

ASSOCIAÇÃO CARUARUENSE DE ENSINO SUPERIOR E TÉCNICO
FACULDADE ASCES
CURSO DE DIREITO

O DANO MORAL NAS RELAÇÕES CONJUGAIS

BRUNA ANCIOLLY ALVES

CARUARU – PE
2015

ASSOCIAÇÃO CARUARUENSE DE ENSINO SUPERIOR E TÉCNICO
FACULDADE ASCES
CURSO DE DIREITO

O DANO MORAL NAS RELAÇÕES CONJUGAIS

BRUNA ANCIOLLY ALVES

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado à FACULDADE ASCES, como requisito parcial, para orientação do grau de bacharel em Direito, sob orientação do Professor Doutor Glauber Salomão Leite.

CARUARU – PE

2015

BANCA EXAMINADORA

Aprovada em: __/__/____.

Presidente: Prof. Doutor Glauber Salomão Leite

Primeiro avaliador: Prof.

Segundo avaliador: Prof.

DEDICATÓRIA

Dedico esse trabalho em primeiro lugar a Deus, merecedor de toda honra, glória e adoração.

Dedico ainda aos meus pais, Bruno Henrique da Silva, que não está presente aqui para testemunhar esse momento, mas sempre quis me ver concluindo essa etapa da vida, e Esmeralda Maria Alves, por ter me apoiado nos momentos difíceis da vida, e continuar me motivando para a elaboração do presente trabalho.

Dedico ao meu irmão Lucas Anciolly, por também me motivar a concluir o presente trabalho e por ser além de um irmão, um grande amigo.

Aos meus amigos, tanto os de tempo de colégio, quanto àqueles que conheci no decorrer do curso.

AGRADECIMENTOS

Ao meu professor orientador, Glauber Salomão Leite, pela paciência, disponibilidade e dedicação frente às minhas dificuldades apresentadas no decorrer das orientações.

Aos meus amigos Túlio Lima, Gabriella Santos, e Maria Luiza Andrade, pelo auxílio no decorrer da pesquisa.

E a todos que ajudaram direta e indiretamente na minha formação como pessoa e como acadêmico, meu muito obrigado!

RESUMO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, é produto de uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, e tem como escopo promover um debate acerca da possibilidade de indenização por danos morais nas relações conjugais. Tendo como objetivo geral analisar a possibilidade de cabimento do dano moral nas relações conjugais, haja vista a lei ser omissa, quanto a incidência da Responsabilidade Civil nas relações familiares. Por conseguinte, o objetivo específico é analisar os princípios constitucionais, bem como os do direito de família, além da legislação vigente e as posições doutrinárias e jurisprudenciais. O método a ser usado será o dedutivo com análise de doutrina, artigos e jurisprudência. A presente pesquisa pode ser classificada quanto ao seu objeto em exploratória e descritiva. O trabalho teve como resultado a compreensão de que a responsabilidade civil é um tema que tem levantado discussões importantes e sua relevância torna-se ainda maior quando analisada no âmbito dos deveres conjugais, na forma como este trabalho se propôs. Portanto trata-se de uma abordagem importante tanto do ponto de vista social como acadêmico, posto que possibilita uma reflexão interdisciplinar quanto a aplicabilidade de institutos da responsabilidade civil, do direito de família e dos princípios constitucionais.

Palavras-chave: Danos Morais. Responsabilidade Civil. Direito de Família. Casamento. Descumprimento dos Deveres Conjugais.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
CAPÍTULO I.....	10
1.1. O Direito de Família à luz da Constituição Federal de 1988.....	10
1.2. Os Princípios Constitucionais do Direito de Família.....	13
1.3. Entidades Familiares.....	20
1.3.1. Casamento.....	21
CAPÍTULO II.....	25
2.1. Aspectos Gerais da Responsabilidade Civil.....	25
2.2. Elementos da Responsabilidade Civil	30
2.2.1. Conduta.....	30
2.2.2. Nexo de Causalidade.....	31
2.2.3. O Dano.....	33
2.3. O Dano Moral e seus requisitos	38
CAPÍTULO III.....	39
3.1. O Dano Moral no Direito de Família.....	39
3.2. O Dano Moral nas Relações Conjugais e suas hipóteses.....	41
3.3. Posição Jurisprudencial Brasileira.....	48
CONCLUSÃO.....	52
REFERÊNCIAS.....	54

INTRODUÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso tem como tema, o Dano Moral nas Relações Conjugais, tendo como objetivo geral analisar a possibilidade de cabimento do dano moral nas relações conjugais, haja vista a lei ser omissa, quanto a incidência da Responsabilidade Civil nas relações familiares em geral. Por conseguinte, o objetivo específico é analisar os princípios constitucionais, bem como os do direito de família, e a real efetivação da possibilidade de seu cabimento.

A questão da responsabilidade civil, com o conseqüente dever de indenizar, tem sido alvo de inúmeras discussões pelos operadores de Direito, dada a sua importância no ordenamento jurídico, não somente brasileiro, bem como no âmbito dos ordenamentos estrangeiros.

A indenização, ou reparação, por dano causado por ação ou omissão de alguém, também está presente nas relações familiares, mais precisamente, nas relações conjugais, de que trata o presente trabalho.

Há que se lembrar, no entanto, que à luz dos princípios trazidos pela Constituição de 1988, o dever de indenizar deve ser visto, nas relações de família, com muito critério, posto que pela própria preservação do vínculo familiar, somente em última hipótese deverá o Poder Judiciário interferir com medidas deste cunho. É assim que se deve proceder, e tem sido o entendimento dos Tribunais Superiores, incontestavelmente.

Assim, pois, o estudo proposto mostra as consequências da responsabilidade civil sob o enfoque das relações familiares, bem como a maneira que o mencionado instituto se relaciona com os conceitos de dolo e culpa; causado por ação ou omissão de agente e as obrigações advindas e antecedentes ao dever de indenizar

O presente trabalho está dividido em três capítulos. No primeiro capítulo foi feita uma abordagem sobre a família na Constituição Federal de 1988, trazendo uma análise do Direito de Família em linhas gerais e, da maior instituição familiar em

debate, o casamento, com seus conceitos, características e diferenças, haja vista a evolução do direito de família e a compreensão de família também.

No segundo capítulo será feita uma abordagem sobre a responsabilidade civil em si, tratando do conceito, aspectos gerais, bem os como seus elementos: conduta, nexo de causalidade e o dano. Neste último ponto, adentrou-se na sua divisão – patrimonial e moral –, adentrando, por fim, no dano moral e seus requisitos.

Enfim, o terceiro capítulo irá versar sobre uma breve análise do dano moral no direito de família, aprofundando-se na possibilidade de sua incidência nas relações conjugais, analisando a doutrina e jurisprudência brasileira.

CAPÍTULO I

1.1. O direito de família à luz da Constituição Federal de 1988

O Estado Democrático Brasileiro, inovou diante do novo texto que trouxe a Constituição Federal de 1988, esta enlaçou os temas sociais juridicamente relevantes, para garantir uma maior efetividade.

No decorrer do século XX, o direito de família passou por grandes modificações, visto que esta parte do direito é atingida indiretamente por todas as mudanças que acontecem na sociedade ao longo do tempo. A inserção de novos valores morais, bem como a mudança do papel da mulher na sociedade, assim como na entidade familiar, fazia observar uma sociedade que prezava uma maior valorização do ser humano.

A definição antiquada de família já não mais atendia as demandas sociais e transformação contínua a que sociedade brasileira sofria. Destarte, a sociedade migrava do individualismo patrimonial para o desejo de valorização humanitária e seu desenvolvimento.

O direito civil foi constitucionalizado, e afastou-se da concepção individualista, tradicional e conservadora do código anterior, alcançando a um modelo igualitário contemporâneo para a época. Pois esta, reconheceu como família, não apenas a entidade matrimonial, mas também outras entidades familiares (união estável e família monoparental), além de abrir espaço para uma interpretação extensiva, de modo que incluiu as demais entidades implícitas.

Destarte, o legislador constituinte alargou o conceito de família, observando a nova realidade, dando juridicidade aos relacionamentos existentes fora do âmbito do casamento.

Sendo assim, conforme Maria Berenice Dias:

A família à margem do casamento passou a merecer tutela constitucional porque apresenta condições de sentimento, estabilidade e responsabilidade necessários ao desempenho das funções reconhecidamente familiares. Nesse redimensionamento, passaram a integrar o conceito de entidade familiar às relações monoparentais: pai com os seus filhos. Agora, para a configuração da família, deixou de se exigir necessariamente a existência de

um par, o que, conseqüentemente, subtraiu de seu conceito a finalidade procriativa.¹

Ou seja, até a promulgação da Constituição Federal de 1988, a família só possuiria existência legal e social, se proveniente de um casamento válido e eficaz, assim como só reconhecia os filhos como legítimos, aqueles originados dessa união.

Com a mudança consubstanciada ao longo do século XX, a família passou por um processo, a qual a transformou de patriarcal e biológica, para socioafetiva e igualitária. Em suma, a afetividade, ou como se é conhecido o princípio da afetividade, que apesar de não positivado, ganhou um valor jurídico elevado para a definição atual de entidade familiar.

Em suma, foram três os eixos seguidos pelo legislador constitucional, o primeiro, foi o pluralismo da entidade familiar, esta agora possuía várias formas de constituição, não sendo somente proveniente do matrimônio. A segunda via seguida, é a proibição de discriminações acerca da filiação proveniente do casamento ou fora dele. A terceira direção, se baseia na igualdade entre o homem e a mulher, quanto aos direitos e deveres, no âmbito conjugal, e toma forma no art. 226, § 5º da CF/88. Os avanços que se seguiu em função especial dessa última diretriz, ressalta e demonstra a função social da família no direito brasileiro.

No novo texto constitucional, se reproduziu a fase histórica que o país vivia, o Estado Social, dessa época, caracterizou-se pela intervenção nas relações privadas e no controle dos poderes econômicos, além da proteção dos mais fracos.

Por isso, na nova redação da constituição, foi dedicado um capítulo inteiro a defesa da entidade familiar, e este dispõe que: "Art. 226. A família, base da sociedade brasileira, tem especial proteção do estado."

Dessa forma, a Constituição Federal de 1988, interviu nas relações familiares, além de reconhecer que qualquer norma jurídica de direito de família exige a presença de validade constitucional.

Segundo Paulo Lobo:

A Constituição de 1988 proclama que a família é a base da sociedade. Aí reside a principal limitação ao Estado. A família não pode ser impunemente

¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 7 ed. Sao Paulo: Revista dos Tribunais, 010. p. 37.

violada pelo Estado, porque seria atingida a base da sociedade a que serve o próprio Estado.²

Diante disso, foi atribuído à família responsabilidades vinculadas à dignidade humana, enquanto princípio, merecendo por parte do poder público, uma atenção especial. Na medida em que a família é entendida como base da sociedade, merece atenção especial do Estado e o seu regramento é disciplinado por normas de Direito.

Paulo Lobo, afirma que:

A Constituição de 1988 expande a proteção do Estado à família, promovendo a mais profunda transformação de que se tem notícia, entre as constituições mais recentes de outros países. Alguns aspectos merecem ser salientados: a) a proteção do Estado alcança qualquer entidade familiar, sem restrições; b) a família, entendida como entidade, assume claramente a posição de sujeito de direitos e obrigações; c) os interesses das pessoas humanas, integrantes da família, recebem primazia sobre os interesses patrimonializantes; d) a natureza socioafetiva da filiação torna-se gênero, abrangente das espécies biológica e não biológica; e) consuma-se a igualdade entre os gêneros e entre os filhos; f) reafirma-se a liberdade de constituir, manter e extinguir entidade familiar e a liberdade de planejamento familiar, sem imposição estatal; g) a família configura-se no espaço de realização pessoal e da dignidade humana de seus membros.³

Pablo Stolze, atenta que:

Observamos, então, que, em virtude do processo de constitucionalização por que passou o Direito Civil nos últimos anos, o papel a ser desempenhado pela família ficou mais nítido, podendo-se, inclusive, concluir pela ocorrência de uma inafastável repersonalização. Vale dizer, não mais a (hipócrita) tentativa de estabilização matrimonial a todo custo, mas sim a própria pessoa humana, em sua dimensão existencial e familiar, passaria a ser a especial destinatária das normas de Direito de Família.⁴

Observado o papel desempenhado, entendemos que a efetividade das normas constitucionais implica na defesa direta das instituições sociais. A dignidade da pessoa humana foi colocada no topo do ordenamento jurídico atual, e é no direito de família que ela se desenvolve de fato, dando uma ordem constitucional ao estado de dar uma efetiva proteção a toda entidade familiar, independente de sua espécie.

² LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 35.

³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil : famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 36.

⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**, volume VI: Direito de família. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 30.

