

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

RAIANY MAIARA KREUSCH

A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA VIOLAÇÃO DOS DEVERES CONJUGAIS

FLORIANÓPOLIS – SC

2014

RAIANY MAIARA KREUSCH

A RESPONSABILIDADE CIVIL PELA VIOLAÇÃO DOS DEVERES CONJUGAIS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Dra. Grazielly Alessandra Baggenstoss

FLORIANÓPOLIS – SC

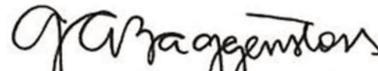
2014

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**A Responsabilidade Civil Pela Violação dos Deveres Conjugais**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Raiany Maiara Kreusch**, defendido em **08/12/2014** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (DEZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 8 de Dezembro de 2014.



Grazielly Alessandra Baggenstoss
Professor(a) Orientador(a)



Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa
Membro de Banca



Luciana Faisca Nahas
Membro de Banca

Dedico esse trabalho aos meus pais e irmãos, pelas inúmeras concessões que fizeram para que eu chegasse até aqui. Sem vocês eu nada seria.

AGRADECIMENTOS

Agradecer talvez seja um dos atos mais difíceis de serem realizados. Isso porque, para tanto é necessário ser humilde o suficiente para reconhecer que nada se conquista sozinho, que em cada conquista, por mais pessoal que seja, há pessoas a sua volta se esforçando, de algum modo, para que o caminho até ela seja o menos penoso possível.

Por outro lado, agradecer é também uma das ações mais gratificantes, pois é um momento de reflexão, em que se percebe como estamos cercados por pessoas que nos querem bem.

Dito isso, gostaria que soubessem o quanto sou grata a cada um de vocês.

Em primeiro lugar, agradeço a Deus, por ter me dado forças de chegar até aqui e também, por ter colocado em minha vida pessoas tão especiais.

Aos meus pais, Worli e Jandira, por terem me dado todo o aporte econômico, mas muito mais do que isso, o apoio emocional e amor incondicional. Por me lembrarem, a todos os momentos da minha vida, que não estou sozinha, que tenho capacidade de chegar onde eu quiser, e que estarão ao meu lado independentemente do meu sucesso ou fracasso.

Aos meus irmãos, Renann e Rafael, já que cada um, ao seu modo, contribui para o meu crescimento pessoal e intelectual. Seja nas discussões em que o administrador pensava ser jurista, seja pelos diversos materiais impressos que contribuíram muito para o meu aprendizado. Vocês são meus exemplos, espero que estejam ao meu lado em cada vitória, como estarei ao lado de vocês nas suas.

Às minhas cunhadas, Nina e Abigail. A primeira tão parecida comigo que mais parece uma irmã, como, na verdade, sinto que é. A segunda tão diferente, mas não menos importante, a qual também muito me inspira.

Aos meus avós, Azizo e Anair, por todo o cuidado e preocupação.

À toda a minha família, tios, tias, primos e primas, por acreditarem no meu sucesso.

À Maia, sim a ela também, por fazer os meus dias mais felizes, por cada demonstração de afeto, em seus pulos, lambidas e latidos.

Às minhas sempre amigas, Amábily, Bianca, Marina e Samantha por compreenderem os meus esforços e torcerem por minha vitória.

Aos colegas e às amigas do Direito, tão diferentes entre si, que compartilharam comigo os mesmos desafios e fizeram o caminho até a chegada ser muito mais leve e agradável. Também, por fazerem parte da minha história acadêmica e, mais que isso, parte da minha vida.

À Danubia, um dos presentes mais especiais que o Direito poderia ter me dado. Obrigada, pelas risadas, conselhos e toda a colaboração na consecução deste trabalho.

Aos membros da DCE do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, na qual realizei o meu primeiro estágio, que muito me ensinaram, sendo exemplos de profissionais e de seres humanos.

Ao pessoal da 25ª Procuradoria de Justiça do Estado de Santa Catarina, em especial à Ju e ao Renato, por toda a paciência e os ensinamentos transmitidos ao longo dos dois anos de estágio, bem como para a conclusão dessa monografia.

À professora Grazziely por toda a orientação e dedicação imprescindível para que esse trabalho fosse concluído.

Por fim, agradeço às Professoras Leilane e Luciana por fazerem parte desse momento, contribuindo para o aprimoramento desse trabalho.

*"Se as coisas são inatingíveis... ora!
Não é motivo para não querê-las...
Que tristes os caminhos, se não fora
A presença distante das estrelas!"
(Mário Quintana)*

RESUMO

KREUSCH, Raiany Maiara. **A Responsabilidade Civil pela violação dos deveres conjugais**. 2014. 108f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito–Área: Responsabilidade Civil e Direito de Família) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis, 2014.

Os deveres conjugais são preceitos impostos pelo Direito de Família, mas nesse campo a sua violação não acarreta qualquer sanção. Desse modo, qualquer sanção à esses direitos está alicerçada nos fundamentos da Responsabilidade Civil. De maneira geral, essa responsabilidade se configura quando um prejuízo é causado a outrem em decorrência da transgressão de um dever jurídico preexistente, o que resulta num ato ilícito. Este gera um dano que deverá ser ressarcido se tiver ocorrido por culpa ou dolo do agente. Assim, resta oportuno compreender os conceitos de ilicitude, conduta, dano e nexos causal, pressupostos da responsabilidade civil. Em se tratando de deveres provenientes das relações conjugais, é mister uma elucidação do Direito de Família, da gama de componentes que definem o conceito de família, além dos princípios norteadores de seus vínculos, com destaque para o princípio da dignidade humana, para o princípio da igualdade e para o princípio da afetividade. Ademais, evidenciam-se os posicionamentos a respeito do conceito de casamento. Nesse interím é que são apresentados os deveres e direitos oriundos da celebração do casamento, quais sejam a fidelidade recíproca, a vida em comum no domicílio conjugal, a mútua assistência, o sustento, a guarda e educação dos filhos e o respeito e consideração mútuos. Quanto à possibilidade de responsabilização civil a quem violou os deveres conjugais, a Doutrina apresenta três correntes, duas delas que se contrapõem, sendo a corrente ampla e a corrente restritiva. A primeira admite a responsabilização sempre que um dos deveres for violado. A segunda, por sua vez, aceitará essa hipótese somente quando a transgressão resultar num ilícito nos moldes do art. 186 do CC. A terceira corrente, por fim, sustenta a responsabilização com fundamento na boa-fé objetiva. Da análise jurisprudencial, verifica-se que os Tribunais, na maior parte das vezes, aderem à teoria restritiva.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Dano. Culpa. Dignidade humana. Deveres conjugais.

ABSTRACT

KREUSCH, Raiany Maiara. **The Civil Responsibility for the violation of Marital Duties**. 2014. 108f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito—Área: Responsabilidade Civil e Direito de Família) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis, 2014.

The marital duties are imposed precepts by the Family Law, but in this field its violation does not cause any penalty measures. Thus, any sanction imposed by these rights is grounded in the fundamentals of Civil Responsibility. For the most part, this responsibility takes shape when an injury is caused to others as a result of the transgression of a pre-existing legal duty, resulting in a tort. This tort is going to be compensated if there has been negligence or willful misconduct by someone. Therefore, it is appropriate to understand the concepts of unlawful, conduct, damage and causal link, assumptions of Civil Responsibility. In the case of obligations arising from marital relations, it is necessary an elucidation of the Family Law, the range of the components that define the concept of family, besides its guiding principles, especially the principle of human dignity, the principle of equality and the principle of affection. Moreover, the standpoints concerning the concept of marriage are exposed. Meanwhile, the duties and rights arising from the marriage are presented, namely the mutual fidelity, the living together in the marital home, the mutual assistance, the support, the custody and education of children and the mutual respect and consideration. As to the possibility of Civil Responsibility to whom violated the conjugal duties, the Doctrine defends three main ideas, two of which are opposed, the ample idea and the restrictive one. The first admits responsibility whenever one of the duties is violated. On the other hand, the second one accepts this hypothesis only when the transgression results in an unlawful tort according to the art. 186 CC. The third theory, finally, supports responsibility on the basis of objective good faith. From the jurisprudential analysis, it can be inferred that the Courts, in most cases, embrace the restrictive theory.

Key-words: Civil Responsibility. Damage. Fault. Human Dignity. Marital Duties.

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	- artigo
CF	- Constituição Federal
CC	- Código Civil
ed.	- edição
TJ	- Tribunal de Justiça
STJ	- Superior Tribunal de Justiça
p.	- página
rev.	- revisada

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
CAPÍTULO 1 – RESPONSABILIDADE CIVIL	15
1.1 CONCEITO	15
1.2 ATO ILÍCITO	16
1.3 MODALIDADES DE RESPONSABILIDADE CIVIL	17
1.3.1 Responsabilidade Civil e Penal	18
1.3.2 Responsabilidade Contratual e Extracontratual	19
1.3.3 Responsabilidade Subjetiva e Objetiva	21
1.4 PRESSUPOSTO	24
1.4.1 Conduta humana	24
1.4.2 Culpa	26
1.4.3 Nexo causal	30
1.4.4 Dano	33
1.4.4.1 Dano Material	34
1.4.4.2 Dano Moral	36
1.5 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL	38
CAPÍTULO 2 –FAMÍLIA E CASAMENTO	42
2.1 A FAMÍLIA	42
2.2 DIREITO DE FAMÍLIA	43
2.3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA	44
2.3.1 Princípios da dignidade da pessoa humana e família	45
2.3.2 Princípio da solidariedade familiar	48
2.3.3 Princípio da Igualdade	48
2.3.4 Princípio da Afetividade	50
2.3.5 Princípio da não intervenção Familiar	52
2.4 CASAMENTO	54
2.4.1 Natureza jurídica do casamento	54
2.4.3 Características	58
2.4.4 A validade do casamento	59
2.4.5 Eficácia do casamento	61

2.4.5.1 Direitos e Deveres Conjugais	61
2.4.5.1.1 <i>Fidelidade recíproca</i>	62
2.4.5.1.2 <i>Vida em comum no domicílio conjugal</i>	68
2.4.5.1.3 <i>Dever de Mútua Assistência</i>	71
2.4.5.1.4 <i>Dever de Sustento, Guarda e Educação dos Filhos</i>	72
2.4.5.1.5 <i>Dever de Respeito e consideração mútuos</i>	73
CAPÍTULO 3 –RESPONSABILIDADE CIVIL PELA VIOLAÇÃO DOS	
DEVERES CONJUGAIS CIVIS	76
3.1 LEGISLAÇÃO.....	76
3.2 ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO.....	77
3.2.1 Ampla Responsabilização	79
3.2.2 Responsabilização restrita	82
3.2.3 Boa fé objetiva	85
3.3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL	88
CONCLUSÃO	99
REFERÊNCIAS.....	102

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico insere-se no âmbito do Direito de Família e da responsabilidade civil, eis que trata sobre a possibilidade de ressarcimento por danos morais decorrentes da violação dos deveres conjugais. O ponto central da questão é saber se a violação dos deveres conjugais civis, dispostos no art. 1.566 do Código Civil, por si só, ensejam o dever ressarcitório.

