

Tem-se por objeto o estudo acerca da possibilidade da indenização pelo abandono afetivo. O seu objetivo é analisar se a falta de afeto dos pais em relação aos filhos pode gerar o dano moral e o direito a reparação civil através da indenização.

O estudo pretende desvelar os fatos geradores do dano e o que é levado em consideração para arbitrar a extensão causada pelo abandono afetivo e quais as consequências na vida daquela criança ou adolescente que esperava ansiosa pela visita de um pai ou mãe, mas que muitas vezes acabam em frustrações que são guardadas pelo resto da vida.

A pesquisa será do tipo exploratória. Utiliza no seu delineamento a coleta de dados em fontes bibliográficas, livros, artigos disponíveis em meios físicos e na rede de computadores. O presente trabalho monográfico foi dividido em dois capítulos. No primeiro capítulo será abordado o conceito da Família Tradicional à Família Contemporânea, o ECA e a Constituição Federal, conferindo destaque para a doutrina da proteção integral e para os Princípios norteadores relacionados ao abandono afetivo. E no segundo capítulo o Abandono Afetivo e Responsabilidade Civil pelos Danos decorrente do Abandono Afetivo.

1 DA FAMÍLIA TRADICIONAL À FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA

A idéia de família surgiu bem antes do Direito, dos Códigos, da ingerência do Estado e da igreja na vida das pessoas. De todos os ramos do direito, o direito de família é o mais intimamente ligado à própria vida, uma vez que as pessoas provêm de uma entidade familiar e conservam-se vinculadas a ela durante a sua existência.

A família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, na qual repousa toda a organização social. A família é considerada, uma instituição necessária e sagrada. Ela é o elemento propulsor de nossas maiores felicidades, na qual vivenciamos as nossas maiores angustias, frustrações traumas e medos.

Kátia Maciel (2009, p. 63) aponta que, nos primórdios da civilização romana e grega, a família foi uma instituição que tinha a base política e religiosa. Em um grupo familiar o afeto natural não foi à base de seu esteio, nem o poder parental ou marital a causa de sua constituição, mas o poder veio da religião do lar presidida pela figura paterna.

A Constituição Federal do Brasil, outorgada pelo império em 1824, não fez referência à família. Só em 1934 a família recebeu tratamento jurídico, mas seus integrantes não gozam da proteção especial. Com a promulgação da Constituição Federal em 1988, os familiares foram reconhecidos e tratados como sujeitos de direitos.

Segundo Karow (2012, p. 24) a família como instituição sofreu várias alterações:

A figura da família como instituição foi aquela que sofreu maiores alterações, através do ritmo da vida das pessoas e acontecimentos particulares na vida de cada um; a família patriarcal foi obrigada a ceder lugar a outros modelos familiares. Agregando a isto, a função familiar deslocou-se e seu espaço para membros alternou-se, criando um novo cenário.

Por causa destas mudanças a família firmou novos rumos, sofrendo alterações de função, natureza, de composição e de concepção.

A família teve uma nova funcionalidade, abandonando os objetivos tradicionais, passando a ser reconhecida como um lugar onde a pessoa possa desenvolver a sua personalidade, potencialidade, individualidade com respeito e dignidade, não estando mais relacionada aos interesses únicos e exclusivos do grupo familiar. Estas mudanças estão expressas no art. 226 caput, e parágrafos 3º e 4º, da Constituição Federal, que pode se apontado como grande alavanca das alterações:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

O conceito de família amplia-se juridicamente a cada dia. Recente alteração do Estatuto da Criança e do Adolescente, através da Lei nº 12.010 de 03 de agosto de 2009 em seu parágrafo único do art. 25 estabelece que: “Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.”

A jurisprudência vem reconhecendo como entidade familiar à união homoafetiva. Este fato demonstra o avanço do acompanhamento jurídico dos fatos sociais já que até pouco tempo atrás essa circunstância jamais era possível.

O Estado confere a liberdade para a escolha da formação das famílias, sendo que suas características nos modelos familiares são bem definidas e diferentes, é o que nos conceitua Karow (2009, p. 37, grifos do autor):

Enquanto que no *casamento* predomina a forma exigida a solenidade e publicidade, que lhe confere em termos, uma segurança, a *união estável* é formada pela solidariedade espontânea e duradoura. Já a *família monoparental* forma-se além de pelas circunstâncias, pela relação de amor e afinidade. E se considera a *união homoafetiva* enquanto união estável ou como sociedade de afeto, pode-se dizer que o afeto é a única característica marcante.

É importante destacar, que o ordenamento jurídico confere ao sujeito opção de escolha através dos modelos de família, à qual melhor venha adaptar-se a sua realidade. Neste momento afirma-se que o afeto ganha espaço, ao lado da possibilidade de livre escolha para a formação familiar.

A família tem se mantido como base essencial da sociedade e do Estado. A principal novidade é um sistema aberto e apto a operar com liberdade. Ela também foi funcionalizada, assim seu espaço é tido como realização do ser humano.

Conclui-se que para o novo direito de família o afeto, é ingrediente fundamental, um valor insubstituível, já que muitas famílias só têm razão de existir em função do afeto que as une.

1.1 ECA e Constituição Federal: doutrina da proteção integral

A década de 80 foi marcada por um cenário em que se almejava a democratização. O Estado autoritário recebia a contribuição do espaço público, político de reflexão sobre as práticas históricas instituídas sobre a infância.

