

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O DANO MORAL NO NOVO CÓDIGO CIVIL RELACIONADO COM O DIREITO DE FAMÍLIA

Graziella Fernandes De Lima

Acadêmica do 8º Período do Curso de Direito do UNIARAXÁ

Introdução

A família sempre foi considerada a base da sociedade, de forma que, no intuito de preservar os bons costumes e o equilíbrio das novas gerações, o Estado sempre buscou conferir-lhe maior proteção, considerando também o papel fundamental que desempenha na estruturação psicológica, cultural e emocional do indivíduo.

Entretanto, a sua perpétua existência absorve as constantes modificações surgidas no meio social, de maneira que deve ser o seu conceito reavaliado e redefinido à medida em que emergem estas modificações, dado o caráter dinâmico do Direito, e a mudança de costumes e princípios que acompanham esta permanente evolução.

Até há algumas décadas, era ponto pacífico que o cônjuge varão fosse o “chefe da família”, devendo-lhe a mulher obediência, sendo muito comum inclusive que fosse agredida, o que não tinha como ser contestado, uma vez que constituía “exercício regular de direito”, como por exemplo, o dever da mulher no tocante às prestações sexuais. O homem tinha o “direito” de exigir que a mulher mantivesse relações sexuais, e forçava tal situação através da “vis absoluta”.

A partir do momento em que se estabeleceu a igualdade entre homens e mulheres, inclusive no contexto familiar, em que ambos são responsáveis pelo sustento do lar e educação dos filhos, o que era visto com naturalidade passou a ser visto com outros olhos, passando o Direito contemporâneo a considerar ilícitas condutas civis agressoras da moral, o que vem reconhecer a Lei 10.406/02 (Código Civil), que passa a vigorar a partir de 11 de janeiro de 2003.

Não se trata de novidade no campo do Direito. A responsabilidade civil há muito já não é considerada apenas a violação de normas jurídicas, mas também da moral. Um dano pode caracterizar-se, assim, através da prática de um ato permitido por lei, mas repellido pela moral. O que se tem que levar em conta, no entanto, é que, diferentemente da responsabilidade jurídica, em que imperativo é que se comprove prejuízo, a responsabilidade moral advém simplesmente do estado de alma do agente.

Indubitável, porém, que independentemente de qualquer distinção, o Direito destina-se a assegurar a harmonia das relações entre os indivíduos. Assim, esta denominada "responsabilidade moral" nas relações familiares deve ser bem estudada em cada caso concreto, pois, se vista sob a óptica puramente prática, dela pode resultar uma agressão a bens jurídicos de maior valor.

1- A família perante o ordenamento jurídico brasileiro

A Carta Magna de 1988 veio reconhecer várias modificações sociais, o que fez não apenas ao estabelecer a igualdade de todos, o que inclui os direitos e deveres conjugais, mas também ao ampliar o conceito da família, reconhecendo como passíveis da proteção aquelas instituições denominadas "entidades familiares", tais quais a união estável entre homem e mulher, a comunidade formada por qualquer dos pais ou seus descendentes, e a igualdade entre filhos legítimos e ilegítimos.

O Novo Código Civil apenas ratificará tais modificações inseridas pela Constituição Federal, pouco trazendo de novo. Frustra o diploma legal as expectativas de que aboliria conceitos demagógicos e preconceituosos presentes no ordenamento em vigor. Há ainda que se reconhecer algumas situações de ocorrência cotidiana na sociedade brasileira, que, apesar de ser amplamente discutidas, são denegadas pelo moralismo exacerbado e o temor aos bons costumes, tais como a união entre homossexuais e a possibilidade de constituírem família, sobretudo com direito de adotar filhos, como o faz um casal heterossexual.