A questão da responsabilidade civil e o conseqüente dever de reparação decorrente da violação de obrigações legalmente previstas tem sido tema de inúmeras discussões no âmbito jurídico.

Em se tratando de obrigações legais, percebe-se que o Estado, em muitas ocasiões, estabelece preceitos que, na verdade, dizem respeito à esfera particular dos cidadãos. No âmbito do Direito de Família, mais especificamente na formação das instituições familiares, o Estado prevê uma série de deveres a serem cumpridos pelos cônjuges ou companheiros.

A violação dos direitos conjugais não traz maiores conseqüências ao cônjuge desobediente, eis que a lei não prevê punição no âmbito do Direito de Família. Nesse sentido, é de grande valia um estudo a respeito da possibilidade de responsabilização civil daquele que não cumpre com seus deveres, ou se estes deveres invadem a esfera de intimidade do casal.

Esta monografia, então, tem como escopo verificar a possibilidade de Responsabilização Civil do cônjuge que violar os deveres conjugais estabelecidos no artigo 1.566 do Código Civil. Isto é, se o desrespeito aos deveres de fidelidade, vida em comum no domicílio conjugal, mútua assistência, sustento, guarda e educação dos filhos, e respeito e consideração mútuos ensejam a reparação de danos, notadamente, de danos imateriais.

Sob esta ótica, o primeiro resultado esperado deste trabalho reside num melhor conhecimento quanto ao alcance da Responsabilidade Civil nas relações familiares. Outro resultado esperado é estudar a relação familiar constituída pelo matrimônio. Por fim, o resultado do trabalho proporcionou verificar como esses dois campos do Direito Civil – a Responsabilidade Civil e Direito de Família – se relacionam, notadamente, quanto à aplicação dos preceitos da Responsabilidade Civil quando os cônjuges não cumprirem com seus deveres conjugais.

Para tanto, com intuito de analisar os aspectos gerais acerca da responsabilidade civil, no primeiro capítulo, este instituto será conceituado, em seguida passar-se-á ao estudo das suas diferentes modalidades e, por fim, far-se-á uma verificação, pormenorizada, de cada um dos pressupostos necessários para a sua configuração, bem como as causas que afastam a responsabilidade.

Num segundo momento, além da apresentação de uma ampla conceituação da família, será estudado qual o objeto do Direito de Família, bem como seus princípios norteadores. Uma vez analisadas os principais pontos da área do direito no qual está inserido, verificar-se-á a natureza jurídica, a validade e os efeitos do casamento. Nesse ponto, serão abordados quais os direitos e deveres conjugais recíprocos elencados no Código Civil.

Ao final, com respaldo na análise da Responsabilidade Civil e do casamento, no último capítulo, discorrer-se-á sobre a temática central trabalho. Primeiramente, verificando qual a legislação aplicável. Em seguida, analisando as três correntes doutrinárias que abordam a responsabilização civil decorrente da violação dos deveres conjugais, e terminando com a análise de julgados do Superior Tribunal de Justiça e de Tribunais de Justiça, para concluir como a questão está sendo julgada na prática.

Para essa pesquisa, portanto, o método científico utilizado foi o dedutivo, *dado que se parte de grandes premissas*, com a conceituação teórica dos institutos diretamente relacionados ao tema, para, então, verificar as suas aplicações quando os deveres conjugais forem violados e, por fim, extrair daí conclusões. O método de pesquisa, por sua vez, consistiu na realização de consulta em fontes doutrinárias, em precedentes jurisprudenciais, e em legislações, ao que, finalmente, apresentar-se-á a verificação sobre a compreensão jurídica pátria sobre a responsabilidade civil no que tange ao descumprimento dos deveres conjugais.

CAPÍTULO 1 – RESPONSABILIDADE CIVIL

Inicialmente, antes de se verificar a possibilidade de responsabilização civil pela violação dos deveres conjugais, necessário a análise pormenorizada da responsabilidade civil, conceito, modalidades e pressupostos.

1.1 CONCEITO

No campo jurídico, o termo “responsabilidade” está associado à própria origem do vocábulo, que provém do latim *respondere* significa garantir, responder.

Segundo Sérgio Cavalieri Filho, “é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 14). Isto é, o não cumprimento de um dever jurídico originário configura um ato ilícito, que, por sua vez, pode gerar um dano, surgindo, daí, um novo dever jurídico: a responsabilidade civil, que nada mais é do que o dever de reparar o dano causado.

O termo responsabilidade, consoante Sílvio de Salvo Venosa (2013, p. 1), é:

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

De acordo com Sílvio de Salvo Venosa (2013, p. 5), “A responsabilidade, em sentido amplo, encerra a noção pela qual se atribui a um sujeito o dever de assumir as consequências de um evento ou uma ação”.

Já nas palavras de Maria Helena Diniz (2010, p. 35), a responsabilidade pode ser conceituada como:

A aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiro em razão de ato próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato ou coisa de animais sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal.

Desse modo, a ideia de responsabilidade está atrelada a uma conduta danosa que gera a obrigação do infrator de reparar os prejuízos oriundos do referido dano causado.

1.2 ATO ILÍCITO

Como acima explanado, o ato ilícito quando causador de dano gera o dever de indenizar.

Em vista disso, necessário que se compreenda o que qualifica a ilicitude do ato.

O Código Civil, em seu art. 186, dispõe que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Contudo, o legislador, ao afirmar que apenas comete ato ilícito quem viola direito e causa dano, cometeu um erro. Isso porque, para a configuração do ato ilícito, não é necessária a ocorrência do dano, bastando apenas que haja a violação de um direito. Assim, caracteriza-se a ilicitude tão somente pela transgressão da norma. Em outras palavras, o ato praticado com infração de um dever legal ou contratual é um ato ilícito (STOCO, 2013).

Na visão de Cavalieri Filho, o ato ilícito pode ser analisado sob dois aspectos: no aspecto objetivo e no aspecto subjetivo.

Em seu enfoque objetivo, para a configuração da ilicitude considera-se apenas a materialidade da conduta, não importando se ato se originou de uma vontade livre e consciente, o ato ilícito indica a antijuridicidade da conduta. Em suma, ilícito é o ato que viola a ordem jurídica (CAVALIERI, 2014).

No aspecto subjetivo, por sua vez, para configuração do ilícito, além da violação da norma, faz-se necessário um juízo de valor da conduta, para que seja reputada como ilícita tão somente se a intenção do agente era violar o ordenamento jurídico. Ou seja, não basta a afronta à lei, exigindo-se igualmente o elemento volitivo consistente na culpa em sentido amplo (dolo ou culpa) (CAVALIERI, 2014).

A partir desse duplo aspecto de ilicitude, o mesmo autor conceitua o ato ilícito em sentido estrito como o conjunto de pressupostos da responsabilidade civil, e em sentido amplo como a conduta humana antijurídica, sem levar em conta os elementos subjetivos.

O art. 186 do Código Civil, que conceitua o ato ilícito, deve ser lido combinado com o art. 927 do mesmo diploma legal, que determina que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Dessa leitura, conclui-se que a obrigação de indenizar surge da combinação de ato ilícito com o resultado danoso (STOCO, 2013).

Importante destacar que o Código Civil, em seu art. 187¹, equipara o abuso de direito com o ato ilícito. Nesse tocante, Irineu Strenger, citado por Rui Stoco, traz a seguinte definição:

Abuso de direito é o ato realizado, com apoio em preceito legal, que causa dano a interesse não especificamente protegido pelo ordenamento positivo, manifestado pela lesão a princípios éticos e sociais, objetiva ou subjetivamente, mediante adequação entre o intencional e o sentido da lei.(2013. p. 168)

Assim sendo, ao igualar o abuso do direito ao ato ilícito objetiva-se “impedir que o direito sirva como forma de opressão, evitar que o titular do direito utilize seu poder com finalidade distinta daquela que se destina” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 203).

À vista disso, tem-se que assim como existe o dever de indenizar em decorrência do ato ilícito, subsistirá, este mesmo dever, em virtude do abuso de direito se este acarretar algum dano.

Após a conceituação da responsabilidade civil e do estudo da conduta ilícita, cumpre analisar as modalidades de responsabilidade civil.

1.3 MODALIDADES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Em razão de ter por elemento nuclear uma conduta violadora de um dever jurídico, é possível dividir a responsabilidade civil em diferentes espécies, com base na origem desse dever e, igualmente, no elemento subjetivo dessa conduta. (CAVALIERI FILHO, 2014).

Desse modo, analisar-se-ão as modalidades consideradas mais relevantes para o presente trabalho.

¹Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

1.3.1 Responsabilidade Civil e Penal

Em função do ilícito cometido, a responsabilidade jurídica pode se desdobrar em responsabilidade civil e penal. A responsabilidade penal advém da não observância de uma norma penal, o que acarreta prejuízos à ordem social. Em contrapartida, é da falta de cumprimento das leis civis ou de contratos que decorre a responsabilidade civil.

