

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES I

ILTON GARCIA DA COSTA

JOSÉ SEBASTIÃO DE OLIVEIRA

VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN

CLÁUDIA MARA DE ALMEIDA RABELO VIEGAS

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito de família e das sucessões I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: José Sebastião de Oliveira; Cláudia Mara A. Rabelo Viegas; Ilton Garcia da Costa; Valéria Silva Galdino Cardin – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-653-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES I

Apresentação

A bela cidade de Salvador – BA, em uma aconchegante tarde de inverno ensolarada, sediou o XXVII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), entre os dias 13 a 15 de junho de 2018, ocasião em que foram apresentados ótimos trabalhos científicos de vários temas inéditos, o que demonstra a realização de uma investigação científica sólida na seara jurídica.

Nessa perspectiva, foram contemplados, sob a ótica do Direito das Famílias e Sucessões, temas referentes aos processos de adoção e tráfico infantil; crime de abandono; reprodução humana assistida; direitos da personalidade do idoso; abandono afetivo; guarda compartilhada; uniões poliafetivas; direitos do nascituro; multiparentalidade e outros temas de suma relevância não só para a comunidade científica, mas também para toda a sociedade de um modo geral.

Assim, a obra foi dividida em 27 capítulos, os quais buscarão proporcionar ao leitor uma visão mais moderna e humanizada acerca do direito de família, demonstrando as diversas transformações e modificações de comportamentos sofridos ao longo dos anos, sempre levando em consideração o princípio da dignidade humana.

Ressalte-se que o CONPEDI supera a cada ano os demais eventos da área jurídica, pois além de permitir discussões de elevado nível acadêmico entre graduandos, mestrandos, mestres, doutorandos e doutores, possibilita a apresentação dos resultados das pesquisas realizadas a nível de pós-graduação, de pôsteres que demonstram também o que tem sido realizado a nível de investigação científica nas academias, possibilitando assim uma intensa troca de experiências.

Deseja-se uma excelente leitura, e que o aproveitamento seja máximo das ideias propostas pelos diversos escritores deste livro, os quais buscam, na diversidade temática, subsídios para a construção da igualdade, bem como da dignidade da pessoa humana.

Salvador, 15 de Junho de 2018.

Profa. Dra. Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas – PUC/Minas

Prof. Dr. José Sebastião de Oliveira – UNICESUMAR

Profa. Dra. Valéria Silva Galdino Cardin – UEM / UNICESUMAR

Prof. Dr. Ilton Garcia Da Costa – UENP

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

DO DANO MORAL CAUSADO POR ABANDONO AFETIVO EM DECORRÊNCIA DA ORIENTAÇÃO SEXUAL

MORAL DAMAGE CAUSED BY AFFECTIVE ABANDONMENT AS A RESULT OF SEXUAL ORIENTATION

Valéria Silva Galdino Cardin ¹
Luiz Geraldo do Carmo Gomes ²

Resumo

O presente trabalho analisou, a partir do método teórico, os aspectos jurídicos do dano moral decorrente do abandono afetivo motivado pela orientação afetivo-sexual heterocisdiscordante, isto é, que não é heterossexual e/ou cisgênero. Para tanto, foi explorado o instituto do dano moral na seara do Direito das Famílias, como também foi investigada a caracterização jurídica do abandono afetivo e, em específico, o abandono motivado por questões correlatas com a sexualidade humana. Diante disso, verificou-se que essa conduta afeta diretamente o desenvolvimento da personalidade e da sexualidade humana de suas vítimas, gerando a pretensão da responsabilização civil por danos morais.

Palavras-chave: Abandono afetivo, Dano moral, Orientação sexual

Abstract/Resumen/Résumé

This study analyzed, from the theoretical method, the juridical aspects of the moral damage resulting from affective abandonment motivated by heterocisdiscordant affective-sexual orientation, that is, that is not heterosexual and / or cisgenic. In order to do so, the institute of moral damage was explored in the area of Family Law, as well as investigating the legal characterization of affective abandonment and, specifically, abandonment motivated by issues related to human sexuality. Thus, it was verified that this conduct directly affects the development of the personality and human sexuality of its victims, generating the claim of civil liability for moral damages.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Emotional abandonment, Moral damage, Sexual orientation

¹ Pós-doutora em Direito pela Universidade de Lisboa; Docente da Universidade Estadual de Maringá e no Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas pelo UNICESUMAR; Pesquisadora pelo ICETI; Advogada no Paraná;

² Doutorando em Função Social do Direito pela FADISP, Mestre em Ciências Jurídicas e Graduado em Direito pelo UniCesumar. Docente do Centro Universitário Cesumar (UniCesumar). Pesquisador do ICETI.