Decepciona ainda, o novo Código, ao tratar de maneira pobre e simplificada o capítulo referente à União estável, presumindo-se que os codificadores optaram por aguardar maior estudo no "Estatuto da União Estável", em tramitação no Congresso Nacional. A esperança para preencher esta lacuna é de que esta lei específica seja aprovada tal logo entre em vigor a Lei 10.494/02, que, contrariando a sua frugalidade, trate realmente destes temas.

Nada obstante, estas polêmicas certamente serão sedimentadas pela "jurisprudência liberal", como já vem ocorrendo no sul do país, tendendo a ter uma aceitação tumultuada apenas por aqueles que não respeitam o princípio básico de que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza".¹

2- Dano Moral e deveres familiares

Suprindo omissão do código atual, o artigo 186 do novo Código considera ato ilícito o que causar dano moral: "*Aquele que, por ação ou omissão*

¹ Constituição Federal, art. 5º, caput: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:"

voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” (grifei)

Assim, fica obrigado a indenizar aquele que causar dano moral a outrem, independentemente da origem da relação que causou tal dano.

Aparentemente, essa maior abrangência na conceituação do ato ilícito, incluindo o dano exclusivamente moral, poderá vir a abranger o Direito de Família, como nas situações a seguir expostas.

2.1- Possibilidade de acesso do cônjuge vítima de atos desonrosos do outro e que ensejaram uma iniciativa separatista pela violação dos direitos e obrigações imanente ao contrato de casamento

Não há como negar-se que, um cônjuge infiel coloca a fama do cônjuge traído em discussão no meio social em que vivem, e que um ato como este pode abalar psicologicamente a pessoa de forma que se veja prejudicada no seu meio profissional, advindo-lhe prejuízos, sem falar no desencadeamento de doenças psicológicas, como a depressão. Se o cônjuge traidor assinou um contrato de casamento, comprometendo-se a se comportar com lealdade, e fere esta cláusula, a pessoa de boa-fé esperava que cumprisse com tal disposição. Assim, temos uma ação voluntária do cônjuge culpado em causar dano pessoal ao parceiro, ao tempo em que viola a sua moral, configurando-se, assim, um ato ilícito.

O mesmo acontece quando, via de regra, utilizando-se da confiança depositada pelo varão, a esposa o convence a transferir para o seu nome o apartamento em que residiam, expulsando-o após, colocando um amante no seu lugar. Além de receber a meação que lhe é de direito, o cônjuge ofendido pode pleitear indenização, uma vez que foi forçosamente privado da posse do bem e teve que despende-se para conseguir outra moradia até o deslinde do problema, além de ter sofrido o desgaste social em ter outro homem exibido em sua alcova.

Outra situação que cabe aqui ser analisada é a da esposa que é freqüentemente agredida pelo marido, que lhe causa sofrimento físico e psicológico; como também aquela que é obrigada a práticas sexuais humilhantes ou dolorosas para a sórdida satisfação de seu parceiro.

Esta violência é capaz de lesar, simultaneamente, vários bens jurídicos protegidos, a saber: direito a que se respeite a dignidade à sua pessoa, integridade física, mental e moral; liberdade e segurança pessoal. Configuram-se na espécie vários atos ilícitos, passíveis de indenização.

2.2- Cônjuge que se recusa ao dever sexual

O casamento consiste na união espiritual e física entre duas pessoas, em que elas se comprometem a se amparar e se completar mutuamente, o que inclui o cumprimento de deveres sexuais.

Juridicamente considerado, o dever do cônjuge em prestar relações sexuais advém do contrato de casamento, podendo constituir causa para separação judicial, se infringido, ou seja, na negativa do outro.

Neste contexto, cumpre analisar se caberia contra aquele cônjuge que se recusa ao débito conjugal a respectiva ação de indenização, tendo em vista o descumprimento do acordo matrimonial ou prejuízos (psicológicos ou físicos) resultantes ao prejudicado, ou ainda, se resultaria dano moral o comportamento inesperado.

