

DANOS MORAIS NAS RELAÇÕES DE FAMÍLIA: UMA ANÁLISE DAS SITUAÇÕES PASSÍVEIS DE REPARAÇÃO CÍVEL NO AMBITO FAMILIAR

Kelli França¹

RESUMO: Através da presente pesquisa de cunho teórico com dados bibliográficos, jurisprudenciais e legislativos, busca-se demonstrar que as regras relativas à reparação civil por danos morais, num contexto bem atual, alcançam aquelas lesões ocorridas no âmbito das relações familiares. Essa evidência é destacada, sobretudo, mediante um confronto entre a doutrina e a jurisprudência, de onde se obtém que se revelam inúmeras as situações em que se afigura presente a possibilidade de aplicação da teoria da responsabilidade civil às relações familiares, tal como prevê o novo Código Civil. As principais hipóteses em que a incidência do dano moral tem ocorrido com mais frequência também serão destacadas, de modo a propiciar a reparação defendida no presente artigo.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Danos morais. Quantificação. Relações de família.

ABSTRACT: through that bibliographical, jurisprudential and legislative research presented, it searches to demonstrate that the relative rules to the civil repairing for moral damage, in a well current context, reach those occurred injuries in the scope of the familiar relationships. This evidence is detached, over all, by means of a confrontation between the doctrine and the jurisprudence, of where if it gets that the situations show innumerable where if the possibility of application of the Civil responsibility theory to the familiar relationships figures gift, such as foresees the new Civil Code. The main hypotheses where the moral damage incidence has occurred often liability also they will be detached, in order to propitiate the defended repairing in the paper presented.

Keywords: Civil responsibility. Moral damage. Quantification. Family relationships.

1 INTRODUÇÃO

Sempre se questionou a possibilidade de serem aplicadas as regras gerais da responsabilidade civil às ações danosas ocorridas no âmbito das relações familiares. Ultimamente, entretanto, a doutrina e jurisprudência vêm pontificado no sentido de que essa responsabilidade não deve sofrer maiores restrições. Por seu turno, o novo Código Civil, embora tenha perdido a oportunidade de regular definitivamente a matéria, não criou qualquer obstáculo para a reparação civil por danos ocorridos no âmbito familiar, inclusive aqueles de ordem moral.

¹ Contadora, Especialista em Perícia Judicial e Extra-Judicial, Advogada, Professora da graduação e da pós graduação em Direito do UNIFACEX, Mestra em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. E-mail: kellifranca@hotmail.com.

Revista de Direito UNIFACEX, Natal-RN, v.7, n.1, 2018. ISSN: 2179-216X. Paper avaliado pelo sistema blind review, recebido em 5 de julho, 2017; Aprovado em 1 de novembro, 2017.

Diante das perplexidades que ainda possam ser suscitadas frente a determinados casos concretos, justifica-se uma incursão no campo da doutrina e da jurisprudência pertinente, de modo a demonstrar como esta questão vem sendo tratada, sobretudo, com o do advento do novo Código Civil.

Dar-se-á, no presente trabalho, uma atenção especial à aplicabilidade dos preceitos da responsabilidade civil nas variadas formas de relação familiar, diante do princípio de que havendo ação lesiva, praticada por um membro da família contra o outro, com a ocorrência de danos morais, surge o direito do ofendido à reparação, tal como ocorre nas demais relações jurídicas.

Também se faz relevante a apresentação das noções básicas sobre responsabilidade civil, de modo a propiciar o desenvolvimento do tema submetido à análise. Por isso, dedicamos certa atenção, num primeiro momento, à definição do dano moral, a sua natureza, seus pressupostos e a sua consagração legal.

Concluindo-se pela aplicação das regras gerais da responsabilidade civil, também buscar-se-á apontar algumas hipóteses em que as reparações pelos danos morais se fazem cabíveis, especificamente no âmbito familiar, com atenção para questões controvertidas como, por exemplo, a quantificação do dano.

Pretende-se, aqui, desenvolver um trabalho eminentemente teórico, que tem como base teórica doutrina, jurisprudência e legislação.

Foram utilizados predominantemente os métodos de pesquisa: histórico, uma vez que foi demonstrada a evolução histórica; e comparativo, pois foram consideradas, ao longo do trabalho, opiniões e diferenças de opiniões doutrinárias, servindo de base para uma fundamentação e argumentação consistente.

Inicialmente, buscou-se junto à doutrina e a jurisprudência informações, dados e elementos indicadores da presença dos danos morais nas relações familiares. Da mesma forma, foram identificados os diversos tipos de ações lesivas, suas consequências jurídicas e o tratamento dado à matéria pelos nossos tribunais.

É essa, portanto, a proposta que se pretende desenvolver, dentro da objetividade que a matéria e a natureza do presente trabalho permitem.

2 CONSIDERAÇÕES GERAIS ACERCA DO DANO MORAL

2.1 DEFINIÇÃO

A palavra “dano” tem origem do verbo *demere*, que significa tirar, apoucar, diminuir, de modo que a idéia de dano decorre da lesão ao patrimônio material ou moral de uma pessoa, física ou jurídica.

Pode-se considerar, portanto, o dano como a lesão sofrida por uma pessoa contra sua vontade, provocada por evento prejudicial a bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral.

