



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Dano Moral Afetivo

Patrícia Costa de Andrade

Rio de Janeiro
2012

PATRÍCIA COSTA DE ANDRADE

Dano Moral Afetivo

Artigo Científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação em Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil.

Orientadores: Professores Nelson Tavares e Neli Fetzner

Rio de Janeiro
2012

DANO MORAL AFETIVO

Patrícia Costa de Andrade

Graduada pela Universidade do Grande Rio

Resumo: este artigo faz uma análise sobre a questão dos danos morais no âmbito familiar, sobretudo quando se tem a dissolução do casamento ou união estável, no caso de abuso entre os cônjuges nos direitos matrimonial, e também sobre o dano moral nas relações parentais, quando os pais agem de forma irresponsável não cumprindo sua obrigação legal gerando dano afetivo ao filho.

Palavra chave: Dano Moral; Afeto; Entidades Familiares;

Sumário: Introdução; 1. Da responsabilidade civil *latu sensu*; 2. Do dano moral nas relações conjugais; 3. Do dano moral nas relações parentais; Conclusão; Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Este trabalho científico visa fazer breves considerações sobre o dano moral nas relações familiares e seus entendimentos nos tribunais.

Dito isto, a partir do momento que passou a ser considerado dano moral de outras ocorrências da vida, passou a discutir-se também a condenação de dano moral resultante do rompimento afetivo, como consequência de um dever assumido com o casamento ou união estável, bem como no âmbito do abandono afetivo de um ou ambos os pais e, relação ao seu filho, que passou igualmente ser admitida a aplicação de condenação por danos morais.

Cumprir observar que tais danos têm como objeto, diferentemente dos danos comumente discutidos judicialmente, o afeto ao invés do patrimônio. Logo, verifica-se que o amor ou o afeto são sentimentos que surgem de ordem natural, não sendo possível obrigar a quem quer que seja a manifestá-los quanto a outra pessoa, ou de mantê-lo de igual e duradoura intensidade, pois são de ordem pessoal e oriundos de comandos psíquicos, cujo controle não é possível coordenar ou enfrentar.

O que vem sendo feito, na realidade, conforme alude Maria Berenice Dias, é uma tentativa de migração da responsabilidade decorrente da manifestação de vontade para o âmbito dos vínculos afetivos, pois no direito de família é o único campo do direito provado que o objeto não é a vontade, mas sim o afeto, e que ninguém pode ser culpado ou penalizado por deixar de amar outrem.

Ainda, não pode ser o dano moral aplicado quanto a eventual dificuldade que os integrantes da entidade familiar tem para externar necessário cuidado em relação aos parceiros e demais pessoas inseridas nesse núcleo familiar, que nada mais é que um sentimento natural e que normalmente direciona os laços formados entre os que se gostam e os que existam ligações biológicas.

Então, só será cabível o dano moral nas situações no casamento ou união estável quando um dos membros do casal, em razão de conduta do parceiro, carregada de deslealdade, desconsideração e falta de respeito, muita das vezes praticada publicamente e até de forma proposital, terá o ofendido o direito de requerer indenização pelos danos morais sofridos.

Todavia o dano moral não é aplicável sempre quando há violação dos deveres conjugais, quais sejam os do art. 1.586 do Código Civil no caso do casamento (fidelidade, vida em comum, domicílio conjugal, mútua) e no art. 1.724 do Código Civil no caso da união estável (lealdade, respeito, assistência, sustento, guarda e educação dos filhos), e a inobservância e violação desses deveres poderá ensejar fim da relação, bem como gerar condenação do outro em dano moral, mas tão-somente se o rompimento for marcado por episódios de violência física ou moral, ou ofensa contra a honra ou dignidade da pessoa.

No entanto, quando o dano passa a atingir o filho ou os filhos, nos casos por exemplo que o pai ou a mãe abandona, que tal ato resulta em dano psíquico ao filho, cabe ao filho comprovar que em virtude de omissão do dever de seu pai ou mãe, o mesmo teve danos morais e sequelas psicológicas passíveis de indenização.

Por fim, a maioria dos casos concretos e peculiaridades pertinentes ao dano moral cometido no âmbito familiar serão aprofundados adiante, onde será feita a tentativa de esgotamento do assunto, por meio da metodologia bibliográfica.

1. DA RESPONSABILIDADE CIVIL *LATU SENSU*

A palavra dano em seu sentido coloquial vem a ser o prejuízo, a ofensa, o mal patrimonial ou moral cometido por alguém em desfavor de outrem. Todavia, em seu sentido jurídico, vem a ser uma conduta humana, comissiva ou omissiva, produz danos ou lesões a bens juridicamente protegido.

