

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

RENATA VERÇOSA AMORIM DE MORAES

ABANDONO AFETIVO À LUZ DO PARADIGMA CONSTITUCIONAL:
Uma análise para aplicabilidade do dano existencial como fundamento das decisões
judiciais brasileiras.

RECIFE
2016

RENATA VERÇOSA AMORIM DE MORAES

ABANDONO AFETIVO À LUZ DO PARADIGMA CONSTITUCIONAL:
Uma análise para aplicabilidade do dano existencial como fundamento das
decisões judiciais brasileiras.

Trabalho de conclusão de curso apresentado
como requisito para a obtenção de título de
bacharel em direito, na Faculdade Damas da
Instrução Cristã.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Renata Celeste

RECIFE

2016

Moraes, Renata Verçosa Amorim de

Abandono afetivo à luz do paradigma constitucional: uma análise para aplicabilidade do dano existencial como fundamento das decisões judiciais brasileiras. / Renata Verçosa Amorim de Moraes. – Recife: O Autor, 2016.

48 f.

Orientador(a): Prof^ª. Dr^ª. Renata Celeste Sales Silva.

Monografia (graduação) – Faculdade Damas da Instrução Cristã.

Trabalho de conclusão de curso, 2016.

Inclui bibliografia.

1. Direito civil. 2. Abandono afetivo. 3. Dano existencial. 4. Dano Moral.

I. Título.

34

CDU (2.ed.)

Faculdade Damas

340

CDD (22.ed.)

TCC 2017-528

RESUMO

O objetivo desta pesquisa acadêmica é contribuir com as discussões polêmicas presentes em relação ao fundamento para as decisões que envolvem abandono afetivo. Aborda-se a fragilidade do fundamento do dano moral para o reconhecimento da ausência do dever de cuidado presente explicitamente na constituição pátria e a incapacidade de reverter uma injustiça social. O ilícito omissivo e duradouro causa uma invisibilidade social da existência do sujeito de direitos e produz um dano existencial, afronta a dignidade da pessoa humana e deve ser reconhecido pelo direito na sua forma de responsabilidade civil

Palavras-Chave: Abandono afetivo; Dano existencial; Responsabilidade Civil.

ABSTRACT

The purpose of this academic research is to contribute with the controversial discussions regarding the base for the decisions that involve affective abandonment. It addresses the fragility of the basis of moral damage to the recognition of the absence of the duty of care explicitly present in the homeland constitution and the inability to reverse social injustice. The omissive and lasting illicit causes a social invisibility of the existence of the subject of rights and produces an existential damage, it defies the dignity of the human person and must be recognized by the law in its form of civil responsibility.

Keywords: Abandonment; Existential damage; Civil responsibility

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	5
CAPÍTULO I: A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO.....	8
CAPÍTULO II: O DEVER DE CUIDAR E SUAS FORMAS OBJETIVAS DE AFERIÇÃO NAS RELAÇÕES ENTRE PAIS E FILHOS: do dano moral ao dano existencial.	16
2.1: DA EXISTÊNCIA DO DANO MORAL NAS RELAÇÕES FAMILIARES.....	16
2.2: DA ILICITUDE E DA CULPA.....	19
2.3: ELEMENTOS DO DANO EXISTENCIAL E A DIGNIDADE DO INDIVÍDUO COMO SUJEITO DE DIREITOS.....	22
CAPÍTULO III: O RISCO DE CAUSAR UMA INJUSTIÇA SOCIAL PELA FRAGILIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO NAS DECISÕES DE RESPONSABILIDADE CIVIL FRENTE AO ABANDONO AFETIVO APENAS COM O DANO MORAL: do dano moral ao dano existencial.....	27
3.1: A FRAGILIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NOS CASOS DE ABANDONADO AFETIVO	27
3.2: DESESTIGMATIZAÇÃO DE UMA MERCANTILIZAÇÃO DAS RELAÇÕES FAMILIARES: o caráter objetivo do dever de cuidar.....	35
CONCLUSÃO.....	41
REFERÊNCIAS.....	44

INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre a família contemporânea iluminada pela constitucionalização do direito de família. O necessário intercâmbio com o direito constitucional faz com que se introduza ao direito de família não apenas conteúdos normativos fundamentais, mas também, inovadoramente, uma metodologia própria que se faz espelhada a cada transformação social.

A análise e reconhecimento da família contemporânea à luz constitucional é a prova mais clarividente deste novo horizonte que direciona as relações civis e coloca o indivíduo como sujeito de direitos refletido na dignidade da pessoa humana.

Família dos dias atuais não é fundada essencialmente no matrimônio e em rígida hierarquia, mas no comprometimento com o projeto de vida em comum, baseado na igualdade entre os cônjuges e na igualdade entre filhos, dentro do domínio familiar.

Nesse contexto familiar, serão destacadas as situações distintas ocorridas na relação afetiva e vínculo entre pais e filhos passando pelo direito ao estado de filiação e ao direito à origem genética e findando no dever de cuidado.

O estado de filiação ocorre na estabilidade de laços afetivos construídos na convivência familiar e o direito à origem genética é um instituto totalmente diferente, é o direito de cada pessoa ao conhecimento de sua origem genética e não tem a necessidade de reconhecimento de paternidade.

O abandono afetivo é encontrado depois ao reconhecimento do estado de filiação ou mesmo da negação da origem genética. Nestes estados, faz-se necessária a avaliação perante os casos em que existe o abandono afetivo e a afronta direta aos direitos de personalidade constitucionalmente reconhecidos.

O dano existencial apresenta-se em uma visão mais moderna de um dano duradouro e desbravador na responsabilidade quando ocorre ofensa aos direitos da personalidade. Este tipo de dano existencial transforma o projeto de vida do ser humano, na sua convivência social, deixa marcas externas, estigmatiza o ofendido por toda sua vida.

Portanto, questiona-se: com os olhos abertos para os novos direitos da personalidade reconhecidos perante a Constituição brasileira, é possível fundamentar as decisões judiciais, de indivíduos sofredores de abandono afetivo, apenas pelo dano moral e material, sem causar uma injustiça social?

Para este questionamento, surge a seguinte hipótese: é demonstrada uma fragilidade e incompletude no fundamento das decisões de responsabilização civil, nos casos de abandono afetivo, quando se deixa de reconhecer o dano existencial.

O abandono afetivo fere direito de personalidade e este não se cogita da prova da existência do dano decorrente da violação, dentre eles a intimidade, honra, imagem e reputação.

O dano à personalidade é presumido pela simples violação ao bem jurídico tutelado, é um dano muito mais duradouro e agressivo, capaz de modificar um projeto de vida e o relacionamento pessoal com a comunidade social vivida pelo ofendido.

No decorrer deste instrumento de pesquisa, pretende-se contribuir com as discussões em relação à constitucionalização do direito de família e o dano causado ao direito de personalidade do indivíduo sujeito de direitos que sofre abandono afetivo.

Será um olhar voltado para o dano existencial, mais agressivo, duradouro e a afronta ao direito de personalidade que prescinde de prova para comprovação da violência, mas torna-se de fácil identificação quando se olha para o desvio na vida do ofendido pelo abandono afetivo.

Neste diapasão, se faz necessário avaliar a fundamentação dos danos presente nas decisões dos Tribunais brasileiro frente à responsabilização civil para abrir a janela da modernidade dos novos direitos da personalidade como forma de justiça social.

O método utilizado para esta pesquisa será o hipotético dedutivo, em que será feita uma tese teórica construída na pesquisa, análise de uma hipótese para atingir um fundamento mais adequado para o problema e a partir de revisões bibliográficas e decisões judiciais, extrair uma dedução lógica.

No primeiro momento, descrever a evolução do conceito de família no constitucionalismo brasileiro com as modificações sociais de cada época de uma nova constituição e os princípios constitucionais introduzidos para uma formação mais ampla deste conceito na atualidade.

Em seguida, abordar o dever de cuidar e suas formas objetivas e omissivas, através de avaliação de ações concretas como: presença, contatos, mesmo quando esses não são exatamente presenciais, ações voluntárias em favor dos filhos,

comparações internas da prole, entre outras formas de aferições possíveis que serão conduzidas ao julgador, pelas partes envolvidas.

Posteriormente, no Direito contemporâneo, observar qual a resposta dada pelos Tribunais brasileiro no reconhecimento ao abandono afetivo e em que se fundamentam os ilustres magistrados nas suas decisões judiciais para que um olhar mais apurado e cuidadoso para a uma compreensão de um dano mais duradouro e cruel, o dano de um estado social invisível.

2. A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO.

As cartas constitucionais brasileiras são o espelho das mudanças sociais, de cada época, ocorridas na sociedade, assim como exaltam as principais características ideológicas na produção e aplicabilidade do instrumento legal chamado lei.

A Constituição Imperial de 1924 foi elaborada após a proclamação da independência do Estado brasileiro, esta foi inspirada e espelhava os princípios de uma ideologia liberal, apesar de alguns traços advindos do absolutismo, não trouxe nenhuma referência com o direito de família.

Na época, segundo Giorgis (2007) a igreja e o Estado guardavam vínculos relevantes e apenas o casamento religioso era reconhecido como fonte formal da família.

A Constituição de 1891, redigida por Rui Barbosa, espelhava um modelo americano e nela sopravam os ventos liberais. Com influência do pensamento republicano, visava anular o poder pessoal dos governantes e distanciar ao máximo o Estado da Sociedade, o axioma liberal. No direito de família foi dado o passo para a proclamação do casamento civil e sua celebração gratuita, com isso quebrou os laços da instituição matrimonial da religião com a separação da igreja e o Estado.

A proclamação do casamento civil e de forma gratuita trouxe o reflexo social de uma época liberal. Dessa forma, foi dito por Andrade e Oliveira (2002) que este passou a ser o unitário ato jurídico habilitado para constituição da família.

A Constituição de 1934 introduziu uma nova concepção de direitos, a intervenção do Estado na ordem econômica e social. Ao Estado foi dada a obrigação de amparar as famílias de prole numerosa, estimulou à indissolubilidade do casamento, este continuava civil e gratuito, ressalvadas as hipóteses de anulação ou desquite. Contudo, aceitava os efeitos do casamento religioso com expressa declaração de sanidade mental e física para os nubentes, ainda declarou a gratuidade do reconhecimento dos filhos naturais.

