

DANOS MORAIS EM DECORRENCIA DO ABANDONO AFETIVO OCASIONADOS PELOS PAIS

Marcos Vinicius Da Rocha Quadros¹

Aryjane Millena Coelho Costa²

Everton Machado Pereira³

Halleyde Souza Ramalho⁴

Marcelo José Coelho Almeida⁵

RESUMO: O presente trabalho de conclusão de curso aborda a responsabilização civil em face do pai e ou mãe que porventura abandonem o filho afetivamente e conseqüentemente causando-lhe danos, nesse sentido, em um primeiro momento, estuda se o exercício do poder familiar, bem como a sua importância no âmbito das relações familiares. Já em um segundo momento averigua a existência da tutela jurídica em benefício do menor abandonado, elencando os principais princípios constitucionais voltados para direito de família. Derradeiramente trata-se dos elementos básicos capazes de fundamentar uma eventual indenização de danos morais decorrente de abandono afetivo. Para confecção deste trabalho, foi utilizada a metodologia qualitativa.

Palavras chaves: responsabilidade civil – danos morais- abandono afetivo

ABSTRACT: The present conclusion of coursework is about the civil responsibility of the father and / or mother who have abandoned his / her affective offspring, causing damages to the child. In this sense, primarily, it is studied the exercise of family power and its importance in the context of family relations. Already in a second moment, it is verified the existence of a legal guardianship for the benefit of the abandoned minor child, listing the main constitutional principles directed to the family law. Finally, it deals with the basic elements capable of substantiating an eventual compensation for moral damages in due to emotional abandonment. To make this work, the qualitative methodology was used.

Key words: civil liability - moral damages - affective abandonment

INTRODUÇÃO

Diversas demandas pleiteando indenização por abandono afetivo são ajuizadas em face de pais e mães que por algum motivo deixaram de exercer o dever de cuidado sobre seus descendentes. Todavia em sua grande maioria são julgadas improcedentes. Neste sentido o presente trabalho procurou se

¹ Acadêmico do curso de direito da faculdade de Balsas – Unibalsas

² Professora do curso de direito da faculdade de Balsas - Unibalsas

³ Professor do curso de direito da faculdade de Balsas - Unibalsas

⁴ Professora do curso de direito da faculdade de Balsas - Unibalsas

⁵ Professor do curso de direito da faculdade de Balsas - Unibalsas

aprofundar na seara da responsabilização por abandono afetivo, de modo a entender o insucesso dos peticionantes que a buscam

Para se alcançar tal finalidade, esta pesquisa em um primeiro momento, analisa-se o instituto do pátrio poder, como sendo aquele exercido através do pai de família, o qual detinha todo o poder diretivo da casa, sendo que tudo girava em favor deste devido ao seu grau de autoridade sobre os demais membros familiares.

Certo que, a partir de 1988, o direito civil passou por um processo de constitucionalização, resultando na perda do caráter institucional da família, valorizando os seus membros com fundamento na dignidade da pessoa humana. Com isso o pátrio poder se aperfeiçoou, não mais atuando no interesse do pai, e sim girando em torno da dignidade do filho, procurando atender o melhor interesse da criança.

Em consequência disso, surgiu o poder familiar, que pode ser exercido pelo pai, mãe e até mesmo por uma terceira pessoa, no caso da 3º pessoa, esta deve comprometer e assumir a responsabilidade judicialmente por meio da adoção. Podendo ser definido como um conjunto de direitos e deveres voltados para a proteção do menor, consistindo em afeto, cuidado, assistência, educação, convivência e tudo mais para proporcionar um desenvolvimento saudável e com dignidade.

Neste sentido a proteção do menor, encontra-se amparo legal nas diversas normas contidas no ordenamento jurídico, desde o Estatuto da Criança e do Adolescente, Código Civil, bem como na Constituição Federal através de seus princípios. Devido a diversidade, foram abordados os 4 mais relevantes.

Iniciando pelo princípio da dignidade da pessoa humana que é considerado um macro princípio pronto a orientar o ordenamento jurídico, ele traz uma ideia de que o ser humano deve ser respeitado irrestritamente, não podendo este de forma alguma ser tratado como uma coisa.