A doutrina da proteção integral estabeleceu-se como pressuposto para a compreensão da criança e do adolescente. As transformações foram consolidadas no final do século XX onde contrapuseram as teorias denominadas de situação irregular. A partir deste momento que a doutrina da proteção integral tornou-se referência para a formação da criança e do adolescente.

A contraposição evidente entre a doutrina da situação irregular e a doutrina da proteção integral trouxe resultados para além do esperado, pois essas transformações não se restringiram exatamente apenas no enfrentamento político entre as duas doutrinas.

A Constituição Federal foi à primeira Constituição a albergar o princípio da proteção integral destinada às crianças e aos adolescentes. Em 1988 a Carta

Constitucional, assegurou às crianças e aos adolescentes com prioridade, os direitos fundamentais, determinado à família, à sociedade e ao Estado o dever legal de assegurá-los.

A doutrina da proteção integral está fundada em três pilares: o reconhecimento da peculiar condição da criança e jovem como pessoa em desenvolvimento, titular de proteção integral; as crianças e jovens têm direitos à convivência familiar.

A proteção integral rompe o padrão pré-estabelecido e absorve os valores da Convenção dos Direitos da Criança. Pela primeira vez, as crianças e adolescentes titulariam direitos fundamentais como qualquer ser humano. Este princípio está sintetizado no art. 227, caput da Constituição Federal de 1988.

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

A responsabilidade pela tutela desses direitos foi dividida, solidariamente, entre família, sociedade e Estado em uma cogestão e corresponsabilidade. A nova lei estendeu-se a todas as crianças e adolescentes, respeitando sua condição de desenvolvimento peculiar como pessoa.

Amin Rodrigues Andréa (2009) aponta que os fins protetivos foram levados em conta diante do eventual risco social, conforme artigo 98 da Lei nº 8.069/90, e não mais a situação irregular. É um tipo aberto permitindo ao Juiz e operadores uma maior liberdade de análise dos casos em que ensejam medidas de proteção.

A fim de garantir efetividade da doutrina, a nova lei previu medidas governamentais aos três entes federativos através de políticas sociais básicas, programas de assistência social, serviços especiais de prevenção dentre vários outros.

Aderiu-se o princípio da descentralização político-administrativo. Na esfera municipal adotou-se a participação da comunidade através do Conselho Municipal de Direitos e Conselho Tutelar, que atua diretamente na proteção das crianças e jovens.

A doutrina é aquela que fixa às crianças e aos adolescentes os direitos fundamentais da pessoa humana, preservando sua liberdade e dignidade, criando as condições de prioridade absoluta bem como uma ampla garantia de proteção. O foco desta não é somente diminuir os problemas causados pelos menores, mas além disso, garantir os direitos da criança e do adolescente, destacando o papel concernente à família e a sociedade.

Para que a teoria de tal magnitude e abrangência não ficasse tão somente no plano discursivo, a teoria da proteção integral previu um ordenamento político e institucional que resultou nas garantias e direitos fundamentais da criança e do adolescente.

Em resumo, a doutrina da proteção integral está perfeitamente delineada. Exige um comprometimento de todos os agentes, em querer mudar e adequar o cotidiano infanto-juvenil a um sistema garantista.

1.2 Princípios protetivos da criança e do adolescente

O ECA é um sistema aberto de princípios e regras. “As regras nos fornecem a segurança necessária para delimitarmos novas condutas. Os princípios expressam valores relevantes e fundamentam às regras, exercendo uma função de integração sistemática.” (AMIN 2009, p. 19).

Para melhor compreensão do termo, optou-se por discorrer acerca de alguns princípios que norteiam e devem ser observados no Direito de Família.

1.2.1 Princípio da dignidade pessoa humana

A busca da defesa e da realização de direitos fundamentais do indivíduo e da coletividade surge a partir da Constituição Federal de 1988, que incorporou em seu contexto o princípio da dignidade da pessoa humana como valor fundamental, em seu art. 1º, inciso III, dispõe:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, dos Municípios, e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III – dignidade da pessoa humana.

No âmbito da ponderação de valores ou bens, o princípio justifica a restrição de outros bens constitucionalmente protegidos, de modo a servir como verdadeiro e seguro critério para a solução de conflitos.

O princípio da dignidade da pessoa humana é tido como a maior conquista do Direito brasileiro nos últimos anos. Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 76) a definição do referido princípio:

É missão das mais árduas, muito embora arrisquemo-nos a dizer que a noção jurídica de dignidade traduz um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à realização pessoal e à busca da felicidade.

Além de garantir a sobrevivência, esse princípio assegura o direito de se viver plenamente, sem quaisquer intervenções na realização desta finalidade.

O princípio da dignidade da pessoa humana tem um valor moral e espiritual inerente à pessoa, todo ser humano é dotado deste preceito, o que constitui o princípio máximo do Estado Democrático de Direito. Este abrange uma diversidade de valores inseridos na sociedade. É um conceito adequado à realidade e à modernização da

sociedade, devendo estar em conspiração com a evolução e as tendências modernas das necessidades do ser humano.

Desse modo, prescreve Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 62) ao conceituar a dignidade da pessoa humana:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

O princípio da dignidade da pessoa humana é o principal e mais amplo princípio no direito de família, pois diz respeito a garantia plena no desenvolvimento de seus membros, os quais possam ver realizados seus anseios e interesses afetivos, de tal modo a garantir a assistência educacional dos filhos à fim de manter a família duradoura e feliz. Assim preceitua Maria Helena Diniz (2007, p. 18):

É preciso acatar as causas da transformação do direito de família, visto que são irreversíveis, procurando atenuar seus excessos, apontando soluções viáveis para que a prole possa ter pleno desenvolvimento educacional e para que os consortes ou conviventes tenham uma relação firme, que integre respeito, tolerância, diálogo, troca enriquecedora de experiência de vida etc.