De forma diferente, os legisladores inseriram nesta Carta Constitucional de 34, a preocupação com a família e nesses ventos rumo à democracia social. Foram largas as mudanças sociais, desta constituição em conexão da lei social com a educação, a ordem econômica, a cultura e a família.

A carta de 1934 foi uma preocupação elevada com o casamento, a origem da família e não propriamente com o conceito de família, limitou-se a especificar o ato e destacou a indissolubilidade do casamento.

O anteprojeto elaborado pela constituição já traziam dispositivos especiais de proteção à família nos artigos 107 e 108.

A família está sob a proteção do estado e repousa sobre o casamento e a igualdade jurídica dos sexos; a lei civil, porém, estabelecerá as condições de chefia da sociedade conjugal e do pátrio poder, regulará os direitos e deveres dos cônjuges. O casamento legal será o civil, cujo processo e celebração serão gratuitos. O casamento é indissolúvel. A lei civil determinará os casos de desquite e de anulação do casamento. (DIÁRIO DA ASSEMBLEIA NACIONAL, 1933)

Na promulgação da Constituição de 1934, a matéria sobre a família foi tratada em vários artigos, dentre eles é válido ressaltar:

Artigo 144: A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção de Estado.

Parágrafo único: A lei civil determinará os casos de desquite e anulação do casamento, havendo sempre recurso ex officio, com efeito suspensivo.

Artigo 145: O casamento regulará a apresentação pelos nubentes de prova de sanidade física e mental, tendo em atenção às condições regionais do país.

Artigo 146: O casamento será civil e de gratuita celebração.

A Constituição de 1937, inspirada pela constituição polonesa e pelos ideais fascistas de Mussolini, reafirma os mesmos princípios e garantias da Carta de 1934, mas trouxe como acréscimo a igualdade entre os filhos e a proteção da criança e da juventude pelo Estado. A Carta não ampliou, por norma constitucional, os efeitos civis ao casamento religioso e também não consagrou o conceito de família.

Trouxe a família destacada nos seus artigos 124 ao 127.

Art. 124: A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos.

Art. 125: A educação da prole é o primeiro dever e o direito natural dos pais. O Estado não será estranho a esse dever.

Art. 126: Aos filhos naturais, facilitando-lhes o reconhecimento, a lei assegurará igualdade com os legítimos.

Art. 127: A infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso e desenvolvimento de suas faculdades.

A Constituição de **1946** reflete a vida social da fase pós-ditatorial do Estado-Novo. Surge com o fim da segunda guerra mundial e consigo veio os ideais e princípios de natureza econômico e social transformados na estrutura jurídico-política do mundo. Foi um avanço jurídico iniciado nas constituições de 1934 e 1937, trouxe de volta tais direitos à família, adicionando a estes a vocação hereditária de brasileiros, em relação a bens deixados por estrangeiros no país.

Deu destaque à família nos seus artigos 163 a 165, Capítulo I, do Título IV de onde se retira que a família é constituída pelo casamento válido de vínculo indissolúvel com proteção do Estado; que será gratuita a sua celebração civil, e que a este se equivalerá o casamento religioso e que as famílias de prole numerosa terão proteção estatal, assim como a maternidade, a infância e a juventude.

A constituição de 1946 da mesma forma não eleva o conceito de família, apesar das posições inovadoras presentes, na tendência para aumentar a legitimidade da família além daquela constituída pelo casamento indissolúvel (SILVA, 2003).

A Constituição de **1967** foi da mesma linha da de 1937, o poder era concentrado, bruscamente no âmbito federal, houve diminuição do poder Estadual e Municipal, tornava o Presidente da República com amplos poderes. Trouxe em seu artigo 151: a previsão da exagerada possibilidade de suspensão dos direitos políticos.

Nesta constituição houve o violento ato institucional AI-5, baixado pelo regime militar que perdurou até a sua revogação pela EC n.11, de 17.10. 1978 e entre tantas outras atrocidades. Em seu artigo 11 a exclusão de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este ato institucional e seus atos complementares, bem como os respectivos efeitos. Vale ressaltar, ainda, o congresso nacional foi fechado no mesmo dia da instituição do AI-5, situação que durou mais de 10 anos.

O ambiente social refletia a angústia do povo brasileiro, diante deste quadro, a carta de 1967, o conceito de família não foi efetivamente descrito, trazia um espaço reduzido dedicado à família em seu artigo 167 e manteve direitos que já eram conferidos pela constituição anterior. Com relação à proteção da família, ela nada alterou. Dessa forma, a família merecedora de proteção estatal era a constituída pelo casamento válido, com seu caráter indissolúvel.

A Constituição de **1969**, EC n.1 de 17.10.1969, não foi subscrita pelo Presidente da República, impossibilitado de governar por sérios problemas de saúde, nem pelo Vice-Presidente, mas por um governo de juntas militares. Esta mesmo que manteve em vigor o AI-5 e todos os demais atos baixados.

Manteve a indissolubilidade do casamento, apesar da modificação incorporada pela lei, nº6515, do divórcio de 1977. Diante desta previsão, o casamento encontra a possibilidade de dissolução após prévia separação judicial de três anos, conforme disposição do artigo 175, § 1º, e, mais tarde, pela Emenda nº2 de 1977 que permitiu o divórcio direto, para separação de fato por mais de cinco anos, se anteriores. Em outras previsões, na constituição de 69, o casamento civil continuava com a celebração gratuita, o casamento religioso com efeitos civis, a assistência à maternidade, à infância e à juventude.

O artigo 15 da lei do divórcio previa para os pais, em cuja guarda não estejam os filhos, o poder de visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo determinação do juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação. Ainda, em seu art. 20 para manutenção dos filhos, os cônjuges, separados judicialmente, contribuirão na proporção de seus recursos e no art. 27 dispunha que o divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos.

O divórcio e a aceitação de novos paradigmas, como a independência da mulher, a valorização de uma nova consciência sobre a sexualidade, o crescimento de movimentos reivindicatórios, as parcerias civis e a abertura política, desembocam em grandes discussões em nível nacional, da nova ordem constitucional (GIORGIS, 2007).

Não é possível passar para a análise da constituição de 1988 sem fazer destaque dos fatos importantes e de grande relevância política para o Brasil. A lei da Anistia foi o carro chefe para a introdução de passos no mundo da democracia. (lei nº 6.683, de 28.08.1979) Ela anistiou a todos que, no período compreendido entre 1961 e 15.08.1979, cometeu crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais e direitos políticos suspensos e dessa forma foi possível vislumbrar a possibilidade de uma nova carta constitucional.

As Diretas Já em 1983, a apresentação da PEC n. 5/83 por Dante de Oliveira que depois de 20 anos propunha a eleição direta para Presidente e Vice Presidente da República. Esta PEC ganhou imenso apoio popular e se transformou no importante movimento denominado: “Diretas Já”. Mesmo com este apoio, a PEC foi

rejeitada. Diante disto o colégio eleitoral foi eleito, de forma indireta, um civil, Tancredo Neves. Quis o destino que ele não assumisse o posto e faleceu, para a tristeza dos brasileiros, deixando para José Sarney conduzir o país após o movimento militar de 1964.

A Constituição de 1988, chamada de Constituição Cidadã. Ela reflete as ansiedades da sociedade em busca da democratização e a conquista do Estado Democrático de Direito. A experiência constitucional europeia baseada no predomínio social encontra-se com o respeito aos valores mais brilhantes da natureza humana.

Nas palavras de Reale em 2005:

A expressão Estado Democrático de Direito traduz uma opção para a democracia social, na qual o Estado é compreendido e organizado em essencial correlação com a sociedade civil, sem prejuízo do papel criador atribuído aos indivíduos.

A constituição Cidadã introduz, de forma esplendorosa, um novo conceito de entidade familiar, a ser entendida de forma mais ampla, para efeitos de proteção do Estado com os efeitos civil e penal. A base de fundação desse novo e amplo entendimento da família é baseada na afetividade.

Não é a Constituição perfeita, mas será útil, pioneira, desbravadora. Será luz, ainda que de lamparina, na noite dos desgraçados. É caminhando que se abrem os caminhos. Ela vai caminhar e abri-los. Será redentor o caminho que penetrar nos bolsões sujos, escuros e ignorados da miséria. (GUIMARÃES, 1988).

A família recupera suas origens mais remotas, a da união por desejos e laços afetivos em comunhão de vida. Sendo assim, é necessária a tutela jurídica mínima, com respeito à liberdade de constituição, convivência e dissolução, a igualdade irrestrita de direitos, embora com reconhecimento das diferenças naturais e culturais entre os gêneros, a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais, como pessoas em formação. O forte sentimento de solidariedade recíproca, que não pode ser perturbada pelo prevailecimento de interesses patrimoniais.

A garantia para esses direitos previstos no seu artigo 226 é fundamentada com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade e ainda sobre estes o princípio da afetividade e o da solidariedade.

A dignidade da pessoa humana é um princípio estruturante e formador das entidades familiares. E ainda, à dignidade da pessoa da criança, o artigo 227 da Constituição expressa essa conformação, ao apontar que é dever da família assegurar-lhe: “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-la “a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. Não é um direito oponível apenas ao Estado, à sociedade ou a estranhos, mas a cada membro da própria família. É uma espetacular mudança de paradigmas.

Segundo Barcelos (2008):

A constituição federal de 1988 ao fixar a dignidade como princípio central do Estado, jurisdicizando o valor humanista, disciplinou a matéria ao longo do texto através de um conjunto de princípios, subprincípios e regras, que procuram concretizá-lo evidenciando os efeitos que destes devem ser extraídos.

O princípio da liberdade aponta para o livre poder de escolha e autonomia para constituição, realização e dissolução da entidade familiar, sem imposição de sociedade, parente ou Estado.

Tudo envolve a liberdade para planejamento familiar relatado no §7º de artigo 226, CF/88, educacional, bens, valores culturais, religiosos, com liberdade de agir respeitando a integridade física, mental e moral.

A emenda constitucional nº66 de 2010 traz uma maior facilidade no exercício do princípio da liberdade no direito de família. Apesar de sofrer muitas críticas por parte de alguns grupos sociais, a emenda traz uma maior agilidade para o fim da união conjugal. A liberdade e rapidez para o fim desta união ficaram previstas no artigo 226 §6º da constituição federal de 1988.