Ocorre que nem todo dano é ressarcível ou reparável. Para que ocorra dano indenizável é necessária a “diminuição ou destruição de um bem jurídico, patrimonial ou moral, pertencente a uma pessoa, ou seja, um prejuízo imposto ao lesado” (MENDES, 2000, p. 19).

Conforme tem pontificado a doutrina, para que o dano seja reparável deve ainda possuir a característica da certeza, de modo que apresente-se fundado num fato preciso e não numa hipótese. Por outras palavras, o dano deve ser real e efetivo, como afirma Maria Helena Diniz, dotado de elementos como: lesão, concretude, causalidade, subsistência, legitimidade e ausência de excludentes, afastando-se, assim, a ideia de conjectura (DINIZ, 2014, p.49).

No tocante ao dano moral, é ele conceituado como tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado. Como assinala Carlos Alberto Bittar:

Qualificam-se como morais os danos em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade, em que repercute o fato violador, havendo-se como tais aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração social) (BITTAR, 1992, p. 41).

No mesmo sentido, posiciona-se Wilson Melo da Silva ao afirmar que “o elemento característico do dano moral é a dor, tomado o termo em seu sentido mais amplo, abrangendo tanto os sofrimentos meramente físicos, quanto os morais”. No entendimento do mesmo autor, danos morais seriam exemplificadamente os decorrentes das ofensas à honra, ao decoro, à paz interior de cada qual, às crenças íntimas, aos sentimentos afetivos de qualquer espécie, à liberdade, à vida, à integridade corporal. (SILVA, 1983, p. 2).

Não há, assim, como deixar de ter presente o dano moral, entre outras situações na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido, no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito, no abalo da reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade, no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico e nas situações de constrangimento moral.

2.2 NATUREZA JURÍDICA

Há controvérsias a respeito da natureza jurídica do dano moral. Alguns autores vislumbram apenas o caráter punitivo, enquanto outros, afirmam que essa unicidade não alcança o verdadeiro fundamento da reparação do dano moral.

Tem prevalecido, no âmbito dessa discussão, o entendimento de que a reparação pecuniária do dano moral tem duplo caráter: compensatório para a vítima e punitivo para o ofensor. Ao mesmo tempo que serve de consolo, de uma espécie de compensação para atenuar o sofrimento havido, atua como sanção ao lesante, como fator de desestímulo, a fim de que não volte a praticar atos lesivos à personalidade de outrem.

Complemente-se, com o pensamento de Maria Helena Diniz que:

- a) Punitiva ou penal, é a reparação que se constitui uma sanção imposta ao ofensor, visando a diminuição do seu patrimônio, pela indenização paga ao ofendido, visto que o bem jurídico da pessoa – integridade física, moral e intelectual – não poderá ser violado impunemente, subtraindo-se o seu ofensor às conseqüências de seu ato por não serem reparáveis;
- b) Satisfatória ou compensatória, é aquela reparação pecuniária que visa proporcionar ao prejudicado uma satisfação que atenua a ofensa causada. Não se trata de uma indenização de sua dor, da perda de sua tranqüilidade ou prazer de viver, mas uma compensação pelo dano e injustiça, pois o ofendido poderá, com a soma de dinheiro recebida, procurar atender as suas satisfações materiais, atenuando assim, em parte, o seu sofrimento (DINIZ, 2014, p. 248).

Como se vê, não há que se falar em pagamento de um valor correspondente ao prejuízo causado, por não ser o dano moral passível de avaliação no sentido estrito. Noutras palavras, a sanção do dano moral não se resolve numa indenização propriamente dita, já que indenização significa eliminação do prejuízo e das suas conseqüências, o que não é possível quando se trata de dano extrapatrimonial.

Neste sentido, posiciona-se Yussef Said Cahali ao afirmar:

A reparação do dano moral se faz através de uma compensação e não de um ressarcimento; impondo ao ofensor a obrigação de pagamento de uma certa quantia em dinheiro em favor do ofendido, ao mesmo tempo que agrava o patrimônio daquele, proporciona a este uma reparação satisfativa (CAHALI, 2005, p.26).

Dessa forma, podemos concluir que a reparação do dano moral não possui apenas natureza penal, visto que envolve uma satisfação à vítima, representando uma compensação diante da dificuldade de se estabelecer perfeita equivalência entre o dano e o ressarcimento. A reparação pecuniária do dano moral constitui-se, assim, um misto de pena e de satisfação compensatória.

Neste sentido, acrescenta a professora Regina Beatriz dos Santos:

A indenização por dano patrimonial recompõe o patrimônio do lesado, e a indenização por dano moral compensa o sofrimento da vítima ou a perda sofrida, atenuando as conseqüências da lesão. Ao lado do caráter compensatório, a indenização por dano moral tem caráter punitivo, de modo a evitar novas práticas lesivas (...) (SANTOS, 1999, p. 151).

2.3 PRESSUPOSTOS DA REPARAÇÃO

É necessária a reunião de pressupostos básicos para que surja a responsabilidade civil e o direito à reparação: o ato comissivo ou omissivo, a culpa, o dano e o nexo causal.

O ato voluntário consiste em fato do agente, dominável ou controlável por sua vontade. Excluem-se, assim, de seu âmbito os danos provocados por fatos naturais (tempestades, naufrágios, terremotos, inundações, incêndio desencadeado por raio) e aqueles causados imediatamente pelo homem, mas impellido por forças naturais (pessoa ou veículo irresistivelmente projetado por força do vento, de uma explosão ou descarga elétrica).

