

Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Jurídicas e Políticas

Escola de Ciências Jurídicas

Faculdade de Direito



**A QUESTÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO
AFETIVO PATERNO**

Por Eduarda Ferreira da Silva

Rio de Janeiro

2015

EDUARDA FERREIRA DA SILVA

**A QUESTÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO
PATERNO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Escola de Ciências Jurídicas da Universidade
Federal do Estado do Rio de Janeiro
(UNIRIO) como requisito parcial à obtenção
do grau de Bacharel em Direito.

**Orientadora: Rosângela Maria de Azevedo
Gomes**

Rio de Janeiro

2015

À minha mãe, meu exemplo diário de luta por uma sociedade mais justa e igualitária, minha maior incentivadora e amiga, fonte de todo o meu amor, meu paradigma feminino.

Ao meu pai, por ter sido o oposto dos pais estudados neste trabalho, sempre presente em minha vida através de seu amor.

A todos os meus irmãos, à minha irmã, aos meus quatro queridos avós, aos meus tios e tias, primos e primas, verdadeiros alicerces da minha vida.

A todos os meus amigos e amigas que caminham juntos a mim, de perto ou longe, inspirando minhas maiores alegrias, em especial à Maria e à Alice, que se tornaram minha família ao longo dos últimos anos.

A todas as amigas do Coletivo de Mulheres Unirio, que me animam a lutar por um mundo livre de opressão e transformaram minhas percepções sobre a vida.

Aos raros professores que se tornaram exemplos e descortinaram meus caminhos, da escola à Unirio, principalmente àqueles que incentivaram minha euforia subversiva.

A todos os assistidos da Defensoria Pública, por darem razão e estímulo ao meu futuro, além de força para lutar por transformação social em meio à indignação.

À Unirio.

RESUMO

A família contemporânea encontra-se em um estágio que apresenta como base a afetividade entre seus membros, deixando no passado a prioridade que se dava ao seu aspecto patrimonial. Neste contexto, surge o questionamento acerca das funções e papéis que os pais exercem em relação aos filhos, inclusive quanto à relação de amor entre eles, fundamental para o pleno desenvolvimento da personalidade das crianças e adolescentes.

A importância da afetividade tem, no entanto, um impacto negativo quando se observa a grande quantidade de casos de abandono afetivo, principalmente decorrente da ausência paterna. Este problema estrutural da sociedade é uma das consequências de uma cultura ainda patriarcal, mesmo com todas as tentativas, inclusive da Constituição, de alcançar a igualdade de gêneros.

Neste ínterim, atualmente há uma bifurcação da doutrina e jurisprudência pátrias no tratar do tema. Parte majoritária dos juristas entende que o pai ausente deve ser responsabilizado civilmente, de modo a indenizar os danos morais sofridos pelo filho abandonado afetivamente. Outra corrente, contudo, refuta esta ideia por entender a complexidade natural do Direito das Famílias. A partir de uma perspectiva relacional, observam-se a função e o lugar do pai na família, compreendendo-o como um indivíduo também com suas subjetividades e frustrações, o que torna dificultosa a criação de um padrão comportamental no que se refere à capacidade de amar, como explica a Psicanálise. Assim, entendem pela inaplicabilidade da responsabilidade civil ao pai faltoso.

Entendendo-se a família e os lugares de seus membros como uma construção social, inserida num sistema político-econômico determinado, entende-se como mais correta a segunda corrente doutrinária, inadmitindo-se a responsabilidade civil do pai afetivamente ausente.

PALAVRAS-CHAVES: Afetividade. Paternidade. Responsabilidade Civil. Danos morais.

ABSTRACT

Differently from the past, when the base of family was the priority, the contemporary family is based on affection. In this context, some questions emerge about the roles and duties that parents have towards their children, including their love relationship, that is vital to the full development of children's personality.

The importance of affection has, however, a negative impact when we observe the large number of cases of emotional abandonment, mainly due to the paternal absence. This structural problem of society is one of the consequences of a still strong patriarchal culture, despite all attempts, including the Constitution, to achieve gender equality.

The doctrine and jurisprudence are now divided about this subject. The major part of the jurists understand that the absent parent should be civilly responsabilized in order to compensate the moral damage suffered by emotionally abandoned child. Members of other part of the doctrine, however, refutes this idea because of the natural complexity of the Family Law. As explained by psychoanalysis, it is possible to observe the role and the place of the father in families from a relational perspective, understanding him as an individual who also has subjectivities and frustrations, which makes it difficult to create a behavioral pattern in regard to the ability to love. This is what makes them be strongly against the civil responsabilization.

Comprehending the family and the roles of its members as a social construction which is inserted in a particular political and economical system, the civil responsabilization of the father seems to be wrong, what shows that the second point of view tends to me more suitable, as we will show in the present paper.

KEYWORDS: Affection. Paternity. Civil Responsibility. Moral damages.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| 1. INTRODUÇÃO | 7 |
| 2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA E JURÍDICA DA FAMÍLIA | 9 |
| 2.1. A FAMÍLIA PRIMITIVA | 9 |
| 2.2. A FAMÍLIA ROMANA CLÁSSICA | 12 |
| 2.3. A FAMÍLIA MODERNA..... | 15 |
| 2.4. A FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA | 17 |
| 2.5. PRINCÍPIOS DO DIREITO DAS FAMÍLIAS | 19 |
| 2.5.1. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA..... | 21 |
| 2.5.2. PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR | 22 |
| 2.5.3. PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE | 23 |
| 2.5.4. PRINCÍPIO DA IGUALDADE..... | 25 |
| 2.5.5. PRINCÍPIO DO PLURALISMO FAMILIAR..... | 28 |
| 2.5.6. PRINCÍPIO DA LIBERDADE | 30 |
| 2.5.7. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE..... | 31 |
| 2.5.8. PRINCÍPIO DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR | 33 |
| 2.6. AS QUESTÕES DE GÊNERO NA FAMÍLIA BRASILEIRA | 34 |
| 3. A PATERNIDADE | 37 |
| 3.1. PODER FAMILIAR OU AUTORIDADE PARENTAL..... | 37 |
| 3.2. FUNÇÃO E LUGAR DO PAI..... | 41 |
| 3.3. O ABANDONO AFETIVO PATERNO | 46 |
| 4. ABANDONO AFETIVO PATERNO E RESPONSABILIDADE CIVIL | 49 |
| 4.1. APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL | 49 |
| 4.2. INAPLICABILIDADE DA INDENIZAÇÃO..... | 55 |
| 5. CONCLUSÃO | 62 |
| BIBLIOGRAFIA | 64 |

1. INTRODUÇÃO

O abandono afetivo paterno e a responsabilidade civil que dele decorre é um tema caro àqueles que se pretendem estudiosos do Direito das Famílias e seu debate atual, permeado de divergências doutrinárias e jurisprudenciais, se faz cada vez mais necessário a fim de que se uniformize o pensamento jurídico acerca desta questão.

O presente trabalho não pretende esgotar o tema, em razão de sua alta complexidade, nem tampouco criar uma certeza universal em sua conclusão, porém vale a tentativa de trazer à reflexão algumas abordagens fundamentais, a partir de pontos de vista distintos.

Desta forma, a primeira etapa que se compreende de grande relevância para este estudo é a análise da evolução histórica e jurídica da instituição familiar, a qual revela que nada é imutável, à exceção da própria mudança. Isto quer dizer que a família, ao longo dos séculos, transformou-se lentamente até chegar à sua forma atual, de onde se infere que os valores e padrões de hoje não podem ser tidos como absolutos, já que nem sempre existiram na natureza humana.

Parte-se, então, para a observação da família contemporânea e dos princípios que a sustentam, de modo a fixar a base valorativa a partir da qual serão analisados seus institutos pertinentes a esta temática. Além disso, cumpre dar enfoque a uma das características da atualidade familiar que dá sentido ao tema escolhido, qual seja, as diferenças de gênero consequentes da influência do antigo sistema patriarcal, que ainda deixa marcas na sociedade contemporânea. São essas diferenças, ainda abismais, que explicam o fato de a maioria dos casos de abandono afetivo decorrer da ausência do pai e não da mãe.

A partir desta reflexão, põe-se sob estudo a própria paternidade. Primeiramente, identificam-se os direitos e deveres do pai em decorrência do poder familiar. Então, numa abordagem interdisciplinar, realiza-se uma interface entre Direito e Psicanálise para examinar a função e o lugar do pai, tanto em relação aos filhos como na sociedade em geral. E finalmente finaliza-se a observação da paternidade delimitando-se as consequências danosas que sua falta pode ocasionar nos filhos menores de dezoito anos.

Assim, de posse de uma enriquecida pesquisa, passa-se à explanação das duas correntes que divergem entre si: uma defendendo e a outra negando a aplicabilidade da

indenização decorrente dos danos morais provocados nos filhos pelos seus pais ausentes. Desse embate teórico e prático, também é utilizada a interdisciplinaridade, novamente recorrendo-se às lições psicanalíticas tão importantes no estudo do Direito, vez que este lida com conflitos humanos.

Oportunamente no fim desta breve introdução, necessário citar Polity, Setton e Colombo, que lembram da necessidade de cuidado ao estudar qualquer temática no campo familiar já que:

[...] a história da família é tema atraente e perigoso. Todos nós, profissionais ou não, temos uma posição pessoal sobre o assunto família. Todos nós já vivemos a família ou a falta dela, o que nos possibilita ter algum tipo de expectativa que acaba por nortear nossas observações.¹

¹ POLITY, E.; SETTON, M.Z.; COLOMBO, S.F. *Ainda existe a cadeira do papai? Conversando sobre o lugar do pai na atualidade*. 1ª ed. Vetor: São Paulo, 2004. P. 228.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA E JURÍDICA DA FAMÍLIA

A família, como é conhecida nos dias correntes, representa um modelo influenciado por diversos fatores econômicos, sociais e culturais. Seus valores e tradições cristalizaram-se no decorrer de séculos até chegar à sua forma atual. No entanto, não se pode afirmar que este é o único padrão familiar que já existiu na história. Em realidade, os primeiros exemplos de construção social familiar de que se tem registros apresentam características bastante diversas das vivenciadas hoje.

Desta forma, é essencial compreender que a família não é uma instituição homogênea e estática, mas sim, como toda realidade social, está submetida ao desenvolvimento da sociedade, sofrendo alterações em sua constituição estrutural, axiológica e normativa². E esta compreensão se faz necessária para a análise de qualquer questão no âmbito do Direito das Famílias, inclusive quanto ao objeto deste estudo, a questão do abandono afetivo na relação entre pai e filho.

Para tanto, será feita uma breve análise do desenvolvimento da instituição familiar, iniciando-se com a família primitiva, passando pela clássica e pela moderna, até chegar à atual, a família contemporânea.

2.1. A FAMÍLIA PRIMITIVA

O primeiro registro de família refere-se à era pré-histórica. Autores como Johann Jakob Bachofen e Lewis Henry Morgan foram de suma relevância para o estudo da família primitiva e para o entendimento de uma forma de relacionamento tão distinta da atual.

Tendo-se por base a classificação de Morgan, os estágios pré-históricos podem ser divididos em estado selvagem e barbárie. Em síntese, o estado selvagem é o período em que o homem se apropria dos recursos da natureza já prontos para a utilização; e a barbárie é a fase em que há incrementação da natureza a partir do trabalho humano, com especial ênfase na

² “Como a linguagem condiciona o pensamento, é mister subtrair qualquer adjetivação ao substantivo família e simplesmente falar em famílias.” In: DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. P. 27.

criação de gado e na agricultura. Já a civilização, que inicia a era clássica, é o momento em que, além da elaboração dos produtos naturais, a indústria e a arte dão seus primeiros sinais de existência.

Desta feita, o autor relaciona diretamente os meios de produção e de subsistência ao modelo familiar predominante, o que é corroborado por Friedrich Engels, em seu livro *A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado*:

A família, diz Morgan, é o elemento ativo; nunca permanece estacionária, mas passa de uma forma inferior a uma forma superior, à medida que a sociedade evolui de um grau mais baixo para outro mais elevado. Os sistemas de parentesco, ao contrário, são passivos; só depois de longos intervalos, registram os progressos feitos pela família, e não sofrem uma modificação radical senão quando a família já se modificou radicalmente.³

Este estudo é iniciado identificando-se as principais características da família primitiva, dentre as quais a existência de relações sexuais ilimitadas ou relações sexuais sem barreiras, o que se traduz no fato de que homens praticavam a poliginia e mulheres, a poliandria⁴, “de modo que cada mulher pertencia igualmente a todos os homens e cada homem, a todas as mulheres”⁵. Com esta constituição dos matrimônios por grupos, não era possível a certeza da paternidade, sendo a participação masculina no meio social restrita à subsistência e à proteção do clã. Desta forma, a filiação era contada por linha feminina, o que resultou no Direito materno, garantindo às mulheres grande espaço de respeito e apreço.

Num primeiro momento, os pesquisadores defendem a hipótese da existência de grupos em que não havia qualquer limite sexual. Com um progresso inicial, chegou-se à chamada família consanguínea, na qual o único limite referente ao vínculo carnal mantinha-se na exclusão das relações sexuais entre pais e filhos, sendo possível e moralmente corretas todas as demais, inclusive entre irmão e irmã.

³ ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. 1ª ed. Expressão Popular: São Paulo, 2010. P. 23.

⁴ “Poligamia é o casamento com mais de uma pessoa e se divide em duas vertentes: poliginia que ocorre quando o homem possui várias mulheres é o mais comum acontecer e a poliandria, onde a mulher é casada com vários homens, caso menos comum [na atualidade]”. In: http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2013/trabalhos_12013/RobertoFreitasCROCHA.pdf. Acesso em: 02 de abril de 2015.

⁵ ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. 1ª ed. Expressão Popular: São Paulo, 2010. P. 48.

O segundo progresso excluiu irmãos e irmãs das relações sexuais recíprocas, sejam eles diretos ou colaterais distantes, constituindo-se a família punaluana, que resultou no surgimento de uma nova relação de parentesco, diferenciando-se os próprios filhos dos filhos dos irmãos, que são, agora, sobrinhos e sobrinhas. Essa limitação teve como consequência a instituição da *gens*, conforme pode ser extraído do seguinte fragmento da obra de Engels:

Todos têm por tronco comum uma mãe e, em virtude dessa origem, os descendentes femininos formam gerações de irmãs. Porém, os maridos de tais irmãs já não podem ser seus irmãos; logo, não podem descender daquele tronco materno e não pertencem a esse grupo consanguíneo, que mais tarde chega a constituir a *gens*, embora seus filhos pertençam a tal grupo, pois a descendência por linhagem materna é a única decisiva, por ser a única certa. Uma vez proibidas as relações sexuais entre todos os irmãos e irmãs – inclusive os colaterais mais distantes – por linha materna, o grupo de que falamos se transforma numa *gens*, isto é, constitui-se num círculo fechado de parentes consanguíneos por linha feminina, que não podem se casar uns com os outros; e, a partir de então, esse círculo se consolida cada vez mais por meio de instituições comuns, de ordem social e religiosa, que o distingue das outras *gens* da mesma tribo.⁶

Este modelo familiar se desenvolveu e deu lugar à família sindiásmica, em que as exclusões de relações sexuais se aprofundam entre os irmãos colaterais, em vias de consolidar-se o costume da união conjugal por pares. No entanto, convém observar que a poligamia dos homens era permitida, enquanto a fidelidade feminina passou a ser rigorosamente exigida, embora a mulher continuasse a ser muito considerada. E, desta forma, o reconhecimento da paternidade aos poucos foi se tornando possível.

Neste ínterim, o aumento populacional, a propriedade privada e a divisão social do trabalho, na qual ao homem cabia prover a subsistência e à mulher, a administração do lar, geraram a acumulação de riquezas pelo homem e a impossibilidade de transmissão de seus bens a seus filhos, já que a linhagem sucessória era materna. Com isso, alterou-se drasticamente a constituição das *gens*. Agora, vigia um patriarcalismo e os filhos de um casal não mais pertenciam à *gens* da mãe, mas sim à do pai, que passou a ter uma importância social muito maior comparado à mulher, surgindo a ideia de chefe de família, com poder sobre todos os outros integrantes desta.

⁶ ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. 1ª ed. Expressão Popular: São Paulo, 2010. P. 60.

Em relação ao afeto no seio destas transformações, é importante destacar a observação feita por Melina Sanches Silveira, em seu trabalho de conclusão de curso:

As transmissões da autoridade, dos bens, da cultura, de valores da sociedade passam a serem feitas do pai para o filho homem. A transmissão do nome aos poucos vai passando para o pai. Apesar disso, em muitas sociedades, os vínculos afetivos permanecem mais intensos pela filiação materna do que paterna, o que nada mais é do que uma influência da família matrilinear. Pode-se associar esse momento da transmissão do nome e da autoridade com um afastamento na manifestação do afeto entre pais e filhos.⁷

Neste contexto, então, ocorre a passagem da família sindiásmica à monogamia, culminando na era clássica, da qual o modelo familiar exemplar ocorre na sociedade romana, o qual será melhor analisado a seguir.

2.2. A FAMÍLIA ROMANA CLÁSSICA

A era clássica, de acordo com a classificação de Morgan, corresponde à civilização. O progresso da barbárie à civilização equivale à passagem da família primitiva à clássica, que tem como principal característica a valorização masculina em contraposição à degradação da mulher.