Em seguida, aborda-se o princípio da igualdade sendo este responsável por superar o conceito do pátrio poder, pois ele estabelece a igualdade entre os pais diante das relações familiares. tendo como variação o princípio da equiparação dos filhos, não podendo haver diferenciação entre os filhos nascidos dentro ou fora do casamento ou acolhidos em adoção.

Ao passo que o princípio da afetividade se revela no dever de cuidado, assistência e convivência. Tendo um valor jurídico relevante no direito de família graças a dignidade da pessoa humana. Sendo que, apesar de seu valor, não se pode obrigar ninguém a dar afeto ou amor, o que se pode exigir, é tão somente condutas que possam facilitar ou fortalecer os vínculos afetivos.

E por fim o princípio do melhor interesse da criança deve ser tratado com prioridade pelo Estado, sociedade e principalmente pela família, pois, ao menor deve ser proporcionado um desenvolvimento com dignidade, não podendo de forma alguma ser tratado como um objeto.

Neste sentido, apesar de não haver lei específica sobre o abandono afetivo, verifica-se o fato ilícito mediante a inobservância dos princípios constitucionais. Sendo assim, ao apurar os elementos necessários para a configuração da responsabilização de danos morais por abandono afetivo, utiliza-se teoria subjetiva, onde deve ser constatado a existência de um fato ilícito, dano, conduta do agente e o nexo de causalidade.

Seguindo essa linha de raciocínio verifica-se que o dano está ligado a diminuição de patrimônio, porém, com a consagração da tese de dano moral, seu conceito se estende ao dano extrapatrimonial. Para além disso, ao apurar a existência do dano, o magistrado deverá fazer o uso de um estudo interdisciplinar que possa auxiliá-lo, pois é possível haver o fato ilícito sem que haja o dano. Podendo citar como exemplo casos em que a ausência do genitor foi suprida por outra pessoa.

Por outro lado, é importante que o agente tenha adotado uma conduta culposa, ou seja, o sujeito age por imprudência e negligência, caso contrário não é possível imputar a responsabilidade ao genitor, uma vez que, o dever de cuidado e de convivência fogem de sua vontade, caracterizando se hipóteses de excludente de culpabilidade. Neste sentido, pode se citar a título exemplo os casos de alienação parental

No mais a conduta do genitor deve ser considerada como o motivo causador de danos ao menor, devendo ser excluídos os danos decorrentes de outras situações diversas que também possam ter causado danos, formando, portanto, o nexo de causalidade.

1 A PASSAGEM DO PÁTRIO PODER PARA O PODER FAMILIAR

O poder familiar é definido como o conjunto de direitos e deveres que o ordenamento jurídico atribui aos pais, responsabilizando-os pela educação e administração dos bens dos filhos menores, sejam eles oriundos ou não do matrimônio, até atingirem a maior idade.

Durante a vigência do código civil de 1916 vigorava o instituto do pátrio poder, onde o pai exercia toda a autoridade sobre a família, pertencendo “ao esposo o poder diretivo de toda a família, e à mulher e aos filhos, competia tão-somente aceitar que deviam obediência ao pater familiae, a bem da paz, da harmonia e da felicidade familiar” (MADALENO, 2018).

Da mesma forma o detentor do pátrio poder, tinha como missão a responsabilidade de prover o sustento familiar, bem como, utilizando-se de sua autoridade diante dos demais integrantes da família, tomava todas as decisões referentes a sua família, sendo respeitado diante dos seus dependentes.

A expressão pátrio poder induzia à noção de um poder do pai sobre os filhos, afigurando-se incoerente com a igualdade dos cônjuges, indo de encontro à doutrina da proteção integral dos filhos como sujeitos de direitos, daí evoluindo para a denominação de poder familiar, a traduzir uma noção de autoridade pessoal e patrimonial dos pais na condução dos prioritários interesses dos filhos. (MADALENO, Rolf, pág. 677, 2013).

Por outro lado, as funções paternas sempre estiveram relacionadas com a segurança do grupo familiar, conforme pode-se observar na legislação civil do ano de 1916. ao passo que os pais eram os responsáveis pelo sustento de sua família, exercendo poderes sobre os demais integrantes. (PEREIRA; SILVA, 2006).

A partir da constituição de 1988 o código civil sofreu um processo de constitucionalização, na qual resultou na perda do caráter institucional da família, valorizando os seus membros sob o prisma da dignidade da pessoa humana estabelecendo deveres, sendo que sua inobservância pode acarretar em responsabilidade civil.