O ato pode se revestir de dupla forma: ou é uma ação, ou fato positivo (a agressão, a injúria, a destruição de uma coisa), ou é omissão (mãe que não alimenta o filho e o deixa morrer por inanição).

A respeito da omissão assinala Orlando Gomes:

A omissão, como pura atitude negativa, não pode jamais funcionar, num plano naturalístico, como causa de um dano, quando este consista em qualquer alteração física da realidade. Pode, porém, ser considerada como causa jurídica do dano, sempre que se verifiquem, cumulativamente, duas circunstâncias: a) existência do dever de praticar determinado fato, que não se cumpriu; b) certeza ou grande probabilidade de o fato omitido ter impedido a produção do dano (GOMES, 2016, p. 51).

A indicação do fato voluntário como primeiro pressuposto da responsabilidade civil não passou ao largo da consideração de Sérgio Cavalieri Filho, mais precisamente, ao situar na conduta o primeiro exame da responsabilidade. “A ação ou omissão é o aspecto físico, objetivo da conduta, sendo a vontade o seu aspecto psicológico ou subjetivo” (CAVALIERI FILHO, 2015, p.31).

A ação constitui a forma mais comum de exteriorização da conduta. As pessoas estão obrigadas a abster-se de atos que possam lesar o seu semelhante, de sorte que a violação desse dever geral de abstenção se obtém por meio de um fazer. A omissão, por sua vez, só adquire relevância jurídica e torna o omitente responsável, quando tem esse o dever de agir, de praticar um ato para impedir o resultado, dever que pode resultar da lei, do negócio jurídico ou de uma conduta anterior do próprio emitente, criando o risco da ocorrência do resultado, com o dever de agir para impedi-lo.

A culpa é pressuposto na responsabilidade civil subjetiva. Implica em juízo de reprovabilidade ou de censura da conduta do agente, configurando o nexo de imputação do fato do agente.

No que tange a culpa, merece destaque a definição de Antunes Varela:

Procede com culpa quem age ilicitamente, podendo e devendo, na emergência, ter atuado de maneira diferente. Seu comportamento recebe a censura, porquanto, em face das circunstâncias concretas, podia e devia ter agido de outro modo (VARELA, 2015, p. 219).

Consiste, portanto, na violação de uma obrigação, não justificada por uma escusa ou por uma causa de não-imputabilidade. É uma ligação psicológica ou moral entre a conduta ilícita e o agente, que leva a imputar a primeira ao segundo, para o fim de submeter aos efeitos sancionatórios que o direito associa, em princípio, aos comportamentos por ele proibidos.

A culpa, segundo Galvão Telles, representa um juízo de reprovação. Sem esta censura ético-jurídica não há sanção. Tal censura traduz-se no reconhecimento de culpabilidade, que, segundo dispõe o art. 186 do Código Civil, abrange-se tanto a culpa quanto o dolo (TELLES, 1997, p. 340).

A propósito, deve ser assinalado que, compreende-se o dolo como a intenção maléfica, ou seja, a vontade ou o propósito deliberado de causar dano. A culpa, por outro lado, seja na modalidade de negligência imprudência ou imperícia, abrangeria todos os casos em que falta aquela intenção, porém o comportamento se revela censurável. Posta-se, assim, num patamar inferior ao dolo eventual, que, por sua vez, caracteriza-se quando uma pessoa,

prevendo o resultado ilícito como um efeito possível da sua conduta, age contando com a possibilidade de verificação desse resultado. “O desejo de praticar o fato é mais forte, no âmbito do agente, do que a inibição proveniente do risco do resultado ilícito” (TELLES,1997, p.343).

Nesse ponto, revela-se esclarecedora a definição de Clóvis Beviláqua:

Ato ilícito é a violação do dever ou o dano causado a outrem por dolo ou culpa. O dolo consiste na intenção de ofender o direito ou prejudicar o patrimônio por ação ou omissão. O dolo consiste na intenção de ofender o direito ou prejudicar o patrimônio por ação ou omissão. A culpa é a negligência ou imprudência do agente, que determina violação de direito alheio ou causa prejuízo a outrem. Na culpa há, sempre, a violação de um dever preexistente. Se esse dever se funda em um contrato, a culpa é contratual; se no princípio geral de direito que manda respeitar a pessoa e os bens alheios, a culpa é extracontratual ou aquiliana (grifos do autor). (BEVILÁQUA, 1992, p. 159).

Merece realce a inovação trazida pelo novo Código Civil, no tocante a gradação da culpa, ao estabelecer no seu art. 944 que, embora a indenização seja medida pela extensão do dano, o juiz poderá reduzi-la equitativamente, levando em conta a proporção entre a gravidade da culpa e o dano.

O dano é dos elementos necessários à configuração da responsabilidade civil, o que suscita menos controvérsia. A unanimidade dos autores considera que não pode haver responsabilidade sem a existência de um dano. Portanto, afigura-se como circunstância elementar da responsabilidade civil.

Reforçando o conceito de dano apresentado no tópico 2.1, cita-se Antunes Varela, que afirma ser o dano, “ toda lesão nos interesses de outrem tutelados pela ordem jurídica, quer os interesses sejam de ordem patrimonial, quer sejam de caráter não patrimonial” (VARELA, 2015, p. 240).