Paulo Lobo, afirma que:

Liberdade, justiça e solidariedade são os objetivos supremos que a Constituição brasileira (art. 3º, I) consagrou para a realização da sociedade feliz, após os duzentos anos da tríade liberdade, igualdade e fraternidade da Revolução Francesa. Do mesmo modo são os valores fundadores da família brasileira atual, como lugar para a concretização da dignidade da pessoa humana de cada um de seus membros, iluminando a aplicação do direito. de família que estava represado na doutrina e na jurisprudência.⁵

É no Direito de Família que mais se observa os princípios da Constituição Federal, que consagrou como fundamentais valores sociais dominantes. Os princípios que regem o Direito de Família não podem se distanciar da atual concepção da família. A Constituição Federal consagra alguns princípios, transformando-os em direito positivo. Por conseguinte, tais princípios, principalmente no que tange ao Direito de Família, serão abordados mais profundamente no próximo tópico.

1.2 Os princípios constitucionais do direito de família

A evolução do direito brasileiro, se deu principalmente após a vigência da constituição atual, com a possibilidade de consagrar os princípios, transformando-o em direito positivo, deixando para trás o efeito simbólico que estes possuíam. Estes princípios, se dividem em explícitos e implícitos, porém, é importante destacar, que embora positivados ou não na constituição, inexistente uma hierarquia entre eles, ou seja, ambos possuem a mesma força normativa.

Se entende que a aplicação dos princípios depende exclusivamente do entendimento do intérprete nos diferentes casos concretos, levando em conta os interesses, valores adotados pela comunidade em geral. Isto significa que os princípios surgem como condutor do trabalho do intérprete.

Desta forma, quando um princípio colide com o outro, somente em uma profunda análise do caso concreto, será possível identificar qual deles prevalecerá

⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil : famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 36.

sobre o outro, utilizando a hermenêutica para ponderar a melhor forma de aplicação deles.

Isto é, observamos que eles não oferecem uma única solução, como as leis em geral, pois eles se adaptam conforme as mudanças sofridas pela sociedade em geral, se moldando ao momento histórico vivido.

Porem, é importante levar em conta que existem os princípios gerais, e estes se aplicam a todo ramo do direito. Nos princípios gerais, independente das situações apresentadas, eles sempre prevalecerão.

a) Princípio da dignidade da pessoa humana

Este princípio é o maior, e já foi positivado no primeiro artigo do atual texto constitucional, foi neste momento que se iniciou uma expectativa de melhorias em relação ao desenvolvimento do ser humano como pessoa, quando foi inserido na Constituição Federal de 1988, no artigo 1º, inciso III, que o Estado Democrático Brasileiro tem como um dos fundamentos a dignidade da pessoa humana.

Segundo Maria Berenice Dias⁶, o constituinte consagrou esse princípio como valor nuclear da ordem constitucional, sendo este, o mais universal de todos os princípios, de onde todos os demais são irradiados.

E foi em razão da elevação da dignidade da pessoa humana como fundamento da ordem jurídica, que houve uma conexão dos demais institutos a realização de sua personalidade. De tal forma, desencadeou o fenômeno chamado de despatrimonialização do Direito Privado, colocando a pessoa humana no centro protetor do direito.

Dessa forma, a atuação do Estado foi limitada, pois este tem o dever de se abster de praticar atos que atentem contra esta, além de promover essa dignidade para que se garanta o mínimo existencial para cada ser humano. Pois, qualquer ato, conduta ou atitude que equipare a pessoa a uma coisa disponível ou objeto, é ato de violação desse princípio.

E conforme Maria Berenice Dias⁷, é no direito de Família que o princípio em tela encontra o solo apropriado para florescer, pois este, garante igual dignidade

⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 62.

para todas as entidades familiares. Assim, é indigno dar tratamento diferenciado as várias formas de filiação, ou aos vários tipos de constituição de família.

As relações familiares estão diretamente ligadas ao aspecto da dignidade de seus membros, principalmente quanto ao crescimento dos infantes em condições dignas, motivo pelo qual os papéis exercidos nesse elo devem estar pautados na solidariedade e na responsabilidade, está assumida pelos genitores ao optarem por dar origem a uma vida.

b) Princípio da solidariedade familiar

Esse princípio se origina nos vínculos afetivos, e refletindo nas relações familiares, e esta se entende como o ato humanitário de responder pelo outro, de fraternidade e reciprocidade. No núcleo familiar, deve entender-se como solidariedade recíproca dos cônjuges e companheiros, principalmente quanto a sua assistência moral e material. Em relação aos filhos, corresponde a exigência de ser cuidado até atingir sua vida adulta, esse cuidado, sob o ponto de vista do direito, é entendido como expressão particular do princípio em tela.⁸

A solidariedade social é reconhecida como objetivo fundamental da República Federativa brasileira, e possui assento constitucional, já que está positivado pelo art. 3º, I, da CF/88.

Ressalta-se, que a solidariedade, não é exclusivamente patrimonial, mas também afetiva e psicológica. Quando o legislador, no art. 229, caput, da CF/88, gera deveres recíprocos entre os integrantes do grupo familiar, ele abstém o Estado de prover toda gama de direitos que são assegurados constitucionalmente ao cidadão.

No art. 226. §8º da CF/88 que diz: "o Estado assegurara a assistência a família da pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações", é possível observar a consagração da solidariedade social na ótica familiar. Porém, atente para o fato que, o princípio da

⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 62.

⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil : famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 64.

solidariedade familiar, também implica em respeito e consideração mútuos em relação aos membros da entidade familiar.

c) Princípio da igualdade e respeito a diferença

A lei segue, de modo enfático a proclamar o princípio da igualdade, primeiramente no art. 5, caput, CF/88 "Todos são iguais perante a lei", e até se torna repetitivo no parágrafo primeiro do mesmo artigo, ao afirmar que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, e mais uma vez frisa isso no art. 226, §5º da CF/88, a igualdade de direitos e deveres de ambos no que se refere a sociedade conjugal.

Este princípio alcança também, os vínculos de filiação, proibindo a discriminação com relação aos filhos provenientes ou não da relação matrimonial, ou adoção.

De todos os princípios citados até o presente momento, nenhum desencadeou tão profunda transformação no direito de família, quanto o da igualdade do cônjuges, filhos e entidades familiares. O sistema jurídico assegura um tratamento igualitário a todos os cidadãos no âmbito social.⁹

Diante de tal reconhecimento, como exemplo prático, o marido ou companheiro a partir dessa mudança, esta apto a pleitear alimentos da mulher companheira, ou mesmo vice e versa. O grande problema é identificar até onde vai essa igualdade no caso concreto.¹⁰

Porem, como já foi explanado, este princípio também não é de aplicabilidade absoluta, admite limitações que não violem seu núcleo essencial.

d) Princípio da liberdade

O princípio da liberdade e da igualdade, estão diretamente correlacionados entre si, foram os primeiros a ser reconhecido como fundamentais, integrando como primeira geração a garantir o princípio da dignidade da pessoa humana. O direito

⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil** : famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 65.

¹⁰ TARTUCE, Flávio. **Direito de Família**. Vol. 5 - 9 ed. - São Paulo: Editora Método, 2014. p. 30.

tem como objetivo assegurar a liberdade, então, inexistindo pressuposto de igualdade, não haverá liberdade.¹¹

O supramencionado princípio diz respeito ao livre poder de escolha ou autonomia, a liberdade de agir esta baseada no respeito a integridade física, mental e moral.¹²

Já foi relatado aqui sobre a estabilidade do direito de família, este não admitia o exercício da liberdade de seus membros, que contrariasse o exclusivo modelo matrimonial e patriarcal. Não existia uma liberdade para se constituir entidade familiar fora do casamento, também não existia liberdade para dissolver o matrimônio ou até mesmo para constituir filiação fora do matrimônio, e as consequências punitivas se estendia aos filhos.

Tais transformações foram de extrema importância para o exercício da liberdade, pois todos tem a o direito de escolher seu par, bem como o tipo de entidade familiar que pretende constituir.

O retromencionado princípio tem como objetivo não apenas a manutenção ou extinção das entidades familiares, mas também sua permanente constituição e reinvenção.¹³

Ou seja, a família se desligou de suas funções tradicionais, pois não faz sentido que o Estado tenha interesse em regular a restrição desses direitos, quando não se repercute no interesse geral.

e) Princípio da afetividade

O Estado, elenca na Constituição, um rol imenso de direitos individuais e sociais, como forma de garantir a dignidade de todos. Porém, mesmo que o texto constitucional tenha colocado no seu âmbito de proteção o principio da afetividade, a palavra "afeto" não se encontra na constituição. Atualmente, o retromencionado

¹¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 64.

¹² LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil : famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 69.

¹³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil : famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 70.

princípio talvez seja apontado como o principal fundamento das relações familiares, decorrendo da valorização da dignidade humana.¹⁴

Quando a união estável foi reconhecida como entidade familiar, mostra que a afetividade, além de unir as pessoas, adquiriu o reconhecimento jurídico. Houve em fim a constitucionalização de um modelo de família igualitário, com um maior espaço para o afeto e realização individual.¹⁵

Com essa consagração, também foi possível efetivar a igualdade entre a filiação biológica e socioafetiva, e o respeito a seus direitos fundamentais. O sentimento de solidariedade não pode ser posto de lado em função dos interesses patrimoniais.

Este princípio também foi resultado da revolução da família brasileiras nas últimas décadas do século XX.

Paulo Lobo ensina que:

O princípio da afetividade está implícito na Constituição. Encontram-se na Constituição fundamentos essenciais do princípio da afetividade, constitutivos dessa aguda evolução social da família brasileira, além dos já referidos: a) todos os filhos são iguais, independentemente de sua origem (art. 227, § 6º); b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §§ 5º e 6º); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º); d) a convivência familiar (e não a origem biológica) é prioridade absoluta assegurada à criança e ao adolescente (art. 227).¹⁶

E importante salientar que, o afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência no âmbito familiar, não apenas do sangue. Assim, a posse de estado de filho, nada mais é do que o reconhecimento jurídico do afeto. As famílias se transformam na medida em que se acentuam as relações de sentimento entre os seus membros.

Podemos perceber então, que a partir de tais mudanças, a família e o casamento adquiriram novas peculiaridades, voltados a satisfazer os interesses afetivos dos seus integrantes, firmando as relações familiares contemporâneas.

¹⁴ TARTUCE, Flávio. **Direito de Família**. Vol. 5 - 9 ed. - São Paulo: Editora Método, 2014. p. 38.

¹⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 70.

¹⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil : famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 71.

Ao observarmos essa linha de evolução, identificamos que o direito das famílias instalou uma nova ordem jurídica para a família, atribuindo um valor jurídico ao afeto. Instituiu na sociedade laica um novo conceito para família, diferindo da instituição natural proveniente dos desejos divinos, imutável, e indissolúvel, que não dependia do afeto primariamente.¹⁷ E é nessa força que a afetividade reside, pois sem o afeto, as relações seriam frágeis, e não haveria um elo que manteria os integrantes unidos nas relações familiares.

f) Princípio da proibição do retrocesso social

Quando a constituição garantiu a família uma proteção especial, estabeleceu as diretrizes do direito de família em alguns eixos, entre eles estão: A igualdade entre homens e mulheres na convivência familiar, o pluralismo das entidades familiares, o tratamento igualitário entre todos os filhos. Essas normas, são uma forma de garantia constitucional, e servem de obstáculo para um possível retrocesso social.¹⁸

Ou seja, entendemos que nenhum direito alcançado e positivado na atual constituição, poderia sofrer retrocesso que lhe de alcance jurídico inferior ao que tinha originalmente.

A partir do momento em que o Estado positiva um direito, a realização deste não é apenas uma obrigação positiva para que o satisfaça, mas é também uma obrigação negativa, para que não se abstenha de atuar de modo que assegure a sua realização.

Ressalte-se que mesmo que a lei seja omissa em algum aspecto, é dever do interprete preencher as lacunas que esta foi omissa.

g) Princípio da função social da família

¹⁷ VILLELA, João Baptista. **As novas relações de família, Anais da XV Conferencia Nacional da OAB**, Foz do Iguaçu, set. 1994, p. 645.

¹⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 70.

Nas relações familiares, o princípio da função social também se faz presente, visto que, essas relações devem ser analisadas dentro dos diferentes contextos sociais.

Pablo Stolze leciona que a principal função da família é a sua característica de meio para a realização de nossos anseios e pretensões. Ou seja, para ele a família não possui fim em si mesmo, mas, o meio social para a busca de nossa felicidade na relação com o outro.¹⁹

A função social vem servindo de fundamentação para o reconhecimento da paternidade socioafetiva, além de outras entidades familiares, como a união homoafetiva. Pois, a sociedade vai mudando, a família se altera, e o Direito tem dever de acompanhar essas mudanças.²⁰

A jurisprudência também reconhece a necessidade de aplicação das normas de acordo do contexto social. E cada vez mais, os efeitos desse princípio pode ser notado na sociedade atual, e gradativamente, a concretização da finalidade social da família é buscado.

1.3 Entidades Familiares

Foi também em função da Constituição Federal de 1988, que a família pode adquirir uma característica de pluralidade, já foi explanado no decorrer desse trabalho que antes da promulgação do novo texto constitucional, a família só seria reconhecida se proveniente de um casamento válido e eficaz, assim como só eram reconhecidos como filhos legítimos, aqueles originados de tal união.²¹

A visão pluralista de família que foi adotada, abrangeu as demais entidades familiares, foi necessário. Pois, segundo Maria Berenice Dias, deve-se buscar o elemento que permite enlaçar no conceito de entidade familiar todos os elementos que tem origem em um elo de afetividade, independente de sua conformação. Para ela, a família é um grupo social fundado especialmente nos laços de afetividade.²²

¹⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**, volume VI: Direito de família. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 96;

²⁰ TARTUCE, Flávio. **Direito de Família**. Vol. 5 - 9 ed. - São Paulo: Editora Método, 2014. p. 42.