Desta forma, denota-se que a família foi reestruturada de tal forma que, tornou-se incabível atribuir ao pai a subjetividade de tornar-se ausente na vida do filho, tendo em vista a importância de suas atribuições familiares, uma vez que “mulher e homem trabalham em igualdade de direitos, valores e

oportunidades, em uma atmosfera que visa o crescimento e o fortalecimento da família” (MADALENO, 2018).

Para além disso, o conceito de família passou a ser reformulado, de modo que, foram estendidas a outras configurações diversas da tradicional. No entanto, a mudança mais significativa referente a responsabilidade sobre os filhos, se mostra nas atribuições do pátrio poder, uma vez que o patriarcalismo entrou em processo de decadência, tendo em vista as incansáveis lutas por direitos de igualdade entre homens e mulheres. (PEREIRA; SILVA, 2006)

Não é por acaso que as mulheres conquistaram uma série de direitos, seja social, pessoal, financeiro dentre outros, tornando se independentes, algumas vieram a exercer autoridade sobre sua família, exercendo o papel de pai e mãe ao mesmo tempo.

Contudo a função paterna continua relacionada com a segurança no sentido de transmitir proteção e acolhimento, onde a criança deverá ter a certeza do amor incondicional proporcionando pelos genitores. Fato este de notável importância no que tange a afetividade e ao crescimento saudável (PEREIRA; SILVA, 2006).

Por outro lado, ficou ultrapassada a premissa de que as relações da família girem em torno da “autoridade do pai, como se ele estivesse acima do bem e do mal, apenas por conta da sua antiga função provedora, sem se atentar que, este deve prover a seus filhos muito mais de carinho e afeto, do que de dinheiro, ou vantagens patrimoniais” (MADALENO, 2018).

Outro sim, é possível afirmar que pátrio poder se aperfeiçoou com o tempo, uma vez que, este deixou de atuar estritamente sobre o interesse do pai, passando a atuar principalmente sobre os interesses do filho, conseqüentemente girando em torno da dignidade do menor, procurando atender o melhor interesse da criança, pois

Tem como prioritário foco constitucional os melhores interesses da criança e do adolescente, e não mais a supremacia da vontade do pai, chefe da sociedade familiar. E assim se direciona toda a leitura da legislação infraconstitucional, ao provocar pontuais reformas no instituto denominado poder familiar pelo vigente Código Civil, na senda das reformas constitucionais surgidas dos princípios dos melhores interesses dos menores e no da paridade dos cônjuges, ao cuidar de estabelecer, com absoluta igualdade de prerrogativas e deveres atribuídos aos pais na tarefa de criarem e educarem sua

prole e de zelarem pelos aspectos morais e materiais dos seus filhos enquanto ainda menores. (MADALENO, Rolf, pág. 676-677, 2013)

Para, além disso, é vidente que os pais são referências na vida dos filhos, devendo garantir a devida proteção à criança e ao adolescente, conforme preconiza a Carta Magna e as demais leis infraconstitucionais. No entanto, nem sempre os rebentos recebem a devida atenção, vale salientar que tais direitos exprimem a dignidade da pessoa humana, bem como outros direitos fundamentais, nos termos do artigo 227 da Constituição Federal.

Em síntese, os pais são os responsáveis por transmitir o afeto e as lições de vida, ensinado a distinguir o certo do errado durante a vida cotidiana por meio do convívio familiar. Ao passo que o ser humano precisa fazer parte de um núcleo familiar para que se desenvolva de forma saudável, recebendo carinho atenção, amparo, conseqüentemente se incluindo nas relações sociais com maior facilidade.

Além do mais, é no seio familiar onde ocorre a lapidação da personalidade dos filhos, tendo em vista que ali ele recebe o conforto, amparo e refúgio, aprendendo os meios de sobrevivência, formando sua estrutura psicológica e vivendo em uma relação de dependência para com seus genitores detentores do poder familiar (PEREIRA; SILVA, 2006).