É importante dizer que, o reconhecimento da dignidade se faz inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis. Reforçando esse pensamento, Nobre Jr. Segundo o pensamento do grande Karl Larenz, citado por Gagliano e Pamplona Filho (2012, p.78), traz o seguinte:

Instando a pronunciar-se sobre o personalismo ético da pessoa no Direito Privado, reconhece na dignidade pessoal a prerrogativa de todo ser humano em ser respeitado como pessoa, de não ser prejudicado em

sua existência (a vida, o corpo e a saúde) e de fruir de um âmbito existencial próprio.

Pode-se então concluir que a dignidade humana é preservada na medida em que se garante respeito à dimensão existencial do indivíduo não somente em sua esfera pessoal, mas no âmbito das relações sociais.

A dignidade da pessoa humana encontra-se na ordem jurídica brasileira, tendo em vista a valorização da pessoa humana como razão fundamental para a estrutura da organização do Estado e do Direito. O princípio impõe um dever de abstenção e de condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a pessoa humana.

Assim, podemos concluir que o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana somente será pleno e efetivo quando também observado nas relações de família. Visando não apenas transpô-lo para o papel como mero repetidor da norma, mas no sentido de que a sua incidência na relação de Direito Privado pressupõe uma construção argumentativa racional.

1.2.2 Princípio do melhor interesse

A origem histórica do princípio do melhor interesse está no instituto protetivo do *parens patrie* do direito anglo-saxônico, o qual o Estado outorgava para si a guarda dos indivíduos juridicamente menores e loucos (AMIN, 2009, p.27).

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, que adotou o princípio da proteção integral, mudou, portanto, o paradigma de orientação do princípio do melhor interesse.

O reconhecimento e a utilização da doutrina jurídica da proteção e o princípio do melhor interesse da criança decorreram da grande valorização legislativa da família, através da Constituição Federal de 1988.

A aplicação da lei deve sempre realizar o princípio, consagrado, segundo Luiz Edson Fachin (1996, p.125), como critério significativo na decisão e na aplicação da lei, tutelando-se os filhos como seres prioritários. O desafio é converter a população infanto-juvenil em sujeitos de direito, para deixar de ser tratada como objeto passivo, passando a ser, como os adultos, titular de direitos juridicamente protegidos. O princípio está consagrado nos arts. 4º e 6º da Lei n. 8.069, de 1990 (ECA).

Considerando sujeitos mais vulneráveis, as crianças e os adolescentes, merecem maior proteção jurídica. O princípio atinge todo o sistema jurídico nacional, a ser seguido quando postos em causa os interesses da criança, e no ordenamento jurídico tem o efeito de condicionar a interpretação das normas legais.

1.2.3 Princípio da afetividade

A entidade familiar era vista apenas como um conjunto de relações voltadas principalmente à procriação e ao fins econômicos. Após a Constituição Federal de 1988 a família passou a ser vista como um núcleo de desenvolvimento da personalidade de seus membros, tendo sempre como pressuposto o elemento do afeto.

Marco Túlio de Carvalho Rocha (2009, p. 1), ensina que:

No Brasil, embora os novos princípios tenham ganhado espaço, paulatinamente, durante todo o século XX, a Constituição da República de 1988 é o marco dessas transformações, por ter consagrado a igualdade dos cônjuges e a dos filhos, a primazia dos interesses da criança e do adolescente, além de ter reconhecido, expressamente, formas de famílias não fundadas no casamento, às quais estendeu a proteção do Estado.

A família foi evoluindo e modificando seus paradigmas transformando as relações ligadas ao sentido de afeto, felicidade e amor familiar valorizando as relações ligadas ao afeto.

O conceito da afetividade traduz um sentimento de afeição ou inclinação para alguém, amizade, paixão ou simpatia, portanto, é o elemento essencial para a constituição de uma família nos tempos modernos, pois somente com laços de afeto consegue-se manter a estabilidade de uma família que é independente e igualitária com as pessoas, uma vez que não há mais a necessidade de dependência econômica de uma só pessoa.

Neste sentido, Rodrigo da Cunha Pereira (2011, p. 193) enfatiza que:

A família hoje não tem mais seus alicerces na dependência econômica, mas muito mais na cumplicidade e na solidariedade mútua e no afeto existente entre seus membros. O ambiente familiar tornou-se um centro de realização pessoal, tendo a família essa função em detrimento dos antigos papéis econômico, político, religioso e procriacional anteriormente desempenhados pela 'instituição'.

A família era baseada nos laços econômicos onde o genitor era responsável pelo sustento de toda família. Com a inserção da mulher no mercado de trabalho fez com que ocorresse uma mudança no âmbito familiar. O vínculo familiar passou a ser afetivo, e as pessoas que queriam constituir uma família passaram a se unir pelos laços do afeto.

A afetividade é um elemento essencial de suporte da família atual. Desta maneira, Paulo Roberto Iotti Vecchiatti (2008, p. 221) dispõe que:

A evolução social quanto à compreensão da família elevou o afeto à condição de princípio jurídico oriundo da dignidade da pessoa humana no que tange às relações familiares, visto que estas, para garantirem o direito à felicidade e a uma vida digna (inerentes à dignidade humana), precisam ser pautadas pelo afeto e não por meras formalidades como a do casamento civil. Assim, o princípio do afeto é um princípio constitucional implícito, decorrente da dignidade da pessoa humana e, ainda, da própria união estável, que tem nele o principal elemento para o reconhecimento do status jurídico-familiar de uniões não-matrimonializadas.