²¹ TARTUCE, Flávio. **Direito de Família**. Vol. 5 - 9 ed. - São Paulo: Editora Método, 2014. p. 47.

²² DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 43.

No decorrer do art. 226 da CF/88, este, que além de afirmar que a família tem especial proteção estado, inova ao admitir que esta poderá ser constituída pelo casamento, bem como pela união estável, institutos que serão desenvolvidos no decorrer deste capítulo. Além, de reconhecer a igualdade dos filhos provenientes ou não do matrimônio.

Isto é, a família se desvencilha das estruturas anteriores, adquirindo novos contornos, reconhecendo os demais vínculos familiares, que anteriormente eram condenados a invisibilidade.

Em sua obra, Paulo Lobo traz um rol de outros arranjos familiares, que acabaram sendo reconhecidas pela ordem jurídica brasileira, mesmo que não fossem indicadas de forma expressa:

- a) homem e mulher, com vínculo de casamento, com filhos biológicos;
- b) homem e mulher, com vínculo de casamento, com filhos biológicos e filhos não biológicos, ou somente com filhos não biológicos;
- c) homem e mulher, sem casamento, com filhos biológicos (união estável);
- d) homem e mulher, sem casamento, com filhos biológicos e não biológicos ou apenas não biológicos (união estável);
- e) pai ou mãe e filhos biológicos (entidade monoparental);
- f) pai ou mãe e filhos biológicos e adotivos ou apenas adotivos (entidade monoparental);
- g) união de parentes e pessoas que convivem em interdependência afetiva, sem pai ou mãe que a chefie, como no caso de grupo de irmãos, após falecimento ou abandono dos pais, ou de avós e netos, ou de tios e sobrinhos;
- h) pessoas sem laços de parentesco que passam a conviver em caráter permanente, com laços de afetividade e de ajuda mútua, sem finalidade sexual ou econômica;
- i) uniões homossexuais, de caráter afetivo e sexual;
- j) uniões concubinárias, quando houver impedimento para casar de um ou de ambos companheiros, com ou sem filhos;
- k) comunidade afetiva formada com “filhos de criação”, segundo generosa e solidária tradição brasileira, sem laços de filiação natural ou adotiva regular, incluindo, nas famílias recompostas, as relações constituídas entre padrastos e madrastas e respectivos enteados, quando se realizem os requisitos da posse de estado de filiação.²³

Diante desses novos modelos de família, entendemos que a família não pode mais se enquadrar numa moldura rígida como o do rol taxativo que consta no art. 226 da CF/88.

Por isso, a lei Maria da Penha (Lei 11.340/06) dispõe no art. 5, II, que deve-se entender como família a comunidade formada por indivíduos que são ou se

²³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil**: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 71.

consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa. Nota-se que, as novas relações familiares se baseiam cada vez mais no princípio da afetividade.²⁴

1.3.1 Casamento

O Código Civil do ano de 1916, reconhecia uma única forma de constituição da família e outorga juridicidade somente ao relacionamento decorrente do casamento. Quase um século depois, o casamento se despreendeu dos moldes tradicionais, porém ainda continua sujeito à influência do cristianismo, disciplinado no Código Civil 2002, do artigo 1511 ao 1590.

A lei se abstém de dar qualquer definição ou tentativa de conceituação do que seja do casamento, limita-se a lei a estabelecer requisitos para sua celebração, elencar direitos e deveres dos cônjuges e prever as sequelas patrimoniais decorrentes da dissolução do vínculo conjugal.

Apesar da legislação em si não dispor de nenhuma definição ou conceito do que é família ou casamento. São várias as definições dada pelos doutrinadores, Maria Berenice Dias, leciona que:

Casamento tanto significa o ato de celebração do matrimônio como a relação jurídica que dele se origina: a relação matrimonial. O sentido da relação matrimonial melhor se expressa pela noção de comunhão de vidas, ou de comunhão de afetos. O ato do casamento cria um vínculo entre os noivos, que passam a desfrutar do estado de casados. A plena comunhão de vida é o efeito por excelência do casamento. Além de estabelecer a sociedade conjugal e proceder a alteração do estado civil dos cônjuges e proceder a alteração do estado civil dos cônjuges, gera dois vínculos: (a) vínculo conjugal entre cônjuges; (b) vínculo de parentesco por afinidade, ligando um dos cônjuges aos parentes do outro."²⁵

Paulo Lôbo, como veremos, sugere uma linha de conceituação mais clássica:

²⁶ “o casamento é um ato jurídico negocial solene, público e complexo, mediante o

²⁴ TARTUCE, Flávio. **Direito de Família**. Vol. 5 - 9 ed. - São Paulo: Editora Método, 2014. p. 50.

²⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 145.

²⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 99

qual um homem e uma mulher constituem família, pela livre manifestação de vontade e pelo reconhecimento do Estado”.

Entretanto, assim com a lei silencia a respeito da definição de casamento, esta também não menciona o sexo dos nubentes. Ou seja, a inexistência de vedação pelo legislador, além do reconhecimento da pluralidade das entidades familiares, gerou o reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo, pelo Superior Tribunal de Justiça no ano de 2011, conforme Recurso Especial nº 1.183.378 – RS.

Assim, de forma mais contemporânea, Flávio Tartuce, afirma que: "o casamento pode ser conceituado como a união de duas pessoas, reconhecida e regulamentada pelo estado, formada com o objetivo de constituição de uma família e baseado em um vínculo de afeto." Ressalte-se, que este também não aponta a necessidade de sexos diferentes, para a constituição dessa instituição.²⁷

Como aponta Maria Berenice Dias, embora a legislação não defina casamento, a lei não declina de definir sua finalidade no art. 1511 do Código Civil "O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges." ²⁸ Além de, também prever seus efeitos ao atribuir encargos e ônus ao casal, como no art. 1565 do Código Civil "Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família."

Há uma discussão doutrinária sobre a natureza jurídica do casamento. Além de se discutir sobre o casamento ser um instituto do direito público ou privado, a doutrina diverge e se divide em três correntes, segundo Flávio Tartuce²⁹, a primeira delas, é a teoria institucionalista, esta defende que o casamento é uma instituição social, pois a ideia de matrimônio é oposta a de um contrato.

A segunda teoria, é chamada de contratualista, pois para esta o casamento constitui um contrato de natureza especial, com regras próprias de formação. A última corrente é chamada de mista ou eclética, segundo esta, o casamento é uma instituição quanto ao conteúdo, e um contrato quanto a sua formação.

²⁷ TARTUCE, Flávio. **Direito de Família**. Vol. 5 - 9 ed. - São Paulo: Editora Método, 2014. p. 55.

²⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. - 7 ed. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 146.

²⁹ TARTUCE, Flávio. **Direito de Família**. Vol. 5 - 9 ed. - São Paulo: Editora Método, 2014. p.57

Além do exposto, o casamento apesar de ter perdido a exclusividade de tutela jurídica, ainda continua como modelo mais adotado nas relações familiares. Por isso, é importante mencionar que independente de sua espécie (válido, putativo, nuncupativo, religioso com efeitos civis, consular, putativo, homossexual e de estrangeiros), este continua regido por apenas uma lei, o Código Civil, que regula os requisitos de celebração, bem como sua validade e seus efeitos.

Quando se finaliza a solenidade do casamento, ambos os nubentes concordam que o Estado estabeleça os deveres dos cônjuges. O Estado, além atribuir responsabilidade ao casal, impõe algumas regras a serem respeitadas pelos cônjuges no art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: I - fidelidade recíproca; II - vida em comum, no domicílio conjugal; III - mútua assistência; IV - sustento, guarda e educação dos filhos; V - respeito e consideração mútuos.

Estes deveres, importam numa profunda interferência na intimidade e na privacidade familiar, que dizem respeito exclusivamente aos cônjuges.³⁰

Conforme Maria Berenice Dias ensina, o eventual ou reiterado, dissimulado ou publico inadimplemento dos deveres conjugais, por um ou ambos os cônjuges, em nada afeta a existência, a validade ou eficácia do casamento. E também, não permite que o mero descumprimento de qualquer um desses deveres, não gera ao cônjuge a possibilidade de o cônjuge credor buscar seu adimplemento em juízo.³¹

A possibilidade, para a quebra desses deveres, já que não é mais permitido imputar ao infrator a culpa pelo fim do amor, é a ação de indenização por danos morais. Pois, entende-se que lesa a legítima confiança que um cônjuge deposita no outro, e essa lesão é considerada violação a boa-fé objetiva.

Como atenta Paulo Lobo:

O princípio da liberdade conjugal e familiar contenta-se com o simples desaparecimento dos laços afetivos do casal, bastando que um assim considere, tornando imprópria a investigação de culpa ou de culpado pelo cumprimento ou não de deveres conjugais.³²

³⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 142.

³¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. - 7 ed. - Sao Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 150.

³² LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 142.

Em síntese, podemos dizer que o casamento, sob a ótica do Direito Civil Brasileiro, consiste na entidade familiar constituída com base no atendimento das solenidades legais. Possui efeitos jurídicos, e estes podem ser projetados no ambiente social, nas relações pessoais e econômicas dos cônjuges. E embora não seja a única forma de constituir uma entidade familiar, continua sendo a mais importante, este dispõe de varias exigências legais para sua realização, bem como gera um rol responsabilidades e deveres aos nubentes. E tem como finalidade a comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.³³

³³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 125 e segs.

CAPÍTULO II

2.1. Aspectos gerais da Responsabilidade Civil

O principal objetivo da ordem jurídica, afirmou San Tiago Dantas, é proteger o lícito e reprimir o ilícito. Em síntese, entende-se que o Direito se destina aos atos ilícitos; cuida dos ilícitos pela necessidade de reprimi-los e corrigir os seus efeitos nocivos. Para atingir esse objetivo, a ordem jurídica estabelece deveres que, conforme a natureza do direito que a correspondem, podem ser positivos, de dar ou fazer, como negativos, de não fazer ou tolerar alguma coisa.³⁴

Esses deveres, podem atingir a todos indistintamente, como no caso dos direitos absolutos, ou, atingir a uma pessoa ou pessoas determinadas, como no direito relativo. Então, compreende-se assim, por dever jurídico a conduta externa de uma pessoa imposta pelo Direito Positivo por exigência da convivência social, ou seja, impor deveres jurídicos importa criar obrigações.³⁵

A violação desse dever configura um ilícito, que, quase sempre, provoca um dano para outrem, gerando assim um novo dever jurídico, o de reparar o dano. Isto é, há um dever jurídico originário, cuja violação gera um direito jurídico sucessivo.³⁶

É nesse momento que entra a responsabilidade civil. Sua essência esta conectada a noção de desvio de conduta, assim, ela foi planejada para alcançar as condutas praticadas de forma contrária ao direito e danosas a outrem. Aponta o dever que alguém tem o dever de reparar o dano da violação de outro dever jurídico.

Sílvio Venosa, leciona que:

O termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato ou negocio danoso. Sob essa noção, toda atividade humana, portanto, pode acarretar o dever de indenizar. Desse modo o estudo da responsabilidade civil abrange todo o conjunto de princípios e normas que regem a obrigação de indenizar.³⁷

³⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil** - 10 ed. - Sao Paulo: Atlas, 2012, p. 1.

³⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil** - 10 ed. - Sao Paulo: Atlas, 2012, p. 2.

³⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil** - 10 ed. - Sao Paulo: Atlas, 2012, p. 2.

³⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Responsabilidade Civil** – 12 .ed. - São Paulo: Atlas, 2012, p.1

Nessa linha, também segue Pablo Stolze:

Diríamos que a responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor *in natura* o estado anterior de coisas.³⁸

De tudo o que se disse até aqui, conclui-se que a noção jurídica de responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando a priori ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato (obrigação de reparar). Isto é, não havendo violação de um dever jurídico preexistente, não há que se falar em responsabilidade de qualquer modalidade, porque esta é um dever sucessivo decorrente daquele.³⁹

O Código Civil em vigor, embora mantendo a estrutura parecida com a do Código Civil de 1916 - que dedicava poucos dispositivos a este instituto -, trata da responsabilidade civil com mais profundidade, ainda que sem a amplitude desejada.

O fato gerador da responsabilidade civil é o ato ilícito. Porém, o que se entende por ato ilícito? O art. 186 do Código Civil, define ato ilícito, dizendo: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Porém, faz-se importante observar, que na antiga legislação, não havia previsão de dano moral, visto que tal ideia, era, até então, repelido pela sociedade, doutrina e tribunais da época.

Sílvio Venosa, afirma que, os atos ilícitos são os que promanam direta ou indiretamente da vontade e ocasionam efeitos jurídicos, mas contrários ao ordenamento. O ato voluntário é, portanto o primeiro pressuposto da responsabilidade civil. Esse conceito prende-se ao de imputabilidade, porque a

³⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil, volume III: Responsabilidade civil**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 54.

³⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil** - 10 ed. - São Paulo: Atlas, 2012, p. 4.

voluntariedade desaparece ou torna-se ineficaz quando o agente é juridicamente irresponsável.⁴⁰

O ato de vontade, contudo, no campo da responsabilidade deve revestir-se de ilicitude. O ato ilícito traduz-se em um comportamento voluntário que transgredir um dever.

A responsabilidade civil, é na sua essência, um conceito uno. Entretanto, em função de algumas particularidades dogmáticas, estabelece uma classificação sistemática, tomando por base a questão da culpa, e depois disso, a natureza da norma jurídica violada. Veremos no decorrer desse capítulo, algumas dessas classificações.

A responsabilidade civil subjetiva constitui regra geral em nosso ordenamento jurídico, baseia-se na teoria da culpa. Dessa forma, esta é a decorrente de dano causado em função de ato doloso ou culposos. Esta culpa, por ter natureza civil, se caracterizará quando o agente causador do dano atuar com negligência ou imprudência, conforme o disposto no art. 186 do CC/2002.⁴¹

Flávio Tartuce, em sua obra, afirma que:

Como primeiro argumento para a conclusão de que a regra é a responsabilidade subjetiva, veja-se a própria organização do Código Civil, uma vez que a Parte Geral traz como regra, em seu art. 186, a responsabilização somente nos casos em que a culpa em sentido amplo estiver presente. Desse modo, para que o agente indenize o prejudicado é necessária prova do elemento culpa, ônus que cabe, como regra geral, ao autor da demanda, pelo que prevê o art. 333, I do CPC. Em reforço, cumpre lembrar que, de acordo com a ordem natural das coisas, a regra vem sempre antes da exceção. Percebe-se que o art. 927, caput, traz primeiro a responsabilidade com culpa, estando a responsabilização objetiva prevista em seu parágrafo único, como nos casos ali taxados, justamente nas hipóteses em que não se aplicam a regra geral.⁴²

Dispõe assim, o art. 927 do Código Civil:

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

⁴⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Responsabilidade Civil** – 12 .ed. - São Paulo: Atlas, 2012, p. 24.

⁴¹ GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil, volume III: Responsabilidade civil**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 59.

⁴² TARTUCE, Flávio. **Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**. Vol. 2 - 9 ed. - São Paulo: Editora Método, 2014, p. 336.

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

Portanto, a noção Geral da responsabilidade civil, dentro da doutrina subjetiva, é o princípio segundo cada um responde pela própria culpa. Por se caracterizar em fato constitutivo do direito a pretensão reparatória, caberá ao autor, sempre, o ônus da prova da culpa do réu.

No entanto, há concordância entre a doutrina sobre a dificuldade se se estabelecer o conceito de culpa, embora não exista dificuldade de compreendê-la nas relações sociais e no caso concreto.

Sílvio Venosa, em sentido amplo, define culpa como sendo a inobservância de um dever que o agente devia conhecer e observar. ⁴³ Sérgio Cavalieri Filho, também em sentido amplo, tem como noção de culpa toda forma de comportamento contrario ao Direito, seja intencional, como no caso de dolo, ou tentacional, como na culpa (em sentido estrito). ⁴⁴

Vale ressaltar que tanto no dolo como na culpa, há conduta voluntária do agente, só que no primeiro caso a conduta já nasce ilícita, porquanto a vontade se dirige a concretização de um resultado antijurídico - o dolo abrange a conduta e o efeito lesivo dele resultante -, enquanto que a culpa nasce lícita, tornando-se ilícita na medida em que se desvia dos padrões socialmente adequados. ⁴⁵

Nessa diapasão, segue os elementos para a caracterização da culpa, conforme Cavalieri:⁴⁶

- a) conduta voluntária com resultado involuntário;
- b) previsão ou previsibilidade; e
- c) falta de cuidado, cautela, diligência ou atenção.

Entretanto, há hipóteses que não é necessário sequer ser caracterizada a culpa. Nesses casos, estaremos diante da chamada responsabilidade civil objetiva.

⁴³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Responsabilidade Civil** – 12 .ed. - São Paulo: Atlas, 2012, p. 25.

⁴⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil** - 10 ed. - Sao Paulo: Atlas, 2012, p. 31.

⁴⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil** - 10 ed. - Sao Paulo: Atlas, 2012, p. 31.

⁴⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil** - 10 ed. - Sao Paulo: Atlas, 2012, p. 36.

Nessa espécie de responsabilidade, o dolo ou a culpa é irrelevante na conduta do agente causador, é irrelevante juridicamente, haja vista que apenas será necessária a existência do elo de causalidade entre o dano e a conduta do agente responsável para que surja o dever de indenizar.

As teorias da responsabilidade civil, procuram encará-la como mera questão de reparação de danos, fundada diretamente no risco da atividade exercida pelo agente.

Ao se analisar a teoria do risco, mais exatamente do chamado risco criado, o que se é levado em conta é a potencialidade de ocasionar danos; a atividade ou conduta do agente que resulta por si só na exposição a um perigo.⁴⁷ O princípio da responsabilidade sem culpa ancora-se em um princípio de equidade: quem afeere os cômodos de uma situação deve também suportar os incômodos.

Na responsabilidade subjetiva, o centro do exame é o ato ilícito. O dever de indenizar vai repousar justamente no exame de transgressão ao dever de conduta que constitui no ato ilícito. Porém, na responsabilidade objetiva, o ato ilícito mostrasse incompleto, pois é suprimido a culpa. Frise-se que na ausência de lei expressa, a responsabilidade pelo ato ilícito será subjetiva, pois esta ainda a regra geral no direito brasileiro.

Para encerrar, discorreremos brevemente sobre as excludentes do dever de indenizar, são elas, conforme Flávio Tartuce:

- a) legítima defesa;
- b) estado de necessidade ou remoção de perigo iminente/
- c) exercício regular de direito ou das próprias funções;
- d) excludentes de nexo de causalidade: culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, fato exclusivo da vítima ou de terceiro, caso fortuito ou força maior;
- e) cláusula de não indenizar.⁴⁸

De tudo o que se disse até aqui, conclui-se que a noção jurídica de responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando a priori ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato (obrigação de reparar).

⁴⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Responsabilidade Civil** – 12 .ed. - São Paulo: Atlas, 2012, p. 12.

⁴⁸ TARTUCE, Flávio. **Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**. Vol. 2 - 9 ed. - São Paulo: Editora Método, 2014, p. 407.

- a) conduta (positiva ou negativa);
- b) dano;
- c) nexo de causalidade.

Dissecar sobre cada um desses elementos, é o objeto do próximo tópico.

2.2 Elementos da Responsabilidade Civil

Conforme o exposto no tópico anterior, o objeto de discussão desse ponto é proporcionar um panorama geral dos elementos retromencionados. Ao analisarmos brevemente o supramencionado art. 186 do Código Civil, base fundamental da responsabilidade civil, extraímos deles os elementos da responsabilidade civil. São eles: a conduta humana, - que pode ser positiva ou negativa -, o dano ou prejuízo e o nexo de causalidade.

2.2.1 Conduta

Entende-se por conduta o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas. Vale ressaltar, que apenas o homem, por si ou por meio das pessoas jurídicas que forma, poderá ser civilmente responsabilizado.⁴⁹

O núcleo fundamental da conduta humana, é a voluntariedade, que resulta exatamente da liberdade de escolha do agente imputável, com discernimento necessário para ter consciência daquilo que faz.

Em função disso, não se pode reconhecer o elemento da "conduta humana", pela ausência do elemento volitivo. Ou seja, sem a voluntariedade não há o que se falar em ação humana, muito menos em responsabilidade civil.

Apesar de ser a pedra de toque da noção de conduta humana ou ação voluntária, esse primeiro elemento não traduz necessariamente a intenção de causar o dano, mas sim, e tao somente, a consciência daquilo que se esta fazendo. E isso ocorre, tanto na responsabilidade subjetiva, mas também na responsabilidade

⁴⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil, volume III: Responsabilidade civil**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 78.

objetiva, porque em ambas as hipóteses o agente causador do dano deve agir de acordo com sua livre capacidade de autodeterminação.⁵⁰

Classifica-se a conduta em positiva ou negativa. A primeira consiste na prática de um comportamento ativo ou positivo, que denominamos de ação. A segunda forma de conduta, contudo, é mais sutil. Trata-se da omissão ou conduta negativa, ela pode ser interpretada como um "nada", um "não fazer", ou uma "simples abstenção".

A ação portanto, é a forma mais comum de exteriorização da conduta, porque, fora do domínio contratual, as pessoas estão obrigadas a abster-se da prática de atos que possam lesar o seu semelhante, de sorte que a violação desse dever geral de abstenção se obtêm através de um fazer.

Isto é, a ação consiste em um movimento corpóreo comissivo, um comportamento positivo, como a destruição de uma coisa alheia, a morte ou lesão corporal causada em alguém, e assim por diante. Já, a omissão, forma menos comum de comportamento, caracteriza-se pela inatividade de abstenção de alguma conduta devida.⁵¹

Nessa diapasão, a doutrina, frequentemente aponta a ilicitude como aspecto necessário da ação humana voluntária. E é nesse sentido que Sílvio Venosa, preleciona:

O ato de vontade, contudo, no campo da responsabilidade deve revestir-se de ilicitude. Melhor diremos que na ilicitude há, geralmente, uma cadeia de atos ilícitos, uma conduta culposa. Raramente, a ilicitude ocorrerá com um único ato. O ato ilícito traduz-se em um comportamento voluntário que transgredir um dever.⁵²

Então, porque, quando se menciona a conduta humana, ela não é classificada com a palavra ilícita? Pois, entende-se que a imposição do dever de indenizar poderá existir mesmo quando o sujeito atua licitamente. Em outras palavras: poderá

⁵⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil, volume III: Responsabilidade civil**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 80.

⁵¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil** - 10 ed. - São Paulo: Atlas, 2012, p. 25.

⁵² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Responsabilidade Civil** – 12 .ed. - São Paulo: Atlas, 2012, p. 22.

haver responsabilidade civil sem necessariamente haver antijuricidade, ainda que excepcionalmente, por força de norma legal.

2.2.2 Nexo de causalidade

O nexo de causalidade ou nexo causal constitui o elemento imaterial ou virtual da responsabilidade civil, constituindo a relação de causa e efeito entre a conduta culposa ou o risco criado e o dano suportado por alguém. Esse conceito, não é jurídico; decorre das leis naturais. É o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado.⁵³

A responsabilidade civil, não pode existir sem a relação de causalidade entre o dano e a conduta do agente, independente de ser subjetiva ou objetiva. Se houver dano, sem que a sua causa esteja relacionada com o comportamento do suposto ofensor, inexistente a relação de causalidade, não havendo a obrigação de indenizar. Dessa forma, compreendemos o seguinte:

- Na responsabilidade subjetiva o nexo de causalidade é formado pela culpa genérica ou *latu sensu*, que inclui o dolo e a culpa estrita (art. 186 do CC).

- Na responsabilidade objetiva o nexo de causalidade é formado pela conduta, cumulada com a previsão legal de responsabilização sem culpa ou pela atividade de risco (art. 927, parágrafo único, do CC).⁵⁴

São três as principais teorias que tentam explicar o nexo de causalidade:

- Teoria da equivalência das condições:

A primeira teoria foi criada pelo alemão Von Buri no século XIX, esta teoria não diferencia os antecedentes do resultado danoso, de forma que tudo aquilo que concorra para o evento será considerado causa. Ou seja, todos os fatores causais se equivalem, caso tenham relação com o resultado.

É, inclusive, a teoria adotada pelo Código Penal Brasileiro, segundo a interpretação dada pela doutrina ao seu art. 13.

Entretanto, por considerar todo o antecedente que contribua para o desfecho danoso, a cadeia causal, seguindo esta linha de pensamento, poderia levar a sua

⁵³ TARTUCE, Flávio. **Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**. Vol. 2 - 9 ed. - São Paulo: Editora Método, 2014, p. 269.

⁵⁴ TARTUCE, Flávio. **Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**. Vol. 2 - 9 ed. - São Paulo: Editora Método, 2014, p. 270.

investigação ao infinito. Em virtude, destes inconvenientes, os doutrinadores do Direito Civil, não abracam essa teoria.

- Teoria da causalidade adequada:

A segunda teoria foi desenvolvida pelo alemão Von Kries, não considera como causa "toda e qualquer condição que haja contribuído para a efetivação do resultado", conforme o sustentado pela teoria retromencionada, mas sim, apenas o fato antecedente abstratamente idôneo à produção do efeito danoso. Logo, nem todas as condições serão causa, mas apenas aquela que for mais apropriada para produzir o evento.⁵⁵

Pablo Stolze defende que, esta "abstração" característica da investigação do nexu causal segundo a teoria da causalidade adequada pode conduzir a um afastamento absurdo da situação concreta, posta ao acerto judicial.⁵⁶

- Teoria da causalidade direta ou imediata:

Também é chamada de Teoria da interrupção do nexu causal, foi criada pelo brasileiro Agostinho Alvim e determina que causa é apenas o fato antecedente que "ligado por um vínculo de necessariedade ao resultado danoso, determinasse este último como uma consequência sua, direta e imediata."