INTRODUÇÃO

A composição familiar até o século XIX se dava de forma essencialmente patriarcal e estruturada no patrimônio familiar, ocasião em que era exercido de forma ilimitada. Assim, neste período o pai tinha poder inclusive de vida e morte sobre os membros familiares.

Somente com a ascensão da mulher no mercado de trabalho, ocasião em que passou a contribuir com o sustento da família, houve uma modificação nos padrões familiares, ou seja, “a família constituída a partir de motivações exclusivamente econômicas cedeu espaço aos vínculos familiares mais autênticos, fundados no amor, na compreensão”. (PADILHA, 2017, p. 65).

A Constituição Federal de 1988 rompeu com o autoritarismo e a discricionariedade do pátrio poder, o que foi ratificado pelo Código Civil de 2002, que passou a denominar o direito/dever a ser exercido pelos pais em prol dos filhos como poder familiar de forma igualitária.

Nesta perspectiva, houve a valorização do afeto na formação do vínculo familiar, tornando-se assim, um elemento inerente nas relações conjugais e parentais, devendo prevalecer, ainda, o princípio da dignidade da pessoa humana e o dever de solidariedade, decorrentes do exercício da parentalidade responsável.

Esta consiste na obrigação dos pais em prover assistência material, intelectual, moral, afetiva e psicológica em relação aos filhos, bem como propiciar um desenvolvimento sadio da personalidade destes, devendo sempre observar os princípios constitucionais.

Neste sentido, o direito à livre vivência da orientação sexual é um direito personalíssimo atrelado ao princípio da dignidade da pessoa humana e que deve ser respeitado pelos pais.

Questiona-se, portanto, caso o princípio da proteção integral, bem como o do melhor interesse da criança não fossem respeitados, ou ainda se observadas condutas passíveis de prejudicar o desenvolvimento dos indivíduos, poderiam ser os entes familiares responsabilizados por isso?

Neste cenário, emerge a figura do abandono afetivo em decorrência de orientação sexual diversa da heterossexual, bem como a possibilidade da aplicação do instituto da responsabilidade civil, desde que presentes os requisitos, a fim de permitir que os filhos possam pleitear reparação na esfera civil quando da quebra dos deveres parentais, em especial pela ausência de afeto (dever de cuidado), pela discriminação e pela conseqüente violência homofóbica.

Para tanto, foi utilizado o método teórico, que consiste na pesquisa de obras e artigos de periódicos especializados que tratam sobre o assunto, bem como o método teórico empírico, valendo-se de dados estatísticos que corroboram a perspectiva do abandono afetivo em razão da orientação sexual.

2 DO DANO MORAL

Em sentido comum, dano significa o “[...] mal ou ofensa pessoal; prejuízo moral; prejuízo material causado a alguém pela deterioração ou inutilização de bens seus; estrago, deterioração, danificação” (FERREIRA, 1999).

Juridicamente, o termo “dano”, tem origem no latim *damnum* e “consiste na lesão (diminuição ou destruição) que, devido a certo evento, sofre uma pessoa, contra sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral.” (DINIZ, 2005, p. 3).

Dimas Messias de Carvalho (2017, p. 132) entende também que o dano moral trata-se de uma agressão aos direitos da personalidade que interfere psicologicamente na vítima. Sendo assim, infere-se que é passível de indenização.

Ao ser analisado sob a perspectiva do sujeito, o dano pode ser direto ou indireto. O primeiro ocorre quando provoca lesão imediata à pessoa. Já em relação ao segundo, o prejuízo atinge outra pessoa que não a vítima, sofrendo o efeito ricochete (MARMITT, 1987, p. 11-20; AMARANTE, 1998, p. 238-239).

Sob a ótica do objeto, o dano pode ser patrimonial ou moral. O primeiro acarreta a perda ou a deterioração total ou parcial de um bem material, suscetível de valoração pecuniária. Enquanto o segundo provoca no ser humano uma lesão em seus valores mais íntimos, tais como o sentimento, a honra, a boa fama, a dignidade, o nome, a liberdade, etc (CARDIN, 2012, p. 18).

Simone Murta Cardoso (2013, p.15) vai além, ao afirmar que sem dano, não há que se falar no dever de indenizar e ainda que o termo “moral” abrange não somente a ofensa à pessoa, mas também o que diz respeito a costumes, a hábitos sociais e demais regras de conduta.

Há dois tipos de titulares do direito lesado, sendo que o primeiro é aquele que sofre de forma direta o dano, isto é, a vítima do ato. As outras pessoas, denominadas lesadas indiretas são aquelas que foram acometidas pelos efeitos reflexos do dano causado à primeira vítima, as quais também teriam interesse material ou moral em pleitear a reparação do dano.