No mais, as atribuições referentes ao poder familiar, podem ser transferidos a um genitor por adoção, o qual aceita voluntariamente e independente das circunstâncias a função de provedor e cuidador do menor, se comprometendo a criar e educar a promover o desenvolvimento físico e mental assumindo para se, todas as responsabilidades, inclusive a obrigação afetiva. Neste sentido, é importante frisar que, tais responsabilidades somente podem ser transferidas judicialmente mediante as formalidades (KAROW, 2012).

Certamente o exercício do poder familiar é uma forma de demonstrar amor para com seus dependentes, pois “quem ama não proporciona somente o amor, literalmente, mas sim atenção, afeto e respeito aos filhos a fim de que, futuramente estes sujeitos possam conduzir suas vidas em todos os sentidos da forma que mais lhe traga felicidade, paz, saúde e sucesso” (SKAF, 2008).

Em virtude disso, alguns autores defendem o abandono afetivo, ou abandono paterno-filial ou teoria do desamor, termos utilizados para conceituar a violação de um direito fundamental do filho menor ao convívio com o pai e a

mãe, frente a negativa de amparo afetivo, carinho e atenção, em outras palavras, os pais têm o dever de conviver com os filhos menores (COSTA, 2005).

Desta forma, em via de regra, a falta de convívio entre pais e filhos gera o rompimento do elo de afetividade, o que compromete o desenvolvimento do menor, que pode vir a se tornar uma pessoa insegura e infeliz, consequências de sequelas psicológicas, geradora de danos emocionais, que merecem reparação (SANTOS, 2015).

É por meio do dever de convivência familiar que a criança tem a oportunidade de desenvolver “laços afetivos com seus genitores criando vínculos identificando as figuras inclusive dos avós tios e etc. assim a própria família lhe é conferido constitucionalmente o dever de oferecer à criança um convívio familiar” (KAROW, 2012).

Contudo a depender do caso concreto, existem ressalvas ao direito de convivência, uma vez que pode ocorrer de não existir o mínimo de empatia entre as pessoas do grupo familiar, neste sentido uma eventual aproximação, pode acarretar muito mais danos, ainda mais se for forçada.

Em virtude desses fatos, o direito à convivência familiar merece uma reflexão mais cuidadosa, baseada no melhor interesse da criança e do adolescente, e não simplesmente em um dever a ser cumprido, uma vez que a depender do caso, e possível concluir que a presença de um dos genitores pode ser prejudicial ao filho menor, gerando consequências desastrosas à formação do deste (SANTOS, 2015).

Por fim, conforme abordado, concluiu-se que o não havia uma igualdade entre os membros das famílias, pois tudo girava em torno dos interesses do pai, pois somente a ele competia tomar decisões referente ao grupo familiar. Certo que, com o advento da Constituição federal de 1988, passou-se a existir uma igualdade entre os componentes do grupo familiar, principalmente em torna da dignidade do filho. Neste sentido o tópico a seguir abordará os principais princípios direcionados ao direito de família, como forma a demonstrar uma gama de proteção referentes aos filhos.

2 dos princípios constitucionais voltados ao direito de família

No Brasil há diversas críticas relacionadas ao excesso de demandas por danos morais movidas abusivamente por qualquer motivo, causando repulsa por parte de aplicadores do direito e por doutrinadores, consagrando-se como a indústria do dano moral (KAROW, 2012).

Desta forma, com a finalidade de evitar a monetização do afeto, bem como a fomentação da indústria de danos morais, torna-se relevante adotar alguns requisitos diante do caso concreto, uma vez que não é todo e qualquer caso de abandono afetivo que deverá ser plausível de indenização.

Ao cogitar a possibilidade sobre a indenização por abandono afetivo, faz-se necessário verificar no ordenamento jurídico se o dano encontra amparo na função de proteção familiar.

Aline Biasuz Suarez Karow, sustenta que a criança tem seus direitos tutelados pelo ordenamento jurídico brasileiro, de modo a encontrando fundamentos através de várias leis desde

a convenção dos Direitos da Criança, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o próprio Código Civil, tanto no que veste aos deveres do poder familiar, ainda quanto às garantias de desenvolvimento da personalidade sem lesão ou ameaça a mesmo. Igualmente a Constituição Federal, quando estabelece como um dos fundamentos do Estado democrático de direito o princípio da dignidade da pessoa. Este inevitavelmente abrange não apenas as regras ordinárias de proteção ao menor e garantias de plano desenvolvimento, atribuições de cuidados e deveres aos que detém o poder familiar, senão que também regra constitucional, quando estabelece a dignidade da pessoa humana comandos fundamentos do Estado democrático de direito (KAROW, 2012).

