

INTRODUÇÃO

A família contemporânea, constituída e reconhecida como núcleo da sociedade no art. 226 da Carta Magna Brasileira, perpassou por uma série de modificações até que se alcançasse a situação jurídica atual. A ordem constitucional de 1988 foi a que primeiro nos trouxe inovações, tratando a existência da entidade familiar ainda que sem a celebração civil do casamento (instituído a *união estável*), bem como do princípio da igualdade jurídica entre os cônjuges e o reconhecimento civil do casamento religioso, além de um rol extenso de direitos à criança e ao adolescente, componentes em formação da família.

O Código Civil de 2002, como não poderia deixar de ser, aderiu a essa nova forma de tutelar a entidade familiar, reconhecendo e regulando os dispositivos acima expostos, dentre outros. Sua entrada em vigor proporcionou ao mundo jurídico uma verdadeira transformação de idéias, pensamentos e doutrinas que até então eram consideradas inválidas.

Dentro dessa nova concepção de família, novos questionamentos foram surgindo, trazendo ao jurista o desafio de adequar-se e posicionar-se a essas novas situações decorrentes de tantas mutações.

Dentre esses novos desafios, faz-se presente a questão do abandono afetivo, ou seja, a não-prestação por parte dos pais ou de um deles da afetividade ao seu descendente, sendo esta concebida em todos os efeitos advindos do laço sentimental que une pais e filhos. Questiona-se: seria esse abandono afetivo apto a gerar responsabilização civil dos pais perante os filhos? Qualquer que seja a resposta a essa pergunta, conseqüências jurídicas relevantes estariam sendo trazidas à baila, sendo estas mesmas de indispensável análise pelo jurista moderno, sob pena de haver todo um retrocesso jurídico diante da evolução trazida nos últimos anos.

Nesse diapasão, este trabalho busca analisar as mudanças ocorridas na entidade familiar ao longo dos anos, abordando, sem a intenção de oferecer uma análise taxativa, a existência de obrigatoriedade ou não do pai dessa assistência afetiva e as conseqüências legais do reconhecimento da possibilidade de responsabilização dos pais omissos.

Para tanto traremos uma caracterização da responsabilidade civil e dos seus pressupostos, partindo para uma análise mais acurada do dano moral. Na sequência veremos alguns casos de pedido de indenização dor dano moral frente ao abandono afetivo do pai, impetrados em varas cíveis brasileiras, observando o posicionamento de nossos tribunais quanto à esta polêmica questão.

2 A EVOLUÇÃO DA ENTIDADE FAMILIAR

2.1 A Formação da Família na Antigüidade

Devido às incessantes modificações sociais, culturais e até mesmo religiosas, a família nunca permanece estacionária. Está sempre em constantes transformações seguindo os ritmos que lhe são impostos pela sociedade. Por conta disso, verificar a sua origem no passado é tarefa árdua, já que não existem documentos que comprovem como era a convivência familiar nos tempos mais remotos.

Alguns estudiosos como McLennan, Morgan e Bachofen tentaram ao longo do tempo desvendar os mistérios que cercavam as famílias da antigüidade. Como elas eram, como se formavam, quem as compunha. Mas até hoje poucas conclusões foram tiradas. (Engels, 1986).

No que os três autores concordaram é que, durante o período primitivo, os seres humanos viviam em promiscuidade sexual: várias mulheres se relacionavam com vários homens e vice - versa. Existia desse modo a presença da poligamia e da poliandria nessas tribos.

Outro fator importante observado era o da predominância do poder maternal. Isso porque como as mulheres se relacionavam com vários homens, era incerta a paternidade dos filhos nascidos dessas relações. Com a evolução do homem, chegou-se à época da civilização e as famílias deixaram de ser poligâmicas, passando a imperar a monogamia entre os seres humanos.

Alguns estudiosos, no entanto, discordam dessa promiscuidade sexual citada por Friedrich Engels (1986), em sua obra “A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado”. Essa linha de pensamento defende a

idéia de que entre os povos primitivos havia relacionamentos mais flexíveis, mas que nunca chegaram à tamanha liberdade sexual.

Avançando um pouco mais na história, é possível afirmar que a família, tal como conhecemos atualmente, teve início na civilização romana. Na antiga Roma, a família era representada pelo conjunto de pessoas ligadas umas às outras por um vínculo de parentesco, isto é, por um ancestral em comum. Desse modo, note-se que essa concepção de família engloba os parentes consangüíneos, os parentes por afinidade, o cônjuge e os agregados.

A família romana era vista como uma unidade jurídica, econômica e religiosa, sendo liderada pelo *pater familias*, que representava a autoridade absoluta no seio familiar, tendo o poder sobre a vida e a morte de sua esposa e descendentes, poder sobre os bens móveis e imóveis que lhes pertenciam, além de figurar como sacerdote. Assim o *pater familias* era visto como o chefe e senhor de toda a família que o rodeava, estando evidente o patriarcalismo.

Em consequência da ascensão do cristianismo em Roma, a família passou a ser centrada no matrimônio, que seria realizado por um ato religioso. Com isso, seguindo os ditames da igreja, a formação da família deveria se pautar pela procriação e pelo casamento indissolúvel.

Entre os povos germânicos o poder patriarcal ficou menos manifesto, dando espaço ao pátrio poder, ou poder paternal, no qual o pai era o elemento central da família e não mais o chefe soberano da mesma.

Posteriormente, ao lado do casamento religioso, ato formador de uma família segundo a igreja católica, surgiu o casamento civil através da reforma protestante liderada por Lutero, já que para ele não só a celebração religiosa era capaz de iniciar uma família.

Sobreveio então a Revolução Industrial, que acabou abolindo o sistema patriarcal, já que mulheres e crianças começaram a contribuir na economia doméstica, ganhando lugar dentro da família.

Nos meados no século XX, esse instituto de extrema importância que apenas ligava as pessoas pelos laços consangüíneos, deixou de ser tão formalista. Atualmente a família é constituída das mais diversas formas, seja pelo casamento, pela união estável ou pela relação monoparental, muito freqüente nesse novo século.

Assim a família passou a ser a base emocional do indivíduo, já que tem como função transmitir educação e cultura aos seus membros, a fim de lhes proporcionar a maturidade necessária para viver em sociedade.

2.2 A Família à Luz das Constituições Federais Brasileiras

2.2.1 A Constituição Federal de 1934

É de suma importância verificar ao longo da história das Constituições Federais brasileiras, como era o tratamento dado ao assunto referente à entidade familiar. Tal análise proporciona um melhor vislumbramento da evolução sofrida por essa entidade e conseqüentemente a evolução da sua regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro.

As duas primeiras Constituições do Brasil não reconheceram o instituto “família”, não regulamentando a sua origem, a sua proteção e dissolução.

A primeira, denominada Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824 nenhuma referência fez à família, nada dispendo sobre esse assunto. A explicação plausível para essa omissão é que o Estado naquela época era liberalista, ou seja, tinha um posicionamento não intervencionista, já que era a Igreja Católica quem gerenciava os assuntos referentes a nascimentos, óbitos e casamento. Sendo assim, a Constituição restringia-se a regular a divisão de poderes e a declarar os direitos dos cidadãos para delimitar o exercício desses poderes. Questões referentes ao caráter social, cultural, por exemplo, não eram da alçada do Estado, não devendo, portanto, serem descritas numa Constituição.

Com a promulgação da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, em 24 de fevereiro de 1891, houve um pequeno avanço, já que em seu artigo 72, parágrafo quarto, reconheceu-se o casamento civil cuja celebração seria gratuita. Tal reconhecimento somente foi possível por conta do Decreto n.º 181 de 1890, que um ano antes da Constituição instituiu essa forma de união no Brasil, quebrando com o monopólio da Igreja, pois a questão referente ao casamento passou a ser da alçada do Estado.

Somente com a segunda Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 16 de julho de 1934, foram declaradas normas referentes aos direitos sociais dentre os quais se encontram assuntos como a cultura, a educação e a família. Tais disposições tiveram tanta importância que foram acomodadas em título próprio, sendo compostas de dois capítulos.

A regulamentação do instituto “família” está contida no Título V, Capítulo I “Da Família”, seguindo os artigos 144, 145, 146 e 147. O primeiro artigo faz menção à constituição da família, que acontece através do casamento indissolúvel e tem proteção do Estado, uma inovação de extrema importância dentro do direito brasileiro, uma vez que é garantida à entidade familiar uma proteção estatal especial. Os outros artigos fazem alusão aos casos de desquite e anulação de casamento, à celebração do casamento, ao modo de reconhecimento dos filhos e à transmissão da herança.

No entanto a questão da família nessa nova Constituição não foi de tudo satisfatória, pois o legislador da época apenas se preocupou em mencionar a origem da entidade familiar, não expondo nenhuma prerrogativa acerca do conceito de família.

2.2.2 A Constituição Federal de 1937

A quarta Constituição brasileira surgiu de um golpe de Estado, promovido por Getúlio Dornelles Vargas, que assumiu a presidência da

República e impôs uma nova Constituição ao povo brasileiro sem a sua participação e sem a aprovação do Congresso. Com isso verifica-se que esse novo texto constitucional, decretado em 10 de novembro de 1937, foi outorgado uma vez que não teve a intervenção popular.

Sob a influência da Constituição da Polônia, a Constituição Federal de 1937, trouxe em seu corpo uma forte tendência fascista de Mussolini na Itália e do nazismo de Hitler, seguindo ideais comunistas.

No que tange à família, um instituto de inteira importância na sociedade, a nova Constituição tratou dela também em capítulo próprio, como na Constituição anterior. O assunto foi abordado nos artigos 124 a 127 e demonstrou algumas inovações em comparação a ordem constitucional antecedente.