Pode-se dizer que o afeto, não é apenas um laço que une os integrantes de uma família, mas sim que une as pessoas com o intuito de garantir a felicidade de todos os pertencentes àquele meio.

Na atualidade, a família não se justifica sem a existência do afeto, por isso que é o elemento formador e estruturador das entidades familiares. Dessa forma, de acordo com Maria Berenice Dias (2006, p. 61).

Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, não do sangue. Assim, a posse do estado de filho nada mais é do que o reconhecimento jurídico do afeto, com o claro objetivo de garantir a felicidade, como um direito a ser alcançado. O afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família.

O ambiente familiar passou a ser unido pelos laços da afetividade de forma pública, contínua e duradoura, sendo por isso a família, de acordo com a Constituição Federal a base da sociedade. Portanto, Vecchiatti (2008, p. 215) alerta que:

A Constituição brasileira consagra o princípio de que o amor familiar representa o elemento formador da família contemporânea, visto que se não é alguma formalidade que gera a entidade familiar juridicamente protegida, então só pode ser o sentimento de amor, aliada a comunhão plena de vida e interesses, de forma pública, contínua e duradoura, o que forma a entidade familiar protegida pela Constituição Federal.

Por isso, a afetividade deve ser considerada como princípio constitucional implícito. Sendo o afeto a principal ligação da atual família, uma vez que a afetividade é o elo de estruturação da entidade familiar na atualidade.

1.2.4 Princípio da convivência familiar

A convivência familiar é direito da criança e do adolescente, assegurado na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, visando conferir a criança e ao adolescente vida digna e saudável com a finalidade de garantir o desenvolvimento completo.

O convívio familiar está previsto no caput do artigo 227 da Constituição Federal, transcrito abaixo:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, [...] **e a convivência familiar** e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (grifo nosso).

O princípio da convivência familiar deve ser entendido como um direito mútuo dos pais em relação aos filhos, e os filhos em relação aos pais. E onde pais e filhos, por princípio devem permanecer juntos.

Em se tratando de convivência familiar o art. 19, caput da Lei 8.069/90, nos relata o seguinte:

Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

Quanto ao convívio familiar pode-se afirmar que o direito à convivência familiar antes de ser um direito é uma necessidade fundamental da criança.

1.2.5 Princípio da paternidade responsável

O princípio da paternidade responsável expressa à responsabilidade dos genitores em relação a sua prole, a qual começa na concepção e se estende até que seja necessário e justificável o acompanhamento dos filhos pelos pais, respeitando-se assim o mandamento estampado no art. 227 da CF/88, que nada mais é do que uma garantia fundamental.

O princípio está garantido expressamente nos seguintes artigos da Constituição Federal transcritos abaixo:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado:
[...]

§ 7º. 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.

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

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Sabe-se que a paternidade responsável implica num planejamento familiar para que o filho seja criado em um ambiente que garanta todos os direitos referentes à criança e ao adolescente como alimentação, educação, lazer, respeito, dignidade, afeto na perspectiva que um filho é para vida toda.

Pode-se concluir que todos os princípios foram importantes na transformação do contexto da família atual, mas o princípio da paternidade responsável não se limita apenas ao cumprimento do dever de assistência material abrangendo também a assistência moral, que é dever jurídico onde seu descumprimento enseja reparação indenizatória, tema que será tratado no próximo capítulo.

2 ABANDONO AFETIVO E RESPONSABILIDADE CIVIL PELOS DANOS DECORRENTES DO ABANDONO AFETIVO.

Define-se o abandono afetivo pela omissão gerada por uma das partes parentais. A tese do abandono afetivo também é denominada como teoria do desamor. A convivência familiar assegurada é espontânea, baseada no afeto salutar para com seus componentes.

O presente capítulo se propõe a investigar se há o dever de indenizar quando houver a evidência do abandono emocional, traduzido em atos de desamparo, desprezo, rejeição, humilhação, descaso e indiferença.

No que tange a responsabilidade civil pelo abandono afetivo, deve se pautar pelos princípios da paternidade responsável e da afetividade, conforme art. 229 da CF que nos descreve assim:

Art. 229 - Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Torna-se importante analisar se o descumprimento de tais preceitos e a consequente ocorrência de dano para a criança acarretará à responsabilização civil. Portanto, deve-se analisar e conhecer o conceito de responsabilidade civil, seus elementos e efeitos, bem como, enquadrar o abandono afetivo dentro desses aspectos a fim de permitir ou não a responsabilização nesses casos.

2.1 Poder Familiar: Conceito, Titularidade e Exercício

O poder familiar é um dos ramos mais antigos, que visava o interesse exclusivo do chefe de família. Tem origem na Roma Antiga, aonde a Lei permitia que o pai pudesse vender ou até mesmo tirar a própria vida do filho, pois ele tinha o poder de venda ou de morte. Nas palavras de Silvio Rodrigues (2002, p.395):

No direito romano o pátrio poder é representado por um conjunto de prerrogativas conferidas ao *pater*, na qualidade de chefe da organização familiar, e sobre a pessoa de seus filhos. Trata-se de um direito absoluto, praticamente ilimitado, cujo escopo é efetivamente reforçar a autoridade paterna, a fim de consolidar a família romana, célula-base da sociedade, que nela encontra o seu principal alicerce.

Conceitua-se o poder familiar como um conjunto de direitos e deveres, em relação à pessoa e aos bens dos filhos menores, com finalidade de propiciar o desenvolvimento integral de sua personalidade.

