

**A RESPONSABILIDADE CIVIL EM FACE DO ABANDONO AFETIVO E A
PROBLEMÁTICA DO QUANTUM INDENIZATÓRIO**

Maria Amália de Figueiredo Pereira Alvarenga

Resumo: Este artigo analisa a possibilidade de reparação do dano moral, decorrente do descumprimento dos deveres imateriais derivados do poder familiar. Pretende apresentar um conteúdo jurídico ao tema afeto, corriqueiramente correlacionado à idéia de sentimento. Habitualmente, tal problemática é equivocadamente, resumida ao termo: abandono afetivo. Tese prontamente repudiada pelos tribunais brasileiros. Não cabe, de fato, ao Direito, perquirir sobre o bem querer, na relação paterno-filial. Mas impõe analisar as condutas externas, próprias e esperadas dos pais, face o princípio da paternidade responsável e do melhor interesse da criança, adolescente e jovem. Tal perspectiva contribuirá para o salutar desenvolvimento ético-existencial, psíquico e social dos filhos menores.

Civil Liability in face of emotional abandonment and the problematic of indemnity

Abstract: This paper examines the possibility of compensation for moral damages, resulting from the noncompliance with obligations derived from intangible family power. It wants to show a legal content to the affection issue, routinely correlated to the idea of feeling. Usually, this problem is erroneously summarized as emotional abandonment. Such question is being promptly repudiated by the Brazilian Courts. It is not competence of the law to evaluate the goodwill in a parent-child relationship. However, the external behavior of parents must be analyzed, a behavior that should be proper and what parents are expected for. All of this, in face to the principle of responsible parenthood and of the best interests of the child, adolescent and young. This perspective will contribute to the healthy, ethical-existential, psychological and social development of the children.

Keywords: civil liability; quantification; moral damage; emotional abandonment; responsible parenthood, repair

Introdução

É pacífico na doutrina e jurisprudência, que o descumprimento da obrigação material dos pais em relação aos filhos menores, é passível de sanção, inclusive de prisão civil, conforme os ditames da Constituição Federal de 1988. Porém, o

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

descumprimento dos deveres imateriais derivados do poder familiar, não recebem tratamento igualitário por parte do judiciário brasileiro. Habitualmente resume-se toda a discussão, a idéia de afeto. Assim, os tribunais pátrios não concedem provimento ao pleito, sob a alegação de que sentimento, é algo alheio ao Direito, impossível de ser imposto. Mas, quais os deveres inerentes do poder familiar? Toda a prestação imaterial, decorrente da paternidade responsável, confina-se apenas na afetividade? Ou o Estado pode impor condutas externas próprias aos pais? A Constituição Federal, dispõe como ápice axiológico, a dignidade da pessoa humana. Esta como centro da tutela jurídica. Assim, ratifica a importância da efetividade do princípio da paternidade responsável e do melhor interesse da criança, adolescente e jovem, neste contexto analisado.

A família, núcleo social primário, deve estar a serviço da formação e bem-estar de seus integrantes. Destaque merece as crianças, jovens e adolescentes, seres humanos em desenvolvimento psíquico, ético-existencial e social. Assim, não pode o Estado requerer de uma relação paterno-filial, apenas os aspectos materiais. Carece de imposição, alguns aspectos imateriais, tais como: convivência familiar, acompanhamento escolar, momentos lúdicos na companhia dos pais e cuidados em geral. Não cabe ao Estado dirigir a afetividade, mas impor condutas próprias da paternidade.

Para responder os questionamentos acima, partir-se-á da premissa de que as obrigações imateriais têm igualdade axiológica as obrigações materiais, decorrentes do poder familiar. Que o tratamento jurídico dispensado pelos tribunais brasileiros ao tema, é incompatível com o pleno desenvolvimento psíquico, ético-existencial e social das crianças, jovens e adolescentes. Com ênfase na função humanizante, o descumprimento das funções próprias dos pais, deverão ser melhor analisada pelo do judiciário brasileiro, impondo sanções ao descumprimento das obrigações imateriais decorrentes do poder familiar.