A primeira visão histórica sobre reparação do dano de que se tem notícia se deu na Mesopotâmia 1.792 a 1.750 a.C., no reinado de Hamurabi, rei da Babilônia. Nessa época, a preocupação era de conferir uma reparação igual ou equivalente ao dano causado, por este motivo surgiu o “olho por olho, dente por dente”. Após isso, com a evolução surge o Código de Manu que abdicou a ofensa como ressarcimento e possibilitou indenização da vítima através de uma soma de dinheiro. Ainda, o Direito Romano previa ressarcimento do dano desde as Leis das XII Tábuas (452 a.C.) até a era Justiniana(528/534 a.C.), mas somente autorizava o ressarcimento no campo material, pois o dano a moral, as angustias da alma nunca foram valorados na Antiguidade para ser passível de indenização.¹

Após breve explicação histórica, cabe ressaltar que a constitucionalização do dano moral se deu com a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, V e X, se expandindo para legislação infraconstitucional, com a elaboração do art. 186 do Código Civil, e também o art. 6º, VI da Lei 8.078/90, com a introdução dos danos morais coletivos e difusos. Com tamanha evolução legal, veio na realidade jurídica uma corrida desenfreada em busca de indenizações,

¹ KORESSAWA, Elayne da Silva Ramos Cantuária. *Dano moral no direito de família*. Revista da EMAP (Escola de Magistratura do Amapá). Macapá. v. 1, n. 1, jan. 2002, p.255.

o que é facilmente explicável pela incompreensão jurídica de uma temática reprimida pelo sistema jurídico e pela falsa ilusão do enriquecimento (pedidos milionários), movimentação que não cabe censurar pela utilidade relutante dos cortes das demandas fúteis que fazem crescer a indústria do dano moral. O judiciário para limitar tal indústria, permitiu aplicação do princípio do mero dissabor não indeniza, com embasamento jurídico que se justifica compensar com dinheiro somente a lesão que provoca séria e grave perturbação do indivíduo e da pessoa jurídica, nos termos da Súmula nº 227 do Superior Tribunal de Justiça.²

Conforme já mencionado no histórico da responsabilidade civil, o ser humano estava acostumado a responder ao mal que lhe é cometido com violência física, pois tal atitude se justifica pelo sentimento de injustiça tanto o ofendido quanto aos que rodeavam socialmente. Por tal fato, veio a lei para regulamentar e proteger essas situações desencadeadoras de conflitos, melhor dizendo “o anseio de obrigar o agente, causador do dano, a repará-lo inspira-se no mais elementar sentimento de justiça”³.

A noção da responsabilidade civil advém do dever de respeito dos indivíduos ao direito alheio, e em caso de inobservância cabe a sua reparação, sujeitando o patrimônio do ofensor a reparar os efeitos danosos sofridos pelo lesado. Tal atitude jurídica, permite resguardar a segurança dos cidadãos, porquanto não se consegue o pleno ressarcimento ao lesado dos danos sofridos, uma vez que a única saída será propiciar a vítima a compensação pelo prejuízo. A responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro é tratado nos arts. 927 e 944 do Código Civil, que dispõe sobre como se dá a análise nos casos concretos da obrigação de indenizar e a indenização propriamente dita.

É inquestionável que todo dano oriundo de um ato praticado em desacordo com a ordem legal e lesivo ao direito de terceiro que viole o ordenamento jurídico, deve ser

² ZULIANI, Enio Santarelli. *Direito de família e responsabilidade civil*. Revista do Advogado. São Paulo, v. 31, n. 112, p. 30-39, jul. 2011.p.31.

³ DIAS, Maria Berenice (Coord.) *Diversidade sexual e direito homoafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.335-337

indenizado. Este ato que configura ilícito civil pode ter origem em um fato lesivo voluntário comissivo ou omissivo, a ocorrência de um dano patrimonial ou moral, nexo causal entre o dano e o comportamento causador deste, e ainda, se subjetiva a responsabilidade, a existência de culpa.⁴

Logo, verifica-se que a responsabilidade civil se apoia em três pressupostos: a existência de um dano, a culpa do autor do dano e a relação de causalidade, cuja essência é a efetividade da reparação danosa ao sujeito passivo

Ainda, deve-se afirmar que a culpa *lato sensu* não deve ser vista como um fator fundamental para existência do dano, mas como fonte da responsabilidade civil. O dolo é tido como o resultado planejado, esperado pelo ofensor, mas não se limita ao conceito de ânimo de prejudicar, mas sim na verificação de que seu causador agiu com a consciência do resultado lesivo que poderia vir a ocasionar. Já a culpa *stricto sensu*, o resultado do dano é alcançado sem o querer do ofensor, sem que o agente objetivasse causar prejuízo, ocorrido em virtude de atitude negligente, imprudente ou por a um ato de imperícia. Dessa forma, com base na lei e na conduta moral, conclui-se que para a punição do infrator, bastaria a comprovação da existência do dolo ou culpa em sua conduta, interpretada este como uma ação ou omissão, conforme adverte o art. 186 do Código Civil.⁵