Segundo o conceito de poder familiar nas palavras de Maria Helena Diniz (2005, p. 512):

O poder familiar pode ser definido como um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho.

Historicamente o Código Civil de 1916 atribuía ao marido o *patria potestas*, instituído sobre o conceito de chefe da família, somente com a falta ou impedimento do chefe, passava o pátrio poder a ser exercido pela mulher. O exercício não era simultâneo, mas sucessivo. Quando houvesse alguma divergência entre os cônjuges, a decisão do marido prevalecia, salvo em caso de manifesto abuso de direito (art. 160, I, segunda parte, Código Civil de 1916).

Pela Lei nº 4.121/62, que era conhecida como o “Estatuto da Mulher Casada”, durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Mas divergindo os progenitores quanto ao exercício, prevalecerá a decisão do pai, competindo à mãe o direito de recorrer ao juiz sobre alguma divergência.

A igualdade completa da titularidade do poder, só se concretizou com o advento da Constituição Federal de 1988, cujo Art. 226, § 5º, dispôs que: Art. 226 – “A família,

base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

Em conformidade com a Constituição, estabeleceu o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 21 que:

Art. 21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

Independentemente do vínculo entre os pais, desfeito ou jamais ocorrido, ambos os genitores exercem em conjunto o poder familiar.

O instituto resulta de uma necessidade natural. Formada a família e concebidos os filhos, não basta alimentá-los e deixá-los crescer à lei da natureza, mas sim educá-los e dirigi-los.

Com a influência do Cristianismo, o poder familiar formou um conjunto de deveres, transformando-se em um instituto eminentemente protetivo. Ao Estado interessa assegurar a proteção das gerações novas, pois representam o futuro da sociedade. Dessa forma, o poder familiar é instituído no interesse dos filhos e da família e não em proveito dos genitores.

2.2 Abandono Afetivo e Consequências

Como pode se ver, a família passou por várias mudanças com o passar dos anos. Inicialmente o pai era a lei, a autoridade maior e tinha um poder quase divino perante os filhos, os quais eram abandonados afetivamente pelos pais, sendo criados exclusivamente pela figura materna, sem que houvesse proibição legal para tanto.

Em se tratando da questão afetiva dos genitores em relação aos filhos, surge uma discussão acerca do seu dever de afeto e as consequências jurídicas advindas do abandono afetivo.

Hinoraka (2006, p.136) conceitua o abandono afetivo como sendo “a omissão dos pais, ou de um deles, pelo menos o dever de educação, entendido em sua acepção mais ampla permeado pelo afeto, carinho, atenção e desvelo”.

A Constituição Federal reconhece que o afeto é o que leva as pessoas a constituírem uma família. Portanto, os filhos menores dependem emocionalmente dos pais, pois, são vulneráveis às instabilidades afetivas e emocionais ocorridas entre eles, podendo sofrer abalos psíquicos e irreparáveis em seu desenvolvimento. Cabe aos pais independente de ter a guarda ou não dos filhos dar toda assistência a sua prole.

Neste contexto Silva (2006, p. 149) demonstra que:

Sua função básica (do pai) estruturadora e estruturante do filho como sujeito, está passando por um momento histórico de transição, de difícil compreensão, onde os varões não assumem ou reconhecem para si o direito/dever de participar da formação, convivência afetiva e desenvolvimento de seus filhos. Por exemplo: o pai solteiro, ou separado, que só é pai nos fins de semana, ou nem isso; o pai, mesmo casado, que não tem tempo para seus filhos; o pai que não paga, ou boicota a pensão alimentícia e nem se preocupa ou deseja ocupar-se com isso; o pai que não reconhece seu filho e não lhe dá o seu sobrenome na certidão de nascimento. Enfim, a ausência do pai e dessa imagem paterna, em decorrência de um abandono material ou psíquico, tem gerado graves consequências na estruturação psíquica dos filhos e que repercute, obviamente, nas relações sociais. O mais grave é o abandono psíquico e afetivo, a não presença do pai no exercício de suas funções paternas, como aquele que representa a lei, o limite, segurança e proteção.

Essas situações acima relatadas pelo autor podem causar nas crianças e nos adolescentes um sentimento de abandono e desprezo, prejudicando, dessa forma, o desenvolvimento e a formação da índole infantil. Segundo Dias (2007, p. 407), “a falta de convívio dos pais com os filhos, em face do rompimento do elo da afetividade pode gerar severas sequelas psicológicas e comprometer o desenvolvimento saudável.”

Dessa forma, a família é a entidade que promove o desenvolvimento da personalidade dos seus membros fundada no afeto. O afeto caracteriza a família como uma entidade solidária e não admite que seus membros violem a confiança depositada no outro, sabe-se que muitas famílias não cumprem o papel, a todo o momento vemos o abandono e desprezo que muitos pais têm com seus filhos.

Entende-se que para a existência de uma entidade familiar, é essencial e necessário o afeto, sendo ele indispensável a todo e qualquer núcleo familiar. Todo ser humano possui o direito ao afeto e ao amor, o qual deriva da convivência familiar.

