

FACULDADE REINALDO RAMOS – FARR
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

THIAGO LEITE KRAMER ALBUQUERQUE

**DANO MORAL NAS RELAÇÕES FAMILIARES:
HÁ COMPRA DO AFETO?**

Campina Grande - PB
2010

THIAGO LEITE KRAMER ALBUQUERQUE

**DANOS MORAIS NAS RELAÇÕES FAMILIARES:
HÁ COMPRA DO AFETO?**

Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação apresentado à Coordenação do Curso de Direito do Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos, como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pela referida instituição.

Orientador (a): Prof. Esp. Carolina de Moura Cordeiro Pontes

**Campina Grande
2010**

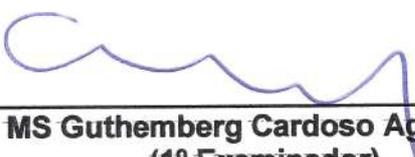
THIAGO LEITE KRAMER ALBUQUERQUE

**DANOS MORAIS NAS RELAÇÕES FAMILIARES:
HÁ COMPRA DO AFETO?**

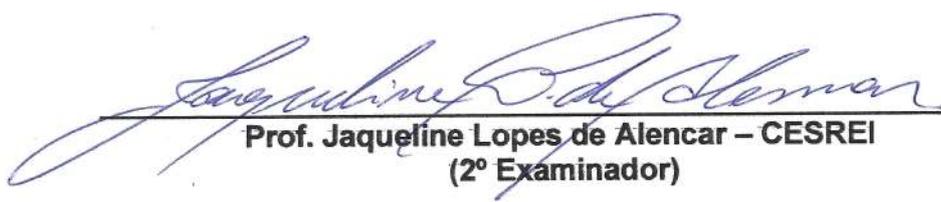
Aprovada em: 17 de dezembro de 2010.

BANCA EXAMINADORA

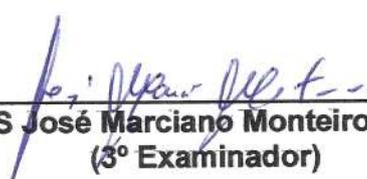
**Profª. Esp Carolina de Moura Cordeiro Pontes – CESREI
(Presidente – Orientador)**



**Prof. MS Guthemberg Cardoso Agra – CESREI
(1º Examinador)**



**Prof. Jaqueline Lopes de Alencar – CESREI
(2º Examinador)**



**Prof. MS José Marciano Monteiro - CESREI
(3º Examinador)**

A Deus, o caminho, a verdade e a vida. e as quatro mulheres da minha vida; Minha avó Maria das Neves Muniz Leite [in memoriam], minha mãe Maria Cristina Barbosa Leite, minhas irmãs Paula Conceição Barbosa Bezerra e Maria Isabel Barbosa Bezerra, pelo amor incondicional que tenho.

AGRADECIMENTOS

A Deus por ser o verdadeiro sentido da minha vida, "... meu tesouro, minha herança, meu supremo bem, nem tribulações, nem dor, podem nos separar, o que jamais irão romper, o que o amor selou... Tua mão poderosa veio e me levantou... tenho cede da Tua graça cada dia mais, sou mais forte, vou mais longe quando aqui estais...".

A minha família, pelo apoio, pela paciência e por estarem sempre comigo em todos momentos da minha vida. A meu pai Carlos Harry Kramer Albuquerque, a minha irmã Nathália, avós e tios (as), meu outro lado, e apesar da distância não separará o que somos um do outro.

Aos meus amigos: Antônio Alves, Betânea Barros, Daniela Lucena, Jaciara Holanda e Rose Silva, por ouvir, presença, incentivo e afirmação, "...amigo fiel refugio poderoso, quem o descobriu encontrou um tesouro...".

Aos M.Cs: Zé Alberto, Stela, Camila, Arê, Adilton, Adri, Bruno, Poly, Iza, Lane, Isabella, Erick, Eva, Hânia, Elaine, Thyago, Lorayne, Sheila, Ruth, Antônio, Ailma e Ir. Roziane por serem minha família em Cristo, pelas alegrias, espontaneidade, fé e confirmação. A Crisma Cathedral, Warison e Bianca, por serem presenças constantes.

A Prof.^a Esp. Carolina de Moura, por ter aceitado este projeto, sendo sempre presente e pontual, um exemplo de capacidade, humildade e amizade. A Prof.^a Ms. Mary Delane Gomes pelos excelentes puxões de orelha, pela ajuda e consideração. Aos Professores, Gutemberg Cardoso, Ilza Costa, Filipe Melo, Valfredo Aguiar Filho, Jaqueline Lopes, Clarissa Alves, Samara Coelho, Diogo Lyra e aos demais mestres pelo ensinamento, presteza e dedicação.

Aos colegas de sala, pelos cinco anos de aprendizado, experiências, companheirismo, amizade e muitas risadas.

A todos os funcionários da CESREI Faculdade, pela gentileza, paciência e préstimos.

Enfim, aqueles que de alguma forma contribuíram para que esta etapa seja concluída.

"O afeto merece ser visto como digno de tutela"
Maira Berenice Dias

RESUMO

A presente pesquisa aborda sobre o dano moral nas relações familiares, no direito civil brasileiro, nos casos do adultério e abandono afetivo. A modalidade do dano moral é passível de reparação, pois o entendimento acerca desse assunto já está consolidado pela doutrina, pelos tribunais e na legislação. No dano moral a violação se dá nos direitos de personalidade; a honra, a intimidade, a imagem, ao nome, a vida privada, dentre outros. A inovação no tema veio quando o dano moral é aplicado na esfera familiar, esta que com a Constituição Federal de 1988 e o respeito à dignidade humana, passou a ser vista como uma família baseada no afeto. O dano aplicado na esfera das relações familiares viola, além de tudo, o princípio da afetividade, um vínculo tênue existente na família moderna, o qual é formado pelo elo do afeto, tendo como consequências no âmbito psicológico e moral, efeitos de constrangimento e humilhação. Encontra-se na prática do adultério e abandono afetivo, como forma de ocorrência de dano moral na relação familiar. O estudo priorizou a metodologia do uso dos tipos de pesquisa de ordem bibliográfica e documental, como forma de encontrar na doutrina e jurisprudência respaldo na pesquisa.

Palavra-chave: Dano Moral. Relação Familiar. Afeto. Direitos de Personalidade. Reparação.

ABSTRACT

This research focuses on the moral damage in family relationships, at Brazilian's civil law, about cases of adultery and affects abandonment. That mode in moral damage may be repairable, because the understanding about this subject it is already consolidates by the doctrine, courts and by the legislation. In moral damage, the violation occurs in personality rights, honor, privacy, image, name and among others. The innovation in the subject came when moral damage was applied in the respect with human dignity, it has become to be seen how a family based in affection. The moral damage applied in the sphere of family relationships reaches, in addition, the affectionateness origin, the sensible entail that exist in modern family, which is formed by the affection link, and taking bad consequences on their psychological context, effects of embarrassment and humiliation. Is in adultery and affective abandonment, how a way to occur the moral damage in family relationships. The study took for first the methodology of using types like bibliographic and documentary researches, as a form to find in doctrine and jurisprudence support on the search.

Key Words: Moral Damage. Family Relationships. Affection. Personality Rights. Repair.

SIGLAS E ABREVIATURAS

art. – Artigo

arts. – Artigos

CF/1988 – Constituição Federal de 1988

CC/1916 – Código Civil de 1916

Min. – Ministro

REsp. – Recurso Especial

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJ/SP – Tribunal de Justiça de São Paulo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DO DANO MORAL	13
2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA	13
2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO DIREITO BRASILEIRO	17
3 CONCEITOS: DANO, DANO MATERIAL, DANO MORAL e REPARAÇÃO	22
3.1 CONCEITUALIZAÇÃO DO DANO	22
3.1.1 Espécies de Dano	25
3.1.1.1 Dano material	25
3.1.1.2 Dano moral	26
3.1.1.2.1 Reparação no dano moral	29
4 DIREITOS DE PERSONALIDADE E PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE	31
4.1 DIREITOS DE PERSONALIDADE	31
4.2 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE	36
5 DANOS MORAIS NAS RELAÇÕES FAMILIARES	40
5.1 RELAÇÕES FAMILIARES	40
5.2 CAUSAS DE DANO MORAL NAS RELAÇÕES FAMILIARES	42
5.2.1 Dano moral pela prática do adultério	42
5.2.2 Dano moral pela prática do abandono afetivo	45
6 METODOLOGIA	49
7 ANÁLISE DE DADOS	51
8 CONCLUSÃO	54
REFERÊNCIAS	56

1 INTRODUÇÃO

A provocação do dano moral causa lesão à vida da vítima que venha a sofrer mudanças bruscas no seu comportamento, advindo da lesão sofrida. O prejuízo psicológico pode ser tão grande, que interfere nas várias relações sociais. O dano na esfera moral, não sendo perceptível sua ocorrência, gera efeitos na ordem psicológica, sentimental e moral.

Tendo como consequência nos direitos de personalidade, a ocorrência da violação na moral do indivíduo gera lesão a estes direitos oriundos a personalidade humana, consubstanciado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, este por sua vez, um dos pilares da sustentação do Estado Democrático de Direito.

Este trabalho pré-supõe o problema da possibilidade da reparação do dano moral nas relações familiares, pela ocorrência da violação da afetividade. Em razão do dever de reparar o dano, os bens jurídicos violados são: os direitos de personalidade e dignidade humana, como também a violação da convivência familiar, os compromissos com os filhos e com a união.

Justifica-se o tema que se discute nesse trabalho, vem á tona com bastante força nos nossos dias, em virtude da modernização conceitual do direito de família e o novo princípio da afetividade. Além disso, o respaldo na Constituição Federal e no atual Código Civil, o dano moral alinhado as relações familiares, passou a ser visto com outros olhos a partir de decisões das máximas Cortes desse país, quando decidem pela possibilidade de reparação por dano moral na própria família.

Dentro do dano moral abri-se a possibilidade, incorporando sua visão nas relações familiares, cuja violação seria basicamente na esfera dos direitos de personalidade no campo familiar. O afeto, atualmente conhecido como o princípio basilar para construção de um lar sólido, onde reina uma convivência familiar pautada no respeito, carinho, lealdade, fidelidade, consideração e amor.

Antes desse princípio, a família brasileira estava restrita ao pátrio poder dado pelo Estado, exercer controle aos filhos dessa instituição. A sociedade da época do CC/1916 estava arraigada a costumes totalmente patriarcais, de modo que só a figura paterna exercia pátrio poder, por ser tido como chefe de família.

O objetivo deste trabalho se propõe a identificar nas diversas formas de entendimentos, hermenêutica, defesa, aplicabilidade das normas constitucionais e legislações atinentes dentro dos danos morais a aplicabilidade dentro do direito de família, com intuito de descobrir se dentro dessa modalidade de direito civil o princípio da afetividade tem o direito a reparabilidade monetária.

Compreendendo-se em verificar as possíveis causas do dano moral no seu cabimento dentro das relações de família, ou seja, os pólos dessa relação do ato ilícito estariam do mesmo núcleo familiar.

De maneira específica, analisar também, se a prática do adultério é passível de dano moral, como também, nos casos da infidelidade conjugal, o qual fere os direitos de personalidade da vítima. Como também, o abandono afetivo, configurando-se o dano moral, de modo a comprovar a reparação monetária quando o dano moral nas relações de família atinge diretamente a convivência familiar, abrangendo diferenciados da doutrina especializada.

Faz-se uso da metodologia de pesquisa, esgotando a maneira teórica, através da bibliografia analisada, e documental, levantando decisões judiciais, de forma explicativa, para analisar os conceitos levantados a cerca do tema proposto deste trabalho.