Cabe salientar que esse dano sofrido atinge um bem juridicamente relevante. Este bem pode ser patrimonial ou material, quando atinge a pessoa ou a coisa objetivamente, causando-lhe prejuízos de ordem econômica, moral ou pessoal; quando atinge a pessoa ou a coisa pelo lado subjetivo, no que respeita a personalidade ou lado afetivo que a coisa possa representar, abrangendo abalo dos sentimentos e lesão a todos e quaisquer bens ou interesses pessoais, com exceção dos econômicos; por último, o dano pessoal ou dano estético, desde que cause humilhação e desgostos de molde a originar uma dor moral; são esses danos pautados na

⁴ DIAS, Maria Berenice (Coord.) *Diversidade sexual e direito homoafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.335-337.

⁵ *Ibid*, p.335-337.

responsabilidade civil subjetiva, que é a fundamentada na culpa.⁶

A responsabilidade civil pode ser também: contratual, derivado de um descumprimento de avença; e extracontratual ou aquiliana, derivada do dever genérico de não lesar ninguém.

A responsabilidade civil se pauta em duas teorias: a subjetiva e a objetiva. Elas são diferenciadas a partir da análise da conduta do sujeito ativo, em que a primeira leva em consideração a existência de culpa na atuação do sujeito, e a última adota a teoria do risco.

Na responsabilidade civil subjetiva, existirá o dever de reparar o dano sempre que o agente desejar o resultado nocivo ou assumir risco de produzi-lo, tem que haver o elemento culpa, ou seja, se agiu de forma culposa ou dolosa. Já na responsabilidade civil objetiva, diferentemente, não há a necessidade que se verifique a culpa entre a ação ou omissão do ofensor e o resultado danoso, pois o dever de reparação vem do próprio ordenamento jurídico, uma vez que seu fundamento central advém do risco, ora seja da atividade desenvolvida, ora da potencialidade em provocar danos, deixando de se considerar os elementos volitivos do agente, bastando-se sua simples exposição a uma situação de risco. O Código Civil filiou-se a responsabilidade civil subjetiva, sendo a aplicação da teoria objetiva também adotada pelo ordenamento jurídico mas de forma restrita.⁷

A condenação do ofensor em uma indenização por danos morais seria um meio de acalmar o estado melancólico a que foi submetido o ofendido. Com isso, após consolidação dos danos morais como forma de reparação da responsabilidade civil nos Tribunais do país, tornando-se indiscutível, inclusive, sua cumulabilidade com os danos materiais, conforme sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça, nº 37 “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

⁶ AGUIAR, Elizabete Alves de. *Dano moral e sua reparabilidade no direito de família*. Revista da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia. Porto Velho, n. 14, p. 117-136, 2006.

⁷ DIAS, Maria Berenice (Coord.) *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.335-337

Quanto ao arbitramento do dano moral, conforme alude o art. 944 do Código Civil, será considerado a extensão do dano, em que a própria lei impõe e a doutrina e jurisprudência cria alguns parâmetros gerais, que devem ser observados pelo julgador na análise do caso concreto.

Ainda que o correto seja o mencionado acima, não existe meio de calcular matematicamente quanto vale um prejuízo moral, quanto vale um sofrimento, não devendo essa quantificação ser pautada na equivalência a dor sofrida, mas sim como único modo encontrado para tentar abrandar a dor do lesado, conseguindo-se por meio do dinheiro um resgate a sensação de bem estar perdido.

Outrossim, através desta indenização não se almeja construir um patrimônio para a vítima, muito menos uma equivalência entre o valor indenizado e o bem lesado, utilizando-se do Princípio do Livre Convencimento do Juiz, que visa ter um sentimento de justiça, não se esquecendo do princípio da razoabilidade.

Por fim, conclui-se os aspectos gerais da responsabilidade civil e passa ao seu ponto com ênfase nas relações afetivas ligadas ao casamento e união estável.

2. DO DANO MORAL NAS RELAÇÕES CONJUGAIS

Após verificada, de forma sucinta os aspectos gerais no que tange ao sistema de responsabilidade civil vigente no ordenamento jurídico brasileiro, vamos nos aprofundar um pouco mais para os danos morais advindos das relações conjugais, em especial do casamento, união estável e noivado. Também será trazido a baila outras discussões, inclusive sobre casos concretos.