Na perspectiva de reparar o dano decorrente deste descumprimento, aplicar-se-á, preenchidos os pressupostos da responsabilidade civil, o devido ressarcimento.

Desenvolvimento

Dentre as várias significações que o verbo abandonar pode ter, notadamente ele se relaciona com a idéia de desamparar, renunciar, deixar entregue, abrir mão.

Embora no mundo fático o abandono seja, muitas vezes, concretizado com uma única atitude omissiva, no mundo jurídico existem alguns tipos de abandono que, dependendo de sua caracterização, terão diferentes conseqüências.

Assim, existem, por exemplo, algumas figuras já previstas, especialmente no Código Penal, como o abandono intelectual, que é o deixar de educar e o abandono material, que é o deixar de prover o sustento.

Mas, decorrente do maior respeito aos direitos da personalidade, surge um novo tipo de abandono que cada vez mais toma espaço nas discussões em diversas searas, dentre as quais a jurídica, que é o abandono afetivo. Este abandono surge e se caracteriza quando os pais, sejam ambos ou algum deles, ou ainda alguém que lhes faça as vezes, deixa de prover a devida atenção ao menor, não cuidando de seu aspecto, primordialmente, psicológico, moral, afetivo, que possui especial importância sobre a criança em desenvolvimento, deixando o infante abandonado em seu aspecto de educação na parte sentimental.

Tem-se, assim, que o abandono afetivo se configura quando há o descumprimento do dever de convivência imposto moral e legalmente, que acaba por causar danos imensos na psique dos filhos menores.

Todavia, este dever de convivência não deve ser entendido como pagamento de pensão alimentícia ou registro na certidão de nascimento. Este dever de convivência pressupõe uma paternidade ou maternidade responsável, não se reduzindo a termos meramente econômicos, mas, sobretudo, a termos afetivos, de sadia educação, fazendo com que os laços de parentesco não se resumam apenas ao sangue, mas efetivamente a afetividade.

O Direito não é uma ciência parada, estática, indiferente aos avanços sociais. É um instrumento para a harmonização da vida em sociedade e para a pacificação social,

por isso, feito pela e para a sociedade, com ela deve acompanhar sua evolução e galgar novos desafios e problemas que em tempos pretéritos não existiam.

O caso deste estudo é emblemático. O dano afetivo, como se verá, não é discussão antiga no mundo jurídico. O dano moral já o é. O dano afetivo decorrente do abandono moral é apenas uma nova faceta que vem tomando espaço nas discussões jurídicas.

Assim, é necessário que os instrumentos e institutos se adequem aos novos questionamentos e se adaptem de modo a abranger as novas questões.

Portanto, para o entendimento da responsabilidade civil dos pais pelo abandono afetivo há que se verificar uma atualização no instituto da responsabilidade civil. Neste sentido, a obra de Anderson Schreiber, cuja origem está na tese de doutorado apresentada pelo autor junto à Universidade de Molise, na Itália, é ampla, precisa e clara sobre o assunto:

É evidente que, como resultado direito da erosão dos filtros tradicionais da reparação – ou, em outras palavras, da relativa perda da importância da culpa e do nexo causal como óbices ao ressarcimento dos danos sofridos -, um maior número de pretensões indenizatórias passou, gradativamente, a ser acolhido pelo Poder Judiciário. Cortes que, em outros tempos, fechavam suas portas a ações judiciais promovidas sem demonstração da culpa ou do nexo causal, deixando a vítima sem qualquer forma de compensação, hoje emitem, muitas vezes, provimentos jurisdicionais favoráveis em virtude de uma manipulação mais flexível – ou, como visto nos capítulos anteriores, até de uma presunção ou desconsideração – dos pressupostos tradicionais da responsabilidade civil¹.