A terceira teoria, nada mais é do que uma especie de meio-termo, mais razoável. Requer uma relação de causa e efeito direta e imediata, entre a conduta e o dano.⁵⁷ Ou seja, cada agente só vai responder pelos danos que resultam direta e imediatamente, de sua conduta.

Essa teoria é adotada por Gustavo Tepedino, Carlos Roberto Gonçalves e Pablo Stolze. Pois, os referidos doutrinadores, entendem ser a mais adequada, além de não apresentar o nível de insegurança jurídica e subjetividade apresentados em alto grau pelas teorias anteriores.

Por sua vez, apesar de Pablo Stolze reconhecer que a terceira teoria apresentada amolda-se melhor ao Código Civil vigente, ele também entende, que

⁵⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil, volume III: Responsabilidade civil**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 154.

⁵⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil, volume III: Responsabilidade civil**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 155.

⁵⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 5ª, ed - São Paulo: Saraiva, 2010, p. 350.

por muitas vezes, a jurisprudência adota a causalidade adequada, no mesmo sentido.⁵⁸

2.2.3 Dano

Para Agostinho Alvim, o termo:

Dano, em sentido amplo, vem a ser a lesão de qualquer bem jurídico, e aí se inclui o dano moral. Mas, em sentido estrito, dano é, para nós, a lesão do patrimônio; e patrimônio é o conjunto das relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis em dinheiro. Aprecia-se o dano tendo em vista a diminuição sofrida no patrimônio. Logo, a matéria do dano prende-se à da indenização, de modo que só interessa o estudo do dano indenizável.⁵⁹

Esse conceito sintetiza bem, afinal, dano é basicamente a "diminuição do patrimônio" ou "subtração de um bem jurídico", quando abrange não só o patrimônio, mas a honra, a saúde, a vida, suscetíveis de proteção.

Nota-se, neste conceito, que a configuração do prejuízo poderá decorrer da agressão a direitos ou interesses personalíssimos (extrapatrimoniais), a exemplo daqueles representados pelos direitos da personalidade, como o dano moral.

Nesta diapasão, indenizar significa reparar o dano causado à vítima, integralmente. Se possível, devolvendo-a ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do ato ilícito. São requisitos mínimos do dano indenizável:

a) a violação de um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa física ou jurídica.

b) a certeza do dano, visto que ninguém poderá ser obrigado a compensar a vítima por um dano abstrato ou hipotético.

c) subsistência do dano, afinal, não há como se falar em indenização se o dano já foi reparado espontaneamente pelo lesante.⁶⁰

Tradicionalmente, a doutrina costuma classificar o dano em patrimonial (ou materiais) e extrapatrimoniais (moral) . Dessa forma, material é o dano que afeta

⁵⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil, volume III: Responsabilidade civil**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 156.

⁵⁹ ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 3. ed. Ed. Jurídica e Universitária. 1966 p. 171-172.

⁶⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil, volume III: Responsabilidade civil**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 91.

somente o patrimônio do ofendido. Moral, é o que só ofende o devedor como ser humano, não lhe atingindo o patrimônio.

Ressalte-se, que a expressão "dano moral" deve ser reservada exclusivamente para designar a lesão que não produz qualquer efeito patrimonial. Se há consequências de ordem patrimonial, ainda que mediante repercussão, o dano deixa de ser extrapatrimonial.

No que tange a respeito do dano patrimonial ou material, estes, constituem prejuízos, perdas que atingem o patrimônio corpóreo de uma pessoa natural, pessoa jurídica ou ente despersonalizado. Sendo assim, convém o analisarmos sob dois aspectos.

Primeiramente, há os danos emergentes, que são constituídos pela efetiva diminuição do patrimônio da vítima, ou seja, um dano pretérito suportado pelo prejudicado, isto é, "o que efetivamente se perdeu".

Além dos danos emergentes, há os lucros cessantes, corresponde aos valores que o prejudicado deixa de receber, de auferir, ou seja, uma frustração de lucro, ou seja, "o que razoavelmente deixou de lucrar".

O dano moral consiste na lesão de direitos cujo o conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro. Em outras palavras, pode-se afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa, violando por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente.⁶¹ E é sobre este instituto que discutiremos no próximo tópico.

2.3. O dano moral e seus requisitos.

Eram dedicados poucos dispositivos ao instituto da responsabilidade civil, quando esta era regida pela Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916, como exemplo, tem o Art. 159 que diz "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano."

O artigo em tela se parece bastante com o art. 186 do Código Civil vigente, que diz: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência,

⁶¹ GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil, volume III: Responsabilidade civil.** 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 111.

violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Exceto que, na antiga legislação, não havia previsão de dano moral, visto que esta refletia os valores individuais e materialistas da época.

O dano moral, só se tornou passível de reparação com a Constituição Federal de 1988. Antes disso, havia muitas divergências entre a doutrina e jurisprudência em aceitar essa reparação. Visto que para muitos, o dano moral discutia uma lesão aos direitos da personalidade, e a reparação civil é de cunho pecuniário.

Nessa linha de pensamento, aquilo que não se podia medir, não se podia indenizar, uma vez que a indenização deveria ser exatamente a medida do dano. Na época, para Maria Celina Bodin de Moraes “tanto do ponto de vista moral quanto do ponto de vista dos instrumentos jurídicos disponíveis, a reparação do dano moral parecia impraticável”.⁶²

Atualmente, é claro o entendimento que, para a sua reparação não se requer a determinação de um preço para a dor ou o sofrimento, mas sim um meio para atenuar, em parte, as consequências do prejuízo imaterial, o que traz um conceito de lenitivo, derivativo e sucedâneo. E é por essa razão que se utiliza a expressão reparação e não ressarcimento para os danos morais.⁶³ (FT 290)

Dessa forma, é válido esclarecer que não há no dano moral uma finalidade de acréscimo patrimonial para a vítima, mas sim de compensação pelos males suportados. Tal dedução justifica a não incidência de imposto de renda sobre o valor recebido a título de indenização por dano moral, o que foi consolidado pela Súmula nº 498 do Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2012.

A inexistência uma conceituação única e pacífica de danos morais é um dos maiores desafios enfrentados pelos operadores do Direito no campo da Responsabilidade Civil; pois, em verdade, não havendo uma conceituação única, é problemática a determinação de quais entre os danos sejam os indenizáveis.

⁶² BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana: uma abordagem civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 146.

⁶³ TARTUCE, Flávio. **Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**. Vol. 2 - 9 ed. - São Paulo: Editora Método, 2014, p. 290.

Desse modo, à luz da Lei Maior vigente, Sérgio Cavalieri expõe as duas vertentes mais aceitas atualmente sobre a definição dos danos morais, a saber: o conceito em sentido estrito e o conceito em sentido amplo.⁶⁴

Na visão dele, por sentido estrito, dano moral é violação do direito à dignidade. Já por sentido amplo, o dano moral abrange todas as ofensas contra os direitos da personalidade da pessoa, considerada esta em seu âmbito individual e social, o que significa dizer que no conceito amplo a lesão vai além de sua dignidade.⁶⁵

Quanto à necessidade ou não de prova, os danos morais são classificados em dano moral provado (ou subjetivo) ou dano moral objetivo (ou presumido). O dano moral provado, constitui regra geral, e segundo a jurisprudência nacional, necessita ser provado pelo autor da demanda. O segundo, não necessita de prova.

Logo após a promulgação da Carta Maior, entendia-se que o dano moral seria, em regra, presumido. Porém, diante de abusividades e exageros cometidos na prática, passou-se a defender a necessidade da sua prova, em regra. Além da consciência jurisprudencial de que o dano moral não pode se confundir com meros aborrecimentos suportados por alguém no dia a dia.⁶⁶

Quanto à pessoa atingida, o dano pode ser classificado em direto ou indireto. O primeiro é aquele que atinge a própria pessoa, a sua honra subjetiva ou objetiva.⁶⁷ Já o dano moral indireto ocorre quando se tem uma lesão específica a um bem ou interesse de natureza patrimonial, mas que, de forma reflexa, produz um prejuízo na esfera extrapatrimonial.⁶⁸

Tendo em vista esta perspectiva, consideramos que hoje na doutrina o melhor método definidor dos interesses que merecem a tutela ressarcitória é o que considera os danos morais como danos à cláusula geral de tutela da pessoa humana.

⁶⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil** - 10 ed. - Sao Paulo: Atlas, 2012, p. 88.

⁶⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil** - 10 ed. - Sao Paulo: Atlas, 2012, p. 90.

⁶⁶ TARTUCE, Flávio. **Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**. Vol. 2 - 9 ed. - São Paulo: Editora Método, 2014, p. 291.

⁶⁷ TARTUCE, Flávio. **Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**. Vol. 2 - 9 ed. - São Paulo: Editora Método, 2014, p. 292.

⁶⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil, volume III: Responsabilidade civil**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 124.

Nesse sentido, deve-se compreender que no dano moral não há diretamente uma relação entre a reparação com a conduta em si trazendo resultados monetários, mas sim com os direitos personalíssimos. Tais direitos, encontram-se sintetizados no princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no art. 1º, III, da Constituição Federal. Cabe ao intérprete conferir, em cada caso que se lhe apresente, a interpretação que mais preserve esse princípio.

Por fim, ressalta-se uma discussão demonstrada por Pablo Stolze que trata da impossibilidade de uma rigorosa avaliação em dinheiro da reparação nos danos morais. Muito mais do que caráter reparatório, tem-se na verdade um juízo compensatório nessa reparação civil, de forma a minimizar o dano gerado moralmente. De posse do fato de que é impossível voltar a situação anterior à conduta que repercutiu no estado em que estava o agente lesado.

“O dinheiro, na reparação de dano extrapatrimonial, não aparece como a real correspondência monetária, qualitativa ou quantitativa, dos bens atingidos pela lesão, porquanto ‘não repara a dor, a mágoa, o sofrimento ou a angústia, mas apenas aqueles danos que resultarem da privação de um bem sobre o qual o lesado teria reconhecido juridicamente.’⁶⁹

Sendo assim, não seria razoável querer mensurar monetariamente a dor da perda de um ente querido, a amputação de um membro do corpo para quem necessitava obrigatoriamente deste membro para poder exercer o trabalho, a desmoralização de uma pessoa em sua comunidade religiosa ante um fato imputado falsamente. Enfim, são diversas as ocasiões que podem ensejar responsabilização civil pelo dano moralmente gerado, e no que cabe a reparação em pecúnia, este tem o condão apenas de tentar compensar o dano sofrido, para poder minimizar o sofrimento de quem foi lesado.

⁶⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil, volume III: Responsabilidade civil.** 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 142.

CAPÍTULO III

3.1. O dano moral no direito de família

No campo da Responsabilidade Civil, a família nunca recebeu tratamento específico, esta permaneceu arcaica em diversos pontos, englobou princípios do antigo Código Civil, e não evoluiu no que diz respeito à aplicação do dano moral no âmbito familiar, atualmente, o assunto é resolvido no âmbito da jurisprudência e doutrina.

Havia uma grande dificuldade em aceitar a incidência da responsabilidade civil no ramo do Direito de Família, visto que, seria uma imoralidade compensar uma dor com dinheiro.

Entretanto, Pablo Stolze Gagliano, entende que:

É preciso esclarecer sempre que não há qualquer imoralidade na compensação da dor moral com dinheiro, tendo em vista que não se está “vendendo” um bem moral, mas sim buscando a atenuação do sofrimento, não se podendo descartar por certo, o efeito psicológico dessa reparação, que visa prestigiar genericamente o respeito ao bem violado.⁷⁰

Ainda assim, há grandes controvérsias na aceitação do dano moral no Direito de Família, pois é de difícil visualização a incidência de indenização sobre aqueles danos oriundos das relações de afeto. É óbvio o caráter sentimental das relações familiares, é natural, que nelas haja o desentendimento, constrangimento, o desamor, a raiva, a dor, além do desgaste emocional.

Contudo, a Ministra Nancy Andrighi, em seu voto, no Recurso Especial de nº 1.159.242, atentou para o fato de que: “Não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar, no Direito de Família”.

Longe disso, os textos legais que regulam a possibilidade de indenização de dano moral (art. 5, V e X da CF/88 e arts. 186 e 927 do CC/02) tratam do tema de matéria ampla e irrestrita, de onde é possível se deduzir que regulam, inclusive, as relações nascidas dentro do núcleo familiar, em suas diversas formas.

⁷⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil, volume III: Responsabilidade civil**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 126

Todavia, embora não existam restrições normativas para afastar a aplicação dessas regras no âmbito das relações familiares, a aplicação da responsabilidade civil nesta seara impõe maiores cautelas ao julgador.

Faz-se importante frisar, que o dano moral no Direito de Família não deve ser igualado ao dano que ocorre em virtude dos demais atos ilícitos, pois há o perigo de todo rompimento de deveres conjugais por infidelidade, fundamentados no art. 1566 do Código Civil, “São deveres de ambos os cônjuges: I - fidelidade recíproca”, gere ação de divórcio cumulado com danos morais.

