

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
COGEAE

CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM
DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES

DANO MORAL NO DIREITO DE FAMÍLIA

WILSON FERNANDES

São Paulo – SP
2014

WILSON FERNANDES

DANO MORAL NO DIREITO DE FAMÍLIA

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito de Família e Sucessões, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - COGEAE, sob a orientação da Professora Maria Lígia Coelho Mathias

São Paulo - SP
2014

Em que pese a singeleza desta obra,
dedico-a à Professora Maria Lígia
Coelho Mathias, pelo incentivo e
orientação

SUMÁRIO

Introdução

Dano - definição

Dano moral e dano material. Distinção.

Lucros cessantes. Dano emergente

Formas e parâmetros de reparação

Fundamento jurídico da reparação do dano moral

Hipóteses de cabimento do direito a reparação do dano moral no Direito de Família

Fim de noivado e namoro

Abandono afetivo

Alienação parental

Violação de segredo – direito à intimidade

Divórcio/separação judicial

Adultério

Terceiro cúmplice

A internet como veículo de dano

Estupro

Outros fatos causadores de dano moral

Lesão corporal

Contágio por doença sexualmente transmissível

Sevícias/Injúria

Homicídio tentado ou consumado

Investigação de paternidade

Denúncia caluniosa

Deserção

Legitimidade passiva. Transmissibilidade do direito à reparação

Conclusão

INTRODUÇÃO

Nenhuma obra jurídica que se pretende completa atinge seu objetivo. Se se pretende realizar a obra completa, esgotar definitivamente o tema, não se realiza obra alguma. Com esta não é diferente.

O que se objetiva com este trabalho é mostrar a aplicabilidade plena e virtualmente irrestrita do instituto do dano moral no âmbito do Direito de Família. Num primeiro momento, o que se buscará é identificar o que seja o dano, com suas subdivisões, e demonstrar que o dano moral, especificamente, tem ou pode ter aplicação muito ampla no âmbito das relações familiares e, uma vez identificado o dano, chamar a atenção para o fato de ele pode e deve, quando for o caso, ser objeto de reparação.

As relações familiares são um ambiente propício a aborrecimentos. Aí é que os desentendimentos mais se fazem presentes no cotidiano da vida das pessoas. Nessas relações é muito frequente que uma palavra mais ríspida provoque um mal-estar considerável ou um desconforto muito grande. É claro que esse aborrecimento poderá, em circunstâncias muito específicas, vir a ser passível de reparação, mas no seio da família ocorre um efeito muito diverso daquele que se verifica em relações de outra natureza. Nesse ambiente, uma palavra menos delicada, uma resposta mal dada ou uma discussão acalorada podem provocar um aborrecimento considerável, mas nesse meio específico verifica-se outro efeito, ou mais precisamente, uma outra característica: a recuperação do mal-estar gerado é muito mais simples e muito mais rápida. É comum os pais se mostrarem aborrecidos com determinada atitude do filho e depois, num momento seguinte, isso já não ter importância maior ou mesmo nenhum significado. E vice-versa: o filho ficar muito sensibilizado ou triste com uma repreensão mais contundente dos pais, sendo que no momento seguinte isso também já terá perdido completamente a importância.

Não é incomum que o filho com mal aproveitamento na escola ou que chegue tarde em casa receba uma reprimenda que às vezes pode ser muito incisiva, deixando-o extremamente aborrecido. Trata-se de um mal indenizável? Não; na manhã seguinte certamente estará tudo bem, como se nada tivesse ocorrido.

No ambiente familiar, muito mais que nas outras relações sociais, é extremamente importante, então, em questão de dano moral, separar muito bem o que seja mero aborrecimento da vida cotidiana daquilo que constitui um dano moral efetivo, aquele que verdadeiramente fere a alma do sujeito passivo desse ato e que, por isso mesmo, seja passível de reparação. Veja-se que os crimes contra a honra podem, ao menos em tese, sujeitar os seus autores à indenização. É claro que tais crimes podem ser cometidos no seio da família, mas não são

típicos desse ambiente; aqui são diversos o enfoque e a abordagem. A repressão contundente e a crítica excessiva podem, num ambiente corporativo, tipificar tanto o crime de injúria quanto o dano moral. Já no ambiente doméstico, tal comportamento não se reveste da mesma gravidade. É intuitiva a diferença entre o fato de se qualificar publicamente um empregado como desleixado, displicente, inútil ou vagabundo, ou fazer essas mesmas críticas a um filho que não arruma o próprio quarto, que não se cuida adequadamente ou que seja negligente nos estudos. Nesta hipótese não se terá, em princípio, nem o crime e nem o dano moral.

Portanto, como se disse, para efeito de simples monografia destinada a cumprir exigência do curso de especialização em Direito de Família e Sucessões, o que se pretende neste momento é demonstrar aplicabilidade das regras relativas ao dano moral e sua ressarcibilidade no âmbito do Direito de Família.

Serão elencadas situações e conflitos que constituem potenciais geradores de dano, identificando, tanto quanto possível, características e circunstâncias que justifiquem a imposição de sanção correspondente ao prejuízo imaterial constatado.

Num segundo momento, o estudo merecerá uma complementação, uma continuação ou um trabalho paralelo, analisando questão correlata igualmente importante, qual seja a quantificação do dano, isto é a tarifação do prejuízo. Tarefa muito difícil, por certo. Mas viável. A meu ver, é possível estabelecer parâmetros para esse ressarcimento, adotando princípios e fixando regras que, considerando as peculiaridades de cada caso concreto, forneçam ao Juiz elementos de convicção que, nada obstante subjetivos, permitam-lhe arbitrar de maneira adequada a indenização que melhor atenda à finalidade da punição.

Mas este é um trabalho para outra ocasião.

O Dano – Definição e espécies

É de conhecimento geral a expressão "dano". Em sentido vulgar, sofrer um dano significa nada mais que experimentar um prejuízo ou uma alteração negativa no patrimônio ou em determinada situação de fato.

Para o jurista, surge o interesse quando o dano passa a resultar da ação ou omissão de alguém que, devendo comportar-se de determinada maneira, deixa de fazê-lo e, assim procedendo, vem a causar prejuízo a outrem. Prejuízo que poderá atingir tanto o patrimônio material quanto imaterial.

Determinados fatos da natureza (terremotos, tempestades, enchentes, seca, raios) podem provocar (e geralmente provocam) danos de elevada monta, sem que alguém possa, em princípio, ser responsabilizado por eles.

Não é essa modalidade de dano que interessa ao estudo dos juristas (ressalvando, é claro, o caso do profissional especializado dedicado ao direito securitário). O fato da natureza, que cause sinistro indenizável por empresas seguradoras, não constitui objeto deste estudo. Para nós interessa, neste momento, o comportamento humano que atinja indevidamente a esfera de interesse de outrem.

Para Adriano de Cupis, *el daño em sentido juridico no puede derivar más que de hecho del hombre*.¹ Sustenta o autor que o direito elege os danos aos quais quer atribuir sentido jurídico, e chama a atenção para o fato de que a antijuridicidade é expressão da prevalência concedida pelo direito a um interesse oposto. Registra o jurista, ainda, a curiosa circunstância de que o dano antijurídico integra uma espécie particularmente complexa de dano em sentido jurídico. Precisa a observação, embora aparentemente contraditória à primeira vista.

A conceituação de dano traz implícita a ideia de lesão, seja sobre um patrimônio material, seja sobre um patrimônio moral. Para gerar interesse jurídico, é necessário que a lesão ou prejuízo afete um bem jurídico, um interesse de alguém. Explica-se: a destruição de uma casa abandonada evidentemente representa um dano, mas será irrelevante para o direito, porquanto inexistente um interessado na manutenção da integridade daquela coisa ou, dizendo de outro modo, inexistente um bem jurídico a ser protegido.

Em outras palavras, para se cogitar de dano em sentido jurídico há necessidade de que, a par do aspecto concreto (destruição, deterioração ou desaparecimento da coisa), concorra um aspecto subjetivo, ou seja, que se identifique um autor do ato ou fato causador do dano, e alguém cujo interesse seja prejudicado por esse ato ou fato.

¹ El Daño, p. 83

A "coisa" aqui mencionada pode tratar-se de um bem material (patrimonial) ou imaterial (não-patrimonial), mas sempre deverá atingir um interesse jurídico de alguém, sem o que não há falar-se em responsabilidade civil, entendida como tal a obrigação de reparar o dano.

Relevante observar que somente o interesse protegido pela ordem jurídica é que, uma vez violado, ensejará reparação. Assim, se determinado traficante de drogas vier a ter a sua área de atuação invadida por outro, certamente sofrerá um prejuízo e verá seu interesse ser prejudicado. Entretanto, o ressarcimento de tal prejuízo não poderá, por óbvio, ser legalmente exigido, porquanto apenas a lesão que o direito objetiva evitar é que merece legítima reparação. Em outras palavras, apenas o dano que contrarie a lei, ou seja, o dano antijurídico, é que enseja reparação. A esse respeito, lembra Américo Luís Martins da Silva que *o direito não repara qualquer padecimento, dor ou aflição, mas aqueles que forem decorrentes da provação de um bem jurídico sobre o qual a vítima teria interesse reconhecido juridicamente.*² Assim, o assassinato de um artista ou político que admiramos poderia nos trazer muita dor ou tristeza, sem que resultasse daí uma obrigação de nos indenizar, posto que tal sofrimento, no caso concreto, é juridicamente irrelevante. O atropelamento de um vizinho ou de um amigo querido pode nos abalar de maneira profunda, mas nenhum direito emergirá daí, porquanto não somos vítimas no exato sentido da expressão e, portanto, não temos, segundo a lição do autor mencionado, “interesse reconhecido juridicamente”.

Utilizando o mesmo exemplo, diversa seria a hipótese se com o artista, o político ou o vizinho mantivéssemos laços estreitos de parentesco, caso em que a dor provocada geraria, em tese, direito a reparação.

Para Nehemias Domingos de Melo

*O dano moral é toda agressão injusta aos bens imateriais, tanto de pessoa física quanto de pessoa jurídica, assim como da coletividade, insuscetível de quantificação pecuniária, porém indenizável com tríplice finalidade: satisfativo para a vítima, dissuasório para o ofensor e de exemplaridade para a sociedade.*³

Relevante, nessa definição, a referência expressa à pessoa jurídica como vítima potencial do dano moral. Muito se discutiu na doutrina e na jurisprudência acerca da viabilidade de se ressarcir dano imaterial sofrido por pessoa jurídica. Em 1999 o Superior Tribunal de Justiça sepultou de vez a polêmica, editando a súmula nº 227, afirmando, de maneira clara e indiscutível que *“A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”*. Na esteira desse entendimento, veio o Código Civil vigente estabelecer que *“Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade”*.

É claro que são essencialmente diversas as maneiras pelas quais se atinge o patrimônio imaterial da empresa. Esta não pode, por óbvio, sofrer um dano

² Dano Moral e sua Reparação Civil, p. 39

³ Dano Moral – Problemática do Cabimento à Fixação do Quantum, p. 8

moral subjetivo, porquanto apenas o ser humano pode experimentar o sentimento de dor (inclusive física), humilhação, tristeza, angústia, decepção. Não se há negar, todavia, que a pessoa jurídica também é detentora de reputação no meio em que atua. Dessa maneira, o ataque à imagem, credibilidade, seriedade, solidez ou prestígio de determinada empresa pode trazer grande prejuízo ao prestígio de que goze no meio social. Prestígio esse que, dependendo do ramo de atuação, constitui o maior patrimônio da pessoa jurídica. Tal prejuízo, por certo, configura um dano moral objetivo, que merecerá reparação.

