

A RESPONSABILIDADE CIVIL NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES FAMILIARES

Fernanda Pontes Pimentel*

RESUMO

Este artigo traz uma reflexão sobre a aplicação da teoria da responsabilidade civil subjetiva às hipóteses decorrentes de violação dos deveres jurídicos inerentes às relações familiares, especialmente nas relações decorrentes do casamento e de sua ruptura. Para tanto, parte-se da análise das relações familiares após a vigência do Código Civil atual e sua aplicação especialmente sob a égide do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, pressuposto axiológico para a constituição de todas as relações jurídicas de direito privado, bem como para solucionar os conflitos delas decorrentes.

PALAVRAS CHAVES

RESPONSABILIDADE CIVIL; RELAÇÕES FAMILIARES; DEVER DE INDENIZAR

SUMMARY

This article brings a reflection on the application of the theory of the subjective civil liability to the decurrent hypotheses of breaking of inherent the legal obligations to the familiar relations, especially in the relations of the marriage and its rupture elapses. For in such a way, one has after broken of the analysis of the familiares relations the validity of the current Civil Code and its application especially under of the Principle of the Dignity of the Person Human being, valuable estimated for the constitution of all the legal relationships of private law, as well as solving the conflicts of decurrent them.

WORDS KEYS

CIVIL LIABILITY; FAMILIAR RELATIONS; TO HAVE TO INDEMNIFY

* Professora assistente do departamento de direito privado da Universidade Federal Fluminense (SDV/UFF). Mestre em Direito (UGF)

“Se é verdade, consoante o magistério de Santo Agostinho, que não temos, aqui neste mundo, “cidade permanente”, é também verdade que todos nós, seres humanos, fracos pela animalidade mas fortes pela iluminação do Espírito, somos sempre chamados a construir, mesmo que penosamente e a prazo longuíssimo, aqui que hoje ainda se chama de utopia – uma *civitas* habitada por homens e mulheres livres, iguais e fraternos entre si, em que impere o mútuo respeito em qualquer relacionamento entre pessoas, em que cada um veja nos olhos do outro a estampa de sua própria face”.

Luiz Felipe da Silva Haddad

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

As relações jurídicas de direito de família¹ até a vigência da Constituição da República de 1988 eram regidas por parâmetros fixados a partir da Lei n° 3.071, de 1° de janeiro de 1916, o Código Civil.

Esta legislação, partindo dos valores sociais de então, refletia as doutrinas individualista e voluntarista, em voga no final do século XIX e cuja finalidade maior era a tutela dos interesses patrimoniais dos indivíduos². Na esteira destas concepções, as normas de direito de família tinham por finalidade maior trazer proteção à família decorrente do casamento, legítimo organismo familiar, que tinha o condão de estabelecer um vínculo jurídico indissolúvel, onde o pátrio poder era exercido pelo marido, submetendo à sua autoridade a mulher e a prole, com vistas a garantir a boa ordem³ e a preservação e perpetuação do patrimônio daquele núcleo familiar. Sob tal perspectiva, o “elo familiar era voltado apenas para a coexistência, sendo imperioso

¹ “O direito de família, amalgamando relações patrimoniais e extrapatrimoniais, revela traços realmente singulares. Nele se entrelaçam vínculos que se formam a partir de relações naturais do casamento e do nascimento, vínculos que são completamente diferentes dos demais relacionamentos jurídicos do direito privado. Esse caráter natural, biológico, das relações de direito, menos que de relações pessoais (as relações pecuniárias servem-se mais facilmente das técnicas do direito comum de bens e obrigações), explica o particularismo do direito de família: que a parte da autonomia da vontade aqui seja mais reduzida, a ordem pública mais ampliada; que as teorias gerais do direito civil não se apliquem a priori (ex.: ato jurídico e casamento; meios de prova e filiação); e no plano processual, a existência de procedimentos especiais e órgãos jurisdicionais específicos”. CARBONIER, Jean apud GOMES, Orlando. *Direito de Família*. RJ: Forense, 12ª ed., 2000, p. 9.

² TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. RJ: Renovar, 1999, p. 2.

³ “Exemplos lembram dos séculos que o sistema jurídico embalou com formas diferentes de redução da mulher a um ser juridicamente incapaz. Uma potencialidade contida. O traço de exclusão da condição feminina marcou o patriarcado e fundou um padrão familiar sob a lei da desigualdade. Do mesmo modo, os filhos tidos fora do casamento foram excluídos da cidadania jurídica, pois embora fossem filhos, no sentido natural, direito algum tinham em homenagem à paz e a honra das famílias matrimonializadas. Segredos conservavam uma decência aparente da família e instituíam a mentira jurídica”. FACHIN, Luiz Edson. *Elementos Críticos de Direito de Família*. RJ: Renovar, 1999, p. 15.

para o ‘chefe’ a manutenção da família como espelho de seu poder, como condutor ao êxito nas esferas política e econômica. Os casamentos e as filiações não se fundavam no afeto, mas na necessidade de exteriorização do poder, ao lado – e com a mesma conotação e relevância – da propriedade⁴”

Contudo, ao longo do século XX este ramo do direito sofreu inúmeras transformações, pois a família, embora possua um fundamental aspecto jurídico, é antes de tudo, um organismo social e é atingido imediatamente por todas as mudanças que ocorrem no meio onde encontra-se inserida⁵. A chegada de novos valores éticos e morais, a modificação do papel da mulher na sociedade⁶, especialmente por sua inserção no mercado de trabalho, a economia de mercado e as novas demandas econômicas trouxeram a necessidade de se repensar o conceito de família e portanto, de se rever o papel exercido por cada um de seus componentes. Passou-se a buscar uma maior valorização do ser humano, não somente atentando para a preservação da família como *celula mater* da sociedade, mas tratando de forma particular os componentes de cada

⁴ SILVA, Cláudia Maria da. *Indenização ao Filho*. In Revista Brasileira de Direito de Família, vol. 25, p. 128.

⁵ “*Como organismo social, que tem o seu fundamento na natureza e nas necessidades naturais da união sexual, na procriação, no amor mútuo, na assistência e na cooperação, que são as razões da sua existência, a família não é só no direito que tem as suas normas. Em nenhum outro campo, mais do que neste, influem a religião, o costume e a moral, nos quais encontra grande parte da sua regulamentação. Antes do jurídico, ela é um organismo ético.*” RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*. Campinas: Bookseller, 1999. Vol. III, p. 33.

⁶ “Hoje, a dinâmica das transformações impressas aos grupos familiares, especialmente na modernidade e na pós-modernidade, deve ser revisitada sob a ótica da transformação dos papéis da mulher, sem que se incorra em distorção: a mulher sempre simbolizou no imaginário universal a afetividade, a capacidade de procriar, de cuidar, enfim, conceber e zelar pela sua prole, fenômenos que no gênero humano estão impregnados de um sentimento capaz de, por si só, diferenciar a espécie. (...)

As famílias modernas ou contemporâneas constituem-se em um núcleo evoluído a partir do desgastado modelo clássico, matrimonializado, patriarcal, hierarquizado, patrimonializado e heterossexual, centralizador de prole numerosa que conferia status ao casal. Neste seu remanescente, que opta por prole reduzida, os papéis se sobrepõem, se alternam, se confundem ou mesmo se invertem, com modelos também algo confusos, em que a autoridade parental se apresenta não raro diluída ou quase ausente. Com a constante dilatação das expectativas de vida, passa a ser multigeracional, fator que diversifica e dinamiza as relações entre os membros”. DIAS, Maria Berenice e SOUZA, Ivone M. C. Coelho de. FAMÍLIAS MODERNAS: (INTER)SECÇÕES DO AFETO E DA LEI In Revista Brasileira de Direito de Família, vol. 8, p. 63-64.

núcleo familiar. O modelo ortodoxo de família não mais atendia às demandas da sociedade e transformações se fizeram indispensáveis. .

A partir do advento da Constituição da República de 1988, que trouxe novos paradigmas ao nosso ordenamento jurídico, transformaram-se as premissas norteadoras do direito de família, trazendo preceitos normativos para a regulamentação e tutela das entidades familiares. Para TEPEDINO⁷,

pode-se afirmar, em propósito, que a dignidade da pessoa humana, alçada pelo artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, a fundamento da República, dá conteúdo à proteção da família atribuída ao Estado pelo artigo 226 do mesmo texto maior: É a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as normas do direito positivo, em particular aquelas que disciplinam o direito de família, regulando as relações mais íntimas e intensas do indivíduo no social.

Houve uma clara mudança nos paradigmas. E, com a vigência da Constituição, o direito de família passou a ser amparado por novos princípios⁸ que estabeleceram uma nova ordem familiar e traçaram novos caminhos a serem trilhados pelos seus componentes. Sob tal perspectiva, “reafirma-se a idéia de funcionalização da família, onde o que importa não são os vínculos biológicos ou jurídicos, mas sim a realização psicológica e afetiva de cada um de seus membros”⁹, o que se compreende como o fenômeno da *repersonalização das relações civis*. Pode-se afirmar que hoje, a família é uma estruturação psíquica em que cada membro ocupa um lugar, uma função¹⁰

⁷ Op. cit. p. 326.

⁸ Conforme Paulo Bonavides, *o vocábulo princípio se refere a normas providas de um alto grau de generalidade (...), de indeterminação, e que por isso requerem concretização por via interpretativa, sem a qual não seriam suscetíveis de aplicação a casos concretos*” In “Curso de Direito Constitucional”, São Paulo: Malheiros, 7ª ed.,

⁹ SOARES, Sônia Barroso Brandão. In BARROS. Ana Lúcia Porto de... [et al.]. Código Civil Comentado. RJ: Freitas Bastos, 2ª ed., 2004, p. 1121.

¹⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Os direitos humanos na família*. Artigo disponível em www.migalhas.com.br, acesso em 06/09/2004.