No primeiro momento, aborda-se a evolução histórica do dano e a evolução legislativa do dano moral no Brasil, desde o Código Civil de 1916, passando pela Constituição Federal de 1988, até a codificação civilista atual.

No segundo momento, apresenta-se o conceito de dano, especificando suas espécies de ocorrência, material e moral, finalizando com a possibilidade de reparação pelo dano moral.

No terceiro momento, estuda-se os direitos de personalidade, como os interesses jurídicos protegidos pela CF/1988 e o princípio da afetividade, basilar na construção da família moderna. Os dois vinculados ao princípio da dignidade humana.

Demonstra-se no quarto momento, os danos morais nas relações familiares, nas modalidades do adultério e do abandono afetivo, como forma de reparação pelo dano moral, consubstanciado por decisões jurisprudências.

Por fim, explica-se os pontos levantados no decorrer do desenvolvimento monográfico, acerca da possibilidade de reparar o dano moral nas relações de família.

2 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DO DANO MORAL

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Antes de adentrar no tema do presente trabalho faz-se necessário o entendimento da evolução legislativa da reparação civil em relação ao dano moral.

Com passar dos tempos e as naturais mudanças culturais, sociais, antropológicas e jurídicas, além de modificar os modelos de vida e as relações humanas, alteram também e especificamente as relações pautadas na esfera civil, no que tange a reparação civil.

Hamurabi, rei da Babilônia, instituiu um código que apresentava um conteúdo formado não por regras gerais, princípios amplos e discutíveis, mas sim, por preceitos circunscritos a casos especiais. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2007, p. 57).

Segundo doutrinadores (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, DINIZ E NORANHA), foi na Codificação de Hamurabi, que se pensou primeiramente em reparação, o axioma “olho por olho, dente por dente” em entendimento doutrinário, não é mais que uma forma de reparação. Segundo Reis (2000, p. 04, apud. NORONHA, 2009) neste diploma as ofensas pessoais eram reparadas em ofensas idênticas, e ainda incluía um pagamento em valor pecuniário, sobre o dano sofrido, como forma de também atingir a reparação.

O parágrafo 209, da codificação em análise, exemplifica bem: “209. Se um awilum¹ ferir o filho de um outro awilum e, em consequência disso, lhe sobreviver um aborto, pagar-lhe-á dez ciclos de prata pelo aborto”². Dessa forma o pagamento de uma indenização em favor do ofendido, quando tratava-se de uma ofensa a pessoa da mesma classe.

Seguindo a linha de raciocínio, ensina Silva (1983, p. 15, apud. GAGLIANO; PAMPLONA, 2007, p. 58) que certos preceitos, que estabelecia uma exceção ao direito de vindita³; ordenava, em favor da vítima, o pagamento de uma

¹ Awilum mesma coisa que homem livre

² op. cit. p. 58.

³ Direito de vindita seria mesma coisa de direito de vingança

indenização. E foi por esse pensamento que se iniciou a idéia que resultou na moderna *teoria da compensação econômica*, satisfatória dos danos extrapatrimoniais.

No entanto, foi na Codificação de Manu, que esta idéia teórica se estabeleceu mais fortemente, haja vista que no Código de Hamurabi a vítima ressarcia-se através da custa de outra lesão levada a efeito pelo lesionado.

No Código de Manu, instituído na Índia, foi estabelecida a sanção através do pagamento em valor pecuniário, com o intuito de firmar a reparação. Tal diploma suprimiu a violência física, pelo valor monetário, pois era entendido como estímulo a uma nova violência, gerando um ciclo vicioso (REIS, 2001, p. 4 apud. GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2007, p. 59). A lembrança desta codificação é bastante atual, pois a mesma interfere na vida social e religiosa indiana.

Outro tipo de Codificação que é aplicada até os dias atuais, que retrata da reparação, é o Alcorão, o qual nos traz uma repressão ao dano na esfera extrapatrimonial, como se verifica no item V Livro Islâmico: "V. O adúltero não poderá casar-se senão com uma adúltera ou uma idólatra. Tais uniões estão vedadas aos crentes".⁴

Como pode observar, para o Alcorão o adultério caracteriza-se uma ofensa moral aos indivíduos, de forma que a mulher ou o homem só poderiam casar de novo se fosse com a pessoa, a qual cometeu a mesma ofensa ou uma idólatra. Logo se entende que o Livro Sagrado para o Islã, segrega os indivíduos, os quais praticam ou não o adultério, ou cometam de uma maneira distinta outro tipo de conduta que ferem seus mandamentos.

Segundo Gagliano e Pamplona (2007, p.59) cita como o outro exemplo, "Se vos vingardes, que vossa vingança não ultrapasse a afronta recebida. Porém, aqueles que sofreram com paciência farão uma ação mais meritória". (127 versículo, Capítulo XVI, Alcorão)

Este trecho retirado do Alcorão nos remete a uma codificação tratada anteriormente, o Código de Hamurabi, pois a vingança dita pelo versículo em análise, a reparação é mesma ensinada por Hamurabi, o qual nos lembra o axioma "olho por olho, dente por dente". Portanto, não trata de uma evolução legislativa, em

⁴ op. cit. p.59

relação ao Alcorão e o Código de Hamurabi, mas de uma mesma idéia de reparação.

A idéia de indenização moral estar também na Bíblia Sagrada, mais precisamente no antigo testamento, como relata o Livro de Deuteronômio, 22: 13-19:

Respeitar a boa fama da mulher - Se um homem se casa com uma mulher e começa a detestá-la depois de ter tido relações com ela, acusando-a de atos vergonhosos e difamando-a publicamente, dizendo: 'Casei-me com esta mulher mas, quando me aproximei dela, descobri que não era virgem', o pai e a mãe da jovem pegarão a prova da virgindade dela e levarão aos anciãos da cidade para que julguem o caso. Então pai da jovem dirá aos anciãos: 'Dei minha filha como esposa este homem, mas ele a detesta, e a está acusando de atos vergonhosos, dizendo que minha filha não era virgem. Mas aqui está a prova da virgindade da minha filha!' E estenderá o lençol diante aos anciãos da cidade. Os anciões da cidade pegarão o homem, mandarão castigá-lo e o multarão em cem moedas de prata, que serão entregues ao pai da jovem, por ter sido difamada publicamente uma virgem de Israel. Além disso, ela continuará sendo mulher dele, e o marido não poderá mandá-la embora durante toda a sua vida.

Com revolução feminista e a liberdade sexual ocorridas no século passado, atualmente precisam mais do que a virgindade de uma mulher para ferir sua honra e sua moral perante a sociedade. Na época descrita pelo trecho bíblico, à virgindade da mulher era vista como pureza, como honra. De tal forma, que se um homem coabitasse com uma mulher ainda virgem e não casada, este estava obrigado a pagar ao pai da jovem cinquenta moedas de prata e ainda a jovem desonrada seria sua mulher para toda vida (Deuteronômio, 22:28-29).

Nota-se que o castigo físico como forma de sanção disciplinadora ao ofensor, aliado a punição da proibição do divórcio poderia ser um modo de pagar pelo ocorrido. Com isso observa-se que a reparação, não era para a vítima e sim ao pai como chefe de família, de modo que a virgindade da jovem afetasse diretamente sua família, ou seja, essa desonra não fere só a vítima, mas também a educação dada pela família, segundo os preceitos religiosos.

Na Grécia Antiga, as leis asseguravam ao cidadão da época, os seus bens na necessária proteção jurídica, além de fixarem a reparação dos danos causados assumiria também sempre um caráter pecuniário, afastando a vingança física e pessoal como forma de satisfação do lesado (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2007, p. 60). De certa forma, a influência da civilização grega, é bastante

marcante, tendo em vista sua contribuição no surgimento de legislações de conteúdo político-filosófico, este que contribuiu na formação do direito tratado em Roma.

Em Roma a noção da reparação pecuniária já era bastante desenvolvida, pela prática de ato lesivo ao patrimônio ou a honra. Este último era de grande preocupação para os romanos, sua importância era tanta, que a honra equivaleria ao patrimônio. Esse entendimento estava baseado na Lei das XII Tábuas, que além de proteger a honra, protegia também a reparação, disposto em alguns trechos a seguir:

'1.º Se em quadrúpede causa dano, que o seu proprietário indenize o valor desses danos ou abandone o animal ao prejudicado'.

'2.º Se alguém causa um dano premeditadamente que o repare'.

'5.º Se o autor do dano é impúbere, que seja fustigado a critério do pretor e indenize o prejuízo em dobro'.

'8.º Mas, se assim agiu por imprudência, que repare o dano; se não tem recursos para isso, que seja punido menos severamente do que se tivesse intencionalmente.'

'9.º Aquele que causar dano leve indenizará 25 asses.'

'12.º Aquele que arrancar ou quebrar um osso a outrem deve ser condenado a uma multa de 300 asses, se o ofendido é o homem livre; de 150 asses, se o ofendido é um escravo'.

'13.º Se o tutor administra com dolo, que seja destituído como suspeito e com infâmia; se causou algum prejuízo ao tutelado, que seja condenado a pagar o dobro ao fim da gestão'⁵

Observa-se que nos parágrafos 2.º e 9.º, citados acima, reconhece ainda que primariamente o dano moral no caso intentado, de forma que pelos romanos não eram questionados se era ou não era tentado, deveria exigir a reparação obrigatória a vítima.

Outro ponto a se levantar, no dano moral em Roma, é identificar que nos casos em que ocorresse a injúria, as vítimas valeriam-se da ação pretoriana, que reclamava, uma reparação do dano através de uma soma em dinheiro, prudentemente arbitrada pelo juiz, que analisaria, cautelosamente, todas as circunstâncias do caso.⁶

No Direito Canônico também é possível encontrar possibilidades de reparação, tendo em vista o dano de ordem moral e a honra mais uma vez sendo

⁵ op. cit. p. 62

⁶ op. cit. p. 62

bem protegida pelo Estado. A preocupação de separar os danos em decorrência da violação material e extrapatrimonial, os quais sofreram influências pela Igreja Católica.

A ruptura da promessa de casamento e a possibilidade de lesões da calúnia e da injúria, dispostos no parágrafo 3º do cânone 1.017 e no cânone 2.355 respectivamente (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2007, p. 63), são exemplos da forma que trata a Igreja sobre as lesões na esfera moral. No primeiro exemplo, trata-se de uma cláusula penal, cuja sanção são as "arras sponsalícias". Já a segunda, a reparação era determinada de forma dúplice, com sanções na esfera material e moral.

2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO DIREITO BRASILEIRO

Quando ainda era colônia de Portugal, o Brasil estava sobre a vigência das Ordenações Filipinas, não tinha uma regra expressa que versasse sobre o tema em que se debate.

Com a existência do primeiro Código Civil – Lei 3.071/1916 – trás a tese da defesa da reparabilidade do dano pela esfera moral nos dispositivos dos arts. 76, 79 e 159. Clóvis Beviláqua, autor do projeto de lei da codificação civil, argumentava que o dano deveria ser reparado pela pessoa causadora do ato ilícito. No mesmo pensamento, Beviláqua, entendia que essa reparação independia se o dano seria patrimonial ou não, do mesmo jeito a reparação é obrigatória.

Contudo, o mesmo doutrinador, prelecionava que o dano moral nem sempre seria ressarcível, não somente por não se poder dar o valor econômico, mas também por não se poder apreçá-lo em dinheiro, como ainda, porque essa insuficiência dos nossos recursos abriria a porta especulações desonestas, acobertadas pelo manto de sentimentos afetivos. Por isso o Código Civil afastou as considerações de ordem exclusivamente moral, nos casos de morte e de lesões corpóreas não deformantes (BEVILÁQUA, 1943, p. 319 apud. GAGLIANO; PAMPLONA, 2007, p. 65).