Em união a esses princípios anteriores surge o princípio da igualdade formal e material na paridade de direitos entre cônjuges ou companheiros e entre filhos de previsão no §6ª do artigo 226, CF/88, havidos ou não do casamento ou por adoção, sendo vedada qualquer forma de discriminação em matéria de filiação.

A hierarquia é desprezada, mas não apaga as diferenças entre os sexos que ao direito não cabe jamais esquecer. Como relata Mello em 2003: “É princípio que visa a um duplo objetivo: propiciar garantia individual e tolher favoritismos”.

Portanto o artigo 226 da constituição de 1988 se refere à entidade familiar e em seu § 1º e 2º, esta, se forma pelo casamento civil ou religioso com efeitos civis. O §3º pela união estável entre homem e mulher, facilitada conversão ao casamento e pela família monoparental, comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

No seu §5º, o artigo 226 traz o princípio entre os cônjuges; no §6º o princípio da dissolubilidade do vínculo conjugal; no §7º o princípio da paternidade responsável e planejamento familiar. Em seu §8º consagra a proteção da família, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Como leciona Lôbo (2004): “no Brasil, desde a primeira constituição social em 1934, até a constituição de 1988, a família é destinatária de normas tutelares, que assegurem a liberdade e a igualdade de seus membros, inserindo-se assim no projeto de modernidade”.

Após séculos de tratamento assimétrico o direito evolui e caminha para a comunhão de vida com os pés fincados na afetividade e com ele vem o destaque ao princípio da solidariedade. Este serve de amálgama de sustentação do novo e amplo conceito de família.

O princípio da afetividade é de grandiosa importância para o direito de família na sua estabilidade das relações socioafetiva e de comunhão de vida.

Como relata Gama (2003):

Propõe-se por intermédio da responsabilização das entidades familiares preservar e desenvolver o que é de mais caro aos familiares: o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, os projetos de vida em comum de cada membro.

O princípio da solidariedade familiar, destacado no artigo 3º, I e 229 da Carta Magna, põe fim ao individualismo jurídico e produz a construção de uma sociedade justa, livre e solidária, a qual se fundamenta nos vínculos de afetividade e com isso abrange os conceitos de fraternidade e reciprocidade.

A solidariedade torna-se o centro para os vínculos de sentimentos que juntos concorrem para a realização do indivíduo e o desenvolvimento completo de sua

personalidade. No núcleo familiar, evidenciam-se os deveres de mútua assistência entre os cônjuges, de proteção à criança e ao adolescente e amparo aos idosos, previstos nos artigos 226 a 230 da constituição federal.

Desta sorte, é de fácil entendimento, que a família é por excelência a sede básica na comunidade social. É o local destinado à satisfação das necessidades e potencialidades dos seus integrantes, e, portanto, uma realidade que respeita primeiramente, os seus integrantes.

2. O DEVER DE CUIDAR E SUAS FORMAS OBJETIVAS DE AFERIÇÃO NAS RELAÇÕES ENTRE PAIS E FILHOS: do dano moral ao dano existencial.

O presente capítulo tem por escopo traçar a ocorrência substancial do dano existencial ante o paradigma da afetividade desenhado no direito contemporâneo.

A rigor o capítulo pretende demonstrar o dever de zelo como norma obrigatória do CC de 2002 e, por conseguinte o caráter de violação do princípio da boa fé objetiva face seu descumprimento omissivo no abandono afetivo.

2.1 DA EXISTÊNCIA DO DANO MORAL NAS RELAÇÕES FAMILIARES

Primariamente é de extrema relevância adentrar no mérito propriamente dito da existência do dano moral nas relações familiares quando o dever de cuidar apresenta-se na sua ingrata forma omissiva. São incoerentes os relatos para a impossibilidade de indenização e compensação dos danos morais ocorridos na relação familiar que envolve sentimentos e emoções.

Primeiramente é de suma importância destacar que no código civil não existem qualquer restrição relativa a este tipo de responsabilização civil e consequente dever de indenizar e ou compensar, no direito de família.

De forma diversa relatam os artigos legais sobre a matéria (art 5º, V e X da CF e arts. 186 e 927 CC - 2002) quando destacam de forma ampla e irrestrita, inclusive as advindas em núcleo familiar.

A clássica fórmula de configuração da tríade dentro da responsabilização civil subjetiva encontra-se firmada no dano, na culpa do autor e o nexos causal. Porém é de fácil entendimento que os contornos das relações familiares possuem alto grau de subjetividade, como a afetividade, amor, mágoa, dentre outros, os quais tornam mais difíceis, não impossíveis, para definir e identificar esses elementos configuradores do dano.

Apesar desses elementos de difícil identificação é possível apontar o liame objetivo e subjacente, através do vínculo biológico ou mesmo no auto imposto, nos casos de adoção, para os quais existe na constituição a indicação legal de obrigações mínimas, dentro das relações entre pais e filhos.

O ato volitivo é o amálgama entre pais e filhos desde a concepção ou adoção, esta responsabilidade nasce decorrente de ações e escolhas individuais na liberdade do exercício das mais livres ações humanas.

Esta liberdade deve sempre ser ressaltada para a configuração do nascimento deste vínculo e exatamente por ser ato de livre escolha, todas as consequências destes atos devem ser exaltados e fundamentados nas normas legais.

Rodrigues júnior em 2011 relata de forma clara essa vinculação entre a liberdade de ações e a responsabilização do agente através de ônus correspondentes:

(...) a teoria da responsabilidade relaciona-se à liberdade e à racionalidade humanas, que impõe à pessoa o dever de assumir os ônus correspondentes a fatos a ela referentes. Assim, a responsabilidade é corolário da faculdade de escolha e de iniciativa que a pessoa possui no mundo, submetendo-a, ou o respectivo patrimônio, aos resultados de suas ações que, se contrários à ordem jurídica, geram-lhe, no campo civil, a obrigação de ressarcir o dano, quando atingem componentes pessoais, morais ou patrimoniais da esfera jurídica de outrem (RODRIGUES JÚNIOR, 2011, p. 75).

Através da análise objetiva da liberdade pessoal advinda da Constituição Federal Brasileira é possível a extração dos deveres legais que corroboram com proteção pessoal e deveres legais para o fechamento do direito fundamental garantido na carta magna.

Este vínculo, ténue de duas liberdades, é formado com o surgimento da prole sonhado ou mesmo a adquirido. O relacionamento pessoal é de livre escolha garantida ao ser humano desde o início da espécie e fundamentado no desejo de perpetuação da espécie.

A união e conseqüentemente o vínculo não se estabelece apenas emocional, mas principalmente legal. Seria monótono o destaque para a citação dos deveres que circundam esse vínculo, mas se emerge de importância quando se chegam à seara do direito de família.

O vínculo familiar é traduzido no poder familiar, este também garantido na constituição pátria, não apenas observado por um lado da moeda, dos pais, mas principalmente nos reflexos causados, o outro lado dessa mesma moeda, nos frutos desse poder familiar, os filhos.

No poder familiar destaca-se o dever de convívio, de cuidado, criação e educação dos filhos, que por óbvio, são vetores para a necessária transmissão de acompanhamento e desenvolvimento do estado psíquico e emocional dos filhos.

O vínculo é o indiscutível elo entre poderes e deveres, deve ser o pilar mais forte na busca da proteção dos filhos, quando os sentimentos, por si só, sejam uma linha muito tênue e por isso não se sustentem.

A parte sensível deste vínculo, o amor, por muitas vezes se desfaz e o melhor interesse da criança deve prevalecer diante do poder familiar. Desta forma, tem entendido a melhor doutrina quando faz a interpretação do art. 1583, parte final, Código Civil de 2002, quando se refere a guarda compartilhada como regra e a unilateral como exceção.

Afastada a ideia de um direito potestativo, o poder familiar representa, antes de tudo, um conjunto de responsabilidades, sem afastar os direitos pertinentes. Assim é que, atender o melhor interesse dos filhos está muito além dos ditames legais quanto ao estrito exercício do poder familiar. (DELGADO, 2009, p. 357)

Mesmo nos casos da não existência de consenso, o julgado da Excelentíssima Senhora Ministra Nancy Andrichi, reconhece a importância da guarda compartilhada na proteção do melhor interesse da criança.

Coloca o dever de cuidado como viga mestre para a necessidade do pleno desenvolvimento do indivíduo no seu meio social face ao descumprimento de norma constitucional,

(...) não há elementos que infirmem, de per se, a impossibilidade da incidência da guarda compartilhada, mas ao revés, vê-se, que os genitores moram em cidade do interior do Estado do Rio Grande do Sul – Bento Gonçalves – fato que, ao menos em termos de deslocamento, não gerará maiores impactos na rotina do menor, que continuará frequentando, independentemente de quem esteja exercendo a custódia física em determinado momento, a mesma escola, tendo as mesmas referências sociais e, o mais relevante, recebendo carinho e atenção de ambos os genitores. (REsp 1428596/RS, MINISTRA RELATORA, T3, NANCY ANDRIGHI, 2016)

Pelos limites da obrigação legal de manutenção dessa prole, que sem justa causa face ao descumprimento, surge o instrumento de coerção. A previsão da prisão civil para os descumpridores, única prisão civil permitida na constituição brasileira.

Vagar no pensamento da obrigação psicológica, esta indiscutível, não é o centro do presente trabalho e sim a possibilidade de viabilizar, civilmente, os que descumprem esta tão importante e necessária obrigação do poder familiar que surge na vida dos envolvidos, por liberdade de escolha e em atos simples da vida em sociedade.

2.2 DA ILICITUDE E DA CULPA

A responsabilidade civil tem início em ato comissivo ou omissivo que resulta em dano a terceiro. Desta forma, se faz necessário à configuração de ato juridicamente relevante para findar na possível responsabilização civil, e ainda, no caso de existência de excludentes de culpabilidade de cada caso em particular.

Nesse momento, é necessário elevar o nível perceptível o valor do dever de cuidar como valor jurídico apreciável e sua repercussão na responsabilidade civil, pois este é de importância crucial para o desenvolvimento do indivíduo como sujeito de direitos dentro do meio de convivência social.

A ideia é confirmada quando se observa que o ser humano não precisa unicamente de valores materiais para seu desenvolvimento, como: alimentos, moradia e saúde, mas fundamentalmente valores imateriais, igualmente necessários, como: educação, lazer, regras de convivência entre outros.