A partir da ruína de seus antigos fundamentos¹¹, tais como a estrutura patriarcal, a filiação legítima e o não reconhecimento da legitimidade de novas estruturas familiares que não as nascidas do casamento, houve a necessidade de se adotar novos paradigmas e, sob a nova ordem constitucional, o direito de família passou a ser compreendido a partir da perspectiva do afeto existente entre os seus membros. Os parâmetros atuais devem ser a existência de relações responsáveis, onde haja simetria e liberdade, baseadas na igualdade e em uma comunhão de vida não hierarquizada¹². E a atuação do Estado deve ser no sentido de agir como garantidor desta nova ordem familiar, conforme disposto no *caput* do artigo 226 do texto constitucional: *A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado*. E pode-se perceber a assunção por parte do Estado da necessidade de se reconhecer a nova família, ao estabelecer os princípios da igualdade entre os cônjuges; a simplificação dos requisitos para a dissolução do casamento através do divórcio direto¹³; o reconhecimento de novos modelos de família, ao tratar da união estável e das famílias monoparentais e a absoluta igualdade entre os filhos, independentemente de sua origem. E esta preocupação do legislador constitucional, ao proteger e tutelar a família tem por finalidade promover um indivíduo melhor, mais equilibrado em seu meio social, uma vez que a “chave da compreensão da interação entre o desenvolvimento pessoal e a mudança social reside na

¹¹ Mas é inegável que o novo Diploma Civil trouxe avanços, notadamente ao trazer uma série de reformas sofridas pela família ao longo do século XX, “desde que editado o Código de 1916, o qual apresentava, originalmente, uma estreita e discriminatória visão do ente familiar, limitando-o ao grupo originário do casamento, impedindo sua dissolução, distinguindo seus membros e apondo qualificações desabonatórias às pessoas unidas sem casamento e aos filhos havidos dessa relação”. OLIVEIRA, Euclides e HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. “Do Direito de Família” in Direito de Família e o novo Código Civil. Coord.: Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 2ª ed., 2002, p. 3.

¹² LÔBO, Paulo Luiz Netto, “A Repersonalização das Famílias” in Revista Brasileira de Direito de Família, nº 24, p. 138.

¹³ Reflexo evidente da preocupação do Estado em tutelar o afeto e os interesses individuais de cada sujeito na relação conjugal encontra-se demonstrada na aprovação da Lei nº 11.441, que entrou em vigor em 04.01.2007, alterando a previsão do Código de Processo Civil com relação aos procedimentos de Separação Judicial e Divórcio Consensuais. Esta lei foi vista como mais um passo rumo à liberdade de se permanecer casado.

família¹⁴”.

Com o advento do novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), críticas foram realizadas no sentido de que esta legislação, embora contenha inúmeros avanços no tocante às relações familiares, inegavelmente ficou aquém dos valores já assimilados em face da vigência de nossa Lei Maior¹⁵ e dos novos arranjos familiares consolidados em nossa sociedade.

2 - O CASAMENTO SOB A ÉGIDE DO CÓDIGO CIVIL

Como consequência das transformações normativas e sociais, o casamento sofreu tímidas mas contundentes inovações. Não especialmente em sua estrutura ou constituição, mas na visível intenção do legislador de reconhecer as relações de afeto, tratando o vínculo jurídico do casamento como um vínculo capaz de gerar consequências eminentemente pessoais. Isso torna-se evidente ao se fazer uma análise do artigo 1.511, que preceitua que o “*casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges*”, trazendo um novo conceito de casamento ao direito civil brasileiro. Hoje, distancia-se do conceito de casamento para BEVILÁCQUA¹⁶, que definia tal vínculo como um “contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolivelmente, legitimando por ele suas relações sexuais; estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses, e comprometendo-se a criar e educar a prole que de ambos nascer” e parte-

¹⁴ CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de Direito da Família e das Sucessões*. 2ª ed. , Coimbra: Almedina, 2ª ed., 1997, p. 50.

¹⁵ “Finge o sistema codificado o desconhecimento de direitos e interesses próprios das intensas relações intersubjetivas, na interação das pessoas envolvidas emocionalmente com seus valores éticos, vida mais íntima imantada de sentimentos familiares, imbuídos de dignidade comportamental, com respeito garantido no princípio basilar da Carta Magna. (...) Lamentável que o Código Civil de 2002 tenha sobrevivido à Constituição de 1988 destoando dela, frustrando neste ponto o avanço que a Carta Política ensejou”. TAVARES, José de Farias. *Novo Código Civil e Família Informal*. In Revista Brasileira de Direito de Família, nº 19, p. 8.

¹⁶ Apud Pereira. Caio Mário. op. citada, p. 52.

se para o conceito de casamento como uma “união de duas pessoas de sexo diferente, realizando uma integração fisiopsíquica permanente”¹⁷. A consagração do Princípio da Não-intervenção nas relações familiares encontra-se consagrado no artigo 1513 do Código Civil com a evidente finalidade de se limitar as interferências externas aos núcleos familiares: “É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família” e ainda, vinculando sua eficácia ao estabelecimento da assunção mútua da condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família¹⁸.

É também perceptível a transformação de paradigmas ao se analisar o artigo 1.566, inciso VI, que ao tratar dos deveres entre os cônjuges estabelece que é necessário que haja “respeito e consideração mútuos”, conceitos normativos inexistentes sob a vigência do Código Civil anterior.

Com base nestes novos paradigmas, aliando os dispositivos constitucionais e o Código Civil atual, surgiu uma nova relação conjugal. Ou seja, questões pessoais, anteriormente tratadas como de “foro íntimo”, pertinentes apenas àqueles que se sentiam de alguma maneira prejudicados, passaram a ser trazidas ao Judiciário. A concepção de que o direito de família possuía componentes éticos e morais que não deveriam se submeter à apreciação judicial¹⁹ não pode mais prosperar e tal posicionamento encontra amparo no Parágrafo Único do artigo 1.567: “Havendo

¹⁷ PEREIRA, Caio Mário. ob. cit. p. 53.

¹⁸ Artigo 1.565 do CC: “Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família”.

¹⁹ “É, na verdade, da ética que procedem os mais essenciais preceitos que a lei chama a si, pressupõe ou faz próprios, transformando-os em preceitos jurídicos, o que origina o fenômeno, peculiar do direito de família, de preceitos sem sanção ou com sanção atenuada e de obrigações incoercíveis, isto ou porque o direito é incapaz, por si mesmo, de impor a observância mediante coação externa, ou porque se entendeu melhor entregar a tutela ao sentimento ético, ao costumes ou às forças do ambiente social”. RUGGIERO. Roberto de. op.cit., p. 33.

divergência, qualquer dos cônjuges poderá recorrer ao juiz, que decidirá tendo em consideração aqueles interesses”.

Hoje, é facultado ao cônjuge que se sinta prejudicado em sua relação conjugal buscar a tutela do Poder Judiciário para que, através da intervenção do Estado, possa se restaurar a dignidade e a integridade moral de cada um de seus membros. Em face disto, cresce a discussão quanto à possibilidade do ressarcimento dos danos morais entre os cônjuges por ocasião da ruptura da sociedade conjugal, uma vez que a lei silenciou a este respeito.

3 – A dissolução da sociedade conjugal

Sob a égide do Código Civil de 1916, o casamento era considerado no direito brasileiro como um vínculo jurídico indissolúvel²⁰, sendo possível àqueles que não mais desejavam a convivência conjugal apenas o desquite²¹. Mas em razão das transformações sociais ocorridas ao longo da primeira metade do século XX, a valorização do indivíduo em contraponto à preservação do núcleo familiar a qualquer preço, a inserção da mulher no mercado de trabalho e o redimensionamento do papel do homem na relação conjugal, houve um movimento de significativa parcela da sociedade pela aprovação da Lei do Divórcio - Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, que ao vigor, transformou de forma cabal a estrutura familiar brasileira.

²⁰ A indissolubilidade do vínculo conjugal foi princípio acolhido pela Constituição Federal de 1969, tendo sido alterado a partir da Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, que passou a admitir a cessação do casamento e seus efeitos. Esta indissolubilidade era justificada pelo sistema do Código Civil de 1916, onde “tudo aquilo que pudesse representar uma ameaça ao casamento suscitava a hostilidade do legislador, sendo a unidade formal do casamento um valor superior ao interesse individual da mulher ou do marido que pretendessem se separar. Daqui decorria todo um regime rígido de preservação do casamento, tanto no que concerne ao vínculo conjugal e à relação entre pais e filhos”. TEPEDINO, Gustavo. *O papel da culpa na Separação e no Divórcio*”, in op. cit., p. 382.

²¹ Este vocábulo servia para “distinguir a separação judicial de corpos e de bens, a única admitida no direito brasileiro de então, do instituto do divórcio com dissolução do vínculo conjugal e possibilidade de novo matrimônio dos divorciados, permitido, na época, em quase todos os países do mundo, mas não admitido entre nós.” RODRIGUES, Silvio. DIREITO CIVIL, vol. 6. 28ª ed. SP: Saraiva, p. 202. (grifo nosso)

Com esta Lei surgiram as figuras da separação judicial²² e do divórcio, como meios para se atingir a dissolução do casamento²³. Uma das finalidades desta norma era privilegiar a qualidade das relações conjugais²⁴ em detrimento da manutenção do *status* decorrente do indissolúvel vínculo matrimonial previsto no Código Civil anterior. Não bastava mais à sociedade a existência formal do casamento, mas especialmente, a regularização das relações afetivas existentes, que muitas das vezes encontravam-se ‘à margem’ de seu meio social pela impossibilidade do casal convolar novas núpcias e da ausência de qualquer outro modelo familiar reconhecido pela ordem jurídica.

Todavia, embora tenha sido aprovada a Lei do Divórcio, com relação à propositura da separação judicial, resquícios dos valores sociais conservadores da época ainda se fizeram sentir. Para o acolhimento da pretensão dos cônjuges, era necessário que houvesse o consenso entre eles, devidamente homologado pelo juiz²⁵ ou que se apresentasse a motivação para o pedido de desfazimento do casamento, baseada na culpa²⁶ do outro. No entender de GOMES²⁷, o direito à separação era privativo do cônjuge inocente, cujo pedido devia estar fundamentado em uma das hipóteses do artigo 5º da Lei do Divórcio, sendo que no caso de separação-sanção, só se cabia falar da

²² FACHIN, op.cit, p. 173: “A separação põe fim à sociedade conjugal. A ‘quebra’ afetiva, sexual, intelectual, material”.