Além disso, o arts. 159 e 76 do CC/1916, não identificam expressamente lesões de natureza extrapatrimonial, o segundo dispositivo refere-se a ordem

processual, criando uma condição ao exercício do direito de ação à existência de um interesse, nesse caso quando dispõe: "Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral".

Logo, por entenderem que a dor, sofrimento e constrangimento não são passíveis de indenização e com isso de não ser possível comensurar o valor atribuído a reparação ao dano moral, por possíveis especulações desonestas. Alicerçado nesses argumentos, a tese proibitiva da ressarcibilidade do dano moral, admitindo-a somente em hipóteses especiais expressamente previstas no Código Civil ou em leis extravagantes.

O legislador brasileiro já se preocupava com a honra das pessoas, com disposições expressas no Código Penal, demonstrando assim a presença das lesões morais também no âmbito penal, em relação aos crimes de injúria, calúnia e difamação, delineadas nos artigos 138 a 140 do diploma legal citado.

A injúria é a ofensa à dignidade ou ao decoro de alguém; a calúnia é a imputação a alguém de fato previsto como crime; e a difamação é a imputação a alguém de fato ofensivo à sua reputação, difundindo assim a responsabilidade criminal.

Mas com a Constituição de 1988, colocando-a no ápice na hierarquia das leis e um novo entendimento que surgia o qual a Carta Magna é tida como lei maior, o homem passou a ser sujeito de direitos intrínsecos a sua existência quanto ser humano, de forma que esses direitos assegurados na Constituição, deveriam ser respeitados, com o intuito de reconhecer um Estado Democrático de Direito.

Na posse desses argumentos o dano moral passou a ter sua reparabilidade obrigatória. Elencado dentro dos direitos fundamentais do homem, a dor, o sofrimento e o constrangimento, passaram a ser objetos de direito, no sentido de serem reparados.

Pautado no respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, a ofensa causada pela violação de direitos intrínsecos a personalidade, e este por sua vez protegidos na própria Constituição no art. 5º, X "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

Desta forma, a Lei Maior coloca o dano moral no rol dos direitos fundamentais, no sentido de entender que a dor, o sofrimento, e constrangimento, são

violações ocorridas dos direitos citados acima, ou seja, uma ofensa a um direito fundamental.

Elencado no art. 5º, V, "é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem". Vem tornar possível a reparação nos casos, os quais ocorram o ato ilícito de ordem moral, de modo que sua violação, acarrete ao ofensor uma obrigação tal, a qual reverta toda dor e constrangimento sofrido pela vítima em dinheiro.

Sobre a inovação legislativa, ensina brilhantemente Caio Mário Silva Pereira (2001, p. 58 apud. GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2007, p. 66):

Constituição Federal de 1988 veio por uma par de cal na resistência à reparação do dano moral. (...) Destarte, o argumento baseado na ausência de um princípio geral desaparece. E assim, a reparação do dano moral integra-se definitivamente em nosso direito positivo. (...) É de se acrescentar que a enumeração é meramente exemplificativa, sendo lícito a jurisprudência e à lei ordinária aditar outros casos. (...) Com as duas disposições contidas na Constituição de 1988 o princípio da reparação do dano moral encontrou o batismo que a inseriu em a canonicidade de nosso direito positivo. Agora, pela palavra mais firme e mais alta da norma constitucional, tornou-se princípio de natureza cogente o que estabelece a reparação por dano moral em nosso direito. Obrigatório para o legislador e para o juiz.

O doutrinador citado coloca a positivação do dano moral como evolução na reparação do dano, quando todos resistiam a positivar tal prática acreditando na não possibilidade de monetarizar a dor, resultado da prática ilícita, afetando um dos direitos de personalidade, o qual se respalda o dano moral, na sua existência, para assegurar sua reparação.

Porém, com a promulgação da Constituição/88, ainda persistia a codificação civil de 1916. Diante do conflito de leis existente, a Lei Maior passou a sobrepor ao Código de 1916 devido à hierarquização das leis, atingindo a possibilidade da reparação dentro da esfera moral.

Segundo Venosa (2009), a reparação de danos morais, embora admitida pela doutrina majoritária anteriormente à Constituição de 1988 (art. 5º, X), ganhou enorme dimensão entre nós somente após o preceito constitucional. Com a Lei Maior expressa superou-se a renitência e empedernida de grande massa da jurisprudência, que rejeitava a reparação de danos exclusivamente morais.

E ainda o mesmo doutrinador complementa que o fato é que em nosso ordenamento de 1916, o art. 159, astro-rei de nossa responsabilidade civil, nunca restringiu a indenização aos danos exclusivamente materiais.

Depois disso, e agora com o respaldo do preceito constitucional, consolidou-se a Súmula 37, do STJ, a cumulatividade das indenizações por dano material ou moral, decorrentes de sua violação, dispõe: "São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos de mesmo fato".

Com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, a indenização por danos extrapatrimoniais passou a integrar definitivamente o nosso ordenamento jurídico, rompendo de vez com a linha patrimonialista que, até então, predominava na legislação vigente.

Foi em 2002 – na Lei 10.406/02 – que o Código Civil sofreu reformulações no que tange a reparação civil, existindo na possibilidade do dano moral uma evolução já tardia, pois a Constituição já tinha assegurado a reparação por dano moral, com quatorze anos de diferença entre promulgação da Lei Maior e a codificação civil.

Nos arts. 186 e 927, da mesma legislação, dispõe:

Art. 186: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

[...]

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

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.⁷

Com estas disposições, a lei civilista, reconhece formalmente e expressamente, a reparabilidade do dano moral. Essa atualização fez-se obrigatória, pois trata-se de uma questão cultural, dada a grande resistência histórica, para sua consagração formal (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2007, p. 67).

Nos dispositivos citados acima e principalmente no art. 186, o legislador traça a forma moral, quando danificar outrem, incluindo como prática de ato ilícito. A

⁷ Vade mecum, 2009, p. 148 e 176

partir dessa inovação legislativa, coloca-se um divisor de águas no ordenamento jurídico, haja vista que as legislações anteriores não identificavam a possibilidade da reparação pelo dano moral, só ocorria à possibilidade de reconhecer a ressacibilidade pelo dano patrimonial.

3 CONCEITOS: DANO, DANO MATERIAL, DANO MORAL e REPARAÇÃO

Frente às considerações feitas no capítulo anterior, em torno do histórico do dano moral, se faz necessário desenvolver os aspectos sobre seu papel relevante na construção do presente trabalho monográfico.

Inicialmente discorre-se a seguir sobre o conceito de dano e suas especificações entre o dano material e moral, como também a reparabilidade na esfera moral.

3.1 CONCEITUALIZAÇÃO DO DANO

Segundo Venosa (2009, p 33), o dano seria o prejuízo sofrido pelo agente, podendo ser moral ou material, dentro desse conceito vislumbra-se a presença da noção de prejuízo.

Corroborar em mesmo sentido Gagliano e Pamplona Filho (2007, p.35), quando afirma que é "indispensável à existência de dano ou prejuízo para a configuração da responsabilidade civil", ainda mais a frente completa os autores, "sem a ocorrência deste elemento não haveria o que indenizar, e, conseqüentemente, responsabilidade."

A partir desses conceitos, observa-se que o dano é caracterizado pela violação a um interesse jurídico tutelado, material ou não, ocorrido pela ação ou omissão do agente infrator. (GAGLIANO; PAMPLONA, 2007, p. 36)

A propriedade Cavalieri (2000, p. 70 apud. GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2007, p.36), salienta a instabilidade do dano nos seguintes termos:

O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não havendo que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do risco que lhe sirva de fundamento – risco profissional, risco proveito, risco criado etc. –, o dano constitui o seu elemento preponderante. Tanto é assim que, sem dano, não haverá que reparar, ainda que a conduta tenha sido culpa ou até dolosa.

Pode-se dizer que o dano em si é a diminuição do patrimônio, nesse sentido inclui não só o patrimônio monetariamente, mas também a proteção dos bens jurídicos, relacionados aos direitos de personalidade; honra, imagem, intimidade e a vida privada.⁸

Conforme Diniz (2009, p. 61) preceitua:

Não pode haver responsabilidade civil sem a existência de um dano a um bem jurídico, sendo imprescindível a prova concreta dessa lesão. Deveras, para que haja pagamento da indenização pleiteada é necessário comprovar a ocorrência de um dano patrimonial ou moral, fundados não na índole dos direitos subjetivos afetados, mas nos efeitos da lesão jurídica.

Em outras palavras o dano se caracteriza pela prática de ato ilícito sofrido pela vítima, que necessita de uma reparação, nomeada indenização. Esta por sua vez, vinculada a idéia de satisfazer o prejuízo sofrido pela vítima e ao mesmo tempo de caráter sançanatório, deixando o agente responsável civilmente pelo ato prático.

A indenização será de forma monetária, a qual busca a compensação pelo dano causado a vítima, de modo que o sentido de reparação é a procura da devolução do estado da coisa em que se encontrava antes da ocorrência do ato ilícito. Contudo, seria impossível, nos casos reparação à conduta ilícita moral, quando o bem juridicamente protegido seria os direitos de personalidades.

Ensina Bittar (p. 64 e 65 apud. DINIZ p.63) que o dano é prejuízo ressarcível experimentado pelo lesado, traduzindo-se, se patrimonial, pela diminuição patrimonial sofrida por alguém em razão de ação deflagrada pelo agente, mas pode atingir elementos de cunho pecuniário e moral. O dano pode referir-se à

⁸ CF/1988, art. 5º, X

pessoa ou aos bens de terceiro (inclusive direitos), nos dois sentidos enunciados, patrimonial e moral – e em ambos – mas, especialmente nessa última hipótese, deve ser determinado consoante critério objetivo, como pondera Barassi (1964, p.43), e provocado em concreto.

A reparação do dano é uma sanção imposta àquele responsável pelo prejuízo causado em favor do lesado. Tem-se como regra, que todos os danos devem ser devidamente ressarcidos, ou pelo menos ressarcíveis, haja vista, mesmo quando impossibilitada a determinação judicial de recomposição do status quo ante, que na grande maioria, sempre se poderá fixar um quantum, à guisa de compensação.

No sentido que ocorra a reparabilidade faz-se necessária, a existência de requisitos que caracterize a possibilidade de indenização, que através desse instituto, seja reparado o dano causado. Conjuga-se em requisitos mínimos – baseado no entendimento de Gagliano e Pamplona Filho (2007, p.38) – os seguintes:

A violação de um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa física ou jurídica. Nesse requisito, vislumbra a única possibilidade de indenizar, aquele bem tutelado, o qual pertence unicamente a um sujeito de direito, independentemente seja patrimonial ou extrapatrimonial. Em relação a essa diferenciação, entre o dano material e moral, já pacificada pela doutrina que acompanhou o entendimento da Constituição de 1988, como também o Código Civil de 2002, o qual possibilita a reparação pelo dano moral.

Outro requisito do dano indenizável seria o que chamam Gagliano e Pamplona Filho (2007)⁹ da certeza do dano, que reflete na possibilidade de só indenizar, quando o dano for certo e efetivo, excluindo assim a hipótese de compensar uma vítima sem a existência do dano. Nos casos que este dano apresente lesão a direitos personalíssimos, o critério econômico deve ser preciso ao dano causado, no intuito de refletir uma indenização pautada na extensão do dano sofrido.