A família continuou sendo constituída pelo casamento indissolúvel, tendo a mesma proteção do Estado. No entanto houve uma nova preocupação: a educação da prole, a igualdade dos direitos de filhos naturais em relação aos legítimos e por fim, a proteção da infância e da juventude.

A educação da prole prevista no artigo 125 é vista como um dos principais deveres dos pais, que têm o encargo de promovê-la. Caso esse provimento não fosse possível, o próprio Estado se comprometeria a ajudar as famílias para que a educação fosse fornecida adequadamente aos filhos.

O artigo 126, da Carta Magna de 1937, dispunha da paridade que deveria haver entre os filhos naturais, que a eles seria facilitado o reconhecimento; e os filhos legítimos, no que se refere aos direitos e deveres que os pais têm em relação a estes.

Por fim a infância e a juventude passaram a ter proteção especial do Estado, já que se dispunha a tomar todas as medidas necessárias a fim de assegurar uma vida física e moralmente digna, para um melhor desenvolvimento da criança e do adolescente. Os pais que abandonassem seus filhos de forma intelectual, física ou moral, incorreriam em falta grave,

cabendo ao Estado o provimento do conforto e dos cuidados necessários. Dessa forma nota-se que houve uma preocupação maior do Estado, em relação à Constituição anterior, em amparar a prole, garantindo a ela certos direitos que visavam protegê-la.

2.2.3 A Constituição Federal de 1946

A Constituição Federal promulgada em 18 de setembro de 1946 surgiu após a queda do regime político implantado por Getúlio Vargas, denominado Estado Novo. Seguindo as linhas de um pensamento, agora, democrático, a nova Constituição Federal atendia aos interesses da coletividade e também aos interesses individuais, garantindo direitos sociais aos cidadãos.

No que se refere ao instituto da “família”, este foi regulamentado no mesmo raciocínio da Carta Magna anterior, atribuindo a sua constituição ao casamento com vínculo indissolúvel e com proteção estatal.

Com disposição em Capítulo próprio nos artigos 163, 164 e 165, a família somente seria reconhecida e receberia a efetiva proteção do Estado se fosse formada através do casamento civil ou religioso, desde que neste último caso fossem observadas as prescrições legais e os impedimentos, havendo requerimento do celebrante ou de qualquer interessado. Com isso nota-se que o casamento religioso foi igualado ao casamento civil, sendo ambos passíveis de constituir família.

Exceto essa inovação, nenhuma outra mudança significativa ocorreu em relação à Constituição Federal de 1946 e a anterior, de 1937.

2.2.4 A Constituição Federal de 1967

Foi em meio à revolução de 1964, com o intuito de prosseguir com o movimento militar no Brasil que se promulgou a nova Constituição Federal, em 24 de janeiro de 1967. Esse novo texto constitucional condensou em apenas um único artigo todas as disposições a respeito do instituto da família.

No artigo 167 e seus quatro parágrafos ficou disposto que a família seria constituída pelo casamento, suprimindo a palavra “indissolúvel”, tendo ainda proteção dos Poderes Públicos. Essa foi a única alteração, sofrida no corpo da Magna Carta no que se refere à família.

Uma explicação doutrinária para essa falta de interesse em regulamentar de forma mais adequada o instituto familiar é que a nova Constituição havia surgido a fim de garantir um melhor e mais amplo exercício do poder político, não se importando com os direitos sociais dos cidadãos.

2.2.5 A Constituição Federal e a Emenda Constitucional n.º 1

A Emenda Constitucional de 17 de outubro de 1969 foi feita pelos Ministros da Marinha, da Aeronáutica e do Exército, durante o regime militar. Com base na própria Constituição vigente e nos atos institucionais que permitiam ao Poder Executivo emendar a Carta Magna durante o recesso do Congresso Nacional, eles fizeram certas modificações no texto constitucional.

Nas disposições referentes ao direito de família nada foi reformado, a não ser algumas pequenas alterações na parte gramatical de nenhuma relevância jurídica. No entanto, alguns anos após essa emenda surgiu uma discussão sobre a indissolubilidade do casamento, descrita no artigo 175, parágrafo 1º. da Constituição em vigor. Eram os senadores Acioli Filho e Nelson Carneiro que propunham uma nova redação ao artigo.

Uma grande polêmica se instalou acerca desse assunto, e em 1977, surgiu a Lei do Divórcio (Lei 6.515/77). Com isso o casamento passou a

ser dissolúvel, adequando-se assim a nova realidade social brasileira, demonstrando uma certa evolução.

2.2.6 A Constituição Federal de 1988

A nova Carta Magna, promulgada em 5 de outubro de 1988 inovou ao tratar do assunto “família” em seus dispositivos, uma vez que adequou-se à realidade brasileira. O instituto familiar foi reconhecido como a base da sociedade, prevalecendo a sua proteção por parte do Estado como nas Constituições anteriores. Ficou também reconhecido o casamento civil, cuja celebração seria gratuita, e o casamento religioso, que teria efeitos civis, nos termos da lei. A respeito da gratuidade do casamento religioso, a Constituição foi omissa, nada dispondo sobre o assunto.

Uma grande novidade abrangida pela Carta Magna de 1988 foi o reconhecimento da união estável como entidade familiar, já que não era plausível que em pleno século XX, com todas as modernizações da sociedade e de suas relações afetivas, somente o casamento indissolúvel fosse a fonte constitutiva de uma entidade familiar, sendo pelo Estado protegida.

Era de extrema importância que também a união estável entre homem e mulher passasse a dar origem ao instituto da família para que seus membros pudessem desfrutar dos direitos previstos para esse instituto.

Porém não foi somente essa a novidade trazida pela Constituição Federal de 1988. Em um de seus dispositivos ficou também reconhecida como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Dessa forma, o pai, somente, e seus filhos seriam vistos como uma família no âmbito jurídico. Assim como a convivência entre a mãe, sem a presença do pai, e seus filhos seria considerada uma entidade familiar.

Essa inovação trazida pela ordem constitucional de 1988 possibilitou que não só a triangularização existente na convivência entre pai,

mãe e filhos fosse capaz de formar uma família na esfera jurídica, mas também, adequando-se à nova forma de vida da população, a relação entre somente o pai e os filhos ou somente a mãe e os filhos recebessem a tutela do Estado por serem uma família.

A Constituição Federal além de criar novos meios de formação do instituto familiar, também elencou alguns deveres a serem observados por essa entidade, pelo Estado e pela sociedade em geral, quais sejam: assegurar à criança e ao adolescente o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária e à profissionalização. Ressalvada ainda a necessidade de se evitar qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, exploração, crueldade e opressão.

O Estado se mostrou protecionista no que tange à entidade familiar, já que não tutela somente a família como um todo, mas também estão sob a sua égide todos os seus membros individualmente, sendo assegurada a assistência e a criação de mecanismos para proibir a violência dentro de suas relações.

Aos pais que constituem o núcleo da família, foi conferido o dever de assistir, criar e educar os filhos menores. Já os filhos maiores têm o encargo de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Segundo o texto constitucional, não só os filhos havidos dentro do casamento como aqueles que foram percebidos fora dele e os adotivos serão vistos de forma igualitária, tendo todos os mesmos direitos.

Por fim a questão do divórcio pré vista na Constituição Federal ao estabelecer a possibilidade da dissolução do vínculo matrimonial após a efetiva separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou se houver comprovação de separação de fato pelo período de dois anos. Desse modo verifica-se que a nova ordem constitucional não vê o casamento como indissolúvel, como nas Constituições anteriores, permanecendo o caráter familiar em caso de desconstituição do vínculo matrimonial.

2.3 A Origem da Família na Atualidade

2.3.1 A família advinda do casamento

O casamento é um instituto de difícil conceituação já que a legislação civil atual não se preocupou em estabelecer uma definição precisa a ele. Dessa maneira coube aos doutrinadores fixarem um significado para essa figura tão importante dentro da sociedade.

Retornando ao Direito Romano, foram feitas duas conceituações: uma se encontra no Digesto, que é de Modestino, e a outra situa-se nas Institutas de Justiniano, sendo atribuída a Ulpiano.

Para Modestino: “*nuptiae sunt conjunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani communicatio*, isto é, o matrimônio é a união do homem e da mulher e o consórcio de toda a sua vida, e também uma comunicação de direito divino e humano”. (D. 23,2,1; ainda ,35,1,15). (Maria Helena Diniz, 2002, p. 39). Já na visão de Ulpiano: “*nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio, individuum consuetudinem vitae continens*, ou seja, casamento é a união do homem e da mulher, estabelecendo entre eles uma comunhão de existência indivisível.” (Institutas ,1,9,1). (Maria Helena Diniz, 2002, p.39)

Dentre os autores brasileiros, a aceção do termo casamento também é diversa, já que envolve questões de constante modificação social e cultural. Numa visão clássica, Clóvis Bevilacqua (1954) apud Maria Helena Diniz (2008, p. 40) define o matrimônio como:

Um contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolavelmente, legitimando por ele suas relações sexuais, estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses, e comprometendo-se a criar e educar a prole que de ambos nascer.

Utilizando-se de uma conceituação mais moderna dada por Maria Helena Diniz (2008, p. 39): Casamento é o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa o auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a construção de uma família.

Por termos adotado a monogamia, a legislação brasileira sempre se inclinou à idéia de considerar apenas o casamento como forma legítima de constituição de família, tendo prevalecido tal pensamento por muitos anos, até uma modificação na sociedade e conseqüentemente nas disposições legais.

