

UNIVERSIDADE CANDIDO MENDES – CENTRO (UCAM)
FACULDADE DE DIREITO CANDIDO MENDES (FDCM)

Suzy Abreu Barbosa Soares da Silva

REPARAÇÃO CIVIL NOS CASOS DE ABANDONO AFETIVO
“VIVEMOS PORQUE SOMOS AMADOS E AMAMOS PARA QUE OS OUTROS
POSSAM VIVER”

Rio de Janeiro

2018

Suzy Abreu Barbosa Soares da Silva

REPARAÇÃO CIVIL NOS CASOS DE ABANDONO AFETIVO
“VIVEMOS PORQUE SOMOS AMADOS E AMAMOS PARA QUE OS OUTROS
POSSAM VIVER”

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Direito da Universidade Candido
Mendes - Centro, como requisito parcial à
obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Hélio Borges Neto

Rio de Janeiro

2018

Suzy Abreu Barbosa Soares da Silva

REPARAÇÃO CIVIL NOS CASOS DE ABANDONO AFETIVO
“VIVEMOS PORQUE SOMOS AMADOS E AMAMOS PARA QUE OS OUTROS
POSSAM VIVER”

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Direito da Universidade Candido
Mendes - Centro, como requisito parcial à
obtenção do título de bacharel em Direito.

Rio de Janeiro, _____ de _____ de _____.

Nota ()

Prof. Hélio Borges Neto – Orientador

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a minha maravilhosa mãe Silvana, por ter feito tudo que poderia fazer para ser mãe e pai, mostrando a todos a beleza de um dever bem cumprido e a importância dos laços de família, existentes apenas quando há cuidado e doação.

Dedico aos meus falecidos avós Guiomar e Sandoval por serem, junto a minha mãe, os responsáveis por esta caminhada em busca de conhecimento e de um bom caráter para transformar a realidade que me cerca.

Ao meu namorado Flávio* por toda sorte de ideias que me deu, pela ajuda e incentivo nos momentos de aflição e, principalmente, por estar sempre comigo, fazendo os meus dias repletos de felicidade e alegria.

Aos amigos do Diretório Acadêmico Rui Barbosa Transparência: Ana Luiza, Guilherme, João, Matheus, Pedro Bravo, Pedro Henrique e Viviane pela excelência na condução da incrível gestão 2018.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por trazer mediante Jesus Cristo amostras diárias de Sua fidelidade, bondade e graça intermináveis, por levar luz em meio à escuridão.

Ao professor Hélio Borges, notável por seus gestos extremamente afetuosos, por toda orientação que me deu na elaboração desta pesquisa. Ao professor e coordenador mestre Fernando Moreira Reis (querido incentivador de todos os alunos) por sua colaboração intensa com materiais e estímulo à atividade de pesquisa. Agradeço com muito carinho a Professora Gisele Bonatti por exercer um belo trabalho de acompanhar a realização dos TCC com empenho e carinho.

À Universidade Cândido Mendes que, por meio da qualidade de ensino, corpo docente e serviços prestados, viabilizou a realização do sonho de tornar-me, bacharel em Direito.

RESUMO

O trabalho monográfico apresenta-se como análise da reparação civil em casos de abandono afetivo com fulcro no ordenamento jurídico brasileiro, na doutrina e na jurisprudência.

Inicialmente o trabalho propõe-se a fazer um percurso histórico para contextualizar a instituição familiar e explicar quando e como se deu a inclusão do afeto como centro da família.

O segundo parágrafo analisa a questão do abandono afetivo trazendo as divergentes posições doutrinárias, dispositivos legais sobre o tema e decisões jurisprudenciais existentes e como se deu a evolução do posicionamento dos tribunais no que diz respeito ao tema.

O último capítulo traz uma reflexão sobre o dano moral e as diversas funções esperadas dele. Faz uma análise da previsão deste instituto nos diplomas legais do ordenamento jurídico pátrio, atentando para os limites impostos pela legislação.

Sua pretensão enquanto trabalho acadêmico de teor monográfico é analisar de forma limitada, o instituto do Dano Moral e sua aplicação nos casos de abandono socioafetivo e estimular os estudos do tema dada a sua relevância para o mundo jurídico e influência no direito civil brasileiro.

Palavras-chave: Abandono Afetivo. Dano Moral. Responsabilidade Civil. Afeto. Família. Poder Familiar. Reparação.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	8
2	O AFETO COMO BEM JURÍDICO NO DIREITO DE FAMÍLIA.....	10
2.1	ORIGEM DO CONCEITO DE FAMÍLIA	10
2.2	FAMÍLIA: PERCURSO HISTÓRICO	11
2.2.1	Família Pré-Histórica.....	11
2.2.2	A Família Antiga	12
2.2.3	A Família Medieval.....	13
2.2.4	A Família Moderna.....	14
2.2.5	A Formação da Família no Brasil.....	14
2.2.6	A Família Contemporânea.....	15
2.3	DIREITO DE FAMÍLIA: DIREITO PATRIMONIAL E EXISTENCIAL	18
2.4	ORGANIZAÇÃO FAMILIAR COMO ESPAÇO PRIVILEGIADO PARA O DESENVOLVIMENTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	19
3	RESPONSABILIDADE CIVIL E ABANDONO AFETIVO.....	20
3.1	A FAMÍLIA NA BASE DO AFETO.....	20
3.2	PODER FAMILIAR E DEVERES	21
3.3	PODER FAMILIAR E DANO MORAL	22
3.4	A POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO E O QUE SE BUSCA	25
3.5	A DELIMITAÇÃO DO DANO	26
3.6	HISTÓRICO DAS DECISÕES.....	28
4	APROFUNDANDO A QUESTÃO DO DANO MORAL.....	30
4.1	RECAPITULANDO	30
4.1	O DANO MORAL <i>IN RE IPSA</i>	31
4.2	AS DIVERSAS FUNÇÕES DO DANO MORAL	31
5	CONCLUSÃO.....	36
	REFERÊNCIAS	39

*Nós vivemos porque somos amados e amamos
para que os outros possam viver.*

Dom Paulo Evaristo Arns

*A família em que nascemos será o caminho
sobre o qual vamos andar pelo resto da vida :
firmes ou aos tropeços.*

Lya Luft

Amar é faculdade, cuidar é dever.

Nancy Andrichi

*Resistimos à invasão dos exércitos. Não
resistimos à invasão das ideias.*

Victor Hugo

1 INTRODUÇÃO

A aldeia global moderna tem se deparado com o aumento expressivo de processos civis em andamento no Poder Judiciário, consequência direta do crescimento populacional, mas, resultado também, da existência de profundos conflitos sociais decorrentes da rápida transformação da sociedade e das novas formas de existir que o homem vem buscando.

A conduta humana comissiva, omissiva ou abusiva em desconformidade com o ordenamento jurídico configura ato ilícito. Tal ato, caso importe lesão a direitos de terceiros, gera responsabilidade civil e dever de reparar o dano, que pode ser patrimonial, moral ou estético. Cada vez mais, a doutrina e a jurisprudência vem acolhendo no direito de família a Responsabilidade Civil Aquiliana para compensar o dano moral quando há descumprimento de deveres ou abuso de direitos.

A previsão legal sobre o dever de reparar é genérica e encontra respaldo no princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, existindo ato ilícito danoso, nasce a obrigação de reparar. O fato de que o ato ilícito nas relações familiares encontra dificuldades de se mensurar monetariamente não configura causa de exclusão de ilicitude.

Ressalta-se, entretanto, que a responsabilidade civil no direito de família é tema novo, que desperta debates e controvérsias entre estudiosos. Nítida é a divisão na doutrina e na jurisprudência sobre o acolhimento da responsabilidade civil nas relações familiares.

A relevância do tema reside no fato de que hoje, as relações familiares tem como único e exclusivo liame, substância a questão do afeto. Haja vista que, apesar de existirem diversos formatos de famílias, entende-se por família, grupo de pessoas que se une para realizar o bem para seus participantes e corrigir suas dificuldades.

Nesse sentido, se o Estado não encontrar meios de tutelar a questão do afeto de maneira eficaz, em breve o conceito de família poderá voltar a ser o que era antes do Estado Social: uma instituição patrimonial. Os direitos fundamentais tão arduamente conquistados não podem, em uma democracia, ser tratados de forma superficial ao ponto de deixarem de ser exigíveis por falta de clareza e teoria nas disciplinas do Direito.

Professora da rede pública de ensino, sempre tive contato com o abandono patrimonial e também, e, principalmente o afetivo. Um dos meus alunos, um jovem de dezenove anos veio me perguntar o que eu achava sobre ele estar movendo uma ação em face de seu genitor por tê-lo abandonado afetivamente. Na ocasião, a turma se dividiu, opinando das mais diferentes formas. Um dos comentários foi no sentido de que ele deveria perdoar e seguir a vida normalmente.

Diante desse episódio, a minha indagação foi: seria possível reparar o dano por abandono afetivo? E mais: que tipo de dano seria esse? Tendo esse viés investigativo, este trabalho pretende explorar o universo do dano causado aos abandonados delimitando sua natureza e circunscrevendo-o na seara da matéria transdisciplinar que é a Responsabilidade Civil.