Por sua vez Neta (2016) defende que as relações parentais estão regidas pelos princípios constitucionais em conformidade com o direito de família, dentre eles estão “princípio da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da igualdade, da liberdade ou intervenção mínima do estado no direito de família, da afetividade, da convivência familiar e do melhor interesse da criança e do adolescente”.

Por sua vez, o exercício dos princípios supramencionados proporciona aos membros de uma família uma gama de direitos e deveres, onde a inobservância de tais deveres constitui-se em verdadeiros ilícitos civis. A Constituição Federal assegura a criança e ao adolescente o direito de convivência familiar, implicando em cuidado, presença, assistência material e

moral, significando, portanto, o exercício da maternidade e ou paternidade (NETA, 2016).

Posto isto, mostra se relevante fazer uma breve abordagem dos principais princípios do direito de família.

O princípio da dignidade da pessoa humana é considerado um macro princípio pronto a orientar o ordenamento jurídico brasileiro, repousando sobre a ideia de respeito irrestrito ao ser humano, de modo que, não de forma alguma a pessoa humana pode ser tratado como uma coisa, pois caso contrário estaria lesando o referido princípio (NETA, 2016).

Vale acrescentar que o princípio da dignidade humana se revela como um ponto importante, no que se refere ao exercício dos direitos e garantias fundamentais, sob o prisma constitucional, uma vez que, torna coerente suas aplicações.

Por outra banda, as obrigações inerentes a convivência familiar são oriundas dos princípios da solidariedade e afetividade, no mais, destaca-se que este princípio atribui aos membros de determinada família deveres aptos a promover a dignidade dos demais integrantes (NETA, 2016).

Tendo em vista tratar da afetividade necessária para unir os membros familiares, trazendo uma forma de responsabilidade as relações familiares, de modo a determinar o amparo, bem como a assistência material e moral por meio dos membros familiares sob o prisma da dignidade humana (Glacliano; Filho, 2017).

Outro princípio muito relevante é se revela no princípio da igualdade, o qual encontra previsão na Constituição Federal, estabelecendo a igualdade entre o homem e a mulher no âmbito das relações familiares, vale destacar que o referido princípio é responsável por superar a ideia do denominado poder patriarcal, uma vez que trouxe a ideia de igualdade de gênero perante as relações familiares (NETA, 2016).

Outro aspecto relevante deste princípio diz, respeito a não diferenciação entre os filhos biológicos ou não biológicos, estabelecendo, portanto, aos mesmos direitos e deveres a ambos. Além do mais, tem como variação o princípio da equiparação dos filhos, certo que não pode haver qualquer distinção de tratamento entre os filhos “nascidos dentro ou fora do casamento, ou ainda daqueles acolhidos em adoção.

O princípio da afetividade se relaciona com o princípio da convivência ao passo que a afetividade se revela no dever de cuidado, assistência e convivência. O afeto passa a ter um valor jurídico relevante no direito de família graças a dignidade da pessoa humana. Todavia, apesar de seu valor, não se pode obrigar ninguém a dar afeto ou amor, o que se pode exigir é tão somente condutas que possam facilitar ou fortalecer os vínculos afetivos (NETA, 2016).

Por sua vez, o princípio da convivência familiar é consequente do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, encontrando previsão no artigo 227 da Constituição Federal, artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como no Código Civil, compreendendo basicamente o exercício do dever de cuidado e de zelo (NETA, 2016).

O princípio do melhor interesse da criança esta previsto no artigo 227 da Constituição Federal, devendo ser tratado com prioridade pelo Estado, sociedade e principalmente na família, pois a este sujeito deve ser proporcionado um desenvolvimento com dignidade, não podendo de forma alguma ser tratado como um objeto (NETA, 2016).

Neste tópico ficou evidente que apesar de não haver uma lei específica sobre o abandono afetivo, verificou se que os descumprimentos dos deveres constitucionais extraídos de seus princípios, implicam na violação de direitos inerentes a proteção da prole.

Superado este entendimento, avança se no sentido de delimitar os contornos de uma eventual indenização por abandono afetivo, o qual será analisado no item seguinte.