Conforme Regina Beatriz Tavares da Silva (2013) não é falta de amor em si que acarreta a obrigação de indenizar, e sim o preenchimento dos requisitos da responsabilidade civil nestes casos, quais sejam: descumprimento intencional e injustificado dos deveres dos genitores de educar e ter os filhos em sua companhia, ou seja, o desrespeito ao direito destes à convivência familiar, além do nexo entre esta omissão ou negligência e o dano comprovado à figura do filho. Nas palavras da autora:

[...] amar não é dever ou direito no plano jurídico. Portanto não há qualquer ilicitude na falta de amor. Quem deixa de amar, numa relação de família, não pratica ato ilícito. [...] O abandono do filho, desde que seja voluntário e injustificado, configura violação ao dever do pai de ter o filho em sua companhia. Essa conduta desrespeita o direito do filho à convivência familiar. Aí reside a ação ou omissão, um dos requisitos da responsabilidade civil. Se dessa conduta resultam danos ao filho [...] estará preenchido todos os requisitos da responsabilidade civil: nexo causal e dano. A falta de afeto ou de amor não pode gerar a condenação paterna no pagamento de indenização ao filho, mas, sim, o ato ilícito acima descrito.

Neste sentido, o dever dos pais não se limita somente ao cumprimento do dever de assistência material, mas também abrange a assistência moral, que é dever jurídico, e seu descumprimento enseja a reparação indenizatória.

De tal forma, quando o genitor se omite em cumprir com as obrigações decorrentes do poder familiar, deixando de atender ao dever de convivência com o filho, podem advir danos emocionais que fazem jus à reparação.

Ainda, segundo Dias (2011, p. 460) essa “ausência da figura do pai desestrutura os filhos, tira-lhes o rumo da vida e debita-lhes a vontade de assumir um projeto de vida”. Assim, a comprovação do abandono paterno pode gerar o reconhecimento da obrigação da reparação civil pelo dano afetivo.

O abandono afetivo cria uma carência afetiva, assim como traumas e agravos morais, cujo peso atinge e restringe o desenvolvimento mental, físico e social do filho que sofre o desprezo injusto dos próprios pais. Essa ação deve gerar o direito a reparação do dano sofrido, pois tem o filho o direito à convivência familiar saudável sendo a referência paterna ou materna um espelho, um exemplo a ser seguido.

Assim, o pai ou a mãe que descumprir esses deveres causa danos morais aos filhos estando sujeito ao pagamento de indenização. A possibilidade de indenização em face do abandono afetivo tem caráter punitivo ao ofensor e ao mesmo tempo possui caráter educativo e preventivo na perspectiva da função social da responsabilidade civil no ordenamento jurídico.

2.3 Pressupostos da Responsabilidade no Contexto do Abandono Afetivo

Para a aplicação da responsabilidade civil aos casos de abandono afetivo deve-se, primeiro, conhecer o conceito de responsabilidade civil.

A palavra responsabilidade teve sua origem do verbo latim *respondere*, que significa a obrigação que alguém tem de assumir as consequências jurídicas de sua atividade. A definição da responsabilidade está ligada ao surgimento de uma obrigação derivada, ou seja, é um dever jurídico sucessivo em razão da ocorrência do fato jurídico conseqüências estas que podem variar de acordo com os interesses lesados de cada pessoa.

Acerca do tema, o Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas (1995, p. 679), apresenta o seguinte significado de Responsabilidade:

“RESPONSABILIDADE. S. f. (Lat., de respondere, na acep. de assegurar, afiançar.) Dir.Obr. Obrigação, por parte de alguém, de responder por alguma coisa resultante de negócio jurídico ou de ato ilícito.”

De acordo Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 53), a noção jurídica da responsabilidade civil:

Pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando *a priori* ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às conseqüências do seu ato (obrigação de reparar). Trazendo esse conceito para o âmbito do Direito Privado, e seguindo essa mesma linha de raciocínio, diríamos que a *responsabilidade civil* deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor *in natura* o estado anterior da coisas.

Sérgio Cavalieri Filho (2009, p. 2) define o responsável como a pessoa que:

Deve ressarcir o prejuízo decorrente da violação de um precedente dever jurídico. E assim é porque a responsabilidade pressupõe um dever jurídico preexistente, uma obrigação descumprida. Daí ser possível dizer que toda conduta humana, que violando dever jurídico originário, causa prejuízo a outrem é fonte geradora de responsabilidade civil.

A responsabilidade civil desenvolvida como fenômeno jurídico, assenta-se sobre dois distintos fundamentos: a responsabilidade civil subjetiva e responsabilidade civil objetiva.

A responsabilidade civil subjetiva é decorrente de dano causado em função do ato doloso ou culposos. Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 57), apontam que a culpa pode ter natureza civil, e será caracterizada quando o agente causador do dano agir com negligência ou imprudência. Está caracterizada na interpretação do Art. 186 do Código Civil de 2002, “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Sendo assim, na responsabilidade civil subjetiva são requisitos para a caracterização do dever de indenização o dano e o nexo causal entre o dano e a ação que o provocou.

Em se tratando de responsabilidade civil objetiva, o dolo ou a culpa na conduta do agente causador do dano é irrelevante juridicamente, sendo que somente é necessária a existência da ligação de causalidade entre o dano e a conduta do agente responsável, para que exista o dever de indenizar. Tal regra geral está transcrita no parágrafo único do art. 927 do Código Civil de 2002, ao estabelecer que:

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

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

A responsabilidade civil tem duas classificações: contratual ou extracontratual. A primeira é resultante da violação de um dever contratual, onde a culpa é presumida. Já a segunda é a responsabilidade decorrente da prática de um ato ilícito por pessoa capaz ou incapaz, visto que não há vínculo anterior entre as partes, sendo que não estão ligadas a uma relação contratual.

Assim os conceitos apresentados a este instituto da responsabilidade civil pressupõem a existência de três elementos que são: a conduta, o dano e o nexo de causalidade.