O capítulo 1, que trata do abandono afetivo, objetiva apresentar sua origem. Para tanto, faz um caminho histórico pelas funções que a família desempenhou até chegar à questão central deste trabalho: a afetividade. Também tem como foco, o apontamento de críticas das correntes que não entendem que o abandono afetivo seja uma questão de responsabilidade subjetiva. A responsabilidade no direito de família será abordada demonstrando suas características, sua importância e objetivos no ordenamento jurídico brasileiro como forma de promover uma justiça mais eficaz, com maior número de condenações a efetuar reparações e indenizações, ainda que com objetivo puramente punitivo ou pedagógico.

O capítulo 2, analisar como a jurisprudência e a doutrina tem tratado a reparação civil nos casos de abandono afetivo, bem como os resultados que têm sido provocados no tocante ao tema. Nesse sentido, o capítulo tem a função de efetivamente realizar a reflexão sobre a possibilidade da reparação do dano causado pelo abandono afetivo e o que os processos efetivamente produzem como resultado.

Por fim, cabe ao capítulo 3 analisar o instituto do dano moral no ordenamento jurídico brasileiro e as suas diversas funções. Tecerá breves comentários contrastando este instituto com o *punitive damage* e traz as novas demandas da atualidade em relação ao tema.

O presente trabalho monográfico pretende analisar a polêmica da reparação civil por abandono afetivo, utilizada no Brasil, à luz do instituto do *punitive damage*, utilizado nos Estados Unidos, a fim de compreendê-la e explicá-la, para melhor entendimento dos impactos decorrentes da violação da honra subjetiva no ambiente familiar.

2 O AFETO COMO BEM JURÍDICO NO DIREITO DE FAMÍLIA

2.1 ORIGEM DO CONCEITO DE FAMÍLIA

Ao contrário do que se possa imaginar, a criança e o adolescente nem sempre foram tratados como sujeitos de direito como ocorre nos dias de hoje. Igualmente, a família nem sempre foi considerada fundamental no desenvolvimento afetivo, social e intelectual da criança. O descumprimento do direito fundamental à convivência familiar está diretamente ligado à forma como a família se organizou na história. (KREUZ, 2012, p. 1)

Nos séculos XV e XVI, crianças a partir de sete anos eram comumente enviadas para outras famílias, onde aprendiam um ofício e eram educadas. Começavam servindo à mesa e, depois, passavam aos outros serviços domésticos. É importante lembrar que, no período em questão, escola era um privilégio normalmente confiado a religiosos. (ARIÈS, 2016, p. 158-59)

Pelo fato de a criança deixar o seio familiar muito cedo, a família não tinha o caráter sentimental que tem hoje. Philippe Ariès explica:

A família era uma realidade moral e social mais do que sentimental. No caso das famílias muito pobres, ela não correspondia a nada além da instalação material do casal no seio de um meio mais amplo: a aldeia, a fazenda, o pátio, ou a casa dos amos e dos senhores, onde esses pobres passavam mais tempo do que em sua própria casa (às vezes nem tinham uma casa). A família quase não existia sentimentalmente entre os pobres. E, quando havia riqueza e ambição, o sentimento se inspirava no mesmo sentimento provocado pelas antigas relações de linhagem. (ARIÈS, 2016, p. 158-159)

A escola teve um importante papel para a questão do surgimento do afeto nas relações familiares. No século XVII as crianças já eram educadas nas escolas. Percebia-se que havia entre as crianças e seus pais um sentimento mais próximo daquele encontrado nas relações atuais. O reduzido número de escolas e também a distância destas fez com que muitas crianças morassem nos colégios. Outras, por sua vez, estudavam em casa. Em ambas hipóteses há um elemento comum: aproximação dos infantes com os pais, com a família. (KREUZ, 2012, p. 20)

No mesmo século, os colégios internos tornaram-se um forte símbolo de status e prosperidade. Surge como costume entre as famílias abastadas o envio de seus filhos para serem educados nas referidas instituições. Nesse sentido, o abandono não tinha um caráter negativo, sequer considerava-se o envio dos filhos como uma prática valorada como negativa,

muito pelo contrário, era muito sortudo quem tinha essa oportunidade oferecida pelos pais. (KREUZ, 2012, p. 20)

No Brasil colônia, cabe ressaltar, era bastante comum e, havia autorização nas Ordenações Filipinas da possibilidade de a mulher que não tinha condições de amamentar os filhos entregá-los para as amas de leite que, então, teriam como criá-los, principalmente nos estratos sociais mais abastados. (CIVILETTI, 1991, p. 31)

A questão dos escravos merece destaque por elencar uma situação impactante: Segundo Maria Vitória Civiletti (1991), enquanto a criança branca era entregue para a ama de leite para ser alimentada, seu filho (escravo) adaptava-se ao trabalho da mãe. Enquanto aos seis anos iniciava-se a escolarização para o filho do branco, para os filhos dos negros começava a vida laborativa.

A pobreza, já no período escravista, levava muitas mulheres a levarem seus filhos e os entregarem nas casas de acolhimento para serem sustentados. Por diversos motivos, o abandono dos filhos sempre esteve presente na história da família e da criança como algo natural, aceitável, comum e, muitas vezes até estimulado, como visto. (CIVILETTI, 1991, p. 37)

2.2 FAMÍLIA: PERCURSO HISTÓRICO

2.2.1 Família Pré-Histórica

Engels em sua obra *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*, ao estudar a evolução da cultura humana, identificou a existência de três fases: a primeira é a fase Selvagem, a segunda é a fase da barbárie e a terceira é a fase da civilização. (ENGELS, 1982)

Na primeira fase (selvagem), a sociedade encontrava-se no seguinte contexto: homens e mulheres se reuniam em grandes grupos nos quais todos os homens mantêm todas as mulheres e estas o mesmo em relação a estes. Não havia família. (ENGELS, 1982)

Na segunda fase (barbárie) é caracterizada pela redução do grupo ao par, ao casal, chamada de família sindiásmica. Nesta fase, o homem já tinha pelo menos uma mulher principal, mas a infidelidade continuava sendo um direito dos homens. (ENGELS, 1982)

Na terceira fase (civilização) chega-se à monogamia, ao predomínio do homem sobre a mulher. Destaca-se como principal objetivo da família a procriação. Segundo Engels, a evolução da família contou sempre com a redução do grupo familiar. (ENGELS, 1982)

2.2.2 A Família Antiga

A família antiga era um grupo de pessoas a quem a religião permitia invocar o mesmo lar e oferecer o repasto fúnebre aos mesmos antepassados.

Foi a religião e o culto aos mesmos antepassados que corporificou a antiga família. O culto doméstico se sobrepunha em importância aos vínculos de sangue. Nesse sentido, por exemplo, o filho adotivo se tornava filho verdadeiro porque aderiu ao mesmo culto doméstico e não porque havia afeto. Faz –se importante destacar que aderir ao mesmo culto doméstico era mais importante do que os vínculos de sangue. (COULANGES,1971, p. 46)

Vamos entender a religião doméstica um pouco ao entender que a mulher, por meio do casamento, deixava a sua família e passava a integrar a família de seu marido. No mesmo sentido, deixava de invocar os deuses de sua família e passava a invocar os deuses da família de seu marido. (COULANGES,1971, p. 47)

A maior desgraça que poderia acontecer a um homem seria morrer sem deixar descendentes que pudessem lhe prestar culto. Isso porque a extinção de uma família significava a extinção de uma religião e, por isso, a desgraça do falecido. Por outro lado, a felicidade pós morte era possível por meio do culto prestado por seus descendentes. (COULANGES, 1971, p. 47)

O nascimento do filho biológico era apenas um laço físico. O que fazia o filho ser realmente um descendente era apresentação do filho aos deuses. Assim, criava-se o vínculo ao ter o filho a mesma religião do pai e do resto da família. (COULANGES, 1971, p. 48)

Nesse sentido, teve grande importância o instituto da adoção. Era para existirem descendentes que não deixassem morrer a religião doméstica que se criou a solução para quem não pudesse ter filhos biológicos. Adotar significava introduzir alguém no culto doméstico, que, para isso, teria que renunciar ao culto da família de origem. Essa transição se dava mediante um ritual religioso. Ressalta-se que não era permitido ter duas famílias ou religiões. (COULANGES, 1971, p. 48)

Assim, na família antiga, gregos e romanos acreditavam no seguinte: irmãos eram aqueles que tinham o mesmo lar, os mesmos deuses, mas sobretudo, prestavam o mesmo culto e ofertavam alimentos no mesmo túmulo.