E por último salienta-se o requisito apontado pelos mesmos doutrinadores, denominado pela subsistência do dano, estabelece que se o dano foi reparado, não há a possibilidade de compensar o mesmo dano novamente,

⁹ op. cit., p. 39

acabando assim o instituto da responsabilidade civil diante do dano já reparado. Logo, este requisito salienta que o dano só deverá subsistir até sua reparabilidade. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2007, p. 40)

3.1.1 Espécies de Dano

Legislativamente¹⁰ e doutrinariamente o dano é dividido em dano na esfera patrimonial, aquele que afeta somente o patrimônio e extrapatrimonial é a aquele que afeta o modo humano da vítima, ou seja, a parte moral, não interferindo o patrimônio.

3.1.1.1 Dano material

O dano material é aquele que atinge tão somente o patrimônio do ofendido de forma a diminuir ou mesmo tornar inexistente. Como afirma pontualmente Diniz (2009, p. 67) que o dano material, vem a ser a lesão concreta, que afeta interesse relativo ao patrimônio da vítima, consistente na perda ou deterioração total ou parcial dos bens materiais que lhe pertencem, sendo suscetível de avaliação pecuniária e de indenização pelo responsável.

O direito à reparação destes danos está expressamente previsto na Constituição Federal, no art. 5º, incisos V e X e no Código Civil em vigor, nos arts. 186, 187 e 927, entre outras legislações como o Código de Defesa do Consumidor, o Código Comercial, entre outros.

Para a reparação do dano material mostra-se imprescindível demonstrar o nexo de causalidade entre a conduta indevida do terceiro e o efetivo prejuízo patrimonial que foi efetivamente suportado.

Por sua natureza, evidentemente, a demonstração da extensão do dano material deve ser precisa também quanto ao valor da indenização pretendida, pois o

¹⁰ Vide na CF/1988 e CC/2002, art. 5º, incisos V e X e arts.186, 187 e 927, parágrafo único, respectivamente.

que se visa através da ação judicial é a recomposição da efetiva situação patrimonial que se tinha antes da ocorrência do dano.

Em se tratando de danos materiais, para que surja o dever de indenizar, mister se faz a necessária comprovação de sua existência e extensão. A existência do dano reputa-se a sua efetiva ocorrência, a ser demonstrada a extensão delimitando a sua abrangência e ao prejuízo efetivo.

Trata-se, na verdade, da demonstração do quanto o patrimônio da vítima foi diminuído em virtude do ato ilícito praticado pelo agente. Nesse particular não só o prejuízo efetivo deve ser indenizado, também o que deixou de lucrar deve ser reembolsado, além dos valores que foram despendidos para eventual utilização de paliativos, conforme o caso.

Engloba, pois, o dano material, o lucro cessante, que corresponde ao valor que a vítima deixou de lucrar em virtude do ato ilícito praticado. Estão encampadas no conceito de dano material tudo que a vítima efetivamente perdeu, assim como aquilo que deixou de ganhar. Para a reparação, portanto, basta é necessária a demonstração da efetiva existência do dano e sua extensão.

3.1.1.2 Dano moral

Todas as lesões pressupõem a existência de bens. Considerando-se que configurando o dano moral, há de se representar a perda do equilíbrio entre o ofensor e o ofendido, este, sujeito à reparação, precisa-se assim examinar qual o bem atingido.

O indivíduo como pessoa humana encontra-se no centro da esfera denominada responsabilidade civil por danos morais. A dificuldade em calcar o tema danos morais em alicerces sólidos foi durante grande tempo a necessidade de se conceituar o dano, sendo que seu conceito sempre esteve ligado a diminuição, desvantagem e supressão.

Uma situação é caracterizada como dano moral quando ocorre à violação ou ofensa à moral, honra, privacidade, intimidade, imagem e nome do indivíduo. Diferentemente do dano material, que está relacionado a valores financeiros, o dano moral está ligado a lesões de ordem moral.

O dano na esfera moral ou extrapatrimonial como também é chamado, atinge lesando a vítima sua personalidade, de modo que cause dor, angústia, humilhação. De forma que não acontece monetariamente, como vislumbra no dano material, e sim a sua reparabilidade seja em pecúnia, no instituto da indenização. Em outras palavras os danos morais são aqueles que acabam por abalar a honra, a boa-fé subjetiva ou a dignidade das pessoas físicas.

Aguiar Dias (1960, p. 771-772 apud. CAHOMONE, 2008), por outro lado, seguindo a linha de Savatier, conceitua-o por exclusão: aquilo que não pode ser considerado dano patrimonial é dano extrapatrimonial (moral, na terminologia por ele utilizada). Assim, a distinção "não decorre da natureza do direito, bem ou interesse lesado, mas do efeito da lesão, do caráter de sua repercussão sobre o lesado".

A possibilidade vislumbrada, da ocorrência do dano moral nas pessoas jurídicas, podendo interferir, no nome, na imagem, maculando a seriedade da empresa causando assim prejuízo monetário, a qual possa vir a falir.

O doutrinador Carlos Roberto Gonçalves (2008, p. 358) define o dano moral e exemplifica, o seguinte:

O dano moral não é algo propriamente a dor, a angustia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois esses estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a consequência do dano. A dor que experimentam os pais pela morte violenta do filho, o padecimento ou complexo de quem suporta um dano estético, a humilhação de quem publicamente injuriado são estados de espírito contingentes e variáveis em cada caso, pois cada pessoa sente a seu modo.

Nos trechos acima citados, o doutrinador nos traz a expressão 'estado de espírito' como forma de verificar a lesão ocorrida pela prática do dano moral. O estado de espírito seria a dor, angústia, humilhação, desgostos entre outros, ou seja, o dano a vítima em consequência do ato lesivo prático pelo agente.

Verifica-se que o dano moral não corresponde à dor, sofrimento, mas ressalta efeitos maléficos marcados pelos mesmos. São a apatia, os transtornos psicológicos, que tomam conta do ofendido. Surge o padecimento íntimo, a humilhação, a vergonha, o constrangimento de quem é ofendido em sua honra ou dignidade, o vexame e a repercussão social por um crédito negado.

O dano moral, ensina Zanoni (1982, p. 234-235 apud. DINIZ, 2009 p. 93) que o direito não repara qualquer padecimento, dor ou aflição, mas aqueles que forem decorrentes da privação de um bem jurídico sobre o qual a vítima teria interesse reconhecido juridicamente.

Sendo assim, toda pessoa colocada em situação de afronta à sua moral poderá exigir na Justiça, indenização pelos danos morais causados. O dano moral não deve ser confundido com aborrecimento. Em seu dia-a-dia o homem está sujeito a uma série de acontecimentos que podem enfadá-lo, porém nem tudo é caracterizado como dano de natureza moral. Dano moral é uma dor subjetiva que causa desequilíbrio emocional e psicológico no indivíduo, interferindo de forma intensa em seu bem-estar.

Na lesão moral do indivíduo não é necessária provar concretamente o dano moral, pois a perturbação passa-se na esfera psicológica no interior da personalidade do lesado, trata-se da presunção absoluta (GONÇALVES, 2008 p. 370 e 371), ou seja, a ocorrência do dano será perceptível ao estado melancólico da vítima, capaz assim de uma mudança comportamental.

Neste sentido algumas decisões de tribunais confirmam o entendimento doutrinário:

Responsabilidade de pretensão civil. Dano moral. Comprovação pelo ofendido. Desnecessidade. Existência do ato ilícito apto a ocasionar sofrimento íntimo. Prova negativa a cargo do ofensor. Verba devida. Recurso provido."
(REsp 302.029-RJ, 3ª T., rel. Min. Fátima Nancy Andriahi, STJ)

Dano moral. Morte do filho. Verba devida aos pais. Falta de amor por aquele não demonstrada. Irrelevância dos motivos dele não estar presente na vida diária, com visitas mútuas.
(JTJ, Lex, 230/79)

Contudo, na questão probatória do dano moralmente sofrido, não é pacificada pela doutrina. Sergio Gabriel (2002) entende existir duas correntes; a dos que defendem a necessidade de se comprovar a dor e a dos que entendem a necessidade de se comprovar o nexo causal entre o ato praticado pelo agente e o dano que por sua vez se presume.

Ainda no mesmo raciocínio do autor, a primeira corrente defende que não se pode restringir apenas à narrativa dos fatos, deve o autor demonstrar a extensão da lesão sofrida, até porque, será o parâmetro para fixação da indenização na hipótese de condenação. Alguns mais extremistas chegam inclusive, suscitar a possibilidade de se realizar uma prova pericial psicológica. A segunda corrente defende que não se está em questão a prova do prejuízo, e sim a violação de um direito constitucionalmente previsto.

A segunda corrente acompanha o STF, que proclama “que a indenização, a título do dano moral, não exige comprovação do prejuízo” (RT 614/236).

3.1.1.2.1 Reparação no dano moral

Apesar de muito relutar contra a reparação, em não se conseguir monetarizar a reparabilidade pela prática do dano moral, fez com que essa evolução legislativa – tanto no CC/1916 e CF/1988 – fosse tardia, de modo que muito se discutiu para decidir qual seria a natureza jurídica da reparação no dano moral.

Quando se trata da natureza jurídica da reparação, mesmo com a inovação legislativa, recai sobre o instrumento da indenização; com duas idéias amostra, uma para reparar com a volta do estado anterior da honra ou sancionador, retirando assim o estado melancólico do lesado. Entende-se que seria impossível reparar uma dor ou constrangimento, retornando ao status quo ante¹¹ da ocorrida lesão, logo, estes sentimentos estão vinculados, na esfera espiritual e psicológica, impossibilitando estabelecer o estado anterior à lesão.

No mesmo sentido Gagliano e Pamplona Filho (2007, p.76) brilhantemente, apontam, “constatamos que a reposição natural não era possível na lesão aos direitos extrapatrimoniais da pessoa, eis que a honra violada jamais poderia ser restituída ao status quo ante.”

Amenizar a dor é reparar o que for necessário para assim proporcionar as formas de retirar o ofendido do estado melancólico a que fora levado, não sendo possível reparar o estado de melancolia em si. De certa forma a partir daí vislumbra-

¹¹ Status quo ante a mesma coisa no mesmo estado em que se encontrava antes

se a real sentido da reparação que é amenizar a dor sofrida, e ao mesmo tempo sancionar o ofensor pela prática do dano praticado, fazendo com que a lei seja aplicada.

Ainda na mesma vertente do caráter sancionatório, preleciona Gagliano e Pamplon Filho (2007, p.54), que a natureza jurídica do dano moral é sancionadora, em virtude da prática de um ato ilícito. Contudo, a reparação não se materializa através de uma "pena civil", e sim por meio de uma compensação material ao lesado.

Contudo esta reparação na esfera moral sofre algumas objeções, colocando-se em desfavor da indenização do dano moral. Em melhor entendimento desses argumentos, Lima (1940, p. 240 apud GAGLIANO, 2007 p. 68), faz as seguintes objeções a reparabilidade por dano moral:

- 1º Falta de um efeito penoso durável;
- 2º A incerteza nesta espécie de danos, de um verdadeiro direito violado;
- 3º A dificuldade de descobrir a existência do dano;
- 4º A indeterminação do número de pessoas lesadas;
- 5º A impossibilidade de uma rigorosa avaliação em dinheiro;
- 6º A imoralidade de compensar uma dor com dinheiro;
- 7º O ilimitado poder que tem de conferir-se ao juiz;
- 8º A impossibilidade jurídica de admitir-se tal reparação.¹²

Além desses argumentos elencados brilhantemente pela pesquisadora Zulmira Lima, o argumento citado "a imoralidade de compensar uma dor com dinheiro" é respaldado por Gonçalves (2008, p.371), o qual trata por ser imoral em quantificar monetariamente a dor moral, por achar que a dor não teria um valor e nem poderia mensurá-la.