Nos tempos em que o Brasil era apenas uma colônia de Portugal, o casamento previsto era o canônico, seguindo o Concílio de Trento. Assim por ser a população brasileira em sua maioria católica, o casamento válido e capaz de constituir uma família era o casamento religioso, visto também como um sacramento, já que representava a união de um casal perante Deus, para a vida toda.

Com o advento do Decreto n. 181 de 24 de janeiro de 1890, o matrimônio deixou de ser da alçada da Igreja, cabendo então ao Estado a sua regulamentação, sendo assim instituído o casamento civil no Brasil.

No Código Civil de 1916, o casamento civil era a única maneira autêntica de formar uma família, substituindo assim o casamento religioso. Posteriormente, em 1934 foi promulgada uma nova Constituição Federal, que continuou a atribuir as regras relativas ao matrimônio ao Estado, devendo ser a família constituída pelo casamento civil indissolúvel, porém podendo ser celebrado por autoridade religiosa. Com isso nota-se que a nova Carta Constitucional adotou o casamento religioso com efeitos civis.

Evidente que o casamento válido aos olhos do Estado continuava sendo o civil, mas esse poderia ser celebrado através de um ato religioso, desde que observados os trâmites legais para o seu reconhecimento na esfera cível.

Esse pensamento perdurou nas Constituições Federais subseqüentes, até chegar à atual Carta Magna, em vigor. Desse modo nota-se que a figura do casamento sempre teve grande importância dentro da sociedade, uma vez que somente através dela é que duas pessoas de sexos opostos poderiam se unir e dar continuidade à sua geração. Outras formas de

união no passado não eram admitidas, sendo chamadas de concubinato, não tendo, portanto, nenhuma proteção legal.

No entanto com a evolução do homem e da sua vida social, a união entre duas pessoas deixou de ser puramente realizada através do casamento, sendo atualmente reconhecidas outras formas capazes de constituir uma família legitimamente.

2.3.2 A família advinda da união estável

Paralelamente ao casamento, sempre se mostrou presente outra forma de união entre um homem e uma mulher. Tal modalidade de convivência foi durante muitos anos denominada concubinato, situação em que o casal tinha uma relação extramatrimonial que não era reconhecida como entidade familiar.

O concubinato, segundo os estudiosos do direito, poderia ser puro ou impuro. Este era marcado por algum impedimento ao casamento entre o casal concubino. Já naquele, não há nenhum impedimento ao matrimônio.

O concubinato puro é justamente a figura da união estável, no qual um homem e uma mulher se unem, vivendo maritalmente, mas que por algum motivo, seja econômico, cultural ou social, não se casam.

A união estável foi por muitos anos agredida pela sociedade que não a reconhecia como forma de família. Desse modo não tinha nenhum amparo legal. Com o transcorrer do tempo, o legislador pátrio percebeu que não poderia mais lutar contra essa realidade social. Assim começou timidamente a inserir certas proteções aos entes formadores dessa união, mais especialmente às companheiras. Foi o caso do Decreto n. 2.681/12 que dizia respeito ao pagamento de indenização à companheira em caso de morte de seu companheiro nas estradas de ferro brasileiras, posteriormente a Lei n. 3724/19 que equiparou a companheira à esposa em caso de acidente de

trabalho; o Decreto n. 20465/31 que estabeleceu direitos previdenciários não só a mulher, mas também à companheira; a Lei n. 3.807/60, em que a companheira pôde ser incluída como dependente na Previdência Social; e por fim a Lei n. 6.015/73 que possibilitou a inserção do nome do companheiro ao registro de nascimento da companheira.

Destarte, nota-se que o legislador ainda não havia reconhecido a união estável como uma forma de constituir família. Ele apenas admitiu e introduziu certos efeitos jurídicos decorrentes dessa espécie de união que não poderiam ser desprezados, uma vez que a mulher pertencente a essa relação não poderia ser prejudicada. Somente com o advento da Constituição de 1988 que, finalmente a união estável foi adotada como entidade familiar, tendo assim proteção estatal, conforme reza o artigo 226, parágrafo 3º, da referida Carta.

Posteriormente o próprio Código Civil de 2002 dedicou um título especial para tratar desse assunto, expondo no artigo 1723 a sua definição e nos artigos subseqüentes a sua regulamentação.

Segundo dispõe o supracitado *Codex* contextualizado com o pensamento doutrinário, união estável vem a ser a união entre homem e mulher, baseada na convivência pública, contínua e duradoura, em que pretendem formar uma entidade familiar, isto é, uma família, sem as formalidades atribuídas ao casamento. É importante ressaltar que, para a configuração da união estável, é imprescindível que não haja nenhum impedimento descrito no artigo 1521 do Código Civil vigente. Caso contrário tais relações eventuais existentes entre um casal impedido de casar-se será visto como concubinato.

Sendo, portanto, considerada pela Constituição como um instituto capaz de constituir uma família, a união estável que não se confunde com o casamento é protegida pelo Estado, sendo os seus integrantes rodeados pelos deveres de lealdade, respeito e assistência mútuos, além dos deveres de guarda, sustento e educação dos filhos que surgirem.

2.3.3 A família monoparental: uma realidade do século XXI

A Constituição Federal de 1988, ao lado do casamento e do reconhecimento da união estável como forma de entidade familiar, trouxe também ao âmbito do direito uma nova forma de família denominada monoparental.

Nos termos do artigo 226, parágrafo 4º da referida Carta magna, entender-se-á como entidade familiar a comunidade composta por qualquer dos pais e seus descendentes.

Assim, segundo Eduardo de Oliveira Leite (1997 apud SILVA, 2008, p. 24), uma família é definida como monoparental quando a pessoa considerada (homem ou mulher) encontra-se sem cônjuge, ou companheiro e vive com uma ou várias crianças.

No entanto essa espécie de entidade familiar não foi uma inovação preceituada pela Constituição. Isso porque ela sempre existiu na sociedade desde muitos anos. Desse modo a Carta Magna apenas veio reconhecer uma situação fática comum entre as pessoas.

A monoparentalidade pode decorrer em virtude de uma situação, ou ainda em razão de uma opção.

Ela emanará de uma situação, nos casos de viuvez, separação, divórcio, celibato, união livre, todos casos em que um dos cônjuges constitui sem seu companheiro uma família juntamente com seus filhos.

Já como forma de opção, a monoparentalidade provém dos casos de adoção, das mães solteiras, atualmente da inseminação artificial, situações em que a pessoa, por livre escolha, passa sozinha a cuidar de seus filhos, formando uma família sem a presença do outro cônjuge.

A família monoparental, como pode ser visto, quebrou o modelo clássico de família, a chamada biparental, composta pelo pai, pela mãe e filhos, atingindo a última fase evolutiva. Isso porque inicialmente, num passado bem

distante, a família seguia o padrão patriarcal, em que o pai exercia a função de chefe, posteriormente a família passou a ser nuclear, chegando por fim ao modelo monoparental, reduzindo-se a relação somente ao pai e filho.

Essa novel forma de entidade familiar agora prevista e protegida pela Constituição Federal ganhou grande força devido às profundas modificações das estruturas sociais, econômicas e culturais da população, verificadas especialmente no transcorrer do século XX.

Tais alterações como inserção da mulher no mercado de trabalho, possibilitou que elas ganhassem certa independência, não precisando mais cultivarem um relacionamento já desgastado por não terem como sobreviver acompanhadas de seus filhos.

Não só essa inovação econômica e social, mas também outra de ordem jurídica propiciou um aumento das relações monoparentais, qual seja o divórcio. Assim ao se separar a família que antes era biparental transformava-se em monoparental, já que o cônjuge que ficava na companhia dos filhos formava outra família.

Até mesmo a questão cultural influenciou na maior propagação da monoparentalidade no Brasil, como é o caso das jovens que cada vez mais cedo ficam grávidas sem nenhum apoio de seus companheiros, que se esquivam do casamento ou da união estável, só restando a elas o caminho da família monoparental.

As estatísticas demonstram que essa entidade familiar vem crescendo dentro da sociedade. Estudos recentes feitos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) revelaram que as famílias formadas pela mulher sem cônjuge e com filhos representam algo em torno de 18,1%. A mesma pesquisa realizada no ano de 1996 revelou um percentual de 15,8%.

Com esse elevado percentual, verifica-se que inúmeras crianças e adolescentes vivem na companhia de apenas um dos pais, o que pode gerar problemas se o outro permanece totalmente ausente.

Desse modo, para que seja evitada uma série de desgastes à criança e ao adolescente, é essencial que haja uma ligação respeitosa entre o filho e o pai (ou a mãe) que não moram juntos, resguardando o direito à dignidade, à convivência e ao respeito, já que só assim os laços de parentesco se aperfeiçoarão.

3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Para um melhor entendimento acerca da possibilidade de dano moral frente ao abandono afetivo, necessário se faz uma análise acerca dos pressupostos do instituto da responsabilidade civil.

Com a Lei de Talião surgiu o primeiro critério de ressarcimento de danos, que não apoiava na Moral Natural. Haveria igualdade entre o mal infligido e a consequência a ser aplicada ao agente; daí as palavras *tálio*, *talionis*, cujo significado é: pena igual à ofensa.

A Lei das XII Tábuas adotou a composição tarifada, fixando, para cada tipo de lesão, o quantum a ser pago pelo ofensor. Nessa prática podemos identificar o embrião da responsabilidade civil.