Ressalte-se que, na percepção de Maria Berenice Dias, as indenizações não podem ser utilizadas como mecanismos compensatórios para toda a gama de danos, uma vez que a base de qualquer entidade familiar é o vínculo afetivo e não à vontade.⁷¹

Como já foi explanado, o Direito de Família não mais é guiado pelos vínculos patrimoniais, mas pela relação de afeto que une as pessoas de um determinado grupo o qual é denominado de família.

As situações que normalmente implicam na reparação dos Danos Morais podem resultar consequências que vão além do rompimento do dever conjugal, gerando violações não só aos direitos personalíssimos, mas principalmente ao princípio maior da dignidade da pessoa humana. Porém, até que ponto a quebra desse vínculo afetivo seria passível de ser indenizado?

Pois, entende-se que, não se pode considerar a existência ou não da culpa, para decretação da dissolução conjugal ou do dano psíquico causado pela privação do afeto e convívio com os genitores, o que deve ser levado em consideração é a impossibilidade do reestabelecimento dos vínculos.⁷²

A aplicação da compensação pecuniária exige uma prévia análise de cada caso concreto. Nem todas as circunstâncias de constrangimento, desamor ou até mesmo infidelidade, dentro do âmbito familiar, ensejará o dano.

⁷¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 115.

⁷² SILVA, Ana Paula Pinto da. **O dano moral no Direito de Família**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, IX, n. 34, nov 2006. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1369>. Acesso em: 10 de novembro 2015.

Segundo Maria Berenice Dias: “O desamor, a solidão, a frustração da expectativa de vida a dois não são indenizáveis. Para a configuração do dever de indenizar não é suficiente o ofendido demonstrar a sua dor.”⁷³

Para Rui Rosado Aguiar Junior:

A obrigação de indenizar é genérica, devendo ser reconhecida sempre que presente seus pressupostos; o direito familiar não tem direito a uma posição privilegiada, ficando exonerado da reparação dos prejuízos que causar; a falta de previsão genérica para o direito de família não impede a incidência, além das regras específicas, aquelas do instituto da responsabilidade civil.⁷⁴

O rompimento do vínculo conjugal, o descumprimento dos deveres conjugais, a violência doméstica, são algumas das possíveis casos susceptíveis de indenização compensatórias, hipóteses estas, que serão discutidas ao longo do próximo tópico.

3.2. O dano moral nas relações conjugais e suas hipóteses.

Como já explanado ao longo desse trabalho, o casamento teve uma grande influência da Igreja Católica, e era visto como a união de pessoas sexos opostos, tido como um núcleo indissolúvel, que visava cunhos econômicos e políticos, muito mais do que o afeto. Portanto, sua dissolução só acontecia com a morte de um ou ambos os cônjuges, ou, poderia se comprovar um culpado e lhe atribuir a devida reprimenda.

Porém, no decorrer do século XX, o direito de família passou por grandes modificações quanto às prioridades que a sociedade da época buscava alcançar. Visto que, esta parte do Direito é atingida indiretamente por todas as mudanças que acontecem na sociedade ao longo do tempo. A inserção de novos valores morais, bem como a mudança do papel da mulher na sociedade, assim como na entidade

⁷³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 117.

⁷⁴ ROSADO. Rui Aguiar Junior. **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. Ex. Ministro do STJ. ADV Advocacia Dinâmica: seleções jurídicas, nº 2, p. 39-43, fev. 2005. Disponível em: <[http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/1335/Responsabilidade %20Civil %20no %20Direito.pdf](http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/1335/Responsabilidade%20Civil%20no%20Direito.pdf)>. Acesso em: 13 novembro de 2015.

familiar, fazia observar uma sociedade que prezava uma maior valorização do ser humano.

A liberdade de pensamento, os direitos da personalidade, os direitos fundamentais e a liberdade de casar, não casar, permanecer casado e se divorciar, direitos estes acobertados pela Carta Maior, suprimem, o preconceito que sofria o cônjuge “culpado” e a desigualdade entre marido e mulher.

Imputar um culpado pelo rompimento de uma relação conjugal ou mesmo pelos desencontros da vida a dois, o que na maioria das vezes era atribuído à mulher, tendo em vista a sociedade machista da época, não pode, nem deve mais ser admitido na ótica do constitucionalismo.

E foi razão disso, que se deu a promulgação da Emenda Constitucional 66/10 alterou o § 6º do art. 226 da CF/88. A redação anterior deste parágrafo constitucional previa que o casamento poderia ser dissolvido pelo divórcio após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos. Com a publicação da emenda o art. 226, § 6º da CF/88 passa a ter a seguinte redação: § 6º. O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

Logo, a emenda facilitou a implementação do divórcio no Brasil vez que extinguiu a separação judicial e extinguiu a exigência de prazo de separação de fato para dissolução do vínculo matrimonial.⁷⁵

A separação judicial era medida menos profunda que o divórcio.⁷⁶ Ela dissolvia apenas a sociedade conjugal, ou seja, nos termos do art. 1.576 do CC/02, colocava termo nos deveres de coabitação, fidelidade recíproca e regime de bens, além de atribuir culpa a um dos cônjuges em uma de suas modalidades. Assim, o vínculo matrimonial persistindo, impedia que as pessoas separadas pudessem casar novamente, o que só seria possível no caso da morte de um dos cônjuges ou decretação do divórcio.

Atribuir à culpa nas relações de família fere o princípio dignidade da pessoa humana e, em específico, configura uma intervenção sem razão do Estado nas

⁷⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO Rodolfo Pamplona. *O novo divórcio*. 1ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2010.

⁷⁶ DIAS, Maria Berenice, Divórcio já! Comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010. 1. Ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.

entidades familiares, além de uma afronta aos princípios da liberdade e da proibição do retrocesso social.⁷⁷ Não cabendo ao juiz buscar um culpado, ou as razões para a dissolução de um matrimônio, o fim do afeto é o bastante para justificá-lo.

Observamos que com a EC 66/10, a culpa restou excluída do Direito de Família. Entretanto, apesar de não se buscar um culpado nas ações de divórcio, não significa que algumas circunstâncias de constrangimento, desamor ou até mesmo infidelidade, dentro do âmbito familiar, não poderá ensejar o dever de indenização do cônjuge.

Ou seja, o que passa a persistir é a culpa para fins indenizatórios. Logo, assim como em qualquer demanda indenizatória, deverá ser comprovado o dano, o nexo causal e a conduta dolosa ou culposa.⁷⁸

Leciona Maria Berenice Dias que o ressarcimento deverá existir quando restar comprovado que a conduta do outro cônjuge foi vexatória, humilhante e feriu a dignidade do outro consorte. Para a autora, deixa de ser relevante se isso decorreu dos deveres matrimoniais, pois todos serão considerados como ilícitos cíveis, sendo cabível indenização.⁷⁹

Isto é, a obrigação de reparar não será decorrente do casamento, mas nascerá no momento em que um dos consortes cometer um ilícito civil, pouco importando a relação conjugal.

O casamento possui efeitos de ordem pessoal, social e patrimonial, e dele decorre alguns direitos e deveres, devendo estes, ser exercidos pelos cônjuges reciprocamente.

Tais deveres estão elencados no art. 1566 do Código Civil: I - fidelidade recíproca; II - vida em comum, no domicílio conjugal; III - mútua assistência; IV - sustento, guarda e educação dos filhos; V- respeito e consideração mútuos. Este último, foi trazido em razão do princípio da afetividade.

⁷⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 117.

⁷⁸ DIAS, Maria Berenice, Divórcio já! Comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010. 1. Ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.

⁷⁹ DIAS, Maria Berenice, Divórcio já! Comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010. 1. Ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.

Não obstante o crime de adultério ter sido revogado, não significa que deixou de ser considerado ilícito. Para o direito penal, a conduta adúltera de uma pessoa não é mais crime, entretanto, no direito civil, tal conduta dá ensejo a reparação civil, quando comprovar-se vexatória, humilhante e ferir a dignidade do outro consorte. E foi nesse sentido que decidiu o Desembargador Luiz Antonio de Godoy, conforme podemos observar na ementa abaixo:

SEPARAÇÃO JUDICIAL - Pretensão à reforma parcial da sentença, para que o autor- reconvindo seja condenado no pagamento de indenização por danos morais, bem como seja garantido o direito de postular alimentos por via processual própria – **Fidelidade recíproca que é um dos deveres de ambos os cônjuges, podendo o adultério caracterizar a impossibilidade de comunhão de vida** - Inteligência dos arts. 1566, I, e 1573, I, do Código Civil - Adultério que configura a mais grave das faltas, por ofender a moral do cônjuge, bem como o regime monogâmico, colocando em risco a legitimidade dos filhos? Adultério demonstrado, inclusive com o nascimento de uma filha de relacionamento extraconjugal – Conduta desonrosa e insuportabilidade do convívio que restaram patentes – Separação do casal por culpa do autor-reconvindo corretamente decretada - Caracterização de dano moral indenizável - **Comportamento do autor reconvindo que se revelou reprovável, ocasionando à rc- reconvinte sofrimento e humilhação, com repercussão na esfera moral** – Indenização fixada em RS 45.000,00 - Alimentos - Possibilidade de requerê-los em ação própria, demonstrando necessidade - Recurso provido. (TJSP, AC 539.390-4/9-00-SP, 1ª Câ. Dir. Priv., j. 10.06.08, rel. Dês. Luiz Antonio de Godoy)

No âmbito familiar, assim como em qualquer outra seara, atos ilícitos que geram danos devem ser reparados. Nesse sentido, o trecho da advogada Ana Paula Pinto da Silva:

Constata-se que a tendência é considerar o elemento culpa como fator de atribuição de sanção no âmbito do Direito das Obrigações, e não como elemento que enseja a ruptura do casamento, pois na esfera do Direito de Família pouco deve importar a existência ou não da culpa para decretação da dissolução da sociedade conjugal, pois o que se deve levar em consideração é a impossibilidade do restabelecimento conjugal e a vontade das partes.⁸⁰

No caso do dano moral provindo das relações conjugais há de se distinguir o dano resultante da dissolução do casamento e o resultante da violação do dever

⁸⁰ SILVA, Ana Paula Pinto da. **O dano moral no Direito de Família**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, IX, n. 34, nov 2006. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1369>. Acesso em: 10 de novembro 2015.

conjugal, uma vez que no primeiro caso é natural o abalo psíquico, porém totalmente aceitável ressaltando-se sempre que ninguém é obrigado a manter-se em um casamento que já não deseja, já no caso da infidelidade, é necessária que a conduta descumpridora do dever conjugal cause ao outro cônjuge situação de sofrimento excessivo, além da simples frustração do amor não correspondido, como, por exemplo, exposições vexatórias e humilhantes, onde o cônjuge traído fique exposto ao papel de bobo, sendo alvo de piadas e insinuações que o ridicularizem perante a sociedade.⁸¹

Entretanto, as situações que normalmente implicam na reparação dos Danos Morais podem resultar consequências ainda mais graves, do que apenas o rompimento do dever conjugal, principalmente pelo fato de gerar violação aos direitos relativos a personalidade do ofendido, isto é, a vida, a honra, a imagem, a liberdade, ao nome, além de outros, porquanto, o que está em pauta não é apenas a violação ao direito personalíssimo, mas principalmente ao princípio maior da dignidade da pessoa humana.⁸²

A discriminação econômica que existe entre homens e mulheres é uma das causas que mais reflete no âmbito das relações familiares, trazendo consequências desastrosas, uma vez que muitos homens se valem desta diferença socioeconômica para constranger, humilhar e violentar física e psicologicamente esposa ou companheira, utilizando o artifício econômico, para mantê-las sob o mesmo teto, não obstante viverem uma relação desgastada e sem amor.

É evidente que muitas mulheres vivendo situações de constrangimento e humilhação, permanecem convivendo com o homem que as agride fisicamente ou psicologicamente, dada a precária situação econômica que vivem, bem como o fato de não reunirem condições de sobreviverem sem a ajuda financeira do marido ou companheiro que ostenta poder econômico.

⁸¹ BELFORT, Christianne Grazielle Rosa de Alcântara. **A traição como objeto de indenização por danos morais.** In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11194&revista_caderno=14> Acesso em: 13 novembro 2015.

⁸² SILVA, Ana Paula Pinto da. **O dano moral no Direito de Família.** In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, IX, n. 34, nov 2006. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1369>. Acesso em: 10 de novembro 2015.

Todavia, frise-se a importância de não comparar o dano moral nas relações conjugais com os demais ilícitos, visto que isto acarretaria uma onda de ações de divórcio cumuladas com danos morais. É necessária uma profunda análise de cada caso concreto, e exige a demonstração dos seguintes pressupostos: ação ou omissão do agente; ocorrência de dano; culpa;nexo de causalidade.

Demonstrando os retromencionados pressupostos para a caracterização da responsabilidade civil, o cônjuge que causou o dano poderá ser obrigado a indenizar o cônjuge vítima dos danos morais, pois os direitos da personalidade deste último não podem ser impunemente atingidos.