Por isso muitos autores destacam na vasta doutrina a necessidade do cuidado para o completo desenvolvimento do ser humano para uma vida em sociedade mais equilibrada e igualitária.

O cuidado como 'expressão humanizadora', preconizado por Vera Regina Waldow, também nos remete a uma efetiva reflexão, sobretudo quando estamos diante de crianças e jovens que, de alguma forma, perderam a referência da família de origem (...) a autora afirma: 'o ser humano precisa cuidar de outro ser humano para realizar a sua humanidade, para crescer no sentido ético do termo. Da mesma maneira, o ser humano precisa ser cuidado para atingir sua plenitude, para que possa superar obstáculos e dificuldades da vida humana (PEREIRA, 2008, p. 309)

Para tanto, o destaque ao cuidado ainda se torna mais elevado quanto se observa os reflexos do ser des- cuidado ou mesmo nas atitudes do não cuidado no desenvolvimento de sentimentos.

A omissão do cuidado é aflorada quando o indivíduo se sente impotente, traído por aqueles que deveriam ter o cuidado e de forma voluntária escolhem não

pertencer no mesmo convívio social e com isto descartar a existência de um filho pela ausência de boa fé objetiva da relação vivida.

Tudo termina em uma grande cicatriz que, embora possa ser esquecida, por muitas vezes sem sofrimento extremo, traz seus danos por uma vida inteira, como se fosse exposto em sua pele uma marca que o estigmatiza diante da sociedade em que vive.

Nos dias atuais, a atenção à prole deixa de ser uma coisa acessória e torna-se o miolo da relação entre pais e filhos. Todo o desenvolvimento pessoal é circundado pelo dever de cuidar, este se destaca na criação e formação do adulto em seu crescimento físico e psicológico na busca de uma convivência social e direitos para o exercício de cidadania.

Colhe-se que o cuidado deixa de ser importante para se tornar necessário no desenvolvimento da criança até a vida adulta. Toda essa necessidade finda em uma adequada formação da integridade física e psicológica, para que seja capaz, o adulto, de viver em sociedade, respeitar os limites impostos por esta e buscar direitos, no exercício de sua cidadania.

Neste sentido, ressalta-se o estudo do psicanalista Winnicott, quando fala da formação da criança:

[...] do lado psicológico, um bebê privado de algumas coisas correntes, mas necessárias, como um contato afetivo, está voltado, até certo ponto, a perturbações no seu desenvolvimento emocional que se revelarão através de dificuldades pessoais, à medida que crescer. Por outras palavras: a medida que a criança cresce e transita de fase para fase do complexo de desenvolvimento interno, até seguir finalmente uma capacidade de relação, os pais poderão verificar que a sua boa assistência constitui um ingrediente essencial. (WINNICOTT, 2008)

O dever de cuidado já se encontra presente na constituição federal, não com palavras exatas, mas com interpretação simples e direta do artigo 227 como dever de absoluta prioridade.

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. (Constituição Federal, art. 227).

O dever social do cuidado ganha contornos técnicos e objetivos e abandona a seara da mensuração do intangível e subjetivo amor. Com esses contornos se torna possível à verificação do cumprimento, o descumprimento, o cumprimento parcial de uma obrigação legal: o dever de cuidar.

Negar STATUS ao cuidado é perceber a vulnerabilidade de uma norma constitucional de proteção integral à criança e ao adolescente, principalmente na parte final do dispositivo “(...) **a salvo de toda forma de negligência (...)**” (grifo nosso).

Nesse momento não se fala em amar, quanto amar, como amar, empecilho para o claro entendimento da obrigação legal surgida no abandono afetivo, mas na imposição legal e biológica que surge no exercício de liberdade garantido pela constituição federal no momento da concepção ou adoção.

O amor se encontra na motivação, na parte subjetiva, na difícil e discutível mensuração, no campo religioso, moral, meta-jurídico e psicológico e não como fundamento da responsabilização civil por abandono afetivo.

O cuidado se firma na esteira dos elementos objetivos, presente em norma constitucional, possível reconhecimento, de fácil verificação através de ações concretas: presença; contatos, mesmo que nem sempre presenciais; ações voluntárias em favor dos filhos; comparações de tratamento dado entre os sujeitos da prole.

São fórmulas possíveis que estarão diante do julgador e com possibilidade de verificação, quando fornecidas pelas partes envolvidas na lide, e não devem ser enfrentadas como ausência normal da vida cotidiana, impossível de cobrança na forma de indenização.

Portanto, o amar é uma faculdade e o dever é uma necessária obrigação para o completo desenvolvimento psíquico e social do homem em sociedade e este dever faz parte da equação necessária quando se relata ato omissivo capaz de ter importância jurídica que resulta pelo reconhecimento de dano e, por conseguinte, indenização financeira.

Nessa esteira, o descumprimento da obrigação legal de cuidado é comprovadamente uma ação típica de ilicitude civil, sob a forma de omissão que

atinge o bem jurídico tutelado no necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado- importa na vulnerabilidade de norma constitucional.

Na identificação do ilícito civil, além do ato voluntário e identificação da ilicitude, faz-se necessário à presença do elemento subjetivo do dolo ou culpa.

Antes de mergulhar na identificação do dolo ou da culpa é preciso citar os casos da vida cotidiana que não devem ser incluídos como atos de não cuidado, como: separação por distâncias geográficas e principalmente os casos de alienação parental, e desconhecimento da prole que devem ser arguidas como excludente de ilicitude pelo genitor ou adotante que sofra.

Todas essas circunstâncias devem ser consideradas na avaliação do caso concreto, mas precisa o julgador analisar a necessária presença de um núcleo mínimo de cuidados parentais frente a sua prole para o adequado desenvolvimento pessoal dos filhos na sua vida em sociedade.

2.3 ELEMENTOS DO DANO EXISTENCIAL E A DIGNIDADE DO INDIVÍDUO COMO SUJEITO DE DIREITOS.

Destaque dado ao dever de cuidar como ato de relevância jurídica, é necessário neste momento fixar os olhos no dano causado. Este dano que perdura por uma vida inteira, reflete nas mudanças ocorridas na vida social do indivíduo que sofre o abandono efetivo.

Para configuração da negligência objetiva ao dever de cuidar e efetiva responsabilidade civil pelo ilícito causado, finda ao encontro desta ao dano e do nexos causal.

O dano pode se apresentar de várias formas, não apenas material e/ou moral, mas um ainda maior, o existencial que faz do sujeito de direito um sofredor de uma vida inteira.

O dano material é o que encontra mais vasto na doutrina e de mais fácil comprovação diante da omissão parental e o nexos comprovado patrimonialmente. O moral pela omissão e resultados comprovadamente psicológico causados. Já o dano existencial se encontra na também omissão e reflexos diretos na capacidade de viver em sociedade quando o projeto de vida do abandonado é alterado de forma voluntária pela ausência de boa fé objetiva de uma relação sexual.

Para abertura do leque e melhor observação dos danos causados ao ser humano que vive em sociedade é necessária à inclusão do dano ao relacionamento em sociedade. Segundo Soares e Bebbber (2009), o dano existencial concerne à privação de aspecto significativo da vida de relação e/ou do projeto de vida do ofendido.

Faz-se necessário para dar maior clareza ao que significa projeto de vida. É o destino escolhido pela pessoa para o que fazer da sua vida na busca de suas potencialidades. Todo indivíduo possui um projeto de vida e este pode ser modificado por vários fatores externos, porém quando este ocorre por omissão do dever de cuidado dos que legalmente são obrigados, obriga a pessoa a resignar-se com o seu possível futuro e neste momento é possível a identificação da responsabilidade civil por dano existencial.

O princípio mestre da dignidade da pessoa humana tem início desde o momento em que duas pessoas livres resolvem ter uma relação sexual e dão liberdade para a concepção de um novo ser.

O vínculo formado pelos dois indivíduos é um pacto consentido para a possibilidade do nascimento de um ser. Do laço formado em liberdade, este é delimitado pelo princípio da boa fé objetiva e o resultado é o surgimento de um indivíduo com deveres e direitos.

O princípio da boa fé objetiva é o padrão de comportamento e deve ser perseguido e justificado em todos os acordos consensuais. Não existe no imaginável de uma pessoa comum em que uma relação sexual livre seja fundamentada em nada que não seja envolvido por boa fé objetiva. Desta forma, entende-se por boa fé objetiva o descrito pelo autor Silva (2002)

Dado o caráter normativo do princípio da boa-fé, todos esses efeitos não advêm de outras fontes que não a própria incidência do princípio. Disto se retiram dois resultados concretos, complementares e absolutamente importantes para a atual dogmática obrigacional. O primeiro é o inelutável nascimento de deveres verdadeiramente obrigacionais que não possuem suas fontes na vontade. Os deveres decorrentes da boa-fé podem, assim, não ser declarados pelas partes, não ser por elas queridos ou ser por elas totalmente desprezados. Não obstante, participarão do conteúdo toda normatividade legal (em sentido estrito) não declarada ou querida pelas partes. Por outro lado, agregando-se à obrigação esse conjunto de deveres, a própria noção de obrigação deve ser alargada, permitindo-se que se observem as interações existentes entre as várias espécies de direitos, deveres, ônus etc., surgidos do vínculo.

Desta forma, tudo tem início com o vínculo formado livremente e o primeiro elemento deste vínculo é o princípio da boa fé objetiva aplicado ao direito de família.

O sujeito de direito nascido deste vínculo baseado do princípio da boa fé objetiva surge para ser respeitado segundo ao princípio da dignidade da pessoa humana. Quando ocorre o nascimento, primeiro direito afrontado, por aquele que comete o ato omissivo previsto no abandono afetivo, é o não registro civil.

O registro civil é o primeiro direito afrontado diante deste indivíduo que sofre o abandono afetivo. Teve o direito à vida respeitado, o direito à família respeitado, mas de forma involuntária tem seu projeto de vida modificado e o dever de cuidado desrespeitado e seu grupo social modificado.

Todo indivíduo tem por hábito a convivência em grupo, alcançando melhores resultados e objetivando a sobrevivência da espécie. Por assim dizer, observa-se então que, o direito ao nome, aquele que trás ao ser humano um prenome e sobrenome, dá a ele uma identificação para a existência em grupo. (GONÇALVES, 2011)

O vinculo formado livremente e carregado do princípio da boa fé objetiva não pode ser desfeito por forma voluntária e afrontando o maior direito do ser humano, sua dignidade como pessoa reconhecida no meio social em que vive.