Em sua origem, lembra Orlando Gomes, os termos dano e prejuízo não encerravam o mesmo significado: o *damnum* da Lei Aquilia designava ofensa à integridade de uma coisa, que poderia ser punida sem que se investigasse se, efetivamente, o prejuízo ao proprietário teria ou não resultando dessa ofensa. A palavra *damnum* não evoca qualquer idéia de direito, pois ela se define como a perda por oposição ao ganho, o *lucrum*, sendo esses dois vocábulos desprovidos de toda significação jurídica, contrariamente a palavra prejuízo, formada sobre *jus*, que os juriconsultos romanos não utilizavam no sentido de dano. (GOMES, 2000, p.80).

Hoje, dentro de um contexto doutrinário moderno, podemos dizer que a palavra dano designa a lesão sofrida, que se aprecia em sede desta, enquanto o prejuízo, que é a consequência da lesão, aparece como efeito ou a consequência do dano: uma ofensa à

integridade física, isto é, um dano corporal, pode deste modo gerar um prejuízo patrimonial (perda de salário, despesas médicas e de hospitalização) e um prejuízo extrapatrimonial (sofrimentos morais, diminuição de bem-estar).

É próprio da responsabilidade civil restabelecer tanto quanto possível o equilíbrio destruído pelo dano e repor a vítima na situação em que ela se encontraria se o ato lesivo não se tivesse produzido. Daí a necessidade da presença desse dano, verificando-se poucas exceções ao princípio de que a responsabilidade está por ele condicionada, principalmente no que tange os direitos da personalidade aqui referenciados.

Nexo causal, por sua vez, é o liame entre a ação e o dano, ou seja, a relação certa e direta, entre o fato desencadeador e o resultado danoso (DINIZ, 2014, p.30).

Embora essa relação de causa e efeito entre o fato e o prejuízo deva ser demonstrada, deve-se ter presente que a relação de causalidade não é algo que se veja ou se toque, mas uma relação que se deduz das circunstâncias de fato, de modo que o nexo causal resulta de presunções e indícios, como sempre procuram enfatizar os doutrinadores civilistas.

Entre os motivos que justificam a identificação do nexo de causalidade, destaca-se a circunstância de sabermos que, mesmo ocorrendo inadimplemento da obrigação e dano subsequente, ainda sim, sem causalidade, nenhum direito terá o credor de ser ressarcido. Se não restar provado que referido prejuízo é efeito da inexecução da obrigação, não há indenização.

Considerando a natureza do presente trabalho, restringimo-nos a declinar as três correntes doutrinárias que procuram explicar o sentido da causalidade exigida para a configuração do ato ilícito. Segundo a lição de Cáo Mário, essas doutrinas são identificadas como a da causalidade adequada; a da equivalência das condições e a da causalidade direta e imediata. A primeira exige que o fato seja, efetivamente, dotado de condições necessárias para a produção do dano. A segunda defende ponto de vista no sentido de que todas as condições ou elementos que concorrem para o dano são equivalentes, podendo ser apontados como causa. A última procura alcançar entre várias causas que contribuíram para o fato danoso, aquela que realmente possa ser considerada a “causa jurídica própria”, a condição primordial, o verdadeiro motivo do dano. (PEREIRA, 1985, p. 77).

Assim, na relação causal, o que importa é determinar que o dano foi provocado pela culpa do agente. Essa tarefa, no entanto, encerra dificuldades porque, em razão do aparecimento de concausas, a pesquisa da verdadeira causa do dano não é fácil. Essas concausas podem ser sucessivas ou simultâneas. Nas últimas, há um só dano, ocasionado por uma só causa. É a hipótese de um só dano que pode ser atribuído a várias pessoas. O Código Revista de Direito UNIFACEX, Natal-RN, v.7, n.1, 2018. ISSN: 2179-216X. Paper avaliado pelo sistema blind review, recebido em 5 de julho, 2017; Aprovado em 1 de novembro, 2017.

Civil, em matéria de responsabilidade extracontratual, consagra a responsabilidade solidária em vários dispositivos, como se pode exemplificar com os artigos 932, 933 e o parágrafo único dos artigos 942.

3 PRINCÍPIOS GERAIS DA REPARAÇÃO CIVIL E SUA APLICAÇÃO NO AMBITO DA FAMÍLIA

Definida a questão relativa a importância e consagração dos direitos da personalidade, bem como superada a oposição à reparação dos danos morais decorrentes da violação daqueles direitos constitucionais, não há como se fugir da aplicação dos princípios gerais da responsabilidade civil aos fatos danosos ocorridos no âmbito familiar.

O apoio a essa tese, ainda que em modesta escala, já vinha sendo dado pela doutrina, conforme se vê das citações adiante transcritas:

Aplica-se ao direito de família o princípio geral de que diante de ação lesiva é assegurado o direito do ofendido à reparação, o qual inspira responsabilidade civil e viabiliza a vida em sociedade, com o cumprimento da finalidade do direito e o restabelecimento da ordem ou equilíbrio pessoal e social (SANTOS, 1999, p. 184).

Como é sabido, o nosso legislador civil houve por bem não disciplinar os esponsais como instrumento autônomo, divergindo sob esse aspecto dos diplomas legais alienígenas; optou-se, conforme assinalam os doutrinadores, por deixar a responsabilidade civil pelo rompimento da promessa sujeita à regra geral do ato ilícito. Daí conclui-se que o silêncio do Código Civil não obsta, em tese, a que os esponsais possam dar causa a uma indenização de danos, se verificados os pressupostos do ato ilícito abusivo, sem embargo de isoladas manifestações em sentido contrário (CAHALI, 2005, p. 648).