Contudo, segundo o mesmo doutrinador, estas objeções, contra a reparabilidade moral foi desmistificada com ajuda da doutrina moderna, das jurisprudências dos tribunais e ao avanço legislativo. Entende-se atualmente que a indenização por dano moral atinge a compensação, ainda que pequena, pela tristeza infligida injustamente a outrem.

¹² Zulmira Pires de Lima, "Algumas considerações sobre a responsabilidade civil por danos morais", in Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, 2.º suplemento, Coimbra, 1940, v. XV, p. 240.

4 DIREITOS DE PERSONALIDADE E PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

Neste tópico irá abordar, os direitos juridicamente protegido pelo Estado no Código Civil/2002 e assegurado com um dos requisitos dos direitos fundamentais do homem na CF/1988, inerentes a personalidade humana, chama-se de direitos da personalidade.

Além desses direitos, será explanado também o princípio da afetividade, o qual é basilar na existência de um núcleo familiar.

4.1 DIREITOS DE PERSONALIDADE

Para que ocorra a lesão moralmente se faz necessário ter bens jurídicos protegidos legislativamente, trata-se dos direitos de personalidades, os quais são direitos inerentes a pessoa humana, como aborda Gonçalves (2008), são direitos reconhecidos pela doutrina e pelo ordenamento jurídico.

Eles são também inalienáveis, intransmissíveis e imprescritíveis. Estes são valores reconhecidos a pessoa. Caso haja alguma violação dos mesmos, ocorrerá uma lesão moral, em outras palavras, estes direitos são bens jurídicos tutelados pelo Estado, e em caso de seus desrespeitos, o agente ofensor terá a obrigação de repará-lo, assim amenizando a dor.

Gomes (1996, apud. DONEDA, 2005, p. 77) conceitua:

Sob a denominação de direitos da personalidade, compreendem-se os direitos personalíssimos e os direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana que a doutrina moderna preconiza e disciplina no corpo do Código Civil como direitos absolutos, desprovidos, porém, da faculdade de disposição. Destinam-se a resguardar a eminente dignidade da pessoa humana, preservando-a dos atentados que pode sofrer por parte dos outros indivíduos.

Além de conceituar os direitos de personalidade, Orlando Gomes, preconiza também, como fonte desses mesmos direitos, o princípio da dignidade da

pessoa humana, como mola precursora para o desenvolvimento dos direitos inerentes a pessoa.

De outra forma Caio Mario (2008, p. 241) pontua; "não constitui esta 'um direito', de sorte que seria erro dizer-se que o homem tem direito à personalidade. Dela porém, irradiam-se direitos sendo certa a afirmativa de que a personalidade é o ponto de apoio de todos os direitos e obrigações".

Esses direitos de personalidade tem características intrínsecas especiais, na medida que destinados à proteção eficaz da pessoa humana em todos os seus atributos de forma a proteger e assegurar sua dignidade como valor fundamental.

Sobre as características do direito de personalidade Paulo Luiz Netto Lôbo (2003), dispõe brilhantemente:

A natureza não patrimonial dos direitos da personalidade e a circunstância de serem inatos e essenciais à realização da pessoa resultam em características que os singularizam, a saber: intransmissibilidade, indisponibilidade, irrenunciabilidade, inexpropriabilidade, imprescritibilidade e vitaliciedade. O novo Código Civil brasileiro refere à intransmissibilidade, à irrenunciabilidade e à impossibilidade de limitação voluntária, que pode ser entendida como indisponibilidade, pois a limitação apenas pode ocorrer por ato de disposição.

Esses caracteres elencados pelo pesquisador são intrínsecos à pessoa, em todas as suas projeções, os quais sejam: intransmissíveis, pois não podem ser objetos de cessão, nem de sucessão; indisponíveis, por não poderem dispor, nem pela vontade própria do indivíduo a mudança de titular do direito da personalidade; irrenunciáveis, o titular jamais poderá renunciar aos seus direitos, o que poderá ocorrer são restrições temporárias, não absolutas, de forma que não podem violar a dignidade humana.

Como também, são reconhecidas as características: a inexpropriabilidade, por serem direitos da personalidade e não possuírem conteúdo patrimonial direto, aferível objetivamente; e a imprescritibilidade, inexistente um prazo para seu exercício, não se extinguindo pelo seu não-uso; e a vitaliciedade, os direitos da personalidade são inatos e permanentes, acompanhando a pessoa desde seu nascimento até sua morte.

Nestes direitos estão protegidos a honra, a imagem, a intimidade a vida privada, tanto assegurado constitucionalmente como também no atual Código Civil, o qual separou só um capítulo específico para tratar dos direitos inerentes a pessoa:

CF/1988, art. 5º, X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;¹³

CC/2002, art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.¹⁴

Além desses direitos dispostos no inciso citado do artigo 5º da Constituição Federal, o Código Civil trás especificações relativas aos direitos de personalidade, como já foi dito anteriormente, o atual código separou um capítulo inteiro para tratar dos mesmos. A codificação civil trata não só da honra, da imagem, intimidade e a vida privada (arts. 20, parágrafo único e 21, CC/2002)¹⁵, como também trata do corpo, nome, pseudônimo do indivíduo.

Segundo Lôbo (2003) os direitos inerentes a pessoa:

Os direitos da personalidade são direitos subjetivos, sem a restrição histórica que estes tiveram, de exprimirem e perseguirem valores econômicos, segundo o paradigma do direito de propriedade. São direitos subjetivos não patrimoniais, no sentido de estarem previstos e tutelados pelo direito objetivo. Assim, todos os direitos subjetivos que não tenham objeto econômico e sejam inatos e essenciais à realização da pessoa são direitos da personalidade.

A partir dessa definição dada por Lôbo (2003), pode-se dizer que são direitos personalíssimos: a vida, a intimidade, a vida privada, a honra, a imagem, o nome, a liberdade e o direito a integridade física e psíquica

O CC/02 informa nos arts. 13 e parágrafo único, 16 e 19, os quais tratam especificamente do corpo, do nome e do pseudônimo, respectivamente, que dispõem:

¹³ Vade Medum, 2009, p. 24

¹⁴ Vade Mecum, 2009, p. 141

¹⁵ Vade Mecum, 2009, p. 142

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.

Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome.

Segundo Diniz (p. 123, 2008) dispõe, "O direito ao próprio corpo é indisponível se conducente à diminuição permanente da integridade física, a não ser que a extração de órgãos, tecidos ou membros seja necessária, por exigência médica, para resguardar a vida ou a saúde."

Observa-se que a partir dessa explanação da doutrinadora, esta proteção ao corpo, é também assegurada a integridade física do indivíduo, o qual defende-se contra o poder de dispor livremente de seu corpo. Contudo, salvo por exigência médica – como dispõe a redação do art. 13, CC/02¹⁶ – e também de cunho científico ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte (art. 14, CC/02)¹⁷.

Além de proteger o direito a vida do indivíduo, nos ensinamentos de Caio Mário (p. 249, 2008), "todo ser humano tem direito vida. A ordem jurídica o assegura desde antes o nascimento, protegendo os interesses do nascituro (Código Civil, art. 2º) e punindo o aborto (Código Penal, arts. 124 e 125)."

Outro direito a ser observado nos artigos acima citados é o direito ao nome, Diniz (p. 128, 2008), mais uma vez pontua:

Reprime-se abuso cometido por alguém que o exponha inclusive em publicações ou representações ao desprezo público ou ao ridículo, violando a respeitabilidade de seu titular, mesmo que não haja intenção de difamar, por atingir sua boa reputação, moral e profissional, no seu da coletividade, acarretando dano moral ou patrimonial, suscetível de reparação mediante supressão de uso impróprio ou indevido do nome ou indenização pecuniária.

¹⁶ Vade mecum, 2009, p. 141

¹⁷ Vade mecum, 2009, p. 141

Na mesma idéia é protegido o pseudônimo, mais uma vez traz-se a idéia de Diniz (p.128, 2008), "Protege-se também o pseudônimo que é adotado por escritores (George Sand), pintores (Di Cavalcanti), artistas (Sílvio Santos) e não pode ser usado sem autorização de seu titular sob pena de perdas e danos."

Na integridade moral, abarcando-os direitos a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem, os quais não só assegurados pela Constituição Federal em seu art. 5º, X, como também na codificação civilista nos art. 20 e 21. Além dessa proteção dos direitos de personalidade, é protegido o direito de resposta da vítima pelas mesmas – CF/1988 e CC/2002 – nos art. 5º, V e art. 12, respectivamente.

Nestes direitos basta haver uma ameaça de ofensa à personalidade física ou moral para que a pessoa ameaçada ou ofendida possa requerer todas as providências adequadas às circunstâncias do caso a fim de evitar que a ameaça se concretize ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida.

Sobre a incidência do dano moral da sobre os direitos de personalidade, Cavalieri Filho (p. 101-102, 2005 apud. CHAMONE, 2008), nos trás dois aspectos diferentes:

À luz da Constituição vigente, podemos conceituar o dano moral por dois aspectos distintos. Em sentido estrito, dano moral é violação do direito da personalidade à dignidade. E foi justamente por considerar a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, e da imagem corolário do direito à dignidade que a Constituição inseriu em seu art. 5º, V e X, a plena reparação do dano moral.

Os direitos da personalidade, entretanto, englobam outros aspectos da pessoa humana que não estão diferentemente vinculados à sua dignidade. Nessa categoria incluem-se também os chamados novos direitos da personalidade: a imagem, o bom nome, a reputação, sentimentos, relações afetivas, hábitos, gostos, convicções políticas religiosas, filosóficas, direitos autorais. [...] Resulta daí que o dano moral, em sentido amplo, envolve esses diversos graus de violação dos direitos da personalidade, abrange todas as ofensas à pessoa, considerada esta em suas dimensões individual e social, ainda que sua dignidade não seja arranhada.

Observa-se que a prática do dano na esfera moral, deverá está pautada em direitos protegidos, por que se não há como ressarcir a vítima, são nos direitos de personalidade, que estão sendo protegidos.

A partir do ensinamento de Cavaliéri Filho os direitos de personalidade, sejam eles: à honra, ao nome, à intimidade, à privacidade, e à liberdade estão englobados no direito à dignidade, o qual é o verdadeiro fundamento e essência de cada preceito constitucional relativo aos direitos da pessoa humana, além de ser fundamento do Estado democrático de Direito (art. 1º, III, CF/1988)¹⁸, e em virtude disso deverá ser respeitado.

4.2 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

Cordões como o amor, carinho e afeto, são mantenedores da entidade familiar, por isso deverão estar presentes, pois são sentimentos que une os membros da família. A partir desses sentimentos que trata o princípio da afetividade, o qual é “entendido como o mandamento axiológico fundado no sentimento protetor da ternura, da dedicação tutorial e das paixões naturais”, segundo SOUSA (2008).

Contudo, não há legislação específica que proteja este princípio no ordenamento jurídico brasileiro, sendo empregados outros princípios como o da proteção integral e da dignidade da pessoa humana, este sendo basilar na Constituição da República Brasileira¹⁹ e aquele sendo imprescindível para proteção da criança e do adolescente.

Pautado no princípio da dignidade da pessoa humana, trata-se do princípio máximo do ordenamento jurídico brasileiro, definido como princípio a proteção do homem. Neste axioma jurídico o homem está centralizado por ser portador de direitos, colocando o Estado na obrigação de respeitá-los, no sentido da criação do Estado Democrático de Direito.

Não diferentemente a dignidade humana, não só está inserida nos direitos e garantias fundamentais elencados no art. 5º CF/1988, como também na proteção da entidade familiar, quando dispõe art. 226, § 7º:

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

¹⁸ Vade mecum, 2009, p. 23

¹⁹ Art. 1º, III, CF/1988

[...]