3 dos elementos da condenação por abandono afetivo

Primordialmente cabe destacar que a indenização por dano moral pode ser cumulada com uma indenização material, mesmo sendo constatada a lesão material e moral decorrentes do mesmo fato. Para, além disso, o dano não deve estar atrelado ao fato da diminuição de patrimônio, e sim na lesão a um direito, bem como a violação a dever jurídico (NETA, 2016).

O sujeito passivo da demanda poderá ser tanto pai com sua mãe biológica ou civil ou ainda um terceiro que detém formalmente a guarda da criança. (KAROW, 2012)

Lautenschlager (2007), elenca os pressupostos básicos suficientes para identificar a existência de responsabilidade. É imprescindível “que haja uma ação ou omissão por parte do agente; que ela seja causa do prejuízo experimentado pela vítima; que tenha havido efetivamente um prejuízo; e que o agente tenha procedido com dolo ou culpa”.

Na falta de um desses pressupostos, não há que se falar em dever de indenizar. Posto isto, para que ocorra a violação de um dever jurídico, é necessário a existência de um fato antijurídico decorrente da não observância dos dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro, tratando sobre o direito e o dever paterno ou materno de cuidar e proteger o filho em seus aspectos físicos, psíquico e afetivo, “este fato gerador pode estar tipificado em lei, ou decorrer de cláusula Geral de responsabilização do ato ilícito extracontratual, independentemente de prévia definição legal tipificadora” (KAROW, 2012).

Superanda a existência de um fato antijurídico, é necessário verificar a existência de outros elementos da responsabilidade civil, sob pena de sua inaplicabilidade, deixando impune o agente que cometera o abandono afetivo. Nesta senda, analisa-se a ocorrência do dano causado perante o fato antijurídico para fins de demanda sobre o abandono afetivo.

3.1 O dano causado a vitima

O dano é um elemento essencial para a configuração da responsabilidade civil no que tange ao dever de indenizar, a princípio está ligado a diminuição de patrimônio, porém, com a consagração da tese de dano moral, seu conceito se estende ao dano extrapatrimonial (NETA, 2016).

Para NETA (2016) “o descumprimento do dever de convivência pelo genitor provoca ao filho abandonado um dano de natureza extrapatrimonial ou existencial, que pode também ter repercussões de natureza patrimonial.”

Os deveres inerentes a proteção do filho podem ser promovidos por outras pessoas alheias aos genitores, podendo exercer as funções paternas e ou maternas de uma forma que supra todas as necessidades do menor, não lhes gerando qualquer dano capaz de abalar o desenvolvimento de sua personalidade (KAROW, 2012).

Por outro lado, a substituição da figura paterna ou materna, pode não ser tão benéfica, maximizando ainda mais os danos causados pela ausência de um dos genitores, tendo em vista que esta terceira pessoa não consegue preencher as lacunas do abandono afetivo (KAROW, 2012).

Ao analisar a existência do dano, o magistrado deverá fazer o uso de um estudo interdisciplinar que possa auxiliá-lo. Além do mais, não basta a ocorrência da violação do ilícito, e necessário a existência efetiva de dano. Tendo em vista, que apesar do abandono, o filho não sofre danos, pois as funções paternas/maternas acabam sendo desempenhadas por outras pessoas, neste sentido, não há abalo psíquico capaz de comprometer o desenvolvimento do sujeito (NETA, 2016).

Todavia, há aqueles casos de fácil constatação do dano, casos em que já havia um vínculo afetivo, a exemplo, os casos de separação, em que as partes formam novas famílias passando a esquecer as relações passadas, inclusive, os filhos.

Segundo Aina, com base em alguns julgados, chegou a conclusão, que até mesmo o filho maior de 18 anos, pode ingressar com uma ação de indenização por danos morais, Em todos os casos, será necessário um estudo interdisciplinar com a finalidade de apurar o dano, bem como sua extensão (NETA, 2016).

Mostra-se necessário a existência de uma conduta dos genitores privando o menor de seus direitos como filho, negando-lhe o cuidado, afeto, convivência prejudicando o seu desenvolvimento emocional. E ainda a conduta comissiva por meio de reiteradas atitudes de desprezo, humilhação rejeição causando desamparo moral e psíquico (KAROW, 2012).