Por seu turno, o professor Mário Moacir Porto, sempre preocupado com o tema, chamava atenção para a perplexidade ainda existente, ao assinalar que:

Entre nós, uma ação de responsabilidade civil entre cônjuges desavindos ainda soa como algo estranho ou inusitado. Mas não há, ao que parece, nada que se oponha ao procedimento, sendo de acrescentar-se que o artigo 5, caput, c/c o art. 19 da Lei do Divórcio são, a rigor, desdobramentos do art. 159 do Código Civil (PORTO, 1989, p.87).

Como se vê, o entendimento esposado por esses mestres, sugere redobrado estudo sob a ótica do novo Código Civil, considerando que o referido diploma legal trouxe várias modificações no campo da teoria da responsabilidade civil.

O fato é que, em face das exigências naturais da vida em sociedade, diante de uma ação ou omissão lesiva a interesse moral, surge a necessidade de reparação dos danos acarretados ao lesado, porque cabe ao direito preservar a integridade das pessoas, a fim de que se restabeleça o equilíbrio pessoal e social. Esse interesse em restabelecer o equilíbrio violado pelo dano é a fonte de responsabilidade civil.

É nessa ampla noção reparatória inspiradora da responsabilidade civil, perfeitamente aplicável ao direito de família, que se embasa o tema do presente artigo, diante do princípio de que havendo ação lesiva, praticada por um dos cônjuges contra o outro, com a ocorrência de danos, surge o direito do ofendido à reparação.

Pretendendo encerrar qualquer controvérsia a respeito da matéria, o Projeto de Lei nº 6460/02, já aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara ao alterar a redação do art. 927 do Novo Código Civil, acrescentando-lhe um parágrafo com a seguinte redação: “os princípios da responsabilidade civil aplicam-se também às relações de família”.

Muitas são as objeções que se levantam contra a reparação do dano moral, tais objeções se estendem à reparação das lesões de ordem moral ocorridas no ambiente familiar. Argumenta-se, principalmente, que seria imoral procurar dar valor monetário à dor, ou que seria impossível determinar o número de pessoas atingidas (pais, irmãos, noivas, etc.), bem como mensurar a dor.

O próprio professor Yussef Cahali, um dos maiores defensores da reparação do dano moral nas relações familiares, afirma que a imposição do encargo alimentar, por si só, é o bastante para ressarcir o prejuízo sofrido pela dissolução da sociedade conjugal ou pela ausência do alimentante no cotidiano do alimentado, isso, devido ao caráter indenizatório da pensão alimentícia (CAHALI, 2005, p. 759).

Tem-se entendido, hoje, que a indenização por dano moral representa uma compensação, ainda que pequena, pela tristeza infligida injustamente a outrem. E que todas as demais dificultadas apontadas são probatórias ou são as mesmas existentes para a apuração do dano material.

A matéria exige exame adequado a fim de se não banalizá-la, uma vez que um dos maiores perigos alardeados pelos opositores do dano moral é o de que venham ocorrer exageros na sua avaliação de forma a propiciar que oportunistas venham se locupletar indevidamente, fazendo do instituto fonte de enriquecimento ilícito. E isso, evidentemente pode alargar-se para o campo da reparação no âmbito familiar.

Para evitar excessos e abusos, recomenda Sérgio Cavalieri Filho, com razão, que só se deve reputar como dano moral:

Revista de Direito UNIFACEX, Natal-RN, v.7, n.1, 2018. ISSN: 2179-216X. Paper avaliado pelo sistema blind review, recebido em 5 de julho, 2017; Aprovado em 1 de novembro, 2017.

A dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 78).

Desse modo, trazendo a preocupação para o campo familiar, não se incluem na esfera do dano moral reparável, certas situações que, embora desagradáveis, mostram-se necessárias ao desempenho de determinadas atividades familiares ou domésticas como, por exemplo, a disciplina e rigidez de normas impostas aos filhos, sobretudo, em alguns métodos de educação aplicados no ambiente familiar.

Como se pretende deixar claro, não se defende aqui a possibilidade de que qualquer atribuição familiar seja motivo de reparação civil por parte do ente causador do incômodo ou desacerto. O que se quer demonstrar é que existem casos, e não são poucos, nos quais um dos familiares é responsável pelo ato lesivo reparável que pode deixar marcas de ordem moral no ente ofendido, para todo o restante da vida.

O dano moral, salvo casos especiais, dispensa prova em concreto pois se passa no interior da personalidade e existe *in re ipsa*. Trata-se de presunção absoluta. Desse modo não precisa o filho comprovar que sentiu a falta do afeto paterno em inúmeras situações; ou o agravado em sua honra demonstrar em juízo que sentiu a lesão, assim por diante. A propósito, decidiu-se:

PROVA – PERÍCIA PSICOLÓGICA – PRETENSÃO A SUA REALIZAÇÃO EM AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – ALEGAÇÕES QUE PODEM SER DEMONSTRADAS POR TESTEMUNHAS – INEXISTÊNCIA DE CARÁTER TÉCNICO A SER VERIFICADO – INDEFERIMENTO – AGRAVO NÃO PROVIDO.