O ato ilícito já se encontra presente e perdura por uma vida inteira de forma permanente e só tendo seu fim decretado quando da ocorrência da presença e dever de cuidado resgatado.

É evidente que quando da ocorrência do resgate de forma voluntária, esta deve ser reconhecida, mas quando nunca finalizada esta omissão o Estado deve interferir e garantir com que as formas de responsabilidade civil para o caso concreto sejam cumpridas.

O nexu causal é outro elemento identificável e objetivo no caso do dano existencial. Está presente na efetiva mudança de vida do indivíduo que teve seu projeto de vida modificado pelo ato voluntário e omissivo de quem pratica o abandono afetivo.

Nesta realidade social, depois de destacar o dever de cuidado como fato de relevância jurídica, o nexu causal objetivo de uma pessoa estigmatizada, é preciso chegar aos danos sofridos pelo sujeito de direitos.

O dano material não precisa existir plenamente e nem mesmo o moral para que o dano existencial esteja presente. A simples omissão ao dever de cuidado e

mudança de projeto de vida é suficiente para se chegar à identificação deste último e doloroso elemento do dano existencial, a cicatriz que carrega por uma vida inteira de abandono.

Neste vagar, vale o relato de Soares sobre o dano existencial:

O dano existencial representa, em medida mais ou menos relevante, uma alteração substancial nas relações familiares, sociais, culturais, afetivas, etc. Abrange todo acontecimento que incide, negativamente, sobre o complexo de afazeres da pessoa, sendo suscetível de repercutir-se, de maneira consistente — temporária ou permanentemente — sobre a sua existência. [...] O dano existencial materializa-se como uma renúncia involuntária às atividades cotidianas de qualquer gênero, em comprometimento das próprias esferas de desenvolvimento pessoal. [...] O dano existencial pode atingir setores distintos: a) atividades biológicas de subsistência; b) relações afetivo-familiares; c) relações sociais; d) atividades culturais e religiosas; e) atividades recreativas e outras atividades realizadoras, porque qualquer pessoa tem o direito à serenidade familiar, à salubridade do ambiente, à tranquilidade no desenvolvimento das -tarefas profissionais, ou de lazer, (...) (SOARES 2009)

O estigma carregado pelo indivíduo que sofre abandono afetivo independe de comprovação material ou mesmo moral, percebe-se com um simples olhar ao indivíduo que, em seus ombros, aguenta o peso de escolhas ilícitas alheias.

Todo grupo social reflete o conhecimento que cada indivíduo possui do seu semelhante. O abandonado afetivo, por toda a vida presta informações sobre seu destino, mesmo quando se encontra adaptado ao convívio familiar e social. Não faz diferença a aferição da lesão material e moral não precisam estar presentes para que essas informações de vida pregressa estejam sempre na esfera explicativa.

O dano existencial aparece de forma cruel e sempre posterior ao sinistro, desde o desrespeito ao direito de personalidade afrontado, o direito ao nome. O dano existencial faz uma cicatriz visível que o abandonado afetivo não consegue esquecer e dentro do seu convívio social é lembrado por todos.

O abandonado tem todos os seus erros apontados devido ao fato ilícito cometido contra ele e mesmo os acertos são levados ao destaque em função do abandono afetivo sofrido. Neste diapasão é de extrema importância revelar distinções entre alguns tipos de danos que são erroneamente confundidos com o dano existencial.

O dano à existência é objetivamente diferente ao dano à identidade porque, enquanto este é a ofensa relacionada a uma ou mais características individuais da pessoa (racial, sexual, cultural, étnica etc.), o existencial, segundo Soares em (2009)

relatou como um prejuízo que finda na “afronta à rotina, ao cotidiano, e à expressão das atividades existenciais, sejam econômicas, culturais ou sociais da pessoa.”

Em outro lado o dano existencial possui íntima relação com o dano à intimidade. O dano à intimidade é o que se caracteriza pela indevida intromissão na esfera interior da vida do indivíduo, um caráter puramente subjetivo. Pode estar envolvido ao dano existencial na medida em que os efeitos daquele cheguem a reluzir negativa e involuntariamente na órbita de existência da pessoa abandonada afetivamente, mas são distintos em suas lesões.

Portanto, depois de relatar o ato ilícito e omissivo do abandono afetivo, o nexo causal do dano e a culpa realizada pela forma de negligência finda ao encontro da responsabilização civil imposta pelo Estado aplicada a cada caso em concreto e sua necessária indenização.

3. O RISCO DE CAUSAR UMA INJUSTIÇA SOCIAL PELA FRAGILIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO NAS DECISÕES DE RESPONSABILIDADE CIVIL FRENTE AO ABANDONO AFETIVO APENAS COM O DANO MORAL: do dano moral ao dano existencial.

Ao dever de reparar imposto pelo Estado brasileiro encontra-se a necessária identificação dos elementos previsto no Código civil de 2002, do ato ilícito, do nexo causal e do dano para caracterização da responsabilização civil, ressalvado os casos de responsabilidade objetiva. Diante do abandono afetivo e afronta aos direitos de personalidade é possível ressaltar diretamente ato ilícito na omissão do dever de cuidar nas ações voluntárias que vão contra as normas explícitas constitucionais, com um nexo causal objetivo e existencial e como resultado um dano ao indivíduo como sujeito de direitos.

3.1: A FRAGILIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NOS CASOS DE ABANDONADO AFETIVO.

Recentes e reiteradas decisões brasileiras fundamentam seus julgados das lides em que se discute o abandono afetivo na frágil fundamentação do dano moral.

O dano moral usado como pilar dessas decisões é possível ocorrer frente ao ato ilícito da omissão do dever de cuidar, no entanto não é o único, mas necessita de uma difícil comprovação pericial através de laudo técnico nem sempre conclusivo.

Com efeito, ainda que comprovada a culpa do genitor que assume conduta omissiva e abandona afetivamente a sua prole e ainda que a perícia psicológica consiga detectar e esclarecer os danos sofridos pelo filho abandonado, bem como a sua extensão, mais difícil será estabelecer o necessário nexo de causalidade entre o abandono culposo e o dano vivenciado. (APL nº: 00242765520128190007, Relatora, T2, ELISABETE FILIZZOLA ASSUNCAO, 2015)

O requerente da responsabilização civil carrega uma marca de cobrador de sentimentos, e este ainda, encontra-se na difícil tarefa de demonstrar os danos ocorridos de uma vida de sofrimento, aferível na sua forma mais cruel.

Na medição de tal sofrimento em excesso são necessários laudos psicológicos ou psiquiátricos composto por descrição clara de aflições, angústias, rejeição e desequilíbrios sociais, testemunhos desse processo e consequências em relação do ato ilícito omissivo.

A fundamentação apenas no dano moral se mostra falível e possível de causar uma injustiça social quando a afronta é ao direito de personalidade em que os magistrados só têm decidido pelo reconhecimento quando o sofrimento é de grande escala, vexatório e irreversível para não ocorrer um abuso da importância da afetividade.

Como aponta a melhor doutrina:

Só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade de nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. (CAVALIERI FILHO, 2015)

Notadamente ocorre o reconhecimento do abandono afetivo nos tribunais brasileiro, mas a régua atualmente utilizada pelos magistrados para medir o sofrimento tem sido necessária a identificação de um sofrimento tão danoso que o dano moral se torna pouco para servir com única fundamentação e com isto abre-se as portas para um horizonte mais perverso do dano existencial.

Segundo o julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2016:

Não se desconhece que a conduta do réu, ora recorrente, tenha causado ao autor um sentimento de humilhação e tristeza, diante do abandono paterno, no entanto, embora possa ter-lhe infligido, não caracteriza dano moral apto ensejar ressarcimento pecuniário. (AC 10515110030902001, RELATOR, 18º Câmara Cível, João Cândio, 2016).

Nesse momento de angústia e necessidade de identificação de um exagerado sofrimento é que os julgados precisam de uma fundamentação mais robusta e que possa ser aferido pelo decorrer dos anos de descumprimento de ordem

constitucional do dever de cuidar e com isso descaracteriza toda a carga subjetiva usada como dificuldade, a tão temida afetividade.

O princípio da afetividade é constitucionalmente reconhecido pelos tribunais superiores e descrito como conjunto de fenômenos psíquicos que são experimentados e vivenciados na forma de atos, emoções e de sentimentos, contrariamente ao que se pensa o conceito não é sinônimo de amor e carinho.

A afetividade é parte integrante e necessária para o desenvolvimento do ser humano na forma motora, afetiva e cognitiva e por compor essa tríade não pode ser apontada apenas na forma subjetiva de sentimento.

Para Tartuce e Simão (2010): “Mesmo não constando à expressão afeto do Texto Maior como sendo um direito fundamental, pode-se afirmar que ele decorre da valorização constante da dignidade humana”.

A injustiça social se caracteriza da forma mais danosa quando ocorre o não reconhecimento de uma norma constitucional de comando simples e claro do dever de cuidar, mas os magistrados esperam que os danos sejam grandes e suficientemente comprovados, para não tornar uma decisão duvidosa perante a fragilidade da fundamentação no dano moral.

A crueldade medida no dano moral espelha uma janela de espaço momentâneo, o indivíduo pode ter sofrido anos atrás ou mesmo nunca ter sofrido, mas continuou invisível no mundo dos filhos reconhecidos pelos pais.

O Estado tem o dever de interferir quando o ato na vida social se torna importante para que a ordem constitucional seja mantida. A família é reconhecidamente a viga mestre social e é necessário o reconhecimento dos danos que rodeiam esse núcleo primeiro da sociedade.

O acordo livre de vontades e o princípio da boa fé objetiva fazem nascerem os vínculos afetivos e estes indispensáveis para desenvolvimento adequado do indivíduo. Quando o Estado reconhece que as relações familiares são tão importantes que precisam estar previstas na carta magna é devido à família ser a célula inicial para a devida inserção social.

A necessária introdução Estatal no âmbito familiar e o reconhecimento do indivíduo como sujeito de direitos, nos casos de abandono afetivo, perde seu caráter punitivo e traz o indenizatório como forma de justiça social conforme a Ministra Nancy Andrighi, 2005, ressalta: “Amar é faculdade, cuidar é dever”.