Neste momento, o Direito é patriarcal e a constituição familiar se dá em linhagem paterna, de tal forma que os filhos homens permanecem na família do pai, enquanto as filhas mulheres, ao casarem, passam a fazer parte da família do marido – assim como suas mães deixaram a família paterna. Por conseguinte, a sucessão também se dá pela linhagem paterna, transmitindo-se os bens de pai para filho.

Desta nova sociedade patriarcal, conferiu-se ao pai uma autoridade absoluta, denominada de pátrio poder, como verificado por Melina:

⁷ SILVEIRA, Melina Sanches. *O direito ao afeto na relação entre pai e filho e o dano moral*. Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio De Toledo”. Presidente Prudente/SP, 2005. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/389/384> Data de acesso: 06 de janeiro de 2015. P. 14.

A autoridade na família fundava-se única e exclusivamente na figura paterna. O pai era o primeiro junto ao lar. Ele representava a cadeia dos descendentes, a família e o culto perpetuavam-se por seu intermédio, com a sua morte, ele era invocado como um divino por seus descendentes. [...]

Assim como a mulher, os filhos também eram subordinados à autoridade paterna. O filho nada podia adquirir, tudo pertencia ao pai. Por serem considerados propriedades do pai, os filhos podiam ser vendidos, pois seus braços e seus trabalhos eram fontes de receita.⁸

Fustel de Coulanges, em obra intitulada *A Cidade Antiga*, explicita a autoridade do pai quando analisa sua função no culto religioso, no qual era considerado um ser divino. A relação entre pátrio poder e religião, apesar de ser atualmente afastada como principal influência, pode ser utilizada para exemplificar as justificativas de um poder absoluto do pai na época sob estudo. Tal pensamento pode ser observado no seguinte fragmento:

O pai é o chefe supremo da religião doméstica; dirige todas as cerimônias do culto como bem entende, ou antes, como vira fazer seu pai. Ninguém na família lhe contesta a supremacia sacerdotal. A própria cidade, e seus pontífices, nada podem mudar em seu culto. Como sacerdote do lar, não reconhece nenhum superior. [...] Daí deriva uma série de direitos: [...] Direito de reconhecer a criança no ato do nascimento ou de rejeitá-la. [...] Direito de repudiar a mulher. [...] Direito de casar a filha. [...] Direito de emancipar. [...] Direito de designar, ao morrer, um tutor para a mulher e os filhos.⁹

Neste contexto, tanto a mulher como os filhos não têm direito algum, se comparados ao pai da família, seja no seio desta ou exteriormente, nos atos da vida civil, vez que “o núcleo familiar preponderava sobre seus componentes, sendo a família entidade que estava acima dos interesses pessoais dos indivíduos”¹⁰. A mulher era tratada como incapaz desde o seu nascimento e esta situação não se alterava nem mesmo com o casamento, passando ela do poder do pai ao do marido. E os filhos, como pontuado anteriormente, eram tidos como propriedade do pai, podendo, inclusive, serem objeto de venda.

⁸ SILVEIRA, Melina Sanches. *O direito ao afeto na relação entre pai e filho e o dano moral*. Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio De Toledo”. Presidente Prudente/SP, 2005. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/389/384> Data de acesso: 03 de abril de 2015. P. 15.

⁹ COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. Editora das Américas: São Paulo, 1961. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/cidadeantiga.pdf>. Data de acesso: 07 de abril de 2015. P. 134.

¹⁰ SOARES, Rachel Veríssimo dos Santos. *O abandono afetivo e sua repercussão jurídica no Direito das Famílias: Contornos da responsabilidade civil à luz da proteção à Dignidade Humana*. EMERJ: Rio de Janeiro, 2013. P. 5.

Pode-se observar, então, que a evolução à sociedade patriarcal foi movida por questões patrimoniais, em especial o direito sucessório, pois que “a preponderância do homem no matrimônio é consequência evidentemente de sua preponderância econômica.”¹¹ Com efeito, os laços matrimoniais ocorriam por conveniência, não por afeto. E a restrição da afetividade não se limitava à relação entre marido e mulher, mas também residia nas relações filiais, como explicitado por Coulanges:

O princípio da família não é mais o afeto natural, porque o direito grego e o direito romano não dão importância alguma a esse sentimento. Ele pode existir no fundo dos corações, mas nada representa em direito. O pai pode amar a filha, mas não pode legar-lhe os bens. As leis da sucessão, isto é, as que entre todas as outras atestam mais fielmente as ideias que os homens tinham da família, estão em contradição flagrante, quer com a ordem de nascimento, quer com o afeto natural entre os membros de uma família.¹²

O mesmo foi analisado por Melina, que pontua a estreiteza da afetividade entre pai e filhos:

Essa autoridade absoluta dos pais, impondo aos filhos o dever de obediência e respeito total, traz uma importante característica dessa sociedade patriarcal: a autoridade impede a camaradagem entre pai e filho, distanciando-os. Mas é dessa maneira que o pai se encarrega de transmitir aos filhos a herança cultural da sociedade.¹³

Assim, é possível dizer que as ligações afetivas tornam-se mais fortes e estreitas entre mãe e filhos e que a distância do pai é decorrente da sua função de provedor, função esta que se cristalizará, como será visto com maior especificidade em capítulo próprio.

A família clássica evolui, de modo a diminuir o caráter absoluto do poder do pai, conferindo-se maior autonomia à mulher e aos filhos, que passam a ter mais direitos próprios, e desemboca na família moderna ou burguesa, a qual passa a ser foco do estudo.

¹¹ ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. 1ª ed. Expressão Popular: São Paulo, 2010. P. 107.

¹² COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. Editora das Américas: São Paulo, 1961. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/cidadeantiga.pdf>. Data de acesso: 07 de abril de 2015. P. 57.

¹³ SILVEIRA, Melina Sanches. *O direito ao afeto na relação entre pai e filho e o dano moral*. Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio De Toledo”. Presidente Prudente/SP, 2005. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/389/384>. Data de acesso: 07 de abril de 2015. P. 14.

2.3. A FAMÍLIA MODERNA

A Revolução Industrial dos séculos XVIII e XIX foi o marco histórico que transformou a sociedade agrária em industrializada e alterou significativamente a ordem social e, por conseguinte, a instituição familiar.

A família moderna tem por base uma sociedade patriarcal, hierarquizada e necessariamente matrimonializada. O casamento era buscado como valor em si e sua constituição e/ou manutenção muitas vezes significava sacrifício dos membros da família e de relações afetivas extrínsecas a ela. Tal realidade inspirou, inclusive, o Código Civil brasileiro de 1916, conforme ensinamento de Maria Berenice Dias:

O Código Civil anterior, que datava de 1916, regulava a família do início do século passado, constituída unicamente pelo matrimônio. Em sua versão original, trazia uma estreita e discriminatória visão da família, limitando-a ao grupo originário do casamento. Impedia sua dissolução, fazia distinções entre seus membros e trazia qualificações discriminatórias às pessoas unidas sem casamento e aos filhos havidos dessas relações. As referências feitas aos vínculos extramatrimoniais e aos filhos ilegítimos eram punitivas e serviam exclusivamente para excluir direitos, numa vã tentativa de preservação do casamento.¹⁴

Com esta valorização do matrimônio, que à época, não podia ser desfeito, a família nuclear constituiu-se de forma plena e a ligação entre pais e filhos tornou-se mais forte, se comparada aos modelos familiares anteriores. Assim, a nova forma de criar os filhos demandava atenção e zelo de forma inédita na evolução histórica da família. No entanto, convém destacar que os papéis masculino e feminino eram bem definidos e distintos, de tal modo que o homem exercia a função de provedor e dele emanava a autoridade familiar e a mulher administrava o lar, alicerçando a função materna – a mãe que cuida dos filhos.

Este contexto foi observado por Poster, conforme suas palavras:

Os filhos foram reavaliados pela burguesia, tornando-se seres importantes para os pais. Um novo grau de intimidade e profundidade emocional caracterizou as relações entre pais e filhos dessa classe. Uma forma nova de

¹⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 6ª ed. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2010. P. 30.

amor maternal foi considerada natural nas mulheres, que tinham não só de zelar pela sobrevivência dos filhos, mas treiná-los para um lugar respeitável na sociedade.¹⁵

Todavia, o estreitamento das relações interpessoais com a família nuclear não significa que a afetividade consistia na base da família moderna. Na realidade, o fator que definia a constituição matrimonial era o patrimônio. A geração de herdeiros era fundamental para a transmissão de bens e, conseqüentemente, para a perpetuação do patrimônio de cada família. Tal cenário foi constatado por Rosenvald e Farias:

Compreendia-se a família como unidade de produção, realçados os laços patrimoniais. As pessoas se uniam em família com vistas à formação de patrimônio, para sua posterior transmissão aos herdeiros, pouco importando os laços afetivos. Daí a impossibilidade de dissolução do vínculo, pois a desagregação da família corresponderia à desagregação da própria sociedade. Era o modelo estatal de família, desenhado com os valores dominantes naquele período da revolução industrial.¹⁶

Paulo Lobo também analisa a sociedade burguesa do século XIX e o Estado Liberal, em que as relações familiares fundamentavam-se nos vínculos patrimoniais:

O Estado liberal, hegemônico no século XIX no mundo ocidental, caracterizava-se pela limitação do poder político e pela não intervenção nas relações privadas e no poder econômico. Concretizou o ideário iluminista da liberdade e igualdade dos indivíduos. Todavia, a liberdade era voltada à aquisição, domínio e transmissão da propriedade, e a igualdade ateve-se ao aspecto formal, ou seja, da igualdade formal de sujeitos abstraídos de suas condições materiais ou existenciais. Mas a família, nas grandes codificações liberais burguesas, permaneceu no obscurantismo pré-iluminista, não se lhe aplicando os princípios da liberdade ou da igualdade, porque estava à margem dos interesses patrimonializantes que passaram a determinar as relações civis.¹⁷

Este modelo familiar era ainda justificado pela religião, através do Cristianismo, que sacramentou o casamento, de maneira que a Igreja fixou valores de união indissolúvel

¹⁵ SILVEIRA, Melina Sanches, 2005, apud POSTER, Mark. *Teoria crítica da família*. Zahar: Rio de Janeiro, 1979. P. 188.

¹⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. Direito das Famílias*. V. 6. Ed. Jus Podium: Salvador, 2012. P. 40.

¹⁷ LOBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4ª ed. Saraiva: São Paulo, 2011. P. 33.

entre marido e mulher, além de atacar qualquer forma de desagregação da família, como o aborto e o adultério.

Com o progresso desta sociedade, aos poucos as mulheres garantiram direitos iguais em relação aos homens, se não na prática de forma plena, pelo menos formalmente. Seu ingresso no mercado de trabalho, fruto das demandas da economia industrial, não alterou apenas a sua realidade, mas também o modelo familiar. Diversas transformações decorreram deste fato, que, conjugado a outros, culminaram na família contemporânea, tratada a seguir.

2.4. A FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA

O contexto do pós guerra propiciou um progresso social nos séculos XX e XXI que marcou a alternância para uma sociedade de cunho igualitário, sob a influência dos movimentos constitucionalistas nas diferentes partes do mundo, que construíram pilares principiológicos de respeito à dignidade humana em face de qualquer outra esfera de direitos, conforme se depreende das palavras de Rachel Veríssimo no âmbito do constitucionalismo brasileiro:

Ao delimitar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a Constituição de 1988 orientou a compreensão da ordem constitucional pelo sistema dos direitos fundamentais. Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana deixou de ser apenas uma mera manifestação conceitual do Direito Natural, adquirindo autonomia e se transformando no mais sublime valor que guia e inspira o Ordenamento Jurídico Brasileiro.¹⁸

Tais evoluções sociais não deixaram de influenciar a instituição familiar, ocorrendo uma verdadeira revolução no tocante à democratização do Direito das Famílias¹⁹ e na alteração da justificativa para a constituição familiar, que deixa de ser meramente patrimonial e passa a ter a influência preponderante do afeto. Além disso, pode-se falar “de um novo modelo familiar que tem como pilar a especial proteção do ser humano, de modo

¹⁸ SOARES, Rachel Veríssimo dos Santos. *O abandono afetivo e sua repercussão jurídica no Direito das Famílias: Contornos da responsabilidade civil à luz da proteção à Dignidade Humana*. EMERJ: Rio de Janeiro, 2013. P. 6.

¹⁹ “O formato hierárquico da família cedeu lugar à sua democratização, e as relações são muito mais de igualdade e de respeito mútuo. O traço fundamental é a lealdade.” In: DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 6ª ed. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2010. P. 29.

que a tutela da família não mais se justifica pelos interesses da entidade familiar em si, mas, sim, em razão dos seres humanos que a compõem.”²⁰ Este cenário é observado por Maria Berenice Dias:

Agora, a tônica reside no indivíduo, e não mais nos bens ou coisas que guarnecem a relação familiar. A família-instituição foi substituída pela família-instrumento, ou seja, ela existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso, a sua proteção pelo Estado.²¹

Algumas mudanças legislativas foram necessárias para corroborar as transformações sociais, como a EC 9/1977 e a Lei 6.515/1977, que determinaram o direito ao divórcio. Além disso, a Constituição de 1988 definiu como princípios a igualdade entre homem e mulher e dos filhos entre si (não existe mais a diferenciação entre filhos legítimos e ilegítimos) e estendeu o conceito de família para abarcar outras formas de sua constituição, movidas pela afetividade, como a união estável e a família monoparental.²²

Assim, é criterioso apontar que a família contemporânea é movida pelas relações de afeto, sob a base da igualdade, da solidariedade, da liberdade e do respeito mútuos, de forma totalmente diversa do que ocorria nas eras primitiva, clássica e moderna, estudadas anteriormente. O fato de não existir mais uma regra que defina como família somente a decorrente do matrimônio abre caminho para a existência de uma pluralidade de famílias, “menos sujeitas à regra e mais ao desejo”²³.

Desta forma, o pátrio poder, que asseverava um poder absoluto ao pai na família clássica e aos pais, na moderna, deixou de existir, dando lugar à ideia de autoridade parental ou poder familiar²⁴. Trata-se, em verdade, neste momento, de um poder-dever, em que se determina, por exemplo, o poder de exigir obediência e respeito dos filhos e uma quantidade muito maior de deveres dos pais, como dirigir a criação e educação dos filhos, tê-los em sua

²⁰ SOARES, Rachel Veríssimo dos Santos. *O abandono afetivo e sua repercussão jurídica no Direito das Famílias: Contornos da responsabilidade civil à luz da proteção à Dignidade Humana*. EMERJ: Rio de Janeiro, 2013. P. 4

²¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 6ª ed. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2010. P. 43.

²² Idem. P. 30 e 31.

²³ Idem. P. 40.

²⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família*. V. 5. 25ª ed. Ed. Saraiva: São Paulo, 2010. P. 23.

companhia e guarda, entre outros, elencados no artigo 1.634 do Código Civil, o que será melhor estudado em capítulo posterior.

Convém destacar que a família contemporânea não é mais patriarcal, se não de fato, pelo menos não de direito. Apesar de a maioria das relações familiares ainda apresentarem a situação do homem com função provedora e a mulher ligada às tarefas domésticas - realidade esta influenciada pelos séculos passados -, não se pode ignorar a emancipação da mulher tanto na liberdade para se inserir no mercado de trabalho como nas próprias relações emocionais e sexuais. E esta evolução, que ainda se encontra em curso, foi fundamental para a transformação da família, a qual é, agora, formalmente (e, em alguns casos, materialmente), igualitária.

Dadas estas considerações gerais sobre a família contemporânea, passar-se-á a um estudo mais detalhado da mesma, especialmente no que se refere à situação constitucional da família brasileira, bem como alguns institutos de Direito Civil que regem o tema. Além disso, será feita uma análise acerca das diferenças de gênero que ainda permeiam o seio familiar no país, o que influencia diretamente no tema abordado.

2.5. PRINCÍPIOS DO DIREITO DAS FAMÍLIAS

A Constituição de 1988, promulgada num contexto de redemocratização da sociedade brasileira após o duro período ditatorial, iniciou um momento de proteção à dignidade da pessoa humana, à cidadania e ao Estado de Direito, elevando à categoria de princípios constitucionais alguns valores, como a afetividade, a igualdade, a pluralidade, o respeito, a solidariedade. E todos estes valores, de certa forma, influenciam de forma incisiva o Direito das Famílias, tendo em vista a supremacia normativa da Constituição.

Com efeito, as matérias de direito privado passam a ser objeto da Constituição, podendo-se falar num processo de constitucionalização de todo o Direito brasileiro, inclusive do Direito das Famílias, com a finalidade de irradiar de forma eficaz os novos princípios e valores do Estado Democrático de Direito a todo o ordenamento pátrio, conforme ensinamento de Farias e Rosenvald:

Percebe-se que o Direito Constitucional afastou-se de um caráter neutro e indiferente socialmente, deixando de cuidar apenas da organização política do Estado para avizinhar-se das necessidades humanas reais, concretas, ao cuidar de direitos individuais e sociais (nos arts. 226 e 227, por exemplo, a Constituição disciplina a organização da família). Trata-se, sem dúvida, da afirmação de uma nova e fecunda teoria constitucional.

