



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Dano moral no direito de família

Sabrina Marinho de Moraes

Rio de Janeiro

2010

Sabrina Marinho de Moraes

Dano moral no direito de família

Artigo Científico apresentado à
Escola de Magistratura do Estado
do Rio de Janeiro, como
exigência para a obtenção do
título de Pós-Graduação.
Orientadores: Prof^ª. Néli Fetzner

Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro

2010

Dano moral no direito de família

Sabrina Marinho de Moraes

Graduada em Direito pela
Universidade Federal
Fluminense. Advogada.

Resumo: O presente trabalho visa à análise do instituto do dano moral nas relações familiares e tem por objetivo concluir pela possibilidade ou não de sua incidência no ramo do Direito de Família. Para tanto será necessária a ponderação de diversos princípios constitucionais expressos ou implícitos como os da razoabilidade, da proporcionalidade, da boa-fé objetiva, da confiança etc., tendo sempre como norte a dignidade da pessoa humana. Com a constante evolução das relações humanas surge a discussão em torno da responsabilização por danos morais quando se tem por pano de fundo a relação familiar. Não há dúvida de que esta relação também gera obrigações e, por conseguinte, pode causar dano a outrem, o que possibilitaria eventual indenização. No entanto, soa um pouco estranho a referida compensação em relações nas quais sabidamente deve prevalecer o vínculo afetivo. A falta de lei nesse sentido é que dá origem há diversos entendimentos sobre o tema, porém, como se sabe, o Judiciário não pode deixar de apreciar os casos envolvendo a matéria com fundamento na ausência de lei que regulamente o tema. Situações casuísticas serão apresentadas com o objetivo de melhor esclarecê-lo. Assim, serão ponderados diferentes entendimentos e as implicações psicológicas e sócio-econômicas que a matéria traz na seara do direito de família. Pretende o trabalho orientar-se de acordo com a solução mais justa, bem como aquela que efetivamente tutele o direito do jurisdicionado deduzido em juízo. Ante o exposto, não há dúvida de que deve afastar-se o intérprete de qualquer generalização quando da matéria objeto de análise ante a ponderação dos valores contrapostos.

Palavras-chave: Dano moral. Direito de Família. Dignidade da Pessoa Humana. Lesão a Direito da Personalidade. Boa-fé objetiva. Relações Interpessoais. Monetização. Afeto. Namoro. Noivado. Casamento. Culpa. Paternidade. Abandono. Menor.

Sumário: Introdução. 1. Dano Moral. 1.1 Elementos da Responsabilidade Civil. 1.2 Dano Moral nos Contratos. 2. O Direito de Família. 2.1 Dano Moral no Direito de Família. 2.1.1 Diferentes interpretações. 2.1.2 Rompimento do vínculo conjugal. 2.1.3 Descumprimento dos deveres conjugais. 2.1.4 Situações casuísticas 2.1.5 Abandono de incapaz. Conclusão.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo expor a controvérsia que gira em torno da possibilidade de indenizações a título de dano moral nas relações familiares. Trata-se de uma situação delicada que merece toda atenção pelo fato de o dano moral revelar-se uma compensação de natureza pecuniária e o Direito de Família tutelar relações interpessoais que, na maioria das vezes, ultrapassam a esfera patrimonial.

O artigo que será aqui desenvolvido buscará traçar um panorama geral do dano moral no Direito de Família, que pode ser vislumbrado de diversas formas e sob vários aspectos. O tema comporta uma análise mais aprofundada por não haver na legislação regra específica que trata da matéria. As correntes doutrinárias que divergem sobre o assunto serão apresentadas para elucidar a questão objeto de análise. Por outro lado, os entendimentos jurisprudenciais serão trazidos à baila para demonstrar a atual visão dos tribunais.

Andar por um terreno argiloso pode parecer difícil, mas também pode se revelar bastante interessante e, dessa forma, vem o presente estudo, após definir o conceito de dano moral, destrinçar as possibilidades em que esse será ou não cabível no Direito de

Família. Visões conclusivas serão tiradas dos entendimentos trazidos pelo artigo num misto de correntes doutrinárias e jurisprudenciais.