²³ RUGGIERO, op.cit., p. 241: “Dissolução é a cessação do vínculo conjugal, que legalmente existiu. (...) Separação é, finalmente, uma suspensão (temporária ou permanente) das principais manifestações do casamento: a convivência, a mútua assistência, (...), sem que falte o vínculo conjugal, com eventual repercussão sobre as relações patrimoniais, conforme se acompanhe ou não da separação de bens”.

²⁴ “Nada será feito para salvar uma união vacilante. Em nome da autenticidade, separa-se. É a salvação ou o inferno. O espectro da solidão substituiu o inferno de uma vida a dois malsucedida. Contrariamente aos nossos ancestrais, nada nos parece pior do que o desentendimento conjugal. O fim da simbiose, marcada pela ausência de diálogo, joga-nos numa solidão muito mais insuportável do que se vivêssemos realmente sós, desligados dos embaraços impostos pela presença do outro. À doçura de uma vida de fusão harmoniosa, não pomos mais a dureza da vida solitária, mas o mal-estar suscitado pelo insucesso amoroso. Aí está a verdadeira frieza, ao lado da qual a solidão nos parece quase morna”.BADINTER, Elisabeth. Um é o outro: relações entre homens e mulheres. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 288. Apud FACHIN, op.cit., p. 173.

²⁵ Lei 6.515/77, artigo 4º e Código de Processo Civil, arts. 1.120 a 1.124.

²⁶ RODRIGUES, Silvio. Op. cit., p. 210: Com esta expressão, “busca-se pelo Judiciário a dissolução da sociedade conjugal imputando-se ao outro cônjuge a responsabilidade pela separação, por ter um comportamento faltoso, consistente em violação dos deveres conjugais”.

²⁷ GOMES, Orlando. Direito de Família. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 212.

dissolução se houvesse a comprovação de fatos que impedisse a impossibilidade da vida em comum.

Ora, como precisar aquele que é efetivamente culpado pela ruptura de uma relação conjugal? Esta pergunta permeou o pensamento doutrinário e jurisprudencial ao longo dos últimos anos, uma vez que “uma história construída a quatro mãos tende ao sentido da permanência. Todavia, a liberdade de casar convive com o espelho invertido da mesma liberdade, a de não permanecer casado²⁸”. No mesmo sentido, pode-se considerar que “não tem sentido averiguar a culpa com motivação de ordem íntima, psíquica. Objetivamente é possível inferir certas condutas (...). A conduta, porém, pode ser apenas sintoma do fim”²⁹.

Essa inquietude se reflete no pensamento de TEPEDINO³⁰, que pondera a impossibilidade de se estabelecer um padrão de comportamento geral esperado dentre os membros de uma sociedade conjugal visando aferir quem é o culpado pela falência da relação, uma vez que seus deveres são eminentemente não-patrimoniais:

“para se ter em conta que o comportamento contrário à vida conjugal, capaz de levar ao desenlace, não é suscetível de identificação objetiva com o ato ilícito – a menos que se pretendesse, por absurdo, fixar um *standard* médio de

²⁸ FACHIN, op. cit., p. 169.

²⁹ Idem, p. 179.

³⁰ Op. cit. p. 379.

performance sexual, ou um padrão ideal de fidelidade, cujo não atendimento pudesse ser considerado como ilícito”.

Era esperado, em relação ao texto do Código Civil de 2002, grandes avanços em face da legislação anterior, uma vez que o contexto que cercou a elaboração da Lei nº 6.515/77 não mais existia, e além, um novo Direito de Família vinha sendo construído pelos Tribunais após a vigência da Constituição Federal de 1988, privilegiando as sociedades familiares como *sociedades de afeto*.

Contrariando as expectativas, a redação da Lei Civil em vigor é extremamente conservadora³¹, ao manter em seu corpo a culpa como um dos pressupostos para a

³¹ Contudo, o legislador pátrio não encontra-se sozinho na manutenção da exigência da caracterização da culpa para a dissolução do vínculo conjugal. No mesmo sentido, encontra-se dispositivo no Código Civil Espanhol: “Artículo 81: Se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio: 1. A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurrido el primer año del matrimonio. Deberá necesariamente acompañarse a la demanda la propuesta del convenio regulador de la separación, conforme a los artículos 90 y 103 de este Código. 2. A petición de uno de los cónyuges, cuando el otro esté incurso en causa legal de separación Artículo 82: Son causas de separación: 1. El abandono injustificado del hogar, la infidelidad conyugal, la conducta injuriosa o vejatoria y cualquier otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales. No podrá invocarse como causa la infidelidad conyugal si existe previa separación de hecho libremente consentida por ambos o impuesta por el que la alegue. 2. Cualquier violación grave o reiterada de los deberes respecto de los hijos comunes o respecto de los de cualquiera de los cónyuges que convivan en el hogar familiar. 3. La condena a pena de privación de libertad por tiempo superior a seis años. 4. El alcoholismo, la toxicomanía o las perturbaciones mentales, siempre que el interés del otro cónyuge o el de la familia exijan la suspensión de la convivencia. 5. El cese efectivo de la convivencia conyugal durante seis meses, libremente consentido. Se entenderá, libremente prestado este consentimiento cuando un cónyuge requiriese fehacientemente al otro para prestarlo, apercibiéndole expresamente de las consecuencias de ello, y éste no mostrase su voluntad en contra por cualquier medio admitido en derecho o pidiese la separación o las medidas provisionales a que se refiere el artículo 103 en el plazo de seis meses a partir del citado requerimiento. 6. El cese efectivo de la convivencia conyugal durante el plazo de tres años. 7. Cualquiera de las causas de divorcio en los términos previstos en los números anteriores.”

O Código Civil italiano não elenca de maneira tão minuciosa como em nosso ordenamento jurídico, mas também prevê a hipótese de verificação da conduta culposa, no disposto em seu artigo 151: “Art. 150 Separazione personale E' ammessa la separazione personale dei coniugi. La separazione può essere giudiziale o consensuale. Il diritto di chiedere la separazione giudiziale o l'omologazione di quella consensuale spetta esclusivamente ai coniugi.

Art. 151 Separazione giudiziale La separazione può essere chiesta quando si verificano, anche indipendentemente dalla volontà di uno o di entrambi i coniugi, fatti tali da rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza o da recare grave pregiudizio alla educazione della prole.

Il giudice, pronunciando la separazione, **dichiara, ove ne ricorrano le circostanze e ne sia richiesto, a quale dei coniugi sia addebitabile la separazione in considerazione del suo comportamento contrario ai doveri che derivano dal matrimonio.**” (grifo nosso)

separação judicial contenciosa. Em um contra-senso, foram elencadas causas de separação judicial no artigo 1.573 que são similares ao que dispunha o Código Civil anterior sobre o desquite, em seu artigo 317³², na contramão daqueles que viam, após a Constituição de 1988, uma tendência a se atenuar o papel da culpa na separação judicial.

É interessante ressaltar que na mesma medida que o cônjuge culpado deixou de sofrer sanções previstas na legislação anterior, tais como a perda guarda dos filhos, o dever de prestar alimentos ao cônjuge inocente e perda do direito a usar o nome de casada, no caso do cônjuge mulher que tivesse sido considerada culpada³³, na mesma medida o Código Civil de 2002 fortaleceu a o papel da culpa nas relações conjugais, ao estabelecer a sua comprovação para a limitação da obrigação de alimentar ao mínimo necessário à sobrevivência do necessitado e ainda, ao conceder ao “cônjuge inocente” direito à pleitear herança do falecido³⁴, qualquer que seja o tempo da separação de fato do casal. Resta questionar se a comprovação desta culpa, muitas das vezes baseada em frágeis argumentos, tem o condão de satisfazer aquele que se sente ofendido pela dissolução tormentosa de uma relação conjugal?

Para DIAS³⁵, “se um dos cânones maiores das garantias individuais é o direito à privacidade e à intimidade, constitui violação do sagrado direito de respeito à dignidade da pessoa humana a ingerência do Estado na vida dos cônjuges, obrigando um a revelar a intimidade do outro, para que, de forma estéril e desnecessária, imponha o juiz a pecha de culpado ao réu”. E na ausência de comprovação da culpa? Cabe negar às partes o direito à dissolução de sua relação conjugal?

³² O Art. 317 do Código Civil de 1916 elencava como causas para o desquite o adultério, a tentativa de morte, as sevícias ou injúrias graves e o abandono voluntário do lar do casal.

³³ Art. 10, 17 e 19 da Lei nº 6.515/77.

³⁴ Art. 1.694, § 2º; 1.704, par. Único e 1.830.

³⁵ DIAS, M^a Berenice. *Da Separação e Do Divórcio*. IN Direito de Família e o Novo Código Civil. Coor.: Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira. 2ª ed, Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 79.

É um nítido retrocesso da Lei Civil vigente inclusive em face dos dispositivos constitucionais. Dentro da lição de TEPEDINO³⁶, a Constituição da República promoveu um processo de democratização da família, trazendo uma valorização dos membros da sociedade conjugal. O casamento deixa de ser um fim em si e passa a ser um meio de realização do indivíduo dentro de uma das formas de entidade familiar. Ora, dentro de tal perspectiva, a finalidade maior não deve ser a de tão somente preservar o vínculo conjugal, construindo obstáculos à sua dissolução, mas essencialmente, buscar a manutenção de relações familiares saudáveis, tentando ao máximo privilegiar a integridade emocional dos seus membros.

Para atingir tal finalidade, a culpa deveria deixar de ser requisito para a concessão da separação judicial litigiosa, passando-se a conceder a separação judicial litigiosa tão somente pela ponderação da violação do artigo 1.566 do Código Civil, especialmente com base na previsão de seu inciso V, que prevê o “respeito e a consideração mútuos” como um dos deveres inerentes aos cônjuges dentro da sociedade conjugal ou ainda, a cessação da comunhão plena de vida³⁷, pela falência dos vínculos de afeto que permeavam aquele casamento. Neste sentido, lapidar decisão do Superior Tribunal de Justiça, onde o Ministro Ruy Rosado de Aguiar lecionou:

“Evidenciada a insuportabilidade da vida em comum, e manifestado por ambos os cônjuges, pela ação e reconvenção, o propósito de se separarem, o mais conveniente é reconhecer esse fato e decretar a separação, **sem imputação da causa a qualquer das partes.**” (REsp. 46.718-4/SP, Ac. 4ª T., DJU 17.02.2003, in: *RBDF* 16:87).