A esse respeito, a lúcida lição de De Cupis, para quem

*una sociedad mercantil, una institución de beneficencia, etcétera, pueden alcanzar un daño no patrimonial, valga decir, a título de ejemplo, con una campaña difamatoria, por la violación del secreto de correspondencia.*⁴

A título de exemplificação da reparabilidade do dano moral de pessoa jurídica trago à colação recentíssimo julgado do Tribunal de Justiça do Paraná, que, em ação declaratória de inexistência de débito cumulada com indenização por dano moral, condenou instituição financeira que promovera cobrança ilícita de tarifa bancária e a inscrição da empresa autora em cadastro de inadimplentes. Entendeu aquele tribunal, ademais, que o dano moral, no caso, configura-se *in re ipsa*.⁵

De Cupis classifica como patrimonial

*qualquer bem, exterior ao sujeito, que possa ser classificado como uma riqueza material, idôneo para satisfazer uma necessidade econômica, passível de valoração geralmente em dinheiro", acrescentando que "somente poderá ser considerado bem patrimonial aquele que reúna esses caracteres de exterioridade, valorabilidade pecuniária e que responda a uma necessidade econômica.*⁶

Para o mesmo autor, *dano não patrimonial é todo dano privado que não pode compreender-se no dano patrimonial, por ter como objeto um interesse não patrimonial, ou seja, que guarda relação com um bem não patrimonial.*⁷

Américo Luís Martins da Silva, com fundamento nas lições de Alfredo Minozzi, lembra que *a distinção entre dano moral e dano material, ao contrário do que parece, não decorre da natureza do direito, bem ou interesse lesado, mas do efeito da lesão, do caráter da sua repercussão sobre o lesado.*⁸ Idêntico é o entendimento de Maria Helena Diniz, para quem os efeitos da lesão jurídica é que irão determinar o caráter material ou moral do dano.⁹ Assim é que poderá se verificar a ocorrência

⁴ El Daño, p. 124

⁵ TJPR – AC 1185589-3 – 13ª C.Cív. - Rel. Cláudio de Andrade – DJ 19/09/2014

⁶ *ibid.*, p. 121-122

⁷ *ibid.*, p.122

⁸ Dano Moral e sua Reparação Civil, p. 39

⁹ cf. A responsabilidade civil por dano moral. Revista Literária de Direito, Jan.-Fev/1996, Ano II, n. 9, p. 8

de dano patrimonial como efeito da lesão a um bem não patrimonial, da mesma maneira como se poderá constatar um dano moral na lesão de um bem material.

Todos acompanhamos, há alguns anos, ampla cobertura dos meios de comunicação acerca de questão relativa à acusação de pedofilia contra os proprietários de determinada escola de educação infantil. Soube-se, posteriormente, que tal acusação fora absolutamente infundada, concluindo-se pela incontestável inocência das pessoas injustamente acusadas. Não há dúvida de que acusação dessa natureza atinge profundamente a moral das pessoas acusadas. No caso concreto, a par da depredação total e completa da escola envolvida, seus proprietários, em razão da falsa acusação de terem molestado crianças, jamais puderam retornar à antiga atividade, posto que a divulgação irresponsável de fatos sem comprovação retirou-lhes a credibilidade para voltarem a se dedicar à educação infantil. Como se vê no caso concreto, a lesão a um bem imaterial (honra, respeitabilidade) trouxe prejuízo material, consistente na impossibilidade de continuar a exercer uma determinada atividade econômica. É certo que em razão episódio aqui noticiado um dos veículos de comunicação que difundira indevidamente a falsa notícia veio a ser condenado a indenizar o dano moral que provocara. Tal indenização, todavia, a par de tardia, ressarcia apenas o dano imaterial causado, e, ainda assim, em quantia ínfima, sem, contudo, viabilizar o retorno das pessoas envolvidas ao trabalho que lhes provia o sustento.

Situação inversa ocorreria na destruição definitiva e irrecuperável de um álbum de casamento ou de uma foto antiga de pessoa querida. Irrelevante, no caso, o valor econômico do bem destruído, mas indiscutível a tristeza decorrente da impossibilidade de recuperar as imagens perdidas. Trata-se de um caso típico de dano imaterial resultante da lesão a um bem material.

Lucro Cessante e Dano Emergente

O dano material pode manifestar-se de maneira real, positiva, caracterizando o que a doutrina denomina de *dano emergente* ou *positivo*, ou estar representado pela perda ou frustração da possibilidade de ganho, hipótese em que se terá aquilo a que se convencionou chamar de *lucro cessante* ou dano *negativo*. O dano emergente corresponde a um prejuízo imediato, como na destruição de determinado objeto por força da conduta culposa de alguém. Tal ocorrerá, por exemplo, na destruição de um vestido valioso, resultante de descuido da lavanderia no cuidado com a peça. Lucro cessante se pode encontrar na impossibilidade de um empregado continuar a exercer a atividade, em razão de acidente de trabalho que o incapacite para as funções que desempenhava.

O ressarcimento de tais danos encontra fundamento no art. 402 do Código Civil (*Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de*

lucrar). A perda efetiva mencionada no dispositivo legal nada mais é do que o dano emergente, enquanto que lucro cessante estará representado por aquilo que o credor ou vítima do dano “razoavelmente deixou de lucrar”. O dano emergente é mensurável, quantificável de imediato; já o lucro cessante, por representar uma frustração de ganho futuro, estima-se em razão da probabilidade objetiva.

Exatamente em razão dessas características, que distinguem a extensão das duas espécies de prejuízo, o que se tem, na hipótese, é uma subdivisão do dano em dano real e dano virtual. Ambos, finalmente, resumem-se no que se convencionou chamar de “perdas e danos”. Curiosa, aliás, essa expressão, já que difícil pensar-se em perda sem dano ou em dano sem perda, ao menos no sentido jurídico dos vocábulos.

Relevante observar que a subdivisão ora mencionada não se aplica apenas aos danos materiais ou patrimoniais. Perfeitamente possível imaginar-se a hipótese de um acidente que, a par de provocar, como dano emergente, uma lesão deformante (dano estético), ao mesmo tempo retire da pessoa acidentada a possibilidade de ganho com sua atividade regular (lucro cessante). Seria o caso, por exemplo, de uma modelo famosa em cuja aparência física reside, precisamente, o seu potencial de ganho.

Não se perca de vista que, conforme já se disse acima, apenas o dano antijurídico enseja reparação. Ou, dizendo de outro modo, para que sejam devidos lucros cessantes, é preciso que tais lucros sejam lícitos. Necessário, ademais, que o dano seja resultante do ato antijurídico praticado por terceiro, isto é, para que se possa cogitar de responsabilidade civil é necessário o nexo de causalidade entre o evento danoso e a ação ou omissão de que ele seja resultante.

Nesse sentido ensina De Cupis, para quem *El concepto jurídico del daño no puede considerarse totalmente explicado si no se completa com la exposición de la culpa*. Prosseguindo, esclarece o autor que *Para que el daño produzca reacción jurídica, se requiere que además de venir calificado por la causa (hecho humano), por su objeto (interés humano) y por una determinada relación com la norma jurídica, se considere también em conexión com la culpa*.¹⁰

Casos haverá, entretanto, em que se poderá cogitar de direito à reparação sem que se tenha a presença de culpa do agente causador do dano. Não há dúvida de que somente o dano que apresente nexo de causalidade com o ato de terceiro é que poderá, em tese, ser objeto de indenização. A culpa ou dolo do agente, entretanto, não integram necessariamente o conceito de dano indenizável.

Sérgio Iglesias adverte que

A lei, entretanto, impõe a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano cometido sem culpa. Ora, quanto isto ocorre, diz-se que a responsabilidade é objetiva ou legal, porque prescinde da ideia de culpa e se satisfaz suficientemente com o dano e o nexo de causalidade. Esta teoria,

¹⁰ El Daño, p. 183

*também denominada de teoria do risco da atividade, (...) tem como postulado que o dano é indenizável e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa.*¹¹

Conclui o autor que *nem sempre o dolo ou a fraude são pressupostos da responsabilidade civil*”, aduzindo que *“não é só a teoria subjetiva que sustenta a reparação por danos à personalidade, mas também a teoria objetiva, que melhor completa a responsabilidade civil desta natureza.*¹²

No mesmo sentido, escreve Américo Luís Martins da Silva que

Admite-se, em princípio, que um dos pressupostos do dever de indenizar venha a ser a culpa do responsável pelo dano, seja em grau leve ou levíssimo, se bem que, como vimos, o dever de reparar não está circunscrito ao conceito de culpa, ou de procedimento contrário à lei ...

Acrescenta o autor que

*Por isso é que se diz que o dever de indenizar não se restringe à configuração do ilícito civil, porque o dano causado a alguém pode ser reparado por determinação legal, sem que a pessoa obrigada a repará-lo tenha cometido, em sentido estrito, ato ilícito.*¹³

Fábio Alexandre Coelho, nessa mesma linha de raciocínio, escreve que

*A princípio, para que seja reconhecida a responsabilidade por dano moral será preciso que seja demonstrada a culpa do suposto autor do ato ou fato lesivo. Com efeito, somente será afastada a necessidade de demonstração da culpa em se tratando de responsabilidade objetiva.*¹⁴

Dispõe o art. 187 do Código Civil que

Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Daí se infere que a responsabilidade civil pode prescindir do elemento culpa.

Carolina Hietzge Basto Silva e Eduardo Pimentel do Rosário, ao tratarem da “Evolução da Teoria do Abuso de Direito”, lembram que

... a teoria objetiva não se ocupa das intenções do agente, tornando-se, portanto, imprescindível (sic!) o elemento subjetivo. Desta forma, basta a constatação do elemento objetivo, representado pela antijuridicidade, suficiente para a

¹¹ Responsabilidade Civil por Danos à Personalidade, p. 32

¹² *Ibid*, p. 34

¹³ Dano Moral e sua Reparação Civil, p. 21

¹⁴ Reparação do Dano Moral, p. 23

*configuração do considerado ato abusivo, determinante da figura do abuso de direito.*¹⁵

Prosseguindo, argumentam que

*Seguindo esta linha de raciocínio, ocorre a supressão da culpabilidade pela conduta praticada, sendo substituída pela evidenciação da antijuridicidade da conduta praticada, à medida que esta por extrapolar os princípios norteadores do Direito Civil e, conseqüentemente, vierem a lesar algum direito individual constitucionalmente assegurado, caracterizam a conduta praticada como abusiva.*¹⁶

Concluem os autores que

*Desta feita, tem-se o deslocamento do elemento subjetivo ‘culpa’ do campo da imputabilidade para o âmbito da antijuridicidade, tornando-se prescindível quanto da configuração de ato considerado abusivo*¹⁷

Ponderam, todavia, que

*É consenso entre os doutrinadores que a responsabilidade civil aplicável ao direito de família é a responsabilidade civil subjetiva, logo é requisito a presença da culpa, visto serem os pressupostos pertencentes a esta modalidade, o ato ilícito, a culpa, o dano e o nexo causal.*¹⁸

Não é diversa a lição de Anderson Schreiber, para quem

*... a conclusão mais razoável parece ser a de que a cláusula geral de responsabilidade objetiva dirige-se simplesmente às atividades perigosas, ou seja, às atividades que apresentam grau de risco elevado seja porque se centram sobre bens intrinsecamente danosos (como material radioativo, explosivos, armas de fogo etc.), seja porque empregam métodos de alto potencial lesivo (como o controle de recursos hídricos, manipulação de energia nuclear etc.)*¹⁹

Em interessante estudo, entretanto, procura o autor demonstrar “a erosão da culpa como filtro de reparação”, concluindo que

A perda desta força de contenção da culpa resulta no aumento do fluxo de ações de indenização a exigir provimento jurisdicional favorável. Corrói-se o primeiro dos filtros tradicionais de responsabilidade civil, sendo natural que as atenções se voltem – como, efetivamente, têm-se voltado – para o segundo

¹⁵ Responsabilidade Civil da Família, p. 89

¹⁶ Carolina Hietzge BASTO SILVA e Eduardo Pimentel do ROSÁRIO, Responsabilidade Civil da Família, p. 91

¹⁷ *ibidem*, p. 91

¹⁸ *ibidem*, p. 86

¹⁹ Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil, p. 25

obstáculo à reparação, qual seja, a demonstração do nexo de causalidade. Também aí, entretanto, verifica-se uma relativa perda do papel de filtragem do ressarcimento dos danos, por força de um fenômeno que pode ser genericamente designado como “flexibilização do nexo causal”²⁰

De todo modo, quer se trate de culpa sob o aspecto subjetivo, quer se cuide de responsabilidade objetiva, o que não se compreende, como já mencionado linhas antes, é a responsabilização civil sem a existência de dano, quer se trate de ofensa ao patrimônio material, quer ao patrimônio imaterial (ou moral).

Formas e Parâmetros de Reparação

Questão tormentosa para o estudioso da responsabilidade civil reside no estabelecimento ou na fixação de regras para recomposição do bem objeto da lesão.