Em se tratando de responsabilidade civil, não se indaga se o dano causado ao terceiro, ao particular ou ao Estado causa turbacão social, uma vez que o objetivo é tão somente reparar o prejuízo causado à vítima.

Maria Helena Diniz (2010, p. 23) pontua que:

A responsabilidade Civil, por ser de repercussão do dano privado, tem por causa geradora o interesse de restabelecer o equilíbrio jurídico alterado ou desfeito pela lesão, de modo que a vítima poderá pedir reparação do prejuízo causado, traduzida na recomposicão do status quo ante ou numa importância em dinheiro.

Depreende-se que na responsabilidade civil o interesse diretamente lesado é do particular, o qual, a seu critério, decidirá requerer, ou não, a reparação do dano sofrido.

A mesma autora (DINIZ, 2010, p. 23) define a responsabilidade penal:

A responsabilidade penal pressupõe uma turbacão social, ou seja, uma lesão aos deveres de cidadãos para com a ordem da sociedade, acarretando um dano social determinado pela violação da norma penal, exigindo, para restabelecer o equilíbrio social investigação da culpabilidade do agente ou o estabelecimento da antisociabilidade do seu procedimento, acarretando a submissão pessoal do agente à pena que lhe for imposta pelo órgão judicante, tendendo, portanto, à punição, istoé, ao cumprimento da pena estabelecida em lei penal.

Assim, tem-se que o instituto da responsabilidade penal tutela, sobretudo, a ordem social, objetivando, para tanto, punir o infrator da lei.

Em que pese tanto a responsabilidade civil quanto a penal importarem violação de um dever jurídico ou infração da lei, o ilícito penal é de maior gravidade e lesividade do que o ilícito civil, pois enfraquece a sociedade como um todo já que, destrói valores considerados de maior relevância (RIZZARDO, 2011).

Importante ressaltar que uma só conduta pode incidir, ao mesmo tempo, em violação à lei civil e à lei penal. Com efeito, o infrator “terá de responder perante o lesado e perante a sociedade, visto que o fato danoso se revestiu de características que justificam o acionamento do mecanismo recuperatório da responsabilidade civil e impõem a movimentação do sistema repressivo da responsabilidade penal” (LYRA *apud* GONÇALVES, 2014, p. 57)

Por fim, necessário esclarecer quais as consequências que a sentença penal ocasiona no campo cível. Sobre a matéria, preleciona Sílvio de Salvo Venosa (2013, p. 20):

A sentença penal condenatória faz coisa julgada no cível quanto ao dever de indenizar o dano decorrente da conduta criminal, na forma dos arts. 91, I, do Código Penal, 63 do CPP. As jurisdições penal e civil em nosso país são independentes, mas há reflexos no juízo cível, não só sob o mencionado aspecto da sentença penal condenatória, como também, porque não podemos discutir no cível a existência do fato e da autoria do ato ilícito, se essas questões já foram decididas no juízo criminal e encontram-se sob o manto da coisa julgada (art. 64 do CPP, art. 935 do Código Civil). De outro modo, a sentença penal absolutória, por falta de provas quanto ao fato, quanto a autoria, ou à que reconhece uma dirimente ou justificativa, sem estabelecer a culpa, por exemplo, não tem influência na ação indenizatória que pode resolver autonomamente toda a matéria em seu bojo.

Deste modo, observa-se que, embora os ilícitos penal e civil sejam independentes, a sentença penal, em alguns casos, tem reflexos no campo civil.

1.3.2 Responsabilidade Contratual e Extracontratual

O legislador, ao tratar da responsabilidade civil, no Código Civil, distinguiu a responsabilidade civil em contratual e extracontratual. A primeira modalidade foi disciplinada nos artigos 186 a 188 e 927 e ss. do Código Civil, enquanto a segunda foi disciplinada nos artigos 395 e ss. e 389 e ss. do mesmo diploma legal.

A responsabilidade contratual é aquela que se origina do inadimplemento de uma obrigação contratual. Nessa, existe uma relação jurídica preexistente entre as partes, pois o contrato estabelece um vínculo jurídico entre os contratantes.

No entendimento de Sílvio de Salvo Venosa (2013, p. 2), a denominação mais adequada para a responsabilidade contratual é responsabilidade negocial, “pois não apenas do contrato emerge essa responsabilidade como também dos atos

unilaterais de vontade em geral, negócios jurídicos, como a gestão de negócios, a promessa de recompensa, o enriquecimento sem causa, entre outros".

Em relação à responsabilidade decorrente do descumprimento de convenção prévia entre as partes, ensina Maria Helena Diniz (2010, p. 248):

A responsabilidade contratual funda-se na culpa, entendida em sentido amplo, de modo que a inexecução culposa da obrigação se verifica que pelo seu descumprimento intencional, havendo vontade consciente do devedor de não cumprir a prestação devida, com o intuito de prejudicar o credor (dolo), quer pelo inadimplemento do dever jurídico, sem a consciência da violação, sem a intenção deliberada de causar dano ao direito alheio, havendo apenas um procedimento negligente, imprudente ou omissivo (culpa), prejudicial ao credor. Sendo a culpa, nesse sentido amplo, que abrange o dolo e a culpa em sentido estrito, o principal fundamento da responsabilidade contratual, o dever de indenizar apenas surgirá quando o inadimplemento for causado por ato imputável ao devedor. Daí a necessidade de se apreciar o comportamento do obrigado, a fim de se verificar, para a exata fixação de sua responsabilidade, se houve dolo, negligência, imperícia ou imprudência de sua parte.

Desse modo, já que o inadimplemento causado por culpa do devedor é o fundamento da responsabilidade contratual, importante destacar que o ônus da prova incumbe àquele que descumpriu com a obrigação (GONÇALVES, 2014).

Cabe ao credor demonstrar apenas que a prestação foi descumprida. O devedor só não será responsabilizado se provar a ocorrência de alguma das excludentes admitidas na lei, quais sejam: culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior. (GONÇALVES, 2014)

Sendo assim, pode-se concluir que a responsabilidade contratual, ou negocial, é aquela que decorre do inadimplemento de pacto previamente ajustado entre as partes e funda-se na culpa do devedor, a quem incumbe o *ônus probandi*.

A responsabilidade extracontratual ou aquiliana "tem a sua origem na inobservância do dever genérico de não lesar, de não causar dano a ninguém (*neminem laedere*), estatuído no art. 186 do Código Civil." (GONÇALVES, 2014, p. 63)

Mais uma vez, importante a lição de Maria Helena Diniz (2010, p. 527):

A responsabilidade extracontratual, delitual ou aquiliana é a resultante de violação legal, ou seja, de lesão a um direito subjetivo, ou melhor, da infração ao dever jurídico geral de abstenção atinente aos direitos reais ou de personalidade, sem que aja nenhum vínculo contratual entre lesante e lesado.

Assim, na responsabilidade civil extracontratual o dever de indenizar é decorrente da violação de um dever legal. Via de regra, funda-se na culpa, cabendo ao lesado provar que o agente causador do dano agiu dolosa ou culposamente.

Importante destacar que a teoria monista adotada pelo Código Civil, a qual estabelece essa distinção entre a responsabilidade contratual e extracontratual é criticada pelos doutrinadores, pois as soluções dadas em ambos os casos serão as mesmas.

1.3.3 Responsabilidade Subjetiva e Objetiva

De acordo com o fundamento dado à obrigação de reparar o dano, a culpa será, ou não, elemento da responsabilidade civil. Quando a responsabilização pelo dano causado pressupõe a ideia de culpa, trata-se de responsabilidade subjetiva. Em contrapartida, nos casos em que a culpa é prescindível para que o agente causador do dano seja obrigado a repará-lo, estaremos diante da responsabilidade objetiva.

Nos primeiros tempos do Direito Romano, a responsabilidade era objetiva, mas diferentemente da teoria objetiva atual, que tem por fundamento o risco, o que justificava a reparação era a ideia de vingança. Mais tarde, houve uma mudança, considerada um progresso, e passou-se a verificar a culpa do autor do dano (GONÇALVES, 2014).

A teoria adotada pelo Código Civil é a subjetiva, consoante se extrai do seu artigo 186, o qual exige a culpa como fundamento para a reparação do dano. A culpa a que se refere o artigo abrange tanto o dolo quanto a culpa em sentido estrito, isto é, imprudência, negligência e imperícia.

Quanto a essa modalidade de responsabilidade, ensina Paulo Nader (2009, p. 29) que em no ordenamento pátrio, a regra geral é que o dever de reparação pressupõe o dolo ou a culpa do agente. "De acordo com essa orientação, se o dano foi provado exclusivamente por quem sofreu as consequências, incabível o dever de reparação por parte de outrem. Igualmente se decorreu de caso fortuito ou força maior."

Complementa esse ensinamento Rui Stoco (2013, p. 212), prelecionando que "dentro da teoria clássica da culpa, a vítima tem que demonstrar a existência

dos elementos fundamentais de sua pretensão, sobressaindo o comportamento culposo de demandado.”

Ocorre que, em meados do século XIX, diante dos avanços experimentados pela sociedade, sentiu-se que teoria subjetiva não era suficiente para abranger todas as hipóteses em que era necessária a reparação (RIZZARDO, 2011, p. 26). Teve origem a teoria objetiva como um sistema autônomo no campo da responsabilidade civil.

Com efeito, entende-se por responsabilidade objetiva aquela que dispensa a presença do elemento da culpa para que possa ser imputada obrigação ao causador do dano. A culpa "pode ou não existir, mas será sempre irrelevante para a configuração do dever de indenizar. Indispensável será a relação de causalidade porque, mesmo em sede de responsabilidade objetiva, não se pode responsabilizar a quem não tenha dado causa ao evento." (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 177).

A responsabilidade objetiva tem por base o princípio da equidade, de modo que aquele que afeita os cômodos de uma situação deve arcar com seus incômodos (VENOSA, 2013).