Com isso, ocorreu uma verdadeira migração dos princípios gerais e regras atinentes às instituições privadas (historicamente tratadas exclusivamente no Código Civil de 1916 - de feição nitidamente patrimonialista) para o Texto Constitucional. Assume a Carta Magna um verdadeiro papel reunificador do sistema, passando a demarcar os limites do Direito Civil, inclusive no que concerne à proteção dos núcleos familiares.²⁵

O mesmo pode ser extraído da análise de Maria Berenice Dias:

Grande parte do direito civil está na Constituição, que acabou enlaçando os temas sociais juridicamente relevantes para garantir-lhes efetividade. A intervenção do Estado nas relações de direito privado permite o revigoramento das instituições de direito civil e, diante do novo texto constitucional, forçoso ao intérprete redesenhar o tecido do direito civil à luz da nova Constituição. Essa é uma característica do chamado Estado social, que intervém em setores da vida privada como forma de proteger o cidadão, postura impensável em um Estado liberal que prestigia, antes e acima de tudo, a liberdade. O direito civil constitucionalizou-se, afastando-se da concepção individualista, tradicional e conservadora-elitista da época das codificações do século passado. Agora, qualquer norma jurídica de direito das famílias exige a presença de fundamento de validade constitucional. Essa é a nova tábua de valores da Constituição Federal.²⁶

Desta forma, imperioso reconhecer a imprescindibilidade do estudo dos princípios constitucionais que regem o Direito das Famílias, os quais fortificam e fundamentam a interpretação de todas as demais normas infraconstitucionais, sejam as positivadas no Código Civil ou na legislação extravagante.

Neste diapasão, a Constituição de 1988, que ratifica o Estado Social, o qual intervém nas relações privadas, com o objetivo de proteger os mais fracos, consagra como objetivo da sociedade brasileira a tríade liberdade, justiça e solidariedade²⁷. E, no que se refere especificamente ao Direito das Famílias, institui, expressa ou implicitamente, os

²⁵ FARIAS, C.; ROSENVALD, N. *Curso de Direito Civil. Direito das Famílias*. V. 6. Ed. Jus Podium: Salvador, 2012. P. 77.

²⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 6ª ed. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2010. P. 36.

²⁷ LOBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4ª ed. Saraiva: São Paulo, 2011. P. 34.

princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da afetividade, da igualdade, do pluralismo familiar, da liberdade, do melhor interesse da criança e do adolescente e da convivência familiar, os quais serão individualmente analisados a seguir.

2.5.1. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, reconhecendo-se sua natureza de princípio constitucional explícito, previsto no inciso III do artigo 1º da Constituição:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana.

No âmbito do Direito das Famílias, tal princípio se apresenta no paradigma funcional da família contemporânea, qual seja, o desenvolvimento da personalidade de cada um de seus membros, de forma que possam expressar plenamente sua individualidade na sociedade. Assim, a família deve assegurar aos seus membros a dignidade e o respeito inerentes a toda pessoa, haja vista ser a instituição que baseia o Estado.

Este paradigma é autenticado por Lobo, conforme suas perspicazes palavras:

Atualmente, a família converteu-se em *locus* de realização existencial de cada um de seus membros e de espaço preferencial de afirmação de suas dignidades. Dessa forma, os valores coletivos da família e os pessoais de cada membro devem buscar permanentemente o equilíbrio, “em clima de felicidade, amor e compreensão”. Consumaram-se na ordem jurídica as condições e possibilidades para que as pessoas, no âmbito das relações familiares, realizem e respeitem reciprocamente suas dignidades como pais, filhos, cônjuges, companheiros, parentes, crianças, idosos, ainda que a dura realidade da vida nem sempre corresponda a esse desiderato.²⁸

²⁸ LOBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4ª ed. Saraiva: São Paulo, 2011. P. 62.

O capítulo da Carta Magna destinado às famílias expressa de forma específica o princípio da dignidade humana em relação aos idosos (art. 230, CF), ao planejamento familiar (art. 226, §7º, CF) e às crianças e aos adolescentes, conforme o art. 227 da CF, a seguir transcrito:

Art. 227. **É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade**, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, **à dignidade**, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (grifos meus)

O Código Civil não traz referência ao princípio da dignidade da pessoa humana. Contudo, em razão de ser submetido à supremacia da Constituição, a interpretação de todas as suas normas deve se dar sob esta luz principiológica.

2.5.2. PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR

A família, como já asseverado anteriormente, tem como objetivo o desenvolvimento pleno da personalidade de cada um de seus membros. E, como existe uma pluralidade de sujeitos em convivência, tal objetivo se realiza no plano fático apenas se houver um interesse mútuo de todos os membros, em suas relações interpessoais. Denomina-se esse interesse, essa ajuda intersubjetiva, baseada no respeito, de solidariedade, que ganhou respaldo de princípio constitucional com a Carta de 1988.

O princípio da solidariedade vem expresso no inciso I do art. 3º da Constituição:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e **solidária**. (grifos meus)

A solidariedade é consolidada em alguns dispositivos do Código Civil, como nos arts. 1.566 e 1.724, que determinam a mútua assistência moral e material entre os cônjuges e

os companheiros; no art. 1.568, o qual obriga a concorrência dos cônjuges para o sustento da família, na proporção de seus bens e rendimentos; no art. 1.694, que impõe a obrigação de prestação de alimentos aos parentes, entre outros.

Na cognição de Lobo, o princípio da solidariedade figura ao lado do princípio da dignidade da pessoa humana e é uma das bases éticas e morais do mundo jurídico, dele decorrendo a maior parte dos direitos subjetivos do ordenamento jurídico pátrio, inclusive das relações familiares. Tal entendimento pode ser extraído do seguinte fragmento de sua obra:

O princípio jurídico da solidariedade resulta da superação do individualismo jurídico, que por sua vez é a superação do modo de pensar e viver a sociedade a partir do predomínio dos interesses individuais, que marcou os primeiros séculos da modernidade, com reflexos até a atualidade. Na evolução dos direitos humanos, aos direitos individuais vieram concorrer os direitos sociais, nos quais se enquadra o direito de família, e os direitos econômicos. No mundo antigo, o indivíduo era concebido apenas como parte do todo social; daí ser impensável a ideia de direito subjetivo. No mundo moderno liberal, o indivíduo era o centro de emanção e destinação do direito; daí ter o direito subjetivo assumido a centralidade jurídica. No mundo contemporâneo, busca-se o equilíbrio entre os espaços privados e públicos e a interação necessária entre os sujeitos, despontando a solidariedade como elemento conformador dos direitos subjetivos.²⁹

2.5.3. PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

A família contemporânea trouxe consigo uma revolução no tocante ao fundamento das relações familiares. A instituição do casamento era anteriormente buscada como valor em si, com a finalidade da perpetuação patrimonial, tendo como parâmetro a consanguinidade, ou seja, apenas o fator biológico vinculava as pessoas em uma constituição familiar. Com todas as transformações sociais ocorridas ao longo do século XX, o cenário se alterou, passando a afetividade a fundamentar a formação das famílias (não mais constituídas apenas pelo casamento), daí decorrendo uma série de alterações de direitos e fazendo surgir a família eudemonista, como apontado por Maria Berenice Dias:

A família transforma-se na medida em que se acentuam as relações de sentimentos entre seus membros: valorizam-se as funções afetivas da

²⁹ LOBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4ª ed. Saraiva: São Paulo, 2011. P. 63.

família. Despontam novos modelos de família mais igualitárias nas relações de sexo e idade, mais flexíveis em suas temporalidades e em seus componentes, menos sujeitas à regra e mais ao desejo, na expressão de Michel Perrot. A família e o casamento adquiriram novo perfil, voltados muito mais a realizar os interesses afetivos e existenciais de seus integrantes. Essa é a concepção eudemonista da família, que progride à medida que regride o seu aspecto instrumental. A comunhão de afeto é incompatível com o modelo único, matrimonializado, da família. Por isso, a afetividade entrou nas cogitações dos juristas, buscando explicar as relações familiares contemporâneas.³⁰

A afetividade é o ânimo que leva duas pessoas a estabelecerem-se em comunhão de vida. Desta forma, o matrimônio ou a união estável só permanecem vivos enquanto houver afeto, razão pela qual se pode falar hoje em separação, divórcio ou extinção da união, conforme bem salientado por Maria Helena Diniz:

[...] o fundamento básico do casamento, da vida conjugal e do companheirismo é a afeição entre os cônjuges ou conviventes e a necessidade de que perdure completa comunhão de vida, sendo a ruptura da união estável, separação (extrajudicial ou judicial) e o divórcio (CF, art. 226, § 62; CC, arts. 1.511 e 1.571 a 1.582) uma decorrência da extinção da *affectio*, uma vez que a comunhão espiritual e material de vida entre marido e mulher ou entre conviventes não pode ser mantida ou reconstituída. O afeto é um valor conducente ao reconhecimento da família matrimonial e da entidade familiar, constituindo não só um direito fundamental (individual e social) da pessoa de afeiçoar-se a alguém, como também um direito à integridade da natureza humana, aliado ao dever de ser leal e solidário.³¹

O princípio da afetividade não é explícito na Constituição, mas pode ser extraído de alguns mandamentos constitucionais, os quais legitimam o afeto como fundante dos vínculos familiares. Lobo explicita quatro desses mandamentos essenciais ao princípio em estudo:

O princípio da afetividade está implícito na Constituição. Encontram-se na Constituição fundamentos essenciais do princípio da afetividade, constitutivos dessa aguda evolução social da família brasileira, além dos já referidos: a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem

³⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 6ª ed. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2010. P. 71, 72.

³¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família*. V. 5. 25ª ed. Ed. Saraiva: São Paulo, 2010. P. 19.

(art. 227, § 6º); b) a adoção, 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 e ao adolescente (art. 227).³²

Com efeito, o princípio da afetividade é um dos principais corolários do novo Direito das Famílias, ao lado dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, de onde fluem os demais princípios e cuja projeção deve alcançar todas as demais normas de Direito das Famílias.

2.5.4. PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O princípio da igualdade decorre dos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade familiar e da afetividade. Traduz-se no Direito das Famílias pela busca da igualdade material ou isonômica entre os membros da família, seja entre os cônjuges ou companheiros ou entre pais e filhos. Cabe rememorar, contudo, o insigne jurista Rui Barbosa e sua consagrada frase: “Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real”³³. Assim, cumpre ressaltar que a igualdade material é um objetivo constitucional, porém deve-se respeitar as diferenças naturais da sociedade.

Farias e Rosenvald lecionam sobre a prevalência do princípio da igualdade no âmbito do Direito das Famílias da seguinte forma:

Em perspectiva constitucional, a igualdade representa fonte primacial do ordenamento jurídico brasileiro, antenada na dignidade da pessoa humana. Disso resulta, com clarividência, que a fórmula ideal tendente à síntese perfeita da igualdade substancial é que todas as pessoas humanas são iguais, perante a lei, na medida de sua própria dignidade - o que, por certo, poderá justificar em limitações ao exercício dos direitos por cada titular, promovendo tratamentos diferenciados para compensar a diferença de dignidades.³⁴

³² LOBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4ª ed. Saraiva: São Paulo, 2011. P. 71.

³³ DIAS, Maria Berenice, 2010, apud BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Elos: Rio de Janeiro, 1961. P. 27.

³⁴ FARIAS, C.; ROSENVALD, N. *Curso de Direito Civil. Direito das Famílias*. V. 6. Ed. Jus Podium: Salvador, 2012. P. 122.

No plano das relações entre homem e mulher, a principal consequência do princípio da igualdade foi a expurgação do patriarcalismo do Direito das Famílias, retaliando-se qualquer discriminação assente no gênero, “não mais se justificando a submissão legal da mulher”, havendo “uma equivalência de papéis, de modo que a responsabilidade pela família passa a ser dividida igualmente entre o casal”³⁵.

A Constituição de 1988 é bastante enfática ao tratar da igualdade de gênero, abordando o princípio em seu art. 5º, *caput*, e §1º e art. 226, §5º, ora transcritos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se 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:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. (grifos meus)

Não obstante o tratamento efusivo dado à igualdade de gênero pela Constituição, a realidade social ainda é permeada de discriminação e opressão das mulheres, como um resíduo de séculos de patriarcalismo e submissão feminina. Portanto, destacam-se as palavras de Maria Helena Diniz, ao citar Cosentini, numa leitura de que o esforço da reclamação por igualdade material ainda não chegou ao fim e está em curso na sociedade contemporânea:

Cosentini já observava que estas transformações não são suficientes; outras reivindicações tornam-se necessárias para compor o quadro da equiparação e da autonomia da mulher, quadro este que não se completará sem a dupla regulamentação de relações pessoais e patrimoniais, mediante participação

³⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família*. V. 5. 25ª ed. Ed. Saraiva: São Paulo, 2010. P. 20.

mais direta e intensa nos direitos e obrigações inerentes ao poder familiar, à tutela, e uma ingerência maior na economia doméstica.³⁶

O princípio da igualdade também adentra o terreno das relações entre pais e filhos. Nesta seara, as mudanças também revolucionaram o Direito das Famílias, uma vez que determinou-se a igualdade entre todos os filhos, sejam eles biológicos, socioafetivos ou adotivos, além de extinguiem-se as discriminações entre filhos legítimos e ilegítimos.

A Constituição corrobora também este sentido do princípio da igualdade de forma clara, conforme seu art. 227, §6º:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Lobo resume de forma clara e precisa o princípio da igualdade no Direito das Famílias:

O princípio da igualdade está expressamente contido na Constituição, designadamente nos preceitos que tratam das três principais situações nas quais a desigualdade de direitos foi a constante histórica: os cônjuges, os filhos e as entidades familiares. O simples enunciado do § 5º do art. 226 traduz intensidade revolucionária em se tratando dos direitos e deveres dos cônjuges, significando o fim definitivo do poder marital: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. O sentido de sociedade conjugal é mais amplo, pois abrange a igualdade de direitos e deveres entre os companheiros da união estável. O § 6º do art. 227, por sua vez, introduziu a máxima igualdade entre os filhos, “havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção”, em todas as relações jurídicas, pondo cobro às discriminações e desigualdade de direitos, muito comuns na trajetória do direito de família brasileiro. O caput do art. 226 tutela e protege a família, sem restringi-la a qualquer espécie ou tipo,

³⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família*. V. 5. 25ª ed. Ed. Saraiva: São Paulo, 2010. P. 21.

como fizeram as Constituições brasileiras anteriores em relação à exclusividade do casamento.³⁷

2.5.5. PRINCÍPIO DO PLURALISMO FAMILIAR

A Constituição de 1988 inovou o Direito das Famílias, ao dar cabo da ideia de que apenas o casamento tem status de entidade familiar, admitindo-se outras formas de família, em especial a união estável e a família monoparental. Assim, toda e qualquer entidade familiar, e não só a matrimonial, recebe proteção do Estado, de acordo com o art. 226 da Carta Constitucional³⁸, podendo-se falar de uma tutela mais democrática da família, o que amplia o alcance de incidência da dignidade da pessoa humana.³⁹

Convém exemplificar algumas formas de entidade familiar atuais na sociedade brasileira, tais como a união estável, incluindo-se a união homoafetiva, a família monoparental, a anaparental, a reconstituída, a ampliada e a substituta.

O reconhecimento e tutela da união estável vêm expressos no § 3º do art. 226 da Constituição: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. Tal reconição no Direito das Famílias é mais uma expressão do princípio da afetividade, vez que as relações de amor com o fito de comunhão de vida bastam para o estabelecimento de uma entidade familiar.

Importante não olvidar da recente decisão do Supremo Tribunal Federal, que certificou a igualdade e a não discriminação em relação às uniões homoafetivas. No julgamento da ADI 4277/DF, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, em 2011 foi reconhecida a união homoafetiva, com fundamento na proibição da discriminação das pessoas em razão do sexo, no pluralismo social, na liberdade para dispor da própria sexualidade, no direito à intimidade e à vida privada, interpretando-se de forma não-reducionista o direito

³⁷ LOBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4ª ed. Saraiva: São Paulo, 2011. P. 66.

³⁸ “[...] é preciso ressaltar que o rol da previsão constitucional não é taxativo, estando protegida toda e qualquer entidade familiar, fundada no afeto, esteja, ou não, contemplada expressamente na dicção legal.” In: FARIAS, C.; ROSENVALD, N. *Curso de Direito Civil. Direito das Famílias*. V. 6. Ed. Jus Podium: Salvador, 2012. P. 88.