Esta nova percepção exposta por Schreiber traz à tona o novo rumo tomado pela responsabilidade civil que, visando uma maior proteção às vítimas, tende a dar maior ênfase no objeto e na razão da reparação, que é o dano, cada vez mais prestigiado na análise jurisprudencial. A expansão do dano reparável também é abordada pelo autor, trazendo exemplos da doutrina italiana, para afirmar que este rumo novo alcança vários sistemas jurídicos, notadamente no mundo ocidental:

¹ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. : da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2. ed. São Paulo. Ed. Atlas, 2009. p. 81.

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

A expansão do dano ressarcível começa a ser, deste modo, noticiada por toda parte. Na Itália, afirma-se que “a função ressarcitória vem, por assim dizer, exaltada pelo incremento dos danos que é um corolário típico da sociedade moderna”. Na França destaca-se “a aparição e multiplicação de danos completamente novos, seja pela sua origem, seja pela sua amplitude [...] No Brasil, registra-se que “seja pelo significativo desenvolvimento dos direitos da personalidade, seja pelas vicissitudes inerentes a um instituto que só recentemente tem recebido aplicação mais intensa, a doutrina vem apontando uma extensa ampliação do rol de hipótese de dano moral reconhecidas jurisprudencialmente”².

A expansão da análise do objeto do prejuízo traz tanto um aumento na quantidade dos danos pleiteados como na qualidade destes mesmos males, na medida em que novos interesses, sobretudo de natureza existencial e coletiva, passam a ser considerados pelo tribunais como merecedores de tutela, afastando a mentalidade puramente materialista e trazendo um novo exame crítico ao instituto da responsabilidade civilista, causando autêntica revolução.

Neste contexto surgem os chamados “novos danos” trazidos pelo autor, como exemplo da subsunção da teoria à nova realidade, donde se percebe a necessidade da flexibilização da responsabilidade para poder se adequar às novas necessidades de reparação dos mais diversos tipos de novos danos, multiplicados com o desenvolvimento científico, econômico, intelectual e dos meios de comunicação e transporte.

O dano moral por abandono afetivo, por tudo o que se estudou, integra o rol destes novos danos. Para sua aferição, seguindo a diretriz de Anderson Schreiber, é a de que cumpre ao Juiz investigar se o pai acusado de abandono afetivo cumpriu ou não o disposto no art. 22, da Lei n. 8.069/90 e, especificamente, os encargos dos arts. 1.634, I e 1.634, II, do CC, que regulam o dever de dirigir a educação, de sustento e de tê-los em sua companhia e guarda. Essas circunstâncias são objetivas, de modo que a partir da constatação de que esses deveres foram negligenciados, caberá ao Magistrado valorar a questão da culpabilidade (razões de tais violações) e, por fim, a repercussão da desídia paterna nas relações afetivas, valorando se a rejeição discriminatória e ofensiva é

² SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. : da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2. ed. São Paulo. Ed. Atlas, 2009. p. 81-82.

realmente digna de ser reprovada. O pai que cumpre, mesmo em famílias com membros desunidos, essas funções fundamentais, não poderá ser obrigado a indenizar o infortúnio da separação³.

Ainda, se verifica que o pedido ressarcitório com base no abandono afetivo é juridicamente possível, merecendo amparo do órgão judicante. As questões sobre o amor dedicado, ou não, pelo pai ao filho, são questões de mérito, que serão analisadas com base nos deveres legais e na análise dos fatos, quando o juiz sopesará, na balança da Justiça, a liberdade do pai e o interesse do filho lesado. Neste sentido:

O interesse por trás da demanda de abandono afetivo, portanto, não é, como muitas vezes se diz equivocadamente, um interesse construído sobre a violação do dever de amar ou de dar afeto, mas um interesse fundado no dever normativo expresso dos pais de educarem e criarem seus filhos. E, neste sentido, pode-se concluir pelo seu merecimento de tutela, em abstrato. De outro lado, porém, deve-se observar a conduta alegadamente lesiva. Cumpre verificar se também é ela merecedora de tutela, abstratamente. Aqui, em nível muito geral, poder-se-ia falar em um interesse de liberdade do pai. O legislador, todavia, ao impor sobre o pai deveres de comportamento em face dos filhos, já estabeleceu a relação de prevalência entre tal liberdade e o interesse do menor à adequada formação de sua personalidade, determinando, em síntese, que este último interesse prevalece em relação ao “sustento, guarda e educação dos filhos menores” – não já, note-se, ao amor, afeto, ao carinho, sentimentos pessoais subjetivos com relação aos quais a liberdade de autodeterminação do pai mantém-se prevalente à luz do tecido constitucional. [...]

Constatando-se, ao revés, que o pai violou os deveres de sustento, guarda, companhia, educação ou criação dos filhos menores, sua conduta não será merecedora de tutela. Prevalecerá o interesse do lesado em toda sua abstrata esfera de proteção. Isto não exclui o dever do autor de demonstrar que tal interesse foi efetivamente afetado, ou seja, que a ausência de sustento, guarda, companhia, criação ou educação afetaram concretamente a formação de sua personalidade. Verificado, entretanto, o dano efetivo, este será ressarcível na presença dos demais elementos de responsabilização⁴.

Vê-se, portanto, que a flexibilização dos pressupostos e da forma como se enxerga a responsabilidade civil não exclui o ônus probatório do autor, vítima do dano, em provar que sofreu realmente o citado prejuízo moral ou ainda eventual prejuízo material que derive do mesmo fato, e que também pode ser pleiteado cumulativamente.

³ Cf. SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. : da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2. ed. São Paulo. Ed. Atlas, 2009, p. 178-180.

⁴ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2. ed. São Paulo. Ed. Atlas, 2009. p 179-180.

O dano afetivo, como subespécie do dano moral, se sujeita às mesmas regras de verificação, não podendo ser afastado com o simples argumento de que os pais não são obrigados a amar os filhos, pois, como já dito, tal alegação tem relação com o mérito da demanda e não com sua admissibilidade, sendo o abandono afetivo nova realidade que deve ser enfrentada pelos Tribunais, com uma análise condizente com sua contemporaneidade.

A problemática do *quantum* indenizatório

O *quantum* indenizatório é uma das questões mais polêmicas e controvertidas da responsabilidade civil, revestindo de alguns problemas que podem, contudo ser resumidos no questionamento sobre a função pedagógica, punitiva e satisfativa da indenização.

A função satisfativa da indenização se percebe quando se volta a atenção para a vítima. Visa a sanção civil dar alguma satisfação à vítima pelo dano a si causado, proporcionando o ganho de um bem em troca de outro, que foi lesado pelo agente causador da lesão.

Quando acontece um dano moral, entretanto, a questão não é tão fácil, pois os bens morais da vítima não são mensuráveis. De fato, a dor é inestimável e incomensurável em dinheiro, além de ser impossível ser avaliada por outra pessoa que não o lesado. Este problema, todavia, não pode servir de desculpa para o não arbitramento de indenizações, tampouco para o excessivo montante dado.

O dano moral não é passível de ser ressarcido *in natura*. Quando ocorre um dano material, como, por exemplo, a destruição de um veículo, a reparação se dá com a entrega, pelo causador do dano, de outro veículo nas mesmas condições, ou o equivalente em dinheiro, para que a vítima possa, *per si*, adquirir outro bem semelhante. O mesmo não acontece com a dor moral, por não ser tão facilmente medida, já que não é palpável, visível, exterior, tampouco fungível.

Entretanto, tal fato não merece ser guarida para o argumento de que a dor moral não é indenizável. A expressão indenização deriva d apalavra *indene*, que

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

significa trazer ao estado anterior das coisas. Todavia, quando um bem moral atingido, a agressão feita não é reparável por nenhum meio. A função satisfativa da indenização, assim, visa satisfazer a vítima pelo dano sofrido, tentando compensar uma dor com uma alegria, que seria o percebimento de outro bem, ainda que não moral, mas pecuniário, com o que a vítima poderá aferir outras satisfações, alegrias, contentamentos.