Uma das teorias que embasam a responsabilidade objetiva é a teoria do risco. Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 49), nessa teoria: “se subsume a ideia do exercício de atividade perigosa como fundamento de responsabilidade civil. O exercício de atividade que possa oferecer algum perigo representa risco, que o agente assume, de ser obrigado a ressarcir os danos que venham resultar a terceiros dessa atividade”.

A teoria do risco divide-se em várias modalidades, dentre elas, importante destacar a teoria do risco proveito, a do risco profissional, a do risco criado, e a do risco integral.

De acordo com Sergio Cavaliere Filho (2014, p. 182), "pela teoria do risco proveito, responsável é aquele que tira proveito da atividade danosa, com base no princípio de que, onde está o ganho, aí reside o encargo”.

O mesmo autor ensina que "A teoria do risco profissional sustenta que o dever de indenizar tem lugar sempre que o fato prejudicial é uma decorrência da atividade ou profissão do lesado" (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 182).

Pela teoria do risco criado, "deve-se fazer abstração dos efeitos pessoais que a atividade de risco proporciona ao agente. O fundamento para que este

assuma a responsabilidade é o fato de ser o criador da fonte geradora de perigo” (NADER, 2009, p. 101).

Todas as ramificações da teoria do risco explanadas decorrem de uma ideia comum. Em situações socialmente relevantes, em que a prova da culpa é um encargo pesado ou intransferível à vítima, a lei prefere dispensá-la (VENOSA, 2013).

A Doutrina refere-se também à teoria do risco integral, a mais extrema vertente da teoria do risco, consoante Paulo Nader disserta (2009, p. 102):

Não foi incorporada à ordem jurídica, pois constitui uma subversão aos princípios orientadores da responsabilidade civil. Por ela, basta o dano para a configuração da responsabilidade, dispensando-se a culpa, excludentes de responsabilidade e o nexo de causa e efeito. Pelo risco integral, imputar-se-ia a responsabilidade ainda quando a conduta fosse de terceiro, dano decorrente de caso fortuito ou força maior, culpa exclusiva da vítima.

Assim, de acordo com a teoria do risco integral, basta apenas a existência do dano para que surja o dever de indenizar, uma vez que nela dispensa-se, além do elemento culpa, também o nexo de causalidade, motivo pela qual tal teoria não integra o ordenamento jurídico.

Como dito, no ordenamento jurídico brasileiro a regra é responsabilidade subjetiva. Contudo, no próprio Código Civil podem ser encontrados dispositivos da responsabilidade objetiva, tais como os artigos 936, 937 e 938, os quais disciplinam, respectivamente, a responsabilidade do dono do animal, a do proprietário do prédio em ruína, e a do morador do prédio de onde caíam objetos.

Ademais, a responsabilidade objetiva foi consagrada em diversas leis específicas como no Decreto legislativo n. 2.681, de 1912, que disciplina a responsabilidade civil das estradas de ferro, na Lei n. 6.938 de 1981, que trata dos danos causados ao meio ambiente, no Código Brasileiro de Aeronáutica, no Código do Consumidor, dentre outras tantas.

Em suma, a responsabilidade objetiva qualifica-se em diversas situações em que a comprovação da culpa inviabilizaria a indenização para a parte presumivelmente mais vulnerável (VENOSA, 2013).

Destarte, a depender da situação, pode se utilizar a responsabilidade subjetiva, ou pode-se utilizar a objetiva.

Por fim, tem-se que, em se tratando de responsabilidade subjetiva, caberá à vítima provar que o agente causador do dano agiu com culpa ou dolo, enquanto na

responsabilidade objetiva, a qual dispensa a culpa, caberá ao réu, para eximir-se da responsabilização, alegar uma das causas de exclusão do nexo de causalidade.

1.4 PRESSUPOSTO

Para a caracterização da responsabilidade civil, é necessária a existência concomitante de determinados elementos, denominados de pressupostos da responsabilidade civil.

Os autores divergem quanto aos pressupostos estruturantes do dever de indenizar. Contudo, da análise dos artigos 186 e 927, ambos do Código Civil, podem ser indicados quatro elementos para que surja a obrigação de indenizar, a saber:

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

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

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

Destarte, infere-se do teor dos artigos supracitados a existência de quatro elementos: a) conduta humana (ação ou omissão); b) culpa; c) nexo de causalidade; e d) dano.

Sem a presença de todos esses elementos, não se configura a responsabilidade civil. Porém, como já esclarecido no item 2.2.3, no caso da responsabilidade objetiva não se exige o pressuposto da culpa.

Sendo assim, para uma melhor compreensão do instituto da responsabilidade civil, necessário se faz o estudo pormenorizado de cada um de seus pressupostos.

1.4.1 Conduta humana

A conduta humana é requisito necessário à caracterização da responsabilidade civil em qualquer uma de suas modalidades, pois a ação ou a

omissão praticadas por meio da vontade do agente é que vem a causar dano a outrem.

Sergio Cavaliere Filho (2014, p. 38) conceitua a conduta como "o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas." Sendo "a ação ou omissão o aspecto físico, objetivo, da conduta, sendo a vontade o aspecto psicológico, ou subjetivo."

A conduta, em regra, se exterioriza pela ação, que é um movimento corpóreo comissivo, um comportamento positivo. Enquanto a omissão se configura pela inatividade, pela abstenção de uma conduta devida (CAVALIERI FILHO, 2014).

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2014), a ação pode resultar de uma convenção, a exemplo do dever de guarda, de vigilância, e de custódia, de uma imposição legal, como o dever de prestar socorro às vítimas de acidentes, estabelecido no art. 176, I, do Código de Trânsito Nacional, ou mesmo de alguma situação especial de perigo.

Quanto à configuração da omissão, esclarece Flávio Tartuce (2012, p. 435) que "é necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado ato, bem como a prova de que a conduta não foi praticada. Em reforço para omissão é necessário ainda a demonstração de que, caso a conduta fosse praticada, o dano poderia ter sido evitado."

Assim, a omissão só possui relevância jurídica quando, tornando o omitente responsável, este tinha o dever jurídico de praticar um ato a fim de impedir determinado resultado. De modo que o omitente colabora na realização do evento danoso, pois não agiu para impedi-lo.

Em regra, a responsabilidade decorrente de conduta ou ato próprio do agente, é a denominada responsabilidade direta, ou por fato próprio.

Por vezes, contudo, a lei faz aflorar a responsabilidade pelo fato de outrem ou de terceiro, a quem àquele que deverá responder pelos prejuízos causados, está ligado por algum vínculo jurídico do qual resulte o dever de guarda, vigilância ou custódia (CAVALIERI FILHO, 2014).

Em virtude disso, os pais respondem pelos atos dos filhos menores, o tutor e o curador pelos pupilos e curatelados. Tal responsabilidade, trata-se na verdade de responsabilidade por fato próprio omissivo, visto que a pessoa que responderá terá concorrido para o dano por falta de cuidado ou vigilância (CAVALIERI FILHO, 2014).

Fala-se também em responsabilidade pelo fato da coisa, quando essa ocasiona o evento danoso sem a conduta direta de seu dono ou preposto (CAVALIERI FILHO, 2014).

Tal questão é bem sintetizada por Caio Mario da Silva Pereira (2009, p. 566), conforme segue:

Estabelecida a existência do nexu causal entre o comportamento do agente e o dano, há responsabilidade por fato próprio; quando está relação causal repercute em terceiros a quem correrá o dever de reparar o mal causado, em decorrência de um vínculo jurídico especial, diz-se responsabilidade pelo fato de terceiros; quando o dano é causado por objeto ou animal, cuja a vigilância ou guarda era imposta à alguém, há responsabilidade pelo fato das coisas.

Desse modo, mesmo que não tenha contribuído para o fato, aquele que não cumprir seu dever de guarda, de vigilância ou de custódia responderá com seu patrimônio pelo prejuízo causado por fato de outrem ou da coisa.

A responsabilidade pelo fato de outrem se dá, pois só é possível imputar - isto é, atribuir - a alguém a responsabilidade por alguma coisa, se no momento da prática do ato danoso tinha capacidade de entender o caráter reprovável de sua conduta e de determinar-se de acordo com esse entendimento (CAVALIERI FILHO, 2014).

Portanto, a conduta capaz de gerar o dever de indenizar poderá ser comissiva ou omissiva e, ainda, própria ou de outrem, a quem o responsável está ligado por um vínculo jurídico especial.

1.4.2 Culpa

O elemento em questão, como já estudado, é pressuposto apenas da responsabilidade civil subjetiva, que é a regra geral do ordenamento jurídico pátrio.

Age com culpa, o agente que, pessoalmente, merece a censura ou reprovação do Direito. E só merecerá reprovação, quando, diante das circunstâncias, for possível afirmar que o agente poderia, ou deveria, ter agido de outra forma (GONÇALVES, 2014).

A culpa deve ser analisada em seu sentido amplo, *latu sensu*, e em sentido restrito, *stricto sensu*. Nesse sentido, o ensinamento de Maria Helena Diniz (2010):

A culpa em sentido amplo, como violação de um dever jurídico, imputável a alguém, em decorrência de fato intencional ou de omissão de diligência ou cautela, compreende: o dolo, que é a violação intencional do dever jurídico, e a culpa em sentido estrito, caracterizada pela imperícia, imprudência ou negligência, sem qualquer deliberação de violar um dever. Portanto, não se reclama que o ato danoso tenha sido, realmente, querido pelo agente, pois ele não deixará de ser responsável pelo fato de não ter-se apercebido do seu ato nem medido as suas consequências.

No mesmo sentido, esclarece Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 446) que "se a atuação desastrosa do agente é deliberadamente procurada. Voluntariamente alcançada, diz-se que houve culpa *latu sensu* (dolo)" e prossegue, afirmando que haverá culpa *stricto sensu* se "o prejuízo da vítima é decorrência de comportamento negligente e imprudente do autor do dano."

Assim, a culpa *stricto sensu* caracteriza-se pela imperícia, imprudência e negligência, enquanto a culpa *latu sensu* abarca a culpa em sentido estrito e o dolo.