Cumprе ressaltar que, como qualquer demanda proposta, a que versa sobre direito de família visa a uma tutela efetiva, justa e tempestiva. No entanto, como a matéria envolve relações entre pessoas ligadas ao direito de filiação, ao casamento e assim por diante, muitas vezes, a decisão mais técnica pode não se mostrar a mais justa. Sendo assim, é dever dos órgãos jurisdicionais, nas relações de família, a busca incessante por decisões justas que não se afastam da técnica interpretativa.

As questões norteadoras do presente estudo são as seguintes: é possível o arbitramento de dano moral pelo Judiciário quando a controvérsia estiver inserida no Direito de Família? Como se fixar compensação a título de dano moral nas relações interpessoais cujo elo é a relação familiar? Até que ponto não será possível se falar em dano moral nas relações de parentesco?

O suporte teórico será dado, em sua maioria, por livros de Direito de família, mormente as obras dos professores Luís Roberto Gonçalves Filho, Maria Berenice Dias e Sérgio Cavalieri Filho. Também serão utilizados artigos da internet e informes de julgados dos Tribunais Superiores.

1. DANO MORAL

O ordenamento pátrio em várias passagens prevê expressamente o cabimento do dano moral, como nos artigos 5º, V e X da CRFB/88, no artigo 6º, VI e VII, CODECON e no artigo 186 do Código Civil. Dessa forma, verifica-se que não há uma regra específica que trata do dano moral nos casos de Direito de Família e, sendo assim surge a indagação sobre a possibilidade da incidência das regras gerais nessas hipóteses.

O conceito de dano moral ajuda no deslinde da controvérsia exposta nesse trabalho, assim vejamos. De acordo com a doutrina do Professor Sérgio Cavalieri Filho (2009, p. 80), o dano moral configura-se com a violação da dignidade da pessoa humana ou de qualquer dos direitos da personalidade. Verifica-se que os direitos da personalidade revelam o gênero do qual a dignidade da pessoa humana é apenas uma de suas espécies.

Com o advento da Constituição de 1988 verificou-se que o homem, os valores humanos e, por conseguinte, os direitos personalíssimos passaram a ter um importante papel em nosso ordenamento jurídico.

O artigo 1º, III da CRFB/88 colocou a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Por sua vez, o artigo 20 do Código Civil estabeleceu a irrenunciabilidade e a intransmissibilidade dos direitos da personalidade. Do exposto, facilmente se observa a possibilidade da fixação de indenizações a título de dano moral no caso da violação desses direitos.

A conduta ilícita viola direitos imateriais, ou seja, não patrimoniais, direitos relacionados à honra, ao nome, à intimidade, à privacidade e à liberdade, o que faz configurar o dano moral. Sabe-se que tais danos não ensejam o ressarcimento integral dos prejuízos eventualmente sofridos, como ocorre no caso dos danos materiais, mas sim uma compensação indenizatória.

1.1 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Na esfera do dano moral, haverá que se falar em conduta ilícita, dano e nexos causal entre os dois primeiros elementos. Nesse passo, o ato ilícito em si, necessário para caracterizar a responsabilidade civil, será a agressão à dignidade pessoal, já o dano moral será configurado pela repercussão do referido ato à esfera anímica do sujeito ofendido, segundo entende o Professor Sérgio Cavalieri Filho (2009, p. 83).

Não há dúvida de que o dano moral decorre da ofensa aos direitos da personalidade que englobam a integridade moral do indivíduo, e até mesmo a das pessoas jurídicas. No entanto, em função da temática aqui apresentada nos ateremos ao dano moral que atinge os indivíduos e não as pessoas jurídicas.