Assim, por ser a indenização nos casos de danos morais de natureza satisfativa, afastam-se os argumentos de sua não indenização. Precisos ensinamentos trazem-se à colação de interessantes artigos da Professora Maria Amália de Figueiredo Pereira Alvarenga, desta casa, analisando o problema da quantificação do dano moral:

Não há dúvida de que a moral e os seus valores estejam acima dos bens materiais apreciáveis em dinheiro ou equivalentes. Daí a indenizabilidade prevista no Direito não possuir uma contrapartida ou um conteúdo realístico, de natureza e valor correspondentes à natureza do dano sofrido, mas um caráter apenas fictício. A idéia de reparação do dano moral é apenas análoga, o esforço do Direito para entender o seu princípio de restaurar ou recompor o patrimônio injustamente lesado aos danos de natureza moral. É uma forma indireta de restituição ou compensação. Evita-se assim o iníquo silêncio do Direito ante a perda sofrida e a irresponsabilidade do autor do ilícito ou do seu representante em relação à vítima. Trata-se ainda da manifestação da natureza retributiva do Direito (*dar a cada um o que é seu*).

Não se paga a dor sofrida por ela ser insuscetível de aferição econômica, pois a prestação pecuniária teria uma função meramente satisfatória, procurando, tão-somente, suavizar certos males, não por sua natureza, mas pelas vantagens que o dinheiro poderá proporcionar, compensando até certo ponto o dano que foi injustamente causado.⁵

Fácil é denotar que o dinheiro não terá na reparação do dano moral uma função de equivalência própria do ressarcimento do dano patrimonial, mas um caráter, concomitantemente, satisfatório para a vítima e lesados e punitivo para o lesante, sob perspectiva funcional. No ressarcimento do dano moral, às vezes ante a impossibilidade de reparação natural, na *restitutio in integrum*, procura-se atingir uma situação material correspondente⁶.

No mesmo sentido Américo Luís Martins da Silva, citando Clayton Reis ensina que:

Daí, esclarece Clayton Reis que *a idéia de uma reparação absoluta e precisa, como ocorre na esfera patrimonial, não pode sequer ser concebida na esfera dos danos extrapatrimoniais*. Nesse campo, estaremos a manipular com

⁵ ALVARENGA, Maria Amália de Figueiredo Pereira. O quantum da indenização por dano moral. **APMP Revista**, v. XI, p. 78-81, 2009.

⁶ ALVARENGA, Maria Amália de Figueiredo Pereira. **Revista Jurídica da Universidade de Franca**, 1999, p. 124 apud DINIZ, Maria Helena. A responsabilidade civil por dano moral. **Revista literária de direito**, ano II, n. 9, 1996, p. 8-9.

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

valores subjetivos. Segundo ele, *os parâmetros para a aferição da extensão do dano dependerão do arbítrio do juiz que manipula com sua técnica os elementos subjetivos contidos na lei*. Ademais, é preciso conscientizarmo-nos de que a reparação por dano moral não tem o condão de refazer o patrimônio da vítima. *Contrario sensu*, objetiva dar ao lesado uma compensação que lhe é devida, para minimizar os efeitos da lesão sofrida⁷.

O sistema jurídico brasileiro adota o sistema do livre arbitramento, pelo juiz, das indenizações. Isto significa que o arbitramento, *s.m.j.*, será feito por critérios subjetivos do julgador que, atentando para as condições do caso, para a capacidade econômica das partes, utilizado de critérios de bom-senso, igualdade e justiça definirá o valor da reparação.

A partir da experiência e da prática forense o juiz poderá se valer de experiências comuns na fixação do *quantum*. Assim, por exemplo, a experiência diz que os danos morais causados pela indevida negatização do nome nos serviços de proteção ao crédito serão menores do que aqueles causados com o assassinato de um filho ou cônjuge.