³⁶ Op. cit. p. 385.

³⁷ Código Civil, art. 1.511.

Novamente na lição de DIAS³⁸, sequer deveria ainda persistir no direito brasileiro a separação judicial como forma de rompimento indireto do vínculo conjugal, bastando a busca pelo divórcio, como meio mais eficaz, menos oneroso para as partes e para o próprio Poder Judiciário e principalmente, menos sofrido, evitando que aqueles que já sofrem pela frustração do rompimento de um vínculo familiar se submetam duas vezes à tutela do Judiciário.

É evidente o entendimento de se valorizar a liberdade individual dos cônjuges, dando-lhes autonomia para decidirem sobre a permanência ou não no estado de casado. Em 25/09//2006, a Terceira Turma do STJ decidiu, em voto proferido pela Ministra Nancy Andrichi:

Ação de separação judicial. Pedidos inicial e reconvenção fundados na culpa. Não comprovação. Insuportabilidade da vida em comum. Decretação da separação sem atribuição de causa. Possibilidade.

Verificada a insuportabilidade da vida conjugal, em pedidos de separação com recíproca atribuição de culpa, por meio de ação e reconvenção, e diante da ausência de comprovação dos motivos apresentados conforme posto no acórdão impugnado, convém seja decretada a separação do casal, **sem imputação de causa a nenhuma das partes.**

Ressalte-se que, após a sentença de improcedência dos pedidos de separação com culpa, as partes formularam petição conjunta pleiteando a dissolução do vínculo conjugal, com fundamento no art. 1.573 do CC/02, e mesmo assim não alcançaram o desiderato em 2º grau de jurisdição.

Dessa forma, havendo o firme propósito de dissolução do vínculo matrimonial, nada obsta que o decreto de separação-sanção seja modificado para o de separação-remédio. Recurso especial conhecido e provido.

Cabe ressaltar que há hipóteses de dissolução da sociedade conjugal que efetivamente são motivadas por lesões graves à dignidade e à honra das partes envolvidas. Nestes casos específicos, deve se buscar a satisfação da parte lesada através da reparação dos danos sofridos, através de comprovação da existência de um ato ilícito, capaz de gerar o dever de indenizar.

³⁸Op. cit., p. 70-71.

4 – Algumas ponderações sobre a responsabilidade civil

Para se chegar à questão da responsabilidade civil entre os cônjuges, é necessário que se faça um breve comentário sobre o dever de indenizar.

Em seu sentido etimológico, responsabilidade exprime a idéia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, há a responsabilidade sempre que surge o dever de alguém reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico³⁹. Só há que se considerar a existência de responsabilidade quando houver a efetiva comprovação de houve a violação de um dever jurídico que tenha causado um dano. Logo, sob o entendimento de CAVALIERI, toda conduta humana que violar dever jurídico originário causar prejuízo a outrem, será fonte geradora de responsabilidade civil. Portanto, a existência de prejuízo comprovado, é o elemento básico para se constituir a responsabilidade, pois “com efeito, a unanimidade dos autores convém e que não pode haver responsabilidade sem a existência de um dano, e é verdadeiro truísmo sustentar este princípio, porque, resultando a responsabilidade civil em obrigação de ressarcir, logicamente não pode concretizar-se onde nada há o que reparar”⁴⁰

Hoje é pacífico que a responsabilidade civil decorre da caracterização da existência de um dano patrimonial ou moral à vítima, sendo que o primeiro pode ser compreendido como uma lesão o bens e direitos economicamente apreciáveis do seu titular e o último, parte da lesão a direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro⁴¹. Tal distinção parece elementar, mas ao longo do século passado, muitos e muitos autores se negavam a reconhecer a existência do dano

³⁹ CAVALIERI FILHO. Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 2 ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 20.

⁴⁰ DIAS. José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*, vol. II, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 833.

⁴¹ GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO. Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Vol. III, 2ª ed, São Paulo: Saraiva, p. 45 e 61.

moral, uma vez que entendia-se que haviam óbices ao reconhecimento desta modalidade de prejuízo, baseados na a) falta de um efeito penoso durável; b) na incerteza do direito violado; c) dificuldade em descobrir a existência do dano moral; d) indeterminação do número de pessoas lesadas; e) impossibilidade de rigorosa avaliação em dinheiro; f) imoralidade da compensação da dor com o dinheiro; g) extensão do arbítrio concedido ao juiz⁴².

Contudo, tal controvérsia foi pacificada, inicialmente pela expressa previsão constitucional do ressarcimento dos danos morais, em seu artigo 5º, incisos V e X e após, no artigo 186 do Código Civil vigente. Traçando um histórico da evolução da responsabilidade civil no Direito Brasileiro, DIREITO e CAVALIERI⁴³ entendem que a

“Constituição deu ao dano moral uma nova feição e maior dimensão por uma razão muito simples. A dignidade da pessoa humana foi consagrada pela atual Constituição como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Temos hoje o que pode ser chamado de *direito subjetivo constitucional à dignidade*. E a dignidade nada mais é do que a base de todos os valores morais, a síntese de todos os direitos do homem.⁴⁴”

Assim sendo, podemos qualificar a questão do ressarcimento dos danos não patrimoniais sofridos como sendo um desdobramento da proteção constitucional ao cidadão, bem como a proteção aos seus direitos da personalidade, tutelados pelos artigos 11 a 21 da lei civil em vigor, uma vez que a proteção a estes direitos reconhece a existência de direitos extrapatrimoniais nas relações interprivadas e, ainda, possibilidade a pessoa atingida em qualquer desses direitos possa buscar a reparação

⁴² DIAS. José de Aguiar, op. cit., p. 861.

⁴³ In *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 33.

⁴⁴ V.g.: “Qualquer agressão à dignidade pessoal lesiona a honra, constitui dano moral e é por isso indenizável. Valores como a liberdade, a inteligência, o trabalho, a honestidade, aceitos pelo homem comum, formam a realidade axiológica a que todos estamos sujeitos. Ofensa a tais postulados exige compensação indenizatória” Ap. Cível 40.541, Rel Des. Xavier Vieira, In ADCOAS 144719).

pelos prejuízos imateriais sofridos, seja pela caracterização de uma lesão ou da ameaça de uma lesão⁴⁵.

Portanto, o pressuposto para o dever de indenizar hoje é caracterização de uma conduta lesiva ao direito, capaz de gerar um dano, patrimonial ou moral, partindo-se da prática de um ato ilícito⁴⁶, conceito claramente estendido pelo disposto no artigo 186 do Diploma Civil vigente, que dispõe: “aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

5 – A QUESTÃO DO DANO MORAL NAS RELAÇÕES FAMILIARES

É inegável a peculiaridade das relações familiares. Embora os vínculos inerentes ao direito de família constituam vínculos jurídicos, estas relações extrapolam o aspecto meramente legal, uma vez que seus principais fundamentos estão calcados em laços afetivos, morais e éticos. Portanto, suas questões muitas das vezes não podem ser exauridas pela aplicação da norma, posto que a lei, em regra, não tem o condão de aplacar as paixões e os sentimentos envolvidos em uma relação familiar.

Sob tal ótica, por longo tempo entendeu-se não ser cabível o ressarcimento de danos nas relações familiares. Ora, como poderia o aplicador da lei mensurar de forma objetiva todas as nuances que envolvem uma questão familiar? Qual o histórico daquele problema que, de forma isolada, chegou à esfera do Poder Judiciário? Ou ainda, a

⁴⁵ OLIVEIRA, Carlos dos Santos. In BARROS. Ana Lúcia Porto de... [et al.]. Código Civil Comentado. RJ: Freitas Bastos, 2ª ed., 2004, p. 15.

⁴⁶ “O ato ilícito, tal como o lícito, é também uma manifestação de vontade, uma conduta humana voluntária, só que contrária à ordem jurídica. (...) é sempre um comportamento voluntário que infringe um dever jurídico, e não que simplesmente prometa ou ameace infringi-lo, de tal sorte que, desde o momento em que um ato ilícito foi praticado, está-se diante de um processo executivo, e não diante de uma simples manifestação de vontade. Nem por isso, entretanto, o ato ilícito dispensa uma manifestação de vontade. Antes, pelo contrário, por ser um ato de conduta, um comportamento humano, é preciso que ele seja voluntário. (...) é o ato voluntário e consciente do ser humano que transgride um dever jurídico”. CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op.citada, p. 23.

intervenção do Poder Judiciário ao decidir por responsabilizar os membros de família quanto aos possíveis danos que venham a ser causados não “engessaria” as relações familiares, ou ainda, não se daria preço ao afeto⁴⁷?

Segundo alguns posicionamentos, não há que se falar em indenização no Direito de Família, pois amor não se paga, convivência não se paga, não podendo haver a fixação de *quantum* indenizatório. A exemplo, podemos citar a Apelação Cível nº 597155167, proveniente da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que em 11.02.1998, tendo como relator o Des. Eliseu Gomes Torres, entendeu que a quebra de um dos deveres inerentes à união estável, a fidelidade, não gera o dever de indenizar, pois o sentimento que une duas pessoas que encetam o casamento ou união estável deve ser sempre o amor. Logo, inexistindo este sentimento, não há mais sentido em perpetuar tal vínculo ou de se manter intangível a relação entre o casal⁴⁸.

Contudo, para CAVALIERI⁴⁹, o importante para a configuração do dano moral “não é o ilícito em si mesmo, mas sim a repercussão que ele possa ter” e sob tal perspectiva, é inegável que para as membros de uma entidade familiar que, vítimas de

⁴⁷ Corroborando este pensamento: Ap. Cível nº 596.181 do TJRS: “A prevalecer a tese de sempre que houver mora ou algum contratempo num contrato, haveria o dano moral respectivo, estaríamos gerando uma verdadeira indústria dessas ações. Em breve teríamos um Tribunal do Dano Moral. A vida vai ser insuportável. O direito existe para viabilizar a vida, e a vingar a tese generosa do dano moral sempre que houver um contratempo, vai culminar em truncá-la, mercê de uma criação artificiosa. (...) Nessa nave do dano moral em praticamente todas as relações humanas, não pretendo embarcar. Vamos atingir os namoros desfeitos, separações, os atrasos nos pagamentos. Ou seja, a vida a serviço dos profissionais do direito. Se a segurança jurídica também é valor supremo do direito, devemos pôr em prática mecanismo tal que simplifique a vida, sem estar gerando um estado generalizado de neurose do suspense”.