Porém, com o tempo, o culto doméstico foi enfraquecendo:

Tanto na Índia quanto na Grécia como em Roma, chegou-se a uma época em que o parentesco pelo culto não terá sido o único admitido. À medida que esta religião enfraquece, a voz do sangue fala mais alto e o parentesco pelo nascimento surge reconhecido em direito. Os romanos chamavam de Cognatio a esta espécie de parentesco absolutamente independente das regras da religião doméstica. Quando se leem os jurisconsultos desde Cícero e Justiniano, veem-se os dois sistemas de parentesco a rivalizarem-se entre si e ambos disputarem-se no domínio do direito. (COULANGES, 1971, p. 68)

Por muitos séculos desenvolveu-se o hábito de alguns grupos de famílias se uniam para celebrar uma espécie de culto comum, que os latinos chamaram de cúria ou fraturai. Concebeu-se aí uma divindade acima das domésticas. Cada cúria acabou virando tribo e as tribos, cidades. (GILISSEN, 1986, p. 563)

2.2.3 A Família Medieval

A família medieval se caracteriza pelo modelo patriarcal, a autoridade era exercida pelo pai ou pelo avô e pela solidariedade entre seus membros tanto para assistência quanto para vingança privada. Quando um membro era lesado, todos os outros devem ajudar o lesado a vingar-se. (GILISSEN, 1986, p. 564)

Na Baixa Idade Média, a guerra privada devia ser conduzida pela própria vítima, ou se ele tivesse morrido, pelo parente varão mais próximo. É ele que conclui a paz, recebe a composição pelo resgate da vingança e o distribui entre os parentes. (GILISSEN, 1986, p. 566)

Todos os membros da família podiam ser responsabilizados e hostilizados por qualquer malefício cometido por um deles e devem contribuir para pagar a composição, a menos que expulsem o culpado do grupo familiar abandonando-o. Com o desenvolvimento das cidades e seu fortalecimento, a família foi perdendo parte de seus direitos e deveres. A solidariedade familiar foi se perdendo pouco a pouco e sendo substituída pela autoridade das cidades e do Estado. (GILISSEN, 1986, p. 570)

Na Baixa Idade Média, a mulher casada e os filhos estavam sob a autoridade do marido. Inclusive, a mulher era incapaz e até mesmo para contratar dependia do marido. A única exceção foi a surgida no século XI, em alguns feudos se permitiu a sucessão feminina. A mulher tinha algum poder político. (GILISSEN, 1986, p. 573)

O pai tinha direito de punir os filhos com o intuito de corrigi-los. Apenas no século XV ferir um filho tornou-se um ato punível. A família na idade média era praticamente formada pelos pais e filhos que “nada aí lembra a antiga linhagem, nada acentua a ampliação

da família ou a grande família patriarcal, essa invenção dos tradicionalistas do século XIX.” (GILISSEN, 1986, p. 574)

2.2.4 A Família Moderna

Pode ser entendida como aquela que é fundada no casamento religioso, baseado num contrato, ou seja, dependia do consentimento dos cônjuges. Nessa família, a mulher tinha o direito de se manifestar e os filhos eram originários do casamento válido.

Entre o fim da Idade Média e os séculos XVI e XVII, a criança havia conquistado um lugar junto de seus pais, lugar este a que não poderia ter aspirado no tempo em que o costume mandava que fosse confiada a estranhos. Essa volta das crianças ao lar foi um grande acontecimento: ela deu a família do século XVII sua principal característica, que a distinguiu da família medieval. A criança tornou-se um elemento indispensável da vida cotidiana e os adultos passaram a se preocupar com sua educação, carreira e futuro. Ela não era ainda o pivô de todo o sistema, mas tornara-se uma personagem muito mais consistente. Essa família do século XVII, entretanto não era a família moderna: distinguia-se desta pela enorme massa de sociabilidade que conservava. Onde ela existia, ou seja, nas grandes casas, ela era o centro das relações sociais, a capital de uma pequena sociedade complexa e hierarquizada, comandada pelo chefe de família.

A família moderna, ao contrário, separa-se do mundo e se opõe à sociedade o grupo solitário de pais e filhos. Toda energia do grupo é consumida na promoção das crianças, cada uma em particular e sem nenhuma ambição coletiva: as crianças mais do que a família. (ARIÉS, 2006, p. 189)

2.2.5 A Formação da Família no Brasil

A grande preocupação do período colonial era a povoação da Nova Terra e para isso era necessário que novos casais viessem morar e se estabelecer na colônia.

Além da produção agrícola, os casamentos também eram incentivados. Se para a igreja o casamento era um mal menor, já que o celibato era algo maior, em termos de santificação. O casamento, inclusive, era para quem não conseguia viver castos. (SILVA, 1984, p. 20)

Para a coroa portuguesa, as uniões matrimoniais deveriam ser estimuladas na Nova Terra, já que era necessário povoá-la. Além disso, o trabalho da igreja voltava-se à catequização dos indígenas e também para que abandonassem as práticas sexuais e aderissem ao casamento religioso católico.

Como nenhuma das medidas adotadas por Portugal foi suficiente para suprir a falta de mulheres brancas, no Brasil, tornou-se prática comum entre os portugueses que aqui chegavam, catequizar as índias, batizá-las e depois casar-se com elas. (SILVA, 1984, p. 23)

Somente por volta do século XVIII, a Coroa Portuguesa começou a se preocupar com o controle social sobre a vida familiar, embora o problema da falta de mulheres brancas persistisse, o que levava muitos homens a fazer uniões ilegítimas.

A Igreja exerceu importante função em favor do casamento e da formação de famílias legítimas. O clero não tinha função apenas religiosa e espiritual, ele fazia habitualmente o controle das relações ilegítimas. Colocava, por exemplo, a mulher adúltera na rua, fazia excomunhões, etc.

Não obstante a igreja desejasse uniões legítimas, ela acabava dificultando a existência delas porque a burocracia exigida para sua configuração, as custas elevadas para os casamentos, constantes mudanças de domicílio, falta de padres, entre outros motivos tornavam os casamentos oficiais muito difíceis. (SILVA, 1984, p. 33)

Nesse sentido, o cotidiano acabava por vencer as instituições e o que havia era uniões livres. Relações marcadas por múltiplos relacionamentos entre brancos, índias e negras e de sexualidade acentuada. Essa era a configuração até o século XVIII.

No século XIX, a casa grande passou a ser o modelo tradicional de família, a família do proprietário de terras incluía não só a mulher, mas também os filhos, concubinas, escravos, parentes, padrinhos, afilhados, amigos e dependentes.

Com o advento da República, o progresso das cidades e a necessidade de oferecer estudo para os filhos faz com que muitos proprietários de terra se mudem para as cidades para investir na indústria e no comércio, deixando para trás todos os demais entes daquela estrutura familiar típica da casa grande. (SILVA, 1984, p. 37)

2.2.6 A Família Contemporânea

A análise da formação da estrutura da família contemporânea torna indispensável a contextualização de alguns fatos históricos determinantes. Primeiramente, ele se caracteriza como uma família nuclear. Os eventos históricos que foram determinantes são: a revolução francesa, a reforma protestante, a revolução industrial. (KREUZ, 2012, p. 42)

Tais eventos históricos provocaram diminuição da influência religiosa sobre a questão do casamento e da família e também a migração da massa de trabalhadores aos grandes

centros urbanos, o que causou diminuição, ou seja, dispersão dos membros da família. (KREUZ, 2012, p. 42)

O liberalismo econômico também produziu modificações profundas na dinâmica familiar no sentido de que os pais passavam muito tempo produzindo nas fábricas e pouco tempo convivendo com seus filhos. Perdeu-se também o viés religioso e houve, ainda, a diminuição dos casamentos por conveniência e o aumento dos casamentos fundados no afeto e no amor. (KREUZ, 2012, p. 43)

Nasce, aqui, a nova família. Morre a família patriarcal, que era caracterizada como uma unidade de produção, de defesa, com objetivos patrimoniais e práticos. Em seu lugar surge a família fundada em relações de afeto, de igualdade, respeito e não mais sustentada por valores religiosos, políticos e morais. (KREUZ, 2012, p. 44)

Agora, vive-se um momento em que a família não se funda mais no casamento como um sacramento, tampouco na ideia de autoridade de chefe de família, de patriarca. A família pós-moderna, também chamada contemporânea é aquela com laços fundamentados no afeto. (KREUZ, 2012, p. 44)

Essa nova configuração é envolvida pela possibilidade da dissolução do casamento, também por casamentos sucessivos, a união estável, uniões homoafetivas, avanços tecnológicos na área de reprodução humana entre outras transformações. (KREUZ, 2012, p. 44)

A autora Maria Berenice Dias explica que a nova configuração da família recebe até um nome: família eudemonista.

Surgiu um novo nome para essa nova tendência de identificar a família pelo seu envolvimento afetivo: família eudemonista, que busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros. O eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido de busca pelo sujeito de sua felicidade. A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento altera o sentido da proteção jurídica da família deslocando-o da instituição para o sujeito, como se infere da primeira parte do artigo 8º e do artigo 226 da CF: o estado assegurará assistência à família na pessoa de cada um dos componentes que a integram. (DIAS, 2007, p. 52)

A partir da Constituição de 88, a nova ordem jurídica que, embora ainda conferisse uma especial proteção ao instituto do casamento, abriu status de família a novas formas de constituição. Nos termos do artigo 226 parágrafos 3º e 4º da Constituição, “confere status de família à união estável entre o homem e a mulher, bem como à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”. (KREUZ, 2012, p. 43)

Ressalta-se é mais do que isso: a Constituição Federal reconheceu outros modelos atípicos de família com objetivo de proteger juridicamente os sujeitos que as integram e nela desenvolvem suas personalidades. (KREUZ, 2012, p. 43)

A família contemporânea, portanto, já não é mais apenas aquela formada pelo homem, pela mulher e seus filhos. Ela está muito mais diversificada devido a vários fatores: a facilidade de separações, a redução das taxas de natalidade, novos tipos de união diferentes do casamento, inserção da mulher ativamente no mercado de trabalho entre outros. (KREUZ, 2012, p. 43)

Nas palavras de César Fiuza:

A família relida a partir da ótica civil-constitucionalista torna-se o locus da afetividade, das relações de amor e ‘ódio’, deixa de ser a esfera do pater famílias, transformando-se em centro de promoção da dignidade humana, da dignidade dos filhos, cujo tratamento partirá dos princípios de igualdade, do melhor interesse do menor e do filiocentrismo; da dignidade do casal e dos demais membros da família seja qual for a sua configuração. (KREUZ, 2012, p. 43)