Apesar da abertura dada ao magistrado para determinação da reparação, decorrente do princípio do livre convencimento do juiz, algumas regras, presentes no Código Civil, norteiam a fixação do *quantum*, senão vejamos:

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

Art. 953. A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.

Parágrafo único. Se o ofendido não puder provar prejuízo material, cabará ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso. (grifos nossos)

Estes artigos, quando combinados, em sua interpretação, com o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil⁸, direcionam a decisão judicial.

A fixação do *quantum* competirá ao prudente arbítrio do magistrado de acordo com o estabelecido em Lei, e nos casos de dano moral não contemplado legalmente, a reparação correspondente será fixada por

⁷ SILVA, Américo Luís Martins da. **O dano moral e a sua reparação civil**. São Paulo, Editora RT, 1999, p. 315.

⁸ Diz o artigo 4º do [Decreto-Lei nº 4.657](#) (Lei de Introdução ao Código Civil), de 4 de setembro de 1942: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

*arbitramento*⁹. É da competência jurisdicional o estabelecimento do modo como o lesante deve reparar o dano moral, baseado em critérios subjetivos (posição social ou política do ofendido, intensidade do ânimo de ofender: culpa ou dolo) ou objetivos (situação econômica do ofensor, risco criado, gravidade e repercussão da ofensa). Na avaliação do dano moral, o órgão judicante deverá estabelecer uma reparação equitativa, baseada na culpa do agente, na extensão do prejuízo causado e na capacidade econômica do responsável

[...]

Na reparação do dano moral, o juiz determina, por equidade, levando em conta as circunstâncias de cada caso, o *quantum* da indenização devida, que deverá corresponder à lesão e não ser equivalente, por ser impossível tal equivalência. A reparação pecuniária do dano moral é um misto de pena e satisfação compensatória¹⁰.

Sérgio Cavalieri Filho, com muita propriedade, resume sua opinião em pequeno trecho de sua obra, trazendo também certa crítica sobre o tema:

Estou convencido, todavia, de que não há mais nenhum limite legal prefixado, nenhuma tabela ou tarifa a ser observada pelo juiz, mormente aos a constituição de 1988[...] Mas estou igualmente convencido de que, se o juiz não fixar com prudência e bom senso o dano moral, vamos torná-lo injusto e insuportável, o que, de resto, já vem acontecendo em alguns países, comprometendo a imagem da Justiça.¹¹

Realmente, como se nota do comentário acima, este sistema de arbitramento de danos sofre algumas críticas de parte da doutrina. As críticas refletem o equilíbrio entre a necessidade de segurança jurídica nas decisões e dos princípios da independência e do livre arbítrio do juiz.

Os defensores da segurança jurídica procuram procurar critérios para previamente arbitrar o *quantum*, “tabelando” os montantes indenizatórios. Todavia, obedecendo-se ao livre critério dos magistrados, tem-se que cada caso será analisado individualmente, o que permitirá maior justiça nas decisões, pois que únicas e não “tabeladas”. Embora a livre decisão do juiz possa trazer algumas distorções, uma pré-fixação poderia gerar muitas outras mais, pois seria muito injusto instituir a *pretium doloris*.

⁹ Código de processo civil: Art. 606.

¹⁰ ALVARENGA, Maria Amália de Figueiredo Pereira. O quantum da indenização por dano moral. **APMP Revista**, v. XI, p. 78-81, 2009.

¹¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo. Malheiros. 2005.p. 96.

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

Parece, então, que o atual sistema, dando ampla liberdade para a aferição e quantificação do dano, ainda é o melhor, pois ainda que haja algumas distorções, com indenizações vultuosas ou insignificantes, poderá ser corrigido com a utilização do duplo grau de jurisdição, como é comumente feito.

Importante é que o juiz, ao mesmo tempo, respeite o princípio de que a ninguém é lícito enriquecer injustamente, bem como o da reparabilidade plena dos danos morais, sendo que do resultado desta análise deve prevalecer o justo.