3.2 A conduta do agente

A conduta pode ser comissiva que se consuma com a prática de um ato que não deveria ser praticado; ou pode ser uma conduta omissiva podendo ser visualizada através da inobservância de um dever de agir, ou por não ter praticado um ato que deveria ter praticado (LAUTENSCHLAGER, 2007).

No que tange a conduta, é importante destacar que esta é vista sob dois aspectos, quais sejam: dolo e culpa, a primeira diz que o agente tem a

vontade de causar o prejuízo; enquanto que na culpa, o sujeito age por imprudência e negligência. No caso de abandono afetivo, adota-se esta última (NETA, 2016).

A culpa pode ser contratual sendo aquela obrigação decorrente de um contrato, ou culpa extracontratual, sendo aquela decorrente de “uma violação de dever objetivo de cuidado”. É o comportamento ilícito violador das regras preexistentes, neste caso o ônus da prova é de quem alega.

Posto isto, o genitor que deixar de participar da vida do filho, deixando-o em situação de abandono, não cumprindo com seus deveres parentais. Está incidindo na responsabilidade de indenizar, mesmo que o evento danoso não venha a ser o desejo do genitor, o resultado é presumível, configurando assim a culpa (NETA, 2016).

Por outro ângulo, em certos casos não é possível imputar a responsabilidade ao genitor, uma vez que, o dever de cuidado e de convivência fogem de sua vontade, caracterizando-se hipóteses de excludente de culpabilidade. Neste sentido, pode-se citar a título de exemplo os casos de alienação parental, pois o genitor guardião dificulta o convívio entre o filho e o outro genitor que não detém a guarda do filho (NETA, 2016).

A síndrome da alienação parental é uma das principais teses de defesa daqueles que abandonaram afetivamente sua prole. O genitor argumenta sobre a impossibilidade de “cumprir seu papel na educação e formação do filho”, esses obstáculos podem ser postos por terceiros, pelo guardião entre outros, servindo como empecilho na aproximação do filho. Aqui o cônjuge autor do abandono também é vítima (KAROW, 2012).

Outro caso de excludente de culpabilidade se reflete nas hipóteses em que o genitor desconhece a paternidade, sendo assim, a “conduta culposa só pode ser imputada ao genitor a partir do momento em que este tenha ciência da paternidade” (NETA, 2016).

3.3 Nexos de causalidade

Em tese não é possível que alguém responda por algo que não deu causa, neste sentido é necessário comprovar que o dano sofrido pela vítima fora consequência da conduta culposa do agente (NETA, 2016).

A disso a conduta do genitor deve ser considerada juridicamente como o motivo causador dos danos causados ao menor, devendo, portanto, ser excluídos os demais danos decorrentes de outras situações diversas, mas que também de alguma maneira vieram a ter causado danos (KAROW, 2012).

Ou seja, deve haver entre a conduta do agente e o dano causado um nexo de causalidade, e conseqüentemente definindo o agente como o causador do dano, motivo pelo qual preenche os requisitos da responsabilidade civil (Lautenschlager, 2007).

Em via de regra, somente uma pessoa pode ser responsabilizada pelo abandono afetivo, podendo entrar no rol de responsáveis até mesmo o genitor por adoção. Neste caso, é necessário a formalização da guarda com a conseqüentemente transferência dos direitos e deveres relativos ao poder familiar.

A princípio é relevante um estudo interdisciplinar por meio de perícias técnicas, pois não basta identificar o dano, é preciso relacioná-lo com a conduta do genitor, a fim de estabelecer o nexo de causalidade. Para além da perícia outras provas podem ser produzidas com a finalidade de demonstrar o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano causado para fins de responsabilização civil por danos morais. Certo os principais atos se revelam com o

não cumprimento das visitas, ausência de comunicação, seja escrito ou por telefonema com a criança, não telefonar nos dias marcantes, como no aniversário, frustrar eventos previamente agendados com menor sem justificativa plausível, deixar um menor a espera e não comparecer, não comparecer no aniversário do menor, nunca apresentá-lo, não lembrar das datas festivas, não ficar com a criança nas férias, não tratar com igualdade aos demais irmãos de outros relacionamentos, não comparecer as apresentações escolares, não lembrar da existência do menor, ficar anos sem vê-lo. de forma comissiva a conduta, quando está presente agride o menor verbalmente, humilhando na frente dos demais, denegrir sua imagem e conseqüentemente autoestima, enfim, Arcos aptos a não criar um elo de comprometimento emocional do menor (KAROW, 2012).