O dano moral, embora não seja suscetível de aferição econômica, pois não há como determinar um preço pela dor ou sofrimento da vítima, (CARVALHO, 2017, p. 133) é

ressarcido com a finalidade de compensar a injustiça sofrida pela vítima, atenuando em parte o seu sofrimento, e ainda recompor o seu patrimônio com base no binômio danos emergentes e lucros cessantes (CARDIN, 2012, p. 18).

Os danos emergentes, por sua vez, se caracterizam pelos prejuízos causados ao patrimônio do lesado. Quanto aos lucros cessantes, trata-se dos ganhos que a vítima efetivamente obteria se não houvesse sofrido o dano (VENOSA, 2009, p. 28). Ressalta-se que nos lucros cessantes não estão inclusos os remotos, hipotéticos ou ilusórios, ou seja, a mera probabilidade de dano não gera o dever de indenizar. (CARDIN, 2012, p. 18)

O dano moral se divide em objetivo (ou dano moral impuro) e subjetivo (ou dano moral puro). O primeiro refere-se à condição social da pessoa física ou jurídica, sua fama, conceito, honra objetiva e reputação. É a manifesta relação pessoa-sociedade. O segundo está inserido na órbita psíquica do sujeito passivo do ato ilícito, estando atinente à sua moral, à sua individualidade e ao seu eu, de forma introspectiva, em uma relação psique-corpo.

O principal fundamento da reparabilidade do dano moral reside no fato de que os indivíduos não são apenas titulares de direitos patrimoniais, mas também de direitos extrapatrimoniais, não podendo o ordenamento jurídico permitir que estes sejam impunemente violados.

O Código Civil abordou no artigo 186 a indenização por dano moral, ratificando o que fora preceituado pela Constituição Federal no artigo 5º, inciso X. Acrescente-se que os artigos 953 e 954 do Código Civil enumeram também algumas hipóteses possíveis de ensejar dano moral.

Portanto, o ordenamento jurídico permite que qualquer pessoa ingresse com uma ação judicial para pedir proteção ou fazer cessar a violação de um direito subjetivo perante o Poder Judiciário, desde que haja um interesse econômico ou moral daquele que pleiteia ou de sua família.

Destarte, é pacífica perante o ordenamento brasileiro a reparabilidade do dano moral em razão da Constituição Federal haver reconhecido de forma expressa.

Embora em nosso ordenamento jurídico não haja nenhum dispositivo específico que trate da responsabilidade civil no direito de família, o ressarcimento por danos morais é cabível também em outras hipóteses, sendo uma delas, o abandono afetivo.

3 DO ABANDONO AFETIVO

Com o advento da Constituição Federal, o afeto foi elevado ao *status* de direito fundamental, fazendo com que em diversas situações, visando o melhor interesse da criança, a sócio-afetividade prevalecesse em detrimento do fator biológico permitindo que figurasse como um mecanismo para eficácia na proteção aos direitos da personalidade.

O suporte psicoafetivo ou a assistência moral, permite que os pais venham a transferir para os filhos valores essenciais, para que estes possam se relacionar com os demais membros da sociedade, concretizando assim, o exercício da parentalidade responsável.

Nesse sentido, Heloiza Szymaski afirma que:

[...] as trocas afetivas na família imprimem marcas que as pessoas carregam a vida toda, definindo direções no modo de ser com os outros afetivamente e no modo de agir com as pessoas. Esse ser com os outros, aprendido com as pessoas significativas, prolonga-se por muitos anos e freqüentemente projeta-se nas famílias que se formam posteriormente (SZYMANSKI, 2002 p. 9-25).

Nicola Abbagnano, por sua vez, esclarece que o afeto, sob o prisma filosófico, corresponde às:

[...] emoções positivas e exclui o caráter exclusivista e dominante da paixão. Designa um conjunto de atitudes, como a bondade, a benevolência, a inclinação, a devoção, a proteção, o apego, a gratidão, a ternura, etc., que no seu todo pode ser caracterizado como a situação em que uma pessoa preocupa-se ou cuida de outra pessoa ou em que esta responde positivamente aos cuidados ou à preocupação de que foi objeto (ABBAGNANO, 2000, p. 21).

O afeto se tornou o elemento primordial para a constituição das famílias modernas, ocorrendo assim, a despatrimonialização e desbiologização do direito de família, surgindo então, a família eudemonista que é pautada não apenas no afeto, mas na confiança e na solidariedade entre os membros familiares, que devem propiciar o desenvolvimento da personalidade de todos e a busca da felicidade.

Acerca do tema, Maria Berenice Dias assevera que:

O afeto talvez seja apontado, atualmente, como o principal fundamento das relações familiares. Mesmo não constando a palavra afeto no Texto Maior como um direito fundamental, podemos dizer que o afeto decorre da valorização constante da dignidade humana”. (DIAS, 2005, p. 66)

Pode-se afirmar que o afeto é um fato jurídico e, segundo Rolf Madaleno, é a “mola propulsora dos laços familiares para dar sentido e dignidade à existência humana” (MADALENO, 2011, p. 95).