Lamentavelmente, com o crescimento dos conflitos de convivência familiar, com a depreciação do afeto, sendo tais conflitos geralmente agudos e inconciliáveis, e com os

desenlaces, modifica-se para pior a vidas dos envolvidos, vem os Juízes dos Tribunais do Brasil, impossibilitados de restaurar tais conflitos, como forma de compensar tais fissuras decorrentes do desamor, das hostilidades, das violências, emitir sentenças se utilizando da responsabilidade civil para compensar os danos morais sofridos, respeitando requisitos e os parâmetros legais e doutrinários.

Não se pode deixar de mencionar que a Constituição Federal como lei maior e elemento unificador do sistema jurídico, impôs ao direito das famílias a se adequar ao direito civil constitucional, e respeitar a hierarquia do princípio do não causar dano a outrem (*neminem laedere*), princípios este da Teoria Geral do Direito Civil. Este princípio se aplica a todos os livros do Código e está implícito, visando a proteção da dignidade e da integridade física e psíquica da pessoa humana.⁸

A obrigação de indenizar nas relações conjugais, seja ela o casamento ou a união estável, decorre da violação dos deveres e dos efeitos do ato lesivo. Não se pode em momento algum dizer que o casamento ou união estável exonere ao dever fundamental de não lesar a outrem, até porque se ocorrer ofensas físicas ou morais fora do casamento gera o dever de indenizar, então, será a mesma aplicação para o caso de ocorrer no recesso do lar. O grande problema desse ilícito ocorrido na relação conjugal é a dificuldade de se provar, pois o Código de Processo Civil, no art. 333, I, informa que o ônus de provar cabe a quem alega devendo o cônjuge ofendido reunir os elementos para provar o dano injusto.

Nesse contexto, o cônjuge prejudicado deverá ajuizar ação de indenização cumulada com divórcio, no caso de casamento, e se for união estável, ação de indenização cumulada com dissolução de união estável, pois não há razão que o cônjuge reclame indenização do outro pela violação dos deveres matrimoniais e continue casado ou coabitando com o infrator, por ser incoerente este estado de coisas. O direito de indenização decorre da ofensa que motiva

⁸ TADEU, Silney Alves. *Dano extrapatrimonial: Responsabilidade Civil no âmbito do direito de família: Separação, divórcio e união estável*. Lei 11.340/2006. Considerações. Doutrina Gazeta Juris Rio de Janeiro, n. 20, p. 360-362, out. 2006, p. 361.

o divórcio, sendo cumuladas ambas as ações por serem os pedidos conexos, ainda que propostas separadas, deverá ocorrer o apensamento nos termos do art. 106 do Código de Processo Civil, e sendo esta ação decorrente de relação matrimonial, a competência de conhecer e julgar a causa é da Vara de Família.

Acrescenta-se que há quem diga que a natureza jurídica do casamento seja negócio jurídico, há quem diga que seja contratual. Tal corrente faz diferença na fundamentação na hora da condenação dos danos morais. Para os que pregam que seja negócio jurídico, adotam que suas condições são impostas pela lei, então há possibilidade de se alterá-las pela livre vontade das partes, pois o casamento diferentemente dos contratos, é uma confluência de valores sociais e religiosos. Tão logo, a lei que define a família (art.226 da CF), o estado de casado, o parentesco por afinidade, o direito sucessório, etc., sendo sua natureza jurídica publicista, pois é o Estado que legaliza e lhe impõe condições e consequências.⁹

Já os que dizem que a natureza jurídica do casamento é contratual, mas não é o mesmo contrato do direito patrimonial, sendo diferenciado, como observa-se que ao se casarem, as partes, de livre e espontânea vontade, submetem-se às cláusulas pré-condicionadas pela lei. Logo, é típica instituição de direito privado. De fato, o art. 1.571 do Código Civil tipifica o casamento como uma sociedade conjugal, que advém de um pacto, ou seja, um contrato, que tem sua celebração feita por ato solene, com intervenção para homologação por um agente estatal.

Em tempo, diz-se que a lei impõe certas cláusulas ao contrato, vez que se aplica o princípio do dirigismo contratual, com a aceitação das normas gerais contratuais para os casos dos contratos submetido à algumas normas legais cogentes, que não podem ser alteradas nem deixadas de constar, pois a autonomia da vontade contratual é relativa, similarmente ao casamento com as normas que são impostas por lei. No caso do distrato destacamos como uma

⁹ ALMEIDA JR., Jesualdo Eduardo de. *Danos morais pelo descumprimento dos deveres pessoais no casamento*. Revista IOB de Direito de Família. Porto Alegre, v. 11, n. 59, p. 119-144, abr./maio 2010, p.124-125

modalidade o instituto do divórcio, aplicado ao casamento. Logo, entende-se que esta seria a corrente mais adequada.¹⁰

Destarte, após o discorrido, bom seria ter um critério absoluto para se verificar qual a extensão deste dever de indenizar. Na linha que estamos discutindo, sabe-se que o dano a ser indenizado é o dano moral oriundo de uma conduta antijurídica, quando tal resulta no desenlace, grave afetação aos legítimos interesses pessoais, diante da gravidade da ofensa. Na legislação comparada, códigos suíço grego, peruano, italiano e francês, preveem que este é um caso de dano ao projeto de vida, ou seja, as sequelas próprias da frustração de todo um projeto de vida, companhia, assistência, educação da prole, solidão, depressão, status social, etc.