⁴⁸ No mesmo sentido, a decisão da 8ª Câmara Cível do TJ/RRJ: Ação Ordinária - Indenização - União efêmera e instável, seguida do seu desfazimento - Retenção dos bens móveis da autora pelo réu - Indenização por danos materiais e morais - Já tendo sido devolvidos os bens móveis, de propriedade da demandante, só remanescendo no imóvel, antes comum, os comprovadamente de propriedade do demandado, não tem razão de ser a indenização pretendida - Não são passíveis de indenização, por danos morais, os desencantos e malogros afetivos, de que se queixa a autora, por ruptura da via em comum, quando espontaneamente a postulante se desfez de sua anterior situação de tranqüilidade financeira e emocional, antes de encetar a vida em comum com o réu - Desprovemento do recurso interposto. TJ/RJ
Apelação Cível nº 2000.001.10457
Relator DES. LUIZ ODILON BANDEIRA
Julgado em 12/12/2000

⁴⁹ In *Visão Constitucional do dano moral* www.estacio.br/direito/publicações/dir_art. Acesso em 02.08.2007

sofrimento, dor e humilhação têm um grande abalo em seu equilíbrio emocional, é repercussão suficiente e eficaz para ensejar a responsabilidade civil.

Embora a jurisprudência pátria ainda atue timidamente quanto ao reconhecimento da possibilidade da responsabilidade civil por lesão a direitos provenientes de uma relação familiar⁵⁰, a doutrina caminha no sentido inexorável de reconhecer sua possibilidade, uma vez que o reconhecimento do dano moral hoje passa pelo reconhecimento dos direitos da personalidade como um desdobramento do Princípio da Dignidade da Pessoa humana. HADDAD⁵¹, já em 1991, definiu de forma lapidar a questão:

“a moral do homem, no sentido perfeito, **significa o complexo dos bens decorrentes de usa dignidade de pessoa, de seus sentimentos de estima e de luta por sua realização existencial.** Luta essa que só é possível e válida quando inserida em contexto de ligação com o semelhante em vários níveis: o sexual-afetivo com o (a) companheiro (a), o paternal-afetivo com os filhos e o fraternal-afetivo com os irmãos.

Se o patrimônio econômico é necessário para a vida material do homem, **o patrimônio moral o é igualmente para a sua vida existencial;** é, aliás, mais importante do que o primeiro, pois não há dinheiro, por maior que seja, que pague a perda da auto-estima ou a sensação de frustração e derrota em face da Vida.” (grifo nosso)

Logo, a constatação pelo Poder Judiciário de que houve uma efetiva violação do patrimônio moral do indivíduo e não um mero dissabor ou transtorno familiar, deve ensejar o ressarcimento por parte do ofensor àquele que sofreu um prejuízo à sua

⁵⁰ "INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – Reconhecimento forçado. Indenização. Privações sofridas pelo reconhecido, a título de dano moral. Inadmissibilidade. Condição de filho que somente surgiu após a demanda investigatória. Ementa Oficial: Não tem o filho pretensão para haver do pai, após o reconhecimento forçado da paternidade, indenização pelas privações sofridas em virtude da negligência deste, a título de dano moral, porque a condição de filho, que baseia a demanda, é efeito da investigação acolhida." TJRS - Apelação Cível nº 59612757. Relator o Desembargador ARAKEN DE ASSIS

⁵¹ HADDAD, Luiz Felipe da Silva. *Reparação do dano moral no Direito Brasileiro*. In Livro de Estados Jurídicos. Vol. 2. Org.: James Tubenchlak e Ricardo Silva Bustamante, Niterói: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991, p. 121.

integridade moral. Primorosa sentença proferida pela 31ª Vara Cível da Comarca de São Paulo, no Processo de nº 01.036747-0, onde uma filha pleiteava em face de seu pai ressarcimentos de danos provenientes de seu abandono, indiferença e humilhação, comprovando-se nos autos seu prejuízo afetivo, determinou:

“Vê-se que não há fundamento jurídico para se concluir primeiro, que não haja dever do pai de estabelecer um mínimo de relacionamento afetivo com seu filho e, em segundo lugar, que o simples fato da separação entre pai e mãe seja fundamento para que se dispense quem não fica com a guarda do filho de manter esse relacionamento. A par da ofensa à integridade física (e psíquica) decorrente de um crescimento desprovido do afeto paterno, o abandono afetivo se apresenta também como ofensa à **dignidade da pessoa humana, bem jurídico** que a indenização do dano moral se destina a tutelar”.

Para HADDAD⁵², existem hipóteses na esfera jurídico-familiar que devem gerar a reparação por dano moral. Dentre elas podemos citar o abandono afetivo aos filhos por parte dos genitores⁵³, a violência dos pais em face dos filhos, o abuso sexual de

⁵²Idem, p. 123.

⁵³ A exemplo, será transcrita parte de lapidar sentença proferida pela Justiça Gaúcha, no Processo nº 141/1030012032-0, proveniente da Comarca de Capão da Canoa, onde o pai foi condenado a ressarcir sua filha em razão de abandono afetivo:

“De se salientar que aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos (art. 22, da Lei nº 8.069/90. A educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, o amor, carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a criança se auto afirme. Desnecessário discorrer acerca da importância da presença do pai no desenvolvimento da criança. A ausência, o descaso e a rejeição do pai em relação ao filho recém-nascido ou em desenvolvimento violam a sua honra e a sua imagem. Basta atentar para os jovens drogados e ver-se-á que grande parte deles derivam de pais que não lhe dedicam amor e carinho; assim também em relação aos criminosos.

De outra parte, se a inclusão no SPC dá margem à indenização por danos morais, pois viola a honra e a imagem, quanto mais a rejeição do pai. É menos aviltante, com certeza, ao ser humano dizer ‘fui indevidamente incluído no SPC’ a dizer ‘fui indevidamente rejeitado por meu pai’. (...)

Por óbvio que o Poder Judiciário não pode obrigar ninguém a ser pai. No entanto, aquele que optou por ser pai – e é o caso do autor – deve desincumbir-se de sua função, sob pena de reparar os danos causados aos filhos. (...)

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

Os prejuízos à imagem e à honra da autora, embora de difícil reparação e quantificação, podem ser objeto de reparação ao menos parcial. Uma indenização de ordem material não reparará, na totalidade, o mal que a ausência do pai vem causando à filha; no entanto, amenizará a dor desta e, talvez, propiciará-lhe condições de buscar auxílio psicológico e confortos outros para compensar a falta do pai. E, quanto

menores⁵⁴, o rompimento vexatório de relação de união estável⁵⁵ e a algumas hipóteses de dissolução do vínculo conjugal que serão tratadas especificamente a seguir. Contudo, não podemos olvidar que efetivamente devem ser escutados aqueles que defendem o cuidado para o reconhecimento e a fixação do ressarcimento dos danos morais dentro das relações familiares, uma vez que tais vínculos envolvem uma proximidade única dentre as relações jurídicas, envolvendo uma gama de emoções, sentimentos, onde as rugas e desentendimentos são inerentes à própria estrutura da família, para que não haja uma banalização do instituto do dano moral nem tampouco, se tire a espontaneidade e a beleza destas relações interpessoais, cautela verificada no voto do Ministro Fernando Gonçalves, relator do REsp. nº 757.411, da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça que modificou célebre decisão do TJ/MG⁵⁶, ao entender que *“quem sabe, admitindo a indenização por abandono moral não estaremos enterrando em definitivo a possibilidade de um pai, seja no presente, seja perto da*

ao demandado, o pagamento de valor pecuniário será medida profilática, pois fa-lo-á repensar sua função paterna ou, ao menos, se não quiser assumir o papel de pai, que evite ter filhos no futuro”

⁵⁴ “Podem os filhos responsabilizar os pais por dano moral no exercício do poder familiar? Positiva a resposta, em que pese a delicadeza do problema, mormente nos dias hodiernos, em que, a sociedade já adquiriu consciência do respeito aos direitos da criança e do adolescente que, em tempos ainda não tão remotos, eram reputados objeto perante o patriarcalismo -irracional da cultura dominante. (...) Com o equilíbrio que a consciência jurídica obriga, não poderemos, em tal campo, vislumbrar a ocorrência de dano moral senão em hipóteses graves, como o reiterado espancamento físico por fatos de somenos importância, a manutenção do filho menor em cárcere privado de modo que ofenda sua dignidade de pessoa (...). Sem falar nas graves aberrações de conduta, como o relacionamento sexual entre pai e filha e outras asquerosas atitudes “.HADDAD, Luiz Felipe da Silva, op. citada, p. 129.

⁵⁵ Neste sentido, segue a jurisprudência oriunda da 18ª Câmara Cível do TJ/RJ, na Apelação Cível nº 2000.001.18044, que teve como Relator o Des. DES. NASCIMENTO POVOAS VAZ: DANO MORAL. ATRIBUIÇÃO, PELO EX-COMPANHEIRO, À MULHER, COM QUEM MANTEVE UNIÃO ESTÁVEL, DE CONDUTA OFENSIVA À SUA REPUTAÇÃO, AO ACUSÁ-LA DE SE TER ENVOLVIDO EM ROMANCE COM OUTRO HOMEM, FALTANDO AO DEVER DE FIDELIDADE, QUANDO PERSISTIAM AINDA OS LAÇOS QUE OS UNIAM COMO CASAL OFENSAS À REPUTAÇÃO E À DIGNIDADE PESSOAL DESTA CONFIGURADORAS DO ALUDIDO DANO MORAL, A SER REPARADO. Parcial reforma do julgado.

⁵⁶ TJ/MG: Apelação Cível nº 20000.00.408550-5, Relator Des. Unias Silva, publicado em 29/04/2004: INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS - RELAÇÃO PATERNO-FILIAL - PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE: A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana.

velhice, buscar o amparo do amor dos filhos?”. A ementa do mencionado Acórdão estabeleceu: “A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do artigo 159⁵⁷ do Código Civil o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária”.

6 - A EXISTÊNCIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL ENTRE CÔNJUGES POR OCASIÃO DA DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL.