A família sofreu profundas transformações na função, natureza e composição, especialmente com o advento do Estado Social, no século XX. O Estado progressivamente passou a tutelar de forma constitucional a família, definindo modelos e ampliando o âmbito dos interesses protegidos. A família passou a ter proteção do Estado em forma de direito público subjetivo. (CARVALHO, 2017, p. 36)

O marco fundamental foi a Declaração Universal dos Direitos do Homem votada pela ONU em dezembro de 1948, ao assegurar no artigo 16.3 que a “família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”. (CARVALHO, 2017, p. 36)

Outro diploma que merece destaque é a Declaração dos direitos da criança, aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 1959 que prevê pela primeira vez o direito de a criança ser criada pelos seus pais. A Constituição de 1988, mais tarde veio, como ressalta Conrado Paulino da Rosa, trazendo uma nova visão do direito privado e do conceito de família. O que antes era ligado à patrimonialização no conceito de família, sofreu uma ruptura em decorrência de ter o princípio da dignidade da pessoa humana como cerne do direito e das relações jurídicas. Trouxe ampliação dos modelos de entidades familiares e a valorização da pessoa humana, rompeu preconceitos referentes à concepção de família. (CARVALHO, 2017, p. 37)

O moderno direito de família abriga diversas formas de família constituídas pela convivência e pelo afeto entre os seus membros, sem importar o vínculo biológico e o sexo. A afetividade é atualmente o elemento agregador da entidade familiar na busca sempre de uma família eudemonista que se realiza na felicidade e na proteção de cada um dos membros que a integra.

A Constituição da República dispõe em seu artigo 226 que “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Logo, recebe especialmente com o intuito de proteger os mais vulneráveis a intervenção protetora do Estado. Nesse sentido, apesar de o direito de família ser um ramo do direito civil (direito privado), a maioria das normas concernentes ao direito de família tem cogência de norma de ordem pública; ou seja, não se submetem exclusivamente ao arbítrio individual, uma vez que a Magna carta manifesta interesse público de proteger e solidificar a família, a qual ela coloca no patamar de alicerce de toda a sociedade e da estrutura do Estado. (CARVALHO, 2017, p. 39-40)

2.3 DIREITO DE FAMÍLIA: DIREITO PATRIMONIAL E EXISTENCIAL

O autor Flavio Tartuce (2017, p. 18) faz um interessante recorte didático quando analisa o código civil no seu livro V (Direito de Família). Divide em duas partes: direito existencial e direito patrimonial. O primeiro diz respeito ao direito pessoal e segue a tendência da personalização do direito civil. É composto por normas de ordem pública e tratam a pessoa humana como a figura central mais importante do direito. A patrimonialização do direito de família, nesta parte, perde a importância que teve outrora. Ou seja, é nítida a despatrimonialização que o direito civil passou a experimentar.

Já a parte que chama de direito patrimonial de família é centrado exclusivamente no patrimônio. O interessante é perceber que apenas esta parte é regulada por normas do direito privado. São, por sua vez, normas dispositivas que admitem acordo entre as partes como, por exemplo, é o pacto antenupcial ou a possibilidade de as partes pactuarem diversas formas de regime de bens. (TARTUCE, 2017, p. 19)

Nesse sentido, a intervenção do Estado na família é para protegê-la e sobretudo aos membros mais frágeis, preservando a liberdade, a autonomia individual e evitando abusos e o arbítrio de outros. Não cabe ao Estado, entretanto, intervir nos projetos de vida ou nos modelos de arranjos familiares.

Resumindo: a natureza do direito de família é ramo do direito privado regulado por normas de ordem pública, cogentes, portanto. O Estado intervém para proteger as

vulnerabilidades; suas instituições jurídicas são de direitos-deveres; é direito personalíssimo, irrenunciável e intransmissível.

A família atual mantém sua importância como célula *mater* da sociedade e tem especial proteção do Estado, como visto anteriormente (art. 226 da CF). O elemento agregador deixa de ser exclusivamente o jurídico, assumindo maior importância a comunhão de afetos. A família verdadeira é a afetiva, antes mesmo de ser jurídica. (CARVALHO, 2017, p. 44)

A entidade familiar atualmente é reconhecida como uma comunidade de afeto, de ajuda mútua, de realização da dignidade como ser humano. O *affectio familiae* torna-se o elemento radiador da convivência familiar. Nesse entendimento, o conceito de entidade familiar ultrapassa todos aqueles que a constituição prevê (casamento, união estável e monoparental) para reconhecer como família todo e qualquer grupo no qual seus membros enxergam uns aos outros como entes familiares, escolhem para viver como família. (CARVALHO, 2017, p. 46)

2.4 ORGANIZAÇÃO FAMILIAR COMO ESPAÇO PRIVILEGIADO PARA O DESENVOLVIMENTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A convenção das Nações Unidas sobre os direitos da criança de 1989 reconhece em seu preâmbulo que para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão.

Edson Fachin explica na sua obra “Família Cidadã”:

A família constitui um corpo que se reconhece no tempo. Uma agregação histórica e cultural como espaço de poder, de laços e de liberdade. Uma aliança composta para representar harmonia e paradoxos. Uma agremiação destinatária de projetos e de discursos, especialmente da alocação normativa, junção que encarna o elo entre o direito, a família e a sociedade. (2012, p. 35)

3 RESPONSABILIDADE CIVIL E ABANDONO AFETIVO

3.1 A FAMÍLIA NA BASE DO AFETO

Como visto no capítulo anterior, novas formas de convivência familiar foram adotadas pela sociedade. E sobre a nova e plural organização da família, é importante destacar os ensinamentos de Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira:

Na ideia de família, o que mais importa a cada um de seus membros e a todos a um só tempo é exatamente pertencer a seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças e valores, permitindo, a cada um, se sentir a caminho da realização de seu projeto pessoal de felicidade. Os seres humanos mudam e mudam seus anseios, suas necessidades e seus ideais, em que pese a constância valorativa da imprescindibilidade da família enquanto ninho. A maneira de organizá-lo prosperar, contudo, se altera significativamente em eras e culturas não muito distantes umas das outras. Ora, sob o vigor e a rigidez do direito codificado, esse fenômeno pode se revelar engessado, por ser estreita demais a norma para tão expansível realidade social. (2005, p. 6-7)

A visão patrimonial-individualista da antiga família transforma-se a ponto de se tornar, no novo paradigma, o elemento propiciador do desenvolvimento humano. E nessa nova maneira de analisar a família, a afetividade passou a ser o elemento nuclear definidor da união familiar – triunfo da intimidade como valor da modernidade. (LOBO, 2010 p. 31)

Como já visto no capítulo anterior, a Constituição de 1988 traz como ponto alto a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, o Direito de Família é fortemente influenciado pela norma cogente do referido princípio constitucional de forma que a paternidade já não é questão, mas sim a paternidade responsável, uma vez que a convivência dos filhos com os pais não é direito do pai, mas direito do filho. Assim, quem não detém a guarda tem o dever de conviver com ele. Não é direito de visita-lo, mas obrigação de visitá-lo. (DIAS, 2007, p. 608)

Nos termos do artigo 227 da Constituição Federal, o afeto é considerado no sentido de missão constitucional dos pais, pautada nos deveres de assistir, criar e educar os filhos menores, não se limitando a vertentes patrimoniais. É com base nessa solidariedade familiar que cada indivíduo passa a ser sujeito de valores, livre dos deveres do modelo patriarcal, promovendo, assim, a igualdade entre todos os seus membros. (DIAS, 2007, p. 382)

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à

dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, CF/88, Art. 227)

3.2 PODER FAMILIAR E DEVERES

A expressão poder familiar foi uma das importantes adequações que o Código Civil de 2002 fez em relação ao código Civil de 1916. Nesse código mais antigo, a expressão adotada remetia à figura paterna que exercia um poder quase que absoluto sobre seus filhos: pátrio poder.

Com o Princípio da proteção integral de crianças e adolescentes, a antiga relação de dominação e imposição sobre os filhos passa a vigorar sob uma nova visão. Os deveres e as obrigações no novo poder familiar tem o objetivo e o fulcro na realização da dignidade da pessoa humana, percebendo a criança e o adolescente como sujeito de direitos e não apenas de obrigações ou imposições.

Importa ressaltar, ainda, que a adequação que foi feita da expressão pátrio poder para poder familiar fica evidente que ambos os genitores passaram a dividir as responsabilidades com o cuidado e educação da prole, destacando a importância da mútua convivência familiar. Este fundamental poder decorrente da paternidade ou da maternidade, e não apenas do casamento pode ser conceituado 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, assim, possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção dos filhos. (DINIZ, 2002, p. 1056)

Erradamente se pensa que apenas o texto constitucional e o Código Civil tratam da questão afetiva enquanto dever familiar. O Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 nos seus artigos 3, 15, 19 e 22 trata do dever familiar:

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. (BRASIL, ECA, Art. 3)

A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis. (BRASIL, ECA, Art. 15)

É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integralmente. (BRASIL, ECA, art. 19)

Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei. (BRASIL, ECA, Art. 22)

Não resta, portanto, nenhum tipo de dúvida sobre o dever de assistir, criar e educar os filhos menores no ordenamento jurídico pátrio. O mais importante é que fique inequívoco o caráter obrigatório e jamais facultativo deste dever imposto na Magna Carta, no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim, o poder familiar é tão importante que o descumprimento de suas obrigações será o principal fundamento das ações de indenização por abandono afetivo que serão exploradas no próximo capítulo deste estudo.