³⁹ “Como as uniões extramatrimoniais não eram consideradas de natureza familiar, encontravam abrigo somente no direito obrigacional, sendo tratadas como sociedades de fato. Mesmo que não indicadas de forma expressa, outras entidades familiares, como as uniões homossexuais - agora chamadas de uniões homoafetivas — e as uniões estáveis paralelas - preconceituosamente nominadas de “concubinato adúlterino” são unidades afetivas que merecem ser abrigadas sob o manto do direito das famílias.” In: DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 6ª ed. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2010. P. 67, 68.

subjetivo de constituir família, com o fim de estabelecer relações jurídicas horizontais, sem hierarquia.⁴⁰

A família monoparental também foi assegurada sob proteção do Estado de forma expressa pela Constituição, em seu art. 226, § 4º: “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”. Desta feita, é assumida pelo ordenamento jurídico uma realidade social que há muito ocorre no país, o fato de que a “família não é apenas o conjunto de pessoas onde uma dualidade de cônjuges ou de pais esteja configurada, senão também qualquer expressão grupal articulada por uma relação de descendência”⁴¹.⁴²

Diferencia-se, entretanto, a família monoparental da anaparental, a qual é formada apenas pelos irmãos, sem a presença de qualquer dos ascendentes. Tal entidade familiar recebe proteção do Estado em virtude do princípio em estudo, decorrente do *caput* do art. 226 da Constituição, já que não é reconhecido de forma expressa em seu texto normativo, dela derivando uma série de direitos, como o direito a alimentos, à herança, etc.⁴³

Vale destacar também as famílias reconstituídas ou ensambladas, nas quais um dos membros traz filhos ou situações jurídicas de relacionamentos anteriores. “É o clássico exemplo das famílias nas quais um dos participantes é padrasto ou madrasta de filho anteriormente nascido. É também o exemplo da entidade familiar em que um dos participantes presta alimentos ao ex-cônjuge ou ao ex-companheiro.”⁴⁴ É uma entidade familiar reconhecida, apesar de não expressamente, à qual aplicam-se os direitos atinentes a todas as formas de família, em razão do pluralismo, da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 4277/DF. Relator Min. Carlos Ayres Britto. Acórdão de 05 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+4277%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+4277%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bftpsyu>. Acesso em: 25 de abril de 2015.

⁴¹ FARIAS, C.; ROSENVALD, N., 2012, *apud* VILLELA, João Batista. *As novas relações de família*. XV Conferência da OAB - Anais, Foz do Iguaçu: OAB, 1994. P. 642.

⁴² “[...] o novo Código Civil, apesar de em poucos artigos contemplar a união estável, outorgando-lhe alguns efeitos jurídicos, não contém qualquer norma disciplinadora da família monoparental, composta por um dos genitores e a prole, olvidando que 26% de brasileiros, aproximadamente, vivem nessa modalidade de entidade familiar.” In: DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. V. 5. *Direito de Família*. 25ª ed. Ed. Saraiva. São Paulo, 2010. P. 23.

⁴³ FARIAS, C.; ROSENVALD, N. *Curso de Direito Civil. Direito das Famílias*. V. 6. Ed. Jus Podium: Salvador, 2012. P. 106.

⁴⁴ *Idem*. P. 107.

Ressalta-se, também, a família extensa ou ampliada, que “perpassando a comunidade de pais e filhos ou a unidade do casal, é formada por parentes próximos com os quais a criança ou o adolescente convive e apresenta vínculo de afinidade ou afetividade”⁴⁵. Tal entidade familiar pode ser convertida posteriormente em família substituta, a qual é regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, constituída através da guarda, tutela ou adoção, quando do abandono ou desamparo da criança ou adolescente pelos pais biológicos.⁴⁶

Por fim, cumpre salientar que o pluralismo familiar implica na liberdade para constituição de família, não se fixando a proteção estatal taxativamente nos exemplos mencionados, decorrendo daí que as transformações sociais serão respeitadas, admitindo-se qualquer entidade familiar que porventura venha a irromper no seio da sociedade brasileira.

2.5.6. PRINCÍPIO DA LIBERDADE

Na aspiração de compreender o princípio ora em destaque, pega-se de empréstimo a análise de Lobo acerca da situação anterior à atual, em que a liberdade não era um dos pilares das relações familiares:

O direito de família anterior era extremamente rígido e estático, não admitindo o exercício da liberdade de seus membros, que contrariasse o exclusivo modelo matrimonial e patriarcal. A mulher casada era juridicamente dependente do marido e os filhos menores estavam submetidos ao poder paterno. Não havia liberdade para constituir entidade familiar fora do matrimônio. Não havia liberdade para dissolver o matrimônio, quando as circunstâncias existenciais tornavam insuportável a vida em comum do casal. Não havia liberdade de constituir estado de filiação fora do matrimônio, estendendo-se as consequências punitivas aos filhos.⁴⁷

Promulgada a Constituição de 1988, contudo, o cenário alterou-se, vez que foram instituídos como requisitos principiológicos do Estado Democrático de Direito, dentre outros, os princípios da igualdade e da liberdade. Neste novo contexto, assegura-se a liberdade pela

⁴⁵ FARIAS, C.; ROSENVALD, N. *Curso de Direito Civil. Direito das Famílias*. V. 6. Ed. Jus Podium: Salvador, 2012. P. 114.

⁴⁶ Idem. P. 115.

⁴⁷ LOBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4ª ed. Saraiva: São Paulo, 2011. P. 69.

igualdade⁴⁸, de forma que a mulher e os filhos ganham autonomia em relação ao marido e pai, as entidades familiares têm o mesmo reconhecimento jurídico, sepultando-se a exclusividade do matrimônio e havendo a possibilidade de sua dissolução, os filhos recebem o mesmo tratamento, baseado na afetividade, havendo liberdade nas relações entre pais e filhos.

É possível analisar nas palavras de Maria Helena Diniz os principais pontos de incidência do princípio da liberdade no âmbito do Direito das Famílias:

Princípio da liberdade, fundado, como observa Paulo Luiz Netto Lôbo, no livre poder de constituir uma comunhão de vida familiar por meio de casamento ou união estável, sem qualquer imposição ou restrição de pessoa jurídica de direito público ou privado (CC, art. 1.513); na decisão livre do casal, unido pelo casamento ou pela união estável, no planejamento familiar (CF, art. 226, § 72; CC, art. 1.565, § 2º e; Lei n. 9.656/98, art. 35-C, III, inserido pela Lei n. 11.935/2009; Enunciado n. 99, aprovado nas Jornadas de Direito Civil, promovidas pelo Conselho de Justiça Federal), intervindo o Estado apenas em sua competência de propiciar recursos educacionais e científicos ao exercício desse direito; na convivência conjugal; na livre aquisição e administração do patrimônio familiar (CC, arts. 1.642 e 1.643) e opção pelo regime matrimonial mais conveniente (CC, art. 1.639); na liberdade de escolha pelo modelo de formação educacional, cultural e religiosa da prole (CC, art. 1.634); e na livre conduta, respeitando-se a integridade físico-psíquica e moral dos componentes da família.⁴⁹

2.5.7. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A situação da criança e do adolescente no horizonte do Direito das Famílias modificou-se energicamente, haja vista serem tratados como objetos das relações jurídicas em tempos passados, passando a receberem acolhidos como sujeitos de direito, com especial proteção em razão de serem pessoas em desenvolvimento. Desta forma, aboliu-se de vez a

⁴⁸ “A liberdade e a igualdade - correlacionadas entre si - foram os primeiros princípios reconhecidos como direitos humanos fundamentais, integrando a primeira geração de direitos a garantir o respeito à dignidade da pessoa humana. O papel do direito - que tem como finalidade assegurar a liberdade - é coordenar, organizar e limitar as liberdades, justamente para garantir a liberdade individual. Parece um paradoxo. No entanto, só existe liberdade se houver, em igual proporção e concomitância, igualdade. Inexistindo o pressuposto da igualdade, haverá dominação e sujeição, não liberdade.” In: DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 6ª ed. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2010. P. 64

⁴⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família*. V. 5. 25ª ed. Ed. Saraiva: São Paulo, 2010. P. 23.

autoridade absoluta dos pais, de forma que os filhos são agora o centro de proteção da relação familiar.⁵⁰

À luz do princípio em questão, em qualquer conflito em que estejam envolvidos crianças e/ou adolescentes, deve-se dar prioridade ao seu melhor interesse, de acordo com a determinação da Convenção sobre os Direitos da Criança, promulgado pelo Decreto 99.710/1990, especialmente seu art. 3.1: “Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança”.

A Constituição dá vida a este princípio através de seu art. 227, que ora se transcreve:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Na mesma esteira, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990) também informa o princípio, conforme os seguintes dispositivos:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

⁵⁰ LOBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4ª ed. Saraiva: São Paulo, 2011. P. 75.

Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

Convém ressaltar, no entanto, que o melhor interesse da criança e do adolescente não foge à regra da aplicação dos princípios em geral, estando sujeito também à ponderação de interesses de acordo com o caso concreto.⁵¹

2.5.8. PRINCÍPIO DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR

Segundo Lobo, a convivência familiar traduz-se da seguinte forma:

A convivência familiar é a relação afetiva diuturna e duradoura entretecida pelas pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum. [...] É o ninho no qual as pessoas se sentem recíproca e solidariamente acolhidas e protegidas, especialmente as crianças.⁵²

Na perspectiva do princípio da convivência familiar, o contato afetivo entre os membros da família não pode ser violado, devendo-se preservar a intimidade da mesma. Além disso, deste princípio deriva, em especial referência às crianças, o direito de manter relações regulares e pessoais com ambos os pais, de acordo com o art. 9.3 da Convenção dos Direitos das Crianças, inclusive quando os pais estão separados ou divorciados.

A Constituição o indica através do art. 227, ao determinar que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, além de outros direitos, a convivência familiar e comunitária. Deixa clara, assim, a

⁵¹ “O princípio é um reflexo do caráter integral da doutrina dos direitos da criança e da estreita relação com a doutrina dos direitos humanos em geral. Assim, segundo a natureza dos princípios, não há supremacia de um sobre outro ou outros, devendo a eventual colisão resolver-se pelo balanceamento dos interesses, no caso concreto. Nesse sentido, diz Miguel Cillero Bruñol que, sendo as crianças partes da humanidade, “seus direitos não se exerçam separada ou contrariamente ao de outras pessoas, o princípio não está formulado em termos absolutos, mas que o interesse superior da criança é considerado como uma ‘consideração primordial’.” In: LOBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4ª ed. Saraiva: São Paulo, 2011. P. 76.

⁵² LOBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4ª ed. Saraiva: São Paulo, 2011. P. 74.

importância da afetividade no desenvolvimento da personalidade da criança, que é a finalidade precípua da entidade familiar.

A convivência familiar figura, então, como um dos fundamentos da família, podendo-se dizer que é um dos elementos da paternidade responsável e direito da criança. Desta feita, é um dos eixos no estudo do abandono afetivo, vez que este se dá quando um dos pais não cumpre o dever de convivência com eficácia, podendo causar danos no desenvolvimento do filho.

Uma boa observação da sociedade e a análise de casos em varas de família da capital do Rio de Janeiro demonstram que, na grande maioria dos casos de abandono afetivo, o ascendente que deixa de prestar a afetividade, no sentido de convivência, é o pai. Portanto, será estudada a seguir a diferença de gênero que permeia a realidade da família brasileira, com o fito de melhor compreender o lugar do pai e da mãe no crescimento da criança e do adolescente.

2.6. AS QUESTÕES DE GÊNERO NA FAMÍLIA BRASILEIRA

Como já esmiuçado supra, a Constituição de 1988 revolucionou o ordenamento jurídico e, em especial, o Direito das Famílias, ao instituir como princípio a igualdade formal entre homens e mulheres. Em seu artigo 5º determina que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” e no inciso I do mesmo dispositivo dispõe que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”. Mais especificamente, o art. 226, §5º define que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

Fala-se em uma revolução ao comparar a realidade jurídica da mulher antes e depois de 1988. Outrora, o Código Civil de 1916 retratava uma sociedade patriarcal e legitimava a discriminação da mulher, por exemplo, ao considera-la relativamente incapaz ao casar, sendo obrigada a usar o nome do marido e necessitando de sua autorização para trabalhar, entre inúmeras outras afirmações discriminatórias. Além disso, o casamento era indissolúvel, o que suscitava a submissão da mulher em uma relação conjugal muitas vezes opressora.

No entanto, não obstante a persistente concepção constitucional acerca da igualdade de gênero, não se pode dizer que há paridade entre homens e mulheres na realidade social, em razão de um histórico de opressão do gênero feminino⁵³. O principal exemplo que revela esta discriminação no âmbito familiar reside no fato de que 63% das agressões físicas contra as mulheres se deem no espaço doméstico, entre membros de uma mesma família⁵⁴.

Na seara das relações entre pais e filhos, é nítida ainda hoje a diferenciação do papel do pai e da mãe, assumindo aquele a função de provedor e esta, a de dona do lar e de criação dos filhos. Tal visão estereotipada do homem e da mulher na família pode ser exemplificada pela prioridade conferida à mãe na guarda dos filhos menores em decisões judiciais, o que muitas vezes viola a Lei nº 11.698/2008, a qual determina preferência à guarda compartilhada⁵⁵. Esta situação reflete, ainda, a avultosa diferença concernente à obrigação alimentícia, que recai, na expressiva maioria, ao pai, já que é a mãe quem se incumbem da guarda e da criação dos filhos.

Não se pode ocultar também a realidade que muitas mulheres enfrentam e que hoje vem sendo vulgarmente chamada de “aborto masculino”. A análise dos processos judiciais nas varas de família, sejam ações de alimentos ou investigações de paternidade, demonstram o grande número de casos em que as mulheres procuram os pais de seus filhos, muitas vezes sem êxito, pelo fato de estes tentarem de esquivar de suas obrigações e da própria paternidade.⁵⁶

⁵³ “O direito de família avançou de modo revolucionário na viragem do século XX para o século XXI, como nenhum outro ramo do direito, mas não podemos subestimar as resistências culturais ancoradas nos resíduos do modelo patriarcal, no Brasil e na América Latina. Magistrados e membros do Ministério Público latino-americanos, em colóquio patrocinado pela ONU, em 2005, concluíram que há obstáculos reais para a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, em virtude da “persistência do sistema patriarcal que gera desequilíbrio de relações de poder entre a mulher e o homem”, dominado principalmente pela concepção tradicional da família nuclear influenciada por fatores religiosos e culturais.” In: LOBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4ª ed. Saraiva: São Paulo, 2011. P. 68.

⁵⁴ “Aliás, essa violência doméstica e familiar contra a mulher é fruto de uma histórica condição geral de subordinação, inferioridade (jurídica, inclusive) e submissão à vontade masculina, refletindo distinção de tratamento até os dias atuais, infelizmente. O combate a essa opressão precisa se iniciar, portanto, no âmbito da própria família, em sentido lato.” In: FARIAS, C.; ROSENVALD, N. *Curso de Direito Civil. Direito das Famílias*. V. 6. Ed. Jus Podium: Salvador, 2012. P. 125.

⁵⁵ LOBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4ª ed. Saraiva: São Paulo, 2011. P. 69.

⁵⁶ De acordo com dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), baseado no Censo Escolar de 2011, “cerca de 600 mil crianças de até 10 anos de idade não possuem registro de nascimento no país” e “estima-se que mais de 5 milhões de estudantes não tenham o nome do pai no documento de identidade”, sendo certo que, destes jovens, uma parcela considerável seja vítima do abandono afetivo paterno. In: BRASIL. *Pai Presente e Certidões*. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). 2ª edição. 2015. Disponível no site: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/04/b550153d316d6948b61dfbf7c07f13ea.pdf>. Data de acesso: 10 de maio de 2015.

Assim, por mais que se fale em uma nova realidade jurídica que assume como princípio basilar a igualdade de gênero, é impossível deixar de enxergar e sentir as diferenças opressoras de uma sociedade ainda machista e influenciada por anos de patriarcalismo. É o que se verifica do lecionado por Maria Berenice Dias:

Assim, não há como deixar de reconhecer que o viés patriarcal da família ainda subsiste: o patrimônio está nas mãos dos homens, os filhos ficam sob a guarda materna e os pais são os grandes devedores de alimentos. [...] Em números quase absolutos, os filhos ficam sob a guarda da mãe, ou seja, as famílias monoparentais são constituídas por mulheres.⁵⁷

A seleção do pai como sujeito da análise do abandono afetivo no presente estudo se dá em razão da diferença de gênero que insiste em permear o Direito das Famílias e a sociedade em geral. A mãe e o pai têm hoje uma função ou lugar estereotipados que refletem um problema estrutural - os casos de abandono dos filhos se dão de forma exorbitante pelos pais, enquanto às mães impende a responsabilidade total da criação dos mesmos. Desta forma, oportuno o questionamento: aplica-se a indenização para reparar os danos sofridos pelos filhos afetivamente abandonados e às mães sobremaneira responsáveis pela sua criação? É o que se pretende examinar.

⁵⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 6ª ed. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2010. P. 102 e 104.

3. A PATERNIDADE

Neste momento, será analisada a relação entre pai e filho e a importância da convivência paterna para o desenvolvimento da criança e do adolescente. Para tanto, discorrer-se-á sobre o poder familiar, podendo-se falar de um poder-dever, já que reflete muito mais o caráter obrigacional dos pais do que sua autoridade em si, à luz do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Além disso, será brevemente analisada a função do pai na família, fazendo uso interdisciplinar da Psicanálise, a fim de entender a importância da figura paterna para a criança. Além disso, também será observado o lugar do pai, abordando-se os pressupostos de uma paternidade responsável, garantindo aos filhos seu pleno desenvolvimento, o que é um dos fins próprios da família.

Enfim, será examinada a falta do pai neste lugar familiar, metaforicamente chamado de “cadeira do papai” por POLITY, SETTON e COLOMBO⁵⁸, traduzida no abandono afetivo paterno, principal objeto do presente exame.