Num estágio mais avançado, quando existe uma soberana autoridade, o legislador veda à vítima fazer justiça pelas próprias mãos. A composição econômica, de voluntária que era, passa a ser obrigatória, e, ao demais disso, tarifada. É quando, então, o ofensor paga um tanto ou quanto por membro roto, por morte de um homem livre ou de um escravo, surgindo, em consequência, as mais esdrúxulas tarifações, antecedentes históricos das nossas tábuas de indenizações preestabelecidas por acidentes de trabalho. É a época do Código de Ur-Nammu, Código de Manu e da Lei das XII Tábuas. (GONÇALVES, 2003 apud SILVA, 2008, P. 49)

No entanto, foi com a Lex Aquilia que se formou o esboço dos princípios orientadores da responsabilidade extracontratual, também designada aquiliana. O terceiro capítulo da *Lex Aquilia*, dedicado ao *damnum injuria datum* (“dano causado ilícitamente”), tinha por objeto a lesão em escravos, animais e coisas corpóreas, cabendo a ação aos cidadãos romanos. Em outra fase, provavelmente à época do imperador Justiniano, a proteção se estendeu ao *damnum non corpore datum*, ou seja às lesões praticadas sem o contato direto do ofensor sobre as coisas corpóreas, bem como ao *damnum injuria datum*, que abrangia todo dano ao direito.

O pedido da vítima se fazia com a *actio legis Aquilae* e o *quantum* da indenização dependia da atitude do ofensor. Se este admitisse a culpa, a condenação ficaria adstrita ao valor apurado. Se negasse a culpa e esta ficasse apurada, a condenação seria *in duplum*, ou seja pelo dobro do valor

constatado. Vê-se que este critério possuía inconveniências, pois poderia constranger o acusado a reconhecer uma conduta não praticada e também implicava para a vítima um enriquecimento indevido, dado que extrapolava o valor do dano sofrido. Até o século V, antes do final da República, os romanos não consideravam a culpa como fundamento da reparação. O essencial era a consequência nociva da conduta, ou seja os danos sofridos pelo ofendido. Apenas a partir do século V, por influência da filosofia grega, surgiu em Roma a teoria da culpa.

Antigamente só se partia da idéia de dano, ou seja, havendo dano, a reparação era inevitável. Surge então, um outro elemento: somente seria reparável o dano injusto e não o simples dano como anteriormente. Esse novo elemento que condicionava a caracterização da responsabilidade civil foi posteriormente denominado “culpa”. Assim só seria reparável o dano ocorrido por culpa do agente. Surgia dessa concepção a responsabilidade subjetiva que condiciona a reparação do dano a um elemento intrínseco, qual seja a culpa do sujeito.

Estavam, com isso, esboçados os primeiros requisitos para a verificação da responsabilidade civil subjetiva, que é a regra de nosso sistema atualmente, sendo eles a conduta, o dano e a culpa, entendida como atos de negligência, imprudência e imperícia.

Com a evolução da sociedade, tais conceitos que sempre envolveram a responsabilidade civil, tiveram que se modernizar e seguir os ritmos impostos pelas situações concretas de hoje. Até por volta do ano de 1950, a culpa era o elemento central da responsabilidade civil, vindo posteriormente a surgir outro elemento que também passou a exercer grande importância, qual seja o risco. Dessa forma a culpa foi substituída pelo risco, o que ocasionou o nascimento da responsabilidade civil objetiva.

Essa nova espécie de responsabilidade civil independe de culpa, ou seja, não exige o elemento culpa para a reparação do dano causado. Mas ela somente existirá nas hipóteses descritas pela própria legislação ou, quando a atividade exercida por determinado sujeito, implicar, por sua natureza, em risco a direitos de outrem.

Ambas as responsabilidades faziam-se presentes no Código Civil de 1916, sendo mantidas no Código Civil de 2002, sofrendo apenas algumas modificações a fim de que houvesse uma melhor adequação desses institutos com a realidade do século XXI. Entendendo-se que,

“O instituto da Responsabilidade Civil é essencialmente dinâmico, tem de adaptar-se, transformar-se na mesma proporção em que envolve a civilização, há de ser dotado de flexibilidade suficiente para oferecer, em qualquer época, o meio ou processo pelo qual, em face de nova técnica, de novas conquistas, de novos gêneros de atividade, assegure a finalidade de restabelecer o equilíbrio desfeito por ocasião do dano, considerado em cada tempo, em função das condições sociais então vigentes” (DIAS, 2006 apud NADER, 2010, p. 04).

O Código Civil de 2002 em seu art. 186, assim preconiza: *Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.* Neste artigo estão presentes os quatro requisitos da responsabilidade civil. São eles: conduta (omissiva ou comissiva), nexo de causalidade, dano e culpa. Tais requisitos são exigidos para a caracterização da responsabilidade civil subjetiva, já que, como visto anteriormente, a responsabilidade civil objetiva dispensa o elemento culpa.

O art. 927 do CC ainda esclarece:

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

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

O primeiro requisito trata da conduta do agente, que pode ser omissiva ou comissiva. Lembrando que a voluntariedade e antijuricidade são pressupostos necessários à conduta do agente.

Com relação à conduta comissiva, esta é a ação, é o ato de fazer alguma coisa, como, bater, empurrar, dentre outras. Já a omissão é o ato de deixar de fazer algo que deveria ser feito. Para ser caracterizada a responsabilidade civil por omissão, é essencial que haja um dever jurídico do

omissor e não simplesmente um dever moral. Assim o sujeito deve ter o dever jurídico de agir e não fazê-lo, vindo a provocar danos. Tal dever jurídico é aquele dever profissional, legal (imposto pela legislação) ou contratual (impostos pelas próprias partes).

A responsabilidade civil de que trata o Código Civil pode se dar por ato próprio ou ato de terceiro. A conduta será própria quando o agente que causou o dano foi quem praticou a ato danoso. Já a responsabilidade por ato de terceiro acontecerá quando o dano for causado por uma pessoa e a responsabilidade civil acaba recaindo sobre outro indivíduo, que não o causador do prejuízo. São várias as hipóteses em que a pessoa responde por ato de terceiro, dentre as quais podemos elencar os casos do artigo 932 do Código Civil:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I- os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II- o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III- o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV- os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V- os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime até a concorrência da quantia.

O segundo elemento estabelecido na legislação pátria para a responsabilidade civil é o nexo de causalidade. Aqui, é fundamental a relação de causa e efeito entre a conduta e o dano causado a outrem. É preciso que prejuízos sofridos por alguém decorram da ação ou omissão do agente contrária ao seu dever jurídico. Se houve a conduta, seguida de danos, mas estes não decorrem daquela, não haverá ato ilícito. “O ato ou omissão somente constituirá esta modalidade de fato jurídico na dicção do art. 186 do Códex, se

‘causar dano a outrem’. Nessa expressão em destaque está contido o elemento *nexo de causalidade*.” (NADER, 2010, p.112).

A teoria adotada dentro do Direito Civil Brasileira é a da causa adequada e direta. Segundo esta, é imprescindível a observância de duas questões: quando da prática da conduta, houve o dano? Esta causa é adequada a produzir o resultado que se espera? Se as respostas a essas duas perguntas forem positivas haverá a responsabilidade civil, caso contrário, ainda que uma seja positiva sendo a outra negativa, não haverá responsabilização civil, estando o sujeito isento de reparar o dano no âmbito cível.

Entretanto existem algumas situações que rompem o nexo de causalidade, promovendo a exclusão da responsabilidade civil. Tais situações são as denominadas excludentes de ilicitude, que pode se dar por culpa exclusiva da vítima, por força maior, legítima defesa, exercício regular de direito, culpa exclusiva de terceiro, caso fortuito, cláusula de não indenizar dentre outras. Nestes casos não há o dever de indenizar e reparar o dano.

Ainda para a ocorrência da responsabilidade Civil, um terceiro elemento, a culpa, deve ser considerado. Esta, em sentido amplo, é o elemento subjetivo da conduta. A culpa *lato sensu* não é imprescindível ao ato ilícito, pois a Lei Civil admite a responsabilidade objetiva, onde a culpa é substituída por risco. Os arts. 186 a 188 devem ser interpretados em conjunto com o parágrafo único do art. 927, que admite a responsabilidade de quem, sistematicamente, cria o risco. Desta matéria não nos ocuparemos no decorrer deste trabalho.

Na responsabilidade civil subjetiva, a culpa *lato sensu* é um dos elementos essenciais à formação do ato ilícito, ocorre quando o agente tiver a vontade livre e consciente de causar o dano, agindo com dolo. Diferentemente a culpa *stricto sensu* ou em sentido estrito engloba somente a negligência, a imprudência e a imperícia. Nesse último caso é necessária, ainda, a observância da previsibilidade e da evitabilidade, ou seja, o sujeito agirá com culpa quando atuar sem a intenção de provocar o dano, mas ele acontece sendo o mesmo previsível e evitável. Tal dano previsível e evitável só ocorreu

devido a falta de cuidado da pessoa. Se o evento danoso não for previsível nem inevitável, não há que se falar em culpa e conseqüentemente em responsabilidade civil.

O artigo 944, parágrafo único do Código Civil aponta a necessidade de verificação dos graus de culpa. Isso porque o aludido dispositivo estabelece que, se houver uma grande discrepância entre a gravidade da culpa e o efetivo dano, o juiz poderá reduzir a indenização devida.

A jurisprudência também assinala que existem certas situações em que a reparação do dano só existirá em determinados graus de culpa. É o caso da súmula 145 do Superior Tribunal de Justiça que fala do transporte desinteressado, popularmente conhecido como carona, que só conduz à responsabilidade civil se o dano for causado por dolo ou culpa grave, restando excluídas, evidentemente, a culpa leve e levíssima.

O último elemento a ser analisado é *conditio sine qua non* para a responsabilidade civil, trata-se do dano. O elemento dano é essencial à caracterização do ato ilícito. O vocábulo dano provém do latim *damnum* e significa lesão de natureza patrimonial ou moral.