Não são os psicólogos profissionais dotados de técnica de avaliação de danos morais, razão pela qual não se pode alegar que o fato exposto na inicial dependa de prova técnica. Não houve cerceamento de defesa, porque ao juiz é facultado indeferir prova inútil e impertinente. (TJSP, JTJ, LEX. 231:244).

4 CONSAGRAÇÃO LEGAL DA REPARABILIDADE

A história da reparação civil por danos morais registra longa e árdua evolução, marcada por forte resistência à sua aceitação, quase sempre fundamentada numa possível incerteza quanto à existência e reparabilidade do direito violado, uma vez que se tinha como impossível estabelecer uma efetiva e concreta equivalência entre o dano moral e o

ressarcimento. Mais ainda, os opositores da reparação ou compensação dos danos morais, sempre alegaram uma suposta imoralidade no fato de se compensar a dor com o dinheiro.

Segundo podemos concluir, essa alegada incerteza quanto à existência de um direito violado tinha íntima ligação com a resistência relativa ao reconhecimento dos direitos da personalidade, pois é em face das violações a esses direitos que surge a maior parte dos danos morais. Já a impossibilidade de se estabelecer uma equivalência compensatória retratava mero comodismo, atualmente superado pela jurisprudência.

Hoje em dia, ressalte-se, os direitos da personalidade tem amplo reconhecimento doutrinário, jurisprudencial e legal, de modo que as três fontes lhes dão acolhida e tutela, não se podendo mais falar em incerteza de direito violado.

O fato é que com a promulgação da Constituição da República de 1988, caíram definitivamente todos os argumentos contrários à indenização do dano moral. O seu art. 5º, inciso X, estabelece que: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação.”

Essa norma garante a indenizabilidade do dano moral decorrente de violação a todos os direitos da personalidade, mesmo sem enumerá-los de forma completa, em face do disposto no § 2º do mesmo art. 5º, pelo qual:

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (BRASIL, 1988).

Ademais, o referido art. 5º também estatui, em seu inciso V, que “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

Tem-se, assim, garantida constitucionalmente a indenização do dano moral decorrente de violação de direitos da personalidade com a superação de todas as correntes contrárias, até mesmo no plano da cumulação onde o Superior Tribunal de Justiça consolidou a Súmula 37, segundo a qual, “são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

Na mesma trilha, o novo Código Civil acrescenta, em seu capítulo II, nada menos do que onze artigos (art. 11 ao 21) que regulam os direitos da personalidade, tais como o direito à integridade físico-psíquica, à identidade, à honra, à imagem, à liberdade sexual, entre outros reconhecidos à pessoa. O também inovador art. 186 do mesmo Código, como que afastando

qualquer dúvida quanto a reparabilidade do dano moral, estabelece que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Como vemos, todas essas prerrogativas individuais, inerentes à pessoa humana, afiguram-se definitivamente reconhecidos pela doutrina e pelo ordenamento jurídico brasileiro, bem como protegidas pela jurisprudência. São direitos inalienáveis, que se encontram fora do comércio, e que merecem a proteção legal.

Neste sentido, o novo Código Civil, reforça entendimento, ao preceituar, no art. 11 que:

Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária. (BRASIL, 2017).

No tocante a intransmissibilidade do dano moral, observa Maria Helena Diniz:

Como a ação ressarcitória do dano moral funda-se na lesão a bens jurídicos pessoais do lesado, portanto inerentes a sua personalidade, em regra, só deveria ser intentada pela própria vítima, impossibilitando a intransmissibilidade sucessória e o exercício dessa ação por via sub-rogatória. Todavia, há forte tendência doutrinária e jurisprudencial no sentido de admitir que pessoas indiretamente atingidas pelo dano moral possam reclamar sua reparação (DINIZ, 2014, p.253).

Adiante aduz: “é preciso não olvidar que a ação de reparação comporta transmissibilidade aos sucessores do ofendido, desde que o prejuízo tenha sido causado em vida da vítima”. Realmente, conforme expressamente dispõe o art. 943 do Código Civil, o direito de exigir a reparação transmite-se com a herança.

Nesse mesmo sentido manifesta-se Carlos Alberto Bittar:

Ajunte-se, por derradeiro, que é perfeitamente possível a transmissão do direito à reparação, operando-se a substituição processual com a habilitação incidente, em caso de falecimento do lesado no curso da ação, como, de resto, ocorre com os demais direitos suscetíveis de translação (BITTAR, 1992, p. 150).

Por outro lado, deve ser lembrado que, apesar de também serem imprescritíveis (a honra e outros direitos da personalidade nunca prescrevem), a pretensão a sua reparação está sujeita aos prazos prescricionais estabelecidos em lei.

Como se vê, embora já se tenha afirmado que, se a vítima não ingressou com a competente ação, quando vivia, não se admite que os seus sucessores tenham o direito de ajuizar a demanda competente, porque o dano moral possui caráter pessoal, e unicamente a vítima saberia dimensionar o seu alcance e se foram ou não atingidos os seus sentimentos, já decidiu o STJ: “o direito de ação por dano moral é de natureza patrimonial e, como tal, transmite-se aos sucessores da vítima”. (RSTJ, 71, p. 183).