A partir do casamento, homem e mulher assumem obrigações mútuas que extrapolam questões objetivas como o dever de fidelidade, cuidado com os filhos ou ainda, a mútua assistência. O princípio da afetividade trouxe um novo parâmetro para estas relações, que se reflete na atual legislação especialmente no artigo 1511 e no inciso V do artigo 1.566, que estabelece que são deveres de ambos os cônjuges: respeito e consideração mútuos⁵⁸. Contudo, mesmo antes da vigência do Código Civil atual, o casamento já tinha o condão de fazer nascer entre os cônjuges direitos e deveres recíprocos e de natureza não patrimonial, “destacando-se entre eles os deveres de lealdade, respeito, fidelidade e de coabitação⁵⁹”.

Mas, quando o casamento encontra-se em crise e encontram-se “frustradas as expectativas de felicidade e de realização comum, o fracasso do relacionamento vem acompanhado de traições (no mais amplo sentido da expressão), injúria grave,

⁵⁷ Dispositivo do Código Civil de 1916, correspondente ao artigo 186 da Lei Civil vigente.

⁵⁸ A título de ilustração, segue a transcrição do entendimento do magistrado paulista Vitor F. Kumpel em artigo publicado em 25.10.2004 no Correio Braziliense, entendendo que o namoro virtual é a quebra da obrigação do art. 1.566, V, do Código Civil, ou seja, é a falta de respeito e consideração com o outro cônjuge ou companheiro: "Nessa linha de raciocínio, uma pessoa casada que freqüente chats sensuais ou mesmo de bate-papo com conotação sexual está praticando uma grave violação de um dever do casamento, ainda que seu microcomputador não seja dotado do genital drive ou de qualquer outro software apto a gerar prazer sexual virtual. A quebra do respeito e consideração provocada pelo cônjuge que se mantém em sala de bate-papo sexual ou em qualquer chat pornográfico gera possibilidade de o cônjuge inocente, por força do art. 1.572, caput, do Código Civil, processar e gerar condenação do outro por grave violação do dever de respeito, inclusive pela prática de uma conduta absolutamente desonrosa citada no art. 1.573, VI, do Código Civil."

⁵⁹ CAHALI, Youssef Said. *Dano Moral*. 2ª ed, SP: Revista dos Tribunais, 2000, p. 663.

sevícias, lesões etc. Surge, então, uma conclusão corriqueira: o cônjuge ‘prevaricador’ (com o perdão pelo uso da infeliz expressão, chegando a insinuar a idéia de prática de um ilícito criminal) é o grande culpado pela ruptura do vínculo e do fracasso do projeto de felicidade,”⁶⁰ se parte para responsabilizar aquele que “violou” objetivamente os deveres do matrimônio. Há a necessidade, por parte dos envolvidos, de responsabilizar alguém pela falência dos sonhos.

Entretanto, há efetivamente um culpado? Há como se polarizar esta relação, estabelecendo culpado/inocente? Há como se monitorar o afeto? E deve ser ressaltado este aspecto, não só quanto ao dever de fidelidade, mas também na ausência da comunhão de vida, no apoio mútuo e no término dos interesses comuns. E, havendo o rompimento desses deveres, caracteriza-se a culpa de um cônjuges, condenando-o a uma possível prestação de alimentos e rompendo-se os efeitos da relação conjugal. Este caminho, na maior parte das vezes, não traz uma efetiva satisfação àqueles que se sentem violados em seus direitos.

Isso ocorre porque há uma “precariedade” de soluções admitidas pela legislação àquele que sofre um dissabor ou passa por grave sofrimento em sua vida conjugal. O caminho apontado ao que busca o Judiciário para obter um remédio para sua insatisfação e sofrimento dentro do casamento é claro: a separação judicial litigiosa⁶¹, que, como discutido acima, em grande parte dos casos não é capaz, por si, de por fim à angústia daquele que sofreu uma grande decepção.

Interessante a disposição do Código Civil Português, no sentido de prever a possibilidade de ressarcimento de danos não patrimoniais entre os cônjuges, conforme a previsão contida no artigo 1.792º

⁶⁰FARIAS. Cristiano Chaves de. *A proclamação da liberdade de permanecer casado*. In: *RBDF* 18: 71.

⁶¹

“1. o cônjuge declarado único ou principal culpado e, bem assim, o cônjuge que pediu o divórcio com fundamento na alínea c) do artigo 1781º, devem reparar os danos não patrimoniais causados ao outro cônjuge pela dissolução do casamento. 2. O pedido de indemnização deve ser deduzido na própria acção de divórcio”.

Ou seja, de maneira inovadora, uma vez que tal dispositivo foi introduzido na lei civil lusa através do Decreto-Lei nº 496/77, este sistema jurídico já reconhece a possibilidade das questões advindas da ruptura da relação afetiva do casal poderem extrapolar os limites da dissolução do vínculo conjugal. Todavia, a aplicação deste dispositivo deve ser cercada de precauções, para que não se crie um excessivo número de condenações acerca de pequenas questões cotidianas e que são típicas da vida conjugal⁶².

⁶² Trecho do Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça português no Recurso nº 02B4593, julg. 30/01/2003, relator Dr. Neves Ribeiro: (...) 3. Quanto aos **danos** não patrimoniais: O artigo 1792º do Código Civil viabiliza a possibilidade de o **cônjuge** declarado único ou principal culpado indemnizar o outro **cônjuge** por **danos** não patrimoniais causados pela dissolução do casamento. Trata-se de uma obrigação de indemnizar, por facto ilícito imputável ao devedor (**cônjuge** culpado), equivalente à reparação **moral**, em resultado do desfasamento do casal. Mas, naturalmente, é preciso a verificação de um efeito lesivo, ou **dano** bastante provocado ao **cônjuge** que ficou sujeito ao exercício do direito potestativo que desfez o casal. (...)3.2. Não interessa argumentar, como se faz na decisão recorrida (fls.313/315, com alguma imprecisão) abonando-se «em jurisprudência uniforme», que a lei contempla os **danos** decorrentes da dissolução do casamento e não os **danos** decorrentes de factos que servem de fundamento ao divórcio. Isso é verdade! É a "**dissolução**" que a lei refere! Mas, com o devido respeito, não podemos cair numa distinção especiosa, ausente da observação da realidade da vida, isolando a causa do efeito, esperando que este só aconteça, finda definitivamente a acção, é só então se avaliando a existência e a dimensão do **dano** não patrimonial sofrido pelo outro **cônjuge**.

Os factos / fundamento do divórcio conduziram à dissolução do casal, por culpa exclusiva do autor, contra vontade da recorrente, que sempre resistiu ao rompimento voluntário proposto pelo autor, inclusive poupando os filhos. Não se pode fragmentar este conjunto, isolando a causa, o meio e o resultado. Elemento ponderativo é o conjunto que levou, por forma inevitável para a ré, ao resultado dissolutório do casal, após vinte e quatro anos de duração. É esta - o conjunto - a dissolução que a lei refere, sem a dissociar da causa que lhe deu origem. No fundo, olhando as coisas de frente, é desta que a recorrente se queixa, identifica e contabiliza os estragos morais, mas só quando tudo, se liga e conduz, ao resultado final a que o autor subordinou o abandono do lar, provocando-o deliberadamente, como causa geradora do direito potestativo ao divórcio, que assim logrou, contra a vontade e mantido desgosto dela. O dano está aí! A menos que se recuse olhar a vida! Se olharmos de lado uma realidade formal, ao salientar a causa, alheia ao mais importante que é o efeito dissuasor do casal, então, primeiro: só haverá direito à indemnização depois do divórcio; segundo, é preciso uma acção própria, para o exercer - tudo isto contra o que diz o n.º2 do artigo 1792º. Assim, sustenta a Relação! Por isso, o rigor formal e académico que emerge da decisão recorrida (não há indemnização pela causa,

Certamente, o Código Civil de 2002 poderia ter em seu corpo previsão neste sentido. Mas, houve um certo conservadorismo de nosso legislador ao tratar das relações de direito de família, o que pode ser também entendido como uma espécie de cautela, uma vez que a Lei Civil já tipifica, genericamente, o ato ilícito. Por outro aspecto, a doutrina e jurisprudência têm suprido esta possível lacuna, uma vez que reconhecem a possibilidade da aplicação do artigo 186 do Código Civil, quando se caracterizar, por parte de um dos cônjuges, um comportamento lesivo à integridade física e moral do outro, gerando uma violação aos direitos/deveres elencados no artigo 1.566 do mesmo diploma legal⁶³. Busca-se cada vez a preservação do princípio da

mas só pela dissolução !) partindo da distinção entre causa e efeito, a nosso ver, com o merecido respeito, não tem sentido, e é irrealista. Não tem sentido e é irrealista porque o efeito lesivo provocado pelo autor se destina, exactamente, a criar as condições objectivas do exercício procedente do direito potestativo do divórcio, que sabe que a recorrida não pretende - divórcio por culpa exclusiva dele. Direito esse, que é exercido contra a vontade e sensibilidade da recorrida, desgostando-a, ao abandonar o domicílio conjugal, para se juntar a outra mulher, com a desconsideração **moral**, social e familiar que o abandono para ela representou (pontos 33 a 44, não impugnados, da contestação) ao conduzir inevitavelmente à dissolução de que fala o artigo 1792º do Código Civil. É nesta avaliação do todo, porque nada se explica isoladamente, que releva e se situa o **dano** indemnizável, pela dissolução. Foi este «pôr fim ao casamento» querido pelo autor, como desejo próprio, a que foi resistindo vários anos a recorrida. Resistência que não evitou a dissolução do casal, sendo esta dissolução (o resultado final da causa, motivadora do dano) que lhe origina e continuará a originar, no futuro, o desgosto de que se queixa e que avalia, na contestação/reconvenção, e atrás falado. Na fragilidade da avaliação, não se pode medir coisa nenhuma do futuro! Nem mesmo o tempo! Muito menos o sofrimento de alguém, católica, praticante, a quem se impõe unilateralmente um divórcio, e a que resiste de forma prolongada - e de que não desiste, mas sem êxito! Não se pode exigir mais para prova de sofrimento futuro, sob pena de se pedir o impossível de provar, ou nunca, ou raramente, haver demonstração do direito indemnizatório pela dissolução do casal. E ainda por cima, sempre, e só depois, de definitivamente dissolvido - como tudo é tese da decisão recorrida...! Que mais se pode exigir, perguntamos (?), num quadro relativizado de avaliação frágil do futuro, acima sublinhado? Nem o autor se pode dizer alheio ao resultado desta avaliação, quando partiu de uma vontade deliberada e só por si imposta, abandonando o domicílio conjugal, colocando-se em condições objectivas de solicitar, como solicitou, e de forma procedente, o pedido de divórcio litigioso, reconhecido judicialmente por sua exclusiva culpa, fracassada a hipótese, que propôs, do consentimento mútuo! 3.3. A nosso ver, resulta inquestionável, o direito à indemnização pelo **dano moral** correspondente à dissolução do casal, sofrido pela recorrente.