A caracterização de dano independe de sua extensão. Tanto os prejuízos de pequeno porte como os de grande expressão são suscetíveis de reparação. Dano suscetível de reparação é o praticado contra o *ius*, ou seja, o dano injusto, o não amparado pelo ordenamento. Não são ilícitas as lesões praticadas em legítima defesa, no exercício regular de direito ou a fim de remover perigo iminente, desde que necessária a conduta e nos limites indispensáveis (art. 188, CC).

Somente haverá dano reparável quando ocorrer a violação de direito subjetivo de outrem. Não importa se o agente atuou dolosa ou culposamente, nem se positivado o nexo de causalidade entre a conduta e o efeito produzido, se o postulante não lograr a comprovação do dano, seja na relação contratual ou extracontratual. Sem a comprovação do prejuízo o *ex adverso*.

A fixação da indenização por dano material ou patrimonial é mais simples, já que envolve simplesmente meros cálculos matemáticos. Diferentemente, o dano moral é mais difícil de ser constatado, sendo a reparação mais complicada, pois é embaraçoso atribuir uma quantificação econômica à dor que aflige o coração, os sentimentos. Seu conceito e sua quantificação serão objeto de melhor aprofundamento mais adiante.

3.1 CARACTERIZAÇÃO DE DANOS MORAIS

O conceito de dano moral na lição de Maria Helena Diniz, 2008, pg. 88 “vem a ser a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica, provocada pelo fato lesivo”. Ainda de acordo com Nader (2010, p.30) “são as práticas que constroem, injustamente, outrem, causando-lhe sofrimentos na esfera moral. São os que atingem a honra, nome, reputação, são também, os que ferem os sentimentos mais profundos da pessoa humana”. Ou seja, é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. Sua atuação é dentro dos direitos da personalidade.

No entanto, deve se ter bastante cuidado ao analisar os casos de dano moral, pois não é também qualquer dissabor da vida que pode acarretar a indenização. Aqui, é importante o critério objetivo do homem médio, “o bônus pater famílias: não se levará em conta o psiquismo do homem excessivamente sensível, que se aborrece em fatos corriqueiros da vida, nem o homem de pouca ou nenhuma sensibilidade, capaz de resistir sempre às rudezas do destino.

Assim, continua Diniz (2008, p.93)

O dano moral não é a dor, a angústia, o desgosto, a afeição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois estes estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor a consequência do dano. O direito não repara qualquer padecimento, dor ou aflição, mas aqueles que forem decorrentes da

privação de um bem jurídico sobre a qual a vítima teria interesse reconhecido juridicamente.

Neste sentido para que haja o dano moral o sujeito deve sofrer uma ofensa realmente grave capaz de causar um sentimento ruim ao homem médio. Tal ofensa deve recair sobre um bem extrapatrimonial do indivíduo, protegido juridicamente, causando-lhe lesões que irão repercutir em sua vida em forma de angústia, dor, desgosto.

A reparação de danos morais anterior à Constituição Federal de 1988 nunca foi muito clara. Talvez em decorrência disso, ou seja, da falta de previsão expressa em nossas leis é que a existência do dano moral nunca foi muito bem vista pelos doutrinadores do direito. As leis dispunham em seus textos de expressões ambíguas que levavam a diversas interpretações. Com isso, enquanto que para uns doutrinadores determinado artigo referia-se ao dano moral, outros estudiosos davam interpretação diferente, afirmando não ser caso de dano moral.

Isso trazia grande dificuldade ao universo jurídico, pois gerava certa instabilidade nas relações jurídicas, já que para alguns havia a indenização por dano moral e para outros não.

Outro grande obstáculo colocado por aqueles que afastavam a idéia de dano puramente moral é a dificuldade na reparação. Os sentimentos das pessoas não têm preço, não podem ser atribuídos valores às emoções dos indivíduos. Assim, como fixar uma indenização equivalente a um dano que não tem preço?

Entretanto, com o passar do tempo e a evolução das legislações brasileiras, o dano moral passou a existir, tendo expressa previsão no texto legal. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, incisos V e X assim prescreve, acabando com as supostas dúvidas quanto a legalidade do dano moral:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no

País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

V – É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

X – São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Com a Constituição de 88 a indenização por dano moral passou a ser prevista, sendo admitida nos casos em que houvesse lesão aos bens extrapatrimoniais, acarretando danos de ordem psicológica ao lesado.

Não somente a Constituição Federal de 1988 veio instituir o dano moral, mas também o Código Civil de 2002 admitiu a sua reparação: “Art. 186 – Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Ao cometer ato ilícito, haverá conseqüentemente a reparação do dano causado, seja ele material ou exclusivamente moral.

Assim as pessoas que têm a sua esfera moral atingida por ato de terceiros deixaram de ficar a mercê das interpretações essencialmente subjetivas do passado, pois após 1988 têm direito de serem ressarcidas por danos que atinjam bens sem cunho econômico, mas que nem por isso deixam de ser desamparados.

Outra questão bastante polêmica, afeta ao dano moral, diz respeito à sua reparação. Pois, como chegar a uma reparação justa do dano moral? Quais critérios de quantificação utilizar, que sirvam de parâmetros para o órgão julgante fixar o *quantum debeatur*? É difícil responder a estas e outras dúvidas que surgem quando se discute a estimativa pecuniária do dano moral, pois não se pode avaliar economicamente os valores que geralmente são objeto nestes tipos de ação.

A jurisprudência, para minimizar essa dificuldade, tem utilizado determinados critérios para definir um valor ao dano moral, já que os sentimentos não têm preço. Um dos critérios usados é o denominado compensatório, em que o juiz irá arbitrar uma importância pecuniária a ser utilizada pela vítima como forma de compensação à dor sofrida. Nesse caso quanto maior for a dor, o sofrimento do ofendido, maior será a indenização. No entanto, existem certas situações em que o critério compensatório não demonstra eficiência. Sendo assim, a jurisprudência utiliza-se do critério punitivo, em que será levada em consideração a conduta do agente causador do dano. A reparação nesse caso funcionará como uma punição ao ofensor para coibi-lo de praticar novamente o ato danoso.

A célebre doutrinadora Maria Helena Diniz (2008, p.106) menciona que:

A reparação pecuniária do dano moral é um misto de pena e de satisfação compensatória, não se pode negar sua função: a) *penal*, constituindo uma sanção imposta ao ofensor, visando a diminuição de seu patrimônio, pela indenização paga ao ofendido, visto que o bem jurídico da pessoa – integridade física, moral e intelectual- não poderá ser violada impunemente, subtraindo-se o seu ofensor às consequências de seu ato por não serem reparáveis; b) *satisfatória ou compensatória*, pois, o dano moral constitui um menoscabo a interesses jurídicos extrapatrimoniais, provocando sentimentos que não têm preço, a reparação pecuniária visa proporcionar ao prejudicado uma satisfação que atenua a ofensa causada. Não se trata, como vimos, de uma indenização de sua dor, da perda de sua tranqüilidade ou prazer de viver, mas de uma compensação pelo dano e injustiça que sofreu, suscetível de proporcionar uma vantagem ao ofendido, pois ele poderá, com a soma de dinheiro recebida, procurar atender às satisfações materiais ou ideais que repute convenientes, atenuando assim, em parte, seu sofrimento.

Assim, Diniz (2008, p.101) propõe algumas regras a serem seguidas, pelo órgão julgante no arbitramento para atingir homogeneidade pecuniária na avaliação do dano moral:

- a) evitar indenização simbólica e enriquecimento sem justa causa, ilícito ou injusto da vítima. A indenização não poderá ter valor superior ao dano, nem deverá subordinar-se à situação de penúria do lesado; nem poderá conceder a uma vítima rica uma indenização inferior ao prejuízo sofrido, alegando que sua fortuna permitiria suportar o excedente do menoscabo;
- b) não aceitar tarifação, porque esta requer despersonalização e desumanização, e evitar porcentagem do dano patrimonial;
- c) diferenciar o montante indenizatório segundo a gravidade, a extensão e a natureza da lesão;
- d) verificar a repercussão pública provocada pelo fato lesivo e as circunstâncias fáticas;
- e) atentar para as peculiaridades do caso e para o caráter anti-social da conduta lesiva;
- f) averiguar não só os benefícios obtidos pelo lesante com o ilícito, mas também a sua atitude ulterior e situação econômica;
- g) apurar o real valor do prejuízo sofrido pela vítima;
- h) levar em conta o contexto econômico do País; no Brasil não haverá lugar para a fixação de indenizações de grande porte, como as vistas nos Estados Unidos;
- i) verificar a intensidade do dolo ou o grau de culpa do lesante;
- j) basear-se em prova firme e convincente do dano;
- k) analisar a pessoa do lesado, considerando a intensidade de seu sofrimento, seus princípios religiosos, sua posição social ou política, sua condição profissional e seu grau de educação e cultura;
- l) procurar a harmonização das reparações em casos semelhantes;
- m) aplicar o critério do *justum* ante as circunstâncias particulares do caso *sub judice* (LICC, art.5º), buscando sempre, com cautela e prudência objetiva, a equidade e, ainda, procurando demonstrar à sociedade que a conduta lesiva é condenável, devendo por isso, o lesante sofrer a pena.

Certo é, que qualquer que seja o modo de aferição da indenização decorrente de danos morais, o que sempre deve se ter em mente é que cada caso é um caso e envolve muitas peculiaridades que necessitam de

observância minuciosa. O dano moral, como dito alhures, refere-se à violação de direitos da personalidade que atingem os sentimentos das pessoas. A sua reparação deve conferir certa compensação pela dor sofrida pelo lesado e uma punição para o ofensor, de modo a evitar a ocorrência de novas condutas danosas.