Para que a indenização por dano moral atenda ao princípio da proporcionalidade, e realmente tenha seu caráter compensatório, sugere-se alguns parâmetros para sua fixação: 1) se a natureza específica da ofensa sofrida se impõe-se a condenação exemplar ou não; 2) a intensidade real, concreta e efetiva do sofrimento da vítima; 3) a repercussão da ofensa, no meio social em que vive o ofendido; 4) a existência de dolo por parte do ofensor e/ou grau de sua culpa; 5) o comportamento da vítima se de alguma forma contribuiu para eclosão dos fatos; 6) praticas atenuantes realizadas pelo ofensor visando diminuir a dor do ofendido.¹¹

Os opositores a tese favorável a reparabilidade dos danos morais nas entidades familiares, dizem que não cabe pois a lei não prevê danos morais nas relações familiares de forma expressa, e o que deve na verdade ocorrer quando incorre uma das partes em infração dos deveres de família, é a aplicação da sanção do Código Civil, pois a condenação em uma indenização é uma dupla penalização pelo mesmo fato, vez que os cônjuges aderem às regras públicas formuladas para o matrimônio.¹²

Outra questão confusa é se a obrigação de pagar alimentos supre o dever de reparar os danos. A pensão alimentícia será exigida pelo cônjuge que provar sua necessidade, sendo

¹⁰ ALMEIDA JR., Jesualdo Eduardo de. op.cit., p.124-125

¹¹ Ibid, p.140

¹² Ibid. p.126-127

variável, observando a necessidade do alimentado e a possibilidade do alimentante. Já a indenização, pode ser pleiteada independentemente da situação econômica do cônjuge ofendido, e a indenização pode ser suprimida, aumentada e diminuída enquanto não transitar em julgado o processo judicial. Ambos independem, e podem, inclusive, ser requeridos concomitantemente, um pedido de pensão alimentícia e outro pedido de indenização por danos materiais e/ou morais sofridos. Há notícia que o Tribunal do Rio Grande do Sul, por influência da legislação francesa e espanhola, já concedeu a modalidade de alimentos compensatórios, mas é tese isolada.¹³

Quanto as partilhas dos bens decorrente da dissolução do casamento ou da união estável, não se pode atrelar ao comportamento pessoal dos cônjuges, quer tenham sido devassos, quer pudicos, no partilhamento do patrimônio em nada será alterado.¹⁴

Menciona-se alguns casos onde foram reconhecidos o dano moral: quando há uma gravidez adúltera revelada, após longos anos de fraude da paternidade biológica¹⁵, logo atinge honra subjetiva do pai enganado, sendo necessária a comprovação da negativa de paternidade¹⁶; outro caso, o marido, já de idade avançada, ter abusado sexualmente do próprio neto, quando a Turma Julgadora considerou que a descoberta de uma perversão dessa índole, do homem que dividia a sua cama, causa uma indignação para a esposa capaz de perturbá-la para sempre; por último, marido admitiu ter contraído doença sexualmente transmissível, em específico sífilis e clamídia, de coito praticado sem preservativo com prostituta na rua, o que lhe concedeu o dever de pagar indenização por danos morais a sua ex-mulher.¹⁷

Cumprido trazer ao debate decisão, em direito comparado, de 06/03/1989, no Uruguai, que admitiu reparação por danos morais que teve como fato causador o adultério praticado

¹³ ALMEIDA JR., Jesualdo Eduardo de. op.cit., p.136

¹⁴ Ibid, p.136

¹⁵ ZULIANI, Enio Santarelli. *Direito de família e responsabilidade civil*. Revista do Advogado. São Paulo, v. 31, n. 112, p. 30-39, jul. 2011, p.35.

¹⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos morais em família? Conjugalidade, Parentalidade e Responsabilidade Civil*. Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 102, n. 386, p. 183-201, jul./ago. 2006, p.497.