Se antes da despatrimonialização do direito, o vínculo consanguíneo era o único elemento agregador da família, foi a partir da difusão do princípio da afetividade que houve, então, a sobreposição dos liames afetivos sobre os biológicos (CARVALHO, 2015, p. 98-99).

Diante disso, em que pese o princípio da afetividade não constar expressamente na Constituição, ele foi reconhecido gradualmente como um valor jurídico e pertencente ao rol dos direitos da personalidade, uma vez que é resultado da fusão entre os princípios da solidariedade e dignidade da pessoa humana (CARDIN, 2010). Deste modo, ao ser reconhecido como princípio, o afeto ganha ainda mais forças, “pois é por meio dos princípios que se chega à correta interpretação da norma jurídica” (CARDIN, 2015, p. 34).

O princípio da solidariedade, por sua vez, encontra-se previsto no inc. I, do art. 3º e 229 da Constituição Federal e se trata de um direito fundamental de terceira dimensão (SARLET, 2012, p. 176) que visa o dever de cuidado entre os membros familiares.

Assim, o abandono afetivo se manifesta não pela ausência do afeto paterno enquanto sentimento voluntário, mas na ausência da afetividade enquanto dever jurídico imposto reciprocamente entre pais e filhos (LOBO, 2011, p. 72).

A família é o primeiro nicho social a que o indivíduo é submetido, onde será construída a sua personalidade e o seu caráter. Logo, é essencial que o indivíduo tenha uma boa relação pautada no afeto e na solidariedade. Isso porque a ausência de afeto, por parte dos pais, gera, principalmente na criança, um sentimento de desamparo, além de danos psicológicos (SOUSA; CARVALHO; CRUZ, 2013), o que acaba por desencadear também transtornos de ordens variadas e muitas vezes irreversíveis.

Portanto, em decorrência do que preceitua a Constituição Federal, os filhos podem responsabilizar os pais por danos morais.

4 DO ABANDONO AFETIVO ORIUNDO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL

Antes de discorrer acerca do abandono afetivo da criança e do adolescente em razão de sua orientação sexual, faz-se necessário apresentar os conceitos de sexo, gênero, identidade de gênero e orientação sexual.

O sexo corresponde às características biológicas (as cromossômicas e hormonais), os aparelhos reprodutores, bem como o funcionamento destes. O que determina as fêmeas é que

estas têm vagina/vulva e os machos têm pênis, o que não determina a identidade de gênero ou a orientação afetiva sexual de uma pessoa (CARDIN, GOMES, 2013, p. 93-114).

O gênero não é uma característica biológica, mas se trata de uma questão cultural, social e acima de tudo psicológica. Já a identidade de gênero, consiste basicamente na percepção que o indivíduo tem de si mesmo, podendo ou não ter correlação ao gênero conferido socialmente em virtude de sua genitália.

Essa construção é realizada e também fiscalizada ao longo do desenvolvimento da criança, principalmente pela família, pela igreja, pela escola e por todas as outras instituições sociais (CARDIN, GOMES, 2013a, p. 93-114).

Segundo Patrícia Correa Sanches:

[...] a palavra “gênero” nos traduz uma ideia de atribuição social e cultural na definição do sexo, tem definição extremamente complexa, pois mesmo ampliada aos fatores externos, essa identidade de gênero é o sentimento do indivíduo quanto ao sexo que possui, o que, em alguns casos, pode não ser aquele que biologicamente tem no registro (SANCHES, 2011, p. 433).

Acrescenta Naele Ochoa Piazzetta que “[...] se o gênero constitui o sujeito, a identidade sexual diz a forma com que a sexualidade é vivida” (PIAZETTA, 2001, p. 17). Logo, cada indivíduo é único e as diferenças não devem ficar aprisionadas em padrões preestabelecidos, mas serem vividas a partir da singularidade de cada um.

Já a orientação afetiva sexual está relacionada ao desejo sexual e corresponde à manifestação de vontade afetiva de um indivíduo pelo outro. A falta desta ou a pluralidade de desejo não caracteriza um distúrbio, mas sim uma das variantes das orientações sexuais.

Salienta-se que a orientação afetiva sexual se subdivide em cinco manifestações do desejo humano, que são: o homossexual, o heterossexual, o bissexual, o assexual e o pansexual. Pode-se citar ainda, a existência de outras manifestações identitárias como por exemplo, a travesti e a pessoa transexual (PIAZETTA, 2001, p. 17).