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Nesta redação constitucional, gera a obrigação de proteger a entidade familiar pautado no princípio da dignidade humana. A partir daí vislumbra-se que o afeto talvez seja apontado, atualmente, como o principal fundamento das relações familiares. Mesmo não constando a palavra afeto no Texto Maior como um direito fundamental, pode-se dizer que o afeto decorre da valorização constante da dignidade humana (2006, TARTUCE).

Vilella (1980, apud. TARTUCE, 2006) aponta que o vínculo familiar é composto não por um liame sanguíneo, mas sim de uma aliança afetiva. Desse modo o pesquisador coloca um novo entendimento para época de uma família construída baseada no afeto.

Em exemplo sobre o princípio da afetividade, aplicado diretamente na família, trata-se da filiação socioafetiva, a qual é reconhecida nos arts. 1.593 e 1.596 da codificação civilista, a qual dispõe:

Art.1.593 O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem.

[...]

Art.1.596 Os filhos havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias à filiação.

Os diplomas acima citados tratam especificamente no caso da adoção e da filiação pela convivência afetiva, os quais decorrem da vontade de criar, educar, amar uma criança, enfim da toda a assistência familiar necessária, e não vinculado no próprio liame biológico.

Sobre a convivência afetiva, Dias (2005, p. 343), ensina:

Constituído o vínculo da parentalidade, mesmo quando desligado da verdade biológica, prestigia-se a situação que preserva o elo da afetividade. Não é outro o fundamento que veda a desconstituição do registro de nascimento feito de forma espontânea por aquele que, mesmo sabendo não ser o pai consangüíneo, tem o filho como seu.

Segundo Chaves e Rosenvald (2010, apud. BEBÉ, 2010) “o escopo precípua da família passa a ser a solidariedade social e demais condições necessárias ao aperfeiçoamento e progresso humano, regido os núcleos familiares pelo afeto, como mola propulsora”. Os autores ainda afirmam que “a entidade familiar deve ser entendida, hoje, como grupo social fundado, essencialmente, em laços de afetividade, pois a outra conclusão não se pode chegar à luz do texto constitucional.”

Lévy-Bruhl (apud. Gomes p. 31, 1978 – DINIZ, p. 24, 2008) chega até dizer que o traço dominante da evolução da família é a tendência em tornar o grupo familiar cada vez menos organizado e hierarquizado, fundando-se cada vez mais na afeição mútua, a qual estabelece plena comunhão de vida.

A esse respeito Dias (2005, p. 66), dispõe:

Com as transformações sociais, a família também se modificou e caminhou na divisão de funções em razão das capacidades individuais. As transformações foram sentidas plenamente com a constitucionalização de um modelo de família eudemonista²⁰ e igualitário, com maior espaço para o afeto e a realização individuais.

Ainda na mesma linha de raciocínio, a mesma doutrinadora ensina:

Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, e não do sangue Assim, a posse de estado de filho nada mais é do que o reconhecimento jurídico do afeto, com o claro objetivo de garantir a felicidade, como um direito a ser alcançado. O afeto não é somente um laço que envolve os integrantes de uma família. Igualmente tem um viés externo, entre as famílias, pondo humanidade em cada família, compondo a família

²⁰ Família eudemonista “busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros A possibilidade de busca formas de realização pessoal e gratificação profissional é a maneira que as pessoas encontram de viver, convertendo-se em seres socialmente úteis, pois ninguém mais deseja e ninguém mais pode ficar confinado à mesa familiar”. (DIAS, 2005, p.49)

humana universal, cujo lar é a aldeia global, cuja base é o globo terrestre, mas cuja origem sempre será como sempre foi: a família.²¹

Pode-se notar que não há a interferência dos laços biológicos na relação da afetividade, e sim, a partir da convivência familiar, é que o afeto se estabelece, na formação de um lar onde a afetividade seja o pilar de sustentação da família. Instituição esta, que atualmente vem ganhando espaço na esfera afetiva e deixando o lado patriarcal, hierarquizado e patrimonial de lado.

Com isso a família passou a ser vista, em constante mudança, pois existem modificações de valores, onde o sentimento entre os membros da família, torna-se cada vez mais forte, como ensina Dias (2005)²², despontam novos modelos de família tornam-se igualitária nas relações de sexo e de idade, havendo uma temporalidade, onde os componentes atuam por desejo e não por regras.

Assim como o casamento, não sendo mais vistos como uma regra de moralidade, uma prova disso que a simples convivência de um casal, há tempos era vista como inconcebível, por ferir os bons costumes sociais. Atualmente a união estável é protegida não só pelo Código Civil, como também, na Constituição Federal.

No instituto da união estável, observa-se que é no afeto mútuo que se constitui uma família, independentemente se este casal vier ou não a ter filhos, pois só a união das duas pessoas, se constitui uma família. É neste argumento aquele conceito que a família só era possível a constituição através do casamento, se torna antigo da nova constituição de família perante o ordenamento jurídico.

Observa-se hoje, que o afeto é a necessidade intrínseca para constituição de uma família, no intuito da criação de um lar habitado pela felicidade, pois o amor, carinho e afeto, são sentimentos necessários para a construção de laços fortes entre os membros da família, visto que o patrimônio, não tão necessário como visto no início do século XX.

²¹ op. cit., p. 66

²² op. cit., p. 67

5 DANOS MORAIS NAS RELAÇÕES FAMILIARES

Neste capítulo aborda-se a possibilidade do dano moral na esfera familiar, em virtude do descumprimento dos direitos da personalidade e do princípio da afetividade.

Dispõe neste, apresentar as possibilidades de ocorrências do dano moral em virtude do adultério e o abandono familiar, além de verificar a possibilidade de reparação do dano moral nas relações familiares.

5.1 RELAÇÕES FAMILIARES

As relações jurídicas de direito de família até a vigência da Constituição Federal de 1988 eram regidas por parâmetros fixados a partir da Lei nº 3.071, do Código Civil de 1916.

Antes da Lei Maior, a família só era constituída pelo matrimônio, trazendo conceitos discriminatórios sobre aquelas uniões que não eram pautadas no casamento. Além de discriminar essas uniões, fazem distinções entre os filhos constituídos dentro do casamento, com os filhos de relações extramatrimoniais, o qual excluía direitos. Idéias estas consubstanciadas pelo CC/1916.

A família na época do CC/1916 era regida pelo pátrio poder, exercido pelo cônjuge varão, sobre os filhos, deixando a cargo da mulher a obediência das ordens dos maridos, em virtude de ser caracterizado como chefe de família.

Observa-se que nesta ótica, as relações familiares eram alicerçadas na obediência, dos filhos em relação ao pai, e da mulher em relação ao marido, tendo uma família hierarquizada, cujo o topo dessa hierarquia é cônjuge varão.

Contudo, a família passou por evolução, que se fez obrigada a realizar alterações legislativas, Dias (2005, p. 27), destaca:

A mais expressiva foi o Estatuto da Mulher Casada (Lei n. 4.121/62), que devolveu plena capacidade à mulher casada e deferiu-lhe bens reservados que lhe asseguravam a propriedade exclusiva dos bens adquiridos com o fruto de seu trabalho.

Nota-se o salto dado pela mulher, para adquirir sua independência financeira, esquivando-se da obrigação de sobreviver financeiramente das custas do marido. A partir daí que a mulher passa ser ouvida.

Outra mudança relevante é edição da lei que viria a tirar o efeito da indissolubilidade do casamento, a Lei 6.515/77, a qual institui o divórcio, "eliminando a idéia da família como uma instituição sacralizada". (DIAS, 2005, p. 27).

Ao instituir o divórcio, o legislador brasileiro criou, uma nova possibilidade constituição familiar mesmo sem ter legislação que a assegure. Trata-se da família monoparental, alicerçada na idéia que segundo Dias (2005, p.42), será aquela construída por um dos genitores com seus filhos.

Logo, quando o divórcio foi decretado na época, ficava na obrigação de criação dos filhos mulher, que assumiria o cuidado não só dos filhos, mas também do lar, e do trabalho, quando a figura feminina sai de casa para trabalhar fora. Então a mulher passou a ser o chefe da casa, pelos motivos explanados, e a relação familiar agora passou a serem filhos com mãe.

Na Constituição de 1988²³, embora com a vigência do Código Civil de 1916, trouxe uma inovação, acabou com as diferenças entre o casal e dividindo a responsabilidade familiar por igual, além de reconhecer a família monoparental, a união estável e por tratar em todos os direitos os filhos havidos dentro ou fora do casamento.

Com a promulgação da CF/1988, o CC/1916 perdeu o espaço de lei fundamental, dando lugar a Carta Magna. Embora muito tardio, o novo Código Civil de 2002, "O Código Civil procurou atualizar os aspectos essenciais do direito de família. Incorporou as mudanças legislativas que haviam ocorrido por meio de legislação esparsa, mas preservou a estrutura do código anterior." (DIAS, 2005)²⁴

²³ art. 227, CF/1988

²⁴ op.cit. p. 28

As relações familiares, após a CF/88 e o CC/02, passaram a ser alicerçadas pelo afeto, não só pela constituição do casamento, mas também pela união, que é condicionada pela afetividade, na busca constante da felicidade, sem a inserção de estruturas preestabelecidas, “a família continua, e mais empenhada que nunca, em ser feliz. A manutenção da família visa, sobretudo, a buscar a felicidade.” (DIAS, 2005, p.40).

Dias (2005, p. 40) conclui pontuando:

As novas famílias buscam construir uma história em comum, na qual existe uma comunhão afetiva e cuja ausência implica a falência do projeto de vida. [...]. Cada vez mais as pessoas têm o direito de escolha e podem transitar de uma comunidade de vida para outra que lhe pareça mais atrativa e gratificante.

Dessa forma busca na construção familiar o elo afetivo, no intuito de fortalecer a família.

5.2 CAUSAS DE DANO MORAL NAS RELAÇÕES FAMILIARES

5.2.1 Dano moral pela prática do adultério

Antes de explanar o dano moral causado pelo adultério, necessita-se entender o que é o adultério dentro do direito de família. E como tal prática pode provocar consequências, talvez irreversíveis.

A idéia do adultério está ligada diretamente a idéia de fidelidade entre as pessoas, que constitui uma união matrimonial de uma união estável. Trata-se de um dever conjugal recíproco. Dessa forma não existindo a fidelidade conjugal trata-se por não cumprimento de um dever jurídico e moral.

Segundo Diniz (2008, p. 129), “Consiste o dever da fidelidade em abster-se cada consorte de praticar relações sexuais com terceiros”. De certo modo esta obrigação de não praticar o ato sexual com terceiros, constitui a prática do adultério, o qual formaliza a falência moral familiar.

Frente a esta prática ilícita civil, o adultério, torna-se repudiado pela codificação civil, quando tratam dos deveres do casamento e da união estável, respectivamente elencado nos arts. 1.566 e 1.724:

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

I - fidelidade recíproca; [...]

Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão os deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, no sustento e educação dos filhos.

Observa-se com os diplomas expostos, que o CC/2002, não fala do adultério diretamente, porém Diniz (2008, p.130), entende que a prática do adultério, destrói o dever de fidelidade. Antes do advento da Lei 11.106/2005, o adúltero era visto não só como ilícito civil, a legislação brasileira entendia-se que o adultério era um ilícito penal (art. 240, CP, revogado pela Lei 11.106/2005).

Atualmente já não se tem esta idéia de punir penalmente o indivíduo da prática do adultério. O exercício adúltero, não é caracterizado só como violação da prática da fidelidade, mas também atos injuriosos, que, pela sua licenciosidade, com acentuação sexual, quebram a fé conjugal.²⁵

Além disso, a traição não só trás contextos jurídicos – o desrespeito para com os deveres matrimoniais e da união estável, como citado acima – mas também transtornos psicológicos ao cônjuge traído.