4 O VALOR DO AFETO NAS ESTRUTURAS E RELAÇÕES FAMILIARES

Neste capítulo faremos uma breve análise do que é o afeto e do seu papel, ou melhor da sua utilização no Direito de Família.

O termo “afeto” deriva do latim *affectus*, tendo como significado a afeição por alguém; a inclinação, a simpatia, a amizade, enfim o amor. Ele é o elemento básico da afetividade que segundo o Dicionário Aurélio nada mais é do que “conjunto de fenômenos psíquicos que se manifestam sob a forma de emoções, sentimentos e paixões, acompanhados sempre da impressão de dor ou prazer, de satisfação ou insatisfação, de agrado ou desagrado, de alegria ou tristeza”.

O tema do 2º Congresso Internacional de Direito de Família, promovido pelo IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, em 2010, “Afeto e estruturas familiares, traz o coração para o Direito de Família. Traz à tona a necessidade de discutir e de perceber a estruturação familiar por um novo prisma. Considerando as evoluções que vem ocorrendo neste ramo do direito, como por exemplo o tratamento dado às uniões informais, antes só de fato, e agora também de direito, visto que estáveis. E o mesmo movimento tem se dado com as uniões homoafetivas.

De acordo com Groeninga, 2010, p. 204 “Os vínculos têm sua matéria prima no afeto. E é a convivência que permite que estes se desenvolvam e saiam do plano da subjetividade individual para construir a intersubjetividade.” Daí a importância tão grande que deve ser atribuída à convivência, e que não pode se restringir somente a um parâmetro legal para caracterizar a união estável, por exemplo. A apreciação da importância da convivência com os filhos encontra-se positivada no ECA, na Constituição Federal, e nas questões relativas à guarda dos filhos, lei da guarda compartilhada. Assim é que a convivência atende um direito da personalidade

– o direito à integridade física e psíquica, para o efetivo e livre desenvolvimento da personalidade.

Conforme assevera Paulo Lôbo, 2010, a afetividade é o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia em face de considerações de caráter patrimonial e biológico.

O princípio da afetividade está implícito na Constituição, senão vejamos:

“a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, §6º); b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º); d) a convivência familiar (e não a origem biológica) é prioridade absoluta assegurada à criança a ao adolescente (art. 227). (LÔBO, 2010, P. 457)

O dever de convivência irradia-se do poder familiar, sendo um de seus aspectos. Este poder familiar é irrenunciável e indelegável. A entidade familiar, constitucionalmente protegida, pressupõe laços de afetividade e ambiente harmonioso propícios ao desenvolvimento sadio do menor, a fim de contribuir para sua formação digna. Segundo João Batista Villela, (2009), apud, SILVA, 2010, p.10

"as relações de família, formais ou informais, indígenas ou exóticas, ontem como hoje, por muito complexas que se apresentem, nutrem-se, todas elas, das substâncias triviais e ilimitadamente disponíveis a quem delas queira tomar: afeto, perdão, solidariedade, paciência, devotamento, transigência, enfim, tudo aquilo que, de um modo ou de outro, possa ser conduzido à arte e à virtude do viver em comum (...) A teoria e a prática das instituições de família dependem, em última análise, de nossa competência em dar e receber amor.

O amor é expressão da solidariedade familiar, já que *"desenvolvemos formas de dar e receber amor, as quais vão se transformar em solidariedade - um capital essencial para o exercício da cidadania".*

Nesta mesma linha de raciocínio, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, apud SILVA, 2010, afirmam: "*a importância do afeto para a compreensão da própria pessoa humana, integrando o seu "eu", sendo fundamental compreender a possibilidade de que dele (do afeto) decorram efeitos jurídicos, dos mais diversos possíveis.*"

Aqui precisamos destacar uma questão importante: se o Direito não tutela sentimentos, alguns podem estar pensando, mas e a dor da perda de um ente querido que enseja pagamento de indenização por danos morais por parte de quem deu causa à morte? E os difíceis casos de paternidade sócio-afetiva que batem às portas do Judiciário todos os dias? Essas decisões não levam em consideração o afeto? Os sentimentos dos envolvidos? Claro que sim. É claro que o fator emocional das vítimas ou dos envolvidos influencia no entendimento do julgador, mas não servem de fundamento para decidir. Neste passo, lamentavelmente, temos que dizer que o Direito não acompanhou as modificações sociais e não tutelou expressamente o valor do afeto.

4.1 A função do pai dentro da entidade familiar

A definição de quais seriam as tarefas a serem exercidas pelo pai, no âmbito das relações familiares não é fácil. Discute-se muito a respeito de qual seria a verdadeira função do pai para com seus filhos. A professora Nelsina Elizena Damo Comel faz uma indagação que merece maiores comentários. Aponta o seguinte questionamento:

Será que o conceito de pai se esgota no ato da geração biológica, ou o ato se estende a toda a vida do novo ser gerado, compreendendo na geração, a responsabilidade que dela advém? (COMEL, 2000, apud SILVA, 2008).

Para muitos homens a paternidade se restringe apenas ao fato de registrar a criança em seu nome e pagar-lhe as prestações alimentícias devidas, não havendo mais nenhuma espécie de dever. Isso porque os filhos foram gerados acidentalmente, ou porque o pai não mantém um bom

relacionamento com a mãe da criança, ou simplesmente porque acha que apenas essas são as suas obrigações, estando isento de qualquer vínculo afetivo com sua prole.

No entanto tal posicionamento mostra-se inadequado, já que a presença da figura paterna na vida de uma criança ou de um adolescente é fundamental, até mesmo para seu desenvolvimento.

A mesma professora acima mencionada expõe que:

Partindo do fato de que, para se gerar um novo ser humano, a natureza condicione uma relação efetiva e específica do elemento masculino com o elemento feminino, indispensáveis e insubstituíveis à formação vital, há que se deduzir, como consequência natural, que o novo ser – já pessoa humana, por nascer em condições de profunda dependência física e emocional, vá necessitar de ajuda e participação dos dois componentes que foram essenciais à geração dela. Dentro de tal enfoque, seria contraditório e até mesmo um contra-senso, aceitar como natural que a participação do elemento masculino pudesse se limitar apenas ao momento previsto. Isto é, passada a fecundação, o sujeito co-participe da geração, estaria “dispensado” de outras funções. (COMEL, 2000, p. 96 apud SILVA, 2008).

Desse modo pai e mãe devem juntos arcar com todos os encargos que um filho gera, sejam encargos econômicos tais como alimentação, educação, moradia, saúde; sejam encargos emocionais, como carinho, afeto, amor.

Talvez essa falta de afeição para com os filhos seja fruto de uma questão hereditária, de costumes antigos que insiste em acompanhar o homem ao longo dos séculos, impedindo-o de se modernizar.

Na antiguidade, mais precisamente nas tradições gregas e romanas, a figura paterna tinha um amplo e total poder sobre sua família, exercendo até mesmo o poder de morte, era o chamado patriarcalismo. O pai era o responsável pelo sustento de sua prole, assim era ele quem dava o amparo econômico a sua família, sendo que a parte sentimental era função da mãe, sendo ela quem afagava os filhos, enchendo-os de carinho. Alguns autores estabeleceram até mesmo a idéia de que o pai funcionava como a lei,

sendo o determinante do que era certo ou errado. O professor e mestre Rodrigo da Cunha Pereira (1999, p. 154) esclarece-nos que:

A relação do filho com o pai, por uma questão cultural advinda da ideologia patriarcal, sempre foi marcada, como já se disse, por uma ausência no aspecto afetivo, assim considerada em relação à mãe. Partindo da idéia de que o pai tem a função de autoridade, de ser a lei, e que os cuidados com a criança é função materna, criaram-se mitos em torno das funções de paternidade e maternidade.

Durante muitos anos foi assim, até que houve um progresso da humanidade e tal concepção começou a desmoronar, uma vez que o pai começou a demonstrar a sua afetividade para com seus filhos, dando amor e carinho, havendo assim uma relação de afetividade entre ambos. O sustento da casa deixou de ser tarefa exclusiva do pai, uma vez que as mulheres passaram a ingressar no mercado de trabalho, deixando para trás o serviço puramente doméstico. Dessa forma, pai e mãe juntos começaram a cuidar dos filhos, nascendo a partir daí um vínculo grande de afetividade entre eles.

Tanto é verdade e totalmente presente essa relação de afeto entre pai e filho que nos tempos modernos em que vivemos, existe a denominada paternidade socioafetiva, baseada na posse do estado de filho. Se a paternidade fosse exclusivamente ligada ao vínculo biológico e se limitasse a isso, não teria sentido falar-se em filiação ou paternidade socioafetiva.

Conclui-se, com isso que a função paterna, por mais difícil que seja delimitá-la, ao ponto de dizer que seja essa ou aquela de maneira específica, deve sempre englobar as responsabilidades de ordem econômica e também as de ordem sentimental, a fim de que a criança, fruto de um relacionamento, tenha uma boa integração com seus genitores.

A falta de afeto e até mesmo da presença paterna na vida de uma criança ou de um adolescente provoca um déficit emocional difícil, senão impossível de ser reparado. A criança ou o adolescente que não mantêm nenhuma espécie de contato com o pai, adquire uma carência que os acompanhará para o resto de suas vidas. É claro que um tratamento

psicológico os ajudará a conviver com essa carência, mas jamais irá suprir essa falta.

A figura paterna é vista como um referencial por toda e qualquer pessoa. Desse modo, os filhos espelham-se à imagem que têm de seus pais, ou seja, querendo ou não a prole seguirá tudo aquilo que seu pai é ou não é. Quando não existe essa figura em suas vidas, dificilmente o filho será no futuro um pai exemplar, isso porque ele não saberá como age um pai no seio de uma família, já que na sua própria vida nada disso aconteceu.