A excelentíssima ministra destaca, ainda, que nas relações familiares o dano moral pode trazer questões subjetivas, como afetividade, mágoa, ressentimento ou amor, tornando difícil a identificação dos elementos necessários para compor o dano moral indenizável: ato ilícito, nexo causal e dano.

Contudo, apesar de toda carga subjetiva, Andrighi (2005) revela que a paternidade traz laço objetivo, com previsões legais e constitucionais de deveres mínimos e com isso é possível enxergar um dano existencial como resultado do ilícito cometido em uma vida de omissão do dever de cuidado, passando do reconhecimento apenas no dano moral para um dano mais duradouro de uma vida de sofrimento.

Diante de toda fragilidade da fundamentação em dano moral nos casos de abandono afetivo e a afronta a direitos de personalidade, o posicionamento subjetivo do dever de amar sai de cena e abre espaço para o dever de cuidar, esse de forma objetiva e fácil identificação.

Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos (ANDRIGHI, 2005).

Na observação dos componentes da responsabilidade civil, o dano moral apresenta sua maior fragilidade na comprovação do nexo causal. Este liame necessário é de difícil comprovação e se apresenta de forma dolorosa e comprovada apenas através de laudos psicológicos que espelham a situação momentânea apresentada no ato da lide.

Os laudos psicológicos são de grande valia, mas nem sempre podem determinar de maneira precisa o dano causado. O dever de cuidado presente na constituição descreve uma forma objetiva e não determina que necessariamente precise de envolvimento emocional e subjetivo.

O dever de cuidar é na sua fórmula mais simples de comando, não carrega a subjetividade da sua presença, nem mesmo sua ausência. São deveres de uma paternidade responsável e quando é analisado de forma subjetiva afasta o real interesse da criança merecedora de integral proteção.

Diferentemente ocorre no dano existencial, fundamentação mais abrangente para os casos de abandono afetivo e reflete o dever de cuidar, este previsto em norma constitucional. Neste diapasão, a omissão do dever de cuidar como ato

ilícito traz um nexo causal objetivo e descarta qualquer necessidade de laudo psicológico.

Na estrada do abandono afetivo e o dano existencial, a criança que não é agraciada pelo dever de cuidado obrigatório aos responsáveis e não precisa necessariamente apresentar danos de grande sofrimento, nem ter vivenciado o descaso, rejeição ou desprezo demasiado.

O nexo causal é formado no momento em que sua vida social toma rumos diferentes e ela é obrigada a conviver com uma condição imposta por terceiros na falência da boa fé objetiva e no tão preservado modo de comportamento do ramo jurídico que é o dever ser.

Como cita o voto proferido pela Ministra NANCY ANDRIGHI, no julgamento do Recurso Especial nº 1.159.242/SP, no qual se concluiu ser possível a compensação dos danos extrapatrimoniais decorrentes do abandono afetivo, este entendido como o dever de cuidado dos pais em relação aos filhos, e sustenta que não é preciso comprovar o dano em tal situação, pois ele é presumido (Resp nº 1557978/ DF, Ministro Relator, T3, Moura Ribeiro, 2015)

Na ocorrência do acordo de vontades e a esperada paternidade responsável, o abandono afetivo e a omissão do dever de cuidado consegue apresentar um nexo causal exatamente por uma conduta adversa da que é exigível, contrária ao direito e desrespeitando o princípio da dignidade da pessoa humana no momento do ato omissivo e ilícito frente a um ser que é merecedor da integral proteção.

Enquanto protetores da dignidade da pessoa humana, os direitos da personalidade têm por objetivo resguardar os elementos estruturadores da personalidade do indivíduo nos aspectos da integridade psíquica, física, moral e intelectual da pessoa humana. No mais, são direitos que nunca desaparecem no tempo e jamais se separam do seu titular.

O dano existencial se caracteriza da mesma forma que qualquer dano, mas apresenta mais dois elementos que são: alteração no projeto de vida e na vida de relações.

O primeiro refere-se ao que a pessoa decide fazer da sua vida, é intimamente relacionado com o máximo de sua potencialidade e qualquer fato que seja importante para mudar esse rumo e obrigar o indivíduo a resignar-se com seu

futuro. Já o segundo refere-se às ofensas físicas e psíquicas capazes de modificar o relacionamento social ou profissional.

E cediço que o dano existencial não se encontra expresso na legislação pátria. Porém o ordenamento brasileiro possibilita a construção de interpretações jurídicas para caracterizar tal dano e prever sua reparação diante de existem previsões constitucionais e legais aptos para determinar a configuração e permitir a reparação do dano existencial.

Nesse caminho destacam-se o artigo 1º, inciso III, artigo 5º, incisos V e X da carta magna e artigo 12 e seguintes combinados com os artigos 186 e 927 do código civil, juntos tornam possível a busca da reparação civil por dano existencial.

Contudo, não há como concordar com a ideia de que por haver previsão expressa de alguns danos como à honra, à vida, à saúde, à profissão, à liberdade pessoal, etc estariam os outros impossibilitados de reconhecimento, visto que o direito brasileiro possui o sistema de responsabilidade civil aberto, atípico e possui como cláusula geral de indenização com possibilidade de ampliação do conceito de dano.

O princípio da dignidade da pessoa humana faz com que não seja importante ou de nenhuma significância que a legislação constitucional ou ordinária que não se mencione expressamente a espécie de dano a ser reparado, que ao consolidar o sistema de responsabilidade civil, a legislação brasileira se volta para a reparação integral de todos os tipos de danos, entre eles, o dano existencial.

Por este caminho surge o entendimento que negar ao indivíduo o direito a uma justa indenização pelo dano injustamente sofrido, independente da natureza do dano, significa bater frontalmente com o princípio da dignidade da pessoa humana e todo o sistema constitucional.

A natureza extrapatrimonial e objetiva do dano existencial retiram toda carga emocional e necessidade de cruel sofrimento quando reflete toda uma vida. A mudança involuntária na vida do ofendido não precisa necessariamente de um sofrimento para a justa indenização.

Nessa linha pode ser trazido como exemplo o caso emblemático das “pílulas de farinha”, julgado proferido em 29 de janeiro de 2009 pela 4ª câmara de direito privado do egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP,Apelação Civil nº 4820374000, Enio Zuliani, 2009).

O caso das “pílulas de farinha”, a mulher passou a consumir pílulas contraceptivas para se prevenir de possível gravidez. Porém as pílulas eram placebos e vendidas como originais. Como resultado, a mulher engravidou.

Caso conhecido como das "pílulas de farinha", sendo de se anotar que o fato de o STJ admitir a indenização em ação civil pública promovida pelos danos decorrentes da ingestão do anticoncepcional Microvlar, da Schering [Resp. 866.636 SP], referendando-a em ação individual [Resp. 1.096.325 SP], constrói modalidade de sentença de efeito erga omnes quanto ao tema jurídico, desautorizando decisões diversas quando as situações fáticas se assemelham - Hipótese em que a autora, com a juntada de carteira e duas drágeas restantes que não possuíam os princípios ativos a que se destinavam, prova ter engravidado pela falha da indústria em não destruir os produtos manufaturados para testes [placebos] da máquina empacotadora recém adquirida e pela culpa quanto à guarda desse material que, infelizmente, foi inserido no comércio como produto regular - Dever de compensar a mulher pela concepção indesejada ou inesperada, como espécie de dano existencial, conforme já admitido pelo Tribunal Superior, inclusive em lide ajuizada por defeito de outro anticoncepcional produzido pela Schering [Resp. 918.257 SP] e de pagar pensão à filha, aceita essa fórmula de indenizar como reparação pela perda de chance de cumprir o princípio do cuidado previsto na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. [...]. (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível Nº4820374000, Quarta Câmara de Direito Privado, Relator: Enio Zuliani, 29 de janeiro de 2009)

No caso referido, a fim de classificar e mensurar os danos sofridos, não se pode considerar a gravidez como um episódio sofrido ou mesmo trágica na vida dessa mulher, sobretudo porque estava sendo gerada uma nova vida.

O medicamento cujo princípio ativo presta-se em impedir o fenômeno da ovulação e na sequência a fecundação para que a mulher consiga escolher o momento de ter filhos, não se prestou para a finalidade apontada devido a erro em sua fabricação e com essa finalidade contraceptiva desviada, o rumo da vida da mulher foi, de forma involuntária, desviado permanentemente e com isto o dano existencial foi suportado.

O dano existencial permanece na vida cotidiana da mulher lesada que teve seu projeto de vida permanentemente alterado e em nenhum momento é referido um enorme sofrimento, uma rejeição e nem mesmo descaso, A seara em referência é objetiva, sem carga emocional negativa necessária para ser destacada.

No caso do abandonado afetivo que é sujeito de direitos e deveres a lesão sofrida não precisa necessariamente ser carregada de dor, sofrimento, rejeição ou descaso. Ele pode passar uma vida sem esses problemas, mas não deixa de ter sido lesado pelo desvio de projeto social.

A escassez da qualificação do dano moral frente às lides de abandono afetivo é exposta quando é utilizada uma régua para medir o sofrimento. É um dano frágil e incompleto para sozinho refletir a alteração no projeto de vida e relacionamento social modificado pelo sofredor de abandono afetivo.

As decisões mais recentes, como citadas anteriormente, não deixam de relatar a existência do abandono afetivo e suas formas exculpantes de: impossibilidade geográfica, alienação parental e até mesmo pelo desconhecimento da paternidade. Porém, precisam abrir caminho para um dano de natureza existencial que vai estar inserido na própria qualidade do indivíduo ser um sujeito de direitos e necessitar ter protegidos ser direitos de personalidade e sua dignidade de pessoa humana.

Dessa forma é notório que ocorre um dano mais duradouro e existencial que não precisa ter necessariamente um componente subjetivo para sua caracterização e que, mesmo assim, de forma objetiva produz modificação permanente em sua vida social como relatou Flaviana Rampazzo Soares, já em 2009:

[...] a lesão ao complexo de relações que auxiliam no desenvolvimento normal da personalidade do sujeito, abrangendo a ordem pessoal ou a ordem social. É uma afetação negativa, total ou parcial, permanente ou temporária, seja a uma atividade, seja a um conjunto de atividades que a vítima do dano, normalmente, tinha como incorporado ao seu cotidiano e que, em razão do efeito lesivo, precisou modificar em sua forma de realização, ou mesmo suprimir da sua rotina. (SOARES, 2009).