A culpa em sentido estrito é a "conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém, previsto ou previsível" (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 50).

Quanto a esse dever de cuidado assevera o mesmo autor (CAVALIERI, 2014) que a conduta do homem deve visar a não ocorrência de prejuízo a ninguém. Deve este, então, agir com cautela, de modo que, ao praticar os atos da vida, não ocasione lesão a bens jurídicos alheios. Essa cautela, atenção ou diligência é denominada dever de cuidado objetivo e a não observância dele torna a conduta culposa.

Para avaliar o grau de diligência ou cautela exigível do agente para aferição de sua culpa, utiliza-se o critério de comparação com o comportamento do *homo medius*, do homem ideal, aquele que, com diligência, prevê o mal e, se precavendo, evita o perigo (GONÇALVES, 2014).

A falta de cautela exterioriza-se por meio da imprudência, da negligência e da imperícia. Da lição de Rui Stoco (2013, p. 180):

[...] imprudência: comportamento açoitado, precipitado, apressado, exagerado ou excessivo; negligência: quando o agente se omite deixa de

agir quando deveria fazê-lo e deixa de observar regras subministradas pelo bom senso, que recomendam cuidado, atenção e zelo; e imperícia: a atuação profissional sem o necessário conhecimento técnico ou científico que desqualifica o resultado e conduz ao dano.

De outro vértice, a culpa civil em sentido amplo abarca, além dos atos fundados na negligência, imprudência ou imperícia, também a conduta intencional, o dolo. (VENOSA, 2013).

O dolo caracteriza-se por ser uma conduta voluntária contrária à lei. O agente, por sua vontade, rompe com a ordem natural das coisas. Em se tratando de conduta dolosa, o ato é praticado eivado de voluntariedade ou, ao menos, é assumido o risco de produzir o dano: no primeiro caso, têm-se o chamado dolo direto e no segundo; o dolo indireto ou eventual (RIZZARDO, 2011).

Em síntese, na conduta dolosa, o agente pratica o ato com a intenção de atingir o resultado, enquanto na culpa, ele deseja apenas praticar a ação e o resultado danoso não é querido, mas atingido em virtude da falta de cuidado do agente (CAVALIERI, 2014).

Concebe-se diversos tipos de culpa, sendo sua classificação importante para fins de verificação de sua presença nas condutas do agente (RIZZARDO, 2011).

A culpa *in eligendo* cinge-se na ideia de que fora mal escolhido o representante ou preposto, como nos casos da contratação de empregado inabilitado ou imperito (VENOSA, 2013).

Já a culpa *in vigilando*, de acordo com Arnaldo Rizzardo (2011, p. 5), “caracteriza-se com a falta de cuidados e fiscalização de parte do proprietário ou do responsável por bens e pelas pessoas”.

A culpa *in custodiando*, por sua vez, refere-se à desatenção em relação a animais ou coisas que estavam sob a responsabilidade do agente (CAVALIERI FILHO, 2014).

Inobstante essas três espécies de culpa, *in eligendo*, *in vigilando* e *in custodiando*, estarem extintas, porque o art. 933² do Código Civil de 2002,

²Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

diversamente do código anterior, estabeleceu responsabilidade objetiva para os pais, patrões e detentores de animais (CAVALIERI, 2014).

Tem-se ainda a culpa *in comittendo* ou *in faciendo* que é aquela decorrente da prática de um ato positivo, enquanto a culpa *in omittendo* surge de uma abstenção (DINIZ, 2010).

No que diz respeito à culpa extracontratual ou aquiliana, bem como a contratual, a primeira fere um princípio geral do Direito, a qual vai de encontro a alguma norma disposta, a segunda desrespeita algum dever consignado no contrato ajustado entre as partes (RIZZARDO, 2011).

Examinada pelo nível de gravidade, a culpa poderá ser grave, leve ou levíssima. A primeira configura-se pela não observância grosseira e imperdoável de regras comuns na execução de um ato. A segunda, por sua vez, ocorre em casos de desatenção, de uma maior falta de concentração. Já a última se dá em virtude de pequenas falhas. Como exemplo da culpa grave, leve e levíssima, tem-se respectivamente a condução de um veículo em estado de embriaguez, um acidente de automóvel por estar o condutor conversando, e, por fim, a colisão na traseira de um veículo que parou de repente em decorrência de um obstáculo que surgiu à frente do mesmo (RIZZARDO, 2011).

Destarte, o valor da indenização não deve ser superior aos danos causados, tampouco inferior a eles. Muito embora o *caput* do art. 944³ consagre o princípio tradicional de que, havendo dolo ou culpa, em qualquer de suas modalidades, o agente deverá indenizar a vítima no valor integral do dano, o parágrafo único concede ao juiz o poder de, equitativamente, reduzir a indenização quando se mostre excessivamente desproporcional o *quantum* indenizatório com o grau de culpa do responsável (GONÇALVES, 2014).

Compreendido o pressuposto da culpa, têm-se o nexo de causalidade como próximo requisito, o qual é indispensável a todas as espécies de responsabilidade.

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.
Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

³ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

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

1.4.3 Nexo causal

Pode-se definir o nexo causal como o elo que liga a conduta do agente ao dano. É por meio da análise da relação causal que se infere quem veio a causar prejuízo a outrem. Cuida-se de elemento indispensável à responsabilidade civil. Poderá existir responsabilidade sem culpa, a responsabilidade objetiva, mas não há que se falar nunca⁴ em responsabilidade sem o nexos de causalidade. De modo que, se a vítima sobre a qual recaiu o dano não lograr êxito em demonstrar o nexo causal que liga o evento danoso ao agente causador, não haverá como ser ressarcida de seus prejuízos (VENOSA, 2013).

Como preceitua Rui Stoco (2013), nexo causal é o vínculo entre a conduta e o resultado. Acrescenta Cavalieri Filho (2014, p. 62) que:

A noção de nexo causal não é puramente naturalista, nem exclusivamente jurídica. Num primeiro momento, o nexo causal é verificado mediante a mera relação de causa e efeito determinada pelas leis naturais. Elo naturalístico entre a conduta e o resultado. A relação causal estabelece o vínculo entre um determinado comportamento e um evento, permitindo concluir, com base nas leis naturais, se a ação ou omissão do agente foi ou não a causa do dano; determina se o resultado surge como consequência natural da voluntária conduta do agente.

O doutrinador diz, também, que além de tal elemento naturalístico, é necessário, ainda, para se averiguar com exatidão a relação entre o fato e certo resultado, uma análise jurídica a ser realizada pelo juiz (CAVALIERI, 2014).

⁴ No tocante a responsabilidade civil que poderá ser aplicada no direito de família o pressuposto nexos causal é imprescindível. Todavia "Existem obrigações de indenizar em que não se exige um nexos de causalidade adequada entre a atividade do responsável e o dano acontecido: são os casos que alguns designam (inadequadamente) de responsabilidade por risco integral e que é chamada de responsabilidade civil objetiva agravada. [...] Similarmente ao que acontece com a responsabilidade objetiva comum, a agravada também tem como fundamento um risco de atividade, mas agora o risco considerado é bem mais específico. Se na responsabilidade agravada se prescinde de nexos de causalidade adequada entre o fato de responsável e o dano, em contrapartida exige-se que este guarde estreita conexão com a atividade do responsável, como dito, não são todos os danos ocorridos que serão indenizáveis, serão apenas aqueles que possam ser considerados inerentes, característicos ou típicos da atividade em questão. Na responsabilidade agravada, para que o indigitado se liberte da obrigação de indenizar, que ele prove não existir conexão entre o fato acontecido e a atividade por ele exercida." (CORRÊA. Fernando Rodrigo. 2010)

No que se refere à determinação do nexos causal, há dois pontos a serem analisados. O primeiro diz respeito à dificuldade de se provar o liame entre a conduta e o resultado, o segundo assenta-se no reconhecimento do fato que, efetivamente, é a causa do dano, principalmente, quando está-se diante de causalidade múltipla (STOCO, 2013).

O nexos causal, no que diz respeito às provas, em princípio, está ancorado na premissa de que ao autor incumbe a prova do que alega. De modo que, ao propor a ação, cabe produzir provas dos requisitos de responsabilidade civil e, por conseguinte, comprovar o vínculo entre o fato e o necessário evento danoso (SILVA PEREIRA, 2012).

Quanto à segunda problemática, notadamente a identificação da causa fundamental do dano na hipótese de causalidade múltipla, relevante a lição de Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 478):

A teoria do nexos causal encerra dificuldades porque, em razão do aparecimento de concausas, a pesquisa da verdadeira causa do dano nem sempre é fácil. Essas concausas podem ser sucessivas ou simultâneas. Nas últimas, há um só dano, ocasionado por mais de uma causa. É a hipótese de dano que pode ser atribuída há várias pessoas. O Código Civil, em matéria de responsabilidade extracontratual, dispõe que a responsabilidade é solidária neste caso. (cf. art. 942, parágrafo único). A grande dificuldade, entretanto, está no estudo das concausas sucessivas, em que se estabelece uma cadeia de causas e efeitos. A grande dificuldade está em saber qual delas deve ser acolhida como sendo a responsável pelos danos.

Dentre as teorias para que se empenham na solução do problema das concausas ou da causalidade múltipla, três são as mais destacadas pela Doutrina. São elas: a da equivalência dos antecedentes, a teoria da causalidade adequada, e a teoria dos danos diretos e imediatos.

A teoria de equivalência dos antecedentes não distingue causa e condição. Sendo diversas as causas que contribuem para o resultado, todas têm a mesma relevância, não se discutindo qual delas foi mais importante para alcançar o resultado. Para se chegar à conclusão de que o antecedente é ou não condição, faz-se um processo hipotético, no qual aquele é eliminado mentalmente. Se, após essa eliminação o resultado danoso deixar de existir, a condição será causa; caso contrário não será. Aqueles que defendem essa teoria argumentam que é impossível

imputar o resultado a cada uma das condições, individualmente, sendo eleuno e indivisível (CAVALIERI FILHO, 2014).