A legislação vigente estabelece como ato ilícito também o ato que causar dano de índole exclusivamente moral. Logo, a simples ofensa aos direitos da personalidade já revela a gravidade da conduta, tornando-a passível de indenização. De acordo com o Professor Sérgio Cavalieri Filho (2009, p.86), “o dano moral existe *in re ipsa*; deriva inexoravelmente do fato ofensivo, provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, presunção *hominis facti*, que decorre das regras da experiência comum”.

A dor, o vexame, o sofrimento ou a humilhação sofridos por alguém, como visto, não configuram o ilícito em si, mas, o dano moral, no caso de aqueles fugirem à normalidade e influenciarem de maneira direta e intensa no estado psicológico do sujeito, gerando-lhe constrangimentos tais que desequilibrem o seu bem-estar. A grande

preocupação, hoje, dos doutrinadores e dos tribunais é no sentido de coibir o que vem se chamando da indústria do dano moral.

Com o posicionamento atual no sentido da reparabilidade desse tipo de dano, começou a surgir uma quantidade infinita de demandas que visavam ao seu reconhecimento e, por conseguinte, a uma indenização pecuniária. No entanto, o entendimento que vigora é no sentido de apenas reconhecer o dano moral nas hipóteses em que ele se afigura fora da normalidade dos atos da vida cotidiana, ou seja, quando a agressão à dignidade humana ou aos atos da personalidade se mostrar exagerada a ponto de romper definitivamente o equilíbrio psicológico do indivíduo.

1.2 DANO MORAL NOS CONTRATOS

Há a possibilidade de se revelar presente o dano moral numa relação contratual quando verificada a sua causa, qual seja, a violação de qualquer dos direitos da personalidade. Assim, entende-se que meros descumprimentos contratuais serão tutelados pelo direito material que trata dos contratos em espécie. Ali há a previsão de sanções, como multas, juros moratórios e até cláusulas penais na intenção de ressarcir o contratante prejudicado. Logo, todo e qualquer descumprimento no plano contratual que não ultrapasse a esfera do razoável e fira a dignidade da pessoa humana ou qualquer dos direitos da personalidade ficará abarcado pelo dano material de natureza estritamente patrimonial.

Meros dissabores contratuais do dia-a-dia não se revelam agressores da *psique* humana, conforme entendimento do Professor Sérgio Cavalieri Filho (2009, p. 84). É incontroverso que o mundo dos contratos e o das relações contratuais de massa possibilitam inadimplementos, porém nem todos ensejarão indenizações por danos morais.

Diante do exposto, o mesmo raciocínio poderia ser utilizado para os casos de descumprimento dos deveres conjugais, uma vez que o direito de família prevê sanções e conseqüências para tais hipóteses, como por exemplo, a separação judicial. No caso da violação de qualquer direito da personalidade do cônjuge ofendido, mostrar-se-ia imperiosa a aplicação da regra geral do Direito de Família, em razão de um raciocínio lógico.

2. O DIREITO DE FAMÍLIA

O Direito de Família é um complexo de regras que regulamentam o casamento, a união estável, as relações de parentesco além dos modos de colocação em família substituta (adoção, tutela, guarda e responsabilidade – art. 33 do ECA). Atualmente, há uma visão mais moderna sobre a questão que inclui na tutela do Direito de Família outros núcleos familiares, como a família homoafetiva e a sócio-afetiva. Tratar-se-á rapidamente desses dois novos núcleos familiares porque, segundo a referida corrente,

eles são objeto do direito de família, logo a discussão aqui traçada sobre aqueles também incidirá.

No que diz respeito à família homoafetiva há uma controvérsia em relação ao seu reconhecimento. De acordo com uma corrente mais tradicional, não há que se falar em casamento entre pessoas do mesmo sexo por ser ele inexistente e, também, por não haver lei que permita a união homoafetiva. Segundo essa corrente o artigo 226, parágrafo 3º, Constituição, quando trata da união estável, refere-se apenas à relação entre homens e mulheres, além de não ser possível a conversão da união estável entre pessoas do mesmo sexo em casamento.