No que tange à orientação sexual e a convivência familiar, pode-se afirmar que aquela deveria ser tratada de forma natural, respeitando as particularidades e vontades de cada indivíduo. Contudo, nem sempre é o que se verifica, já que, mesmo tendo consciência das obrigações decorrentes da parentalidade, alguns pais adotam comportamentos preconceituosos e diversas vezes, ofensivo no ambiente familiar quando descobrem que seus filhos não são heterossexuais, chegando muitas vezes a expulsá-los de casa (FRANCISCHETTO, TREVIZANI, 2014, p. 123-147).

Em que pese a sexualidade humana ser parte integrante da personalidade, muitas pessoas encontram certa dificuldade em exercê-la e vivenciá-la livremente, (CARDIN, GOMES, 2013b, p. 93-114) quando esta é diversa do padrão heteronormativo imposto pela sociedade.

Assim, estes indivíduos, começam a lidar com humilhações e preconceitos dentro do próprio ambiente familiar. Deste modo, ainda que o filho ainda coabite com os pais, o abandono pode ser configurado desde o momento em que os filhos passam a sentir-se sozinhos e sem respaldo de sua entidade familiar.

Nesse sentido, segundo o psicanalista Jurandir Freire da Costa:

[...] nenhum argumento filosófico, científico ou de senso comum pode justificar condutas preconceituosas que venham constranger físico-moralmente o indivíduo no seu direito de auto realizar-se afetivo-sexualmente, se esta auto realização está de acordo com os valores básicos da cultura democrática, pluralista, humanista e individualista do Ocidente (COSTA, 1995, p. 16).

Hodiernamente, como outrora mencionado, há a imposição de um padrão heteronormativo, onde as características biológicas do sexo que determinam o gênero e a determinação do padrão heterossexual, onde aquele que diverge deste padrão acaba sofrendo algumas consequências. (CARDIN, GOMES, 2013c, p. 93-114).

Judith Butler, ao discorrer acerca do tema, afirma que a “regulação binária da sexualidade, suprime a multiplicidade subversiva de uma sexualidade que rompe as hegemonias heterossexual, reprodutiva e médico jurídica.” (BUTLER, 2003, p. 41).

Exercer a sexualidade em uma sociedade onde a cultura, a religião e os costumes transformam a sexualidade em um tabu, atribuindo uma falsa ideia do que seja a manifestação da sexualidade humana, acarreta comportamentos preconceituosos, inclusive, agressões físicas, tornando os indivíduos que se identificam e se reconhecem fora deste padrão, um preso social, pela falta de legislação e políticas públicas que os protejam e os incluam na sociedade (CARDIN, GOMES, 2013d, p. 93-114).

Após as diferenciações conceituais, vale destacar que a homofobia se demonstra como um dos principais instrumentos violadores dos direitos das pessoas LGBT (lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros).

Ressalta-se que a análise etimológica da palavra homofobia, traduz uma definição restritiva onde homo, significa “iguais”, e fobia da raiz grega *phob* "medo", "aversão

irreprimível", sendo compreendido como uma aversão as pessoas com orientação sexual homo, ou seja, afinidade sexual entre pessoas do mesmo sexo (RIOS, LIMA, 2007, p. 23).

Para Daniel Borrillo, o termo “homofobia” representa duas vertentes diferentes de uma mesma realidade, quais sejam:

[...] a dimensão pessoal, de natureza afetiva, que se manifesta pela rejeição dos homossexuais; e a dimensão cultural, de natureza cognitiva, em que o objeto da rejeição não é o homossexual enquanto indivíduo, mas a homossexualidade como fenômeno psicológico e social (BORRILLO, 2010, p. 22).

Deste modo, a referida expressão vem sendo aplicada de forma incorreta, pois ela não abrange todo o fenômeno social da sexualidade humana, uma vez que este é amplo e complexo, compreendendo várias manifestações.

Segundo relatório do Grupo Gay da Bahia (GGB) a cada 25 horas um indivíduo LGBT é assassinado em virtude da homofobia, o que faz do Brasil o campeão mundial de crimes contra as minorias sexuais, sobrepondo-se aos 13 países do Oriente e África onde há pena de morte contra pessoas LGBT. (GGB, 2017)

Tal conjuntura social reflete que o preconceito e a discriminação ocorre inicialmente no seio familiar, em decorrência da ausência de reconhecimento e conseqüentemente do abandono afetivo, gerando danos irreparáveis àqueles que fazem parte das minorias sexuais.

A LGBTfobia se faz presente nas relações familiares, conforme pesquisa realizada pela Secretaria Nacional de Direito Humanos em 2013, onde demonstrou que 92,1% das vítimas de homofobia no país são do sexo masculino, enquanto 6,6% são do sexo feminino, os outros 1,3% pertencem à categoria “não informado” que correspondem a uma coletividade formada por homens e mulheres. Ademais, em 61,9% das denúncias recebidas pelo governo federal, o agressor era uma pessoa conhecida (familiares ou vizinhos) (RELATÓRIO de violência Homofóbica no Brasil: ano de 2013, p. 33).