A partir daí trata-se do adultério como uma consequência do dano moral. Este que a luz dos direitos de personalidade, causa a dor, constrangimento, desilusão amorosa, mágoa, ressentimento, ao cônjuge vitimado.

A honra, o nome, a intimidade, a vida privada, estes direitos tidos como personalíssimos, a partir da prática lesiva adúltera, não só fere a convivência – matrimonial ou união estável – mas também, como o princípio da dignidade da pessoa humana e retoma sentimentos dor a vítima, que por sua vez fica indefesa, pois não sabe com reagir a este sentimento.

É como se sua dignidade fosse violada de tal forma, que a vítima não conseguisse se reerguer depois de ter descoberto, que o (a) companheiro (a), após

²⁵ op. cit. p. 131

tantos anos de união era infiel, quebrando a construção de um lar sólido, baseado no afeto, no amor, ruindo como um castelo de área.

Além do transtorno psicológico, que causa mudança comportamental na vítima, esta passa por vexames, que perante a sociedade pode o lesado passar por situações embaraçosas.

Segundo Silva (2006, apud. PRETEL, 2009), dispõe, sobre a traição:

A traição fere os direitos concernentes aos valores próprios do ser humano, que se projetam nos seus sentimentos. A violação das obrigações oriundas do casamento ou da união estável, indubitavelmente, pode acarretar prejuízo moral ao cônjuge ou ao convivente. A traição resultará em dano moral se levar o nome do traído a situações embaraçosas, vexatórias; se a presença do ofendido provocar zombarias, menosprezo.

Contudo, a indenização é medida pela extensão do dano moral, pelo abatimento psicológico sofrido, sem deixar pontificar o enriquecimento ilícito, mas observando as condições sociais e econômicas das partes envolvidas.

A indenização deve propiciar ao ofendido uma compensação pelo desgosto, pelo sofrimento, pelo vexame, ao mesmo tempo em que representa uma sanção ao culpado.

Sobre o dano moral, os Tribunais tem decidido:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. SEPARAÇÃO LITIGIOSA. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. NÃO CONHECIMENTO EM RAZÃO DA INCOMPATIBILIDADE DE RITOS. PROCEDIMENTO ORDINÁRIO. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO (CPC, ART. 292, § 2º). CULPA PELA SEPARAÇÃO DO VARÃO. ADULTÉRIO COMPROVADO. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR CARACTERIZADA. É permitida a cumulação de vários pedidos num único processo, contra o mesmo réu ou reconvinte, quando preenchidos os requisitos do artigo 292, § 1º, do Código de Processo Civil. A desobediência ao dever de fidelidade recíproca acarreta dor moral ao cônjuge enganado, autorizando a condenação do consorte infiel ao pagamento de indenização por danos morais. O valor da indenização do dano moral deve ser arbitrado pelo juiz de maneira a servir, por um lado, de lenitivo para a dor psíquica sofrida pelo lesado, sem importar a ele enriquecimento sem causa ou estímulo ao abalo suportado; e, por outro, deve desempenhar função pedagógica e séria reprimenda ao ofensor, a fim de evitar a recidiva. (TJ/SC – 2ª C. Civ., Ap. Civ. nº 2004.012615-8, Rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, julg. 05.05.2005)

Nesta decisão o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, os desembargadores entenderam a desobediência ao dever de fidelidade que acarretou o dano moral a vítima.

SEPARAÇÃO JUDICIAL - Pretensão à reforma parcial da sentença, para que o autor reconvinde seja condenado no pagamento de indenização por danos morais, bem como seja garantido o direito de postular alimentos por via processual própria - Fidelidade recíproca que é um dos deveres de ambos os cônjuges, podendo o adultério caracterizar a impossibilidade de comunhão de vida - Inteligência dos arts. 1566, I, e 1573, I, do Código Civil - Adultério que configura a mais grave das faltas, por ofender a moral do cônjuge, bem como o regime monogâmico, colocando em risco a legitimidade dos filhos — Adultério demonstrado, inclusive com o nascimento de uma filha de relacionamento extraconjugal - Conduta desonrosa e insuportabilidade do convívio que restaram patentes - Separação do casal por culpa do autor-reconvindo corretamente decretada - Caracterização de dano moral indenizável - Comportamento do autor-reconvindo que se revelou reprovável, ocasionando à reconvinte sofrimento e humilhação, com repercussão na esfera moral – Indenização fixada em RS 45.000,00 - Alimentos - Possibilidade de requerê-los em ação própria, demonstrando necessidade - Recurso provido. (TJ/SP – 1ª C. D. Priv., Ap. Cív. nº 539.390.4/9, Rel. Des. Luiz Antonio de Godoy, julg. 10.06.2008)

O Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu que o adultério ofende a moral do cônjuge, além da violação do regime do monogâmico, o qual coloca em risco a legitimidade dos filhos.

5.2.2 Dano moral pela prática do abandono afetivo

Antes de tocar no assunto referente ao dano moral por abandono familiar, faz-se necessário, pontuar o que vem a ser o abandono afetivo, como foi feito no tópico anterior.

O abandono materno ou paterno, independentemente, a ausência será sofrida do mesmo jeito. Este evento tem ocorrência, após a separação conjugal, a qual o cônjuge que não está com a prole, fica obrigado a visitar, acompanhar, propiciar toda assistência necessária para educação, socialização dos filhos. Como é um dever assegurado na CF/1988 e CC/2002, os qual dispõe:

CF/1988, Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

CC/2002, Art. 1.632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.

CC/2002, Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

- I - dirigir-lhes a criação e educação;
- II - tê-los em sua companhia e guarda; [...]

Frente aos diplomas explanados, não dispõem a palavra “afeto”, porém não deixa de assegurar o direito de uma convivência familiar (art. 227, CF/1998), mesmo que depois de uma separação ou divórcio. Convivência essa que se fosse exercida continuamente existiria o afeto entre os pais e os filhos, mesmo após uma dissolução da sociedade conjugal, pois isto não é motivo do (a) genitor (a), se afastar das responsabilidades para com os filhos.

O vínculo conjugal rompido e o afastamento do genitor, que não possua a guarda da prole, para com seus filhos, não cumprindo os deveres de cuidado, de zelo, de educar, de acompanhar, tal descumprimento acarreta o que denomina-se, de abandono afetivo, pelo qual causa transtornos e problemas de ordem psicológica – agressividade, baixa auto-estima – e faz com que a criança não tenha um desenvolvimento pleno.

No tocante aos transtornos psicológicos Crispino (2008), revela:

Já é pacífico, entre as psicólogas e assistentes sociais, o entendimento de que criança abandonada pelos pais sofre de trauma e de ansiedade, que irá repercutir, diretamente, em suas futuras relações, fazendo-a perder sua confiança e auto-estima. Todo este dano deve ser passível de reparação material, não apenas para que os deveres parentais deliberadamente omitidos não fiquem impunes, mas, principalmente, para que no futuro quaisquer inclinações ao irresponsável abandono possam ser dissuadidas pela firme posição do Judiciário ao mostrar que o afeto tem um preço muito caro na nova configuração familiar.

Contudo, nenhum pai/mãe está obrigado a amar este filho, sem sentir realmente amor. No entanto, a ocorrência do dano na esfera moral pelo abandono afetivo, não trata especificamente do amor, mais sim dos direitos de personalidade²⁶ da criança e principalmente a dignidade da pessoa humana²⁷ e os direitos que a criança tem dentro do seio familiar.

Para a relação afetiva que venha ter os filhos com os pais – aqueles que não estiverem com a guarda da prole – não é necessária só a convivência familiar no lar, e sim somente a convivência familiar, o que difere esta bastante daquela. Aquela é pautada na convivência dentro de casa. E esta alicerçada no contato diário, independente de está morando pais e filhos na mesma casa.

Este contato diário, poderá se dá por várias formas; por meios de comunicação – quando o (a) genitor (a) morar fora da cidade em que reside o filho – através de e-mails, telefonemas, cartas. Por presença importante em eventos que seja necessária a presença do genitor, as visitas diárias ou a cada quinze dias, ou a cada mês.

A omissão dessa obrigação acarreta sérios danos da ordem moral para o filho, como já foi dito acima, não afetando o princípio da afetividade, haja vista que não há afeto nesta relação, e sim lesando os direitos de personalidade da criança, que desde que nasce são portadoras dos direitos, a honra, a intimidade, a vida privada, ao nome entre outros. E além desses, os deveres como pai e mãe dispostos nos diplomas civis e constitucionais.²⁸

Segundo, Costa (2009), o:

Abandono afetivo parental, imprimem uma marca indelével no comportamento da criança ou do adolescente. É uma espera por alguém que nunca vem, é um aniversário sem um telefonema, são dias dos pais/mães em escolas sem a presença significativa deles, são anos sem contato algum, é a mais absoluta indiferença; podem-se relatar inúmeras formas de abandono moral e afetivo, e ainda assim, o ser humano continuará criando novas modalidades de traumas e vinganças pessoais, próprias de sua vida desprovida de perspectivas e responsabilidades.

²⁶ Art. 5º, X, CF/1988

²⁷ Art. 1º, III, CF/1988

²⁸ Art. 227, CF/1988 e arts. 1.632 e 1.634, I e II, CC/2002

Segundo Sousa (2008), explica que "se o amor é o ligamento da família e esta a base da sociedade, a qual merece especial proteção do Estado, é fato que seu desdém por um poder familiar bizarro gera prejuízos de alta monta à estrutura social. Em meio a isso, não pode o Direito, como instrumento estatal, quedar a isso."

Neste sentido Crispino (2008) trás a decisão proferida pelo Juiz Dr. Mário Romano Maggioni, entendeu ser possível a reparação pela prática do abandono afetivo:

Indenização danos morais. Relação paterno-filial. Princípios da dignidade da pessoa humana. Princípio da afetividade. A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, dever ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana.²⁹

O magistrado justificou sua decisão, dizendo que a função paterna abrange amar os filhos. Portanto, não basta ser pai biológico ou prestar alimentos ao filho. O sustento é apenas uma das parcelas da paternidade. É preciso ser pai na amplitude legal (sustento, guarda e educação). Quando o legislador atribuiu aos pais a função de educar os filhos, resta evidente que aos pais incumbe amar os filhos. Pai que não ama filho está não apenas desrespeitando função de ordem moral, mas principalmente de ordem legal, pois não está bem educando seu filho.

²⁹ MAGGIONI, Mario Romano. Processo n.º 141/1030012032-0. Ação indenizatória. Sentença proferida em Capão da Canoa, 2º Vara, 15 set. 2003.

6 METODOLOGIA

A metodologia que foi aplicada no presente trabalho consistiu, no uso da pesquisa bibliográfica e documental, que segundo Leite (1978, p. 59, apud. MARCONI, 2001, p. 57), no campo jurídico consiste o método por excelência de que dispõe o investigador sem com isso esgotar as outras abordagens metodológicas.

Segundo Mezzaroba e Monteiro (2007, p. 113) a pesquisa "bibliográfica compreende uma gama de materiais disponíveis, podem ser livros de qualquer tipo, ensaios, compilações, artigos em revistas especializadas, material bibliográfico encontrado em meios eletrônicos como a internet, o CD-ROM," e entre outras formas digitalizadas.