Pontua Ruy Stoco (2013) que o problema da teoria de equivalência das condições está no fato de que qualquer sujeito que esteja introduzido na linha causal poderá ser considerado causador do dano, de modo que poderá permitir uma regressão ilimitada.

A teoria da causalidade adequada, segundo Silvio de Salvo Venosa (2013), considera que a causa será só a predominante, isto é, somente o antecedente necessário que deu causa ao evento danoso.

Nas palavras de Arnaldo Rizzardo (2011, p. 70), a teoria da causalidade adequada pode ser definida como aquela que:

Busca justificar a responsabilidade na causa mais apropriada ou causa eficiente, na causa primeira, encontrada naquele evento que importou no surgimento do dano. O nexu de causalidade consiste numa relação necessária entre o fato gerador e o evento danoso, mas não continuando a abranger as perdas e danos mesmo em razão de outro evento. A causa necessária é a que explica o dano, continuando a produzir efeitos ou consequências, até que advenha um outro fato.

Portanto, ainda que diversas condições contribuam para um resultado, será considerada causa apenas a que for mais adequada/relevante à geração do dano indivisível (CAVALIERI FILHO, 2014).

A terceira teoria, dos danos diretos ou imediatos, também denominada de teoria da interrupção do nexu causal segundo Ruy Stoco (2013, p. 206), determina que “nem todo fator que alcança o evento danoso será necessariamente causa do dano. Quer dizer, nem toda condição que interferiu no resultado será causa necessária.”

Ensina Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 479-480) que essa teoria é uma combinação das duas anteriormente explanadas, com certa atenuação quanto às extremas consequências que a aplicação de uma, ou de outra, possa resultar. Para o autor, de acordo com tal teoria, “é indenizável todo dano que se filia a uma causa, ainda que remota, desde que esta seja necessária, por não existir outra que explique o mesmo dano.” E acrescenta: “O agente primeiro responderia tão só pelos danos que se prendessem a seu ato por um vínculo de necessariedade. Pelos danos consequentes das causas estranhas responderiam os respectivos agentes.”

Quanto à teoria adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, para explicar o nexo de causalidade, não há consenso entre a Doutrina e a Jurisprudência.

Isso ocorre em razão da imprecisão contida no art. 403⁵ do Código Civil, único dispositivo que trata da questão. De um lado, sustenta-se que o Código filiou-se à teoria do dano direto e imediato, de outro lado; que acolheu a teoria da causalidade adequada (BAHIA, 2012).

Nesse sentido, a lição de Sergio Cavalieri Filho (2009, p. 50):

Nenhuma teoria nos oferece soluções prontas e acabadas para todos os problemas envolvendo nexo causal. Como teorias, apenas nos dão um roteiro mental a seguir, o raciocínio lógico a ser desenvolvido na busca da melhor solução. Sempre sobrar espaço para a criatividade do julgador atento aos princípios da probabilidade, da razoabilidade, do bom senso e da equidade.

Com a mesma visão, complementa Rui Stoco (2013) que todas as teorias quanto ao nexo causal são suscetíveis de críticas, por apresentarem dificuldades na resolução das questões frente ao caso concreto, de modo que caberá ao julgador acolher, diante de determinada hipótese, qual a teoria preponderante.

1.4.4 Dano

O dano é pressuposto indispensável a qualquer das modalidades de responsabilidade civil, sendo que só existirá responsabilidade se houver um dano a ser reparado. É assim porque a consequência da responsabilidade é a obrigação de ressarcir, que não poderá se consubstanciar se não houver o que ser reparado (DINIZ, 2010).

Carlos Roberto Gonçalves (2014) assevera que nem todo dano deve ser ressarcido, mas apenas os que preencherem os requisitos da certeza e da atualidade.

Certo é o dano que não se funda em uma hipótese, mas em um fato preciso. Tal requisito busca afastar a reparação do dano eventual, que poderá nem

⁵Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

se concretizar. Por sua vez, atual é o dano já existente no momento da ação de responsabilidade civil. Contudo, é possível a existência de uma ação de perdas e danos por um prejuízo futuro quando este for decorrente de um dano presente e os julgadores já tenham elementos suficientes para avaliar os referidos prejuízos (GONÇALVES, 2014).

Nos dizeres de Sergio Cavalieri Filho (2014, p. 93), o dano pode ser assim conceituado:

[...] a lesão a um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral[...]

Logo, o dano pode ser tanto de ordem material como de ordem moral, fazendo-se necessária uma distinção sobre os desdobramentos acerca de suas particularidades.

1.4.4.1 Dano Material

A depender do interesse protegido, resulta a espécie de dano. No dano material, ou como preferem alguns autores, dano patrimonial, o interesse a ser protegido é o econômico. O dano material acaba por diminuir o patrimônio do sujeito. Como patrimônio, por oportuno trazer sua conceituação, tem-se “qualquer bem exterior, capaz de classificar-se na ordem das riquezas materiais, valorizável por sua natureza e tradicionalmente em dinheiro. Deve ser idôneo para satisfazer uma necessidade econômica e apto de ser usufruível.” (RIZZARDO, 2011, p. 14-15).

Antunes Varela, citado por Cavalieri Filho (2014, p. 94), aduz que o dano patrimonial permite uma avaliação pecuniária, podendo ser reparado de forma direta por meio da reconstituição da situação anterior à ocorrência do dano, ou, indiretamente, mediante equivalente ou indenização pecuniária.

Ao tratar das perdas e danos o art. 402 do Código Civil assim dispõe:

Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

Desse modo, o dano de ordem patrimonial compreende os danos emergentes, quer dizer, aquilo que efetivamente se perdeu, e os lucros cessantes, isto é, aquilo que se deixou de ganhar (STOCO, 2013).

Na mesma linha, complementa Venosa (2014), que o dano emergente, também chamado de dano positivo, é o que mais se destaca no primeiro momento, que corresponde a uma diminuição do patrimônio da vítima, aquilo que ela de fato perdeu. Por sua vez, o lucro cessante é o que a vítima razoavelmente deixou de lucrar. Cuida-se, este último, de uma projeção contábil na qual se considera o que a vítima teria recebido caso não tivesse ocorrido o evento danoso. O vocábulo razoavelmente posto no art. 402 deixa claro que a indenização não deve ser mecanismo para obtenção de lucro. O dano emergente é mais simples de ser verificado, pois depende exclusivamente do caso concreto.

Quanto ao princípio da razoabilidade leciona Sérgio Cavalieri Filho (2014, p. 96):

Não é fácil como, como se vê, estabelecer até onde o fato danoso projeta a sua repercussão negativa no patrimônio da vítima. Nessa tarefa penosa deve o juiz valer-se do juízo de razoabilidade, de um juízo causal hipotético que segundo Larenz, seria o desenvolvimento normal dos acontecimentos, caso não tivesse ocorrido o fato ilícito gerador da responsabilidade civil. Deve o juiz mentalmente eliminar o ato e indagar se aquilo que está sendo pleiteado título de lucro poderia ser razoavelmente esperado, caso não tivesse ocorrido o ato ilícito.

Tal princípio busca impedir o enriquecimento sem causa da vítima, não podendo a indenização converter-se em fonte de enriquecimento da vítima. Serve, pois, tão somente para repor ou reconstituir o estado *quo ante* e deixar a vítima na mesma situação que se encontraria caso o dano não tivesse se consumado (STOCO, 2013).

Analisado o dano material, resta a apreciação do dano moral, dano este que apresenta maiores dificuldades de liquidação, pois o bem lesado não se calcula monetariamente, cabendo assim, à Doutrina e à Jurisprudência, bem como aos julgadores, por meio de análise cautelosa, estabelecer critérios e parâmetros para fixar o *quantum* indenizatório mais pertinente ao caso concreto (THEODORO JUNIOR, 2010).

1.4.4.2 Dano Moral

A Constituição Federal ao dispor, em seu art. 1º, inciso III⁶, que a República Federativa do Brasil tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, colocou a dignidade como um de seus valores fundamentais, sendo vista como um princípio fundamental (SANTOS, 2001).

Da noção da dignidade, extrai-se que o ser humano comporta em si um valor transferível e inalienável, que lhe pertence simplesmente por ser pessoa humana, não importando suas qualidades individuais. Em havendo violação a esse direito da personalidade, haverá dano moral. (SANTOS, 2001).

Desse modo, a Constituição Federal deu ao dano moral uma grande dimensão e, considerando a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, e da imagem, corolário do direito à dignidade, introduziu em seu art. 5º, incisos V e X, a absoluta reparação do dano moral (CAVALIERI FILHO, 2014).

O Código Civil, na mesma linha da Constituição, em seus artigos 186 e 927, determina que deverão ser indenizados os danos morais.

Para Humberto Theodoro Junior (2010, p. 2-3) os danos morais podem ser conceituados como aqueles:

Ocorridos na esfera da subjetividade, ou no plano valorativo da pessoa na sociedade, alcançando os aspectos mais íntimos da personalidade humana (“o da intimidade e da consideração pessoal”), ou da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (“o da reputação ou da consideração social”). Derivam, portanto, de “práticas atentatórias à personalidade humana” (STJ, 3ª T., VOTO DO Relator EDUARDO RIBEIRO, no REsp 4.236, in BUSSADA, Súmulas do Superior Tribunal de Justiça, São Paulo, Jurídica Brasileira). Traduzem-se em “sentimento de pesar íntimo da pessoa ofendida” (STF, RE 69.754/SP, RT 485/230) capaz de gerar “alterações psíquicas” ou “prejuízos à parte social ou afetiva do patrimônio moral” do ofendido (STF, RE 116.381-RJ, BUSSADA, ob. Cit., p. 6.873).

No mesmo sentido, Sílvio de Salvo Venosa (2013) conceitua o dano moral como prejuízo que acomete o ânimo psíquico, moral e intelectual do sujeito. O doutrinador afirma que, por estar na esfera dos direitos da personalidade, é difícil estabelecer a justa indenização do dano, já que os prejuízos são imponderáveis.