Conclusão

Historicamente, a noção de família legítima, ficou pautada nas relações matrimonializadas, onde o destaque hierárquico era conferido ao homem. As tarefas entre homem e mulheres eram bem definidas, não havendo pontos em comum. Ao homem era conferido a incumbência de gerir e prover a família; a mulher, as tarefas domésticas, como cuidar da casa e das crianças.

A Constituição Federal trouxe como epicentro, a Dignidade da pessoa humana, ampliou o leque de entidades familiares, ultrapassando o estigma unitário das famílias matrimonializadas, trouxe o a repersonalização e despatrimonialização das relações familiares.

A Constitucionalização do Direito civil veio lembrar que a eficácia dos direitos fundamentais tem aplicação tanto no Direito Público, como no Direito Privado, seja nas relações verticais, como nas relações horizontais.

O Caráter eu demonista que destaca a primazia dos seres humanos, nas relações jurídicas, não coaduna com a tese defendida pelo judiciário brasileiro, que só haverá responsabilidade civil, quando houver ilícito absoluto, ou seja, previsto no art. 186 c/c o art. 927 do Código Civil. Nem tão pouco, que dever imaterial derivado do poder familiar, seja apenas a afetividade.

O poder familiar é hoje concebido como um poder-dever, um múnus dos pais, perante os filhos menores. A cada dever dos pais, haverá um direito dos menores correlacionado. As parcelas deste encargo, pode ser abstraída do artigo 227 da CF,

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

assim, é dever da família assegurar à criança, jovem e ao adolescente: o direito à vida, à saúde, à alimentação, à dignidade, o respeito, a convivência familiar e outros. Para a concretização de tais parcelas, o Estado deve exigir condutas próprias do exercício da paternidade responsável.

A negligência e/ou omissão paterna, nas obrigações imateriais, poder gerar danos morais no menor. Conforme já mencionado, é notória e imprescindível a presença materna e paterna na vida de uma criança, jovem e adolescente, pois a ausência daqueles, pode comprometer a adequada estruturação da personalidade destes.

O divórcio e a dissolução põem fim a conjugalidade, nada interferindo na relação filial, que se mantêm indissolúvel.

A proteção, cuidado, convivência familiar e outras condutas de ordem imaterial, são imposições inerentes da paternidade responsável. Pressuposto para o sadio e equilibrado crescimento psíquico, social e ético-existencial da criança, jovem e do adolescente.

Ponderando os interesses contrapostos, ou seja, de um lado o princípio da liberdade de um pai/mãe em participar ou não, na construção da personalidade e socialização de um filho e do outro, o princípio do melhor interesse do menor, não pode haver dúvida por parte do judiciário brasileiro. É incabível valorizar a liberdade dos pais, em detrimento da integridade psíquica dos filhos.

Conforme preconiza a nossa Carta Constitucional, os direitos fundamentais são direitos que devem ter sua eficácia em qualquer ambiente, seja no campo público ou privado, nas relações horizontais ou verticais. A responsabilidade civil na relação paterno-filial deve ser exercida coadunando com a prerrogativa constitucional. Assim, havendo pressupostos inerentes a responsabilidade civil, tal instituto deve ser aplicado, sem distinção de ambiente em que esteja sendo aplicado.

O judiciário brasileiro não pode se contentar que a responsabilidade paterna restringe-se apenas ao pagamento de pensão alimentícia. Tal fundamento, traz de volta o pensamento patriarcal, onde a figura paterna era o provedor da família, alheio a todas as questões domésticas, incluindo, é lógico, os cuidados com os filhos, que era tarefa exclusiva das mães.

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

A igualdade entre homens e mulheres, a dignidade da pessoa humana, o princípio do melhor interesse dos menores e a constitucionalização do Direito de família são fundamentos inquestionáveis para a aplicação da responsabilidade civil nas relações familiares.