3.1. PODER FAMILIAR OU AUTORIDADE PARENTAL

De acordo com o apanhado histórico empreendido no primeiro capítulo, na família romana aflorou-se o instituto do pátrio poder, o qual firmava uma autoridade absoluta do pai sobre toda a família, incluindo os filhos, a esposa, os escravos, e era vitalício, importando em significativa supressão da liberdade.⁵⁹ No entanto, com o progresso da família, todos os seus institutos sofreram radicais alterações até conceberem sua atual concepção, à luz de novos princípios, inclusive o obsoleto pátrio poder.

Atualmente, o instituto recebe denominação pela legislação brasileira de poder familiar e é assim definido na doutrina pátria:

⁵⁸ POLITY, E.; SETTON, M.Z.; COLOMBO, S.F. *Ainda existe a cadeira do papai? Conversando sobre o lugar do pai na atualidade*. 1ª ed. Vetor: São Paulo, 2004.

⁵⁹ SILVEIRA, Melina Sanches. *O direito ao afeto na relação entre pai e filho e o dano moral*. Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio De Toledo”. Presidente Prudente/SP, 2005. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/389/384> Data de acesso: 06 de janeiro de 2015. P. 46

O poder familiar pode ser definido como um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho.⁶⁰

Como se percebe, a funcionalidade do poder familiar é o interesse e proteção do filho menor. Por isso, incumbe aos pais, na verdade, muito mais deveres do que direitos subjetivos, como será melhor analisado a seguir. Dessarte, a própria denominação “poder familiar” é criticada, tendo a expressão “autoridade parental”, do direito francês e norte-americano, ganhado adeptos entre os juristas brasileiros, já que melhor exprime a concepção de autoridade, que abarca direitos e deveres dos pais, faz jus ao seu exercício também pela mãe, além de restringir seus efeitos ao pai e a mãe, excluindo-se demais membros da família, como os avós.⁶¹

A autoridade parental é irrenunciável, indelegável (excetuando-se os casos de colocação em família substituta) e imprescritível, cabendo a ambos os pais simultaneamente, independentemente de possuírem relação conjugal (ou de companheirismo, por analogia) ou não, de acordo com os arts. 1.631 e 1.632 do CC, enquanto os filhos forem menores ou não emancipados, pelo teor do art. 1.630 do mesmo diploma legal. No caso de ausência de reconhecimento do filho pelo pai, a autoridade parental é exercida somente pela mãe e, caso esta seja incapaz, emprega-se a tutela, conforme art. 1.633 do referido Código. O Estatuto da Criança e do Adolescente também prevê o poder familiar, em seus arts. 22 e 23.

O conteúdo do instituto quanto à pessoa dos filhos pode ser delimitado pelas palavras de Carlos Roberto Gonçalves:

O art. 1.634 do Código Civil enumera os direitos e deveres que incumbem aos pais, referentes à pessoa dos filhos menores: I — dirigir-lhes a criação e educação; II — tê-los em sua companhia e guarda; III — conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV — nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; V — representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VI — reclamá-los

⁶⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família*. V. 5. 25ª ed. Ed. Saraiva: São Paulo, 2010. P. 564.

⁶¹ LOBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4ª ed. Saraiva: São Paulo, 2011. P. 296.

de quem ilegalmente os detenha; VII — exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.⁶²

Quanto aos bens dos filhos, cabe aos pais, em igualdade de condições, sua administração e usufruto, de acordo com os arts. 1.698 a 1.693 do CC.

Este poder-dever dos pais é extinto com a sua morte ou a do filho, pela emancipação ou maioridade deste, pela adoção ou por decisão judicial (analisada a seguir), como definido pelo art. 1.635 do CC.

Como os deveres dos pais decorrentes da autoridade parental representam um *múnus público*, o Estado pode intervir quando estes não o exercem de forma efetiva, determinando sanções que visam a proteção dos filhos: a suspensão ou a destituição do poder familiar, havendo também hipóteses de responsabilidade penal dos pais.

A suspensão está prevista no art. 1.637 do CC e ocorre “se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos” ou quando forem “condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão”. Os arts. 24 e 129, X, do ECA também preveem esta forma de sanção, incluindo a hipótese de “descumprimento injustificado dos deveres e obrigações de sustento, guarda e educação dos filhos menores”. Suspende-se, então, por decisão judicial e tempo determinado, alguns ou todos os atributos da autoridade parental em relação a um ou alguns filhos, restando seu exercício ao segundo genitor e se este for incapaz ou falecido, nomeia-se tutor.⁶³

Já a perda ou destituição do poder familiar advém de causas mais graves, como leciona Carlos Roberto Gonçalves:

A perda (ou destituição), que é causa de extinção do poder familiar por decisão judicial (art. 1.635, V), decorre de faltas graves, que configuram inclusive ilícitos penais e são especificadas no art. 1.638 do Código Civil: aplicação de castigos imoderados aos filhos (crime de maus-tratos), abandono (crimes de abandono material e intelectual), prática de atos contrários à moral e aos bons costumes (crimes de natureza sexual contra os filhos ou conduta inconveniente, como uso de entorpecentes ou entrega da

⁶² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito de Família*. Coleção Sinopses Jurídicas, v.2. 15 ed. Saraiva: São Paulo, 2011. P. 134.

⁶³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família*. V. 5. 25ª ed. Ed. Saraiva: São Paulo, 2010. P. 576.

mãe à prostituição) e reiteração de faltas aos deveres inerentes ao poder familiar.⁶⁴

Esta sanção, por seu turno, produz efeitos em relação a todos os filhos e é permanente, embora haja possibilidade excepcional de seu restabelecimento caso “provada a regeneração do genitor ou se desaparecida a causa que a determinou, mediante processo judicial de caráter contencioso”⁶⁵

Convém ressaltar, pela natureza deste estudo, algumas questões relativas à convivência e ao afeto inseridas no bojo do poder familiar. Como já abordado, é dever dos pais dirigir a criação e educação dos filhos, além de tê-los em companhia e guarda, dever este que também encontra-se expresso na Constituição Federal, em seu art. 227. Para o pleno desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente, é necessário que ele esteja inserido num ambiente familiar sadio, recebendo cuidados de ambos os pais, embora seja sabido que nem sempre isto é possível.

A questão da guarda encontra complexidade no momento da separação ou divórcio dos pais, apesar deste fato não afetar a autoridade parental (art. 1.632 do CC). Segundo Katia Regina Maciel, “o rompimento da relação afetiva dos pais não pode representar para o filho uma violação à sua integridade biopsíquica”⁶⁶, então, sendo a guarda unilateral ou compartilhada, é fundamental que se busque uma convivência satisfatória com ambos os genitores, o que na maioria dos casos se efetiva com a visitação. Sobre o tema, ilustra Katia Maciel:

Enquanto a família permanece unida sob o mesmo teto, o filho desfruta da convivência com os genitores. A ruptura cria uma nova estrutura, e a responsabilidade parental concentra-se, na maior parte das vezes, em um só dos pais, ficando o outro reduzido a um papel secundário. O direito de visita significa a oportunidade de convivência entre filho e o não-guardião.⁶⁷

⁶⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito de Família*. Coleção Sinopses Jurídicas, v.2. 15 ed. Saraiva: São Paulo, 2011. P. 137.

⁶⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família*. V. 5. 25ª ed. Ed. Saraiva: São Paulo, 2010. P. 578.

⁶⁶ MACIEL, Katia R. F. L. A. et al. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos*. 4. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010. P. 98.

⁶⁷ MACIEL, Katia R. F. L. A. et al. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos*. 4. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010. P. 105.

Quanto ao dever de assistência, também determinado no art. 229 da Constituição, muitos autores o interpretam extensivamente para compreender, além do amparo material, o suporte imaterial, conectado ao afeto, entendendo que só com isso se alcança um pleno desenvolvimento psíquico pela criança ou adolescente. É o que sustenta Fábio Buab Boschi:

O dever de assistência ampla e geral previsto na Carta Magna abrange a assistência material, que pode ser caracterizada como o auxílio econômico imprescindível para a subsistência integral do filho menor, abarcando todas as suas necessidades básicas, como alimentação, vestuário, educação, assistência médico-odontológica, remédio, lazer e outras; e a **assistência imaterial** traduzida no apoio, carinho, aconchego, atenção, cuidado, participação em todos os momentos da vida, proteção e respeito pelos pais aos direitos da personalidade do filho, como à honra, imagem, liberdade, dignidade, patronímico de família, segredo, intimidade, integridade física psíquica e moral, convivência familiar e direito aos pais, entre outros.⁶⁸ (grifos meus)

Destarte, haja vista a importância da convivência familiar e da assistência afetiva para a personalidade do filho menor, como já visto anteriormente, a sanção ao genitor por abandono da prole é rigorosa, podendo ser aplicada a destituição do poder familiar (art. 1.638, II, do CC) e a responsabilidade penal pelos crimes de abandono material e/ou imaterial (arts. 244, 246 e 247 do CP).

Há ainda a divergência doutrinária e jurisprudencial quanto à sanção indenizatória por dano moral ao genitor que abandona afetivamente o filho. Esta questão é o que se pretende explorar especificamente no próximo capítulo, após a reflexão sobre a função do pai e o abandono afetivo paterno, o que se fará a seguir.

3.2. FUNÇÃO E LUGAR DO PAI

Neste momento, com o escopo de elucidar a função do pai no seio familiar, esta pesquisa valer-se-á da interdisciplinaridade, buscando concepções da Psicanálise, o que vem

⁶⁸ KATIA MACIEL *apud* BOSCHI, Fabio Bauab. *Direito de Visita*. Saraiva: São Paulo, 2005. P. 61-62.

sendo recorrente em diversos ramos do Direito, no afã de proteger a dignidade humana, num contexto de ampliação da relação entre o sujeito e os laços sociais.⁶⁹

Primeiramente, é essencial distinguir a compreensão de função do pai da responsabilidade paterna, sendo esta uma criação legal e social. O que se pretende analisar através do viés psicanalítico é a função do pai como determinante da subjetividade do filho, a partir de uma trama relacional.

Freud dá luz a uma nova forma de enxergar as relações parentais, por meio da metáfora com a mitologia de Édipo e do Totem. De forma resumida, o afamado complexo de Édipo traduz-se da seguinte maneira: o desejo reprimido da mulher pelo falo a faz almejar um filho, havendo uma substituição simbólica daquele⁷⁰. Então, a mãe se entrega à cria, possuindo-a e transferindo-lhe pulsão desejante, a qual a deseja de forma simbolicamente erotizada, criando-se o cenário de uma relação dual de desejo mútuo. O pai surge nessa relação para apresentar os limites e a proibição do incesto, de forma que representa para o filho a ruptura com a mãe, ou seja, uma falta e não uma presença por si, ao mesmo tempo que apresenta para ele uma realidade além da figura materna. Esta função é observada por Braga:

É o paradoxo da presença que remete a uma ausência: a possibilidade da perda, a castração, o limite. Quando o filho se dirige à mãe vai encontrar-se com o pai, ali presente sob a forma da Lei que interdita o incesto, o gozo pleno. O pai exerce assim uma função que desabotoa a fusão mãe-filho, introduzindo o “não” na subjetividade da criança.

[...] Esta interdição primordial possibilitará à criança, após a identificação com as insígnias e os valores do pai, o acesso a um mundo de múltiplas identificações, desejo passando a buscar outros objetos de, não mais exclusivamente o desejo da mãe. O “não” do pai ou daquele que estiver ocupando essa função de limite, ao interditar o gozo, tornará a criança um ser desejante, finalizando assim o terceiro tempo do complexo de Édipo.⁷¹

Já a metáfora freudiana do Totem apresenta uma construção social primitiva que deu origem à sociedade, com um pai “um pai violento, ciumento, que guarda para si todas as fêmeas e expulsa seus filhos à medida que crescem”⁷². Em revolta, os filhos assassinam o pai,

⁶⁹ BRAGA, Julio Cezar de Oliveira. *Abandono afetivo: Da urgência do diálogo entre Direito e Psicanálise*. Dissertação (Mestrado). Universidade Veiga de Almeida: Rio de Janeiro, 2012. P. 60.

⁷⁰ Idem. P. 70.

⁷¹ Idem. P. 71, 72.

⁷² BRAGA *apud* FREUD, Sigmund. *Totem e Tabu e Outros Trabalhos*. Edição Standart Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud. Imago Editora: Rio de Janeiro, 1974. P. 21.

mas não sem um sentimento de culpa. Enfim, colocam no lugar do pai o totem, substituindo-o de forma simbólica, para que passe a representar a lei, proibindo a endogamia, o incesto e o gozo ilimitado, passando esta figura a exercer a “função do pai”.

A partir dessas duas metáforas da Psicanálise freudiana, é possível conceber que a função do pai é a de impor limites, regras, apresentar o “não” para a criança e fazê-la compreender que o mundo vai além do seio materno. E mais do que isso, pode-se extrair que esta função não precisa ser desempenhada apenas pelo pai biológico, podendo recair sobre outras figuras, como padrasto, avô, tio, irmão, companheira da mãe (em caso de relações homoafetivas) ou até mesmo por símbolos que representem o pai, o que ocorre quando a mãe fala do mesmo, repercutindo na criança que sua mãe já fora desejada e desejou um terceiro.⁷³

Quanto à responsabilidade ou lugar do pai⁷⁴, esta distingue-se da função paterna traduzindo-se no “conjunto de expectativas morais e jurídicas de conduta do pai em relação à sua prole”⁷⁵, relacionando-se diretamente com a paternidade. No passado, como já estudado, as mulheres tinham a responsabilidade de criação e convivência em relação aos filhos, enquanto o pai assumia o lugar de provedor, garantindo assistência material e transmitindo aos filhos cultura e valores, além de exercer a autoridade.

A família romana, na qual o pai exercia o pátrio poder, com autoridade excessiva no entender atual, influenciou sobremaneira a sociedade posterior, de modo que até hoje ainda são sentidas as sombras de seus institutos. E este lugar em que se encontrava o pai o distanciava afetivamente da prole, vez que lhe cabia o espaço público e às mulheres o privado, na companhia dos filhos, ao mesmo tempo em que a autoridade absoluta (que depois passou a ser dividida com a mãe), afastava o vínculo de carinho entre ambos, como lecionam POLITY, SETTON e COLOMBO:

⁷³ “Porque a dimensão do Pai simbólico transcende a contingência do homem real, não é, pois, necessário que haja um homem para que haja um pai. Seu estatuto sendo o de puro referente, o papel simbólico do pai é sustentado, antes de mais nada, pela atribuição imaginária do objeto fálico. Nessas condições, basta que um terceiro mediador do desejo da mãe e do filho, dê argumentos a esta função para que seja significada sua incidência legalizadora e estruturante. Ora, dar argumentos a esta função não implica absolutamente, em última instância, a existência *hic* e *nunc* de um Pai real.” In: BRAGA *apud* DOR, Joel. *O pai e sua função em Psicanálise*. Jorge Zahar Editor: Rio de Janeiro, 1991. P. 17.

⁷⁴ “[...] a ideia de lugar nos remete a uma relação, em um primeiro momento espacial, mas também, emocional e dinâmica” In: POLITY, E.; SETTON, M.Z.; COLOMBO, S.F. *Ainda existe a cadeira do papai? Conversando sobre o lugar do pai na atualidade*. 1ª ed. Vetor: São Paulo, 2004. P. 94.

⁷⁵ BRAGA, Julio Cezar de Oliveira. *Abandono afetivo: Da urgência do diálogo entre Direito e Psicanálise*. Dissertação (Mestrado). Universidade Veiga de Almeida. Rio de Janeiro, 2012. P. 78.

Os filhos passam a dever obediência e respeito total ao pai, pois este tem o poder de vida e morte sobre eles. [...] Com essa tamanha autoridade não há camaradagem nenhuma entre o pai e seus filhos. Há uma distância enorme. Mas, dessa forma, o pai se encarrega de transmitir aos filhos a herança cultural da sociedade.⁷⁶

Com o progresso da sociedade, contudo, apesar da forte influência do passado, a afetividade passou a referenciar a família, de modo que o amor e a companhia dos pais também passaram a ser demandados pelos filhos. Além disso, o desenvolvimento em direção à emancipação feminina também determinou mudanças no cenário das famílias, em razão de as mulheres hoje também ocuparem o espaço público, o que requer dos homens mais diligência no ambiente doméstico. Assim, as mesmas autoras identificam três tipos de “pais” na atualidade:

1. Um grupo de homens que divide com suas mulheres a tarefa de ganhar dinheiro, mas que se recusa a dividir as tarefas domésticas. A revolução dos costumes não atingiu algumas famílias, nas quais os homens se atém aos papéis masculinos, deixando a casa e os filhos aos cuidados da mulher. Nesse caso se incluem os chamados ‘provedores’.
2. Um grande número de famílias monoparentais, chefiadas por mulheres, cujos homens assumem pequena ou nenhuma responsabilidade pelos filhos e/ou pela família. São os grupos de divorciados e de filhos fora do casamento.
3. O grupo do pai cuidador, aquele que se vê liberado dos antigos padrões sociais e pode com maior flexibilidade assumir novas posturas, respondendo às diferentes demandas da família pós-moderna.⁷⁷

Não é possível dizer, então, que o lugar do pai é determinado de forma clara na atualidade. Mesmo que a lei defina que a autoridade parental é igualmente dividida entre ambos os genitores, como visto anteriormente, a cultura ainda pressiona o estereótipo de que é o pai quem deve exercer o papel de provedor⁷⁸, mas ao mesmo tempo lhe é demandada afetividade e companhia em relação ao filho. Esta situação ambivalente é fruto da transição por que passa a família contemporânea.