⁶ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana.

Ressalta que não é qualquer simples dissabor que tem o condão de gerar o dever de indenizar. Sendo, para tanto, necessário o critério objetivo do homem médio: “não se levará em conta o psiquismo do homem excessivamente sensível, que se aborrece com fatos diuturnos da vida, nem o homem de pouca ou nenhuma sensibilidade, capaz de resistir sempre às rudezas do destino” (VENOSA, 2013, p. 46).

Complementa Cavalieri Filho (2014, p.111) que

Nessa linha de princípios, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio no seu bem estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos.

O mesmo autor (CAVALIERI FILHO, 2014) assevera que a dor, o vexame, o sofrimento, e a humilhação, não são as causas, mas sim os efeitos danosos, de modo que só poderão ser considerados como dano moral, se a causa de tais efeitos for a agressão à intimidade de alguém.

Com isso, pode existir dano moral sem dor, vexame, sofrimento, da mesma forma que puderam ocorrer esses sentimentos sem que exista violação à dignidade da pessoa humana, o que, *in casu*, não configurará o dano moral (CAVALIERI FILHO, 2014).

É com base nesse entendimento que é possível a configuração do dano moral mesmo quando a vítima não é passível de sofrimento psíquico, a exemplo dos amentais e crianças (CAVALIERI FILHO, 2014).

Tendo em vista que há uma lacuna legislativa quanto aos critérios para fixação do dano moral e que não existe preço que restaure a ofensa à dignidade, o juiz deve se valer do princípio da razoabilidade, estabelecendo relação de equivalência entre a gravidade da lesão e o valor monetário da indenização (REIS, 2010).

Outro ponto que merece destaque no que diz respeito ao dano moral é a sua prova. O dano moral prescinde de provas. Não é o dano que deve ser provado,

mas o fato que o gerou, trata-se de *damnum in re ipsa*. Isto é, o dano ocorre pelo simples fato da sua violação (RIZZARDO, 2011).

Assim, comprovada a existência do fato que gerou o dano, impõe-se o dever de indenizar.

Portanto, sendo possível a reparação dos danos morais, qual seria a sua natureza jurídica? De acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 513), embora a Doutrina não seja unânime, o entendimento que tem prevalecido é de que:

A reparação pecuniária do dano moral tem duplo caráter: compensatório para a vítima e punitivo para o ofensor. Ao mesmo tempo que serve de lenitivo, de consolo, de uma espécie de compensação para atenuação do sofrimento havido, atua como sanção ao lesante, como fator de desestímulo, a fim de que não volte a praticar atos lesivos à personalidade de outrem.

Assim, a indenização a título de dano moral não se trata de valorar a dor da vítima, mas sim de amenizar os prejuízos imateriais causados a ela, além de servir como disciplinador ao causador dos danos.

1.5 EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL.

Há situações que eliminam o dever de indenizar: algumas delas por afastar a ilicitude do ato e outras por excluírem o nexo de causalidade⁷.

Não é todo ato ilícito que gera dano, da mesma forma que nem todo ato danoso é ilícito. Tanto é que o Código Civil em seu art. 188⁸ prevê hipóteses em que não haverá violação de dever jurídico, isto é, não ocorrerá o ilícito, em que pese a conduta do agente causar dano a outrem. São as denominadas causas de exclusão da ilicitude, são elas: a legítima defesa, o exercício regular do direito e o estado de necessidade (CAVALIERI FILHO, 2014).

⁷ Em se tratando da responsabilidade agravada a demonstração das excludentes de causalidade não afasta a responsabilidade civil.

⁸ Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

De acordo com o inciso I do art. 188 do Código Civil, não são considerados ilícitos os atos praticados em legítima defesa. De modo que ao defender a si, a outrem ou aos seus bens, o indivíduo está a defender um direito que advém de sua natureza humana. Para que o ato seja considerado como de legítima defesa e, por consequência, para ter afastada a ilicitude do ato, é necessária a configuração dos seguintes requisitos, provenientes do direito penal: a) agressão atual ou iminente e injusta; b) preservação de direito próprio ou de outrem; e c) emprego moderado dos meios necessários à defesa (RIZZARDO, 2011).

Se, contudo, do ato praticado resulta dano a terceiro, existirá a responsabilidade quanto a este. Nesse caso caberá ação de regresso contra aquele que ensejou a reação. Interessante observar que, havendo sentença penal transitada em julgado que reconheceu a legítima defesa, não é possível rediscutir tal fato no âmbito civil (RIZZARDO, 2011).

Aquele que exerce regularmente um direito não causa dano a outrem. Como o ato ilícito é um ato antijurídico, não haverá ilícito quando não houver conduta contrária ao Direito. Ao exercer o seu direito, o sujeito deve se manter no terreno da razoabilidade. Ao Juiz, diante do caso concreto, cabe verificar se, na prática de seu direito, o indivíduo extrapolou a razoabilidade e causou mal desnecessário ou injusto a outrem, caso em que o comportamento será equiparado a ato ilícito, recaindo sobre o agente o dever de indenizar (SILVA PEREIRA, 2012).

O estado de necessidade está disciplinado no inciso II do art. 188 do Código Civil, e quanto a essa excludente de ilicitude Rui Stoco (2013, p. 255) assevera que:

A situação é análoga à legítima defesa, embora ofereça alguns aspectos diferenciais. Nesta, há uma agressão dirigida à pessoa ou aos bens. No estado de necessidade não se configura uma agressão, porém desenha-se uma situação fática, em que o indivíduo vê uma coisa sua na iminência de sofrer um dano. A fim de removê-lo, ou evitá-lo, sacrifica a coisa alheia. Embora as situações se distingam, há uma similitude ontológica no dano causado a outrem, para preservação de seus próprios bens.

Do mesmo modo que a legítima defesa, o estado de necessidade afasta a ilicitude do ato, mas não afasta o dever de indenizar. Trata-se de hipóteses de indenização por ato lícito, fundadas na equidade e não na responsabilidade civil (CAVALIERI FILHO, 2014).

Isso porque, o artigo 929⁹ do Código Civil determina que aquele que sofreu o dano deverá ser ressarcido pelos prejuízos que sofreu caso não seja culpado do perigo. Em contrapartida, ao autor do dano, caberá o direito de regresso contra aquele que com culpa causou o perigo¹⁰(CAVALIERI FILHO, 2014).

Assim como não há responsabilidade civil sem a configuração do ilícito, como já desenvolvido no item 2.3.3, não haverá responsabilidade civil sem que haja nexos de causalidade.

Portanto, as causas que excluem o nexo causal extirpam, por conseguinte, a responsabilidade civil. São hipóteses de exclusão do nexo causal: o caso fortuito e a força maior, o fato de terceiro, e o fato exclusivo da vítima.

O art. 393 do Código Civil dispõe que “o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado” e o parágrafo único do mesmo dispositivo ao prescrever que “o caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir” não faz distinção entre os dois conceitos.

Na doutrina, não existe consenso quanto à definição de tais fenômenos.

De toda sorte, independentemente do critério utilizado para distinguir a força maior do caso fortuito, os efeitos jurídicos deles provenientes serão idênticos (VENOSA, 2013).

O conceito de tais eventos está atrelado à ideia de imprevisibilidade ou inevitabilidade, combinado com a ausência de culpa, com mais ênfase no elemento inevitabilidade, posto que em determinadas ocasiões o evento é previsível, mas impossível de impedir o seu acontecimento. Tanto o caso fortuito como a força maior se dão a partir de acontecimentos alheios à vontade do devedor, ou seja, o dano ocorre por motivos que extrapolam o poder de controle do agente. Sendo assim, inexistindo nexo causal entre o dano e a conduta do agente, não se configura a responsabilidade civil (VENOSA, 2013).

⁹ Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.

¹⁰ Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.

Parágrafo único. A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se causou o dano (art. 188, inciso I).

Quanto ao fato de terceiro, importante que se observem dois pontos: 1) quem é considerado terceiro; 2) em relação ao dano, qual a natureza e dimensão do comportamento de terceiro (SILVA PEREIRA, 2012).

Quanto ao primeiro questionamento, considera-se terceiro qualquer pessoa que não estiver no polo ativo (agente) ou passivo (vítima) de uma ação de responsabilidade civil e que tem influência na responsabilidade pelo dano (SILVA PEREIRA, 2012).

Em relação ao segundo ponto, o comportamento do terceiro, este só excluirá a responsabilidade quando for possível afirmar que o terceiro é o causador do dano. Neste caso, ocorre uma alteração na relação causal. Aquele que inicialmente foi indicado como agente causador do dano, por ser o aparente responsável, não tem o dever de indenizar, porque a conduta de terceiro foi causadora do dano (SILVA PEREIRA, 2012).

O fato exclusivo da vítima, por fim, se configura quando o suposto causador do dano é somente um instrumento do acidente. Há a interrupção do nexo causal porque o comportamento da vítima é a única causa do evento danoso. Sendo a vítima a responsável pelo dano, não há que se falar em indenização.

Analisados os principais aspectos da responsabilidade civil, indispensável o estudo do casamento e dos deveres dele decorrente, a fim de verificar a possibilidade de responsabilização civil dos cônjuges em decorrência da violação de tais deveres. É o que se fará no capítulo seguinte.

CAPÍTULO 2 –FAMÍLIA E CASAMENTO

2.1 A FAMÍLIA

De acordo com Maria Berenice Dias, conceituar o termo família, de uma maneira que compreenda toda a sua dimensão no contexto social da atualidade, é uma tarefa bastante difícil.

A autora aduz (DIAS, 2014) que:

[...] a nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto se pode deixar de conferir o *status* de família, merecedora da proteção do Estado, pois a Constituição Federal, no inc. III do art. 1º, consagra, em norma pétrea, o respeito à dignidade da pessoa humana.

Consoante Maria Helena Diniz (2013), entende-se como família, no sentido técnico, “o grupo fechado de pessoas, composto de pais e filhos, e, para efeitos limitados, de outros parentes, unidos pela convivência e afeto, numa mesma economia e sob a mesma direção”.