A pesquisa documental tem-se como fonte primária, abordado neste trabalho, utilizou-se basicamente de natureza decisória (jurisprudências) dos órgãos de instância superior do nosso país, os quais se tomam documentos jurídicos, ampliando a visão fundamentada do trabalho proposto. (MARCONI, 2001, p 56)

Também se tratou de fonte secundária a pesquisa analisada do ponto de vista bibliográfico, o qual se referiu no levantamento de toda doutrina que foi analisado neste trabalho, para o embasamento teórico, além da doutrina trabalhou-se também, com artigos científicos disponibilizados de forma digitalizada via internet.

Todo este argumento teórico propiciou a demonstração do tema já escrito, sobre um novo enfoque, tendo como resultado novas conclusões, que não se tinham até determinado momento ou se tinham, porém com nova releitura temática.

Usou-se também, a modalidade da pesquisa descritiva, como forma "de descrever os fenômenos tal como são vistos pelo pesquisador, o que não significa que não serão interpretados, mas somente que a contribuição que se deseja dar é no sentido de promover uma análise." (MEZZAROBA; MONTEIRO, 2007, p. 116)

Ainda da mesma linha de raciocínio Mezzaroba e Monteiro (2007, p.117), diz que "a descrição é entendido como pesquisa analítica porque a análise, a desconstrução e/ou a reconstrução dos conceitos são pressupostos para reorganizar e iluminar discussões imensas sobre os mais variados assuntos."

Como todo trabalho jurídico é indispensável à separação da pesquisa bibliográfica (doutrina) da documental (jurisprudência), segundo Marconi (2001, p

57), como também, da norma jurídica, como fonte primária, pois tornou a base de todo o posicionamento legal deste trabalho, de modo que deu veracidade a tudo que foi abordado.

7 ANÁLISE DE DADOS

Diante de tudo que foi apresentado a cerca do dano moral nas relações familiares. Verifica-se, que a Constituição de 1988 veio trazer um novo contexto sobre o dano moral, como também uma nova idéia sobre a formação familiar, mesmo com os atrasos jurídicos da codificação civilista de 1916.

A partir dessa constitucionalização, o dano moral passou a ser protegido no rol dos direitos e garantias fundamentais, como direito individual e coletivo do ser humano. Como dispõe no art. 5º, V, sobre o direito a resposta a pessoa vitimada pelo pratica lesiva, resultando dano moral.

Contudo, para caracterizar uma lesão na esfera moral e assim exigir a reparação, faz necessário de bens jurídicos protegidos, que violados, sejam pelas normas jurídicas reparados. Este papel de bens jurídicos trata-se dos direitos de personalidade respaldado na CF e pelo Código Civil.

Segundo Cavalieri Filho (p. 101-102, 2005 apud. CHAMONE, 2008), a violação dos direitos de personalidade constitui dano moral, pela consideração das características inerentes a esses direitos, a inviolabilidade, da intimidade, da vida privada, da honra entre outros. Este direitos respaldado pela dignidade humana.

No entanto, torna-se impossível fazer com que os direitos violados voltem ao estado que se encontrava antes da lesão sofrida, porém entende-se achar necessário à reparação, pois a forma de indenização serviria para amenizar a dor e cessar a violação, como também, se fazer respeitar os direitos garantidos constitucionalmente.

Segundo o entendimento de Gagliano e Pamplona Filho (2007, p.76), a reposição natural é inviável na lesão aos direitos personalíssimos, pois são direitos que não tem como retorna ao estado anterior em que se encontrava. Com o advento da Constituição Federal, a família passou a ser vista, como uma instituição baseada no afeto, apagando o ranço de uma família hierarquizada, patriarcal e diminuindo a visão patrimonialista tida pelo CC/1916.

O afeto no direito de família ou o chamado princípio da afetividade – amor, carinho, afeto, consideração, respeito, lealdade, fidelidade, convivência familiar – tornou-se indispensável para a construção de um alicerce sólido na família

moderna, que segundo Dias (2005, p. 113), afirma: "O amor está para o direito de família assim como o acordo de vontades está para o direito dos contratos".

Aplicando esta idéia nas relações familiares no dano moral, coloca o princípio da afetividade como bem afetado na ocorrência do dano. Apesar de não ter legislação jurídica que regule tal princípio, é consolidada na doutrina contemporânea, a proteção do Estado a este princípio na Constituição Federal abarcado no art. 227, quando trata da obrigação solidária do Estado e da sociedade de proteger a família.

Vislumbra-se com os objetivos de pesquisa a possibilidade de reparação nos casos do adultério e abandono familiar, segundo decisões de Tribunais e uma decisão de instância de primeiro grau, respectivamente.

Com todos esses argumentos ditos, pode-se pensar inicialmente que é possível a reparação por danos morais nas relações familiares, porém não será possível colocar um valor monetário sobre a afetividade – vínculo basilar da família – construído a partir do gostar, do amar, do carinho, enfim de sentimentos que torne a convivência entre os integrantes do núcleo familiar necessária, para construção de um lar sadio.

Ainda ensina Dias (2005, p. 113), "Todas as relações que têm origem em um vínculo de afetividade se propõem eternas, estáveis, duradouras e com uma perspectiva infinita de vida em comum: até que a morte os separe."

Contudo, a vítima sofrida pelo dano causado, vai ter seu direito de resposta cessado, pois já que não se pode reparar o dano moral nas relações familiares por colocar um valor monetário no afeto. Mas observa-se que a violência por dano moral dentro da família macularia inicialmente o afeto, mas também o princípio da dignidade e os direitos de personalidade.

Segundo Dias (2005, p. 114):

Os vínculos afetivos não são singelos contratos regidos pela vontade. São relacionamentos que têm como causa de sua constituição o afeto. [...] Assim, quando o amor acaba, não há como impor responsabilidade indenizatória.

Não existe a possibilidade de valorar monetariamente o afeto, pois no momento em que o agente lesivo provoca o dano, o vínculo afetivo foi rompido. Havendo a impossibilidade de reparar por dinheiro um sentimento, ainda existem os direitos de personalidade e dignidade humana, rompidos, violados, e necessitam que sejam reparados, pois a resposta ao dano moral é um direito fundamental, e também deve continuar sendo assegurado.

Diante da balança jurídica está de um lado o princípio da afetividade e do outro os direitos de personalidade e dignidade humana. Opta-se por escolher o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos personalíssimos, pois não se constitui uma família sem pessoas, e estas por sua vez, necessitam de seus direitos imaculados para que a convivência familiar seja por eles nutrida de amor e carinho, na necessidade de construir o vínculo afetivo.

Além disso, deve-se o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, por ser basilar na família e em todo o direito, consolidando o Estado na forma democrática. Como também, a garantia do direito fundamental do homem, que é a segurança do direito de resposta aos danos sofridos, não importando se seja material ou moral (art. 5º, V, CF/88).

Portanto, se faz necessário o direito de reparação nas relações de família, não pela violação ao afeto, mas sim a violação a dignidade da pessoa humana, e dos direitos de personalidade, oriundos ao indivíduo desde seu nascimento.

8 CONCLUSÃO

Perante todo trabalho explanado, o direito vem se modificando com a evolução social, isto não se distingue na esfera jurídica familiar, ao contrário o direito de família vem desconstruindo a mentalidade que se tinha do núcleo familiar no início do século XX.

Vislumbra-se também que esta inovação jurídica foi dada graças a Constituição Federal de 1988, alçada ao topo da hierarquia das leis, como Lei Maior. Sendo observado que neste ordenamento os direitos do homem foram assegurados, passando a ser o homem sujeito de direitos e deveres, um desses direitos o resposta ao dano sofrido.

Com isso a família passou por transformações sociais e legislativas, acabando com ranço de família formada somente pelo matrimônio, e assegurando o direito a família constituída pela convivência e afeto. Como também a igualdade entre os membros da célula familiar, rompendo família hierárquica, sendo substituída pelo núcleo familiar igualitário.

Foi dentro do seio da família construída pelo vínculo afetivo, que encontra a possibilidade de ocorrência do dano moral, nos casos já explanados como adultério e abandono afetivo. Na primeira possibilidade, o adultério vinculado ao ato de infidelidade conjugal, é capaz de deixar transtornos psicológicos a vítima. De forma que o vínculo afetivo não seja mais restaurado.

Na segunda possibilidade trata-se do abandono afetivo – não acompanhamento educacional, social, comportamental e a não convivência – por parte do genitor que não está na guarda da prole. Dessa maneira, coloca-se a criança como vítima, trazendo a ela, o estado de constrangimento, de vexame, provocando a violação não só dos direitos de personalidade, como também a dignidade humana.

Nos dois casos há possibilidade de reparar o dano, como foi visto em decisões jurisprudenciais e na decisão de primeira instância, porém não pela violação ao princípio da afetividade, mas pela violação os direitos de personalidade e ao princípio da dignidade humana.

Portanto, faz-se necessário o direito, resguardar o amor dentro da família, na forma de bem jurídico. De modo que possa garantir uma estruturação familiar baseado no princípio da afetividade. E por fim, como o direito é uma ciência mutável, acompanhado aos passos evolutivos da sociedade, as decisões dos tribunais e os entendimentos dos magistrados e juristas, vão também modificar, até ao ponto que o afeto seja alçado ao bem jurídico protegido.

REFERÊNCIAS

ANGHER, Anne Joyce. **Vade Mecum: acadêmico de direito**. 8 ed. São Paulo: Rideel, 2009

BEBÉ, João Lucas Texeira. **Princípio da afetividade no direito das famílias**, 2010. Disponível em: <<http://direitoaberto.wordpress.com/2010/08/22/principio-da-afetividade-no-direito-das-familias/>> Acessado em: 19 nov. 2010

CHAMONE, Marcelo Azevedo. **O dano moral na responsabilidade civil**. Jus Navegandi, Teresina, 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11365/o-dano-na-responsabilidade-civil/1>> Acessado em: 20 nov. 2010.

COSTA, Walkyria Carvalho Nunes. **Abandono afetivo parental. A traição do dever do apoio moral**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2017, 8 jan. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12159>>. Acesso em: 30 nov. 2010.

CRISPINO, Isabela. **Dever de indenizar por abandono afetivo**. Juspedia, 29 fev. 2008. Disponível em: <<http://www.iuspedia.com.br>> Acessado em: 19 nov. 2010

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro 1: teoria geral do direito civil**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2008 (p. 123 a 128)

_____. **Curso de direito civil brasileiro 5: direito de família**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2008 (p. 130 e 131)

_____. **Curso de direito civil brasileiro 7: responsabilidade civil**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2008 (p. 241 a 249)

DONEDA, Danilo. **Os direitos da personalidade no código civil**, 2005. Disponível em: <<http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista06/Docente/03.pdf>> Acessado em: 20 nov 2010.

- GABRIEL, Sergio. **Dano moral e indenização**. Jus Navegandi, Teresina, 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2821/dano-moral-e-indenizacao>> Acessado em: 19 nov. 2010.
- GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil v. 3: responsabilidade civil**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2008
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro v. 4: responsabilidade civil**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Danos morais e direitos da personalidade**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 119, 31 out. 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4445>>. Acesso em: 19 nov. 2010.
- MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia científica: para o curso de direito**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2001
- MEZZAROBA, Orides. MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia de pesquisa no direito**. 3 ed São Paulo: Saraiva, 2007
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. aut. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Instituições do direito civil vol.1**. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008
- PRETEL, Mariana Pretel e. **Da caracterização dos danos morais no caso de verificação de relacionamento extraconjugal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2175, 15 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12979>>. Acesso em: 19 nov. 2010.
- SOUSA, Andreaze Bonifacio de. **O princípio da afetividade no direito brasileiro: quando o abandono afetivo produz dano moral**. Âmbito Jurídico, Rio Grande, 52, 30 abr. 2008. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2656>. Acesso em: 19 nov. 2010.
- TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do Direito de Família brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1069, 5 jun. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8468>>. Acesso em: 30 nov. 2010.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