No entanto, há um outro posicionamento menos conservador, no qual se inclui a Ilustre doutrinadora Maria Berenice Dias. Para Maria Berenice (5a. ed., p. 187) “ A norma (CF 226) é uma cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensividade.” Assim, apesar de não haver previsão legal expressa, o Judiciário não pode negar tutela jurídica nesses casos. A omissão do legislador não impede o reconhecimento do direito em questão, uma vez que o ordenamento jurídico prevê hipóteses alternativas das quais pode se valer o juiz no momento do julgamento da causa.

Tal corrente doutrinária tem como norte o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o da igualdade entre os indivíduos, além do direito de qualquer pessoa constituir a sua própria família que engloba o direito à sexualidade.

Ainda são poucos os julgados que reconhecem a relação homoafetiva como uma entidade familiar, porém esse número deve aumentar com o amadurecimento das discussões sobre o tema, conforme entendimento da Professora Maria Berenice Dias (

5ª, p. 193). Apesar de os tribunais ainda relutarem, muitos direitos patrimoniais como, por exemplo, os previdenciários, decorrentes desse tipo de relação são reconhecidos com base nas sociedades de fato, o que é um equívoco, pois deve-se tratar o referido instituto como uma entidade familiar de nível constitucional passível de proteção.

A família sócio-afetiva, por sua vez, é aquela que tem seu fundamento na relação de afeto construída entre pai e filho. Aqui a paternidade será analisada e reconhecida em relação àquele que consolidou um vínculo sócio-afetivo com a criança, independentemente de ser ele o seu pai biológico. Não há muitas decisões judiciais nesse sentido, porém a questão da paternidade sócio-afetiva, por várias vezes, vem sendo utilizada como um segundo argumento para formar o convencimento do juiz.

Observa-se que, em alguns casos, apesar de o pai ter ingressado com uma ação denegatória de paternidade, se houver a consolidação do vínculo sócio-afetivo, o juiz poderá julgar o pedido improcedente. Assim, se ficar reconhecida pelo juiz a família sócio-afetiva, a esse filho se estenderão todos os direitos inerentes ao parentesco, como o direito ao nome, direito a alimentos e direito sucessório.

Ante o exposto, conclui-se que reconhecidas essas relações como novos núcleos familiares, o dano moral, aplicável no Direito de Família, sobre eles também incidirá.

2.1 DANO MORAL NO DIREITO DE FAMÍLIA

O dano moral nas relações familiares gera controvérsia em razão do fato de não haver lei específica que trata da matéria. Como se sabe, não há lei que permita tais indenizações, como também, não há lei que as proíba.

Seria possível falar-se em indenização pelo simples fato de ter havido o fim do vínculo afetivo? Como ficaria essa mesma situação se fosse o caso de descumprimento dos deveres conjugais por parte de um dos cônjuges ou companheiros? Há também outras situações constrangedoras que geram dúvidas sobre a possibilidade de indenização, como se verá.

Pelo fato de o reconhecimento do dano moral ensejar o pagamento de uma obrigação pecuniária por parte do seu causador, surge a indagação sobre a possibilidade do cabimento de indenização a título de dano moral nas relações familiares.

Seria possível a monetarização de tudo, ou seja, em qualquer hipótese de abalo moral nas relações familiares, seria cabível uma indenização de ordem pecuniária? A princípio não se deve afastar a configuração do dano moral no Direito de Família, porque ele é um instituto de direito, e não de alguns ramos do direito. No entanto, a referida indenização não pode ser vista como a solução de todos os problemas, uma vez que a base de qualquer entidade familiar é o vínculo afetivo e não a vontade, segundo entendimento da Professora Maria Berenice Dias (5ª. ed., p. 115).

2.1.1 DIFERENTES INTERPRETAÇÕES

Há três correntes doutrinárias que divergem sobre o tema. De acordo com o primeiro entendimento, não caberia dano moral nas relações familiares porque o descumprimento dos deveres conjugais, por exemplo, possui sanções próprias. Para essa corrente se assim não fosse, estar-se-ia monetarizando o afeto.