Quando se tratar de ofensa a um bem material, ou seja, quando se tratar de um dano patrimonial, a recomposição não oferece maiores dificuldades; dá-se pela compensação da diminuição do patrimônio indevidamente reduzido e na exata medida dessa redução. Em outras palavras, calcula-se o prejuízo causado e se responsabiliza o causador do dano. Com a reparação pecuniária, aquele que sofreu o dano material pode criar uma situação posterior equivalente àquela de que desfrutava anteriormente, ou adquirir ou reparar a coisa objeto do dano e que haja sido subtraída, destruída ou deteriorada. Claro é que o cálculo desse prejuízo dependerá de algumas regras específicas, podendo demandar o concurso de técnicos ou peritos especializados, que possam vir em auxílio do juiz a quem eventualmente seja apresentada demanda a ser decidida.

Diversa é a situação da ofensa a um bem imaterial. Não se pode calcular o valor do mal causado à honra de alguém, não se pode tarifar a dor sofrida por uma vítima de injusta agressão moral, não é possível quantificar monetariamente um sentimento de humilhação ou angústia, uma violação da intimidade. Significa isto dizer que, ao contrário do dano material, o dano moral não é eliminado, nada obstante a indenização estabelecida. Eventual valor a ser exigido como sanção do ato ilícito apenas atenua a dor ou o sofrimento do agente passivo do dano, a par de exercer um aspecto pedagógico, no sentido de desestimular a reiteração da prática lesiva e ao mesmo tempo servir de exemplo para a sociedade.

O valor pecuniário estabelecido para compensar ou ressarcir o dano imaterial jamais reporá a vítima no estado em que se encontrava no momento anterior à lesão. Nenhum valor eliminará a dor sentida, a honra ultrajada, a intimidade violada, a angústia experimentada. Assim, o valor entregue ao lesado não tem o exato sentido de ressarcimento, mas de verdadeira

²⁰ Anderson SCHREIBER, *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*, p. 51

compensação, exatamente pela impossibilidade de ressarcir ou de se restabelecer as coisas ao estado em que se encontravam anteriormente à violação do direito. Importante essa distinção porque, não obstante se utilize genericamente a expressão “indenização do dano moral”, o que há é uma compensação e não indenização propriamente dita, porquanto indenizar significa eliminar um prejuízo, o que não é possível em se tratando de dano imaterial. Yussef S. Cahali argumenta que *quando a vítima reclama a reparação pecuniária do dano moral, não pede um preço para a sua dor, mas apenas que se lhe outorgue um meio de atenuar em parte as consequências da lesão jurídica.* ²¹

A reparação do dano não patrimonial oferece dificuldade maior porque inexistem critérios objetivos para fixação do *quantum* a ser entregue à vítima do ato que veio a provocar a lesão de direito. Todavia, a dificuldade na identificação e quantificação do dano não é razão para deixá-lo sem reparação. A lei não contém parâmetros apriorísticos para o estabelecimento desse valor. Assim, caberá ao juiz, à falta de preceito legal disponível, estimar, no caso concreto, o que considera razoável. Aí, precisamente, reside a dificuldade, já que o próprio conceito de razoabilidade contém alta carga de subjetividade. De todo modo, certamente serão consideradas, na fixação do *quantum* indenizatório, a extensão do dano e a proporção entre este e a gravidade da culpa, exatamente nos termos do que prevê o art. 944 do Código Civil.

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

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

Não serão desconsideradas, por outro lado as condições pessoais do agente do dano e as da vítima deste. Veja-se que serão completamente diversos os efeitos de uma cicatriz no rosto de uma modelo fotográfica ou de um operário da construção civil, nada obstante ambos sejam merecedores do mesmo respeito à integridade física. A igualdade jurídica entre os sexos não afasta as desigualdades naturais existentes entre eles. É intuitiva a diferença e a importância da beleza física para um e outro sexo, diferença esta que necessariamente será considerada em eventual fixação de ressarcimento por dano estético.

A par das condições da vítima do dano, a reparação deste também deverá ter em conta as condições pessoais do agente responsável. Certo é que a indenização não pode representar fonte de enriquecimento para quem sofreu a lesão. Não se pode ignorar, entretanto, que as posses do ofensor devem ser levadas em conta no momento da fixação do valor do ressarcimento, sob pena de restar inócua a indenização estabelecida.

De todo modo, o que se pode concluir é que no caso do dano moral, em que não se pode restituir as partes *in statu quo ante*, o prudente arbítrio do juiz é que determinará o *quantum* indenizatório adequado, atendendo o tríplice

²¹ Dano Moral, p. 24

fundamento da pena: punição do agente, compensação para a vítima e exemplo para a sociedade.

Fundamento Jurídico da indenização do dano

Antes da Constituição de 1988, a matéria relativa à indenização do dano moral ensejou muitas discussões na jurisprudência. Em que pese inexistisse na doutrina predominante dúvida acerca da reparabilidade dessa modalidade de dano, a jurisprudência constituía um entrave à sua implementação, nada obstante já se ouvissem no Judiciário muitas vezes invocando a necessidade de que fossem revistos conceitos arcaicos que já não atendiam os reclamos da sociedade.

É certo que um ou outro julgado, isoladamente, reconhecia ser indenizável o dano moral, tanto quanto o patrimonial. Yussef S. Cahali noticia a existência de decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, datada de quase quarenta anos, reconhecendo que *“o dano moral é indenizável, tanto quanto o dano patrimonial”*.²² Não era essa, entretanto, a orientação predominante na jurisprudência, nada obstante a doutrina, de há muito, sustentasse inexistirem óbices à ressarcibilidade do dano exclusivamente moral.

Deixando de lado, para o objeto desta monografia, a origem e os aspectos históricos, as discussões doutrinárias e a posição da jurisprudência, a respeito da reparabilidade do dano moral anteriormente à Constituição de 1988, vamos verificar que é a partir desta, de maneira objetiva e indiscutível, foi incluída no nosso sistema jurídico essa proteção (art. 5º, V e X).

A partir da promulgação da CF/88, que pôs fim a essas discussões doutrinárias e à relutância do Judiciário, outros diplomas legais passaram, em casos específicos, a tratar do tema. Assim é que se tem o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90), prevendo, de maneira expressa, a *“prevenção ou reparação de direitos patrimoniais e morais”* do consumidor, bem como o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90), assegurando o direito do menor ao respeito, assim compreendida *a inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral e abrangendo a preservação da imagem e da identidade da criança e do adolescente (art. 17)*. Disposição muito semelhante encontra-se no Estatuto do Idoso (Lei 10741/2003), garantindo aos seus destinatários o direito ao respeito, que, segundo o art. 10, §2º, *consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, de valores, idéias e crenças, dos espaços e dos objetos pessoais*. Nesse mesmo sentido e no mesmo contexto, o Código Civil de 2002 incorporou de maneira expressa – embora não fosse necessário fazê-lo – a reparabilidade do dano, *ainda que exclusivamente moral*. (art. 186).

²² Dano Moral, p. 18

Dessa maneira, é com o advento da CF/88 que, de maneira categórica, afastou-se qualquer dúvida que pudesse remanescer acerca do assunto e se proclamou a plena reparabilidade do dano moral.

Cahali pondera ser necessário

... considerar que a CF 88 apenas elevou à condição de garantia dos direitos individuais a reparabilidade dos danos morais, pois esta já estava latente na sistemática legal anterior; não sendo aceitável, assim, pretender-se que a reparação dos danos dessa natureza somente seria devida se verificados posteriormente à referida Constituição.²³

Importante ressaltar que mesmo antes da promulgação da CF/88, quando isoladamente se entendia ser devida a reparação do dano moral, a posição majoritária era no sentido de sua inacumulabilidade com a indenização de direito material, quando resultantes do mesmo evento. No centro dessa polêmica, o Superior Tribunal de Justiça, a quem, em tese, cabe decidir em caráter definitivo a matéria, sepultou de vez a discussão, editando a súmula 37, reconhecendo de maneira expressa, agora com respaldo na regra constitucional, que *são acumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.*

Necessário chamar a atenção para o fato de que é virtualmente impossível discriminar todas as situações em que possa ocorrer o dano moral indenizável. A explosão da demanda reprimida, após a promulgação da Carta em vigor, fez com que a imaginação ilimitada das pessoas “criasse” um número também ilimitado de situações em se poderia visualizar a ocorrência de danos ressarcíveis. A vastidão das hipóteses em que as manifestações humanas podem gerar o dano, a par de viabilizarem uma certa banalização do instituto, impedem a elaboração de rol taxativo de comportamentos. O que se pode – e constitui a finalidade deste trabalho – é identificar aqueles que, no âmbito do Direito de Família, mereçam análise mais detalhada, por sua importância e reiteração. É o que procuraremos fazer a seguir, reiterando a impossibilidade de estabelecimento de uma lista fechada de comportamentos e circunstâncias que possam gerar ou configurar o dano indenizável.

Fim de namoro e de noivado

Tempos atrás, o rompimento de um noivado ou namoro de longa duração, especialmente em comunidades menores e tradicionais, trazia consequências graves, sobretudo para a mulher, eis que para uma sociedade predominantemente machista, à noiva ou namorada abandonada nessas circunstâncias não faltavam dificuldades para obter um novo pretendente.

²³ Dano Moral, p. 45

Não se olvide que até relativamente pouco tempo atrás, a mulher separada era vista e recebida com certas e muitas reservas no meio social. Felizmente, os tempos mudaram e a sociedade evoluiu, de maneira que nos tempos atuais, sobretudo entre os mais jovens, é absolutamente irrelevante o fato de a moça apresentar uma coleção mais ou menos extensa de parceiros, quer se trate de namoros prolongados ou de relacionamentos fugazes. Nessas condições, o término de um relacionamento, em que pese possa provocar sofrimento e sensação de frustração, é totalmente irrelevante para o direito. À eventual tristeza, desilusão, dor íntima experimentada por um dos parceiros sobrepõe-se a liberdade do outro, de não se vincular a uma relação que não se justifica, a não ser quando presentes o amor e o afeto. Eventual insucesso de um relacionamento afetivo faz parte do cotidiano das pessoas e o simples fato de uma relação ser desfeita, ainda que sem qualquer justificativa, não pode servir de fundamento a ressarcimento pecuniário.

Pondera Conrado Paulino da Rosa que

Na ponderação de interesses, a integridade psíquica da noiva, supondo-se essa a pessoa abandonada, deve ceder diante do princípio da liberdade do noivo, o qual, neste caso, mais se aproxima do princípio da dignidade humana, como cláusula de tutela dos direitos fundamentais da pessoa humana.²⁴

Obviamente, no caso concreto poderá nascer o dever de reparação, dependendo das circunstâncias em que se dê o término do relacionamento afetivo. O clássico exemplo da noiva abandonada no altar não constitui simples aborrecimento do cotidiano; ao contrário, provoca um sentimento de frustração e de dor que ultrapassa os limites do razoável, podendo ensejar o direito à indenização. Assim se compreende porque, a se considerar que o rompimento do noivado constitui exercício regular de direito, tal rompimento, nessas circunstâncias, configuraria evidente abuso de direito. Adriano De Cupis chama a atenção para o fato de que a expressão “exercício abusivo de direito” nada mais é que uma forma de ilícito.²⁵

Em resumo, não se nega o direito de o nubente arrepender-se; o que gera o dever de indenizar é o exercício desse direito de maneira a expor o parceiro a ridículo e constrangimento exacerbado no seu meio social.

É claro que não existe para os noivos a figura do direito adquirido ao casamento; entretanto, é justa a expectativa de que o casamento venha a se realizar quando os parceiros praticaram atos que induzem clara e presumivelmente à celebração do vínculo (compra de móveis, publicação de proclamas, distribuição de convites, por exemplo). Nesta hipótese, o parceiro abandonado injustamente terá direito a ver indenizadas não só as despesas materiais como o dano de natureza moral.

²⁴ Dano Moral & Direito das Famílias, p. 56

²⁵ cf. El Daño, p. 104

Resumindo: o noivado não tem e não gera o sentido de obrigatoriedade ao casamento. Entretanto, o seu rompimento imotivado, de maneira unilateral, pode gerar um dano indenizável, dependendo das circunstâncias em que ocorra o desenlace.

Essa matéria tem sido reiteradamente examinada pelos tribunais, podendo-se mencionar decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo, no sentido de que

Se não havia dever legal de casar, o rompimento, em si, do relacionamento de namoro, não caracteriza o dano moral, que poderia se configurar, por exemplo, no abandono injurioso no altar, pelo não comparecimento à celebração, ou pela divulgação difamante de intimidades.²⁶

ou de que

Inexiste na legislação em vigor uma forma apropriada para o rompimento de um noivado, o que, no caso concreto, apesar de extremamente desagradável, não assume a gravidade suficiente a ensejar a reparação moral.²⁷

Neste último caso, tratou-se de noivo que, uma semana antes da celebração civil, manifestara à noiva e aos familiares a intenção de não mais contrair matrimônio.