[NÃO SE CONCLUI TÓPICO COM CITAÇÃO]

3.2: DESESTIGMATIZAÇÃO DE UMA MERCANTILIZAÇÃO DAS RELAÇÕES FAMILIARES: o caráter objetivo do dever de cuidar.

Estigma de um cobrador de afeto é o reconhecimento que os tribunais do Brasil têm dado ao indivíduo que sofre afronta de seus direitos de personalidade e tem sua dignidade da pessoa humana rebaixada ao não reconhecimento como sujeito de direito.

O indivíduo quando recorre ao poder judiciário para resolver sua problemática, por anos já tentou de forma amigável o reconhecimento da sua posição de filho. Não é o caso de cobrar amor ou buscar afeto, mas o caso de exigir do Estado que através de uma punição exista o reconhecimento de uma vida que nunca foi reconhecida.

O reconhecimento da ausência do dever de cuidar nunca será uma forma de aproximar pai e filho, mas de recuperar a dignidade do abandonado e impor ao sistema jurídico uma forma para a prevenção de um dano tão devastador.

A decisão fundamentada apenas no dano moral é um risco para a perpetuação desse estigma de cobrador de sentimentos. O reconhecimento do dano moral ocorre em abalos psicológicos advindos da ausência do dever de cuidar, mas o dano existencial, de uma forma mais justa, reconhece que esse abandono é uma afronta pelo simples fato em si, sem a necessidade de comprovação de sentimentos sofridos.

O resultado dessa demanda é uma correção na vida social desse sujeito abandonado, sem necessidade de julgamento de sentimentos, mas a busca por um princípio que ronda todas as relações consensuais, o da boa fé objetiva.

Nesse momento já não se coloca mais em discussão se o amor deve ser cobrado ou não, se a sua ausência trouxe dores incalculáveis, mas a cobrança é por um erro do passado, por uma quebra da boa fé objetiva, um afastamento voluntário de uma pessoa que só veio ao mundo porque existiu uma relação sexual permitida por dois sujeitos livres para escolher se querem ou não, um filho.

A sociedade pátria não deixa de reconhecer a necessidade de punição para os sofrendores de abandono afetivo, contudo os magistrados mantêm apenas uma pequena porta aberta para reparar esse ato omissivo e ilícito quando fundamentam suas decisões no dano moral, este só reflete o momento, deixando invisível uma vida de ausência.

A porta que precisa ser aberta é fundamentada no princípio da dignidade humana no que se refere a uma vida de cicatrizes de um dano muito mais ofensivo e cruel, o existencial.

O menor quando não é reconhecido pelo seu pai biológico deixa de ser um sujeito de direitos e passa a resignar-se com o que lhe é oferecido e carrega essa cicatriz de cobrador de sentimentos quando resolve buscar uma justa responsabilização pelo que lhe foi negado.

Por vezes esse reconhecimento é apenas com um nome da família da mãe ou mesmo por um pai afetivo, mas carrega o abandono por toda a vida e nunca deixa de ser abandonado, mesmo não possuindo o sofrimento como marca pessoal.

O risco do fundamento apenas no dano moral é a manutenção desse estigma carregado pelo abandonado de cobrador de sentimentos, pois a decisão só será reconhecidamente efetivada quando o sofrimento for extremo no momento da lide.

É importante ressaltar que o direito de família reconhece a perda do poder familiar em casos de abandono. Medida esta capaz de separar o núcleo familiar e proteger integralmente o melhor interesse do menor.

Também é capaz de determinar medida que assegure a subsistência da criança enquanto não for capaz de prover seu próprio alimento através da imposição de prestação de alimentos.

Essa medida de destituição do poder familiar é ao mesmo tempo garantidora de direitos e punitiva para quem abandona seu filho, é a forma de impor limites ao poder dado aos pais. Eles, juntos ou separados, mas em modelo de igualdade possuem o dever de preparar o filho para ingressar na sociedade e ingressar nesta com valores transmitidos dentro do núcleo familiar.

Mesmo em momentos de extrema delicadeza de convívio familiar o ordenamento jurídico entende que o menor é abandonado como sujeito de direitos e necessita ser afastado dos seus pais, mas não cobra sentimentos e sim possibilidade material e psicológica para manter a célula familiar unida.

Para tanto, segundo o código civil de 2002, em seu artigo 1638 faz a previsão de:

- Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:
- I - castigar imoderadamente o filho;
 - II-deixar o filho em abandono;
 - III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;
 - IV- incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

Não sendo necessária a observação de todos os incisos, o presente trabalho faz destaque apenas no que se refere o inciso que reverencia a perda do poder familiar quando os responsáveis deixar os filhos em abandono.

O inciso segundo do artigo supracitado refere-se ao abandono e segundo o autor Madaleno, 2008 descreve que: deixar o filho em abandono é privar a prole da

convivência familiar e dos cuidados inerentes aos pais de zelarem pela formação moral e material dos seus dependentes.

Nesse entendimento, a destituição do poder familiar poderá ser utilizada quando os pais, de alguma forma, abandonam a sua prole, descumprindo com o seu dever de cuidado e proteção, deixando a criança e/ou adolescente em situação de desamparo e a qualquer sorte, nem demonstrando a capacidade de exercer o poder familiar, justificando a interferência estatal para aplicação da destituição desse poder.

A passagem pela previsão do código civil no que se refere à destituição do poder familiar é para iluminar o componente objetivo do abandono e a forma punitiva já prevista no ordenamento ordinário e constitucional pátrio do dever de cuidar.

Dessa forma objetiva é que a responsabilidade civil por dano a uma vida de abandono deve ser enfrentada. O risco de fundamentar uma ilicitude objetiva no dano moral é o Estado permitir que o abandonado carregue esse estigma de cobrador de sentimentos.

A destituição do poder familiar é uma correção que o Estado faz no âmbito familiar e protege o menor no caso do abandono. Nessa mesma linha, não pode favorecer aquele que nunca resolveu arcar com as consequências de um ato livre e que trouxe resultados indesejados.

O Estado tem o dever de garantir ao indivíduo, como sujeito de direito, o reconhecimento de uma vida inteira modificada por ato voluntário de terceiro através da responsabilidade civil. Este reconhecimento não pode ficar a mercê de identificação de sofrimento extremo exigidos por laudos psicológicos.

O sujeito de direito sofredor de abandono afetivo precisa de um fundamento nas decisões que apontem para o reconhecimento de um dano duradouro e existencial para sair da esfera de cobrador de sentimentos que o dano moral abarca e passar a ter o reconhecimento como merecedor de uma justiça social.

A ministra do STJ, Nancy Andrighi, em sua decisão do ano de 2005 reconhece o caráter objetivo da omissão do dever de cuidar, mas infelizmente hasteou a bandeira do dano moral, esta, frágil e ainda incapaz de remover o estigma suportado pelo abandonado afetivo de cobrador de sentimentos como o amor e o afeto.

A batalha pelo reconhecimento de danos mais duradouros e existenciais vem sendo travada continuamente, mas infelizmente a bandeira do dano moral tem sido

a hasteada e dessa forma muitos casos estão sendo considerados como um empecilho para uma possível aproximação de uma relação que nunca existiu.

Desse modo pensa o Desembargador Relator do TJSP, 20014: A verdade é que se, com o processo se buscava um estreitamento dos laços afetivos, o resultado é muitas vezes bem diverso, ou seja, após a lide cria-se uma barreira que pode afastar uma grande probabilidade de futura aproximação.

Imaginar que o requerente de uma responsabilização civil, por ter sofrido um dano existencial, busque através do processo um estreitamento de laços ou mesmo um esquecimento do que carregou por uma vida inteira é pensar realmente que o poder judiciário pode imiscuir nas relações mais estreitas de um indivíduo.

A busca por uma justiça social deve ser sempre perseguida pelos magistrados e quanto mais próxima da verdade real o processo puder alcançar, os envolvidos deixarão a esfera de revolta e passarão a agir dentro das regras sociais.

A identificação dos motivos que um pai ou uma mãe abandona um filho nunca será totalmente entendida. A ausência de uma adequada assistência material seria até admitida se se tratasse de pais desprovidos de recursos, mas deixar de dar afeto e amor é o mais difícil de admitir.

Por esses motivos é que a bandeira hasteada nesse campo de batalha tem sido o dano moral, mas é preciso abrir os olhos e avistar um indivíduo que desde o nascimento não foi cuidado pelo seu responsável e não busca através do processo uma aproximação ou mesmo estreitamento de laços, mas responsabilizar o culpado pela mudança que sua vida sofreu.

Corroborando com o assunto Gagliano e Pamplona Filho (2011) acrescentam:

Logicamente, dinheiro nenhum efetivamente compensará a ausência, a frieza, o desprezo de um pai ou de uma mãe por seu filho, ao longo da vida. Mas é preciso se compreender que a fixação dessa indenização tem um acentuado e necessário caráter punitivo e pedagógico, na perspectiva da função social da responsabilidade civil, para que não se consagre o paradoxo de se impor ao pai ou a mãe responsável por esse grave comportamento danoso (jurídico e espiritual), simplesmente, a perda do poder familiar, pois, se assim o for, para o genitor que o realiza, essa suposta sanção repercutiria como um verdadeiro favor.

A indústria do dano moral é crescente, mas não pode ser justificativa para o afastamento da responsabilização civil para quem pratica o abandono afetivo, claro que o dano moral pode ser requerido no direito de família, mas no que se refere ao dano psicológico quando presente. Não seria quantificar o amor ou afeto, mas responsabilizar alguém por esse tipo de dano psicológico.

De forma diferente e entendendo o abandono como fatos da vida pensou Mendes (2014):

Com a devida vênia, não posso, até repudio essa tentativa, querer quantificar o preço do amor. Ao ser permitido isso, com o devido respeito, iremos estabelecer gradações para cada gesto que pudesse importar em desamor: se abandono por uma semana, o valor da indenização seria x; se abandono por um mês, o valor da indenização seria y, e assim por diante.

Dar preço ao amor realmente deve ser uma tarefa muito difícil e por isso os juízes buscam um sofrimento fora do normal e mesmo encontrando não se sentem confortável por quantificar um sentimento tão nobre que só alcança seu valor mais alto quando é oferecido de forma voluntária e sem cobranças.