3.3 PODER FAMILIAR E DANO MORAL

O dano significa uma lesão de dano moral ou patrimonial e com o decorrer dos anos a forma de analisar o dano na responsabilidade civil passou a ser diferente, posto que se iniciou uma análise, tanto de dano patrimonial, bem como de dano moral. Com esse novo posicionamento, Cavalieri Filho, conceituou o dano, veja-se:

Conceitua-se, então, dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral. (CAVALIERI, 2010, p. 71)

Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. (BICCA, 2015, p. 20)

Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a

possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. (BICCA, 2015, p. 22)

A responsabilidade Civil como disciplina transdisciplinar e instituto jurídico tem fulcro na ideia de que causar dano a outrem gera a obrigação de indenizar. Ou seja, aquele que causar um dano deverá responder civilmente. Em outras palavras, a responsabilidade civil é uma consequência dos atos danosos sejam eles de natureza comissiva ou omissiva.

O Código Civil de 2002 em seu artigo 927 dispõe sobre a obrigação de reparar o dano causado a outrem. O jurista Sergio Cavalieri (2010, p. 71) explica seu conteúdo em outras palavras: “Daí ser possível dizer que toda conduta humana que, violando dever jurídico originário causa prejuízo a outrem é fonte geradora de responsabilidade civil”.

É importante fazer uma divisão da responsabilidade civil em objetiva e subjetiva. A responsabilidade civil objetiva decorre do risco da atividade e tem maior ocorrência em outras áreas do direito. No nosso estudo que pertence à seara do Direito de Família, não há que se falar em risco da atividade, portanto, aqui apenas será abordada a responsabilidade civil subjetiva. (BRASIL, CC/2002, Art. 186)

A responsabilidade Civil subjetiva é aquela em que não se faz um julgamento objetivo de que o dano causado deverá ser imputado a alguém sem sequer apurar se teve culpa. Pelo contrário, a responsabilidade subjetiva deverá ser efetivamente demonstrada. Para que exista, é requisito que tenha ocorrido ação ou omissão voluntária, culpa ou dolo. Além disso, deve haver o nexos de causalidade, ou seja, a relação e o dano. Sem dano, não há que se falar em responsabilidade civil. (RODRIGUES, 1979, p. 303)

Como visto, portanto, para haver o reconhecimento da responsabilidade civil é necessário que se preencham os requisitos: conduta antijurídica, o dano e o nexos causal. Importa ressaltar que o dano pode ser de natureza patrimonial, ou seja, dano material e de natureza moral. Esse atinge a esfera da honra, causando à vítima um intenso sofrimento, nos termos do artigo 5 incisos V e X da Constituição da República.

Enquanto o Direito Penal busca uma punição social ao ofensor, a responsabilidade civil tem um objetivo um pouco diferente, porem também esbarra nessa demanda punitiva e pedagógica. Pablo Stolze explica que o que se busca na responsabilidade criminal é uma punição social ao ofensor, que deve sofrer uma cominação legal, ou seja, uma pena lhe será imposta. Por outro lado, na responsabilidade civil almeja-se uma compensação patrimonial para a vítima, uma reparação para favorecê-la. (GAGLIANO, 2011, p. 46-47)

Percebe-se aqui que a vítima, agora, diferente de outrora é encarada de um ponto de vista diferente. A nova ordem jurídica constitucional coloca como centro, como já

mencionado repetidas vezes, a pessoa humana e sua dignidade. Nesse sentido, a responsabilidade civil funciona como uma cláusula de tutela da dignidade humana e, por conseguinte, o fundamento do direito de danos no ordenamento jurídico pátrio. (AGUIRRE, 2015, p. 238-239)

Retomando os conceitos de responsabilidade civil, ela emerge do descumprimento de um dever jurídico, de uma obrigação, de uma regra contratual ou de um preceito normativo. Ou, ainda, por exceder, abusar de seus direitos. Os danos morais, também chamados imateriais, são aqueles sem conteúdo patrimonial, mas que atingem os direitos de personalidade da pessoa, que são invioláveis. (art. 5 da CRFB, V e X).

Nos artigos mencionados no parágrafo anterior, a indenização por dano moral é elevada ao status de direito fundamental de todo aquele que tiver violada sua intimidade, sua vida privada, sua honra e sua imagem. Em outras palavras: tiver violados seus direitos de personalidade, assegurado, ainda, o direito de resposta. A dignidade da pessoa humana não representa, então, um princípio constitucional isolado. Como visto, tem seu respectivo direito fundamental de reparação do dano experimentado pela pessoa que teve a sua dignidade abalada por outrem.

Charles Bicca (2015, p. 28) em seu livro introduz um interessante questionamento: “Muito embora seja inexplicável o assustador silêncio do Código Civil (2002) sobre o uso da Responsabilidade Civil nem a Constituição Federal (1988) ou o próprio Código fazem qualquer restrição sobre a aplicação das referidas normas”.

Conclui que, dessa forma, que todos os pressupostos previstos para a responsabilização civil do ofensor são plenamente aplicáveis às relações familiares, acrescentando, ainda, que é nesse ambiente de intimidade que ocorrem as maiores violações à dignidade da pessoa humana. (BICCA, 2015, p. 28)

Por outro lado, Rolf Madaleno que também destaca o silêncio do Código Civil sobre o abandono afetivo e reparação civil, indica que o Direito de Família não demonstra muita simpatia com o tema e que a reparação civil tem sido fortemente afastada das relações familiares, não sendo acolhido o dever de indenizar. (MADALENO, 2015, p. 11)

De fato, a divergência na doutrina e na jurisprudência é perceptível e existe, ainda, uma posição intermediária que aceita a responsabilização em casos excepcionais e outra corrente que repudia completamente com o argumento de que há uma impossibilidade de monetarizar as relações afetivas, devendo-se buscar o espírito conciliador entre os entes ao invés de demandas judiciais. (CARVALHO, 2018, p. 133)

Abordar-se-á, agora, os argumentos de cada corrente doutrinária com o objetivo de estabelecer um contraste entre elas. Primeiramente, a doutrina cuja tese se baseia na ideia de que a responsabilidade civil não se encaixa no Direito de Família argumenta no sentido de que há ausência de previsão legal. Além disso, amparada pelo princípio da manutenção da família, não se deve aplicar as normas do direito das obrigações e que já existem sanções próprias do direito de família. (CARVALHO, 2018, p. 136)

A doutrina que entende que deve haver utilização do instituto da responsabilidade civil no Direito de Família fundamenta sua tese nos seguintes argumentos, por sua vez: da mesma forma que a obrigação de indenizar é genérica, a falta de previsão não exclui a incidência. Uma vez que prevalece no Direito o respeito à dignidade da pessoa humana, as relações familiares não isentam responsabilidades. Sobre as sanções próprias do Direito de Família, a conduta em questão pode causar danos próprios não ressarcidos pelo Direito de Família. (CARVALHO, 2018, p. 136)

Por fim, a corrente doutrinária que tem um entendimento restritivo fundamenta sua tese com o argumento de que as relações familiares geram conflitos próprios, que não se justifica, por esse motivo, a reparação civil por meros aborrecimentos e que, para haver a responsabilização é necessária a ocorrência de ato ilícito. Além disso, para essa corrente, a violação ou perda do afeto não gera dano moral. (CARVALHO, 2018, p. 136)

Algumas questões além dessa que diz respeito ao cabimento do instituto da responsabilidade civil no direito de família, mais especificamente no parental alcançam um nível um pouco mais profundo na referida questão. É possível haver a reparação pelo dano causado ao abandonado afetivamente?

3.4 A POSSIBILIDADE DE REPARAÇÃO E O QUE SE BUSCA

Como visto, parte da doutrina e da jurisprudência condena a reparação por abandono afetivo sob o fundamento de se estar monetarizando o amor: o que seria repudiado pelo Direito. Quem compartilha desse entendimento também não reconhece a afetividade como um princípio jurídico, mas uma convicção moral, ou seja, não coercitiva.

É importante que se perceba que não se trata de obrigar alguém a amar, mas cumprir o dever objetivo de cuidar, previsto no artigo 229 da Constituição da República e no artigo 22 do ECA. As decisões do Superior Tribunal de Justiça já reconheceram o direito à reparação civil por abandono afetivo mesmo quando havia pagamento de alimentos, o que deixa evidente que a jurisprudência entende que existem sanções do direito de família, mas atos ilícitos que

não são abarcados ainda pela legislação específica, quando entra como ferramenta a Responsabilidade Civil com sua transdisciplinariedade. (BRASIL, STJ, Resp. 1.159.242/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andriahi)

A ministra Nancy Andriahi ao proferir seu voto, utiliza os seguintes fundamentos: primeiramente, argumenta a inexistência de impedimentos legais de se aplicar a responsabilidade civil no direito de família; O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico não com esse termo, mas com expressões que expressam essa ideia como é o caso do artigo 227 da CF. A simples comprovação de que o dever de cuidar da prole foi descumprida configura ilicitude civil sob a forma de omissão, além disso a minoração que poderia ser aplicada por plena capacidade de um genitor cuidar sozinho de um filho é limitada, pois existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. Violando o dever de cuidado, são devidos danos morais por abandono afetivo do filho, já que “amar é faculdade, cuidar é dever”. (BRASIL, STJ, Resp. 1.159.242/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andriahi)

Diferentemente do judiciário, o entendimento doutrinário sobre a concessão da indenização por abandono afetivo já não enfrenta tantas controvérsias. Por outro lado, os órgãos julgadores precisam analisar minuciosamente as peculiaridades de cada caso que lhe é apresentado.