⁶³ A título de exemplo, pode ser citada a Apelação nº 272.221-1/2, de 10.10.1996, prolatada pela 6ª Câmara de Direito Privado do TJSP: “A atitude da ré, sem dúvida alguma, constituiu uma agressão à dignidade pessoal do autor, ofensa que constitui dano moral, que exige compensação indenizatória pelo gravame sofrido. De fato, dano moral, como é sabido, é todo sofrimento humano resultante de lesão de direitos da personalidade, cujo conteúdo é a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, em geral uma atitude da ré que difundiu, por motivos escusos, um estado de gravidez inexistente, provocou um agravo moral que requer reparação, com perturbação nas relações psíquicas, na tranquilidade, nos sentimentos e nos

dignidade da pessoa humana sob a ótica das relações familiares. SEREJO⁶⁴ sintetizou tal perspectiva ao afirmar que a preocupação com a dignidade da pessoa humana tornou-se o paradigma de interpretação e aplicação da lei, envolvendo relações familiares.

Em razão da inexistência de norma regulamentadora neste sentido, ainda é tímido o número de ações propostas por cônjuges em razão da existência do dever de ressarcir os danos causados. ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO⁶⁵ busca justificar este comportamento:

"O fato de essa responsabilidade não ser exigida perante os tribunais brasileiros resulta, principalmente, de duas causas: do profundo respeito pelos laços familiares, dificultando a transferência dessas questões para o poder decisório do Judiciário, e da falta de espírito criador dos homens da Justiça - predominando a primeira causa, nos tempos passados, e a segunda, nos dias de hoje" .

Neste sentido, o julgado publicado no D.J.U. em 25.05.2004, proveniente do TJDF, na Apelação Cível nº 2001.01.1.0728900-6, que teve como relator o Desembargador Hermenegildo Gonçalves entendeu:

“DANO MORAL – RELACIONAMENTO ENTRE CÔNJUGES – INCABÍVEL INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – As alegações da apelante estão relacionadas com as vicissitudes do seu relacionamento com o apelado e neste particular não há que se falar em ato ilícito ocasionando dano moral que seja passível de indenização”.

afetos do autor, alcançando, desta forma, os direitos da personalidade agasalhados nos incs. V e X do art. 5º da Constituição da República”.

⁶⁴ SEREJO, Lourival. *Direito Constitucional da Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p 131.

⁶⁵ Apud GONÇALVES, Eduardo Sápia. IN *O DANO MORAL NAS RELAÇÕES FAMILIARES*, artigo publicado em www.

Ou seja, pode-se perceber que a grande questão surgida nos Tribunais quanto ao acolhimento da responsabilidade civil entre os cônjuges reside na delimitação daquilo que pode vir a ser considerado um efetivo dano moral e não apenas um dissabor ou contratempo inerente a todas as nossas relações pessoais, especialmente as familiares⁶⁶. PEREIRA⁶⁷ defende a impossibilidade de se caracterizar o ressarcimento dos danos morais sofridos entre os cônjuges em razão das vicissitudes da vida familiar, pois isso seria o “término da paixão, do amor, da libido, da força do sexo, impondo puritanismo retrógrado”.

Interessante posição defendida por WELTER⁶⁸, que compreende ser cabível a indenização de dano moral no casamento não em razão da infração aos deveres matrimoniais, mas, principalmente, em vista do cometimento de ilícito penal de um cônjuge contra o seu consorte. Para o autor, a indenização não decorre do prejuízo que os cônjuges sofreram pelo fim do amor, mas pela “desumana e indigna conduta delituosa perpetrada contra o consorte, a quem um algum dia, jurou amar, sonhar e fazer feliz por toda a vida, na alegria, na dor, da (des) esperança, na velhice, na (in) felicidade, na tristeza, na (des) confiança”. Assim sendo, a indenização não decorre da ruptura da sociedade conjugal mas porque um dos cônjuges cometeu um ilícito penal

⁶⁶ Neste sentido: TJ/RJ – APELAÇÃO CÍVEL Nº 2000.001.1967-4 – 2ª Câm. Cível, Des. Rel. Gustavo Kuhl Leite. Julgado em 10/04/2001 – “DANO MORAL. RELACIONAMENTO EXTRA CONJUGAL. SEPARAÇÃO CONSENSUAL, SÓ POR SI NÃO INDUZ A CONCESSÃO DE DANO MORAL. Alega a autora que seu ex-marido, durante a vida em comum, manteve relacionamento extraconjugal, daí advindo uma filha e que por isto sofreu humilhação e vexame. As provas negam tal circunstância, porque o relacionamento do casal já estava deteriorado nos meses em que o réu já vinha mantendo comunhão com a outra. Para que se possa conceder o dano moral é preciso mais que um simples rompimento da relação conjugal mas que um dos cônjuges tenha, efetivamente, submetido o outro a condições humilhantes, vexatória e que lhe afronte a dignidade, a honra e o pudor. Não foi o que ocorreu nesta hipótese, porque o relacionamento já estava deteriorado e o rompimento era consequência natural. Sentença de improcedência mantida”.

⁶⁷ PEREIRA, Sérgio Gischkow. Dano moral e direito de família: o perigo de monetarizar as relações familiares. In www.gontijo-familia.adv.br. Acesso em 04.08.2004.

⁶⁸ WELTER, Belmiro Pedro. *A secularização da culpa no Direito de Família*. In www.mundojurido.adv.br. Acesso em 03.08.2004.

(ainda que não haja uma ação penal em trâmite) que gerou ao outro o direito ao ressarcimento. Esta posição no entanto, restringe sobremaneira o pedido de indenização.

Para CAIO MÁRIO⁶⁹, é perfeitamente admissível a responsabilidade civil no âmbito das relações conjugais, desde que se comprove a culpa no comportamento do cônjuge. Contudo, esta culpa deve ser considerada em sentido amplo, como o “comportamento contrário ao Direito, seja intencional ou não, porém imputável por qualquer razão ao causador do dano”⁷⁰.

Claro está que deve haver a possibilidade de se caracterizar um ato ilícito entre os cônjuges, comprovando-se a existência de dores físicas e morais em face de uma lesão⁷¹, não bastando que haja por parte deles a violação de um dos deveres do casamento.

No mesmo sentido, GOMES⁷² que não se pode afastar a reparação do dano moral originário de atos ilícitos praticados por um dos cônjuges, ainda que tipifiquem igualmente causa de dissolução da sociedade conjugal. No entanto, “faz-se mister, porém, com perpicácia e delicadeza, discernir entre aqueles que se passam no seio da relação familiar rompida, que têm por conseqüência seu desfazimento, de outros, que por projetarem prejuízos fora do âmbito dela, perante a comunidade, possam impor reparação, a fim de que fatos constrangedores (...) sejam amplamente divulgados, em detrimento da reserva que aquela reclama e ensejem desmesuradas ações reparatorias’.

Em irretocável acórdão que foi objeto de análise no artigo sob o título *A proclamação da Liberdade de Permanecer Casado*⁷³, a 7ª Câmara Cível do TJRS, ao

⁶⁹ Op. cit., p. 301.

⁷⁰ PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de Direito Civil*. vol. 1, 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 419.

⁷¹ DIAS, Aguiar. op. cit., p. 865.

⁷² GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Elementos de Responsabilidade Civil*. 2000. Rio de Janeiro: Renovar, p. 393.

⁷³ RBDF, 18:49-50.

julgar a Apelação Cível de nº 70005834916 efetivamente criou um parâmetro para que não haja a banalização da responsabilidade civil entre os cônjuges:

“É remansoso o entendimento de que descabe a discussão da culpa para a investigação do responsável pela erosão da sociedade conjugal.

A vitimização de um dos cônjuges não produz qualquer seqüela prática, seja quanto à guarda dos filhos, partilha de bens ou alimentos, apenas objetivando a satisfação pessoal, mesmo porque difícil definir o verdadeiro responsável pela deterioração da arquitetura matrimonial, não sendo razoável que o Estado invada a privacidade do casal para apontar aquele que, muitas vezes, nem é o autor da fragilização do afeto.

A análise dos restos de um consórcio amoroso, pelo Judiciário, não deve levar à degradação pública de um dos parceiros, pois os fatos íntimos que caracterizam o casamento se abrigam na preservação da dignidade humana, princípio solar que sustenta o ordenamento nacional.

Embora o sistema jurídico não seja avesso à possibilidade de reparação por danos morais na separação ou no divórcio, a pretensão encontra óbice quando se expurga a discussão da culpa pelo dissídio, e quando os acontecimentos apontados como desabonatórios aconteceram depois da separação fática, requisito que dissolve os deveres do casamento, entre os quais o da fidelidade. Não há dor, aflição ou angústia para indenizar quando não se perquire a culpa ou se define o responsável pelo abalo do edifício conjugal”.

Ou seja, a cessação da vida em comum, a ausência do domicílio conjugal ou a prática da infidelidade onde não se exponha o outro cônjuge à vergonha ou a humilhação não devem ensejar o ressarcimento de danos, mas podem caracterizar-se tão somente como uma violação aos deveres do matrimônio e possível causa de dissolução da sociedade conjugal. Coaduando com tal pensamento, o acórdão da vanguardista 7ª Câmara Cível do TJRS, na Apelação Cível de nº 70002286912, que teve como relator o des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves decidiu:

“(…) Também não é nula a sentença por decretar a separação judicial sem declaração de culpa, pois esta somente tem relevância quando dela se extrai alguma consequência jurídica imediata. É difícil, senão impossível, aferir a culpa real pelo desfazimento da união conjugal e, em regra, cuida-se apenas da causa imediata da ruptura, desconsiderando-se que o rompimento é resultado de uma sucessão de acontecimentos e desencontros próprios do convívio diuturno, em meio também às próprias dificuldades pessoais de

Portanto, a ação de responsabilidade civil entre os cônjuges deve ser proposta baseada em uma conduta delituosa do outro cônjuge, devendo ser pleiteada indenização para o ressarcimento dos danos sofridos, sejam materiais ou morais. Esta ação deve ser baseada no artigo 186 do Código Civil⁷⁴, respeitando-se ainda o requisito temporal, pois aquele que ofendido em sua integridade moral continua a viver em sua relação conjugal e retardada a dissolução do casamento enseja a caracterização de uma espécie de perdão tácito⁷⁵.