Já numa outra decisão, concluiu o mesmo Tribunal estarem configurados os danos morais num caso em que o noivo rompeu o casamento dez dias antes da cerimônia e cinco meses depois casou-se com outra pessoa. Vislumbrou o órgão julgador tratar-se de atitude *leviana e descompromissada com os sentimentos de uma pessoa com quem se relacionou por longo período.*²⁸

Decisão semelhante se encontra em julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no qual, embora reconhecendo que “a possibilidade de responsabilização civil não pode ser utilizada como forma de coação aos nubentes”, considerou que

A prova produzida no feito atesta que a ruptura do noivado se deu em circunstâncias que causaram grandes dissabores e abalos à demandante. Inicialmente, insta destacar que os fatos se deram no dia do “chá de panelas” da autora, o que demonstra a surpresa que tal notícia causou à requerente, bem como o sofrimento e a desesperança por esta suportados (...) Ademais, os convites para o enlace matrimonial já haviam sido distribuídos, de sorte que a autora teve que comunicar a todos os convidados o cancelamento do casamento, bem como os motivos que o determinaram.²⁹

Com esses fundamentos o Tribunal deu provimento parcial ao apelo, considerando devida a indenização do dano moral, evidenciando que, como se

²⁶ TJSP – Ap. 03211.06.2009.8.26.0000 – 1ª Câmara, Dir. Priv., Rel. Souza Junior – 13/12/2013

²⁷ TJSP – Ap. 9000018-36.2008.8.26.0014 – 4ª Câmara, Dir. Priv., Rel. Teixeira Leite – 04/04/2013

²⁸ TJSP – AP. 0022516-83.2007.8.26.0320 – 5ª Câmara, Dir. Priv., Rel. Erickson Gavazza Marques – 290/5/2013

²⁹ Apel. 70027032440 – 5ª Câmara, Cível, Rel. Jorge Luiz Lopes do Canto – 21/01/2009

disse acima, o cabimento ou não da indenização irá depender das circunstâncias que se apresentem no caso concreto.

Abandono afetivo

Frequentes são as hipóteses em que um dos pais (o homem, geralmente) abandona o filho, que cresce apenas na companhia do outro.

É evidente e intuitiva a dor experimentada por esse filho, que crescerá sem o apoio afetivo e psíquico daquele que o privou de seu convívio e descuidou de sua adequada formação, ignorando a imposição legal de cuidar da prole.

As circunstâncias em que o filho se sentirá marginalizado e abandonado pelo pai (festas de Natal e aniversário, reuniões de escola) indiscutivelmente provocarão na criança um dano emocional e psicológico que provavelmente a acompanhará inclusive na vida adulta. Esse dano, de natureza puramente moral, pode e deve ser indenizado.

Essa questão já vem sendo enfrentada com bastante frequência pelo Judiciário, exatamente com os contornos aqui delineados. Da jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo extraio interessante aresto, que deixa claro esse entendimento:

A responsabilidade da paternidade vai além do meramente material, implicando em moldar no caráter dos filhos os valores e princípios que lhes farão enveredar pela vida, cômicos da necessidade da prática do bem, que norteará sua busca pela felicidade e pautará a conduta dos mesmos nos anos vindouros, seja no lado emocional, seja no lado profissional e igualmente no lado espiritual, vez que a religião corrobora para aprimorar o caráter. Abandono afetivo e material comprovados. Dano moral comprovado.³⁰

Também para o Superior Tribunal de Justiça não é inusitada a matéria. A possibilidade de compensação por dano moral decorrente de abandono afetivo já foi expressamente reconhecida por aquela corte. Acórdão da lavra da Ministra Nancy Andrighi, em recurso especial, datado de 2012, afasta qualquer possível resistência à incorporação das regras relativas à reparação de dano extrapatrimonial no Direito de Família. Eis a ementa desse importante julgado, que tem servido de paradigma para outras decisões em que se discute questão semelhante:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.

³⁰ Apel. 000578054201082260103 – 7ª Câm. Dir. Priv., Rel. Ramon Mateo Júnior - 14/05/2014

2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.
3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o “non facere”, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.
4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.
5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.
6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.
7. Recurso especial parcialmente provido.³¹

Nesse mesmo julgamento, em voto convergente, manifestou-se o Ministro Sidnei Beneti, no sentido de que

É possível a fixação de indenização por dano moral na hipótese em que o pai não cumpre o dever legal de cuidar da filha, sobretudo em relação ao aspecto afetivo, ocorrendo, inclusive, tratamento discriminatório em comparação com outros filhos, pois a existência do vínculo de natureza familiar, como o parentesco, não constitui causa de exclusão da indenização do sofrimento moral ante a injusta ação ou omissão.

Ainda nessa mesma decisão também foi declarado voto convergente de outro membro da Corte, Min. Paulo de Tarso Sanseverino, para quem

É possível a fixação de indenização por dano moral na hipótese em que o pai se omitiu do seu dever de cuidado para com sua filha, tendo resistido ao reconhecimento voluntário da paternidade, negado voluntariamente amparo material, deixado de prestar o imprescindível suporte moral, afetivo e psicológico e alienado fraudulentamente seus bens aos demais filhos, em preterição da mencionada filha, pois o genitor descumpriu totalmente seu dever de cuidado e infringiu flagrantemente as mais simples obrigações para com sua filha, ensejando tal situação o excepcional reconhecimento da ocorrência de ato ilícito no âmbito familiar...

³¹ STJ - REsp 1159242/SP – 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrichi, DJe 10/05/2012

É claro, assim, que o abandono puro e simples, sem razão que o justifique, traz implícita a marca da ilicitude. E precisamente desse distanciamento ilícito nasce eventual obrigação de indenizar. Como se disse linhas atrás, não se está a tarifar ou mercantilizar o desamor. Ninguém é obrigado a amar o filho. Aliás, salvo no mandamento religioso de se deve amar o próximo, a verdade é que a ninguém é dado exigir o amor de outrem. Quando se afirma que o pai pode ser compelido a indenizar o abandono afetivo, o que se quer dizer é que, independentemente do amor ou do afeto, o pai tem a obrigação de participar da formação, educação e desenvolvimento do filho, que tem, em contrapartida, direito a essa assistência. A violação desse direito é que irá ou poderá causar um dano não patrimonial, de origem puramente moral, passível de reparação pecuniária.

Não ignoro que essa orientação jurisprudencial, conquanto predominante, está longe de ser unânime. Com efeito, no mesmo Tribunal de Justiça de São Paulo encontra-se julgado que, afastando a indenização por abandono afetivo resultante de ausência da figura paterna, declara expressamente que o ordenamento jurídico “*não prevê a obrigatoriedade do pai em amar seu filho*”.³² No mesmo Tribunal e no julgamento de outra apelação em que se discutia a mesma matéria concluiu-se pela inexistência do dever de indenizar, sob o fundamento de que há “*impossibilidade obrigacional*”, porquanto “*afeto é sentimento incondicional*”.³³

Outra decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo merece citação, por haver dado adequada solução intermediária ao problema. Após separação do casal, o pai afastou-se do convívio dos filhos, em razão de problemas de relacionamento com a ex-mulher. Reconheceu o Tribunal que, nada obstante atenuada a responsabilidade do pai, não se justificava sua falta de empenho em se fazer presente na vida dos filhos. Entretanto, diante da possibilidade de reaproximação entre pai e filhos, ponderou a Câmara Julgadora que eventual sentença de procedência poderia provocar o afastamento entre eles.³⁴

Finalmente, impõe-se observar que, embora se pense sempre na situação do menor quando de se trata do abandono afetivo, não são apenas as crianças e adolescentes os potenciais sujeitos passivos dessa modalidade de dano. Como se disse no início deste trabalho, ao cuidar dos fundamentos jurídicos do dano moral, o Estatuto do Idoso assegura aos destinatários desta lei especial a “*inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral*”.³⁵

Não se nega possa o idoso ser vítima de abandono material por parte daqueles a quem a lei atribui a responsabilidade pelo seu cuidado e assistência. A omissão nesse atendimento, a par de eventualmente tipificar ilícito penal (cf. arts. 97 e 99 do Estatuto), pode, da mesma forma como se dá com a criança,

³² Apel. 9199720-77.2009.8.26.000 – 4ª Câ. Dir. Priv., Rel. Teixeira Leite, 16/02/2012

³³ Apel. 3003780-23.2013.8.26.0136 – 10ª Câ. Dir. Priv., Rel. Coelho Mendes, 11/03/2014

³⁴ Apel. 3003858-52.2005.8.26.0506 – 8ª Câ. Dir. Priv., Rel. Theodureto Camargo, 26/03/2014

³⁵ cf. Lei 10741/2003, art. 10, § 2º

configurar abandono afetivo, não sendo difícil imaginar a sensação de dor, humilhação, desamparo, solidão e até medo de um idoso abandonado numa instituição especializada qualquer, ainda que custeada por um dos seus dependentes. Não são raros os relatos de idosos que, vivendo nessas circunstâncias, jamais recebem a visita de filhos ou outros parentes próximos.

Esse claro e evidente abandono afetivo pode, obviamente, configurar dano moral passível de indenização. A circunstância de não se encontrarem na jurisprudência julgados nesse sentido certamente se deve muito mais à dificuldade de o idoso poder exercer o seu direito do que à ausência de razões e de situações em que esse direito poderia ser exercido.

Alienação Parental

Como se disse no tópico anterior deste trabalho, o abandono afetivo por parte dos pais poderá ensejar direito a reparação do dano de natureza moral experimentado pelos filhos. Entretanto, não é todo e qualquer comportamento omissivo do pai que irá determinar, por si só, o direito a esse ressarcimento. As circunstâncias de fato, que determinaram o distanciamento entre pai e filho, deverão ser objeto de investigação no caso concreto. Não é absoluto, portanto, o pressuposto de ilicitude na omissão do pai em cuidar do filho. Casos haverá em que essa omissão tem origem na alienação parental que impossibilitou ou dificultou a aproximação entre pai (ou mãe) e filho, impedindo o acompanhamento e a participação na vida deste.

Merece reflexão, portanto, essa importante questão, que, dada a relevância do tema, mereceu disciplina legal específica.

A Lei da Alienação Parental (nº 12.318, de 2010), após definir e exemplificar os atos de alienação parental (art. 2º), deixa claro que estes prejudicam “*a realização de afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar*” e constituem “*abuso moral contra a criança ou o adolescente*” (art. 3º). A mesma lei prevê que as determinações do juiz, para atenuar ou inibir os efeitos dos atos de alienação, são aplicados “*sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal*” (art. 6º).

Como se vê, a responsabilidade do pai (ou da mãe) por abandono afetivo do filho pode ser mitigada ou mesmo eliminada na ocorrência de prática de atos de alienação parental pelo cônjuge, o qual, por sua vez, poderá vir a ser responsabilizado em razão desses mesmos atos. Com efeito, se o filho sofre abalo moral em razão da ausência do pai, este indiscutivelmente também pode experimentar profundo sentimento de perda na eventual dificuldade ou mesmo impossibilidade de manter contato com o filho de cujo convívio foi afastado.

Assim, se um dos cônjuges impede, dificulta ou deteriora as relações do outro com o filho, não só estará atenuando ou eliminando a culpa do genitor ausente, como estará, ele mesmo, cometendo ilícito passível de reparação. Tal comportamento, ademais, fere até norma constitucional, porquanto o art. 227 da

CF assegura o direito da criança, do adolescente e do jovem à “convivência familiar”, atribuindo à família, à sociedade e ao Estado a responsabilidade pela garantia desse direito.

Importante reiterar que na alienação parental são vítimas tanto o filho quanto o pai de cujo convívio foi afastado por comportamento deliberado da mãe, nesse sentido (supondo-se que dela provenham os atos de alienação). A criança crescerá e se desenvolverá sem o carinho, o conforto, o apoio e a segurança proporcionados pela figura do pai e este, por sua vez, sofrerá com a impossibilidade ou dificuldade de experimentar a gratificante sensação de realização pessoal que só o exercício da paternidade pode proporcionar. Nessas condições, forçoso é concluir que se apresentarão como sujeitos passivos do dano moral tanto o filho quanto o pai vítimas do comportamento caracterizador da alienação parental.