Neste ponto, poderíamos entender que seria um excesso abranger no artigo 927 do Novo Código Civil o direito a indenização de um cônjuge, com base no "jejum sexual" que enfrentou diante da negativa do parceiro. Tratar-se-ia de uma afronta à individualidade do indivíduo forçá-lo a indenizar por não ter querido expor-se a intimidades, ainda que se trate de casamento. Afinal, é direito fundamental a inviolabilidade da intimidade e da vida privada da pessoa, sendo, sim, suscetível de indenização o dano material ou moral decorrente de sua violação².

3 - Desrespeito aos direitos das crianças e adolescentes

Assegura a CF/88, em seu artigo 227, que "é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão".

Esclarece o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 17, que "o direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da **identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetivos pessoais**".

² Art. 5º, X da CF: "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".

Diante da presença marcante da política de proteção aos direitos humanos, "não há por que recusar à população infanto-juvenil a titularidade dos direitos da personalidade e negar-lhes o ressarcimento por danos morais".³

Observar-se-á, no entanto, a parte responsável pela violação, além dos efeitos da mesma. Se um policial agride um menor, está lhe usurpando o direito de ter respeitada a sua integridade física. Resultar-lhe-ão prejuízos sociais e morais, cabendo contra o Estado a ação indenizatória.

Se esta mesma conduta é praticada pelo pai do menor, descabida se torna tal iniciativa. A uma, porque não lhe resultará qualquer tipo de prejuízo. A duas, porque o menor depende economicamente e afetivamente dos pais, devendo o Direito buscar harmonizar a situação entre ambos. A três, porque feriria o pátrio poder, deixando o pai em situação de submissão ao filho. Naturalmente, analisar-se-á também a extensão da dita agressão.

Se, no entanto, os pais privam do filho o direito à instrução primária, vindo este fato a ser descoberto após a perda de vários anos letivos, causando-lhe prejuízo intelectual, cabe ação de indenização contra ambos. Frise-se, porém, que, na prática, isto geralmente acontece quando a família vive na miséria, não tendo condição de arcar com qualquer indenização. Cabível seria se o crime se deu, não por insuficiência de recursos, mas, a título de exemplo, simplesmente por motivos religiosos, ou por superproteção materna.

4 - A Investigação de Paternidade

O novo diploma Civil formaliza a igualdade entre filhos legítimos e ilegítimos, dando-lhes direitos equivalentes, direito que, como acima referido, já foi explicitado pela CF/88.

A partir desta inovação no ordenamento jurídico, mesmo cientes da sua condição de pais, houve, como há, aqueles que se negam a assumir espontaneamente seu dever moral, forçando os filhos a ingressar com ações judiciais desgastantes e humilhantes. Pode, então, a parte prejudicada cumular o pedido com a indenização por dano moral, baseando-se no impacto social originado pelo tratamento de inferioridade dado à criança, discriminatório, arbitrário e causador de desequilíbrio ao bem estar psicofísico, motivado pela sua condição ao nascer.

Destarte, o fato de ter sua paternidade negada é "ultrajante à pessoa do filho, causando-lhe significativo dano moral. Aliás, é fato que atinge a esfera de indignação social"⁴.

³ Tânia da Silva Pereira: DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: UMA PROPOSTA INTERDISCIPLINAR. Rio de Janeiro, Renovar, 1996.³ Antônio Jeová Santos: DANO MORAL INDENIZÁVEL. 2ª edição, São Paulo, Lejus, 1999.

⁴ O mesmo autor faz conhecer este Acórdão do Tribunal de San Isidro, datado de 29/03/88.

Por fim, considere-se que “o dano moral, causado pela falta de reconhecimento paterno, constitui um fato notório, já que o filho de mãe solteira acarreta um tom de menosprezo social, especialmente marcado quando se forma parte da chamada classe média: porém, mais importante que a dor moral sofrida socialmente, é o saber-se negado por seu pai; o sentimento de inferioridade, de desproteção espiritual e insegurança que há de experimentar quem não pode contar com a figura paterna certa, visível e responsável. Quem nega - maliciosa ou culposamente - o estado de família de sua filha, obrigando-a a iniciar a correspondente ação de reclamação de estado para obter o reconhecimento, deve ser condenado à indenização do dano moral assim ocasionado”⁵.