Insta salientar também que o lugar do pai não pode ser analisado de forma linear, ou seja, somente sob a ótica da relação pai-filho. É imprescindível que se observe o pai com

⁷⁶ POLITY, E.; SETTON, M.Z.; COLOMBO, S.F. *Ainda existe a cadeira do papai? Conversando sobre o lugar do pai na atualidade*. 1ª ed. Vetor: São Paulo, 2004. P. 55, 56.

⁷⁷ Idem. P. 19.

⁷⁸ Idem. P. 106, 107, 108.

as suas subjetividades e integrante de uma trama relacional. Isso quer dizer que importa para a forma como ele se comporta perante o filho uma série de outras relações: entre ele e a mãe, entre a mãe e o filho, entre ele e seus próprios pais. Estas foram contribuições de Mauricio Andolfi e Murray Bowen, que se fazem através das palavras de POLITY, SETTON e COLOMBO:

Na psicologia tradicional, o modelo de observação é dialógico; com a passagem para uma visão mais complexa das relações interpessoais o modelo diádico não é mais suficiente. Por exemplo: *‘Lúcia está nervosa pela má relação com seu pai.’* Essa afirmação não considera a relação do pai com sua esposa, que pode interferir na relação com a filha. Tampouco considera a relação da mãe com a filha.

[...] A necessidade que uma pessoa tem de outra para se completar é algo trazido desde a família de origem a todos os relacionamentos futuros, portanto um produto do relacionamento do indivíduo com seus pais.⁷⁹

Enfim, pode-se dizer que tanto o lugar do pai como o da mãe são criações sociais que se alteram em razão das transformações operadas na sociedade⁸⁰. Assim lecionam as autoras supra citadas:

[...] no momento em que houve uma evolução, por meio da diferenciação de papéis e funções dentro do sistema familiar, para atender as questões masculinas, identificando-se com o Pai e caracterizando-o, criou-se o contexto para o surgimento da mulher no papel e com funções de Mãe; papéis estes que são complementares e que, com os filhos, vão constituir uma unidade básica dentro da estrutura familiar da sociedade. Esses papéis não são isolados, mas mantêm profunda correlação entre eles, pois um deles não pode existir sem os outros.

Na mesma esteira, ressaltando as transformações sociais no âmbito em estudo, assevera BRAGA:

⁷⁹ Idem. P. 90, 93.

⁸⁰ “[...] no momento em que houve uma evolução, por meio da diferenciação de papéis e funções dentro do sistema familiar, para atender as questões masculinas, identificando-se com o Pai e caracterizando-o, criou-se o contexto para o surgimento da mulher no papel e com funções de Mãe; papéis estes que são complementares e que, com os filhos, vão constituir uma unidade básica dentro da estrutura familiar da sociedade. Esses papéis não são isolados, mas mantêm profunda correlação entre eles, pois um deles não pode existir sem os outros.” In: POLITY, E.; SETTON, M.Z.; COLOMBO, S.F. *Ainda existe a cadeira do papai? Conversando sobre o lugar do pai na atualidade*. 1ª ed. Vetor: São Paulo, 2004. P. 57.

Tais considerações psicanalíticas chamam atenção para relativizar a importância do registro biográfico do pai, sua ausência ou presença, seu caráter mau ou bom, pois o bom pai em uma dada comunidade ou em certo período histórico pode não o ser em outro momento ou cultura.⁸¹

Resta agora estudar a ausência do pai no âmbito afetivo e suas possíveis consequências na subjetividade do filho menor, para então analisar a questão jurídica que envolve esse abandono.

3.3. O ABANDONO AFETIVO PATERNO

Por todo o exposto, é certo que se insere na paternidade responsável a convivência entre pai e filho e que a falta daquele pode configurar a situação de abandono, a qual, inclusive, é sancionada pela lei civil com a destituição do poder familiar (art. 1.638 do CC). Isto porque o Direito das Famílias como um todo tem como base a proteção integral da criança e do adolescente, sabendo-se que a afetividade paternal constitui importante fundamento para o desenvolvimento de sua personalidade, como leciona Maria Berenice Dias:

O conceito atual da família, centrada no afeto como elemento agregador, exige dos pais o dever de criar e educar os filhos sem lhes omitir o carinho necessário para a formação plena de sua personalidade. A grande evolução das ciências que estudam o psiquismo humano veio a escancarar a decisiva influência do contexto familiar para o desenvolvimento sadio de pessoas em formação.⁸²

Muitos autores interpretam a convivência afetiva como um direito vital da criança e do adolescente, como se depreende das palavras de Katia Maciel:

[...] podemos conceituar a convivência familiar como o direito fundamental de toda pessoa humana de viver junto à família de origem, em ambiente de

⁸¹ BRAGA, Julio Cezar de Oliveira. *Abandono afetivo: Da urgência do diálogo entre Direito e Psicanálise*. Dissertação (Mestrado). Universidade Veiga de Almeida. Rio de Janeiro, 2012. P. 78.

⁸² DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 6ª ed. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2010. P. 452.

afeto e de cuidado mútuos, configurando-se como um direito vital quando se tratar de pessoa em formação (criança e adolescente).

[...] O vínculo é um aspecto tão fundamental na condição humana, e particularmente essencial ao desenvolvimento, que os direitos da criança o levam em consideração na categoria convivência – viver junto. O que está em jogo não é uma questão moral, religiosa ou cultural, mas sim uma questão vital. Na discussão das situações de risco para a criança, a questão da mortalidade infantil ou da desnutrição é imediata. Sobreviver é condição básica, óbvia, para o direito à vida. Deve-se acrescentar a dimensão afetiva na defesa da vida. Em outras palavras, sobreviver é pouco. A criança tem direito a viver, a desfrutar de uma rede afetiva, na qual possa crescer plenamente, brincar, contar com a paciência, a tolerância e a compreensão dos adultos sempre que estiver em dificuldade.⁸³

Desta sorte, tem-se que “a verdadeira função do pai vem de dentro: vem da alma, vem do desejo de ter o filho, do calor de abraçar o filho, da possibilidade de se perpetuar no filho. A grande função do pai – como da mãe – é amar, e amar é priorizar o bem-estar do outro”.⁸⁴ Neste sentido, diz-se que a paternidade, biológica ou afetiva, só se configura quando o pai “adota” o filho, no sentido de que a verdadeira relação paterno-filial se dá com um processo de escolha, de desejo⁸⁵.

Nesta esteira, a ausência do pai pode interferir negativamente no desenvolvimento do filho, de modo a produzir sequelas emocionais a partir do sentimento de rejeição⁸⁶, conforme observado por NICK:

A existência da tríade pai-mãe-filho é a base a partir da qual essas estruturas psíquicas vão se formando e cada polo desse triângulo contribui com sua parte, imprimindo na criança as características próprias a cada sujeito. O grau de saúde mental depende, portanto, de cada um dos membros dessa tríade e as suas falhas, insuficiências e ausências vão ter repercussões diretas na criança em desenvolvimento.⁸⁷

⁸³ MACIEL, Katia R. F. L. A. et al. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos*. 4. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010. P. 75

⁸⁴ POLITY, E.; SETTON, M.Z.; COLOMBO, S.F. *Ainda existe a cadeira do papai? Conversando sobre o lugar do pai na atualidade*. 1ª ed. Vetor. São Paulo, 2004. P. 82

⁸⁵ BRAGA, Julio Cezar de Oliveira. *Abandono afetivo: Da urgência do diálogo entre Direito e Psicanálise*. Dissertação (Mestrado). Universidade Veiga de Almeida. Rio de Janeiro, 2012. P. 79.

⁸⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 6ª ed. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2010. P. 452.

⁸⁷ SILVEIRA *apud* NICK, Sérgio Eduardo. *Dano Moral e a Falta do Pai: algumas considerações sobre a produção independente*. Pós Graduação em Direito Especial da Criança e do Adolescente. Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 1994. P. 12.

De acordo com a pesquisa realizada na Universidade Estadual Paulista através do Programa de Atenção à Infância e à Adolescência, constatou-se que “a maioria das crianças, atendidas com problemas de agressividade, indisciplina, baixo rendimento escolar e apatia, ressentem-se da ausência do pai”⁸⁸, além de apontar para outras consequências dessa falta:

Meninas sem um pai nas suas vidas têm 2,5 vezes mais propensão a engravidarem na adolescência e 53% mais chances de cometerem suicídio. Meninos sem um pai nas suas vidas têm 63% mais chances de fugirem de casa e 37% mais chances de utilizarem drogas. Meninos e meninas sem pai têm duas vezes mais chances de acabarem na cadeia e aproximadamente quatro vezes mais chances de necessitarem de cuidados profissionais para problemas emocionais ou de comportamento.⁸⁹

Além disso, podem ser observados outros danos psíquicos em crianças e adolescentes com a ausência da figura paterna, tais quais os apontados por Silveira: medo de se relacionar, depressão, baixa autoestima, instabilidade emocional, timidez, carência afetiva, dificuldades no desenvolvimento profissional, entre outros.

Enfim, é evidente que o filho menor em desenvolvimento demanda o amor paterno na concepção atual de família. No entanto, como se verificou com a análise histórica da instituição familiar, nem sempre a figura paterna apresentou sua singularidade através do afeto – retratava, antes, o papel exclusivo de provedor -, sem que isso impedisse o desenvolvimento da sociedade. Portanto, esta é uma característica nova do pai, mas que ainda não se cristalizou de forma plena na sociedade, evidenciando-se que a família passa por um momento de transição.

Desta forma, entendendo o lugar do pai como uma construção social⁹⁰, passa-se a analisar as consequências do abandono afetivo no âmbito da responsabilidade civil: é ou não cabível a indenização ao filho abandonado?

⁸⁸ POLITY, E.; SETTON, M.Z.; COLOMBO, S.F. *Ainda existe a cadeira do papai? Conversando sobre o lugar do pai na atualidade*. 1ª ed. Vetor. São Paulo, 2004. P. 191.

⁸⁹ Idem.

⁹⁰ “Entendemos que o lugar do pai, assim como o lugar de cada membro da família, deve ser compreendido como produto de uma construção social, segundo os seus papéis complementares com suas características e expectativas que atendem à não paralisação da família e do indivíduo, mas que busca a divisão de tarefas de forma significativa para aquele grupo. Quanto mais claro for esse processo, mais facilmente seus membros poderão estar aptos a cumprir suas funções e prosseguir sem ressentimentos o seu processo de desenvolvimento evolutivo.” In: POLITY, E.; SETTON, M.Z.; COLOMBO, S.F. *Ainda existe a cadeira do papai? Conversando sobre o lugar do pai na atualidade*. 1ª ed. Vetor. São Paulo, 2004. P. 226, 227.

4. ABANDONO AFETIVO PATERNO E RESPONSABILIDADE CIVIL

Após todas as elucidações feitas neste trabalho, finalmente é possível fazer uma análise jurídica acerca da relação entre o desenvolvimento da subjetividade da criança e do adolescente e a ausência da figura de seu pai.

Conforme observou-se no capítulo anterior, desta falta podem decorrer danos psicológicos, já que o lugar do pai demanda atualmente uma prestação de afeto, de amor. No entanto, a história das famílias demonstra que a afetividade nem sempre foi uma expectativa na relação paterno-filial e a análise psicanalítica traz à tona a ideia de que a função do pai pode ser exercida na psique da criança mesmo sem a presença do mesmo, já que outros indivíduos podem substituí-lo.

Desta sorte, é necessário refletir sobre as consequências jurídicas dos abalos psicológicos decorrentes do abandono afetivo, questionando-se se este dano moral é passível de indenização pecuniária ou não. Cumpre esclarecer, então, que o tema é controvertido, tanto no âmbito doutrinário como no jurisprudencial, havendo defensores respeitáveis de ambas as correntes, as quais se passam, então, a observar.

4.1. APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A corrente que entende ser cabível a indenização pelo dano moral decorrente do abandono afetivo é representada por grandes nomes do universo jurídico, como Paulo Lobo, Maria Berenice Dias, Katia Maciel e Flávio Tartuce. Esta concepção baseia seu argumento na violação do dever de convivência familiar e assistência imaterial ao filho, o que afasta um dos elementos da paternidade responsável, que é a afetividade, mesmo que o genitor cumpra sua responsabilidade material, através do adimplemento da prestação alimentícia.

Neste sentido, o pensamento de Paulo Lobo:

Entendemos que o princípio da paternidade responsável estabelecido no art. 226 da Constituição não se resume ao cumprimento do dever de assistência material. Abrange também a assistência moral, que é dever jurídico cujo descumprimento pode levar à pretensão indenizatória. O art. 227 da Constituição confere à criança e ao adolescente os direitos “com absoluta

prioridade”, oponíveis à família — inclusive ao pai separado —, à vida, à saúde, à educação, ao lazer, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar, que são direitos de conteúdo moral, integrantes da personalidade, cuja rejeição provoca dano moral. O poder familiar do pai separado não se esgota com a separação, salvo no que concerne à guarda, permanecendo os deveres de criação, educação e companhia (art. 1.634 do Código Civil), que não se subsumem na pensão alimentícia. Portanto, o “abandono afetivo” nada mais é que inadimplemento dos deveres jurídicos de paternidade. Seu campo não é exclusivamente o da moral, pois o direito o atraiu para si, conferindo-lhe consequências jurídicas que não podem ser desconsideradas. Por isso, seria possível considerar a possibilidade da responsabilidade civil, para quem descumpra o múnus inerente ao poder familiar. “Afinal, se uma criança veio ao mundo — desejada ou não, planejada ou não — os pais devem arcar com a responsabilidade que esta escolha (consciente ou não) lhes demanda”.⁹¹

Conforme já observado supra, quando da análise do poder familiar ou autoridade parental, tal instituto reveste-se muito mais de um caráter obrigacional do que de determinação de direitos aos pais, devendo ser interpretado à luz do princípio do melhor interesse e da proteção integral da criança e do adolescente. Assim, os diversos dispositivos legais e constitucionais já mencionados impõem aos pais uma série de deveres elementares de uma paternidade responsável, o que entende-se fundamental para o sadio desenvolvimento da subjetividade dos filhos menores de dezoito anos.

Para os defensores da presente corrente, a convivência afetiva entre pai e filho é um elemento essencial da paternidade responsável e o descumprimento desta obrigação pode gerar abalos psicológicos⁹², conforme exposição do capítulo anterior, os quais se revestiriam da natureza de danos morais.

A consequência sancionatória do abandono parental, aplicada de forma pacificada atualmente, é a destituição do poder familiar. No entanto, em muitos casos, a perda da autoridade parental pode significar, na realidade, um bônus para pai ausente. Além disso, é mister reconhecer que, de acordo com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, as sanções devem ter uma dupla finalidade: além de punir o pai que deixa de

⁹¹ LOBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4ª ed. Saraiva: São Paulo, 2011. P. 312.

⁹² “A Constituição (CF 227) e o ECA acolheram a doutrina da proteção integral. Modo expreso, crianças e adolescentes foram colocados a salvo de toda forma de negligência. [...] a convivência dos filhos com os pais não é direito, é dever. Não há direito de visita-lo, há obrigação de conviver com ele. O distanciamento entre pais e filhos produz sequelas de ordem emocional e pode comprometer o seu sadio desenvolvimento. O sentimento de dor e de abandono pode deixar reflexos permanentes em sua vida.” In: DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 6ª ed. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2010. P. 452.

cumprir com sua obrigação, deve proteger e/ou compensar a criança ou adolescente lesado⁹³. Desta forma, a destituição do poder familiar pode não bastar em muitas situações, pelo que se aplicaria a indenização por danos morais, já que houve uma lesão de um bem jurídico tutelado legalmente.⁹⁴

Sobre o tema, Maria Berenice Dias assevera:

Comprovado que a falta de convívio pode gerar danos, a ponto de comprometer o desenvolvimento pleno e saudável do filho, a omissão do pai gera dano afetivo suscetível de ser indenizado. A negligência justifica, inclusive, a perda do poder familiar, por configurar abandono (CC 1.638 II). Porém, esta penalização não basta. Aliás, a decretação da perda do poder familiar, isoladamente, pode constituir-se não em uma pena, mas bonificação pelo abandono.⁹⁵

Na mesma orientação, encontra-se Katia Maciel, que afirma, ainda, que a indenização pode ter a função pedagógica, além da sancionatória, de modo a restabelecer a relação afetiva entre pai e filho:

[...] a desassistência imaterial ou material deve ser sempre desmotivada através de sanções. A ausência de afeto dos pais para com os filhos, caracterizada por um abandono prolongado, ou mesmo pela omissão periódica no dever de visitá-los, pode ser motivo de indenização por dano moral, cumulada ou não com a ação de suspensão ou destituição do poder familiar (art. 292, § 1º, incisos I, II e III, do CPC).