Na visão da segunda corrente caberia dano moral nas relações familiares se verificados os três elementos da responsabilidade civil, tais como: o ato ilícito, o dano e o nexo causal. Dessa forma, aplicar-se-ia a regra geral da responsabilidade civil. Nesse caso não há dúvida de que a responsabilidade seria a subjetiva, pois não existe previsão legal de responsabilidade objetiva no ordenamento para tais hipóteses.

Por fim, de acordo com uma terceira corrente, poderia se falar em dano moral, mas não pelo simples fato do descumprimento dos deveres conjugais ou pelo término do relacionamento e sim se for o caso de ofensa a direito da personalidade. Tal corrente seria uma corrente intermediária com relação às outras duas correntes citadas e, ao que tudo indica, nos parece a mais apropriada.

É natural que se busque cada vez mais a ampliação dos casos de responsabilização civil, porém tal fato deve ser visto com parcimônia principalmente quando se está diante de relações familiares.

Não se deve deslocar o eixo do ato ilícito para o dano injusto. Apesar da intensificação da complexidade nas relações sociais, o norte da questão deve ser sempre a ilicitude da conduta, pois sem isso não há que se falar em indenização a qualquer título. Na esteira do que prescreve a Professora Maria Berenice Dias (5ª. ed., p, 116): “Os danos decorrentes de agressões e injúria, por exemplo, são indenizáveis, quer tenham sido causados ao cônjuge, quer a qualquer pessoa (...) comprovada a culpa ou a prática de ato ilícito (...) o infrator está sujeito a indenizar (...)”.

2.1.2 ROMPIMENTO DO VÍNCULO CONJUGAL

Segundo a Professora Maria Berenice Dias (5ª. ed., p. 117): “O desamor, a solidão, a frustração da expectativa de vida a dois não são indenizáveis. Para a configuração do dever de indenizar não é suficiente o ofendido demonstrar a sua dor”. Ao caso deve ser aplicada, como visto a teoria geral da responsabilidade civil que exige a demonstração de todos os seus elementos.

É de fácil visualização o não cabimento de dano moral nas hipóteses de simples rompimento do vínculo conjugal. Isto porque as relações familiares têm por base o afeto, algo, nesse caso, intangível e não sujeito à indenização.

Estabelecer uma indenização simplesmente pelo fato de um dos consortes ou companheiros ter ocasionado o fim do relacionamento, frustrando a perspectiva infinita de vida em comum é deixar de observar os princípios constitucionais da liberdade e da dignidade da pessoa humana. A todos é dado o direito de estabelecer vínculos conjugais e de promover o seu rompimento sem que isso gere obrigação compensatória, pois se assim não fosse estaria o indivíduo fadado à infelicidade caso não arcasse com a obrigação indenizatória.

Monetarizar o afeto nessas hipóteses é descaracterizar a relação familiar e igualá-la às relações contratuais fundadas apenas na manifestação de vontade.

No caso de rompimento da relação concubinária, os tribunais não estão reconhecendo a incidência de dano moral com fundamento no fato de o “compromisso

amoroso” trazer em si a idéia de risco, conforme prescreve o autor Yussef Said Cahali (3^a. ed., p. 751).

2.1.3 DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES CONJUGAIS

A simples violação dos deveres do casamento não enseja responsabilidade civil por dano moral, salvo casos excepcionais. Imputar responsabilidade ao consorte a título de danos morais, simplesmente com base em uma infração e nos danos dela advindos, é dizer que o fim do amor é indenizável.

Os artigos 1566 e 1724 do Código Civil prevêem os deveres que devem ser observados tanto pelos consortes, quanto pelos companheiros em suas relações. Aqui surge a seguinte indagação: a infidelidade por caracterizar descumprimento do dever conjugal permitiria a condenação em danos morais?