Conclui-se, portanto, que o herdeiro não sucede o sofrimento da vítima, fazendo sua a dor do *de cuius*. Mas é irrecusável que o herdeiro sucede no direito de ação que o morto, ainda em vida, tinha contra o autor do dano. Se o sofrimento é algo estranhamente pessoal, o direito de ação de indenização do dano moral é de natureza patrimonial e, como tal, transmite-se aos sucessores.

5 O AVANÇO JURISPRUDENCIAL

A jurisprudência, por seu turno, também vem pontificando no mesmo sentido. Em acórdão proferido pela 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação Cível n. 220.943-1/1, em 9 de março de 1995, tendo como relator o Desembargador Olavo Siqueira, com a participação dos Des. Barbosa Pereira e Barreto Fonseca, foi o marido condenado a pagar indenização à mulher, por tê-la acusado infundada e injuriosamente na demanda de separação judicial, atribuindo-lhe a prática de adultério, que não restou provada, causando-lhe dano moral.

Não restam dúvidas, portanto, que o sistema jurídico brasileiro admite, na separação e no divórcio, a indenização por dano moral. Juridicamente, tal pedido é possível. Responde pela indenização o cônjuge responsável exclusivo pela reparação. Caso em que, diante do comportamento injurioso do cônjuge varão, a Turma conheceu do especial e deu provimento ao recurso por ofensa ao art. 159 do Código Civil (de 1916), para admitir a obrigação de se ressarcirem danos morais. (Resp 37.051-0, 3ªT., Rel. Min. Nilson Naves, j. 17-4-2001).

Destaque-se também o acórdão em votação unânime, proferido pela 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de São Paulo – Ap. Cível nº 272.221.1/2, 10.10.1996 no qual a mulher foi condenada a indenizar o consorte pela violação do dever conjugal de assistência imaterial, devido a simulação de gravidez. A simulação foi considerada como agressão à dignidade do marido, pois o mesmo sofreu perturbações nas relações psíquicas, na tranqüilidade, nos sentimentos e nos afetos do cônjuge ofendido. A sustentação jurídica foi embasada nos incisos V e X, do art. 5º, da Constituição da República.

Tendo como pacificada a questão da reparabilidade entre os cônjuges, é importante que se comente uma confusão processual, ainda não assimilada por alguns advogados civilistas, conforme se discutiu no Tribunal de Justiça de São Paulo. A ação de separação litigiosa e a de indenização são independentes. Os pedidos, contudo, são cumuláveis e podem ser formulados em uma mesma demanda (CPC, art. 292). Nada impede, porém, que a indenização, com apoio no art. 186 do Código Civil, seja pleiteada antes ou depois da

instauração do processo para a obtenção da dissolução contenciosa da sociedade conjugal, e até mesmo em reconvenção, sendo competente, em qualquer caso, o juízo de família e não o cível (TJSP, Agl 136.366-4/1-00, 6ª Câmara de Direito privado, Rel. Des. Mohamed Amaro, j. 15-6-2000)

Em junho de 2004, o juiz Luiz Fernando Cirilo, da 31ª Vara Cível Central (RS), condenou um pai a pagar à filha indenização no valor de R\$ 50 mil reais para reparação de dano moral e custeio do seu tratamento psicológico. Por meio de uma perícia técnica, foi constatado que a jovem apresenta conflitos, entre os quais de identidade, deflagrados pela rejeição do pai. Ela deixou de conviver com ele ainda com poucos meses de vida, quando separou-se da mãe e constituiu nova família. Esse fato, nem muito menos a circunstância de ter havido três filhos dessa nova união, foi considerado como justificativa para a rejeição paterna.

A justiça gaúcha, em 2003, já entendia da mesma forma. O Juiz de Direito Mário Romano Maggioni, da 2ª Vara da Comarca de Capão da Canoa (RS), condenou um pai a pagar 200 salários mínimos à filha que alegara abandono material (alimentos) e psicológico (afeto, amor, carinho). O juiz salientou em sua sentença que “A educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, amor, carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a criança se auto-afirme”. (CONJUR, 2005).

O referido magistrado foi categórico ao afirmar que o sustento é apenas uma das parcelas da paternidade. Para ele, negar afeto é agredir a lei. “Pai que não ama o filho está não apenas desrespeitando função de ordem moral, mas principalmente de ordem legal, pois não está bem educando seu filho”, diz a sentença.

Nesse mesmo sentido, posiciona-se a professora Camilla Cascudo, ao discorrer sobre o fracasso da relação de paternidade frente ao princípio do afeto:

Em razão de toda esta teia armada por uma variada existência de circunstâncias, se conclui que as relações afetivas que gerem filhos, com interferência ou não da engenharia genética, assumem condições de responsabilidade e obrigações que não poderão ser olvidadas. Não só por questões de natureza subjetiva ético-moral, mas como perspectiva de um novo dever de indenizar, fruto do abandono, que não se confunde com a ausência de pensões alimentícias ou provimento financeiro contínuo, mas da obrigação imaterial e insubstituível, inerente aos vínculos e às relações entre seres humanos (CASCUDO, 2006, p. 7).