Em face de tais fatos, o exercício indevido da parentalidade responsável em relação ao desenvolvimento da sexualidade dos filhos, pode gerar abandono afetivo, uma vez que o art. 229, da Constituição Federal dispõe que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores” (BRASIL, 1988, p. 292).

Acrescente-se que os artigos 15 e 17 do Estatuto da Criança e do Adolescente também preveem que “a criança e o adolescente tem direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais (...)”além do direito ao respeito à integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente

abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais”.

Conclui-se que a partir convivência familiar teremos uma sociedade mais harmônica, uma vez que as atitudes e os comportamentos vivenciados no ambiente familiar transcendem e repercutem tanto positiva quanto negativamente naquela e acabam repercutindo da mesma forma na sociedade.

5 DA POSSIBILIDADE DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO ORIUNDO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL

“Amar é faculdade, cuidar é dever.”¹ Segundo as palavras da Ministra do Superior Tribunal de Justiça Nancy Andrighi, no julgamento do Recurso Especial nº 1.159.242, que definiu os contornos do abandono afetivo.

Em conformidade com esse posicionamento, Giselda Hironaka assevera que o abandono afetivo pode ser caracterizado como a “[...] omissão dos pais, ou de um deles, pelo menos relativamente ao dever de educação, entendido este na sua acepção mais ampla, permeado de afeto, carinho, atenção, desvelo” (HIRONAKA, 2011).

Para os indivíduos que compartilham do pensamento de que o afeto não deve ser considerado como um princípio jurídico a reparação do dano causado, pois transmite a ideia de que o afeto acaba sendo monetarizado, ou seja, haveria aí uma espécie de compensação pela falta de amor (CARVALHO, 2017, p. 140).

Logo, a afetividade é condição indispensável para a transmissão de valores e para a formação de um indivíduo, questiona-se, portanto, se a observância do desenvolvimento da sexualidade da criança e do adolescente faria parte do dever de cuidado? Ou se ainda, a intolerância em relação à orientação sexual do infante e o abandono afetivo em decorrência disso acarreta dano moral?

Rodrigo da Cunha Pereira preceitua:

[...] não é possível obrigar ninguém a amar. No entanto, a esta desatenção e a este desafeto devem corresponder uma sanção, sob pena de termos um direito acéfalo, um direito vazio, um direito inexigível. Se um pai ou uma mãe não quiserem dar atenção, carinho e afeto àqueles que trouxeram ao mundo, ninguém pode obrigá-los, mas a sociedade cumpre o papel solidário de lhes dizer, de alguma forma, que isso não está certo e que tal atitude pode comprometer a formação e o caráter dessas pessoas abandonadas, afetivamente (PEREIRA, 2006).

¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Recurso Especial nº 1159242/SP. 3ª Turma. Abandono Afetivo. Compensação por Dano Moral. Possibilidade. Relatora Min. Nancy Andrighi. DJU, Brasília, 24 abr. 2012, p. 11.

Os pais, mesmo conscientes de suas obrigações, muitas vezes abandonam os seus filhos, sendo uma das causas deste abandono a orientação sexual dos filhos diferente da deles. Como outrora mencionado, os indivíduos LGBTTS iniciam a luta contra o preconceito e a discriminação no próprio ambiente familiar, onde, muitas vezes são incompreendidos e humilhados.

Aqueles que deveriam apoiar os filhos, devido à intolerância e preconceito acabam sendo os causadores de inúmeros traumas e transtornos na vida destes, pois, acreditam, muitas, vezes na possibilidade da mudança de orientação sexual dos filhos, ignorando os princípios da dignidade humana e da proteção integral.

O abandono não consiste apenas em expulsar os filhos de casa, mas pode surgir também da indiferença, do desprezo, das coações psíquicas e físicas, dentre outras atitudes.

Segundo Marcela Gorete Rosa Maia e Francielle Lopes Rocha:

As lesões decorrentes do abandono afetivo em razão da orientação sexual atingem os direitos da personalidade provocando, dessa forma, o dano moral e o respectivo direito de indenização, pois embora seja um dano insuscetível de aferição econômica como os danos materiais, a indenização pecuniária é devida para compensar a injustiça sofrida pela vítima, atenuando parte de seu sofrimento (GUERRA, ROCHA).

A indenização não apagará todo o mal e todo o sofrimento pelo qual o indivíduo passou, mas poderá propiciar um tratamento psicológico ou, até mesmo, uma sobrevivência digna. Será, na verdade, um instrumento de conscientização para os pais, que ignoraram que o poder familiar pressupõe laços de afetividade e uma convivência familiar em um ambiente saudável e digno.