Em certos casos, não se deve esquecer, que a falta do pai é abafada pela excelente atuação da própria mãe, que consegue unir numa só pessoa a função paterna e materna. Assim também pode acontecer com a presença marcante de um avô, de um tio ou até mesmo de um padrasto que consiga exercer a figura de pai na vida da criança. Esse filho, não sofrerá maiores prejuízos devido a ausência de seu pai, já que vive numa família bem estruturada com pessoas que o amam e que lhe dão muito carinho. No entanto, em seu subconsciente sempre haverá aquela lacuna do pai, mas que não provocará transtornos psicológicos mais sérios.

Contudo existem certas famílias que são totalmente ou parcialmente desestruturadas, nas quais os papéis acima citados de mãe, tios, avós ou padastro não são preenchidos. Nesses casos a falta de afeto e da presença paterna pode se tornar um fator determinante para o surgimento de transtornos psíquicos que prejudicarão a vida da criança ou do adolescente. Contudo pode-se afirmar que a doença psíquica não resulta da própria perda, mas da ocorrência da perda num estágio de desenvolvimento emocional em que a criança ainda não é capaz de uma reação madura.

Assim, a falta de estrutura familiar e o abandono afetivo do pai, somados a outros fatores podem desencadear sérios problemas como a baixa auto-estima, a hiperatividade, o transtorno de conduta (delinquência), o transtorno opositor desafiante, e como ápice, a conduta anti-social. É claro que a carência afetiva, por si só não é capaz de gerar tais doenças, mas é

considerado um fator determinante pelos psicólogos e assistentes sociais que atuam na área.

Crianças e adolescentes cujos pais os abandonaram afetivamente, tornam-se mais frágeis, deixam de confiar em si mesmos, não expressam as suas emoções, seus sentimentos, tornam-se “fechados”, sofrem com a ansiedade, medos, sintomas típicos da baixa auto-estima. Esse distúrbio emocional ocorre com frequência nas crianças “abandonadas afetivamente”, pois elas se sentem mal amadas, sentem que ninguém gosta delas, desencadeando com isso a diminuição da sua auto-estima.

Em certos casos as angústias provocadas na primeira infância predispõem as crianças a reagirem mais tarde de forma anti-social diante das tensões. No entanto, até mesmo na fase infanto-juvenil esse distúrbio pode surgir. Nesse caso a patologia psíquica é denominada transtorno de conduta, em que o sujeito não tem consideração pelos sentimentos alheios e bem estar dos outros, faltando-lhe um sentimento apropriado de culpa e remorso.

Esse comportamento é caracterizado pela irresponsabilidade, pela insensibilidade, crueldade, ameaça, intimidação e agressividade. As pessoas portadoras desse transtorno têm baixa tolerância a frustrações, ou seja, são incapazes de tolerar as dificuldades existenciais comuns a todas as pessoas que vivem em sociedade. O transtorno de conduta é um distúrbio infanto-juvenil, como dito anteriormente. Caso ele se prolongue atingindo a fase adulta do indivíduo, o nome muda para transtorno da conduta anti-social.

No que se refere à hiperatividade, estudos demonstraram que problemas familiares como a ausência paterna podem agravar um quadro em que já existe essa doença, mas não causá-la. A hiperatividade é uma desordem no déficit de atenção, que provoca problemas de linguagem, de memória, de habilidades motoras, aprendizado e comportamento.

Note-se com isso que em todos os casos acima citados já existe uma predisposição para esses transtornos que acompanha a criança

hereditariamente, mas o abandono afetivo pode ser o motivo de eclosão ou de agravamento.

No entanto não são somente esses problemas que o abandono afetivo por parte do pai pode gerar. Assistentes sociais que têm grande experiência no assunto revelam que as filhas, meninas, podem assumir uma certa aversão ao sexo oposto, ou seja, podem no seu íntimo conceituar o homem como um ser que abandona, que não tem sentimentos por ninguém, que não são capazes de constituir uma família, tendo, portanto dificuldade nos relacionamentos. Tudo isso porque foram abandonadas por seus pais e não tiveram mais nenhuma espécie de contato com eles.

Já por parte dos meninos, em raros casos, pode acontecer uma feminilidade, em decorrência da falta de um modelo masculino no seio da família. Assim um garoto que, quando pequeno foi abandonado por seu pai, sendo criado e educado exclusivamente por sua mãe, não havendo a figura de nenhum homem por perto, pode se tornar afeminado, já que a sua única referência é feminina.

Deve-se deixar claro, no entanto, que existem casos e casos. Não é correto se afirmar que em todas as situações em que o pai abandonar o seu filho afetivamente, ele sofrerá um desses distúrbios ou uma dessas conseqüências. É claro que, se a criança é madura o suficiente para entender o que aconteceu, sua reação será totalmente diferente, podendo até mesmo não apresentar nenhuma espécie de problema, guardando apenas em seu íntimo a falta do pai.

É diferente, portanto, a ausência paterna na vida de uma criança que nunca teve a presença do pai daquela em que o pai sempre esteve presente e de uma hora para outra a abandona ou então de uma família bem estruturada de outra em que a convivência familiar sempre foi conturbada.

Conclui-se desse modo que vários são os fatores que interferem na reação da criança frente ao abandono afetivo do pai. Mas uma coisa mostra-se necessária lembrar: a figura paterna no desenvolvimento de uma

criança, de um adolescente e até mesmo de um adulto sempre é importante, sendo que a sua ausência pode gerar sérios problemas, ou apenas uma lacuna emocional escondida em seu íntimo.

5 ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS: ATÉ ONDE VAI O ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Para análise da possibilidade ou não de danos morais frente ao abandono afetivo do pai, veremos a seguir alguns julgados de três diferentes tribunais e cidades, analisando os argumentos apresentados, bem como o pensamento de nossos magistrados quanto à questão em discussão.

O caso pioneiro no Superior Tribunal de Justiça, oriundo de um processo na capital mineira, foi de um rapaz que até os seis anos de idade convivia normalmente com seu pai. Após o nascimento de sua irmã, fruto do novo relacionamento do pai, alega o autor que teria sido abandonado, totalmente ignorado, embora recebesse a pensão alimentícia regularmente. Em primeira instância o pedido do autor foi julgado improcedente, mas ele teve seu pedido provido pelo Tribunal de Alçada de Minas Gerais, pela 7ª Câmara Cível, (AC nº 408.550-5, de 01.04.2004) que condenou o pai ao pagamento de 200 salários mínimos, conforme abaixo:

INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNO FILIAL – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE.

A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade humana

Em sua narrativa, o autor da ação declara que a efetiva presença do pai tinha papel determinante em sua formação e a ausência de afeto lhe trouxe complicações de desenvolvimento psicossocial. Diz ainda que o pai esteve ausente em momentos marcantes de sua vida, como comemorações de aniversários, acompanhamento do ensino médio, aprovação no vestibular e formaturas. Em sua defesa o pai alegou que o afastamento se deu em virtude da separação judicial e também devido às suas constantes viagens para fora do país a trabalho. O Ministério Público opinou favoravelmente ao pai. Após perder em primeiro grau, a apelação do filho foi aceita com fulcro no art. 227 da CRFB, que reformou a sentença.

O pai recorreu ao STJ e, em decisão monocrática, o Ministro Fernando Gonçalves manteve a decisão do tribunal estadual. Após agravo regimental interposto pela defesa do pai, os ministros da Corte Superior autorizaram a apreciação do recurso pelo STJ. Como se percebe, o pai apresentou uma justificativa escusável para sua ausência, sendo acertada, a decisão da Corte Superior.

Entretanto, a primeira decisão que transitou em julgado reconhecendo o dever de indenizar por abandono afetivo aconteceu em 2003 no Rio Grande do Sul, onde um pai foi condenado a pagar R\$ 48.000.00 à filha que alegara abandono material (alimentos) e psicológico (afeto, amor, carinho). Ele não chegou a se defender. A decisão é do juiz Mário Romano Maggioni da 2ª Vara da Comarca de Capão Canoa que explicou que os pais são solteiros e nunca chegaram a conviver.

Explica o magistrado categoricamente na sentença que "*o sustento é apenas uma das parcelas da paternidade. Pai que não ama filho está não apenas desrespeitando função de ordem moral, mas principalmente de ordem legal, pois não está bem educando seu filho*". Aqui percebemos que o magistrado inseriu o afeto no direito à educação a fim de fundamentar sua decisão de procedência do pedido. E, para ele

Ainda explica o referido juiz de Capão Canoa:

“Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos (art. 22, da lei nº 8.069/90). A educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, o amor, o carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a presença do pai ajude no desenvolvimento da criança e para que esta se auto afirme”.

Em suma, os pais tem o dever de participar ativamente do cotidiano de seus filhos. O juiz de direito comparou o dano à imagem causado por rejeição paterno como o dano por acusação de débito injusta. “É menos aviltante, com certeza ao ser humano dizer ‘fui indevidamente incluído no SPC’ a dizer ‘fui indevidamente rejeitado por meu pai’”, argumentou o juiz, compreendendo que se cabe indenização por um dos danos tanto mais caberá pelo outro.

A decisão mais recente que se tem conhecimento é de São Paulo, onde o juiz de Direito Luís Fernando Cirillo, da 31ª vara cível Central, condenou um pai a pagar R\$ 50.000,00 à sua filha a título de danos morais e custeio de tratamento psicológico. Nos autos há laudos técnicos que atestam os conflitos vivenciados pela jovem que tem crises de identidade em decorrência da rejeição do pai que deixou de conviver com a filha ainda com poucos meses de vida, quando se separou da mãe. Ele constitui nova família e teve três filhos.