[...] é possível inferir que a imposição da sanção civil nestas espécies de ações tem por meta principal castigar o culpado pelo agravo moral, mas também conscientizar o genitor faltoso e negligente de que a conduta deve cessar e ser evitada, buscando-se o caminho da reconciliação e restabelecimento dos laços de afeto.⁹⁶

⁹³ SILVEIRA, Melina Sanches, 2005, apud POSTER, Mark. *Teoria crítica da família*. Rio de Janeiro: Zahar, 1979. P. 74.

⁹⁴ “Na opinião deste autor, é perfeitamente possível a indenização, eis que o pai tem o dever de gerir a educação do filho, conforme o art. 229 da CF/1988 e o art. 1.634 do CC. A violação desse dever pode gerar um ato ilícito, nos termos do art. 186 do CC, se provado o dano a integridade psíquica.” In: TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. Método: São Paulo, 2011. P. 947.

⁹⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 6ª ed. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2010. P. 453.

⁹⁶ MACIEL, Katia R. F. L. A. et al. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos*. 4. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010. P. 120, 121.

Para que seja aplicada a indenização em face do pai ausente, então, é necessário pontuar que se trata de responsabilidade civil extracontratual subjetiva decorrente de uma omissão. Para a hipótese de sua aplicação, devem ser verificados os requisitos elementares deste tipo de responsabilidade, identificados no art. 186 do CC: a conduta culposa (ato ilícito), o nexo de causalidade e o dano (“aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”).

A conduta é a ação ou omissão que exterioriza uma vontade do agente, produzindo consequências no campo jurídico⁹⁷. No caso ora ventilado, a ausência paterna manifesta-se através de uma conduta negativa, ou seja, uma omissão. E para que consista numa omissão indenizável, é necessário que seja juridicamente relevante, conforme leciona Sergio Cavalieri Filho:

[...] a omissão adquire relevância jurídica, e torna o omitente responsável, quando este tem **dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado**, dever, esse, que pode advir da lei, do negócio jurídico ou de uma conduta anterior do próprio omitente, criando o risco da ocorrência do resultado, devendo, por isso, agir para impedi-lo. Em casos tais, não impedir o resultado significa permitir que a causa opere. O omitente coopera na realização do evento com uma condição negativa, ou deixando de movimentar-se, ou não impedindo que o resultado se concretize.⁹⁸

Tal conduta deve ser, ainda, culposa, ou seja, é preciso que haja um querer, uma vontade livre do agente. Frise-se também que a culpa aqui é versada no sentido lato, ou seja, é indiferente se o pai se omitiu com dolo de causar dano ao filho ou se ausentou por negligência, caso em que o dano não é objetivo consciente da conduta negativa. Trata-se, neste caso, da culpa *stricto sensu*, tendo o omitente violado seu dever de cuidado.⁹⁹

O nexo de causalidade exprime-se pela relação objetiva entre conduta do agente e dano, ou seja, para que haja responsabilidade civil, é preciso que o dano o qual se quer indenizar tenha sido causado diretamente pela ação ou omissão do agente. Na questão em tela,

⁹⁷ FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. Atlas: São Paulo, 2008. P. 24.

⁹⁸ Idem.

⁹⁹ “[...] a culpa é, na verdade, um conduta deficiente, quer decorrente de uma deficiência da vontade, quer de inaptidões ou deficiências próprias ou naturais. Exprime um juízo de reprovabilidade sobre a conduta do agente, por ter violado o dever de cuidado quando, em face das circunstâncias específicas do caso, devia e podia ter agido de outro modo.” In: FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. Atlas: São Paulo, 2008. P. 33.

é primordial que se verifique que os danos sofridos pelo filho tiveram causa na ausência do pai. Assim, se uma criança com o pai ausente tiver problemas na escola, mas tais problemas forem consequência da prática de bullying por outras crianças, por exemplo, não seria cabível a responsabilização civil do pai.

Por último, revela-se o dano como o principal elemento da responsabilidade civil, a razão pela qual alguém é obrigado a indenizar outrem. Sergio Cavalieri Filho conceitua o dano na esfera civil:

Conceitua-se, então, o dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade, etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em material e moral.¹⁰⁰

Dispondo da divisão entre dano material e moral realizada pelo insigne jurista supra citado, convém identificar a natureza do dano sob análise. As consequências consumadas na psique da criança a partir do abandono afetivo paterno (foco de estudo anterior) constituem um dano moral e, como tal, decorre da violação da própria dignidade e de direitos da personalidade¹⁰¹. E, pela interpretação conjugada dos arts. 186 e 927 do CC, o dano moral também é reparável através da responsabilização civil do agente que o causou:

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.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

O cabimento de indenização em face do pai ausente a fim de reparar os danos morais sofridos pelo filho ainda é uma questão bastante controversa também na esfera jurisprudencial. Assim, apresentam-se algumas decisões importantes que deferiram o pleito indenizatório do filho:

¹⁰⁰ FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. Atlas: São Paulo, 2008. P. 71.

¹⁰¹ “[...] novos direitos da personalidade: a imagem, o bom nome, a reputação, **sentimentos, relações afetivas, aspirações**, hábitos, gostos, convicções políticas, religiosas, filosóficas, direitos autorais.” (**grifos meus**) In: FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. Atlas: São Paulo, 2008. P. 81.

EMENTA – 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 da pessoa humana.¹⁰²

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.
2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.
3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.
4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.
5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.
6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.
7. Recurso especial parcialmente provido.¹⁰³

Por fim, conclui-se a explanação da corrente que defende a responsabilidade civil do pai por abandono afetivo do filho através da sustentação de Maria Berenice Dias:

¹⁰² BRASIL. 7ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº 408.550-5. Apelante: Alexandre Batista Fortes. Apelado: Vicente de Paulo Ferro de Oliveira. Relator: Juiz Unias Silva. Acórdão de 01 de abril de 2004. Disponível em:

¹⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. REsp 1159242/SP. Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI. Súmula de 10 de maio de 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=abandono+afetivo&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>. Data de acesso: 10 de maio de 2015.

A indenização por abandono afetivo poderá converter-se em instrumento de extrema relevância e importância para a configuração de um direito das famílias mais consentâneo com a contemporaneidade, podendo desempenhar papel pedagógico no seio das relações familiares. Claro que o relacionamento mantido sob pena de prejuízo financeiro não é a forma mais correta de se estabelecer um vínculo afetivo. Ainda assim, mesmo que o pai só visite o filho por medo de ser condenado a pagar uma indenização, isso é melhor do que gerar no filho o sentimento de abandono. Ora, se os pais não conseguem dimensionar a necessidade de amar e conviver com os filhos que não pediram para nascer, imperioso que a justiça imponha coactamente essa obrigação.¹⁰⁴

4.2. INAPLICABILIDADE DA INDENIZAÇÃO

O contraponto que se faz à corrente anterior é o que se conclui mais apropriado no atual contexto em que vive a família ocidental. A complexidade relacional dos núcleos familiares e sua característica de constante transformação, aliados à individualidade subjetiva de cada um revelam que foge à esfera interventiva do Estado a cobrança de amor entre as pessoas, inclusive na relação paterno-filial, como será demonstrado a partir deste momento.

Inicialmente, convém destacar que a família nem sempre apresentou os mesmos atributos que ostenta atualmente. Conforme estudado no primeiro capítulo deste trabalho, primitivamente, não era possível nem ao menos identificar-se a paternidade dos filhos, reconhecendo-se como pais todos os homens da *gens*¹⁰⁵. Posteriormente, com o estabelecimento da família patriarcal, já havendo a distinção do pai no núcleo familiar, a este competia uma autoridade absoluta, cumprindo o exercício de um poder sobre os filhos que lhe possibilitava até mesmo decidir sobre sua vida ou morte. Desta forma, a relação de afeto entre pai e filhos tomava um distanciamento natural naquela conjuntura.

A expressão de amor no vínculo paterno-filial é, então, uma originalidade da família contemporânea, sem que, no entanto, ainda esteja plenamente cristalizada, haja vista a grande quantidade de crianças e adolescentes vivendo apenas com a mãe (famílias monoparentais), devido à ausência convivencial e afetuosa com o pai, circunstância que deu impulso a esta pesquisa. Assim, pode-se falar que a família passa por um momento de transição, no qual o lugar do pai biológico ainda não é bem delineado, havendo expectativas

¹⁰⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 6ª ed. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2010. P. 454, 455.

¹⁰⁵ “Segundo a linguagem da Terapia Familiar, poderia se pensar que havia uma total indiferenciação dentro dos grupos familiares.” In: POLITY, E.; SETTON, M.Z.; COLOMBO, S.F. *Ainda existe a cadeira do papai? Conversando sobre o lugar do pai na atualidade*. 1ª ed. Vetor. São Paulo, 2004. P. 48.

muitas vezes contraditórias, como observado por Polity, Setton e Colombo em sua pesquisa experimental, as quais testemunham vozes que esperam do pai ao mesmo tempo o papel de provedor material e de sujeito que transmite um amor incondicional.¹⁰⁶ É o que se exprime nas palavras destas autoras:

O próprio conceito de família (empregado no contexto sociocultural do Ocidente, nos dias atuais) traz implícito um padrão, fora do qual parece existir desorganização, crise ou disfuncionalidade. Propõe-se assim, uma construção linguística e social como ‘famílias da contemporaneidade, novas configurações familiares, famílias em tempo de transição’ que oferecem uma visão de abertura, uma possibilidade de *desfamiliarização* (usado no sentido de desconstrução) do modelo anterior, sem contudo identificar com clareza seu atual significado.¹⁰⁷

Esta desconstrução deve-se dar também no sentido de entender que o vínculo sanguíneo não pressupõe o interesse afetivo¹⁰⁸, vez que este deve se basear no desejo dos sujeitos e não na genética. Assim, entende-se infundado pensar no afeto como um direito subjetivo do filho para com o pai biológico, direito este que poderia ser objeto de pleito judicial, conforme reflexão de Daniella Alheiros Diniz:

Como podem agora querer que a afetividade seja imposta a pais e filhos (ou quem sabe num futuro próximo queiram impô-la também a irmãos) fundando-se apenas no vínculo sanguíneo que os ligam? Se o sangue já não é tão importante, por que agora tentar que ele se sobreponha ao afeto? Se não existe afeto entre parentes ligados pela genética, sejam eles pais e filhos ou não, como poderá o direito impô-lo? Parece uma missão um tanto impossível até para o melhor legislador ou aplicador do direito.¹⁰⁹

A afetividade é um dos pilares que baseiam o atual Direito das Famílias, devendo ser perseguida pelo Estado, mas amor não é um sentimento que possa ser imposto. Na realidade, o afeto está relacionado ao desejo do indivíduo e um desejo só se verifica quando há liberdade para sua fruição. Esta é a lição presente nas palavras de Julio Cezar Braga:

[...] o afeto presente no desejo de convivência, merecedor de reconhecimento pelo Estado para fazer-se respeitar na comunidade juridicossocial, não pode

¹⁰⁶ POLITY, E.; SETTON, M.Z.; COLOMBO, S.F. *Ainda existe a cadeira do papai? Conversando sobre o lugar do pai na atualidade*. 1ª ed. Vetor. São Paulo, 2004. P. 109, 110.

¹⁰⁷ Idem. P. 182.

¹⁰⁸ BRAGA, Julio Cezar de Oliveira. *Abandono afetivo: Da urgência do diálogo entre Direito e Psicanálise*. Dissertação (Mestrado). Universidade Veiga de Almeida. Rio de Janeiro, 2012. P. 18.

¹⁰⁹ BRAGA *apud* DINIZ, Daniella Alheiros. *A impossibilidade de responsabilização civil dos pais por abandono afetivo*. Revista Jus Navegandi, 2009.

ser convertido em dever de convivência. O Estado deve tutelar a liberdade do afeto e não aprisioná-lo [...] O afeto somente poderá existir se decorrente do desejo entre os sujeitos e não imposto por outrem.¹¹⁰

A imposição do afeto através de requerimentos judiciais leva à reflexão acerca da forma como se lida com a dor e as frustrações no mundo pós-moderno. Hoje, o sistema capitalista globalizado, através das mídias e do hiperconsumo, impele a ideia de que a felicidade pode ser facilmente comprada e o sofrimento é insuportável¹¹¹. Isto posto, vende-se a fantasia de que as frustrações podem ser solucionadas de forma simples e ágil, como é a indenização por danos morais no presente caso.¹¹² E nesta pretensa solução mágica do desamparo afetivo, não se busca a verdadeira causa do problema, mas simplesmente um modo paliativo de amenizar seus sintomas, por intermédio da vitimização do sujeito e penalização do pai “abandônico”, conforme instrui Bauman em sua adjetivação da vida pela sua liquidez:

Uma pessoa, ou sujeito de direito, pode ser processada, e não faltam especialistas jurídicos ávidos por assumir a causa do sofredor. Além dos benefícios materiais que os sofredores e seus advogados podem obter a partir do veredicto positivo de um tribunal, a suposta vitimização será então legitimamente confirmada, e assim o impacto terapêutico da explicação da dor mediante a vitimização será reforçado, ainda que as causas da dor saiam intactas desse procedimento.¹¹³

Esta forma fantasiosa de lidar com as frustrações familiares se coaduna, então, com a ideologia capitalista, que torna líquida tanto a vida como o amor, como atualissimamente aborda Bauman. Indenizar através do dinheiro os danos decorrentes da ausência paterna significa comparar o Direito das Famílias ao Direito das obrigações, ignorando as complexidades daquele ramo do Direito. Além disso, essa forma de solução dos conflitos familiares traduz-se numa patrimonialização das relações parentais, o que importa, na verdade, no afastamento do próprio princípio da afetividade, o qual requer a liberdade para a fruição do desejo e do amor de cada sujeito. Leonardo Castro discorre acerca da cisão relacional que decorre do pleito indenizatório entre pai e filho:

A relação afetuosa deve ser fruto de aproximação espontânea cultivada reciprocamente, e não de força judicial [...]. Após a lide, uma barreira intransponível os afastará ainda mais, sepultando qualquer tentativa de

¹¹⁰ BRAGA, Julio Cezar de Oliveira. *Abandono afetivo: Da urgência do diálogo entre Direito e Psicanálise*. Dissertação (Mestrado). Universidade Veiga de Almeida. Rio de Janeiro, 2012. P. 147.

¹¹¹ Idem. P. 181.

¹¹² “Numa cultura consumista como a nossa, que favorece o produto pronto para uso imediato, o prazer passageiro, a satisfação instantânea, resultados que não exijam esforços prolongados, receitas testadas, garantias de seguro total e devolução do dinheiro. A promessa de aprender a arte de amar é a oferta (falsa, enganosa, mas que se deseja ardentemente que seja verdadeira) de construir a “experiência amorosa” à semelhança de outras mercadorias, que fascinam e seduzem, exibindo todas essas características e prometem desejo sem ansiedade, esforço sem suor e resultados sem esforço.” In: BRAGA *apud* BAUMAN, Zygmunt. *Amor Líquido. Sobre a fragilidade dos laços humanos*. Jorge Zahar Editor: Rio de Janeiro, 2004. P. 106.

¹¹³ BRAGA *apud* BAUMAN, Zygmunt. *Vida líquida*. Jorge Zahar Editor: Rio de Janeiro, 2009. P. 66, 67.

futura reconciliação. Se a solução fosse o dinheiro, a própria pensão alimentícia atenderia ao objeto da reparação, o que não ocorre.¹¹⁴ (CASTRO, 2008, p.20).

Por isso, pode-se questionar a finalidade da indenização por abandono afetivo, já que a intenção de reparação judicial cria uma lide que pode afastar por completo a possibilidade de que o amor de fato ocorra entre as duas pessoas. Neste sentido, Samir Nassralla afirma que a responsabilização do pai “reprimiria um comportamento reprovável do ponto de vista moral, mas questionável se tal ingerência estatal atenderia ao melhor interesse da família, qual seja a estimulação da própria retomada do vínculo afetivo”¹¹⁵.

Alexandre Morais Rosa resume de forma direta o que se aborda neste ponto acerca das “demandas postas, acolhidas/rejeitadas, e trocadas por dinheiro, cuja função simbólica é sabida: pago para que não nos relacionemos”¹¹⁶.

Assim, verifica-se que apenas a função punitiva da indenização é alcançada, restando ineficazes as funções pedagógica e de proteção à criança e ao adolescente. Contrapondo, então, a doutrina que entende ser cabível a reparação indenizatória, a Psicanálise indica que os ressentimentos e frustrações fazem parte da realidade humana e, portanto, devem ser compreendidas e ressignificadas de forma a possibilitar o desenvolvimento subjetivo de cada indivíduo e não internalizadas de forma a eternizar o ressentimento.¹¹⁷

Neste diapasão, entende-se que o deferimento dos pedidos de indenização pelo abandono afetivo traduz-se em um ativismo judicial superficial, que não esgota toda a complexidade que as relações familiares apresentam. Além disso, é fundamental pontuar que a atividade estatal é limitada, não podendo intervir de forma desarrazoada na esfera da vida privada. É o que se depreende das palavras de Andréa Pachá, a partir de sua louvável experiência na magistratura no âmbito do Direito de Família:

O Poder Judiciário não pode substituir o poder familiar. Daí a importância da mediação para que não ocorra a judicialização do afeto. É importante que o juiz tenha uma formação adequada, pois não há nada mais danoso que um juiz salvacionista que promove a infantilização das pessoas, criando na ponta uma sociedade também infantil. [...] Esse embate instiga a refletir sobre o papel social e jurídico dos detentores da guarda e do poder familiar, bem como sobre os limites da interferência estatal nas relações privadas e sobre o

¹¹⁴ BRAGA *apud* CASTRO, Leonardo. *Precedente perigoso. O preço do abandono afetivo*. In: Revista IOB de Direito de Família, n.46, fev/março 2008. P. 20

¹¹⁵ BRAGA *apud* NASSRALLA, Samir. *Reflexões acerca da responsabilidade civil parental por abandono afetivo*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n.2577, 22 jul. 2010.