Rodrigo da Cunha Pereira (2015) afirma que “A condenação por danos morais, decorrente do abandono afetivo não é monetarizar o afeto mas punir aquele que descumpre essencial função na vida da prole”.

3.5 A DELIMITAÇÃO DO DANO

Extrai-se do que foi lido, que o afeto é constituído como autoridade no Direito em geral, e extrapola o sentido de sentimento. O afeto ganhou um status de obrigação jurídica e pode ser fonte de responsabilidade civil por estar ligado ao cuidado. (PEREIRA, 2012, p. 8)

Na já mencionada decisão do STJ de abril de 2012, houve a avaliação do fato de se o abandono afetivo era um elemento suficiente para ter-se um dano moral reparável. E, para isso, a relatora Nancy Andriahi foi extremamente enfática ao destacar a função do Cuidado como um valor jurídico: “O cuidado, dentro do contexto da convivência familiar leva à releitura de toda a proposta constitucional e legal relativa À prioridade constitucional para a convivência familiar”. (BRASIL, STJ, 1159242).

Acrescenta, ainda, que não se está discutindo a monetarização do afeto como um sentimento, mas o afeto sendo atrelado ao dever jurídico a ser cumprido: o cuidado. Não há que se falar, portanto, que é impossível obrigar os pais a amarem seus filhos. Trata-se de cuidar. Esse é o dever jurídico em questão: o cuidado. A célebre frase da ministra “O amor é faculdade, cuidar é dever” expressa tal entendimento. (BRASIL, STJ, 1159242)

Lisandra Espíndola Moreira, em seu artigo destaca que, nesse sentido, é possível mensurar o cuidado. A medida do cuidado se verifica em diferentes ações como mencionado no acórdão: “presença, contatos, ainda que não presenciais, ações voluntárias em favor da prole, comparações entre o tratamento dado aos demais filhos, quando existirem, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador pelas partes. (BRASIL, STJ, 1159242)

A relatora argumenta, ainda, que uma reinvidicação por responsabilidade civil apenas sobre a questão da expressão do amor não encontraria legitimidade. Aqui é nítida a inexistência de abalo moral indenizável, isso porque não se pode obrigar a gostar de quem quer que seja, nem mesmo dos próprios filhos. (PEREIRA 2012, p. 4)

Para delimitar o dano causado pela falha paterna e, assim, ser possível responsabilizar o pai civilmente, é necessário que se tenha a relação, o nexó entre a omissão de cuidado e o dano causador de problemas que afetam a constituição subjetiva do filho. A interpretação dos estudos psicológicos servem de base para se enunciar que houve dano. (BRASIL, STJ, 1159242, p. 42)

A seguir, estudar-se-á um caso em que não se entendeu por parte do Tribunal que o autor fazia jus à reparação civil por abandono afetivo. Charles Bicca (2015, p. 24), em seu livro destaca um fenômeno interessante que não se deve perder de vista: nos termos do artigo 1638 do Código Civil, a sanção aplicável ao abandonador será a extinção do poder familiar. Seguindo este raciocínio, seria uma espécie de premiação ao genitor que abandona uma vez que esse não tem menor intenção de criá-lo.

No Tribunal de Justiça de Minas Gerais, houve o aparecimento de uma demanda referente a abandono afetivo, perante a qual o referido tribunal respondeu favoravelmente. Em âmbito de instância superior, o STJ decidiu não se tratar de indenização, mas de perda do poder familiar. A contradição é nítida, uma vez que banir o pai da relação e de suas prerrogativas sempre foi algo impensável e que premiaria, como dito há pouco, o abandonador.

Além disso, coloca o pai como um item dispensável na família. São ideias que não se pode confundir: uma é a supremacia do poder do pai sobre o filho tal como era no Direito

Romano: o que foi erradicado. Outra questão é a errônea ideia de que o pai não se faz necessário na criação do filho, se a mãe consegue criá-lo. (PEREIRA, 2006, p. 675)

Há que se destacar, ainda, que a ausência de prestação de uma assistência material seria até compreensível caso se tratasse de um pai sem recursos. Porém o amor, o afeto e a convivência não são itens opcionais de uma engrenagem. São deveres atrelados à paternidade que ao serem violados, configuraram atos ilícitos. (PEREIRA, 2006, p. 678)

3.6 HISTÓRICO DAS DECISÕES

A primeira condenação ao pagamento de danos morais por abandono afetivo ocorreu em setembro de 2003 na comarca de Capão da Canoa, no Rio Grande do Sul. A sentença de primeira instância foi do juiz Mario Romano Maggioni, da segunda Vara Cível. Condenou o pai a pagar 200 salários mínimos por abandono e danos psicológicos causados à sua filha.

A decisão, que transitou em julgado sem qualquer interposição de recurso fundamentava-se, entre outras coisas, no argumento de que educação não se resume apenas a escolaridade, mas também à convivência familiar, afeto, amor, passeios e tudo aquilo que pode proporcionar à criança condições para que ela possa se desenvolver.

Em abril de 2004, houve a primeira condenação em segunda instância. Trata-se da decisão de relatoria do eminente Desembargador Unias Silva que condenou o pai a pagar R\$ 44 .000, 00 (quarenta e quatro mil reais) ao filho abandonado. Mas, para surpresa da comunidade jurídica, dois anos mais tarde viria uma decisão contrária.

Em março de 2006, o STJ entendeu pela falta de possibilidade de reparação civil pelo referido abandono. Contou com a relatoria do ministro Relator Fernando Gonçalves. Posteriormente submetido ao STF sequer teve seu mérito analisado, sob o argumento de que não houve ofensa à CF de 88.

Após a referida decisão, os estudiosos da área se insurgiram em defesa das crianças abandonadas. A posição da então desembargadora Maria Berenice Dias é a seguinte:

A falta de resposta do poder judiciário chancela a postura do pai. Estamos sendo coautores do crime de abandono. Estamos rasgando o código Civil que impõe ao pai o dever de não só sustentar mas também de guarda e convívio. Além disso, há flagrante afronta à norma constitucional que impõe tratamento igualitário entre os filhos. Este é um dos casos mais chocantes que já vi de confessada omissão da responsabilidade e de abandono afetivo, e a Justiça não pode se omitir. (2012, p. 57)

Foram surgindo novas condenações favoráveis à condenação para reparação do dano moral decorrente do abandono, muito embora o entendimento do STJ seja outro. Mas, só em abril de 2012 que o STJ mudou a sua decisão, mediante voto da Ministra Nancy Andrighi, já mencionado nesse estudo, mas que será retomado dada sua relevância.

A ministra Nancy Andrighi ao proferir seu voto, utiliza os seguintes fundamentos: primeiramente, argumenta a inexistência de impedimentos legais de se aplicar a responsabilidade civil no direito de família; O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico não com esse termo, mas com expressões que expressam essa ideia como é o caso do artigo 227 da CF. A simples comprovação de que o dever de cuidar da prole foi descumprida configura ilicitude civil sob a forma de omissão, além disso a minoração que poderia ser aplicada por plena capacidade de um genitor cuidar sozinho de um filho é limitada, pois existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. Violando o dever de cuidado, são devidos danos morais por abandono afetivo do filho, já que “amar é faculdade, cuidar é dever”. (BRASIL, STJ, Resp. 1.159.242/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi)

4 APROFUNDANDO A QUESTÃO DO DANO MORAL

4.1 RECAPITULANDO

Nos capítulos anteriores, vimos as questões relativas ao histórico da instituição familiar e também sobre responsabilidade civil e decisões dos tribunais. Neste terceiro e último capítulo o enfoque é para o objetivo perseguido com as ações de reparação civil por abandono afetivo e as diversas funções do dano moral.

O abandono afetivo se caracteriza mediante a omissão de um dos pais no dever de prestar a atenção psicológica ao menor. Contudo, ainda não há nenhuma previsão legal acerca do tema e, há várias discussões ante a possibilidade ou não de responsabilizar o genitor por referida omissão. As decisões nas ações de abandono afetivo não costumam seguir um padrão, como visto no capítulo anterior.

A primeira questão a ser destacada é que o abandono afetivo não é uma conduta da esfera moral, mas da esfera do direito já que é tratado em diplomas legais, como já visto no capítulo anterior.

“Portanto, o ‘abandono afetivo’ nada mais é que inadimplemento dos deveres jurídicos de paternidade. Seu campo não é exclusivamente o da moral, pois o direito atraiu para si, conferindo-lhe consequências jurídicas que não podem ser desconsideradas”. (LÔBO, 2011, p. 312)

Nesse sentido, observa-se que Maria Berenice Dias é favorável à referida indenização como se extrai do trecho:

Comprovado que a falta de convívio pode gerar danos, a ponto de comprometer o desenvolvimento pleno e saudável do filho, a omissão do pai gera dano afetivo susceptível de ser indenizado. [...] A lei obriga e responsabiliza os pais no que toca ao cuidado com os filhos. A ausência desses cuidados, o abandono moral, viola a integridade psicofísica dos filhos, bem como o princípio da solidariedade familiar, valores protegidos constitucionalmente. (DIAS, 2008, p. 416)

Outra parte da doutrina entende que não é possível responsabilização por abandono afetivo por ter como tese que não é quantificável o amor, o cuidado e o dever dos pais. Parece ser bastante ilógica essa conclusão da doutrina que defende que não deve haver indenização por descumprimento do dever legal.