Nesse momento é que a batalha se volta para um lado mais objetivo, a do dano existencial, esse que não precisa ter o peso do sofrimento exagerado, na hora da cobrança, mas que possa ser exigido e imposto pelo Estado quando o dever de cuidado não existir de forma voluntária, findando na responsabilidade civil por omissão e sua justa indenização.

A estigmatização do abandonado é uma realidade e o Estado não pode se furtar de agir nesta seara porque não irá corrigir erros do passado, mas a responsabilização será vista no horizonte da prevenção como forma de orientação para os sujeitos em uma conduta esperada do dever ser.

A sociedade clama por reparação desses menores que não são reconhecidos e nem cuidados pelos seus responsáveis. Nos dias atuais, qualquer motivo para a busca na justiça é admitido, muitos caso fazem do judiciário um tomador de decisões cotidianas em que pessoas comuns não conseguem resolver.

Mesmo com essa busca insana pelo poder judiciário não se podem fechar as portas para um caso tão antigo e cruel. Pessoas são livres para se relacionarem, para decidir sobre seus corpos e amar, mas não podem deixar de se responsabilizarem quando o resultado dessas escolhas pode mudar suas vidas.

Filhos não podem simplesmente nascerem e resignarem-se com o que os pais decidiram não fazer por eles. O poder judiciário é aberto para todos os assuntos e não pode se ausentar de mudar o rumo dessas pessoas que mesmo sem sofrimento aparente carregam um estigma de abandonado.

A responsabilização civil em forma de justiça social dá ao indivíduo sofredor a restauração dessa dignidade que lá traz não foi dada a ele, mas que de forma indenizatória possa, quem sabe, servir para um reconhecimento de um erro de alguém que foi capaz de mudar seu destino.

Não será jamais uma forma de quantificar financeiramente o amor através do quanto de sofrimento foi suportado pelo sujeito de direito, mas é o reconhecimento que ninguém pode entrar em um relacionamento, mesmo que passageiro ou informal sem saber que sua atitude pode ser cobrada em forma de justiça social.

O dano se perpetua por toda sua vida, não encontra fim nem mesmo com a cobrança judicial, mas impõe a sua história de vida uma dignidade que pode ser restaurada em forma de justiça social com o devido reconhecimento de um dano do tipo existencial.

Tirar o estigma da mercantilização das relações familiares é olhar para o horizonte e perceber que através do respeito à dignidade da pessoa humana e a boa fé objetiva deve garantir ao indivíduo um respeito perante a sociedade.

CONCLUSÃO

O maior destaque da presente pesquisa foi dado à família, núcleo de maior importância dentro de uma sociedade. Não somente na sociedade brasileira, mas nas demais sociedades, a família aparece em um local de destaque e pressupõe a solidariedade entre os sujeitos na forma igualitária e respeitosa.

A ética dessa célula social é ainda mais forte na relação que vincula pais e filhos, diferente de uma relação que você tem escolhas dos pares como ao do cônjuge. Pais e filhos têm uma relação absoluta, de necessidade de convivência.

Estudo realizado das cartas constitucionais brasileira foi possível perceber a evolução do conceito de família. Este consegue seu apogeu na constituição cidadã de 1988. O conceito é aberto e possível para todas as formas imagináveis de construção parental tem um reconhecimento de todas as formas livres de formação familiar.

A constituição de 1988 dá um valor bem importante ao núcleo familiar e desenvolve como ápice o dever de cuidar. Transforma a união solidária e igualitária numa perfeita forma do dever ser. O dever de cuidar é pedra principal de demonstração de respeito à dignidade da pessoa humana e ao princípio da boa fé objetiva.

Os tribunais brasileiros de forma jurisprudencial reconhecem o dever de cuidar e fazem dele um fundamento para a responsabilidade civil no caso de abandono afetivo. Apesar do entendimento mais moderno nesse sentido, o fundamento destas decisões é o dano moral, um dano que reflete um pequeno espaço do tempo e não é capaz de proporcionar uma adequada justiça social.

O núcleo familiar traz uma dedução lógica e simples para saber a origem de cada sujeito e igualmente da importância que cada um, e ainda, que os menores, na sua vida, tenha um mínimo de tutela e zelo daqueles que são responsáveis pela sua origem.

Ora, se essa relação do núcleo familiar é necessária, nasce a partir do momento desta constituição o pressuposto de cuidado, então é também tautológico deduzir que a ausência de cuidado, de zelo dos pais trata-se de uma marca indelével, negativa e que afeta a existência inteira desse sujeito.

A origem da responsabilidade e do dever de zelo dos pais estão vinculada a existência do sujeito e por esta razão o fato de alguns tribunais e alguns ordenamentos tratarem o aspecto da responsabilidade civil por abandono afetivo tão somente no âmbito do dano moral, esta uma construção mais atual, que observa um constrangimento do momento, faz um recorte menor, é inadequado e sugere uma aplicação injusta e ineficaz dos pressupostos do direito.

O dano que emerge da ausência do cuidado com os filhos é o dano existencial, que se quer o quantum indenizatório ou mesmo o seu reconhecimento pode afastá-lo.

Entretanto o papel do direito é justamente servir como um horizonte preventivo de indicar para os sujeitos que praticam este ato omissivo e cruel que a sociedade exige uma responsabilização e uma conduta adequada do dever ser.

Mesmo que o Estado não consiga recuperar o tempo perdido, já consolidado no passado, pode reduzir o dano ou mesmo a invisibilidade dessa falta tão devastadora.

Expor a fragilidade do fundamento no dano moral nos casos de abandono afetivo é de extrema necessidade porque reflete a realidade vivida do sujeito envolvido e demonstra um dano mais duradouro, este capaz de corrigir uma injustiça social de um dano existencial.

Relações amorosas duradouras ou temporárias surgem a cada momento e as pessoas envolvidas possuem a liberdade de escolha para esse ato voluntário, mas o produto humano dessas relações não pode ser colocado ao livre destino da conveniência.

Dessa forma, é o que se pretende essa gratificante pesquisa, olhar para o ser humano com o devido respeito e dignidade necessária para que a responsabilidade civil seja observada não para o resgate de relações esquecidas ou mercantilização de relações familiares, mas para o resgate de uma história de vida.

A responsabilidade civil é o limite imposto para sociedade em suas relações, não podendo o direito deixar de punir uma falta tão danosa por ausência de reconhecimento de um dano de maior extensão.

A modernidade das decisões trouxe o dever de cuidado para o centro destas lides de abandono afetivo, mas o fundamento apenas no dano moral deixa clara a fragilidade dessas decisões e consolida a injustiça social.

A importância de estudar as várias formas de dano equivale ao reconhecimento de conceitos abertos e de grande valia para a graduação. O estudante de direito deve ter a mente aberta para não aceitar de pronto as decisões tomadas com fundamentos frágeis. O abandono afetivo é um problema instigante devido ao sofrimento de uma vida e quanto maior for o estudo ao redor desse tema, menos casos deixarão de ser invisíveis aos olhos da justiça.

Conclui-se que a constitucionalização do direito de família trouxe o núcleo familiar como peça mais importante na sociedade. O conceito de família é aberto, mas não deixa de fora o dever de cuidar e com ele reconhece como forma objetiva do dever ser.

O abandono afetivo é talvez uma das formas mais gravosas do não reconhecimento da dignidade da pessoa humana quando faz a vida de um sujeito de direitos ser invisível perante o cuidado e zelo necessário para o seu melhor desenvolvimento e isto não precisa necessariamente ser envolvido por um sofrimento extremo, apenas precisa ser reconhecido que a omissão nesses casos deve ser considerada como forma objetiva de responsabilização civil do dano existencial.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Paulo Bonavides Paes de. Op. Cit., p. 243-259; OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do direito de família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. P. 25-32.

BEBBER, Júlio César. Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial) — breves considerações. **Revista LTr: Legislação do Trabalho**, São Paulo, v. 73, n. 1, jan. 2009, p. 28

BARCELOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios Constitucionais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. P. 32.

BRASIL. Apelação Cível Nº4820374000, **Quarta Câmara de Direito Privado**, Relator: Enio Zuliani, 29 de janeiro de 2009.

_____. Apelação Cível Nº 3003780- 2320138260136, **10º câmara de direito privado do Tribunal de Justiça de São Paulo**, Relator: Coelho Mendes, 11 de março de 2014.

_____. Apelação Cível Nº 00242765520128190007, **2ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**, Relatora: ELISABETE FILIZZOLA ASSUNCAO, 28/08/2015.

_____. **Código Civil**: lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20/11/2016.

_____. **Constituição federal de 1934**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 20/11/2016.

_____. **Constituição federal de 1937**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 28/11/2016.

_____. **Constituição federal de 1946**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 20/11/2016.

_____. Lei nº 6515 de 1977. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm>. Acesso em: 20/11/2016.

_____. Lei nº 6583 de 1979. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6583.htm>. Acesso em: 20/11/2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** 1428596/RS, Ministra relatora: Nancy Andrighi, da 3ª turma, julgado em 03/06/2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** 557978/ DF, Ministro Relator: Moura Ribeiro, da 3ª turma, julgado em 17/11/ 2015.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. Atlas, 10. ed., n.19.4, fls. 93.

DELGADO, Mário e Coltro. **O Direito Fundamental à Convivência Familiar e a Guarda Compartilhada**. Forense, 2009, p. 357.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Direito de Família, Volume VI. 1ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 737.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. **A paternidade fragmentada: família, sucessões e bioética**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007. p. 14.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, 9. ed. São Paulo. Saraiva, 2011. p. 148.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A responsabilização das relações de família**. Porto Alegre, v. 6, n. 24, p. 141, jun./jul. 2004.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 1. ed, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 23-33.

NE: Diário da Assembleia Nacional de 17 de Novembro de 1933.
Planalto.gov.br/ccivil-03/constituição/Emendas/EmC/em_c66.htm
 PEC nº 5/ 1983. [rever a fonte pois não encontrei na internet]

REALE, Miguel. **O Estado democrático de direito e o conflito das ideologias**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 43.

SILVA, Jorge Cesar Ferreira da Silva. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 54.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. 82-83; OLIVEIRA, José Sebastião de. Op. cit., p. 57-62.

SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade civil por dano existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 48.

TARTUCE, Flávio e SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil. Direito de Família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010, p. 47.