Não há que se falar em ato ilícito, nem em dano moral só por ter havido o descumprimento do dever conjugal relativo à fidelidade, pois, como dito anteriormente, a ilicitude que ensejaria o dano moral está relacionada à violação de qualquer dos direitos da personalidade.

Este deve ser o raciocínio sempre a ser seguido nas hipóteses de descumprimento dos deveres conjugais. Sem a referida violação o direito de família se

encarregará de prever as conseqüências e sanções cabíveis para os casos de descumprimento dos deveres conjugais.

Como toda regra possui a sua exceção, nas hipóteses de tentativa de morte ou de sevícias não há dúvida de que se imporá a responsabilidade por danos morais do agressor. Conforme doutrina da Professora Maria Berenice Dias (5ª. ed., p. 118), os danos psíquicos e sociais em tais hipóteses são inquestionáveis, porém oriundos de um delito penal, e não do descumprimento de um dos deveres conjugais.

Caso o descumprimento dos deveres conjugais ultrapasse os limites do que hodiernamente acontece, como nas hipóteses de se ostentar uma postura de maneira pública e vexatória, a ponto de comprometer a honra, a reputação ou a imagem do outro, caracterizada estará a ilicitude, o nexa causal e o dano, elementos indispensáveis da responsabilidade civil, que geram a obrigação de reparar o abalo moral sofrido.

Assim, incidirão os danos morais quando se verificar infração grave dos deveres conjugais imputada ao cônjuge culpado, consoante o que dispõe Yussef Said Cahali (3ª. ed., p. 759).

Mister ressaltar que, hoje, já existe um projeto de lei com o objetivo de afastar a separação litigiosa com imputação de culpa. A separação pode ser tida como litigiosa e o litígio em torno dela pode se resumir a outras questões como a partilha, a guarda dos filhos, a visitação etc. Assim, a litigiosidade pode estar em circunstâncias adjacentes à separação, como pode estar na separação propriamente dita, sem que necessariamente se trabalhe com o conceito de culpa, que atualmente já não tem qualquer utilidade. Isto porque não pode mais ser a culpa utilizada como fundamento para se tirar a guarda de um filho, uma vez que uma coisa independe da outra, nem ser utilizada para afastar a obrigação de prestar alimentos. Outro fato interessante é que o cônjuge culpado não

pode ser impedido de continuar usando o sobrenome do outro se isso for acarretar prejuízo a sua identificação profissional ou acarretar prejuízo em distinção aos filhos.

Hoje já não há mais razão para se discutir quem é o culpado no término do relacionamento, o que reforça a segunda tese mencionada neste trabalho, segundo a qual só haverá que se falar em dano moral se com o descumprimento do dever conjugal houver ofensa aos direitos da personalidade previstos no ordenamento.

No Recurso Especial n. 742137/RJ manteve-se a fixação dos danos morais advindos de descumprimento dos deveres conjugais de lealdade e sinceridade recíprocos porque teria havido violação da honra subjetiva do consorte mantido na ignorância em relação à paternidade dos filhos gerados na constância do casamento durante vinte e cinco anos. Esse é um exemplo claro de violação de direito da personalidade capaz de ensejar a condenação a título de danos do consorte desleal. De acordo com o STJ: “Transgride o dever de sinceridade o cônjuge que, deliberadamente, omite a verdadeira paternidade biológica dos filhos gerados na constância do casamento, mantendo o consorte na ignorância”.

O que os Tribunais têm condenado, na verdade, é a falta de respeito, o acinte, a conduta daquele que causa injusta indignação ao lesado, conforme se extrai da apelação cível de nº 0425812-93.2008.8.19.0001 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

2.1.4 SITUAÇÕES CASUÍSTICAS

Nesse momento serão analisadas hipóteses nas quais será possível a incidência do dano moral no direito de família, assim vejamos:

É incontroverso que o compromisso de noivado pode ser desfeito a qualquer tempo e não enseja indenização compensatória, segundo o doutrinador Yussef Said Cahali (3^a. ed., p.748) e a Professora Maria Berenice Dias (5^a. ed., p. 120).