Porém, no caso específico onde o objeto do dano moral é a traição, os tribunais vêm se posicionando em prol de também analisar o comportamento da vítima perante o relacionamento amoroso, antes mantido com o autor da violação do pacto de fidelidade, como forma de verificar ou projetar se há existência de dano indenizável e dimensionar sua amplitude.

Diante disto, temos o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo à Apelação nº 465.038-4/0 onde rejeita a pretensão indenizatória do cônjuge traído em razão de ausência de comportamento imediato, efetivo e condizente com a dor e o sofrimento que seria gerado ao “marido” no momento da descoberta da traição:

ACORDÃO - Indenização em caso de adultério do cônjuge - Hipótese em que não cabe aplicar as regras da responsabilidade civil, embora tenha sido confirmada a traição da mulher na constância da vida em comum, por ser esse um fato que se tornou público, ao ser objeto de investigação policial, não tendo, apesar dessa notoriedade, proporcionado pronta e enérgica reação do marido enganado, uma conduta omissiva que compromete a noção de honra digna de ser resgatada pela compensação financeira [artigo 5o, V e X, da CF] -Provimento para julgar improcedente a ação.

(TJ-SP, Relator: Enio Zuliani, Data de Julgamento: 29/05/2008, 4ª Câmara de Direito Privado.)

Nota-se, portanto, que neste sentido, os motivos pelos quais se torna possível a reparação civil de danos que decorram de comportamentos dentro da relação conjugais não são, novamente, de ordem formal, mas sim, são pertinentes a comportamentos humanos. Sendo assim, entendo, que não é completamente imprescindível a análise do comportamento do cônjuge traído para o reconhecimento da compensação o dano.

Visto que, de frente a situação vexatória vivenciada em razão do comportamento do cônjuge adúltero, ainda que a vítima não tenha comportamento

ilibado perante o matrimônio, este não seria um permissivo a outra parte que o expusesse ao escárnio social.

Outro motivo, muito discutido, é a questão da ausência “débito conjugal”, ou melhor, da convivência sexual é exemplo de descumprimento do dever conjugal muito debatido na doutrina. Maria Berenice Dias, sobre o assunto relata:

Essa interpretação infringe até o princípio constitucional do respeito à dignidade da pessoa e o direito à liberdade e à privacidade, além de afrontar o direito à inviolabilidade do próprio corpo. Não existe sequer a obrigação de se submeter a um beijo, afago ou carícia, quanto mais se sujeitar a práticas sexuais pelo simples fato de estar casado.⁸³

Em uma breve análise do direito estrangeiro, notou-se que na França, era admitido mesmo antes da existência da lei específica a reparação de danos morais, "vinculados à separação de cônjuges, em consequência dos fatos que deram origem à dissolução da sociedade conjugal". A lei francesa ampara o cônjuge inocente quanto ao sofrimento moral causado pelo divórcio por efeito do adultério, maus tratos e injúrias.⁸⁴

Entre os demais motivos que ensejam indenização, está a infecção com doença venérea do cônjuge inocente em razão do adultério. Entretanto, se esta, por sua vez lhe trouxe os efeitos morais negativos fazendo com que o mesmo sofresse com aquele mal; o cônjuge culpado tem o dever de indenizá-lo, pois, os efeitos da doença colocam o ser humano em um estado debilitado, atingindo não só seu corpo material, mas também sua moral. Tal fato configura-se crime conforme os artigos 130 e 131 do Código Penal.

Portanto, a existência do sofrimento, causada pelo cônjuge adúltero ao inocente, caracterizaria motivo suficiente para o pedido de indenização por danos morais. A fidelidade deixou de ser só apenas obrigação moral, para ser também um ato de respeito à vida levando-se em conta os riscos oferecidos ao cônjuge quando o outro consorte submete-se ao risco de contaminação.⁸⁵

⁸³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 258.

⁸⁴ REI, Cláudio Alexandre Sena. **Danos morais entre cônjuges**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, II, n. 6, ago 2001. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5530>. Acesso em: 13 novembro 2015.

⁸⁵ REI, Cláudio Alexandre Sena. Danos morais entre cônjuges. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, II, n. 6, ago 2001. Disponível em: <[48](http://www.ambito-</p></div><div data-bbox=)

Vale acrescentar, ainda, que a possibilidade da reparação civil nas relações conjugais não parte do fato de entre eles não existir mais o amor. Fica claro, então, que o rompimento do casamento por falta de amor entre os cônjuges não é causa de reparação civil, mas tão somente se dessa falta de amor um cônjuge resolver gerar um dano ao seu consorte.⁸⁶

Vejamos a decisão do TJMG, acerca do assunto:

INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS E MATERIAIS - ROMPIMENTO PREMATURO DO VÍNCULO CONJUGAL - SITUAÇÃO VEXATÓRIA NÃO CARACTERIZADA - SEPARAÇÃO - EXERCÍCIO REGULAR DO DIREITO - RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO. **Ainda que do rompimento de uma relação afetiva resultem transtornos de ordem psíquica, para quem viu desfeitos os seus sonhos de felicidade, provocando dor e angústia, não se pode considerar a decepção amorosa, advinda de uma separação judicial, como fundamento do dano moral indenizável.** Ao Julgador cabe distinguir as diferentes situações que a vida apresenta, a fim de não reduzir a dinheiro todas as dores advindas do término de uma relação conjugal, devendo discernir os casos extremos, como por exemplo, a pública difamação, a injúria grave, as sevícias, as lesões corporais e outras, que possam decorrer do descumprimento do dever conjugal, a gerar dano moral indenizável. Assim, não demonstrado que o cônjuge que se afastou, a despeito do pouco tempo de duração da união, tenha submetido sua parceira a situações que tais, não há se cogitar de indenização, até porque, ao manifestar sua intenção de colocar um fim à relação matrimonial, ele agiu no exercício regular de um direito seu o que afasta a ilicitude do ato praticado” (CC, art. 188, I). (TJMG, Ap. cível nº1.0024.03.057520-3/001, Rel. Des. Tarcisio Martins Costa.)

Compartilhando desse pensamento, Yussef Cahali nos ensina:

“A infração dos deveres conjugais, quando apta a produzir danos de natureza moral, já se mostra suficiente para fundamentar o pedido da reparação por parte do cônjuge ofendido, considerando, portanto, que o ato ilícito preserva sua autonomia, projetando-se duplamente, seja como fundamento para a

juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5530>. Acesso em: 13 novembro 2015.

⁸⁶ RIBEIRO, Karolyne Moraes. Responsabilidade civil por danos morais entre cônjuges. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10814>. Acesso em: 13 novembro 2015.

dissolução do casamento, autorizando os efeitos que lhe são próprios, como também fazendo incidir a regra geral da responsabilidade civil.”⁸⁷

Em suma, a realização de um ato ilícito por um dos cônjuges, quando da quebra do dever conjugal com a efetivação do dano ao outro cônjuge, resulta na dissolução do matrimônio mais a responsabilidade civil e, é claro, o dever de restabelecer a situação anterior ao dano que foi desequilibrada pelo cônjuge culposos. É preciso esclarecer que a infração de qualquer dos deveres do casamento não é apta, reflexivamente, a configurar a indenização por dano moral. É necessário que essa conduta tenha gerado dor, sofrimento psíquico ao consorte vítima.

3.3. Posicionamento jurisprudencial brasileiro.

Apesar de bastante questionado, o dano moral nas relações conjugais vem sendo, cada vez mais, admitido no ordenamento jurídico brasileiro. Porém, o que se tem que ter em mente é que não se trata de atribuir valor as relações de afeto, e muito menos ressarcir o sofrimento, pelo contrário, o objetivo é justamente o mesmo quando pleiteado o dano moral em qualquer outra situação, qual seja, uma compensação monetária para aquele direito (honra subjetiva) que foi violado.

Porém, os tribunais vêm se dispondo de forma divergente quanto à questão da possibilidade de indenização por dano moral causado pela infidelidade, alguns que admitem integralmente o dano moral, outros que admitem parcialmente e, em algumas exceções, existem aqueles que preferem afastar a incidência do dano moral no âmbito das relações conjugais, sob a justificativa de que a sociedade está em constante evolução, entendendo se tratar o adultério de uma conduta normal nos dias atuais, e que toda pessoa que está envolvida em um relacionamento corre o risco de sofrer uma traição ou de trair, admitindo-o somente em determinados casos.

No que diz respeito a esse entendimento, segue as palavras do Desembargador Maia da Cunha, no julgamento da apelação nº 465.038-4/0 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, quando asseverou que:

⁸⁷ CAHALI, Yussef Said. Dano moral. 2.ed. rev.atual. e ampl. Conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p, 673.

(...) Ainda que se traduza o adultério em violação aos deveres do casamento, impondo ao cônjuge inocente o desgosto e a desilusão da traição, a realidade é que o adultério, apenas em si mesmo, não caracteriza dano moral indenizável.

Se é verdade que a conduta irregular do cônjuge no casamento, saindo para relacionamentos extraconjugais, pode ferir sentimentos importantes do cônjuge traído, verdade também é que, nas relações sentimentais que se ligam ao matrimônio, não se traduz o adultério, na atualidade, em ofensa moral que ultrapassa o sentimento pessoal de desilusão e ocasione o dever de indenizar (...).

Com efeito, entendo também, como o eminente Desembargador quando este disse que nem todos os casos de adultério são admissíveis o dano moral, apesar de trazer dor, sofrimento e desilusão àquele cônjuge traído.

É de comum entendimento, que a violação do pacto de fidelidade gera por si só um sofrimento incalculável ao cônjuge traído. Porém, não há de se falar em indenização por danos morais em razão da traição de forma ampla e genérica, sem a análise do caso concreto. É fato, cada caso apresenta a sua peculiaridade, por essa razão não se pode generalizar quando se trata de dano moral, principalmente dano moral no adultério.⁸⁸

Acontece que o posicionamento do ilustre Desembargador, ao meu ver, é extremo, pois, para ele, “não se traduz, o adultério, em ofensa moral”. Como não?⁸⁹ Se tal possibilidade, encontra efetividade junto aos preceitos positivados no Código Civil Brasileiro, além dos fatores morais inerentes ao instituto casamento e consequentemente aos preceitos inerentes aos Direitos Fundamentais de honra, imagem e dignidade, além do dever de proteção da família também descrito no texto da Lei Maior do Brasil.

Por outro lado, há entendimento que o dano moral é admitido pela simples ocorrência do fato, ou seja, o adultério, é o que afirma o Senhor Juiz Sandoval Oliveira do Juizado Especial Cível e Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, quando foi relator da apelação do processo nº 2006.05.1.008663-8, veja:

⁸⁸ CARVALHO, Jean Alan de Araújo. **Dano moral no adultério**. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 10 dez. 2009. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.25671&seo=1>>. Acesso em: 14 nov. 2015.

⁸⁹ CARVALHO, Jean Alan de Araújo. **Dano moral no adultério**. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 10 dez. 2009. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.25671&seo=1>>. Acesso em: 14 nov. 2015.

(...) Em sede de apelo, observa-se que a recorrente aduz inexistir prova da ocorrência de abalo psicológico capaz de justificar dano moral passível de ressarcimento. Tal versão não merece acolhida pois, consoante se infere de pacificada jurisprudência sobre o tema, o malefício da espécie não exige prova específica, até porque, em verdade, tal se aparenta impossível. Ao revés, **incumbe ao autor positivar apenas a ocorrência de fato que, pelas normas de experiência, enseja a qualquer pessoa de mediano tirocínio vilipêndio aos atributos da personalidade e como tal, abalo psicológico passível de ressarcimento**, como forma de dar ao ofendido um bem da vida em compensação imperfeita ao dano ocasionado (...)

Nesse mesmo sentido, segue a ementa do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, quando assevera que a traição gera dor, angústia, sofrimento, desgosto, revolta, constrangimento e se trata de ofensa grave, conforme ementa, veja:

DIREITO DE FAMÍLIA E RESPONSABILIDADE CIVIL. VIOLAÇÃO DOS DEVERES DO CASAMENTO. INFIDELIDADE CONJUGAL. ADULTÉRIO. DANO MORAL. 1) A celebração do matrimônio gera para os cônjuges deveres inerentes à relação conjugal, não só de natureza jurídica, como, também, de natureza moral, valendo notar que a violação destes deveres pode resultar, inclusive, em justa causa para a dissolução da sociedade conjugal. 2) O **direito à indenização decorre de mandamento constitucional expresso, que declara a inviolabilidade da honra da pessoa, assegurando o direito à respectiva compensação pecuniária quando maculada (art. 5º, X, da Constituição da República)**. 3) A traição, no caso, dupla (da esposa e do ex-amigo), gera angústia, dor e sofrimento, sentimentos que abalam a pessoa traída, sendo perfeitamente cabível o recurso ao Poder Judiciário, assegurando-se ao cônjuge/amigo lesado o direito à reparação do dano sofrido . 4) A infidelidade, ademais, configura violação dos deveres do casamento (dever de fidelidade recíproca, dever de respeito e consideração mútuos etc - art. 1.566, Código Civil) e, como tal, serve de fundamento ao pedido de separação judicial por culpa, desde que a violação desses deveres torne a vida conjugal insuportável (art. 1.572 e 1573, Código Civil). 5) Recurso conhecido. Sentença reformada, para condenar o réu ao pagamento de indenização por danos morais, arbitrada em R\$ 50.000,00 (TJ-RJ, Apelação nº 2007.001.4220, décima segunda câmara cível, Des. Werson Rego, 18/09/2007).