Conclusão

Não obstante a necessidade do reconhecimento dos direitos humanos nas relações familiares, a verdade é que raramente se verificam demandas voltadas ao pleito reparatório de dano moral nas relações familiares. Não que se desconsidere tal responsabilidade, mas o que ocorre é que, muitas vezes, o respeito aos laços familiares sobrelevam qualquer outro conferido pelo Direito, o que é algo de muito pessoal, que deve inclusive ser respeitado pela lei. A causa mais preocupante, porém, é a falta de espírito criador dos “homens da Justiça”.⁶

Há, no meio social, aquelas pessoas que vêm a família como era vista nos anos 40. Estas pessoas podem até ser felizes desta forma, não devendo o Direito interferir, se há harmonia entre elas.

No entanto, se uma parte se sente lesada e busca ressarcimento através do Judiciário, e este não lhe dá a prestação que esperava, o problema passa a ter cunho mais grave. É que a pessoa que deveria ser reerguida pelo apoio da Justiça, sai da demanda ainda pior de quando entrou, pois é mais uma vez desmoralizada.

⁵ O mesmo autor faz conhecer este Acórdão do Tribunal de San Isidro, datado de 29/03/88.

⁶ No mesmo sentido manifesta-se JOSÉ DE CASTRO BIGI: “É evidente que se ações da natureza que estamos discutindo não chegam à barra de nossos Tribunais, é porque, os advogados não têm se abalanzado a propô-las” (Dano moral em separação e divórcio, In RT 679:48). Porém, o mais grave é a falta de coragem de denunciar como bem o expressa MAGDA DENISE MEISTER: “No âmbito familiar, utilizando a teoria do estigma social de Goffman, que menciona que as pessoas íntimas (mãe e criança) não só ajudam a pessoa desacreditável (pai que abusa sexualmente e agride), em sua simulação, mas faz com que essa função vá além do que suspeita o beneficiário, serve como um círculo protetor. E aqui não só a família, mas os vizinhos e os membros da comunidade. Tanto que, todos da comunidade estigmatizam estes homens, mas não os denunciam, nem a família, agem todos como se fosse normal, e que estas crianças não sofrem de uma violência destrutiva dentro de seus próprios lares. A mulher por sua vez, subordinada ao homem, confirma a problemática da identidade de gênero, são violadas e mal tratadas dentro do próprio lar, onde não existe segurança para si e seus filhos. Não conseguem denunciar e nem sair deste círculo vicioso, assumem seu papel de ‘sexo frágil’, associado a sua condição fisiológica de um corpo reprodutor e dependência financeira do marido, denunciando o próprio estigma da mulher” (Inocência violada: uma face da violência intrafamiliar, in Direito & Justiça, 20:218).

Considere-se, porém, que o assunto discutido neste trabalho, apesar de há muito almejado pela sociedade, só a partir da CF/88 vem sendo reconhecido pelo ordenamento jurídico interno. Em sendo algo recente, será paulatinamente absorvido pelos tribunais, o que se dará principalmente com a renovação dos membros do Judiciário.

Enquanto isto, o único meio possível para alimentar as esperanças das vítimas é recorrer.

BIBLIOGRAFIA

- BRASIL. Constituição de 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Atualizada pela EC 32 de 2001. Brasília, DF: Senado Federal. 1988.
- PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente: Uma Proposta Interdisciplinar*. Rio de Janeiro. Ed. Renovar: 1996.
- SANTOS, Antônio Jeová. *Dano Moral Indenizável*. 2ª edição. Ed. Lejus. São Paulo: 1999.
- Inocência violada: uma face da violência intrafamiliar, in *Direito & Justiça*, 20:218