Registre-se, por oportuno e por relevante, que, embora se esteja aqui a tratar do abandono afetivo envolvendo pais e filhos, a alienação parental, segundo os termos da lei, pode ser “*promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância*” (art. 1º). Assim, quem quer que seja, dentre esses, que venha a causar prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos do menor com o seu genitor, responderá pelos atos de alienação. Essa responsabilidade, como se disse, poderá se dar tanto no campo do ilícito penal como representar dano moral passível de reparação.

Os tribunais diuturnamente enfrentam a questão da alienação parental mas frequentemente a examinam sob o enfoque da guarda de filhos, destituição do poder familiar e regime de visitas. Nada impede, entretanto, que se dê ênfase ao outro aspecto analisado neste trabalho e que encontra fundamento na mesma lei (art. 6º), qual seja o da indenização pelo dano resultante dessa prática. Ora, se é pacífico que o abandono afetivo assegura direito à indenização, cabe apenas verificar as razões desse abandono. Se, como se disse, o afastamento tiver origem no comportamento de um dos cônjuges ou das outras pessoas elencadas na lei, estas deverão ser civilmente responsabilizadas pelos atos de alienação, sem prejuízo das demais cominações fixadas na mesma lei.

Direito à intimidade - Violação de segredo

Somente se compreende a completa liberdade de pensamento e a preservação da intimidade, da vida privada e da honra e da imagem das pessoas (art. 5º, X da CF), quando se assegure a preservação de segredo. Com efeito, de nada adiantará sancionar a discriminação decorrente de convicção religiosa ou orientação sexual, por exemplo, e não se assegurar o direito de quem, fazendo opção menos ortodoxa, venha a ser vítima de preconceito daí emergente.

Nessa seara, uma vez mais, pode-se encontrar, no âmbito do Direito de Família, hipótese cristalina de violação da intimidade, passível de ensejar a reparação de dano moral. Imagine-se a situação em que o casamento seja desfeito em razão da opção sexual de um dos cônjuges (ou de ambos). É óbvio que ninguém irá criticar aquela (ou aquele) que decida pôr fim ao casamento após descobrir, no curso da vida conjugal, que a verdadeira paixão do cônjuge é dirigida a pessoa do mesmo sexo.

Parece, aos olhos da grande maioria, plenamente justificável a decisão de alguém que decida não se manter vinculado a quem equivocadamente se supunha tivesse o mesmo interesse e os mesmos hábitos, considerada essa faceta do comportamento. Todavia, essa justificativa, em que pese perfeita e plenamente compreensível, não pode extrapolar os limites da estrita relação entre os companheiros separandos ou já separados. Eventual divulgação das razões determinantes da ruptura do vínculo poderá trazer constrangimentos insuperáveis àquele que, não obstante não possa ser discriminado em razão de sua orientação sexual, preferiu manter segredo acerca dessa opção.

A discriminação, tal como qualquer preconceito, não é ostensiva, em regra. Traduz-se em uma série de comportamentos que, nada obstante velados, indiscutivelmente isolam, constroem ou humilham a vítima, no seu meio familiar, social, profissional. Não são desconhecidos casos de políticos que, vendo divulgada sua homossexualidade até então ocultada, renunciam ao mandato e virtualmente desaparecem da vida pública. Conhecidos são, também, os casos de atores dos quais, somente muitos anos após sua morte, se vem a saber que, embora houvessem feito carreira como galãs, padrões de beleza e de masculinidade, apenas no cinema é que, representando, demonstravam paixão e atração pelo sexo oposto. Se nos dias atuais as pessoas já não se surpreendem com muita facilidade, não é difícil imaginar qual seria o destino da carreira de um galã famoso do cinema antigo, se violado o seu segredo e a sua preferência secreta. Certamente cairia em desgraça e sequer seria recebido ou poderia continuar a frequentar os mesmos círculos de que antes fazia parte. E não se ignora que muitos desses atores, exatamente para preservar a invejada imagem e a aura de galãs, casaram-se com atrizes igualmente belas, famosas e desejadas. É previsível que a revelação do fim de um desses casamentos em razão da homossexualidade do desejado galã caísse como uma bomba no meio artístico e pusesse fim a uma carreira que se sustentava exatamente num segredo que o galã (agora vilão) pretendia e tinha o direito de ocultar.

Como já se disse antes neste trabalho, ninguém pode ser obrigado a se manter unido a quem não deseje; o que não pode é divulgar as razões de eventual rompimento, se estas puderem provocar constrangimento tal que ultrapasse o grau de simples aborrecimento. Casos como este podem ensejar justa indenização.

É claro que nas hipóteses mencionadas o dano provocado não teria natureza meramente moral. Certamente acarretaria simultaneamente prejuízo

material resultante da perda de novas oportunidades, justificando eventual indenização complementar por lucros cessantes. É intuitivo e presumível o prejuízo material experimentado por um ator famoso que se veja impedido de continuar a exercer o seu mister e exatamente em razão do qual se tornou conhecido.

Em resumo e numa linguagem figurada, ninguém tem o direito de tirar do armário aquele que, por razões que somente a ele interessam, prefere mantê-lo trancado. Ou, dizendo de outro modo, todo ser humano pode ter ou ser detentor de segredos, e a violação ou divulgação indevida destes, ainda que no contexto do rompimento de um relacionamento amoroso, pode, em casos como o de que aqui se trata, atingir a esfera íntima daquele que teve o segredo violado, resultando daí a necessidade de compensar o dano provocado. A obrigação de reparar o dano tem fundamento no ato ilícito consistente na violação da intimidade, direito expressamente protegido por norma constitucional. O já mencionado inciso X do art. 5º da CF, que trata dos direitos e garantias fundamentais, dispõe, se maneira expressa e cristalina, que

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.

Divórcio/Separação Judicial

Ainda no que se refere ao fim da sociedade conjugal, cabe trazer à baila discussão gerada pela nova disciplina legal da matéria.

Em que pese ainda exista relevante controvérsia na doutrina e na jurisprudência, a corrente majoritária entende que a Emenda Constitucional nº 66/2010 não recepcionou a legislação infraconstitucional que trata da separação judicial e do divórcio. Para essa corrente predominante, a Emenda 66 excluiu a possibilidade de discutir a culpa na dissolução do casamento. Não haveria, assim, como cumular os pedidos de dissolução do vínculo e de indenização resultante da culpa.

Entretanto, parte dos que admitem a manutenção da separação judicial entendem ainda ser possível discutir a culpa pela dissolução do matrimônio (aplicação do art. 1572 do Código Civil).

Abstraindo-se a circunstância de que parece virtualmente improvável que se identifique o verdadeiro culpado pelo término dos relacionamentos, já que a atitude reprovável de um pode constituir apenas reflexo ou consequência do comportamento do outro, acreditamos que o mais adequado não seja discutir a culpa no processo de separação. É evidente que a culpa não desaparece juntamente com o rompimento judicial do relacionamento. Poderá continuar a

ser discutida, já não para efeito de dissolução do casamento, mas para efeito de indenização, sobretudo por danos morais.

Conforme já se disse neste trabalho, nada justifica a manutenção de um relacionamento quando ausentes o amor e o afeto ou quando as características e o temperamento de cada cônjuge transformam a vida do outro (ou de ambos) em algo penoso ou que venha a criar um ambiente que deixa de ser prazeroso e passa a se constituir num permanente foco de conflito.

Se assim é, nada mais acertado que pôr fim ao relacionamento tumultuado e reservar para as vias normais adequadas a discussão judicial da culpa pelo insucesso do vínculo, com todas as consequências daí resultantes. A discussão das razões do término do casamento, por relevantes que sejam, não pode dificultar ou impedir que cada um dos cônjuges retome a sua vida e dê a ela o rumo que mais lhe pareça acertado. A manutenção do casamento enquanto os cônjuges se digladiam na discussão da culpa de um ou de outro apenas contribui para exacerbar ainda mais os ânimos, postergando a eventual conquista da paz que poderia ser obtida com uma dissolução sumária do vínculo.

Adultério

A opção pelo modelo monogâmico de família adotado pela tradição romana conferia objetividade ao reconhecimento da paternidade e, com isso, facilitava a sequência familiar da propriedade.

Destacam Carolina Hietzge Basto Silva e Eduardo Pimentel do Rosário que

Com isso, temos que o papel da família era a construção e manutenção de uma entidade que vislumbrava o próprio desenvolvimento da sociedade, com os direitos sucessórios assegurados e reconhecidos, a propriedade privada adquirida pelo 'Pater Familias' não era perdida, mas sim transmitida aos seus herdeiros diretos que por sua vez constituíam novos núcleos familiares contribuindo para a manutenção das atividades de produção e desenvolvimento desta mesma sociedade.³⁶

Acrescentam os autores que

Ainda que durante a ascensão do cristianismo o casamento não tivesse um real sentido afetivo, a família preservou sua forma de organização estrutural interna, manteve sua finalidade precípua de gerar filhos aptos a integrar a cadeia produtiva do Estado e assegurar o patrimônio familiar, através dos direitos sucessórios garantidos aos filhos do casal. Temos, portanto, que a função da família nas sociedades antigas que atingiram algum grau de evolução era a função de criar e educar filhos aptos a participar da vida civil, bem como garantir que a propriedade da família não venha a se perder com o falecimento de ambos os cônjuges.³⁷

³⁶ Responsabilidade Civil da Família, p. 68

³⁷ *ibid.*, p. 70-71

Anteriormente à Constituição de 1988 e antes da Lei do Divórcio, o casamento, por força de norma constitucional, era indissolúvel. Assim dispunha expressamente o § 1º do art. 167 da CF/1967.

A família apresentava-se como fundamento de todo o sistema jurídico privado desde o Código Civil de 1916, num ambiente em que os bens transmitiam-se de pai para filho. Nessas condições, a indissolubilidade do matrimônio era preocupação tão econômica quanto de outra natureza. Preservando o casamento, preservava-se a unidade produtiva do país e daí a ideia de que a separação, o adultério e os filhos havidos fora do casamento representavam uma ameaça à sequência familiar da propriedade.

Nesse contexto, o adultério era tipificado como crime no art. 240 do Código Penal.

A Lei nº 11.106/2005 revogou expressamente o referido art. 240, de maneira que o adultério, hoje, representa apenas violação de norma moral, constituindo fato sujeito apenas a consequências de natureza patrimonial.

O já mencionado inciso X do art. 5º da Constituição Federal, assegura a inviolabilidade da honra das pessoas, sob pena de indenização pelo dano moral ou material decorrente de sua violação. O Código Civil, por sua vez, estabelece como deveres de ambos os cônjuges a fidelidade recíproca, além do respeito e consideração mútuos (art. 1566, I e V).

Assim, é sob o aspecto da deslealdade, da violação dos deveres do casamento (fidelidade, respeito e consideração) que se pode cogitar de dano moral passível de reparação. A dor, sentimento de frustração e humilhação resultantes do ato de traição não podem, em regra, se apresentar como meros riscos da vida conjugal; ao contrário, representam (ou podem representar) violação da honra e, portanto, lesão indenizável.

A jurisprudência é pródiga na análise de casos envolvendo a indenização decorrente de adultério, sob as mais variadas nuances. De todos eles extrai-se a conclusão quase unânime de que o adultério, por si só, não representa dano moral indenizável. São as circunstâncias do caso concreto que determinarão a reparabilidade do dano causado pelo comportamento do cônjuge adúltero. Seja pela publicidade do fato, seja por outras peculiaridades que o cerquem, o certo é que apenas quando do ato resultar inequívoco e grave dano à esfera íntima do cônjuge inocente é que o adultério ensejará a reparação de natureza moral.