¹⁷ ZULIANI, Enio Santarelli. op.cit., p. 32.

pelo marido que gerou como consequências danos a esposa que teve que se submeter a tratamentos médicos, a qual teve como sequelas problemas sérios em face ao ato ilícito praticado pelo cônjuge, sendo-lhe arbitrada indenização pelo dano moral sofrido.¹⁸

No que diz respeito ao adultério, os casos encontrados são variados. A fidelidade é um dever do casamento e da união estável, sendo a inobservância deste dever muitas vezes fatal e imperdoável para o relacionamento, vez que viola a fidúcia da relação. Mesmo que esse adultério praticado, seja pelo homem ou pela mulher, seja tornado público e de conhecimento de terceiros, por si só não gera ofensa à honra, à reputação, à imagem do outro, por isso, não cabe indenização por dano moral. Mas, existem casos que configuram a possibilidade do dano moral, se encontrado o requisito onde a forma praticada de maneira a causar um mal maior do que perturbação do amor e confiança traídos, que gere um trauma externo.

Com a mudança dos costumes, e o noivado, etapa do comprometimento oficioso dos futuros cônjuges, vem por cair em desuso, vez que são poucos os casais que vivem, de fato, essa fase antecedente ao matrimônio, que realmente é marcada por forte aproximação deles. Todavia, é normal encontrar a experiência da coabitação provisória antes da solenidade nupcial. Para o Direito Civil o noivado continua tendo significado caracterizando um compromisso que vincula determinados interesses, em especial tutela da confiança, não sendo comum que homens e mulheres recorram ao Judiciário por ruptura abrupta e imotivada do noivado, sendo polêmico o cabimento destas indenizações.¹⁹

Entendendo-se o matrimônio como um contrato especial do direito de família, poderia ser aplicado, também, o entendimento favorável a aplicação de indenização nestes casos, se entendesse que o noivado seria uma fase pré-contratual, que com o seu rompimento ocorreria a quebra da boa-fé objetiva pré-contratual, afrontando ao princípio da eticidade em razão do desfazimento injustificado do compromisso assumido, lesando a legítima expectativa

¹⁸ AGUIAR, Elizabete Alves de. *Dano moral e sua reparabilidade no direito de família*. Revista da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia. Porto Velho, n. 14, p. 117-136, 2006, p.127.

¹⁹ ZULIANI, Enio Santarelli. op.cit,p.35.

alimentada pelo outro nubente.²⁰ O que vem se vendo na maioria das vezes é o ressarcimento com todos os gastos para o preparativo do casamento tais como, com serviços contratados de *Buffet*, vestido de noiva, salão de festa e da igreja, quando se tem que recolher os convites expedidos e entregues aos convidados, o que no caso gera um constrangimento extraordinário, deverá o magistrado verificar a repercussão do constrangimento gerado ao nubente rejeitado, sua publicidade e importância social dado à cerimônia.

3. DO DANO MORAL NAS RELAÇÕES PARENTAIS

A responsabilidade civil nas relações familiares é unida pela característica fundamental que é o afeto, sendo a diferença da relação parental com a relação conjugal no que tange a sua estrutura e a sua funcionalidade, vez que a primeira se fundamenta na responsabilidade, e a última na liberdade e na igualdade. Na parental há a relação de vulnerabilidade de uma das partes, a criança, e por tal motivo ser um vínculo com maior intervenção estatal, a quem o ordenamento deve a máxima proteção, vindo neste tópico a discussão sobre possível indenização ao filho pela falta de atenção, amor, afeto, cuidado, enfim, de parte do genitor, no tocante a ele ou ela.

Nesses casos quando findo o matrimônio, o juiz deve agir com firmeza para impedir que a alienação parental se transforme na síndrome que inferniza a vida das crianças, estabelecendo diretrizes e metas para que as visitas se realizem sem prejuízo dos genitores, reduzindo prerrogativa tanto do guardador, quanto do visitador, não sendo impedido de inverter a guarda quando se verificar inaptidão do escolhido.

Os filhos que não recebem visitas dos pais, apesar de ter sido regulamentado esse direito, são titulares de direito indenizatório? Se verificar a sua ausência repetida, sua conduta

²⁰ RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz Rodrigues (Coord.). MAMEDE, Gladston (Coord.). ROCHA, Maria Vital da (Coord.) *Responsabilidade civil contemporânea em homenagem a Silvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011, p.921.

poderá ganhar *status* de ilicitude, seguidas decepções angustiadas pela espera, após ansiosa preparação para o encontro. Tal fato, além de gerar ao visitante o dever de pagar indenização por danos morais, poderá ser aplicada astreinte, uma vez que tem a obrigação de fazer de visitar, e não a cumpriu, incidindo na hipótese do art. 461, §5º do Código de Processo Civil.²¹

Cumprido salientar que a personalidade do ser humano é construída de experiências de vida, na formação da identidade. Então, como a personalidade é formada no período da infância, e a necessidade de convivência com alguém que lhe proporcione experiências, neste contexto sobressai o pai e o seu papel socioafetivo, com orientação a psicologia e a psicanálise. E quando tais experiências cotidianas são fundadas no afeto e no amor, mais humanizado e saudável será esse ser humano em desenvolvimento.