O Tribunal de Justiça de Goiás, por exemplo, é um dos principais tribunais com tendência a decidir favoravelmente ao pedido de compensação do dano moral por este objeto, vejamos a ementa a seguir da apelação cível nº 133775-5/188 (200804299794):

APELAÇÃO CÍVEL. SEPARAÇÃO LITIGIOSA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ADULTÉRIO OU TRAIÇÃO. CONFIGURAÇÃO DO DANO MORAL. POSSIBILIDADE. QUANTUM ARBITRADO. CONDIÇÃO ECONÔMICA DAS PARTES. I- O que se busca com a indenização dos danos morais não é apenas a valoração, em moeda, da angústia ou da dor sentida pelo cônjuge

traído, mas proporcionar-lhe uma situação positiva e, em contrapartida, frear os atos ilícitos do infrator, desestimulando-o a reincidir em tal prática. II- O valor da indenização não deve ser alterado quando o juiz, ao fixá-lo, já levou em conta a condição econômica dos envolvidos e a repercussão na vida sócio-afetiva da vítima, restando, assim, bem aplicados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. (TJ-GO, apelação cível nº 133775-5/188, quinta câmara cível, Des. Francisco Vildon Jose Valente, 09/12/2010).

Observa-se, entretanto, que a questão ainda não é pacífica no Judiciário dos diversos Estados brasileiros, apesar de haver a concordância de que o adultério gera sentimentos que atinge a índole pessoal do ofendido.

EMENTA: AÇÃO DE INDENIZACAO POR DANO MORAL. COMPANHEIRO TRAIIDO. DESCABIMENTO. A QUEBRA DE UM DOS DEVERES INERENTES A UNIAO ESTAVEL - FIDELIDADE - NAO GERA O DEVER DE INDENIZAR, NEM A QUEM O QUEBRA - UM DOS CONVIVENTES - E MENOS, AINDA, A UM TERCEIRO QUE NAO INTEGRA O CONTRATO EXISTENTE E QUE E, EM RELACAO A ESTE, PARTE ALHEIA. APELACAO DESPROVIDA (Apelação Cível Nº 597155167, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Eliseu Gomes Torres, Julgado em 11/02/1998).

Nesta decisão retromencionada, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, não foi concedido o provimento da ação de indenização por dano moral pela simples quebra do dever de fidelidade, conforme o disposto linhas acima.

Atenta-se que, a responsabilidade civil no âmbito familiar vem sendo amplamente discutido na doutrina e jurisprudência, tanto que há um projeto de lei, de nº 6960/2002, cuja autoria é do Deputado Ricardo Fiúza, com a finalidade de acrescentar ao artigo 927 do Código Civil entendimento que os princípios da responsabilidade civil, aplicam-se também às relações familiares. Já que essa questão se mostra omissa, no atual diploma Civil.

O referido projeto de lei, tem como objetivo alterar diversos dispositivos do Código Civil Brasileiro de 2002, com o escopo de 'atualizá-lo', aprimorando-o conforme os avanços ocorridos na sociedade atual. A intenção é apenas acrescentar um parágrafo que assegure a aplicabilidade desse direito, às relações afetivas.⁹⁰

⁹⁰ CARVALHO, Jean Alan de Araújo. **Dano moral no adultério**. Conteudo Juridico, Brasília-DF: 10 dez. 2009. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.25671&seo=1>>. Acesso em: 14 nov. 2015.

A título de comparação o mencionado projeto faz referência ao Direito Francês e Português, onde a responsabilidade civil é assegurada, também, no âmbito das relações de família.

Ante o exposto, podemos observar que a tendência de nossos Tribunais ainda revela-se tímida no que concerne à aplicação de ressarcimento por Danos Morais na esfera das relações familiares, e também, no que tange as relações conjugais, relativamente às violações graves aos deveres inerentes aos cônjuges, que reputeem, outrossim, em graves lesões aos direitos personalíssimos.

CONCLUSÃO

Iniciamos este trabalho observando a sociedade brasileira, seus novos contornos, bem como o tratamento legislativo diferenciado que esta recebeu, em razão da promulgação da Constituição Federal de 1988. Neste novo cenário, a Família encontra-se atestada pela Lei Maior brasileira como base da sociedade e diante disso recebe proteção especial do Estado.

Dentre as maiores evoluções do direito brasileiro, após a vigência da constituição atual, esta a possibilidade de consagrar os princípios, transformando-o em direito positivo, deixando para trás o efeito simbólico que estes possuíam. Fizemos então, uma breve análise, sobre os princípios explícitos e implícitos, elencados na Carta Maior. Tais princípios fundamentam a maior parte do objeto de nosso estudo.

Como um dos principais institutos inerentes a essa instituição, protegida pela Constituição, o casamento é muito mais que um contrato jurídico apto a criar formalizações legais. A liberdade de escolha, manifestada de forma livre e consciente aparece como elemento central do casamento, ato a partir do qual vincula os contraentes a deveres e obrigações legais.

O estudo em tese nos fez adentrar na esfera da responsabilidade civil, o que serviu para ampliar nosso conhecimento nesta área, e que, por sua vez nos propiciou o enriquecimento de nosso saber quanto ao seus aspectos gerais, bem como os elementos que caracterizam o dever de indenizar. Observamos que o surgimento da obrigação de indenizar por danos morais, se dá e quando o bem jurídico de outrem é atingido; bens como a honra, a saúde, a vida e a personalidade inerentes a todo ser humano.

Ao encerrarmos nosso trabalho, julgamos que dentro da relação conjugal é possível configurar-se o dano moral, além de elencarmos algumas hipóteses. Como exemplo, temos a violação do pacto de fidelidade. Entendemos que essa quebra gera por si só uma angústia incalculável ao cônjuge traído. Porém, esta angustia por si só não configura dano moral indenizável, pois não há de se falar em indenização por danos morais em razão da traição de forma ampla e genérica, sem a análise do caso concreto.

Desta forma, observamos alguns fundamentos apresentados nas decisões dos Tribunais brasileiros, como: a configuração da prática do adultério a qual viola um dos deveres legais dos cônjuges como determina o Código Civil Brasileiro que repercute na violação de Princípios Fundamentais, ante a humilhação e o vexame que se expõe o ofendido, assim como também o abalo psíquico suportado pela vítima.

Portanto, seja pelo aspecto moral, pelo aspecto a legal ou pelos Princípios Constitucionais, a indenização pelo dano moral decorrente da infidelidade de

cônjuge, mediante ao sofrimento, humilhação e abalo social que se submete a vítima desse ato ilícito, o qual muitas vezes causa danos irreparáveis é absolutamente possível e deve ser consagrada pela doutrina e jurisprudência brasileira de forma pacificada.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo C. **A evolução do conceito de dano moral**. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=74bfc8dc-8125-476a-88ab-93ab3cebd298&groupId=10136. Acesso em 04 de novembro de 2015.

ANGELUCI, Cleber Affonso. **Amor tem preço?** Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1283>. Acesso em: 04 de novembro.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de família**. Campinas: Red Livros, 2001.

BELFORT, Christianne Grazielle Rosa de Alcântara. **A traição como objeto de indenização por danos morais**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11194&revista_caderno=14>. Acesso em 13 novembro 2015.

BODIN DE MORAES, Maria Celina; BARBOZA, Heloisa Helena; TEPEDINO, Gustavo. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. vol. IV. Rio de Janeiro Renovar, 2014.

_____. **Danos à pessoa humana: uma abordagem civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRASIL. **Código Civil de 2002. LEI Nº 10.406 /2002, de 10 de JANEIRO de 2002**. Brasília: Senado Federal, 2002.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal. 1988.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 2.ed.rev.atual. e ampl. Conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CARVALHO, Jean Alan de Araújo. **Dano moral no adultério**. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 10 dez. 2009. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.25671&seo=1>>. Acesso em: 14 nov. 2015.

CASTELO BRANCO. Bernardo. **Dano Moral no Direito de Família**. Ed.Método. Bela Vista – São Paulo. 2006.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil** - 10 ed. - Sao Paulo: Atlas, 2012

DAMIAN. Karine; **A Responsabilidade Civil no Direito de Família**. Acesso em: 30.mai.2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. - 7 ed. - Sao Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Casamento: nem direitos nem deveres, só afeto**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/> Acesso: 8 de setembro de 2015 às 20:14hr.

_____. **Divórcio já! Comentários à Emenda Constitucional 66**, de 13 de julho de 2010. 1. Ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 125 e segs.

DISTRITO FEDERAL. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios**. Apelação n. 302776-DF. Relator: Sandoval Oliveira. Distrito Federal, 11 de dezembro de 2007. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/jurisprudencia,tjdft-civil-responsabilidade-civil-materia-jornalistica-publicacao-de-foto-vexatoria-abuso-de-direito-de-libe,26536.html>> Acesso em: 16 novembro 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil, volume III: Responsabilidade civil**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Novo curso de direito civil, volume VI: Direito de família**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. FILHO Rodolfo Pamplona. *O novo divórcio*. 1ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2010.

GÓIAS (Estado). **Tribunal de Justiça do Estado de Goiás**, apelação cível nº 133775-5/188, quinta câmara cível, Des. Francisco Vildon Jose Valente, 09/12/2010. Disponível em: <<http://www.rizzardoadvogados.com.br/artigos/o-dano-moral-nas-relacoes-afetivas.html>> Acesso em: 18 de novembro 2015

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil: Direito de Família**. 19, ed - São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 5ª, ed - São Paulo: Saraiva, 2010.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil : famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MINAS GERAIS (Estado). **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**, Ap. cível nº1.0024.03.057520-3/001, Rel. Des. Tarcisio Martins Costa. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,responsabilidade-civil-por-danos-morais-entre-conjuges,33762.html>> Acesso em: 14 Novembro 2015

OLIVEIRA, José Sebastião. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 91.

PORTO, Mário Moacyr. **Temas de Responsabilidade Civil – Responsabilidade Civil entre Marido e Mulher**. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1989. p. 71.

_____. **Ação de responsabilidade civil entre marido e mulher**. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Ed. RT, v. 575, p. 10, set. 1983. REI, Cláudio Alexandre Sena. Danos morais entre cônjuges. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, II, n. 6, ago 2001. Disponível em: <<http://www.ambito->

juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5530>.
Acesso em nov 2015.

REI, Cláudio Alexandre Sena. **Danos morais entre cônjuges**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, II, n. 6, ago 2001. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5530>.
Acesso em: 13 novembro 2015.

RIBEIRO, Karolyne Moraes. **Responsabilidade civil por danos morais entre cônjuges**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10814>. Acesso em: 13 novembro 2015.

RIO DE JANEIRO (Estado).Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Apelação nº 2007.001.4220, décima segunda câmara cível, Des. Werson Rego, 18/09/2007. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-evolucao-e-os-aspectos-atuais-do-dano-moral-no-direito-brasileiro,33768.html>> Acesso em: 18 Novembro 2015.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**, Apelação Cível Nº 597155167, Sétima Câmara Cível, Relator: Eliseu Gomes Torres, Julgado em 11/02/1998. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7808/Um-breve-relato-acerca-da-uniao-estavel>> Acesso em: 14 Novembro 2015.

ROSADO. Rui Aguiar Junior. **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. Ex. Ministro do STJ. ADV Advocacia Dinâmica: seleções jurídicas, nº 2, p. 39-43, fev. 2005. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/1335/Responsabilidade_%20Civil_%20no_%20Direito.pdf> Acesso em: 13 novembro de 2015.

SÃO PAULO (Estado). **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Apelação Cível n. 361.324.4/7-SP. Relator: Maia da Cunha. São Paulo, 27 de março de 2008. Disponível em: . Acesso em: 16 out. 2008

_____. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Apelação n. 465.038-4/0-SP. Relator: Ênio Santarelli Zuliani. São Paulo, 29 de maio de 2008. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6905995/apelacao-apl-4650384000-sp/inteiro-teor-102204616>> . Acesso em: 13 Novembro 2015.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1159242. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, São Paulo, SP, 24 de abril do ano de 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?id=1185550>> Acesso em: 17 de novembro 2015

SILVA, Ana Paula Pinto da. **O dano moral no Direito de Família**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, IX, n. 34, nov 2006. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5530>.

juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1369>.
Acesso em out 2012.

TARTUCE, Flávio. **Direito de Família**. Vol. 5 - 9 ed. - São Paulo: Editora Método, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**. Vol. 2 - 9 ed. - São Paulo: Editora Método, 2014.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas do direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VELOSO, Zeno. **Código Civil Comentado**. Coord. Ricardo Fiúza e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 6ª Edição, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 13. ed. -São Paulo : Atlas, 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Responsabilidade Civil**. 12 .ed. - São Paulo: Atlas, 2012

VILLELA, João Baptista. **As novas relações de família**. Anais da XV Conferência Nacional da OAB. Foz do Iguaçu, set. 1994, p. 645.