4.1 O DANO MORAL *IN RE IPSA*

Charles Bicca (2015) traz um importante questionamento que aqui será discutido. Como vimos no capítulo anterior, uma das correntes doutrinárias só acha pertinente a indenização por abandono afetivo se houver comprovado dano ao menor. O autor traz a seguinte reflexão: nos casos de responsabilidade civil por abandono afetivo, haveria real necessidade de se comprovar o dano sofrido pelo menor abandonado?

O autor defende a ideia de que o dano experimentado pela criança abandonada é do tipo *in re ipsa*, ou seja, decorre da própria causa, sendo presumido e sequer precisando ser comprovado por ser mais do que evidente. (BICCA, 2015, p. 46)

Em muitas outras situações menos graves o STJ já definiu que há ocorrência de dano *in re ipsa*. A inscrição indevida no SPC enseja o dano moral *in re ipsa*. Outra situação é o extravio de talão de cheques e atraso de voo. O STJ já firmou que trata-se de dano *in re ipsa*. (BRASIL, STJ, Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 533001/PE/2014/0144324-3)

Em alguns processos, tem-se visto pedido de prova pericial, para, por meio da equipe de psicólogos comprovar que houve dano moral sofrido pela criança durante uma vida inteira de abandono. Apesar de essa divergência ainda existir, a atual entendimento do STJ é que o dano decorrente do abandono afetivo é do tipo *in re ipsa*. Ou seja, não precisa ser comprovado.

4.2 AS DIVERSAS FUNÇÕES DO DANO MORAL

Quando se estuda algum tema que versa sobre reparação por dano moral no Brasil sempre há uma série de questões que não parecem estar alicerçadas na teoria. Isso se deve ao fato de que a teoria sobre o dano moral é recente e pouco explorada pelos estudiosos.

Antes da CF de 1988, a visão do dano moral pela ótica patrimonialista tinha por consequência a sua confusão com a lesão material, a partir do que, para evitar bis in idem, não se admitia a reparação simultânea de ambos. Esta foi, para Yussef Said Cahali, uma interpretação eclética no processo de reconhecimento do dano moral, por meio do qual ele só deveria ser indenizado se tivesse sido causa indireta de um dano econômico, patrimonial. (CAHALI, 2000, p. 24)

A figura do dano moral com o advento da constituição de 88 insere-se na proteção aos interesses existenciais da pessoa, correspondendo de forma absoluta à esfera da personalidade do indivíduo. Nesse sentido, os fundamentos constitucionais são voltados à afirmação de três valores que marcam a transformação da Responsabilidade Civil: a primazia do interesse da vítima, a máxima reparação do dano e a solidariedade social. (LOBO, 2001, p. 95)

A responsabilidade civil deve desempenhar no sistema jurídico um papel definido e que se abstenha de exercer funções incompatíveis com a sua natureza. Além da função de reparação do dano, tem a função punitiva, a pedagógica, a exemplar, a de consolo, a do desestímulo, a da distribuição de renda, a da substituição dos deveres do Estado, o que faz surgir a necessidade de se promover a reconstrução do sistema da responsabilidade civil no âmbito do ordenamento jurídico nacional porque tudo isso acaba fazendo parte de um mesmo “saco”: o dano moral. (BITTAR, 2015, p. 35)

O Código Civil não define em seus dispositivos quais seriam as funções do dano moral, coube à doutrina debruçar sobre os objetivos e os limites deste instituto, sem, no entanto, desnaturar a figura do dano moral. Dentre as funções do dano moral, pode-se apontar, de forma crítica, a função elementar, função punitiva, função preventiva e função promocional, a seguir expostas. (VERAS, 2015, p. 11)

A função precípua do dano moral deve ser a de compensar o indivíduo que foi lesado em sua esfera extrapatrimonial o que não pode gerar enriquecimento sem causa, tampouco não levar em conta a extensão do dano sofrido. (BITTAR, 2015, p. 37)

A Constituição Federal não elegeu um meio determinado para o ressarcimento dos danos morais. Afinal, se de um lado não há como ela disciplinar todas as questões inerentes a esses danos, mas apenas valores a serem protegidos, de outro, cabe à ordem jurídica infraconstitucional regular essa tutela protetiva, estabelecendo os instrumentos materiais e processuais a serem utilizados para isso. (CANARIS, 2006, p. 39)

Dessa forma, ao mesmo tempo em que a vítima não deve ficar desprotegida, nem a tutela de sua pessoa se mostrar insuficiente, o causador do dano não pode ser penalizado além dos limites impostos pela legislação. Isso enseja ao estudo da Função punitiva do dano moral e se é cabível no nosso ordenamento jurídico brasileiro.

A função punitiva baseia-se nos *punitive damages* da cultura norte-americana que são punições altíssimas que visam puni-lo e intimidá-lo. Parte da doutrina também diverge quanto à função punitiva do dano moral. É o caso de Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 19), para quem essa função enseja muito mais problemas do que soluções, uma vez que pode dar ensejo a insegurança e imprevisibilidade das decisões judiciais. Além disso, a autora

argumenta que não há, no Código Civil brasileiro, dispositivo que autorize a punição por determinado dano cometido nem a maneira como isso seria limitado.

A função preventiva seria uma consequência da função punitiva. Isso porque a valoração dos danos morais, argumentada na necessidade de desestímulo ao ofensor a repetir o ato, caracteriza-se por ser tanto inibitória quanto punitiva. Com efeito, essa dupla função de desestímulo é destinada a situações potencialmente causadoras de lesões a um grande número de pessoas, podendo ser visualizada, por exemplo, nas relações de consumo e no direito ambiental, em que os valores indenizatórios não são repassados às vítimas, mas beneficiam um número maior de pessoas por meio do depósito das condenações em fundos apropriados. Como exemplo o artigo 13 da Lei nº 7.347/1985, que disciplina a ação civil pública.

É inegável que os danos morais têm uma função preventiva geral, no sentido de que seja assegurada a inviolabilidade dos direitos existenciais da pessoa (CF/1988, artigo 5º, inciso X), ao evitar que atos lesivos ao direito da personalidade voltem a ser cometidas. O que ocorre é que caráter inibitório dos danos morais acaba mascarando um caráter punitivo que não pode ser experimentado por falta de previsão legal no nosso ordenamento jurídico. (VENTURI, 2014, p. 357)

Nesse raciocínio, é preciso haver um parâmetro do *quantum debeatur* em caso de descumprimento de um dever que ensejará a prática de dano moral para que seja exercida e viável a função preventiva, decorrente da própria essência da reparação por danos morais. Isso nem seria tão difícil, se houvesse maior estímulo à função promocional do dano moral. (VENTURI, 2014, p. 358)

O autor Noberto Bobbio (2007, p. 18) destaca como importante focar nos comportamentos socialmente desejáveis, porque a prática desses é necessária, fácil ou vantajosa. Assim, o mencionado autor defende a técnica do encorajamento, consistente em promover os comportamentos desejados, seja facilitando-os (exemplificando: por meio de subvenções ou contribuições de crédito), seja sancionando-os positivamente (como no caso da consignação de um prêmio para o comportamento desejável ou a concessão de uma isenção fiscal, por exemplo).

A responsabilidade civil ainda está se adequando ao direito da pessoa humana como centro, alegam os autores do artigo “Dimensão funcional do dano moral no direito civil Contemporâneo”. Pretende-se, pois, ressaltar a importância da resignificação da própria responsabilidade civil para adequá-la aos novos valores protegidos pelo ordenamento jurídico que tem como centro a primazia da pessoa humana, da justiça social e solidária,

abandonando-se aquele viés predominantemente punitivo e patrimonialista guiado pela visão oitocentista do direito civil. (VERAS, 2015, p. 23)

Os autores do artigo fazem uma interessante ressalva: que a reparação dos danos não pode se resumir à entrega de uma compensação em dinheiro, mesmo porque a atual Constituição Federal não elegeu um meio determinado para o referido ressarcimento por danos morais e, homenageando a nossa constituição democrática, seria um pouco escandaloso exceder impondo uma punição sem estar prevista na legislação: o que seria um retrocesso para a segurança jurídica. (VERAS, 2015, p. 23)

O autor propõe que soluções não pecuniárias constituem alternativamente um mecanismo de reparação, a ser utilizado em situações nas quais o interesse da vítima reclame uma resposta alternativa, diferente de dinheiro. Não se pode perder de vista que a Responsabilidade Civil está voltada, hoje, para a proteção da pessoa da vítima, em seu aspecto existencial. A realidade atual deve, precipuamente, ter como objetivos a reparação integral, a prevenção, a promoção e, apenas excepcionalmente, a punição, sendo estas as condutas que limitam o alcance dos danos extrapatrimoniais. Ultrapassá-las representa o exercício de papel incompatível com a sua natureza. (VERAS, 2015, p. 23)

No sentido de se buscar novas teorias para encaixar a responsabilidade civil, tem-se a teoria da Responsabilidade Pressuposta que vamos abordar a seguir.

A professora Giselda Hironaka começa citando Caio Mário da Silva Pereira (1999, p. 362), em sua brilhante conclusão de que “a evolução da responsabilidade civil gravita em torno da necessidade de socorrer a vítima, o que tem levado a doutrina e a jurisprudência a marchar adiante dos códigos, cujos princípios constritores entravam o desenvolvimento e a aplicação da boa justiça”.