Não trata-se de estimular a indústria do dano moral, mas de dá efetividade aos preceitos constitucionais, lembrando aos genitores que a responsabilidade paterna e materna, não se esgota na contribuição material, nos aproximando assim, de um ideal de justiça, conforme convém a uma sociedade justa, solidária e ética.

Referências

ALVARENGA, Maria Amália de Figueiredo Pereira. O quantum da indenização por dano moral. **APMP Revista**, v. XI, p. 78-81, 2009.

BRAGA, Armando. **A reparação do dano corporal na responsabilidade civil**. Lisboa: Almedina, 2005.

BRASIL, Constituição (1998). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1998.

BRUNO, Denise Duarte. Balizando sociologicamente a questão da ética nos litígios de família. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). **A ética da convivência familiar e a sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 495-507.

_____. **Direito de visita: direito de convivência**. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). **Direito de família e psicanálise**. São Paulo: Imago, 2003, p. 311-324.

CALLUF, Emir. **Psicologia da personalidade**. São Paulo: Mestre JOU, 1976.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2009.

COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

COSTA, Jurandir Freire. Família e dignidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **ANAIS DO IV CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA E**

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

DIGNIDADE HUMANA. 2006. Belo Horizonte. Anais... Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, p. 15-28.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. A responsabilidade civil por dano moral. **Revista literária de direito**, ano II, n. 9, 1996..

DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. **A guarda dos filhos na família em litígio: uma interlocução da Psicanálise com o Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 2. ed. de acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2004.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família: elementos críticos à luz do Novo Código Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **Questões do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

GROENINGA, Giselle Câmara. Guarda compartilhada: a tutela do poder familiar. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords). **A ética da convivência familiar e a sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 101-130.

HOLANDA, Caroline Sátiro de; BARROS, Patrícia Oliveira. **A responsabilidade civil por descumprimento do dever de assistência imaterial na relação paterno-filial**. ANAIS DO XVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI. 2009. São Paulo. Anais..., São Paulo. 2009. p. 10094-10124.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade civil na relação paterno-filial. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 66, 1 jun. 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4192>>. Acesso em 24 fev. 2011.

KALOUSTIAN, Sílvio Manoug. **Família Brasileira, a base de tudo**. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: UNICEF, 1994.

LAURIA, Flávio Guimarães. **A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Família monoparentais**: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LÔBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MIGUEL FILHO, Raduan. O direito/dever de visitas, convivência familiar e multas cominatórias. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). ANAIS DO IV CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. Família e dignidade humana, 2006. Belo Horizonte. Anais... Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, P. 811-819.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 95, n. 854, p. 11-37, dez. 2006.

_____. Danos morais em família? Conjugabilidade, parentalidade e responsabilidade civil. **Revista dos Tribunais**. v. 102, n. 386, p. 182-201, jul./ago. 2006.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. v. 5. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A ética da convivência familiar**: sua efetividade no cotidiano dos tribunais. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

Autarquia Municipal de Ensino Superior

www.direitofranca.br

Revista Eletrônica

¹SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil.** : da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2. ed. São Paulo. Ed. Atlas, 2009.

SILVA, Américo Luís Martins da. **O dano moral e a sua reparação civil.** São Paulo, Editora RT, 1999, p. 315

SILVA, Cláudia Maria Teixeira da. Descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho. *Revista Brasileira de Direito de Família.* Porto Alegre: IBDFAM/ Síntese, n. 25, p. 122-147, ago.-set. 2004.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. A disciplina jurídica da autoridade parental. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **ANAIS DO IV CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. FAMÍLIA E DIGNIDADE HUMANA,** 2006. Belo Horizonte. Anais... Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, p. 103-124.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil constitucional. In: **Afeto, ética, família e o novo Código Civil.** Rodrigo da Cunha Pereira (coord). Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil:** responsabilidade civil. v.4. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VIEIRA, Antônio Pe. **Família, sua evolução histórica, sociológica e antropológica.** Fortaleza: Secretaria de Cultura e Desporto, 1987.