Diferente é a hipótese de noivos abandonados no altar, visto que, nesses casos, pode-se verificar uma dor, uma desilusão ou um constrangimento acima da média, capazes de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo e, assim, ensejar a referida obrigação.

De acordo com o ensinamento do autor Yussef Said Cahali, *in verbis*: “configura ato ilícito o assédio à esposa para a prática de atos sexuais anômalos, a se permitir a ocorrência de atentado ao pudor ou ofensa à honra da mulher”.

O dano moral na família deve ser gerado em razão de uma conduta que fuja dos padrões aceitáveis e cause uma dor peculiar no indivíduo, como nas hipóteses em que a mulher é alvo de agressões físicas e morais e acaba passando por situações humilhantes nas quais tem de se submeter, por acreditar que o rompimento do vínculo matrimonial acarretar-lhe-á situação pior à que se encontra.

O mesmo raciocínio deve ser utilizado em situações nas quais se vale o homem da diferença sócio-econômica para constranger, humilhar e violentar física ou psicologicamente esposa ou companheira, para mantê-las sob o mesmo teto.

Como se depreende do estudo, a indenização por danos morais nas relações familiares ocorrerá no caso de culpa grave ou quando uma das partes sofrer pesada humilhação e sofrimento. Haverá de ser analisado o abalo psicológico causado, bem

como a conduta do sujeito no cotejo com o que é considerado tolerável na vida em sociedade. Os valores morais preponderantes, os costumes e as condutas socialmente aceitas é que determinarão os limites entre o dever ou não de indenizar.

Assim, os princípios da razoabilidade, da boa-fé objetiva, da confiança terão de estar sempre presentes nas relações familiares, pois a sua inobservância aliada à ofensa a direito da personalidade ensejarão o dever de indenizar.

2.1.5 ABANDONO DE INCAPAZ

A grande questão nesse ponto é saber se o filho que teve um pai ausente, violador dos deveres inerentes ao poder familiar, fará jus a uma indenização por danos morais. O abandono de um filho, que causa abalos psicológicos, seria passível de compensação? O descumprimento do dever inerente ao poder familiar deveria ensejar indenização nas hipóteses em que ficasse comprovada a relação de causalidade entre a conduta do pai e o abalo psicológico sofrido pelo filho, porém este não é o entendimento jurisprudencial ainda dominante.

A indenização na hipótese seria em razão do abandono afetivo e não material, pois só aquele é capaz de interferir na *psique* do menor. Já o segundo, como se sabe, poderia ser suprido com a condenação do titular do poder familiar à prestação de alimentos.

Como mencionado, o reconhecimento do dano moral na hipótese exige a prova da relação de causalidade entre a conduta e o dano, logo se a paternidade tiver sido suprida por outra pessoa não haverá de se falar em indenização porque esta teria mero efeito patrimonial.

Tendo por base o princípio da paternidade responsável, verifica-se que o pai tem obrigação de estar junto do filho na primeira infância e na menoridade ajudando na sua formação. Sendo assim, dentro do poder familiar estaria a obrigação de convivência.

Apesar do entendimento acima exposto, o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo pela impossibilidade de se fixar danos morais no caso em tela. Um de seus argumentos baseia-se na especialização do Direito de Família e, sendo assim, nos casos de violação do poder familiar terá de se observar as sanções naquele previstas. Dessa forma, as sanções cabíveis em tais hipóteses seriam a destituição do poder familiar e a sanção de ordem patrimonial prevista no artigo 249 do Estatuto da Criança e Adolescente. Outro argumento invocado é a impossibilidade de se impor a alguém o dever legal de amar. Logo, a inobservância desse dever, segundo as decisões do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, não ensejariam qualquer tipo de compensação pecuniária.