Com relação ao princípio do afeto, tema ainda pouco discutido pela doutrina modernista, a referida professora acrescenta ainda que:

O princípio do afeto advém da dignidade, mas com ela não se confunde, sendo palpável no sentido de conceituação. Ora, a criança tem a memória imaculada e, durante certo período de sua vida, utiliza os exemplos que a cercam como imagem do que deve ser seguida, sendo esta uma fase de descobertas, mas também de repetições. Aliás, inúmeras estatísticas sociológicas comprovam que o exemplo doméstico é seguido voluntária e involuntariamente pelas crianças, exemplos esses que vão desde o hábito de ler aos vícios e manias mais pontuais. Isso não implica de forma inflexível, que a criança irá ser uma cópia do adulto que foi seu pai, ou que irá ter obrigatoriamente uma vida desviada em virtude da ausência física dele. Todavia, a paternidade há de ser encarada como uma responsabilidade de fato e de direito, não se entendendo o nascimento de uma criança com uma procriação temerária e impensada, conduta esta geralmente condicionada ao grau de esclarecimento do casal. (CASCUDO, 2006, p. 2)

Constata-se, como vemos, que há uma crescente número de jurisprudência e julgados no sentido de acolher e defender a ideia da reparação por danos morais no âmbito familiar.

6 CONCLUSÃO

Conforme já declinado, a Constituição da República assegura que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (art. 5o, X, CF/88).

Por seu turno a novo Código Civil, após definir que "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. 186) estabelece no seu artigo 927, a obrigação desse dano ser reparado pelo seu causador.

Não há, como se procurou demonstrar, um só artigo no Código Civil que, sequer, sugira que ofensas físicas ou psicológicas, quando perpetradas no âmbito da família, possam ficar imunes à reparação. Pelo contrário, além das conseqüências penais, originárias de possíveis crimes contra a pessoa, as ofensas, lesões ou qualquer forma de violação de direitos da personalidade, podem ensejar reparação de ordem imaterial.

Para tanto, basta que a vítima demonstre a ação injusta e as conseqüências negativas do ato ofensivo, perpetrado contra sua pessoa, mais particularmente, contra a sua integridade físico psicológica.

É certo que o *quantum* pecuniário indenizatório, variável em cada situação concreta, não é suficiente para, por si só, restaurar a dignidade ferida. Serve, entretanto, para reprimir os reflexos da discriminação, encaminhando os agressores a um repensar em torno do ato ilícito cometido.

Impõem-se, portanto, que as pessoas que se sintam lesadas, não se omitam, deixando de denunciar perturbações que lhes firam a afetividade. Mesmo que imperfeita, a via judicial é a mais viável para ajustar conflitos oriundos das relações familiares. O pedido de indenização por danos morais constitui-se alternativa social que serve como sanção para o desrespeito aos valores que compõe a intimidade.

Contra os atos que desrespeitam a dignidade humana, sob o ponto de vista familiar, os operadores jurídicos que ainda resistem a idéia reparatória necessitam se despir de muitos preconceitos infundados, para que inteira justiça seja feita em meio aos abusos e incompreensões no verdadeiro alcance social do direito.

O compromisso, entretanto, de transformar a realidade positivamente, desfazendo as complexas teias das discriminações e dos abusos, é de todos os cidadãos conscientes. Somente respeitando as pessoas e, sobretudo, nossos familiares, a partir das suas essências ou traços personalíssimos, é que seremos capazes de efetivar o principal paradigma deste milênio, reacendendo a esperança fundada na responsabilidade e na solidariedade.

REFERÊNCIAS

- BEVILÁQUA, Clóvis. **Comentários ao código civil**. São Paulo: Saraiva, 1992.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. São Paulo: Saraiva, 2017.
- _____. **Código Civil**. Obra coletiva de Autoria da editora Saraiva e Colaboradores. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 37**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. Tribunal de justiça de São Paulo. Câmara de Direito Privado. **Apelação Cível n. 272.221.1/2**. Testa Marchi relator. 10 de Outubro de 1996. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2004.
- _____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Câmara Cível. **Apelação Cível n. 220.943-1/**. Des. Olavo Siqueira relator. 9 de Março de 1995. São Paulo: Revista dos tribunais, 2004.
- _____. **Dano e indenização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- _____. **Responsabilidade civil: teoria e prática**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.
- CASCUDO, Camilla. O fracasso da relação de paternidade e o princípio do afeto. In Encontro Científico da FAL – CIENTIFAL, 4, 2006, Natal. **Anais....** Natal: FAL, 2006.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 3. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005.

CONJUR. **STJ decidirá ação que discute danos morais por abandono do pai.** Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2005-ago-](https://www.conjur.com.br/2005-ago-02/stj_decidira_acao_discute_danos_abandono_pai)

02/stj_decidira_acao_discute_danos_abandono_pai>. Acesso em: 17 dez. 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro.** 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Manual de direito civil.** 25. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. **Elementos de Responsabilidade Civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GOMES, Orlando. **Obrigações.** 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPEZ, Tereza Ancona. **O dano estético: responsabilidade civil.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MENDES, Eliezer, Willian Gomes. **Danos morais na separação e no divórcio.** Rio de Janeiro: Forense, 2000. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade civil do construtor. **Revista Forense.** Rio de Janeiro, n. 291, jul./set. 1985.

PORTO, Mário Moacir. Temas de responsabilidade civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

SANTOS, Beatriz Tavares da Silva Papa dos. **Reparação civil na separação e no divórcio.** São Paulo: Saraiva, 1999.

SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação.** Rio de Janeiro: Forense, 1983.

TELLES, Inocêncio Galvão. **Direito das obrigações.** 7. ed. Coimbra: Coimbra, 1997.

VARELA, João de Matos Antunes. **Direito das obrigações.** São Paulo: Forense, 2015.