A vertente da Teoria da Responsabilidade Pressuposta, que inclusive vem sendo reconhecida em muitos tribunais trata dos direitos da personalidade cujo direito ao ressarcimento é imprescritível como nesses casos de abandono afetivo em que pais são condenados a indenizarem seus filhos após anos de abandono.

O objetivo é evitar que tantas pessoas sofram sem o ressarcimento visando prestigiar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana por meio de uma mudança de ótica. É preciso entender que a análise da culpa é menos importante do que o ressarcimento do dano à vítima devendo ser invertida a sua verificação uma vez que com a existência do dano já nasce o dever de reparação. (HIRONAKA, 2005, p. 23-26)

Para a professora Giselda (2005, p. 21-22), o dano ou prejuízo não é um elemento que integra a estrutura da responsabilidade de forma convencional, na verdade a responsabilidade

civil já é pressuposta pelo ordenamento jurídico. Assim, quando se realiza um ato danoso esse dano apenas concretiza a obrigação de indenizar.

Portanto, as condenações devem reparar de alguma maneira o dano sofrido, e ainda alcançar nobre função punitiva e dissuasória a sinalizar que tal conduta deve ser cessada por ser imoral, reprovável e, sobretudo, ilegal. Produz dano moral grave e impõe os mais diversos problemas sociais. (HIRONAKA, 2005, p. 36)

5 CONCLUSÃO

Após colocadas as questões deste trabalho, foi possível entender que as expressões “precificação do amor” ou “comprar amor” são teses que não se sustentam frente ao argumento de que o dano causado pelo abandono afetivo está ligado à omissão perante o dever de cuidado, sobre o qual o ordenamento jurídico pátrio é explícito e o chama: poder familiar.

O Dano decorrente do abandono afetivo é considerado do tipo *in re ipsa*. Ou seja, é decorrente do próprio fato e não precisa ser comprovado. Se a Justiça entende que uma simples inscrição indevida nos cadastros de restrição ao crédito é um dano presumido, é um pouco contraditório que a mesma Justiça imponha a obrigação de comprovar a existência de dano decorrente do abandono de uma vida inteira. O dano existe, o abandono é real, e as consequências podem perseguir a vítima pelo resto da vida.

Ainda que as condenações não tragam amor, convivência, atenção ou cuidado; elas podem proporcionar a esperança de voltar a acreditar no ser humano, na sociedade, nos valores da família, e, principalmente na Justiça, que jamais estaria a amparar atos ilícitos praticados de quaisquer modalidades e, ainda, dar às vítimas de abandono afetivo, a certeza de que o choro silencioso que durou anos fora ouvido por alguém.

A família, definitivamente, não pode servir de esconderijo para a prática de quaisquer atos ilícitos, muito menos contra crianças e adolescentes, que são seres humanos em formação. Deixar de punir abandonadores seria premiar pais omissos (que são os casos mais comuns) e incentivar a covarde postura de impor a difícil tarefa de educar os filhos apenas às mães.

A ideia de que a única punição cabível seria a perda do poder familiar é absurda frente ao fato de que seria a concessão exatamente do que se deseja pelo pai abandonador. É premiar alguém pela prática de um grave ilícito. Nesse sentido, quanto mais severas forem as condenações, maior será o cunho pedagógico no combate a essa conduta omissiva ilegal.

O dano punitivo tem como base a existência da necessidade de punir o praticante do ato ilícito pelo simples fato de ter incorrido no ato ilícito, sem que para isso tenha acontecido um resultado danoso, esse resultado, portanto, seria apenas motivo para a majoração do quantum. A busca é a punibilidade, é o castigo em primeiro plano, uma forma a se pensar numa forma repressiva à prática proibida.

Na legislação brasileira, a base punitiva da reparação do dano é voltada muito mais a uma postura de desestímulo do ato, de não se incorrer mais no mesmo ilícito. Ou seja, de não

se realizar mais a conduta (já ocorrida) contrária ao ordenamento jurídico de modo a reequilibrar a sociedade pelo caráter sócio pedagógico do desestímulo do ilícito anteriormente praticado.

Como não há previsão legal, não há possibilidade de aplicação do *punitive damage* no Brasil; e é uma necessidade premente distinguir o dano punitivo (estilo *punitive damage*) da punibilidade intrínseca do dano moral na legislação brasileira. Ambos partem de um mesmo ponto de partida: o ato ilícito que causa um dano a alguém, nos termos do 186 do Código Civil.

O dano punitivo não pode ser aplicado, no entanto, no bojo do dano moral. Há de ser uma punição autônoma, específica, desvinculada da possibilidade de punição intrínseca do dano moral. O dano punitivo é sancionatório e tem dois efeitos: o efeito repressivo de castigar e o preventivo de evitar a conduta proibida. O objetivo é tentar cortar o mal pela raiz, o que leva a uma necessidade de punir o ato ilícito com multa.

Para isso, faz-se necessário expandir as teorias na área do direito para que o Dano Moral no Direito de Família não seja uma mera transposição de um instituto estruturado em outro ramo do direito civil que não contempla as peculiaridades do direito das famílias pela gravidade do tema e das suas consequências.

Há teorias surgindo como é o caso da Teoria da Responsabilidade Pressuposta, levantada pela professora Giselda Hironaka que representa um salto no campo da Responsabilidade Civil. Consiste na obrigação de reparar o dano independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade praticada pelo autor do dano implicar risco para os direitos de outrem.

A vertente da Teoria da Responsabilidade Pressuposta, que inclusive vem sendo reconhecida em muitos tribunais trata dos direitos da personalidade cujo direito ao ressarcimento é imprescritível como nesses casos de abandono afetivo em que pais são condenados a indenizarem seus filhos após anos de abandono.

O objetivo é evitar que tantas pessoas sofram sem o ressarcimento visando prestigiar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana por meio de uma mudança de ótica. É preciso entender que a análise da culpa é menos importante do que o ressarcimento do dano à vítima devendo ser invertida a sua verificação uma vez que com a existência do dano já nasce o dever de reparação.

Para a professora Giselda, o dano ou prejuízo não é um elemento que integra a estrutura da responsabilidade de forma convencional, na verdade a responsabilidade civil já é

pressuposta pelo ordenamento jurídico. Assim, quando se realiza um ato danoso esse dano apenas concretiza a obrigação de indenizar.

Portanto, as condenações devem reparar de alguma maneira o dano sofrido, e ainda alcançar nobre função punitiva e dissuasória a sinalizar que tal conduta deve ser cessada por ser imoral, reprovável e, sobretudo, ilegal. Produz dano moral grave e impõe os mais diversos problemas sociais.

Enquanto existirem crianças abandonadas e rejeitadas por seus pais e pessoas que acham isso algo normal, não se pode desistir. O Direito precisa ser lugar de mudança. Não se pode exigir das pessoas uma conduta moral, mas o Direito pode e deve exigir uma conduta legal. “Amar é faculdade, cuidar é Dever”. Já disse brilhantemente a ministra Nancy Andriahi.

REFERÊNCIAS

- AGUIRRE, João. **Prática civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. 2. ed. Rio de Janeiro, LTC, 2006.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- BOBBIO, Norberto. **A grande dicotomia: público/ privado; A sociedade civil**. In: Estado, Governo, Sociedade; para uma teoria geral da política. 14. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007.
- BODIN DE MORAES, Maria Celina. **A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 abr. 2018.
- _____. **Lei n. 7.347, de 24 jul. 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l7347orig.htm>. Acesso em: 21 fev. 2018.
- _____. **Lei n. 10.406, de 10 jan. 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 21 fev. 2018.
- _____. **Lei n. 8.069, de 13 jul. 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 21 fev. 2018.
- CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Almedina, 2006.
- CAVALIERI, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2010.
- CIVILETTI, Maria Vitória Pardal. **O cuidado às crianças pequenas no Brasil escravista**. Caderno de Pesquisa (76). São Paulo: Fundação Carlos Chagas, fev. 1991.
- COULANGES, Foustel de. **A cidade antiga**. Fernando de Aguiar (Trad.). Lisboa: Livraria Clássica, 1971.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil**. Direito de família. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1982.

FACHIN, Luiz Edson. **Família cidadã**. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/artigos&artigo=67>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil: direito de família**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. **Responsabilidade pressuposta**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

KREUZ, Sérgio Luiz. **Direito à convivência familiar da criança e do adolescente**. Curitiba Juruá, 2012.

LOBO, Paulo. **Direito Civil**. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Comentários ao Código Civil**. v. 21. São Paulo: Saraiva, 2003.

PEREIRA, Daniela Veloso; CARDOSO, Maria Flávia. Maternidade e paternidade socioafetivas. In: NOGUEIRA, Luiz Fernando Valladão. **Paternidade e alimentos**. Belo Horizonte. Del Rey, 2012.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto. (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Família e dignidade humana**. Anais do Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IBDFAM, 2005.

RODRIGUES, Silvío. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. v. 4. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SILVA, Maria Beatriz Nizza da. **Sistema de casamento no Brasil colonial**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1984.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

VENTURI, Thaís Govea Pascolato. **Responsabilidade Civil Preventiva**. A proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material. São Paulo: Malheiros, 2014.

VERAS, Gésio de Lima. **Dimensão funcional do dano moral no Direito Civil contemporâneo**. Disponível em: <<http://civilistica.com/tracos-positivistas-das-teorias-de-pontes-de-miranda/>>. Acesso em: 2 jun. 2018.