Na sentença o juiz esclarece que *"a decisão da demanda depende necessariamente do exame das circunstâncias do caso concreto, para que se verifique, primeiro, se o réu teve efetivamente condições de estabelecer relacionamento afetivo maior do que a relação que afinal se estabeleceu e, em segundo lugar, se as vicissitudes do relacionamento entre as partes efetivamente provocaram dano relevante à autora"*. O pai já apelou da sentença.

Assim, percebemos que na verdade, os juizes e tribunais que reconhecem a procedência do pedido de indenização por abandono afetivo o inserem em outro bem jurídico tutelado pelo nosso ordenamento a fim de garantir o melhor interesse do menor. E como a análise tem que se dar caso a caso, o julgador poderá verificar se o abandono alegado tem ou não respaldo abonador que exima o pai do dever de indenizar. Como exemplo do primeiro caso citado em que o pai alegou como motivo da ausência o fato de trabalhar fora do Brasil o que o impedia de acompanhar a educação da filha.

Outro caso de grande repercussão é trazido pelo advogado Ângelo Carbone em seu artigo "Abandono Afetivo - Justiça não pode obrigar o pai a amar o filho". Ele traz a situação do filho de origem italiana do jogador argentino Diego Maradona, que em seu programa de televisão teria declarado que embora a Justiça o tivesse obrigado a dar dinheiro para o filho não poderia obrigá-lo a amá-lo. Por esta declaração o ex-jogador, hoje técnico da seleção argentina de futebol está sendo processado por falta de atenção familiar, difamação e danos morais.

Pelas decisões acima analisadas vê-se que não basta apenas que haja o abandono afetivo, necessário é a presença de todos os pressupostos que ensejam a responsabilização e conseqüentemente o pedido de indenização por danos morais:

- a) *omissão do pai abandonico*: quando abandona afetivamente a sua prole;
- b) *resultado danoso*: dano moral como corolário da ofensa aos direitos da personalidade do filho, que passa a sofrer transtornos psíquicos e problemas na interação social face à permanência do sentimento de rejeição contraído na infância;
- c) *nexo causal*: danos vivenciados pelo filho como resultado efetivo da conduta omissiva do pai. Logo, se os primeiros sinais psicológicos começaram a se manifestar antes do abandono afetivo, como efeito sintomático de problemas individuais ou sociais, não se pode imputar responsabilidade alguma ao genitor – a menos que a ruptura da convivência tenha servido de agravante a este estado;
- d) *culpa*: o elemento culposo pode decorrer da negligência (culpa stricto sensu) ou da atitude deliberada do pai (dolo). Excludentes: ignorância pelo genitor da relação parental; fixação de domicílio em localidade remota; superveniência de doenças graves que o impeçam de manter contato com os filhos, a bem da saúde destes; obstáculos impostos pelo genitor guardião à realização de visitas.

6 CONCLUSÃO

É importante a compreensão de que a dinâmica social e as profundas transformações ocorridas na nossa sociedade clamam por mudanças em todos os ramos das ciências. Mudanças capazes de responder ao anseio social e as novas situações surgidas no seio dos grupos sociais.

Conforme analisado no primeiro capítulo do trabalho, a entidade familiar ao longo dos tempos vem passando por inúmeras transformações e a nossa legislação tem, na medida do clamor social, procurado adaptar-se, visando legislar situações que alhures não seria possível.

O mesmo vem acontecendo com a questão da responsabilidade civil em especial no que diz respeito à matéria abandono afetivo. Conforme explica o desembargador Luiz Felipe Brasil Santos:

“A matéria (abandono afetivo) é polêmica e alcançar-se uma solução não prescinde do enfrentamento de um dos problemas mais instigantes da responsabilidade civil, qual seja, determinar quais danos extrapatrimoniais dentre aqueles que ocorrem ordinariamente, são passíveis de reparação pecuniária. Isso porque a noção do que seja dano se altera com a dinâmica social, sendo ampliado a cada dia o conjunto dos eventos cuja repercussão é tirada daquilo que se considera inerente à existência e transferida ao autor do fato. Assim situações anteriormente tidas como “fatos da vida”, hoje são tratados como danos que merecem a atenção do poder judiciário, a exemplo do dano à imagem e à intimidade da pessoa”.

Neste pensamento se resume o que vem sendo defendido. Sabe-se que o direito é elemento integrante da realidade social e a realidade familiar do século XXI exige o reconhecimento jurídico da afetividade em virtude mesmo dos novos arranjos e das evoluções ocorridas no direito de família. Assim, uma tarefa que se apresenta ao direito de família é o de integrar o afeto à sua visão de família e “ampliar tal integração: às novas formas de configuração familiar, às modificações que sofreram as questões de gênero e divisão de papéis”. (GROENINGA, 2010, P.209)

A questão da responsabilização pelo abandono afetivo do pai é assunto, que a própria realidade social tem mostrado como urgente de ser debatido e considerado pelos legisladores do direito. Já que ações já tem sido interpostas, e portanto urge a necessidade de haver uma definição legal para o tema em pauta.

Tramita no Senado, desde dezembro de 2007, o polêmico projeto de lei (PLS 700/07) de autoria do Senador Marcelo Crivella, que prevê responsabilidade para pais e garantias para crianças e adolescentes. O mesmo foi encaminhado à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, depois de sofrer apensamentos e desapensamentos de outros projetos da Câmara dos Deputados e do Senado. Em maio de 2009 o projeto foi distribuído ao Senador Valdir Raupp, na qualidade de relator.

O projeto supracitado caracteriza o abandono moral dos filhos pelos pais como ilícito civil e penal, modificando o Estatuto da Criança e do adolescente ao acrescentar a obrigação parental de assistência moral que permita o acompanhamento da formação psicológica, moral e social da criança. Em caso de negligência, o pai ou mãe pode ser preso e ainda pagar indenizações.

A nosso ver o referido projeto é inovador e necessário, pois é imprescindível a intervenção do Estado nas situações de abandono afetivo.

Entendemos que, de fato não dá para impor que alguém ame o próprio filho, pois sentimento se origina voluntariamente. Todavia o pai omissor terá que arcar com as conseqüências dessa ausência de afeto, amplamente protegidos pela lei, em virtude dos potenciais danos ocasionados, os quais, ensejam inevitavelmente o dever de reparação legal.

O que se defende neste estudo é que os casos concretos sejam analisados minuciosamente, de modo que se possa verificar se estão presentes os pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam: a conduta, o nexo de causalidade, a culpa e o dano. E, ademais, o magistrado, enquanto representante do Estado é hábil para determinar se a situação enseja ou não reparação e, caso enseje, também o é para fixar a justa indenização.

Embora a negativa do Superior Tribunal de Justiça em caracterizar o dano moral frente ao abandono afetivo, reafirmamos que o abandono familiar é sim apto a gerar conseqüências jurídicas no âmbito da responsabilidade civil. A jurisprudência já tem se manifestado a favor dessa tese e, espera-se que o tema seja mais debatido nos Tribunais brasileiros.

Por fim, claro está que o tema em questão é imensamente complexo e merece um olhar crítico a fim de tentar clarear as questões controvertidas que o circundam. Não ousamos esgotar a problemática neste trabalho, mas esperamos ter lançado uma luz na tentativa de contribuir para o alcance de uma mudança de paradigma necessária na valoração do afeto na ciência jurídica, especialmente na seara do direito de família.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.

CARBONE, Ângelo. Abandono afetivo: Justiça não pode obrigar o pai a amar o filho. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 25 de dezembro de 2005. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/40508,1>>. Acesso em 25 de novembro de 2010.

DIAS, Maria Berenice, BASTOS, Eliene Ferreira e MORAES, Naime Márcio Martins (coordenadoras). Afeto e Estruturas Familiares. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro, 7º volume: responsabilidade Civil. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GROENINGA, Giselle Câmara. A função do afeto nos “contratos familiares”. In Afeto e Estruturas Familiares, Belo Horizonte: Del Rey, 2010

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

LÔBO, Paulo. Socioafetividade no direito de família: a persistente trajetória de um conceito fundamental. In Afeto e Estruturas Familiares, Belo Horizonte: Del Rey, 2010

NADER, Paulo. Curso de Direito Civil: responsabilidade civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NÃO mais que pensão: não cabe indenização por abandono afetivo, decide STJ. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 19 de novembro de 2005. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/39828,1>>. Acesso em 13 de outubro de 2007.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Afeto, responsabilidade e o STF: Revista Brasileira de Direito das Famílias e sucessões : 2009

PRESTES, Maria Luci de Mesquita. A pesquisa e a construção do conhecimento científico: do planejamento aos textos, da escola à academia. 3. ed. São Paulo: Rêspel, 2008.

STJ terá julgamento inédito sobre responsabilidade civil por abandono afetivo. Disponível em: [HTTP://centraljuridica.com/materia/2740/direito_de_familia/](http://centraljuridica.com/materia/2740/direito_de_familia/) Acesso em 27 de novembro de 2010.

SILVA, Aline Kazuko Yamada da. A possibilidade do dano moral frente ao abandono afetivo do pai. São Paulo, 2008.

SILVA, Priscila Menezes da. A amplitude da responsabilidade familiar: da indenização por abandono afetivo por consequência da violação do dever de convivência. Disponível em: [HTTP:// ibdfam.org.br/artigos&artigo=615](http://ibdfam.org.br/artigos&artigo=615). 21 de junho de 2010. Acesso em 05 de julho de 2010.

SKAF, Samira. Possibilidade legal de Concessão de Dano Moral aos filhos abandonados afetivamente pelos pais, frente ao cometimento de ato ilícito. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões/Edição 13/Dez/Jan 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: responsabilidade civil. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.