Em caso recentemente julgado decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo que

A violação dos deveres impostos pelo casamento, “ex v”i do artigo 1.566 do Código Civil, dentre eles a fidelidade, não constitui, por si só, ofensa à honra e a dignidade do cônjuge apta a ensejar a obrigação de indenizar. Situação vexatória não configurada.³⁸

³⁸ Apel. 0018635-94.2008.8.26.0019 – 9ª Câm Dir. Priv., Rel. Jayme Martins de Oliveira Neto, 20/01/2014

Em outra decisão, proferida em ação negatória de paternidade, foi deferida indenização, por restar configurada a violação dos deveres de lealdade e boa fé, diante de anterior reconhecimento de filho havido no casamento, pelo marido, que desconhecia o adultério da mulher. A esta, no caso, foi atribuída a responsabilidade pela reparação do dano moral.³⁹

Em hipótese semelhante, esse Tribunal reconheceu a responsabilidade civil de *cônjuge que omite paternidade biológica de filho havido fora do casamento*.⁴⁰ Decisão idêntica foi proferida pelo mesmo Tribunal de Justiça, em outro feito, em que se reconheceu devido o ressarcimento de dano moral por

*Infidelidade da requerida demonstrada, com nascimento de filho fruto de relacionamento amoroso com outro homem. Conduta desonrosa da ré que ocasionou ao autor sofrimento e humilhação, com repercussão na esfera moral.*⁴¹

Em outro caso interessante, extraído da jurisprudência do mesmo Tribunal, reconheceu-se não ser devida a indenização, nada obstante haver a mulher mantido relacionamento extraconjugal e haver engravidado de outro homem na constância do casamento. Assim se concluiu porque restou demonstrado que o fato ocorrera quando as partes já não coabitavam, em que pese ainda estivessem ligadas pelo vínculo do casamento.⁴²

Em outro feito, não menos interessante, ainda da mesma Corte, concluiu-se pela inexistência de danos morais resultantes de traição da ex-esposa, em razão de culpa recíproca na separação do casal, para a qual o marido contribuiu, “em razão de problemas com álcool”.⁴³

A publicidade do adultério, portanto, em condições que exponham o cônjuge traído a constrangimento e humilhação, é que ampara a condenação à reparação da lesão imaterial produzida. Exatamente com esse fundamento foi mantida sentença condenatória em outro processo, entendendo o Tribunal que

*A separação conjugal, em razão de novo relacionamento não configura o dever de indenizar o outro cônjuge, todavia, o ato cometido com desrespeito ao cônjuge, mediante conduta manifestamente ofensiva, gera a obrigação de indenizar o dano moral suportado.*⁴⁴

Terceiro Cúmplice de Adultério

Terceiro cúmplice é aquele que de alguma maneira contribui para que os deveres do casamento sejam descumpridos. Por algum tempo discutiu-se se este

³⁹ Apel. 0013688-59.2009.8.26.0278 – 9ª Câ. Dir. Priv., Rel. Lucia Toledo, 27/08/2013

⁴⁰ Apel. 9128143-39.2009.8.26.0000 – 1ª Câ. Dir. Priv., Rel. Claudio Godoy, 18/06/2013

⁴¹ Apel. 0002188-78.2007.8.26.0629 – 1ª Câ. Dir. Priv., Rel. Luiz Antonio de Godoy, 13/11/2012

⁴² TJSP - Apel. 9095818-45.2008.8.26.000, 8ª Câ. Dir. Priv., Rel. Pedro de Alcântara Silva Leme, 13/11/2013

⁴³ Apel. 0035108-65.2010.8.26.0576, 3ª Câ. Dir. Priv., Rel. Carlos Alberto Salles, 25/03/2014

⁴⁴ TJSP – Apel. 0099514-82.2007.8.26.000, 8ª Câ. Dir. Priv., Rel. Pedro de Alcântara Silva Leme, 24/10/2012

terceiro responderia por danos morais, considerando sua participação no evento que, no final das contas, veio a atingir a honra do cônjuge vítima do adultério.

Veja-se que o já mencionado art. 240 do Código Penal, ao tipificar e apenar o crime de adultério, estabelecia que “na mesma pena incorre o co-réu”.

Tem-se, assim, que para efeitos criminais o terceiro cúmplice do adultério não se livrava da pena apenas pela circunstância de ser estranho ao vínculo jurídico do casamento.

No tocante à obrigação de ressarcimento no âmbito civil, o Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de se debruçar sobre o tema, concluindo pela inexistência de ato ilícito por parte do terceiro. Da ementa de acórdão que apreciou recurso nesse sentido extraio o seguinte trecho, que sintetiza o pensamento da Corte:

O cúmplice de cônjuge infiel não tem o dever de indenizar o traído, uma vez que o conceito de ilicitude está imbricado na violação de um dever legal ou contratual, do qual resulta dano para outrem, e não há no ordenamento jurídico pátrio norma de direito público ou privado que obrigue terceiros a velar pela fidelidade conjugal em casamento do qual não faz parte.
(...)

De outra parte, não se reconhece solidariedade do réu por suposto ilícito praticado pela ex-esposa do autor, tendo em vista que o art. 942, caput e § único, do CC/02 (art. 1.518 do CC/16), somente tem aplicação quando o ato do co-autor ou partícipe for, em si, ilícito, o que não se verifica na hipótese dos autos.⁴⁵

Na jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo também se encontra julgado examinando a responsabilidade do terceiro cúmplice, com a curiosa peculiaridade que a questão foi analisada em processo em que se discutiu a **traição em união estável**. No caso, a companheira traída figurou como autora de ação indenizatória proposta contra a outra com quem seu companheiro mantivera um relacionamento amoroso. Em que pese a ausência de controvérsia acerca da infidelidade, entendeu o Tribunal que

Apesar do envolvimento amoroso com o companheiro da autora, a ré não praticou nenhum ato ilícito com o objetivo direto de provocar sofrimento ou constrangimento público.⁴⁶

Finalizando este tema, não se pode deixar de registrar que hoje a questão do adultério poderá, no caso concreto, revestir –se de características que, a par de inusitadas, constituirão situações bastante curiosas, para dizer o mínimo.

O alargamento do conceito de família e da virtualmente ilimitada amplitude dos conceitos de isonomia e dignidade da pessoa humana conduziram

⁴⁵ STJ – Resp 1122547/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 27/11/2009

⁴⁶ Apel. 0008838-71.2010.8.26.0198, 4ª Câ. Dir. Priv., Rel. Milton Carvalho, 12/12/2013

a que o Supremo Tribunal Federal, em 2011, viesse a reconhecer e aprovar a união civil entre pessoas do mesmo sexo, extraindo-se do voto do Ministro Ayres Brito, que relatou a matéria, o seguinte trecho, que resume o conteúdo do voto:

Pelo que dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme a Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como 'entidade familiar', entendida esta como sinônimo perfeito de 'família'. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroaferiva.

Colocada nesses termos a matéria, conclui-se que, reconhecendo nessa nova modalidade de arranjo familiar o perfeito conceito de família, excluíram-se do núcleo essencial desta características que lhe eram implícitas, ou seja a heterossexualidade e a finalidade (ou ao menos a possibilidade) de procriação. Dessa maneira, nada impedirá que o Judiciário venha a ser chamado a decidir questão envolvendo o adultério em união entre pessoas do mesmo sexo. De fato, se um dos “cônjuges” dessa nova modalidade de união familiar vier a se envolver com um terceiro (ou terceira, por que não?), na constância do relacionamento, poderá vir a ser demandado e responder por dano moral resultante do adultério praticado. Curiosa a hipótese, mas plenamente factível.

Como se pode notar, o conceito de adultério sofreu a mesma revolucionária alteração experimentada pelo conceito de família. Caberá aos juristas e aos juízes, considerando essa nova realidade e a função constitucional instrumentalizadora da dignidade humana, justificarem e decidirem, nas situações concretas que venham a se apresentar, a eventual ocorrência de dano moral passível de indenização.

A Internet como veículo de dano

As novas tecnologias e especialmente a disseminação da informática e das redes sociais, paralelamente à natural e rápida evolução social da humanidade, conduzem a situações que o sistema jurídico não consegue prever e dar resposta às violações de direito, sobretudo em face das peculiaridades desses novos meios de comunicação. Ao Judiciário cabe a tarefa de proteger a sociedade (a família, no caso específico deste trabalho), frente a essas novas modalidades de violação de direitos e de interesses. E aos doutrinadores, a vanguarda na discussão e antecipação dessas novas situações de risco, alertando e municiando os julgadores com elementos que possam auxiliá-los na difícil tarefa de constatar, mensurar e fixar a indenização adequada para sancionar e coibir a reiteração da prática abusiva verificada.

Conhecidos são os casos rotineiramente noticiados pela imprensa, em que namorados (namoradas, principalmente) descuidados e inconsequentes se

deixam filmar ou fotografar em situações que, se tornadas públicas, provocarão constrangimentos e aborrecimentos de dimensões imprevisíveis. Não é tão incomum que a intimidade dos amantes, que em princípio somente a eles interessa, venha a circular em redes sociais ou mesmo na rede aberta de computadores, após o rompimento do relacionamento. Não é necessário grande esforço de raciocínio para imaginar o prejuízo na imagem e na reputação das pessoas envolvidas, eis que, a par da dor com a traição do parceiro, ainda terão de suportar o julgamento da sociedade, que em assuntos dessa natureza frequentemente é implacável e preconceituosa.

A chamada “vingança digital”, em que o parceiro abandonado divulga imagens comprometedoras daquele ou com aquele que o abandonou, pode invadir o campo do Direito de Família e provocar aí os mencionados danos causados pelo vazamento de conteúdo íntimo na rede.

A situação aqui discutida é tão grave que ensejou previsão expressa na recente Lei nº 12.965, de 23/4/2014, que se denominou de “marco civil da internet”. Segundo o art. 21 dessa lei,

O provedor de aplicações de Internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros poderá ser responsabilizado subsidiariamente pela divulgação de imagens, vídeos ou outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado sem autorização de seus participantes quando, após o recebimento de notificação, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

É certo que a Lei 12.737/2012, apelidada de “lei Carolina Dickmann”, em referência à atriz que fora vítima de ilícito dessa natureza, já estabelecia punição expressa aos chamados crimes da internet, ao alterar o Código Penal, para tipificar como infrações uma série de condutas no meio digital. Entretanto, em que pese a sanção penal, agora acrescida e reforçada pela disposição específica do marco regulatório da internet, o certo é que eventual condenação penal do agente causador do dano não irá aplacar a dor e o constrangimento da vítima do ato ilícito.

Dessas observações decorre o interesse específico deste trabalho, uma vez que a violação ou divulgação indevida de imagens comprometedoras poderá perfeitamente ser obra de um marido ou mulher inconformados com a separação e que, em razão disso, resolvam praticar a chamada “vingança digital”.

À título de ilustração acerca deste tema, trago recente julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, em que se reconheceu o direito à reparação de danos morais em razão de o réu no processo, após ver rompido um relacionamento amoroso extraconjugal, passou a se utilizar da internet para divulgar mensagens desabonadoras e fotos íntimas que provocaram danos à imagem da ex-companheira:

Danos Morais. Partes que tiveram relacionamento amoroso. Hipótese em que o réu passou a ameaçar a autora, publicando mensagens desabonadoras na internet, fotos íntimas do casal e espalhando panfletos pelo bairro, afirmando que a autora era garota de programa – Fato de ter a autora tornado público o relacionamento entre as partes, na constância do casamento do réu, que configura risco originado da conduta do próprio réu. Danos morais devidos.⁴⁷

O Estupro

Eis aqui uma importante questão que tem sido negligenciada. Não por ser destituída de interesse, mas por absoluto preconceito, basicamente da mídia: o estupro, principalmente o estupro de menores. Trata-se de omissão que, a par de preconceituosa, revela uma relativa (ou muita) ignorância dos meios de comunicação. Preconceituosa porque parece partir do pressuposto de que o fato somente ocorra ou ocorra quase que exclusivamente no seio de famílias marginalizadas, famílias de baixa renda, moradores de rua. Dessa maneira, quando o fato se apresenta, não se trata de notícia relevante, que venda jornal ou que eleve índices de audiência. Não é verdade, entretanto, que esse fato somente ocorra no âmbito dessas famílias marginalizadas. Entretanto, se se apresentar com toda a sua carga de repulsa no seio de famílias de classe média, média alta ou classe alta, enfrentará certo escrúpulo da mídia na divulgação. Haverá um silêncio acerca da matéria. Silêncio conveniente, talvez, mas constrangedor. Não se há negar, todavia, que fato dessa natureza é de extrema gravidade e que, a par de configurar ilícito penal e não obstante indenizável, provoca traumas que acompanharão as vítimas desse crime provavelmente por toda a vida. Mas como para essa visão preconceituosa, tal fato somente ocorre, em tese, com famílias de baixa renda, a matéria não adquire maior relevância, já que o morador de rua não irá indenizar a criança estuprada. Teria sentido essa visão se isso fosse a regra. Mas não é, infelizmente. Claro que o morador de rua não tem como indenizar e, assim, cumpre a pena criminal, se for o caso, e a questão morre aí. Mas como fica a situação quando o fato ocorre no seio de famílias de alto poder aquisitivo? Aí, como se disse, há como regra um silêncio constrangedor, já que a divulgação compromete a imagem das pessoas (pessoas importantes ou influentes, às vezes), circunstância que atrai a conveniência de se fazer silêncio a respeito da questão. Todavia, trata-se de fato que, se não ocorre com incidência alarmante, certamente dá-se com frequência muito maior do que se pensa e se divulga. A questão tem, assim, passado ao largo dos noticiários, da preocupação da mídia e dos estudos jurídicos. Penso que se trata de fenômeno que, se não estudado a fundo, pelo menos que seja mencionado, para que seja retirado esse manto que vergonhosamente faz com que as pessoas ignorem uma realidade que está em nossas portas.