A discussão não gira em torno dos deveres que os pais têm em relação aos filhos, inerentes ao exercício do poder familiar, a que se refere o Código Civil nos arts. 1.630 e seguintes, estabelecendo eventual suspensão ou a perda do poder-dever como consequência do seu descumprimento. Outrossim, será que acrescentar a tais possibilidades penalizadoras a indenização por dano moral em benefício do filho, a ser prestada pelo pai que o abandone afetivamente, pode ser considerada coerente àquilo que diz respeito às relações familiares? Tão logo, observando-se a tendência atual, a atenção e cuidado dos pais pelos seus filhos, como manifestação do amor/afeto, é algo que advém naturalmente, simplesmente pelo fato da maternidade e paternidade, sem que seja possível de se imaginar que um sentimento de tal ordem possa ser imposto a quem quer que seja, e que pelo fato de sua inexistência, a condenação de seu genitor em danos morais possa compensar o filho por aquilo que, lamentavelmente, não tenha sido possível seu genitor manifestar à quem deveria ser dela destinatário.²²

Um caso comumente notável, é quanto o visitante, pai por exemplo, não consegue

²¹ ZULIANI, Enio Santarelli. op.cit, p. 37-38

²² RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz Rodrigues (Coord.). op. cit, p.501.

conectar-se com o filho por uma inadimplência incontrolada da titular da guarda, e posteriormente, esse filho descobre ter perdido o amor filial pelo comportamento imprudente de quem detinha a guarda, caberá ressarcimento indenizatório requerido ao dono da guarda, pelo dano íntimo do tempo perdido ou do sentimento que não mais se resgatará.²³

No caso dos danos morais nas relações parentais, adota-se o critério adotado do art. 186 do Código Civil, não se pode deixar de lado a necessidade de se averiguar sobre a voluntariedade da atitude do genitor.²⁴

Verifica-se na doutrina pesquisada que para a configuração de dano moral à integridade psíquica de filho menor, é preciso que tenha havido o completo abandono por parte do pai ou da mãe, e a ausência de uma figura substituta que desempenhe as atividades próprias do ausente. A compensação financeira deverá agir como antídoto para a rejeição que atormenta o menor, servindo para que o mesmo obtenha, com os privilégios financeiros, satisfações materiais que poderão contemporizar a dor experimentada, se condenando o genitor pelos efeitos de seu ato omissivo que causou constrangimento, sofrimento, dor e vergonha, e jamais por desamor.

Para a incontestável procedência do pedido indenizatório, mister se faz a prova das sequelas, provadas por meio de laudos periciais de especialistas, tais como psicólogos, assistentes sociais, entre outros; prova documental, tais como boletins escolares e fotografias; prova testemunhal e depoimento pessoal do ofendido.²⁵

Se do abandono resultar dano psíquico para o filho, e esse dano for suscetível de tratamento psiquiátrico ou psicológico tendente a excluir ou minorar os efeitos resultantes daquela omissão, poderá ser o pai/mãe condenado a arcar com o custeio deste tratamento,

²³ ZULIANI, Enio Santarelli. op. cit., p.38

²⁴ RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz Rodrigues (Coord.). op.cit., p.502.

²⁵ SOUZA, Ionete de Magalhães. *Responsabilidade civil e paternidade responsável: Análise do abandono afetivo de filho no Brasil e na Argentina*. Revista IOB de Direito de Família. Porto Alegre, v. 11, n. 58, p. 111-126, fev./mar. 2010.p.119.

observados para êxito da ação os pressupostos contidos no art. 186 do Código Civil.²⁶

Importante trazer os entendimentos jurisprudenciais sobre o assunto, em especial, faz-se menção à primeira ação brasileira que se tem notícia de filho contra o pai por abandono afetivo, é da Comarca de Capão de Canoa, onde a menina DJA, com 10 anos de idade, obteve em 15/09/2003, sentença de procedência contra seu pai DVA. Os pais são solteiros e não mantêm união estável, nem se visitam. Detalhe relevante é de que o pensionamento mensal de aproximadamente R\$1.000,00 (mil reais) vem sendo cumprido regularmente. Quando esse valor da pensão foi acordado em audiência, o pai também se obrigou a visitar a filha, no mínimo a cada 15 dias, levando-a para passear consigo, comprometendo-se, também, a acompanhar seu desenvolvimento infanto-juvenil, prestando assistência, apresentando a criança aos familiares do lado paterno. Na prática, nada disso aconteceu. O genitor porém continuou ausente. Em 12/08/2003, o juiz da comarca de Capão de Canoa julgou procedente a ação, concedendo uma reparação financeira de R\$ 48.000,00 (200 salários mínimos à época), a condenação transitou em julgado e já se encontra em execução da sentença.²⁷