O nexo de causalidade pode ser demonstrado por meio de outros processos judiciais como o de ação de alimentos, ação que tenha como objetivo o exercício do dever de visitas, reiteradas execuções alimentícias entre

outros atos que se refletem no desprezo do pai e ou mãe em face do filho (KAROW, 2012).

4 CONCLUSÕES FINAIS

Antes da constituição federal de 1988, pouco se debatia sobre a possibilidade de indenização decorrente de abandono afetivo, certo que o pai de família era visto como autoridade, sendo notável a posição de hierarquia, pois o pátrio poder era voltado a este.

Todavia com o advento da Constituição Federal, houve grandes mudanças no direito de família no que tange a responsabilidade dos pais diante dos princípios constitucionais, em especial o da dignidade da pessoa humana. Tendo em vista, a valorização dos membros da família estabelecendo uma igualdade seus componentes, certo que em todos os casos visa atender o melhor interesse da criança de forma a garantir que seus direitos sejam resguardados.

Ao passo que aos pais são conferidos os deveres de cuidado, afeto, educação, saúde física e emocional, entre outros para que o filho cresça e se desenvolva de forma saudável. Para, além disso, o descumprimento dos deveres insculpidos nos princípios Constitucionais direcionados ao direito de família, implica em verdadeiros fatos ilícitos.

No mais chegou se a conclusão de que é perfeitamente possível a responsabilidade dos pais por abandono afetivo, desde que sejam preenchidos todos os requisitos da teoria subjetiva. Ou seja, e necessária que haja um fato ilícito, o que se observa diante do descumprimento dos deveres contido nas diversas leis, bem como nos princípios constitucionais, inerentes ao pátrio poder familiar.

Além disso o agente deve cometer uma conduta antijurídica, violando os deveres supracitados, de forma que essa conduta, seja omissiva ou comissiva cause danos a seus dependentes. Acrescentando-se a necessidade do nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano causado ao filho.

E por fim, verifica-se que o abandono afetivo por si só, não é capaz de ensejar a indenização por danos morais, frisa-se que ninguém pode ser obrigado a amar, o que se pode exigir são tão somente condutas que possam

fortalecer os laços afetivos. Em verdade, necessário é o descumprimento dos deveres de cuidado, de modo que ao aplicar a teoria subjetiva de modo a constatar o fato ilícito, conduta do agente, culpa e nexos de causalidade, então poderá se falar em uma eventual indenização. Com isso, evita-se a fomentação da indústria de danos morais, bem como a temida monetização do afeto.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Manual de direito civil**. São Paulo, SP, Saraiva, 2017.

KAROW, Aline Biasuz suarez. **Abandono afetivo: valorização jurídica do afetonas relações paterno-filiais**. Curitiba, PR, Juruá Editora, 2012

LAUTENSCHLAGER, Milton Flávio de Almeida Camargo. **Abuso do Direito**. São Paulo. Atlas. 2007.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5ª. ed. Rev. ampliada e atualizada, Rio de Janeiro, RJ, Forense, 2013.

MADALENO, Rolf. **O custo do abandono afetivo**. disponível em: <<http://www.rolfmadaleno.com.br/novosite/conteudo.php?id=943>> acesso em 22 de março de 18.

NETA, Ainah Hohenfeld Angelini. **Convivência parental e responsabilidade civil**. Curitiba, PR, Juruá Editora, 2016

PEREIRA, Rodrigo da Cunha; SILVA, Cláudia Maria. **Nem só de pão vive o homem**., 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/se/v21n3/a06v21n3.pdf>. acesso em 22 de março de 2018.

SANTOS, Marina Alice de Souza, **responsabilidade civil nas relações paterno/materno filiais: o abandono afetivo**. 2015. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/rlmau22a/r97fhNJIYGWdsDI9.pdf>> acesso em 22 de março de 2018.

SKAF, Samira. **Responsabilidade civil decorrente de abandono afetivo paterno – filial**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Responsabilidade%20Civil%2021_09_2011.pdf> acesso em 22 de março de 2018.