Quanto ao juízo competente, a propositura desta ação não deve ser afastada da competência do Juízo de Família. Para PEREIRA⁷⁶, o pedido de ressarcimento deve ser feito em processo distinto do pedido de dissolução da sociedade conjugal mas devendo

⁷⁴Segundo Judith Martins-Costa (In *Breves anotações acerca do conceito de ilicitude no novo Código Civil*, disponível em www.mundojuridico.adv.br . acesso em 28/08/2004): “A lógica que hoje preside o tratamento da ilicitude civil deve ser a mesma que preside a noção de situação jurídica subjetiva (existencial ou patrimonial). Por isso é que, para viabilizar uma adequada tutela à pessoa e aos direitos da personalidade, aos direitos difusos, coletivos e às obrigações duradouras, será importante perceber que o novo Código opera a separação (metodológica) entre ilicitude e o dever de indenizar, não aludindo diretamente nem ao elemento subjetivo (culpa), nem ao dano, nem à responsabilidade civil, o que abre ensejo: a) à sua maior inserção no campo dos direitos da personalidade, possibilitando visualizar novas formas de tutela, para além da obrigação de indenizar; e, b) à compreensão de que pode haver ilicitude sem dano e dano reparável sem ilicitude” .

⁷⁵ Para Rolf Madaleno (“*Divórcio e Dano Moral*” In *RBDf*, N ° 2, p. 66): A inércia temporal conspira contra a invocação da causa da separação e faz com que os resíduos conflituosos não mais transpirem em processos nos quais a fática e já enfadonha ruptura transformou-se em silenciosa resignação. (...)

É que depois desse razoável interregno temporal fica expressamente vedada a iniciativa conflituosa da separação judicial e mesmo do divórcio, pois que tempo e lei eliminaram do processo o regime causal da separação, autorizando a dissolução do casamento pela mostra única de sua irreversível falência, mostrando que, com o passar do tempo, desapareceram a afinidade e a comunidade espiritual de vida que sustentavam o matrimônio, estando ambos os cônjuges resignados pela possível frustração de sua derrota nupcial. Mostrar sobretudo que, com o seu longo silêncio, os cônjuges desavindos já perdoaram eventuais desinteligências e possíveis excessos de conduta que tenham desonrado o seu casamento, como também permitiram que o tempo apagasse algum ressentimento nascido do descumprimento de expresso dever conjugal. É a incidência fática do perdão, como a propósito assinala APARECIDA AMARANTE, de que o perdão do cônjuge apaga os efeitos daquelas condutas desonrosas, já que consiste em renúncia ao direito de invocar aquelas culpas¹⁰, e esta mesma renúncia de invocar qualquer conduta conjugal culposa também tem incidência decorrente da simples inércia do consorte que não buscou a imediata retorsão à ofensa conjugal, aforando sua demanda de separação litigiosa.

No entanto, antes de vencidos estes períodos de fática ruptura do casamento, parece inquestionável considerar que a voluntária quebra de qualquer obrigação nupcial – e, dentro delas, a doutrina também lista os deveres de respeito¹¹ e de estima, enseja a dissolução culposa da sociedade conjugal e a eventual reparação civil do efetivo dano causado”.

⁷⁶ Op. cit., p. 305.

ser reconhecida a conexão entre ambos, mas pode-se ponderar a possibilidade de cumulação entre os dois pedidos, uma vez que há uma compatibilidade entre ambos, que terão rito ordinário. Neste sentido, SILVA alerta para o fato de que a não-cumulação⁷⁷ acarreta a repetição dos mesmos atos processuais nos dois feitos, o que feriria os princípios da celeridade e da economia processual⁷⁸. Quanto à natureza desta ação, afirma CAHALI⁷⁹ que esta indenização não tem qualquer natureza alimentar e “se baseia nos pressupostos do direito comum, quanto ao ressarcimento do dano decorrente de um delito civil”⁸⁰. Quanto à configuração do evento danoso, o mencionado autor defende que parece não haver dúvida de que o mesmo ato ilícito que configurou infração grave dos deveres conjugais para uma possível caracterização da malfadada culpa nas relações familiares se presta para legitimar uma ação de indenização de direito comum por eventuais prejuízos, conforme pode ser percebido na análise do RECURSO ESPECIAL N. 37.051, que teve como relator o Ministro Nilson Naves:

“Separação judicial – Proteção da pessoa dos filhos (guarda e interesse) – Danos morais (reparação) – Cabimento.

1. O cônjuge responsável pela separação pode ficar com a guarda do filho menor, em se tratando de solução que melhor atenda ao interesse da criança. Há permissão legal para que se regule por maneira diferente a situação do

⁷⁷ Neste sentido, Rolf Madaleno (*RBDF* 2/72) cita o entendimento do prof. MÁRIO MOACYR PORTO, que esclarece: “Mesmo antes da Carta Política de 1988 consagrar o ressarcimento pela lesão moral, já destacava a procedência cumulativa da ação de responsabilidade civil entre marido e mulher, independentemente da separação judicial contenciosa e, se fosse o caso, também independentemente da condenação em uma pensão de alimentos, fundada a reparação do ultraje moral na cláusula geral do art. 159 do Código Civil e que a ampla regra do art. 5º, inciso X, da Constituição Federal indubitavelmente contempla, indiferente à considerações mais acadêmicas”.

⁷⁸ Apud PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições...*, vol. V, p. 304.

⁷⁹ Op. cit., p. 669.

⁸⁰ Neste sentido: “AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – INFIDELIDADE FALSAMENTE ATRIBUÍDA À MULHER – DANO MORAL CAUSADO A AMBOS OS CÔNJUGES PELO MESMO FATO – CRITÉRIO PARA ARBITRAMENTO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO – SENTENÇA REFORMADA EM PARTE – **Aquele que faz ou divulga falsos comentários sobre a infidelidade da mulher casada ofende a honra e a imagem de ambos os cônjuges**, causando-lhes, em consequência, dano moral indenizável (art. 5º, X, da Constituição da República). Considerando-se a gravidade da ofensa, a boa situação financeira do ofensor, bem como o caráter compensatório e punitivo da indenização, por dano moral, é razoável e justo fixá-la em cinquenta vezes o valor do salário mínimo, para cada um dos cônjuges”. (TAMG – AC 0271613-6 – 7ª C.Cív. – Rel. Juiz Antônio Carlos Cruvinel – J. 26.08.1999) (grifo nosso)

menor com os pais. Em casos tais, justifica-se e se recomenda que prevaleça o interesse do menor.

2. O sistema jurídico brasileiro admite, na separação e no divórcio, a indenização por dano moral. Juridicamente, portanto, tal pedido é possível: responde pela indenização o cônjuge responsável exclusivo pela separação.

3. Caso em que, diante do comportamento injurioso do cônjuge varão, a Turma conheceu do especial e deu provimento ao recurso, por ofensa ao art. 159 do Código Civil, para admitir a obrigação de se ressarcirem danos morais.”

Diante de tal perspectiva, é inegável o acolhimento da responsabilidade civil nas relações conjugais. Ocorre que conforme demonstrado, a acolhida desta possibilidade deve ser cercada de cuidado, para que não se torne a relação conjugal vulnerável, deixando os seus membros sobressaltados pela possibilidade de serem a todo tempo responsabilizados pelos atos praticados na constância do casamento, não perdendo de vista um dos direitos individuais fundamentais: a liberdade, que nas relações afetivas pode ser compreendido como a possibilidade de amar e se deixar ser amado com responsabilidade e coerência sem contudo perder-se a dignidade, um dos mais caros bens jurídicos.

REFERÊNCIAS

- CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de Direito da Família e das Sucessões**. 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2ª ed., 1997
- CAVALIERI FILHO. Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 2 ed., São Paulo: Malheiros, 2000
- DIAS. José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**, vol. II, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 833
- DIAS. Maria Berenice e SOUZA. COELHO DE. Ivone M. C. **FAMÍLIAS MODERNAS: (INTER)SECÇÕES DO AFETO E DA LEI** In Revista Brasileira de Direito de Família, vol. 8, p. 63-64.
- DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). **Direito de Família e o novo Código Civil** . Belo Horizonte: Del Rey, 2ª ed., 2002
- FACHIN. Luiz Edson. **Elementos Críticos de Direito de Família**. RJ: Renovar, 1999,
- GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO. Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Vol. III, 2ª ed, São Paulo: Saraiva, p. 45 e 61.

- GOMES, Luiz Roldão de Freitas. **Elementos de Responsabilidade Civil**. 2000. Rio de Janeiro: Renovar
- HADDAD, Luiz Felipe da Silva. **Reparação do dano moral no Direito Brasileiro**. In Livro de Estados Jurídicos. Vol. 2. Org.: James Tubenchlak e Ricardo Silva Bustamante, Niterói: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991, p. 121.
- RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**, vol. 6. 28ª ed. SP: Saraiva
- RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de Direito Civil**. SP: Booksseler, 1999
- SILVA, Cláudia Maria da. **Indenização ao Filho**. In Revista Brasileira de Direito de Família, vol. 25
- TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. RJ: Renovar, 1999
- SOARES, Sônia Barroso Brandão. In BARROS, Ana Lúcia Porto de... [et al.]. **Código Civil Comentado**. RJ: Freitas Bastos, 2ª ed., 2004
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Os direitos humanos na família**. Artigo disponível em www.migalhas.com.br, acesso em 06/09/2007.
- WELTER, Belmiro Pedro. **A secularização da culpa no Direito de Família**. In www.mundojurido.adv.br . Acesso em 03/08/2007.