CONCLUSÃO

Por todo o estudo aqui trazido, impossível seria esgotar em poucas laudas todas as discussões sobre o dano moral afetivo. A responsabilidade civil é instituto de grande importância para o Direito Civil e para a sociedade, tendo somente ele a capacidade de produzir o mínimo de sentimento de justiça para todos nós cidadãos brasileiros, uma vez que é capaz de compensar um dano injusto causado a outrem sem lhe provocar juízo arbitrário das próprias razões, concedendo indenizações.

Com a sua evolução, a constitucionalização do Direito Civil, a aplicação implicitamente em todas as normas jurídicas do princípio da dignidade da pessoa humana, e a

²⁶ RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz Rodrigues (Coord.). op. cit., p. 503

²⁷ SOUZA, Ionete de Magalhães. op.cit. p.199.

sua aplicação para as relações familiares, não podia o Direito fechar os olhos para os danos morais advindo das relações de afeto, gerando toda esses argumentos que foram abordados.

Ficou claro que nas relações familiares a responsabilidade civil na esfera conjugal deve ser pautada na igualdade, entre pessoas aptas para exercerem autonomamente sua liberdade, enquanto na esfera parental deve ser pautado na vulnerabilidade do menor e sua dependência.

Na esfera conjugal, conclui-se pela sua aplicação em casos extremos, quando verificado todos os requisitos discorridos no presente trabalho científico, e não sua aplicação nos casos que por vingança de um dos cônjuges seja requerido para satisfazer sua dor afetiva pelo outro não amá-lo mais, não podendo ser generalizado. Ainda, verificou-se a possibilidade da ocorrência do dano na fase pré-matrimonial ou noivado, tendo que ser analisado caso a caso, pois não existe previsão legal que o nubente seja obrigado a contrair casamento.

O mero inadimplemento dos deveres conjugais não gera dano moral. Ficou claro que o simples fim do interesse afetivo por um do cônjuges também não gera dano moral, mas a forma que a separação ocorre, pode gerar, caso sua conduta afronte a dignidade da pessoa humana, e seja de caráter vexatório para o outro.

Por outro lado, na esfera parental, do dano deve ser aplicado no caso se realmente ficar comprovado dano efetivo do menor, não seria qualquer dano, mas sim quando o genitor não cumpre seu papel social, quando gera enorme trauma psicológico no menor. Por fim, lembra-se que a criança, ser humano em desenvolvimento, tem seu interesse priorizado, protegido constitucionalmente e deve ser interpretado com um dos aspectos fundamentais nas relações familiares.

REFERÊNCIAS

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4.ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz Rodrigues (Coord.). MAMEDE, Gladston (Coord.). ROCHA, Maria Vital da (Coord.) *Responsabilidade civil contemporânea em homenagem a Silvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011.

DIAS, Maria Berenice (Coord.) *Diversidade sexual e direito homoafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

KORESSAWA, Elayne da Silva Ramos Cantuaria. *Dano moral no direito de família*. Revista da EMAP (Escola de Magistratura do Amapá). Macapá. v. 1, n. 1, p. 253-279, jan. 2002.

TADEU, Silney Alves. *Dano extrapatrimonial: Responsabilidade Civil no âmbito do direito de família: Separação, divórcio e união estável. Lei 11.340/2006. Considerações*. Doutrina Gazeta Juris. Rio de Janeiro, n. 20, p. 360-362, out. 2006.

AGUIAR, Elizabete Alves de. *Dano moral e sua reparabilidade no direito de família*. Revista da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia. Porto Velho, n. 14, p. 117-136, 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos morais em família? Conjugalidade, Parentalidade e Responsabilidade Civil*. Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 102, n. 386, p. 183-201, jul./ago. 2006.

SOUZA, Ionete de Magalhães. *Responsabilidade civil e paternidade responsável: Análise do abandono afetivo de filho no Brasil e na Argentina*. Revista IOB de Direito de Família. Porto Alegre, v. 11, n. 58, p. 111-126, fev./mar. 2010.

ALMEIDA JR., Jesualdo Eduardo de. *Danos morais pelo descumprimento dos deveres pessoais no casamento*. Revista IOB de Direito de Família. Porto Alegre, v. 11, n. 59, p. 119-144, abr./maio 2010.

ZULIANI, Enio Santarelli. *Direito de família e responsabilidade civil*. Revista do Advogado. São Paulo, v. 31, n. 112, p. 30-39, jul. 2011.