A conduta pode ser omissiva ou comissiva que resulte em dano pra outrem, também pode ser ilícita ou não. Conforme Noronha (2003, p. 86):

A conduta omissiva de um dos genitores, a ponto de privar o filho da convivência, aleijando-se voluntariamente de forma física e emocional, ou ainda a conduta comissiva através de reiteradas atitudes de desprezo, rejeição, indiferença e humilhação, em ambas, gerando desamparo afetivo, moral e psíquico.

Estes fatos podem ser antijurídicos e podem nascer da não observância dos dispostos nas Leis brasileiras as quais evidenciam a existência do direito-dever paterno ou materno de proteger e cuidar o filho, não somente no aspecto físico, mas também no psíquico e afetivo.

Em relação à ilicitude da conduta traz Pereira (2000, p. 35):

Do conceito de ato ilícito, fundamento da reparação do dano, tal como enunciado, no art 159 do CC, pode se enunciar a noção fundamental da responsabilidade civil, em termos consagrados, *mutatis mutandis*, na generalidade dos civilistas: obrigação de reparar o dano imposta a todo aquele que por ação ou omissão voluntária negligencia ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem.

Uma vez remetida à idéia de atribuição das consequências danosas da conduta ao agente infrator pela responsabilidade civil para haver uma imposição do dever de indenizar, a referida atuação lesiva deve ser contrária ao direito. Já na conduta lícita o dever de reparar o dano causado decorre de uma atuação lícita do infrator que age amparado pelo direito.

O dano decorrente da omissão do agressor é elemento indispensável para a responsabilidade civil, devendo haver a prova dele e a concreta lesão do bem ou interesse jurídico que ele atingiu.

Salienta Cavalieri (2000, p.70) acerca do dano:

O dano é sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade de risco que lhe sirva de fundamento risco profissional, risco proveito, risco criado etc. Tanto é assim que, sem dano não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa.

Conforme as palavras do autor o conceito do dano ou prejuízo é a lesão a um interesse jurídico tutelado, patrimonial ou não, sendo este causado por ação ou

omissão do sujeito infrator. A configuração do prejuízo pode ocorrer da agressão a direitos ou interesses personalíssimos especialmente o dano moral.

Uma das condições da responsabilidade civil é a presença de um nexo causal entre o fato ilícito e o dano por ele produzido. A investigação deste nexo que liga o resultado danoso ao agente infrator é indispensável para que se possa concluir pela responsabilidade jurídica (LOPES, 2001, p. 173).

A teoria adotada pelo Código Civil Brasileiro é a teoria da causalidade adequada, que considera causa o antecedente necessário e adequado para a produção do dano. Entretanto, Gagliano e Pamplona Filho (2012, p.140-142) entendem ser adotada a teoria da causalidade direta ou imediata, conforme a qual causa é o antecedente fático que apresenta o resultado danoso como sua consequência direta e imediata.

Para a aplicação da responsabilidade civil nos casos de abandono afetivo dos pais causados aos filhos é necessário o enquadramento dos elementos da responsabilidade civil.

A questão da reparação civil causada pelo abandono afetivo se baseia no argumento de que o dano psíquico sofrido pelo desprezo da conduta negligente do pai ou mãe configura de fato uma espécie de dano moral e ofensa ao direito da personalidade do ofendido.

Sendo assim, a função compensatória e socioeducativa ganha importância nos casos de abandono afetivo, estabelecendo o dever de indenizar como meio para efetivação do direito e dever de garantir o afeto dos pais para com os filhos.

Diante disso, as consequências causadas pelo abandono afetivo gerado na sociedade sugerem à aplicação da responsabilidade civil a esses casos. Demonstrando que esses pressupostos da responsabilidade são satisfeitos, sendo que existem normas protetivas ao afeto, as quais contrárias as essas normas impõem dano, passível de responsabilização civil como função reparadora e educativa.

2.4 Aspecto Teleológico da Responsabilidade Civil por Danos Morais Afetivos

Conforme explicado acima, em relação aos elementos necessários para aplicação da responsabilidade civil por danos morais afetivos, inicialmente, é necessário que haja a conduta omissiva e comissiva de um dos genitores, privando o filho de sua convivência, materializado no desprezo, rejeição, indiferença e humilhação gerando desamparos afetivos, morais e psíquicos.

Segundo Karow (2012, p. 219) o dano afetivo indenizável nasce:

Da não observância dos dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro que evidenciam a existência do direito-dever paterno ou materno de cuidar e proteger o filho, não apenas em seu aspecto físico, mas também no psíquico e afetivo. Esse fato gerador pode estar tipificado em lei, ou decorrer de cláusula geral de responsabilização do ato ilícito extracontratual, independente de prévia definição legal tipificadora.

Para que ocorra a indenização da ausência da figura paterna ou materna são necessários que: não haja outra pessoa que assuma a função de figura paterna ou materna; o dano deve ser comprovado podendo ser através de prova pericial, prova testemunhal e prova documental. Também as situações reiteradas e cotidianas de desprezo, humilhação, rejeição, apatia, descaso, desídia, negligência são aptas a gerar a indenização por abandono afetivo.

Segundo Karow (2012, p. 228), demonstra que:

Os atos aqui necessários a configurar a ilicitude são aqueles aptos a gerar danos ao menor, podendo haver seqüelas psicossomáticas e distúrbios emocionais tão graves que se transferem à personalidade.

Sergio Cavalieri Filho (2007, p. 70) explica sobre a responsabilidade: “Poderá haver responsabilidade sem culpa, mas nunca pode haver responsabilidade sem dano”, dando a devida importância ao dano dentro da responsabilidade civil.