Portanto, os males decorrentes do abandono afetivo em razão da sexualidade atingem os direitos da personalidade e provocam o dano moral com o consequente direito de indenização, pois embora seja um dano insuscetível de aferição econômica, a indenização pecuniária é devida para compensar a ofensa sofrida pela vítima (CARDIN, 2012, p.18). Nestes casos, a responsabilidade civil dos pais decorre da violação da parentalidade responsável, aplicando-se o disposto no art. 186 do Código Civil.

Por fim, a indenização não configura uma quantificação do amor, tampouco tem o condão de apagar os danos sofridos pela vítima, mas possui, na verdade, caráter punitivo e pedagógico, sendo, portanto, imperioso para a alteração deste quadro.

CONCLUSÃO

A partir da Constituição Federal de 1988, deu-se início à valorização do vínculo de afetividade e solidariedade entre os membros familiares, passando-se a exigir o exercício da parentalidade responsável, atrelado aos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar.

Infere-se que, deste novo paradigma, surgiu o afeto como sinônimo do dever de cuidado que os pais devem ter para com os filhos, ou seja, prestar assistência moral, material, intelectual, psicológica e propiciar o desenvolvimento da personalidade daqueles. Dentre os direitos personalíssimos da criança e do adolescente está o exercício da sexualidade. Trata-se de um direito fundamental que deve ser garantido por meio do exercício da parentalidade responsável.

Logo, ocorrendo conflitos familiares em decorrência do abandono afetivo pela não aceitação da orientação sexual dos filhos por ser diversa da heterossexual, caberá a indenização por danos morais, uma vez que a liberdade sexual trata-se de um direito da personalidade e deve ser respeitado.

Ressalte-se que a lesão produzida por um dos entes familiares ao outro é gravame maior do que o provocado por um terceiro estranho a relação familiar, em decorrência da situação privilegiada que aquele desfruta.

Em sendo negada a reparação por danos morais, estar-se-ia estimulando reiteração destes comportamentos abusivos pois nada destrói mais uma família do que o dano causado pelos seus próprios membros. É importante que a reparação de danos seja aplicada como uma forma de não deixar a vítima sem resposta e proteção do Estado-Juiz.

A reparabilidade do dano moral não restitui ou assegura o afeto, apenas minora os danos causados, em razão da violação do dever de cuidados como por exemplo, a realização de um tratamento psicológico ou a possibilidade de ter uma melhor condição socioeconômica e educacional, que certamente teria adquirido se o auxílio houvesse sido prestado tempestivamente.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

AMARANTE, Aparecida. *Responsabilidade civil por dano à honra*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

ARRUDA, Augusto F. M. Ferraz. *Dano moral puro ou psíquico*. São Paulo: J. de Oliveira, 1999.

AULETE, Caudas. *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*. 5. ed. Rio de Janeiro: Delta, 1986.

BELTÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

BORRILLO, Daniel. *Homofobia: história e crítica de um preconceito*. Trad. Guilherme João de Freitas Teixeira. Belo Horizonte: Autêntica, 2010.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Recurso Especial nº 1159242/SP. 3ª Turma. Abandono Afetivo. Compensação por Dano Moral. Possibilidade. Relatora Min. Nancy Andrighi. DJU, Brasília, 24 abr. 2012, p. 11.

BREBBIA, Roberto H. *El daño moral: Doctrina, Legislación, Jurisprudencia*. 2. ed. Buenos Aires: Orbir, 1967.

BUTLER, Judith. *Problemas de gênero. Feminismo e subversão da identidade*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CALDAS, Pedro Frederico. *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*. São Paulo: Saraiva, 1997.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. *Dano Moral no Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Reprodução Humana Assistida e parentalidade responsável: conflitos e convergências entre os direitos brasileiro e português. Birigui, SP: Boreal Editora, 2015.

_____; SEGATTO, Antonio Carlos; CAZELATTO, Caio Eduardo Costa. O exercício ilegítimo do discurso de ódio homofóbico sob a ótica da sexualidade e da dignidade humana. *Revista Jurídica – Unicuritiba*, v. 1, n. 46, p. 90-118, 2017. Disponível em: <revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2001>. Acesso em: 10 jul. 2017.

_____; GOMES, Luiz Geraldo do Carmo. Da livre orientação sexual como um direito da personalidade por intermédio da teoria do reconhecimento de Axel Honneth. In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; LOIS, Cecilia Caballero; MARQUES, Gabriel Lima (Orgs). *Democracia e Jurisdição: novas configurações brasileiras*. Rio de Janeiro: Imo's Gráf. e Ed., 2013, p. 93-114.