Neste sentido foi o julgamento do Recurso especial n. 514350/SP que teve em sua ementa o seguinte teor:

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

Os julgamentos que indeferem os pedidos de dano moral em tais hipóteses procuram evitar o enriquecimento ilícito do filho às custas do pai ausente. Não há

dúvida de que as ações interpostas com esse objetivo devem ser obstaculizadas, porém tal conduta não pode ser vista como regra.

Deve se verificar que a condenação ao pagamento de danos morais pelo pai ausente, quando comprovado o intenso abalo psicológico sofrido por seu filho, pode surtir efeitos até mesmo sociais e pedagógicos, capaz de impedir que outros pais cometam o mesmo erro.

Conclui-se, por conseguinte, que também à hipótese deve ser aplicado o raciocínio construído ao longo do trabalho no sentido do afastamento da generalização do dano moral, mas de seu reconhecimento quando evidente a violação de qualquer dos direitos da personalidade.

CONCLUSÃO

Do estudo aqui desenvolvido extrai-se a impossibilidade de se afirmar que o Direito de Família não comporta indenização a título de danos morais em virtude da ausência de previsão legal.

Por outro lado, o arbitramento de indenização compensatória exige a configuração dos elementos da responsabilidade previstos na parte geral do Direito Civil, quais sejam, o ato ilícito, o dano e o nexo causal. Dessa forma, não caracterizada

a violação de direitos da personalidade em qualquer de seus desdobramentos, não será possível falar-se em reconhecimento de dano moral nas relações de parentesco.

O juiz deve, no caso concreto, para fixar o dano moral considerar a intensidade do sofrimento do ofendido, as conseqüências do ato ilícito e a condição financeira do causador do dano, sem esquecer que a hipótese envolve relações interpessoais entre familiares.

Não se trata da monetarização do afeto porque isso seria de difícil configuração, tendo em vista a impossibilidade de se quantificar um sentimento tal nobre. No entanto, não se deve deixar ao desamparo o sujeito que teve a sua honra ofendida ou qualquer dos direitos da sua personalidade, uma vez que ao Judiciário é imposto o dever de analisar qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito.

O direito é um instrumento de pacificação social, logo tem por objetivo dirimir conflitos de interesse ainda que de natureza estritamente extrapatrimonial em relação familiar. Observa-se que nem sempre os outros ramos da vida que não o do direito são capazes de compor interesses divergente entre familiares e, sendo assim, o Judiciário terá de intervir resolvendo-os. Com o desenvolvimento da legislação passou-se a permitir a indenização por dano exclusivamente moral e, dessa forma, não será possível a exclusão do direito de família de tal arbitramento.

Cumprido ressaltar que a intervenção estatal mediante a imposição de obrigação pecuniária deve ser a última *ratio*, impondo ao juiz optar sempre que possível por medidas conciliatórias.

Analisando a questão por um outro prisma, verifica-se que a imposição de indenizações compensatórias em situações excepcionais pode surtir efeitos pedagógicos

e impedir que outras pessoas cometam o mesmo erro. Com o tempo essa postura pode promover mudanças na sociedade e no comportamento dos indivíduos em relação aos seus próprios familiares.

Diante de todo o exposto, percebe-se que no direito de família o instituto do dano moral é ainda mais delicado, porém a evolução no estudo sobre o tema e a parcimônia na hora de sua aplicação traz muitos benefícios para a sociedade num plano global.

Assim, conclui-se pela aplicação do dano moral no Direito de Família se observados alguns requisitos: o juiz entender que se trata da melhor medida e não verificar qualquer má-fé por parte da requerente do pedido indenizatório.

REFERÊNCIAS:

CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 3^a. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, 5^a. ed. Revista dos Tribunais

FARIA, Cristiano Chaves de; Rosenvald, Nelson. *Direito das Famílias*, 2^a. ed., Lumen Juris.

FILHO, Sérgio Cavaliere. *Programa de Responsabilidade Civil*, 8^a. ed. São Paulo, Atlas, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, 3^a ed., v. III, São Paulo, Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Maria Celina Bodan de. *Danos à Pessoa Humana: Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*, Renovar.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.