¹¹⁶ ROSA, Alexandre Morais. *Mercando a dor no Poder Judiciário: a questão do dano moral pelo Abandono Afetivo*. Direito e Psicanálise – interseções a partir de “O Mercador de Veneza” de Willian Shakespeare. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008. P. 92.

¹¹⁷ “Impede-se, com a posição ressentida, endossada por alguns Tribunais, que a potência de vida advinda da falta que constitui o desejo do sujeito possa ressignificar suas experiências, por mais dolorosas que sejam, o que é proposto pela práxis da Psicanálise.” In: BRAGA, Julio Cezar de Oliveira. *Abandono afetivo: Da urgência do diálogo entre Direito e Psicanálise*. Dissertação (Mestrado). Universidade Veiga de Almeida. Rio de Janeiro, 2012. P. 146.

respeito à intimidade nas relações familiares, como princípio constitucional.¹¹⁸

Ainda no plano da intervenção estatal nas relações familiares, é criticável a forma simplista como os três Poderes vêm tratando os temas de Direito das Famílias, especialmente o Judiciário, conforme assevera Julio Cezar Braga:

A projeção do Estado faltante, em sua tríade judiciária, legislativa, executiva, aponta para a falta do Outro – o pai, a mãe, a família –, mas não se apercebe da sua própria falta. A militância advocatícia no Juízo de Família revela um contrassenso na atuação do Estado em seu interesse de preservar as relações de convivência afetiva entre filhos e pais separados. Invariavelmente, os pedidos de divórcio consensual ficam limitados à fixação de somas alimentícias, regras de visitação e partilha patrimonial, homologados de forma célere. Não há tempo nem espaço nem preocupação em reunir os pais para lhes asseverar sobre a importância do convívio com seus filhos, no momento da separação. A pressa na decretação do divórcio ou na resolução dos problemas de ordem financeira e patrimonial solapa os interesses subjetivos dos filhos. Tampouco se vê tal atitude nos processos litigiosos. As disposições sobre a vida dos filhos menores se resumem cada vez mais às regras de visitação pré-moldadas. A meta judicial, em regra, dedica-se à apuração dos custos do alimentando e do valor da pensão que pode ser paga pelo alimentante. Mera matemática financeira. A calculadora tornou-se o mais importante instrumento nas mãos dos Juízes e Promotores, nas audiências para a resolução dos problemas no Juízo de Família.¹¹⁹

Não se quer dizer que o Estado não pode intervir nas relações privadas, no entanto, os princípios constitucionais precisam ser ponderados de forma a não suprimir a liberdade, a privacidade e a autonomia de um sujeito em favor de supostos direitos de outros.

Como já foi dito, a resposta imediata para a tristeza decorrente do desamparo é atualmente a vitimização através da reparação pecuniária. Esta forma ilusória, que apenas ameniza os sintomas do problema, é refutado pela Psicanálise, que tem por fim, na realidade, solucionar a causa do conflito, tendo como instrumento o próprio sujeito, não como vítima, mas como indivíduo pleno e com as frustrações naturais das personalidades humanas.

É fundamental, ainda, que se utilize uma perspectiva relacional para a análise da posição paterna na família, compreendendo que o pai ocupa um lugar ao lado de vários outros lugares¹²⁰, conforme já abordado em capítulo anterior. Por isso, não se deve omitir que o pai é também um sujeito com seus próprios conflitos, dores e frustrações. Desta feita, imperioso

¹¹⁸ PACHÁ, Andréa Maciel. *Quando menos interferência é mais Justiça*. Disponível no site http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/12/familiadoseculo_XXI_9.pdf. Data de acesso: 30 de maio de 2015.

¹¹⁹ BRAGA, Julio Cezar de Oliveira. *Abandono afetivo: Da urgência do diálogo entre Direito e Psicanálise*. Dissertação (Mestrado). Universidade Veiga de Almeida. Rio de Janeiro, 2012. P. 146.

¹²⁰ POLITY, E.; SETTON, M.Z.; COLOMBO, S.F. *Ainda existe a cadeira do papai? Conversando sobre o lugar do pai na atualidade*. 1ª ed. Vetor. São Paulo, 2004. P. 94.

destacar mais um auxílio que a Psicanálise traz ao tema, qual seja, a ideia da transmissão de modelos vivenciais entre as gerações, de modo que os conflitos existentes em uma geração são novamente revisitados pelas gerações seguintes, o que revela que a ausência de afetividade vai além do simples querer pessoal, podendo estar relacionado a um desamparo vivido pelo próprio pai. Tal fenômeno é trazido por Andolfi e Angelo, através da letra de Polity, Setton e Colombo:

Andolfi e Angelo [...] explicam que ‘o mito transmite, de uma geração para outra, num fragmento de vida, um pedaço de realidade, modelando os filhos, congelando crenças e regras’.

[...] Existe um grande número de pais que pode ser descrito como em regime de orfandade, para os quais o isolamento e sensação de vazio estão frequentemente presentes. Esses pais pouco conhecem o lugar de seus pais e o seu próprio, visto que com a rápida mudança do cenário social não conseguiram se localizar em suas novas posições.¹²¹

Desta forma, a Psicanálise ensina que é essencial que não se desumanize o sujeito, a partir da aceitação de que todos são falhos e ambivalentes “entre a obediência e a transgressão, seus limites e seus desejos, a lei e o fora-da-lei”, inclusive o pai em relação aos filhos.¹²²

A partir de toda esta compreensão, tem-se que é impossível trilhar um caminho de observação da sociedade a partir de um ponto de vista unitário, criando certezas universais. Agir desta forma significa impor uma estrutura moralista única como correta no campo da subjetividade humana, que abrange uma cartela numerosa de possibilidades.¹²³ Assim reflete Julio Cezar Braga acerca do tema específico em estudo:

Tais orientações jurídicas, que defendem ou reconhecem a procedência da demanda indenizatória proposta pelo filho afetivamente abandonado, filiam-se ao dever de afeto ou da convivência afetiva, adotando em sua justificativa o imperativo categórico kantiano⁴⁹, qual seja: o agir sempre baseado nos princípios que se pretenda ver aplicados universalmente, um dever moral que atinja a todos, sem exceção, não importando a singularidade do sujeito.¹²⁴

Enfim, finaliza-se a explanação da corrente que afasta a aplicabilidade da indenização em decorrência do abandono afetivo paterno afirmando ser o tema demasiadamente complexo, como é a natureza de todo o Direito das Famílias e das relações familiares em si. Como já explicitado no item anterior, tal complexidade também se revela na jurisprudência pátria, razão pela qual se expõem agora decisões que divergem das apresentadas anteriormente, no sentido de indeferir os pleitos indenizatórios:

¹²¹ POLITY, E.; SETTON, M.Z.; COLOMBO, S.F. *Ainda existe a cadeira do papai? Conversando sobre o lugar do pai na atualidade*. 1ª ed. Vetor. São Paulo, 2004. P. 170, 182.

¹²² BRAGA, Julio Cezar de Oliveira. *Abandono afetivo: Da urgência do diálogo entre Direito e Psicanálise*. Dissertação (Mestrado). Universidade Veiga de Almeida. Rio de Janeiro, 2012. P. 135.

¹²³ Idem. P. 91.

¹²⁴ Idem. P. 92.

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. RECONHECIMENTO. DANOS MORAIS REJEITADOS. ATO ILÍCITO NÃO CONFIGURADO.

I. Firmou o Superior Tribunal de Justiça que "A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária" (Resp n.757.411/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, unânime, DJU de 29.11.2005).

II. Recurso especial não conhecido.¹²⁵

1. INDENIZAÇÃO.

2. DANO MORAL.

3. OBJETIVO INDENIZATÓRIO DEDUZIDO POR FILHA CONTRA O PAI, VISANDO COMPENSAÇÃO PELA AUSÊNCIA DE AMOR E AFETO.

4. NINGUÉM ESTÁ OBRIGADO A CONTEMPLAR QUEM QUER QUE SEJA COM TAIS SENTIMENTOS.

5. DISTINÇÃO ENTRE O DIREITO E A MORAL.

6. INCIDÊNCIA DA REGRA CONSTITUCIONAL, PILAR DAS DEMOCRACIAS MUNDO AFORA, E A LONGO TEMPO, ESCULPIDA NO ART. 5º, II, DE NOSSA CARTA POLÍTICA, SEGUNDO A QUAL "NINGUÉM SERÁ OBRIGADO A FAZER OU DEIXAR DE FAZER ALGUMA COISA SENÃO EM VIRTUDE DE LEI".

7. PRETENSÃO MANIFESTAMENTE MERCANTILISTA, DEDUZIDA NA ESTEIRA DA CHAMADA INDÚSTRIA DO DANO MORAL, COMO SEMPRE PROTEGIDA POR DEFERIMENTO DE GRATUIDADE DE JUSTIÇA.

8. CONSTATAÇÃO DE MAIS UMA TENTATIVA DE GANHO FÁCIL, SENDO IMPERIOSO EVITAR A ABERTURA DE LARGA PORTA COM PRETENSÕES DO GÊNERO.

9. SENTENÇA QUE MERECE PRESTÍGIO.

10. RECURSO IMPROVIDO.¹²⁶

¹²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. REsp 514350/SP. Relator Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR ANDRIGHI. Súmula de 25 de maio de 2009. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=REsp+757.411%2FMG. Data de acesso: 10 de maio de 2015.

¹²⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Quarta Câmara Cível. Apelação Cível n. 2004.001.13664. Relator Desembargador MÁRIO DOS SANTOS PAULO. Acórdão de 14 de setembro de 2004. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00031387F728A873405D9C6F32CE322BCEB39138C31D611E>. Data de acesso: 10 de maio de 2015.

5. CONCLUSÃO

Este trabalho buscou analisar a família de forma ampla tanto em seu sentido institucional, a partir de seu histórico, como por seu viés intersubjetivo, analisando-se as características individuais de cada indivíduo em suas interações familiares.

O ponto marcante, que chama a atenção, é o fato de que a tendência original da presente pesquisa foi a de considerar a responsabilidade civil do pai abandonico, numa tentativa de responder de forma prática às desigualdades de gênero que perpassam as famílias brasileiras. Isto porque a maioria dos casos de abandono parental se dá em decorrência do afastamento do pai, enquanto as mães se veem sozinhas com todo o peso da responsabilidade de criar um filho.

No entanto, a partir das diversas abordagens adotadas no estudo, desde a análise dos modelos familiares que existiram antes do atual até a observação dos escritos psicanalíticos que demonstram a singularidade de cada pessoa, que traz consigo uma subjetividade própria, essa tendência inicial transformou-se na certeza de que a resposta para esta desigualdade flagrante não é tão simples que se possa solucionar através de indenização pecuniária.

Entende-se por fundamental identificar também as subjetividades do pai a partir de um ponto de vista relacional, ou seja, ele também tem suas frustrações e conflitos, não sendo correto criar uma imagem negativa da figura paterna sem, contudo, analisar a sua posição em relação a todos que o cercam, inclusive seus próprios pais, numa sociedade ainda patriarcal, que influencia diferentemente na vida de homens e mulheres, criando estereótipos e expectativas distintas de cada um.

Um outro parâmetro que também deve ser refletido é o sistema em que vivemos, capitalista e globalizado, corretamente adjetivado por Bauman como líquido, onde as relações interpessoais tornam-se cada vez mais superficiais, enquanto se valoriza em demasia o dinheiro. É neste contexto que a ideia de converter amor em pecúnia é tão facilmente aceita por muitos, de forma a ignorar por completo a complexidade própria da família ou de qualquer relação de afeto.

Assim, acredita-se, em decorrência de todo este estudo, que a reparação da ausência afetiva por meio do dinheiro do pai, na verdade, afasta por completo a possibilidade de que um dia a relação paterno-filial possa se refazer envolvida em amor. E isto torna a vida ainda mais líquida e superficial.

Além disso, fez-se a compreensão de que o afeto paterno é determinante na vida de uma criança ou adolescente, haja vista os danos decorrentes de sua ausência na psique destes. Este é um fato inegável e a pretensão desta dissertação não é naturalizá-lo, mas, pelo contrário, solucioná-lo de forma radical, no sentido de buscar-se a raiz do problema e não simplesmente a amenização de seus sintomas.

E qual seria, então, a melhor forma de resolver os conflitos familiares, que fazem transparecer também o problema da desigualdade de gênero, sem que se recorra à lógica

capitalista simplista de acreditar que o dinheiro pode comprar felicidade ou, ao menos amenizar a tristeza?

Esta é uma pergunta a qual o presente trabalho não pretende solucionar, pois demanda uma série de outras pesquisas mais profundas acerca de novas formas de resolução de conflitos pelo Poder Judiciário. Porém, certo é que a realidade social não se altera a partir de leis ou de decisões judiciais. No sentido inverso, são as transformações da sociedade que operam as definições e limitações jurídicas. Assim sendo, é forçoso reconhecer que nenhuma vontade no domínio do Direito poderá fazer valer de forma instantânea e prática a ideia de que os pais devem conviver afetivamente com os filhos. Nem tampouco seria eficaz norma ou jurisprudência reiterada com a finalidade de pôr fim às desigualdades entre homens e mulheres que ainda descolorem o cenário brasileiro.

A solução, por mais dificultosa que possa parecer, é a mudança dos paradigmas culturais, enterrando de vez os passados patriarcais e machistas, de modo que homens e mulheres realmente ultrapassem os estereótipos sociais e possam relacionar-se num plano de igualdade em relação a si mesmos e a seus filhos.

Por mais justa que possa parecer a indenização decorrente dos danos morais sofridos pelas crianças e adolescentes que não têm seu desejo do amor paterno satisfeito, esta é uma decisão superficial que não traria nenhuma transformação na sociedade, valendo-se apenas da lógica capitalista de que o dinheiro pode reparar qualquer infortúnio. Mas as relações interpessoais são mais do que isso e esta foi a crítica pretendida, finalmente, após todas as observações deste trabalho.

BIBLIOGRAFIA

BARRETO, Luciano Silva. *10 Anos do Código Civil. Aplicação, Acertos, Desacertos e Novos Rumos*. V. 1. EMERJ. Rio de Janeiro, 2013. Disponível no site: http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumeI/10anosdocodigocivil_205.pdf Acesso em: 09 de abril de 2015.

BRAGA, Julio Cezar de Oliveira. *Abandono afetivo: Da urgência do diálogo entre Direito e Psicanálise*. Dissertação (Mestrado). Universidade Veiga de Almeida. Rio de Janeiro, 2012.

BRASIL. *Pai Presente e Certidões*. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). 2ª edição. 2015. Disponível no site: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques//arquivo/2015/04/b550153d316d6948b61dfbf7c07f13ea.pdf>

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*.

BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil.

BRASIL. *Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil.

BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente.

COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. Editora das Américas: São Paulo, 1961. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/cidadeantiga.pdf>. Data de acesso: 23 de janeiro de 2015.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 6ª ed. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família*. V. 5. 25ª ed. Saraiva: São Paulo, 2010.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. 1ª ed. Expressão Popular: São Paulo, 2010.

FARIAS, C.; ROSENVALD, N. *Curso de Direito Civil. Direito das Famílias*. V. 6. Ed. Jus Podium: Salvador, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito de Família*. Coleção Sinopses Jurídicas, v.2. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOBO, Paulo. *Direito Civil: famílias*. 4ª ed. Saraiva: São Paulo, 2011.

MACIEL, Katia R. F. L. A. et al. *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos*. 4. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010.

PACHÁ, Andréa Maciel. *Quando menos interferência é mais Justiça*. Disponível no site http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/12/familiadoseculoXXI_9.pdf. Acesso em: 30 de maio de 2015. Data de acesso: 10 de maio de 2015.

POLITY, E.; SETTON, M.Z.; COLOMBO, S.F. *Ainda existe a cadeira do papai? Conversando sobre o lugar do pai na atualidade*. 1ª ed. Vetor: São Paulo, 2004.

SOARES, Rachel Veríssimo dos Santos. *O abandono afetivo e sua repercussão jurídica no Direito das Famílias: Contornos da responsabilidade civil à luz da proteção à Dignidade Humana*. EMERJ. Rio de Janeiro, 2013.

SILVEIRA, Melina Sanches. *O direito ao afeto na relação entre pai e filho e o dano moral*. Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio De Toledo”. Presidente Prudente/SP, 2005. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/389/384> Data de acesso: 06 de janeiro de 2015.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. Método: São Paulo, 2011.