CARDOSO, Simone Murta. *O dano moral entre casais: responsabilidade civil nas relações afetivas*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

CARVALHO, Dimas Messias. *Direito das Famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Direito das Famílias*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CAZELATTO, Caio Eduardo Costa; CARDIN, Valeria Silva Galdino. Homophobic hate discourse in the information society: from the impacts to the balance of the computer environment and to human sexuality. *Revista do Direito, Santa Cruz do Sul*, v. 1, n. 51, p. 176-191, jan. 2017. ISSN 1982-9957. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/8742>>. Acesso em: 23 jul. 2017.

_____; CARDIN, Valéria Silva Galdino. O discurso de ódio homofóbico no Brasil: um instrumento limitador da sexualidade humana. *Revista Jurídica Cesumar - Mestrado*, v. 16, n. 3, p. 919-938, set./dez. 2016. Disponível em: <periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/5465/2893>. Acesso em: 19 jun. 2017.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 2.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

DIAS, Pedro Branquinho Ferreira. *O dano moral na doutrina e na jurisprudência*. Coimbra: Livr. Almedina, 2001.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 2.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio século XXI: dicionário eletrônico*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FERREYRA, Roberto A. Vázquez. *Responsabilidad por daños: elementos*. Buenos Aires: Depalma, 1993.

FISCHER, Hans Albrecht. *A reparação dos danos no direito civil*. Coimbra: A. Amador, 1938.

FRANCISCHETTO, Gilsilene Passin Picoretti; TREVIZANI, Karoline. A violação do princípio da afetividade em função da orientação sexual da criança e do adolescente. In: *Revista Direito e Liberdade – RDL – ESMARN – v. 16, n. 3, p. 123-147, set./dez. 2014*. Disponível em: <http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/viewFile/766/618>. Acesso em: 13 jun. 2017.

GAZETA DO POVO. *Violência contra gays começa em casa*. 2012. Disponível em: <www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/violencia-contra-gays-comeca-em-casa-27h630m9ljll6evmgo52ni3wu>. Acesso em: 12 jul. 2017.

GRUPO GAY DA BAHIA. *Relatório 2016: Assassinatos de LGBT no Brasil*. 2017. Disponível em: <<https://homofobiamata.files.wordpress.com/2017/01/relatc3b3rio-2016-ps.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os Contornos Jurídicos da Responsabilidade Afetiva na Relação entre Pais e Filhos: Além da Obrigação Legal de Caráter Material. *E-GOV*, Portal de e-governo, inclusão digital e sociedade do conhecimento, 2011. <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32839-40754-1-PB.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 41, 2000. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/527/principio-juridico-da-afetividade-na-filiacao>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

LOPEZ, Teresa Ancona. *O dano estético: responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MARMITT, Arnaldo. *Perdas e danos*. Rio de Janeiro: Aide, 1987.

MATIELO, Fabrício Zamprogna. *Dano moral, dano material e reparação*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998.

OLIVEIRA, Marcius Geraldo Porto de. *Dano moral: proteção jurídica da consciência*. Leme: LED, 1999.

PADILHA, Elisângela. *Novas estruturas familiares*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Nem só de pão vive o Homem: Responsabilidade civil por abandono afetivo*. *Revista Sociedade e Estado*, n.3, v. 21, 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/se/v21n3/a06v21n3.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

PIAZZETA, Naele Ochoa. *O princípio da igualdade no direito penal brasileiro: uma abordagem de gênero*. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2001.

REIS, Clayton. *Avaliação do dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

RIOS, Roger Raupp. *O Princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____; LIMA, José Reinaldo de. *Em defesa dos direitos sexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SANCHES, Patrícia Corrêa. Mudança de nome e da identidade de gênero. In: DIAS, Maria Berenice (coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 11 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SILVA, Wilson Mello da. *O dano moral e sua reparação*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SZYMANSKI, Heloisa. Viver em família como experiência de cuidado mútuo: desafios de um mundo em mudança. In: *Revista Serviço Social & Sociedade – Revista Quadrimestral de Serviço Social*. Ano XXIII, n° 71, set. 2002.p. 9-25. São Paulo: Cortez, 2002.

SOUSA, Claudiane Aparecida de; CARVALHO, Jô de; CRUZ, Izabela Batista da. Abandono afetivo realizado pelos genitores: dever de indenizar? In: *Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas*. v.1, n.1, 2013. Disponível em: < <http://fadipa.educacao.ws/ojs-2.3.3-3/index.php/cjuridicas/article/view/107>>. Acesso em: 13 jun. 2017.

VALLER, Wladimir. *A reparação do dano moral no direito brasileiro*. Campinas: E. V., 1994.

VARGAS, Glaci de Oliveira Pinto. *Reparação do dano moral: controvérsias e perspectivas*. 3. ed. Porto Alegre: Síntese, 1998.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009, v. 4.