Pode-se definir o dano como sendo a lesão a um interesse jurídico tutelado, sendo o resultado da lesão o prejuízo. Noronha (2003, p.477) mescla esses dois conceitos:

Dano é o prejuízo, da natureza individual ou coletiva, econômico ou não econômico, resultante de ato ou fato antijurídico que viole qualquer valor inerente à pessoa humana, ou atinja coisa do mundo externo que seja juridicamente tutelada.

Sendo aqui o dano moral não tem caráter patrimonial, todos os danos são imateriais. O abandono afetivo está fixado nessa classificação, uma vez que esses danos estão relacionados à personalidade de uma forma mais próxima ao valor fundamental da dignidade da pessoa humana. Embora não tenha um teor econômico fixado possuem um valor econômico e merece a tutela do direito. Podendo colocar como compensação a vítima, em caso de reparação.

Conforme a jurisprudência, o STJ tem-se a seguinte decisão:

RECURSO ESPECIAL.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 consequente 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, exurgindo, 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.(BRASIL,2012)

Pode-se concluir que segundo a análise da jurisprudência do dano moral causado pelo abandono afetivo, este é caracterizado pelo nexos causal e pela existência do dano devendo ser indenizado. O dano pode ser verificado por um especialista, o qual apontará a existência ou não de um determinado dano, por descuido de um dos pais no todo ou em parte.

A família é a base da sociedade, sendo este o primeiro grupo social ao qual o indivíduo pertence e, é na convivência com a família que ele aprende as regras, e passa a entender que há limites e direitos individuais a serem respeitados. Descobre onde começa e onde termina o direito de cada um dentro desse ambiente familiar. Isso ocorre naturalmente pela convivência das questões simples do dia a dia.

Contudo é junto com a família que a criança forma sua personalidade, desenvolve o tipo de pessoa que vai ser quando crescer, como vai agir com os outros indivíduos, enfim, é essa grande e complexa bagagem que vai levar para todos os lugares e grupos sociais dos quais vai participar no decorrer da vida.

CONCLUSÃO

A família modernizou-se e seus conceitos foram alterados em favor de seus membros. O Estado Democrático de Direito passou a conferir mais liberdade aos cidadãos protegendo qualquer espécie de família, permitindo que eles elejam conforme seus valores e conceitos aquele padrão de família que mais lhe satisfaz.

O afeto passou a ser um elemento jurídico além de um laço que mais une as pessoas, sendo em alguns casos o afeto fator preponderante das decisões. São as dores de quem é abandonado por aqueles que deveriam ser responsáveis pelo afeto, cuidado e educação passíveis de indenização. Somente quem é vítima do abandono pode saber o seu preço. A dor sofrida pelo filho, em decorrência do abandono afetivo que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico deve ser indenizado com base no princípio da dignidade da pessoa humana.

Portanto, a função da reparação civil no sistema brasileiro não é de punição e sim de reparação e compensação pelos danos sofridos. A indenização só se medirá pela extensão do dano causado. A lei não olha para o causador do prejuízo a fim de medir-lhe o grau da culpa e, sim para o dano, a fim de avaliar-lhe a extensão. Assim a reparação do dano em regra deve ser de reparação integral, com base na extensão do dano.

REFERENCIAS

ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS JURÍDICAS. **Dicionário jurídico**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense.1995.

AMIN, Andréa Rodrigues. Doutrina da proteção integral. IN: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade **Curso de direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora. Lúmen Júris, 2009. p.11-18

AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente IN: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade **Curso de direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora. Lúmen Júris, 2009. p.19-30

BRASIL, Código Civil Brasileiro, Lei 10.404/02. **Vade mecum saraiva**. 11 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

BRASIL, Constituição Federal de 1988. **Vade mecum saraiva**. 11 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

BRASIL, Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90. **Vade mecum saraiva**. 11 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

BRASIL. Recurso Especial nº 1.159.242, Terceira Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relatora: Ministra NancyAndrighi, Julgado em 24/04/2012.

DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Manual de direito de familias**. 4. ed. rev. Atual e ampl. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Manual de direito de famílias**. 4. ed. rev. Atual e ampl. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 24. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. v. 5.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 20. ed. Local: Editora Saraiva, 2005.

FILHO, Sergio Cavarieli. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo. Atlas, 2007.

_____. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo. Atlas, 2009.

_____. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo. Malheiros Editores, 2000.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil: Direito de família**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. v 6.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Direito de família**. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. v 6.

HINORAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressupostos elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. IN. PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A ética da convivência familiar. Rio de Janeiro. ed. Forense, 2006.

KAROW, Aline Biasuz Suares. **Abandono afetivo**. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil: Fontes contratuais das obrigações e responsabilidade civil**. Rio de Janeiro. Freitas Bastos, 2001. v. 5.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora. Lúmen Júris, 2009.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 2 ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípio da afetividade. In DIAS, Maria Berenice. **Diversidade sexual e direito homoafetivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PERERIA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9 ed. Rio de Janeiro. Forense, 2000.

ROCHA, Marco Túlio de Carvalho. **O conceito de família e suas implicações jurídicas: teoria sociojurídica do direito de família**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: Direito de família: 27. ed. Atual.** Por Francisco José Cahali, com anotação ao novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva. 2002, v. 6.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Caso real de abandono paterno.** Disponível em: <<http://www.reginabeatriz.com.br/academico/artigos/artigo.aspx?id=203>>. Acesso em: 15.set. 2013.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade: possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008.