⁴⁷ Apel. 0003141-93.2007.8.26.0224, 1ª Câm. Dir. Priv., Rel. Rui Cascaldi – 29/10/2013

Nos casos em que o Judiciário é chamado a decidir, quase que exclusivamente trata-se de estupro de adulto, a atrair a pena criminal, tão-somente. Nas raras hipóteses em que se julga o estupro “doméstico”, envolvendo a figura de menores, o que se vê também é apenas a análise criminal do ilícito.

Não se há negar, entretanto, que a gravidade do fato e das sequelas psicológicas que provocam na vítima e que certamente repercutirão em toda a sua vida constituem dano moral sujeito a reparação pecuniária, paralelamente à pena criminal resultante do mesmo ilícito.

Outros fatos causadores de dano moral

A doutrina relaciona diversas situações em que são cabíveis pagamentos a título de indenização do dano moral no estrito limite das relações familiares. Com frequência são mencionados o homicídio consumado ou tentado, lesão corporal em diversos níveis de gravidade, sevícias, contágio por doença venérea, denúncia caluniosa, investigação de paternidade julgada improcedente.

Também é vasta a jurisprudência na análise de questões dessa natureza.

O Tribunal de Justiça de São Paulo recentemente julgou apelação em processo em que se discutia o pagamento de indenização por danos morais resultantes de **lesões corporais** provocadas à madrasta pelos enteados desta. Elucidativa a ementa do acórdão que julgou a matéria:

Indenização por danos materiais e morais. Prova oral demonstrou que os réus ocasionaram lesões leves à autora. Episódio ocorreu no hospital em que o marido da requerente e pai dos requeridos se encontrava internado em estado terminal, tendo falecido no dia seguinte. Procedimento inadequado dos integrantes do polo passivo afrontou a dignidade da pessoa humana da autora, além de expô-la à situação vexatória, ocasionando angústia e desgosto. Danos morais presentes. Verba reparatória compatível com as peculiaridades da demanda.⁴⁸

Já especificamente no tocante à **contaminação por doença sexualmente transmissível**, trago à colação interessante julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, proferido em ação de dissolução de sociedade de fato, combinado com indenização por dano moral, em que se decidiu, no âmbito de relação homoafetiva, que o parceiro afetado tem direito ao ressarcimento de dano moral, a ser suportado pelo espólio do companheiro falecido. Eis o trecho da ementa, que demonstra a tese acolhida pela Corte:

Encontrando-se o autor infectado pelo vírus da AIDS, em decorrência exclusiva do relacionamento afetivo-sexual mantido com o falecido, gerando-

⁴⁸ TJSP – Apel. 0169934-69.2008.8.26.0100, 5ª Câ. Extraord. Dir. Priv., Rel. Natan Z. Arruda, 13/08/2014

*lhe incontestáveis prejuízos de ordem subjetiva, deve-se-lhe reconhecer o direito ao ressarcimento por dano moral, a ser suportado pelo respectivo Espólio, em importância que compreenda uma justa recomposição dos danos sofridos, sem sacrificar em demasia, contudo, a parte contrária.*⁴⁹

Relativamente a **sevícias e injúria** praticadas pelo cônjuge, também não se trata de matéria que passe ao largo do Judiciário. Dentre outros, pode-se mencionar do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul julgado que, nada obstante proferido em processo que tramitou em segredo de justiça, é eloquente no sentido da existência de ato ilícito configurador de dano moral indenizável. Eis o resumo do voto:

Ementa: INDENIZACAO. DANO MORAL. SEPARACAO JUDICIAL. INJURIAS PRATICADAS PELO CONJUGE. APLICACAO DO ART-1547 E SEU PARAGRAFO UNICO DO CODIGO CIVIL. O DANO MORAL, DECORRENTE DOS MOTIVOS QUE OCASIONARAM A SEPARACAO JUDICIAL, E INDENIZAVEL. EMBARGOS ACOLHIDOS EM PARTE. VOTOS VENCIDOS. (SEGREDO DE JUSTIÇA). (Embargos Infringentes Nº 500360169, Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Elias Elmyr Manssour, Julgado em 05/05/1989)

Assunto: 1. INDENIZACAO. - ATO ILICITO. - DANO MORAL. - CRITERIO PARA SUA FIXACAO. - SEPARACAO JUDICIAL. INJURIAS PRATICADAS PELO CONJUGE. APLICACAO DO CC-1547 PAR-UNICO. - DIREITO ESTRANGEIRO. DISPOSICOES LEGAIS E DOCTRINARIAS. - INJURIA. - DANO MORAL E MATERIAL. PRESSUPOSTOS. - DANOS. PROVA. 2. SEPARACAO JUDICIAL. - INJURIA GRAVE. - CULPA DO CONJUGE VARAO. - INDENIZACAO. REQUISITOS. - SEPARACAO JUDICIAL LITIGIOSA. - SEVICIAS.

A questão relativa ao **homicídio tentado ou consumado** apresenta duas hipóteses semelhantes, conquanto distintas.

Não é rara – infelizmente – a hipótese de companheiro que agride fisicamente a companheira, agressão que, em determinados casos, pode conduzir à morte da pessoa agredida. Em situações como esta, é indiscutível o dano moral experimentado pelos filhos da vítima da agressão, os quais, por consequência, estarão legitimados a propor ação indenizatória contra o agressor.

Por outro lado, se da agressão não resultar a morte da pessoa agredida, mas o fato tipificar a tentativa de homicídio, a vítima estaria legitimada a propor, ela própria, a pertinente ação de indenização contra o agente agressor.

Tais fatos, que diuturnamente ocupam as páginas policiais, não são encontrados com frequência na jurisprudência relativa ao Direito de Família, nada obstante pertinentes a esta seara. Com efeito, verificado o dano moral, nada justifica a relutância na postulação do ressarcimento correspondente. A não ser,

⁴⁹ AC 2.0000.00.309092-0/000, Re. Jurema Miranda, 27/02/2002

por óbvio, a eventual ausência de capacidade financeira do autor do dano para responder por eventual condenação pecuniária. Ou, por outro lado, o receio de que a propositura de ação com esse objeto pudesse provocar a repetição dos atos de agressão.

Outra questão potencialmente causadora de dano moral diz respeito à **investigação de paternidade**. Independentemente do resultado, é intuitivo o constrangimento e o transtorno que ação dessa natureza traz para o réu.

Dependendo das circunstâncias, o vexame a que possa se submeter o investigado provocará danos injustos e que seguramente não poderão ser revertidos. Imagine-se a situação de um político de destaque, que faça da sua carreira uma bandeira pela defesa dos valores da família e que, em determinado momento, se veja como réu em processo de investigação de paternidade fruto de um suposto relacionamento extraconjugal. Todo o seu discurso pela moralidade cairá por terra, juntamente com a credibilidade de suas ações, arrastando junto o sucesso da carreira. Imagine-se, agora, que ao final do processo se conclua pela inexistência da paternidade alegada. Imagine-se, mais, que o suposto filho tivesse ciência de que o indigitado pai na verdade não o era. É evidente o dano moral produzido, face à necessidade e o desgaste de se ver obrigado a se defender de fato que sabia não ser verdadeiro. Não se trata, aí, de mero aborrecimento, contratempo ou dissabor, mas de verdadeira e grave ofensa à esfera íntima do sujeito passivo do ato causador do dano. Devida, nessas condições, a indenização pertinente, como resposta do direito violado.

A **denúncia caluniosa**, consistente no ato de imputar falsamente a alguém um fato considerado crime (art. 339 do Código Penal), a par de sujeitar o autor do ato a pena criminal, também rende ensejo à condenação por dano moral, já que a vítima enfrentará uma desgastante investigação e terá de se defender de ato que sabe não haver cometido. O autor do crime tem a consciência da falsidade da imputação e, mesmo assim, formula a acusação de deflagrará o procedimento investigatório contra o acusado.

Não é incomum que a denúncia seja praticada no âmbito da família, quando um dos cônjuges vale-se desse instrumento para atingir a honra do outro. Recentemente a Assessoria de Comunicação do Tribunal de Justiça do Maranhão publicou na página eletrônica daquela Corte a notícia de julgamento de revisão criminal que desconstituiu sentença que condenara o réu por crime de estupro. A decisão foi tomada após a suposta vítima, uma adolescente, enteada do réu, revelar que acusara o padrasto a mando de sua mãe.

Não é preciso maior esforço de raciocínio para inferir o a dor íntima, a vergonha, o constrangimento, o prejuízo moral que uma condenação por estupro provoca numa pessoa de bem, que sabe não haver praticado o crime. O desgaste e o abalo da reputação causados por uma acusação dessa natureza indiscutivelmente ensejarão a condenação do autor da falsa acusação pelo dano moral causado à vítima.

Finalmente, cabe lembrar uma outra situação, que guarda relativa similaridade com a denúncia caluniosa e que pode, igualmente, gerar dano imaterial passível de ressarcimento.

O Código Civil relaciona no art. 1814 as hipóteses em que herdeiros e legatários podem ser excluídos da sucessão, sendo que essas mesmas causas podem servir de fundamento à deserdação (cf. art. 1961). Os arts. 1962 e 1963, por sua vez, acrescentam outras causas que autorizam a deserdação.

Poucos são os que não têm conhecimento concreto ou já ouviram falar de desavenças graves entre parentes quando da discussão acerca de bens a serem objeto de partilha. Frequentes, relativamente, são as situações em que um dos herdeiros demanda a exclusão de outro, por indignidade. Ocorre que a acusação da prática de ato dessa natureza, se não provada robustamente, pode gerar dano moral passível de reparação.

O mesmo se diga no tocante à deserdação. Pense-se na situação de alguém que venha a ser injusta e imotivadamente privado de sua legítima ou deserdado sob o fundamento de haver mantido relações ilícitas com o padrasto ou com a madrasta ou, então, com a nora ou o genro, conforme prevê a lei (arts. 1962, III e 1963, III do Código Civil).

Imagine-se, por outro lado, que o testador haja promovido a deserdação em razão de maldosa e ilícita influência daquele a quem aproveitaria a deserdação e que, nos termos do art. 1965 do Código Civil, terá de provar a veracidade das causas alegadas pelo testador.

É evidente que, uma vez demonstrado que o beneficiário da deserdação é que fizera acusação falsa, induzindo o testador a promover a deserdação, o acusador terá praticado ato suficientemente grave para justificar sua condenação no ressarcimento de dano moral de que foi vítima o herdeiro privado de sua legítima ou deserdado. Sem prejuízo, por óbvio, de eventual sanção de natureza penal resultante do mesmo ato ilícito.

Legitimidade ativa na ocorrência de morte da vítima do dano

Questão que tem sido objeto de discussão na doutrina e na jurisprudência diz respeito à legitimidade para prosseguir na ação indenizatória, quando falecido o autor da ação. O que se pergunta, basicamente, é se os herdeiros têm legitimidade para prosseguir no pólo ativo do feito.

Alguns autores e parte da jurisprudência, sobretudo a mais antiga, partindo do pressuposto que o direito à reparação do dano moral tem caráter personalíssimo, concluem pela sua intransmissibilidade no curso do processo. Dessa maneira, se o dano sofrido é intransmissível, igualmente o seria o direito de postular a sua reparação.

Para outros autores, esta não é a melhor solução. Yussef S. Cahali entende que efetivamente tem o ofendido

... a exclusividade para o exercício do direito de ação; ajuizada esta, a potencialidade do direito se transforma em ato, de modo que o eventual crédito que possa resultar da sentença entra na composição do espólio do “de cuius” ofendido, a ser transmitido aos seus herdeiros.⁵⁰

Esta tem sido a orientação predominante no Tribunal de Justiça de São Paulo, de cuja jurisprudência colho a seguinte decisão, da lavra do Des. Francisco Loureiro:

DANO MORAL - Falecimento da autora no curso da ação - Pretendida habilitação do herdeiro para prosseguimento do feito - Admissibilidade - Uma vez exercido o direito de ação pela vítima, o conteúdo econômico da reparação do dano moral incorpora-se ao seu patrimônio e transmite-se, por consequência, aos seus herdeiros - Distinção entre o dano moral sofrido pela vítima e o direito à indenização, do fato resultante - Recurso não provido.⁵¹

De idêntico modo tem decidido o Superior Tribunal de Justiça, como evidencia o seguinte julgado extraído da jurisprudência daquela Corte:

A Corte Especial deste Tribunal firmou o entendimento de que, embora a violação moral atinja apenas o plexo de direitos subjetivos da vítima, o direito à respectiva indenização transmite-se com o falecimento do titular do direito, possuindo o espólio e os herdeiros legitimidade ativa ad causam para ajuizar ação indenizatória por danos morais, em virtude da ofensa moral suportada pelo “de cuius”.⁵²

Dúvida não parece remanescer de que, nada obstante a existência de entendimentos isolados em sentido contrário, a regra predominante é da transmissibilidade hereditária do direito à indenização por dano moral.

Curiosa situação pode ocorrer nessa questão da transmissibilidade.

Pense-se na situação do filho doente que venha a demandar contra o pai, postulando o ressarcimento de dano moral resultante de abandono afetivo e que, no curso da ação, venha a falecer.

Como se disse linhas atrás, a jurisprudência admite que, uma vez falecido o demandante, os seus herdeiros se habilitem para prosseguir no feito. Ter-se-ia, então, a inusitada situação em que o pai, obrigado a indenizar, seria, ao mesmo tempo, credor do valor correspondente à indenização.

Admitindo-se que o pai, réu na ação, fosse o único herdeiro do filho falecido, a questão resolver-se-ia com aplicação do art. 381 do Código Civil, segundo o qual “*Extingue-se a obrigação, desde que na mesma pessoa se confundam as qualidades de credor e devedor*”.

⁵⁰ Dano Moral, p. 133

⁵¹ TJSP – Apel. 0097848-17.2005.8.26.0000, 4ª Câ. Dir. Priv., Rel. Francisco Loureiro, 11/10/2005

⁵² AgRg no AREsp 2012/0131482-8, 1ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 03/12/2012

Entretanto, se viva fosse a mãe do menor falecido, parcial seria a confusão. Nesse caso, curiosamente, a mãe, na condição de herdeira, estaria habilitada a prosseguir no feito, cobrando do ex-marido ou ex-companheiro a indenização devida ao filho. Não é muito difícil imaginar a ocorrência de novo conflito familiar daí resultante.

CONCLUSÃO

Matéria que se prestava a controvérsia antes da promulgação da Constituição de 1988, a reparação do dano moral hoje já não justifica maior indagação. Entretanto, um número incontável de juristas dedicaram-se e ainda se dedicam ao trabalho de buscar uma conceituação definitiva do dano moral.

De todas essas definições extrai-se um elemento comum de conceituação, ou seja, a inoccorrência de prejuízo financeiro. Assim, se alguém, por ato de outrem, experimentar um sofrimento, tristeza, dor, mágoa, que não represente uma perda financeira, estar-se-á frente a um típico caso de dano moral. Tais sensações (dor, mágoa, tristeza, humilhação) são efeitos do dano. Que poderá ou não ser indenizável, dependendo da situação de fato.

Em qualquer meio social em que se viva há a possibilidade de praticar ou sofrer um dano moral. Não é diversa a situação da família, ambiente propício às mais variadas manifestações de intolerância e aborrecimentos. Profundos, às vezes.

A efetiva configuração do dano irá depender do ambiente em que foi praticado o ato que supostamente o caracterize. O mesmo gesto ou uma mesma palavra podem, no ambiente profissional ou corporativo, caracterizar o dano moral e até mesmo ilícito de natureza penal, enquanto que no convívio familiar esse mesmo fato, em que pese eventualmente causar aborrecimento ou indignação, poderá ser irrelevante para o direito. O efeito da lesão é que irá, no caso concreto, determinar se ocorreu dano a ensejar a tutela jurídica que contenha uma sanção compensatória.

Casos há em que os laços afetivos agem como bálsamo para uma tristeza advinda de um comportamento inadequado ou uma reação mais ríspida no ambiente familiar. Pais e filhos tendem a superar completa e rapidamente qualquer aborrecimento que num instante imediatamente anterior parecia incontornável. Inviável identificar todas as hipóteses que possam configurar o dano indenizável. Daí a necessidade de corretamente separar o simples dissabor rotineiro ou o mero aborrecimento da vida cotidiana, daquilo que atinge fortemente a alma humana, provocando desgastes psicológicos, graves constrangimentos, humilhação, dor, angústia, sofrimento e sentimentos outros que venham a ferir direitos fundamentais da pessoa, inerentes à sua personalidade.

A responsabilidade, que serve de substrato à obrigação de indenizar, pode se apresentar sob dupla roupagem: objetiva e subjetiva.

Para a teoria objetiva são irrelevantes as intenções do agente; basta a antijuridicidade para a caracterização do ato reputado abusivo e que, no final das contas, irá determinar a ocorrência do abuso de direito.

No Direito de Família aplica-se a responsabilidade civil subjetiva, o que significa que aí há de estar presente o elemento culpa, a par do ato ilícito, do dano e do nexo causal.

Muitas são as hipóteses em que se pode encontrar o dano moral indenizável no âmbito do Direito de Família. Respeitada sempre a liberdade individual e dignidade da pessoa, constatamos que o comportamento das pessoas no seio da entidade familiar, quando ultrapassados determinados limites ou ignoradas obrigações básicas, ingressa no campo do ilícito, emergindo daí, em certos casos, a obrigação de indenizar.

O término das relações de namoro e noivado apresenta, em situações específicas, características que ultrapassam o limite do direito de não se vincular ou de se manter vinculado a um relacionamento que não se justifica quando ausentes o afeto e a intenção de celebração de vínculo mais duradouro.

O mesmo ocorre no casamento, que não pode representar verdadeira prisão àqueles que já não encontram no relacionamento a realização pessoal justificadora do vínculo. Também no desfazimento dessa relação, assim como no rompimento da união estável, o exercício do direito pode desbordar para o excesso e, com isso, apresentar-se, também aí, o dano moral passível de reparação.

O adultério, que já não constitui ilícito penal, também não representa, por si só, fundamento suficiente à reparação civil. Poderá, entretanto, ensejar esse ressarcimento se, a par do comportamento desleal, vier cercado de circunstâncias que submetam o cônjuge ou companheiro a humilhação, dor e constrangimento que não representem apenas dissabor ou risco inerente à vida dos casais. Ainda no que diz respeito ao adultério, tem-se a inusitada situação em que os componentes de uma união homoafetiva possam se apresentar como vítimas, caso o parceiro viole o dever de fidelidade. Neste caso, ter-se-ia a curiosa hipótese de adultério envolvendo três (ou mais) pessoas do mesmo sexo.

O abandono afetivo também constitui importante foco de discussão na doutrina e na jurisprudência, dada a alta incidência de feitos submetidos à apreciação do Judiciário. Na generalidade dos casos, o que se tem reconhecido é que inexistente obrigação legal de amar os filhos; entretanto, em que pese não possam ser compelidos a dar amor, não podem os pais furtar-se ao dever de criação, educação e companhia, de cuidado e desenvolvimento, inclusive espiritual, da prole que geraram. A omissão no cumprimento dessa obrigação fundamenta o ressarcimento de danos morais por abandono psicológico.

Não se pode ignorar que, conquanto a jurisprudência trate quase que exclusivamente do abandono de crianças e adolescentes, pode o idoso,

igualmente, ser vítima dos mesmos atos, os quais, da mesma maneira, ensejarão a reparação de dano moral.

A alienação parental também se apresenta como foco importante de conflito e de produção de danos de origem não material. Por um lado, o cônjuge vítima da alienação pode ter mitigada ou mesmo eliminada sua responsabilidade em relação aos filhos utilizados pelo cônjuge alienador, com o fim de afastá-los dele. Por outro lado, tanto ele quanto os filhos se apresentarão como vítimas da ação daquele que pratica os referidos atos de alienação e, portanto, estarão legitimados a postular o ressarcimento do dano moral experimentado.

O direito à preservação da intimidade constitucionalmente assegurado, a par da violação de segredo, pode, também, servir como fundamento ao ressarcimento de dano moral, no âmbito do direito de família, quando se verifique a divulgação de fatos ou circunstâncias que atinjam a esfera íntima daquele que teve o segredo violado.

Igualmente configuram situações passíveis de gerarem danos morais passíveis de reparação a injúria grave, sevícias e lesões corporais envolvendo a figura dos filhos, cônjuges e companheiros, sem prejuízo de eventual necessidade de repressão criminal dos mesmos atos, que, a um só tempo, contêm carga de ilicitude civil e penal.

A exposição do cônjuge ou companheiro a doença sexualmente transmissível constitui, do mesmo modo, comportamento apto a ensejar a reparação de dano moral, não sendo estranha à jurisprudência condenação nesse sentido.

O estupro de menor, frequentemente relacionado a famílias marginalizadas, de baixa renda ou moradores de rua, não é exclusivo desses ambientes. Pode ocorrer - e efetivamente ocorre - no seio de classes mais abastadas, sem que se lhe dê a devida repercussão. Trata-se, também aí, de fato que, a par do aspecto criminal, constitui ilícito de natureza civil, passível de ressarcimento pecuniário. O mesmo se dá com o estupro de adultos, ocorrendo apenas que a jurisprudência trata quase que exclusivamente do aspecto penal desse ilícito.

A investigação de paternidade pode se apresentar como fato passível de viabilizar a condenação por dano moral, como no caso de ação julgada improcedente e em que o autor da ação conhecia a inexistência da filiação alegada.

Outro fato, que não constitui mera especulação, consiste na denúncia caluniosa, que a par de configurar crime tipificado no Código Penal, pode, igualmente, constituir ilícito civil passível de reparação pecuniária. Indiscutível o dano moral causado pela acusação falsa da prática de crime.

O mesmo se dá na ocorrência de falsa indicação de causas para deserdação, por aquele a quem esta aproveita.

Finalmente, cabe anotar que no consenso da melhor doutrina e da jurisprudência predominante, têm os herdeiros legitimidade para prosseguir da ação indenizatória, na hipótese de falecimento do autor da ação.

Nesse aspecto, impõe-se o registro de que, demandado o pai por filho que venha a falecer no curso da ação, extingue-se a obrigação, em razão da figura jurídica da confusão. Entretanto, viva a mãe, parcial será a confusão e ela estará habilitada a prosseguir no feito, cobrando do pai do menor falecido a indenização do dano moral sofrido por este.

BIBLIOGRAFIA

- BAPTISTA, Silvio N. **Teoria geral do dano**. São Paulo: Atlas, 2003
- CAHALI, Yussef S. **Dano moral**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011
- CARDIN, Valéria S. G. **Dano moral no direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2012
- COELHO, Fábio A. **Reparação do dano moral**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009
- CUPIS, Adriano de. **El daño: teoría general de la responsabilidad civil**. Trad. Angel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch, 1975
- DINIZ, Maria H. **A responsabilidade civil por dano moral**. Revista Literária de Direito, ano 2, n. 9, jan.fev.1996
- GONÇALVES, Carlos R. **Responsabilidade Civil**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007
- IGLESIAS, Sérgio. **Responsabilidade Civil por danos à personalidade**. Barueri: Manole, 2002
- MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano moral coletivo**. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2014
- MELO, Nehemias D. de. **Dano moral: problemática do cabimento à fixação do quantum**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011
- ROSA, Conrado P. da; CARVALHO, Dimas M. de; FREITAS, Douglas P. **Dano moral & direito das famílias**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012
- ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. São Paulo: Atlas, 2012
- SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013

SILVA, Américo L. Martins da. **Dano moral e sua reparação civil.** 4^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012

SILVA, Carolina H. B.; ROSÁRIO, Eduardo P. **Responsabilidade civil da família.** In: ALMEIDA GUILHERME, Luiz F. do V. (Org.). Responsabilidade civil II. São Paulo: Fiúza, 2013

TEODORO JUNIOR, Humberto. **Dano moral.** 7^a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010