Segundo a autora (DINIS, 2013, p. 27):

Deve-se portanto, vislumbrar na família uma possibilidade de convivência, marcada pelo afeto e pelo amor, fundada não apenas no casamento, mas também no companheirismo, na adoção e na monoparentalidade. É ela o núcleo ideal do pleno desenvolvimento da pessoa. É instrumento para a realização integral do ser humano.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2012) ensinam que a sociedade atual é marcada pelo avanço tecnológico e científico, do qual decorrem mudanças no entendimento jurídico-sociais vigentes no sistema. Esse avanço tecnológico, científico e cultural abre espaço “para uma família contemporânea, plural, aberta, multifacetada, suscetível às influências da nova sociedade” (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 41).

Com isso, o conceito de família atual “assume uma concepção múltipla, plural, podendo dizer respeito a um ou mais indivíduos, ligados por traços biológicos ou sócio-psico-afetivos, com intenção de estabelecer, eticamente, o desenvolvimento da personalidade de cada um” (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 45).

Fábio Ulhoa Coelho (2006, p. 14) define família como “o conjunto de duas ou mais pessoas vinculadas por relações específicas, tais as de conjugalidade, ascendência e descendência, fraternidade e outras”.

Percebe-se que os autores apresentam conceitos bastante abrangentes de família, não restringido tal instituto como sendo proveniente tão somente do casamento ou da união estável, considerando também para a definição de família os vínculos de fraternidade e afetividade.

Compreendido, apesar de amplo, um delineamento da concepção atual do termo família no campo jurídico, interessante fazer algumas colocações quanto ao ramo do Direito que regulamenta tal instituto.

2.2 DIREITO DE FAMÍLIA

O Direito de Família é conceituado por Paulo Lôbo (2011, p. 37) como “o conjunto de regras que disciplinam os direitos pessoais e patrimoniais das relações de família”.

No mesmo sentido, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2012, p. 48) destacam que:

[...] o Direito das Famílias assume papel de setor do Direito Privado que disciplina as relações que se formam na esfera da vida familiar, enquanto conceito amplo, não limitado pelo balizamento nupcial. Tais relações se concretizam na vida familiar podem ter origem no casamento, na união estável, na família monoparental (comunidade de ascendentes e descendentes) e em outros grupos formados no afeto e na solidariedade.

Referido Direito abrange as seguintes matérias (LÔBO, 2011, p. 37):

- O direito das entidades familiares, que diz respeito ao matrimônio e aos demais arranjos familiares, sem discriminação.
- O direito parental, relativo às situações e relações jurídicas de paternidade, maternidade, filiação e parentesco;
- O direito patrimonial familiar, relativo aos regimes de bens entre os cônjuges e companheiros, ao direito alimentar, à administração dos bens dos filhos e ao bem de família.
- O direito tutelar, relativo à guarda, à tutela e à curatela.

Na regulamentação dessas matérias, os princípios ocupam posição importante, pois as regras não são capazes de acompanhar a evolução social da

família. Sendo os princípios os meios mais eficazes para a adequação da justiça no terreno do Direito de Família (CUNHA PEREIRA, 2006).

2.3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA

Uma das mais importantes evoluções do Direito brasileiro, em especial após a Constituição de 1988, é a consagração da força normativa dos princípios constitucionais implícitos e explícitos, aos quais a Doutrina tradicional atribuía até então efeito meramente simbólico (LÔBO, 2011).

Antes de adentrar nos princípios do Direito de Família, importante recordar a diferenciação entre normas e princípios (ALEXY, 2008, p. 90-91 *apud* GAGLIANO, 2013, p. 73):

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distância entre regras e princípios é uma distinção qualitativa e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.

Os princípios exercem uma função de otimização e sistematização do ordenamento jurídico, e sem eles não seria possível a aplicação de um direito, especialmente um Direito de Família, que se aproxime do ideal de justiça (CUNHA PEREIRA, 2006).

Realizada a distinção entre princípios e regras e demonstrada a força e importância dos primeiros – especialmente porque fundamentam as regras –, necessário o estudo individualizado dos mais importantes princípios do Direito de Família.

2.3.1 Princípios da dignidade da pessoa humana e família

A constituição Federal elege a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito. No capítulo destinado ao Direito de Família, os artigos 226, § 7º; 227, *caput*, e 230¹¹ reafirmam a aplicação desse princípio nessa seara do direito (LÔBO, 2011).

O Código Civil de 2002 não faz referência expressa alguma ao princípio em questão. Não obstante, em decorrência da primazia constitucional, este e os demais princípios constitucionais definem o sentido fundamental da legislação infraconstitucional (LÔBO, 2011).

No dizer de Flávio Tartuce (2012, p. 1035), o princípio da dignidade é “o que se denomina de princípio máximo, ou superprincípio, ou macroprincípio, ou princípio dos princípios”.

Corroborando esse entendimento Maria Berenice Dias (2011, p. 62), aduzindo que “é um macroprincípio de qual irradiam todos os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade, uma coleção de princípios éticos”.

A autora lembra, ainda, o pensamento de Daniel Sarnento, para quem o princípio da dignidade é “o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas toda a miríade de relações privadas que se desenvolvam no seio da sociedade” (DIAS, 2011, p. 62-63).

¹¹ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

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

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

A “dignidade da pessoa humana” é uma criação da tradição Kantiana, a qual afirmava que o homem não poderá ser instrumento para a ação de outro (CUNHA PEREIRA, 2006, p. 95).

Paulo Lôbo (2011) ensina que Kant buscou distinguir aquilo que tem um preço pecuniário ou estimativo daquilo que é provido de dignidade, e que essa distinção continua atual. Nas palavras do filósofo (KANT, 1986, p. 77 *apud* LÔBO, 2011, p. 60), “no reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto não permite equivalente, então ela tem dignidade”.

Logo, na visão Kantiana, o homem é um ser superior justamente por conter essa dignidade, esse valor inerente a ele, que não possui preço. A dignidade humana, em suma, decorre da própria natureza do homem e não de variáveis externas (CUNHA PEREIRA, 2006).

Partindo dessa visão de dignidade, “viola o princípio da dignidade da pessoa humana todo ato, conduta ou atitude que coisifique a pessoa, ou seja, que a equipare a uma coisa disponível ou a um objeto” (LÔBO, 2011, p. 60).

Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 67) apresenta a seguinte definição para a expressão “dignidade da pessoa humana”:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humana que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do estado e da Comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover a participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Na visão de Gagliano (2013), a dignidade em seu aspecto jurídico exprime um valor fundamental de respeito à existência humana, de acordo com suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, essencial à sua realização pessoal e à procura da felicidade.

Tem-se, então, que a “dignidade humana somente será preservada na medida em que se garante o respeito à dimensão existencial do indivíduo, não apenas em sua esfera pessoal, mas principalmente no âmbito de suas relações sociais” (GAGLIANO, 2013, p. 78).

Assevera Cármen Lúcia Antunes Rocha (2001, p. 49), que:

O princípio da dignidade da pessoa humana entranhou-se no constitucionalismo contemporâneo, daí partindo e fazendo-se valer em todos os ramos do Direito”, sendo que desde sua adoção pelo constituinte deu-se início a uma maneira diversa de pensar as relações sociopolíticas baseadas no sistema jurídico, “passou a ser princípio e fim do Direito contemporaneamente produzido e dado à observância no plano nacional e no internacional.

Com efeito, o referido princípio abarca todos os ramos do Direito e, por conseguinte, tem também efeitos no Direito de Família. Nas palavras de Tartuce (2012, 1035), “não há ramo do Direito Privado, em que a dignidade da pessoa humana tem maior ingerência ou atuação” do que neste ramo do Direito.

O Direito de Família está diretamente associado aos Direitos Humanos, os quais se fundamentam no princípio da dignidade humana. Em última análise, esse princípio expressa a igual dignidade para todas as entidades familiares. Logo, não é digno tratar de modo diferenciado os vários tipos de constituição familiar (DIAS, 2011).

Nessa linha, Maria Berenice Dias (2011, p. 63) esclarece:

A dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer. A ordem constitucional dá especial atenção à família, independente de sua origem. A multiplicação das entidades familiares preserva e desenvolve as qualidades mais relevantes entre os familiares: o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida em comum, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada participante, com base em idéias pluralistas, solidaristas democráticos e humanistas.

A proteção da família tem por objetivo a tutela da própria pessoa humana, sendo despropositado e inconstitucional qualquer atentado contra a dignidade do homem, sob o argumento de garantir a proteção da família já que, a proteção desta se dá tão somente em razão do ser humano, porque que o espaço familiar é um núcleo privilegiado para o desenvolvimento da pessoa humana (FARIAS; ROSENVALD, 2012).

Isto é, a família existe em razão de seus componentes e não o contrário. Trata-se de uma valorização de forma definitiva e incontroversa da pessoa humana. De modo que o eixo fundamental do Direito de Família deve ser a proteção especial

da pessoa humana e sua realização social dentro da sociedade, e não a instituição familiar *per se* (FARIAS; ROSENVALD, 2012).

2.3.2 Princípio da solidariedade familiar

Da mesma forma que a dignidade humana, a solidariedade social é fundamento da República Federativa do Brasil. Conseqüentemente, acaba repercutindo nas relações familiares, já que a solidariedade deve existir nesses relacionamentos pessoais (TARTUCE, 2012).

Consoante entendimento de Maria Berenice Dias (2012), é um princípio que possui origem nos vínculos afetivos, possuindo forte caráter ético, pois carrega em si o próprio significado da palavra solidariedade, que abarca a fraternidade e a reciprocidade.

Portanto, a solidariedade “culmina por determinar o amparo, a assistência material e moral recíproca, entre todos os familiares, em respeito ao princípio maior da dignidade da pessoa humana” (GAGLIANO, 2013, p. 95).

2.3.3 Princípio da Igualdade

A igualdade constitui um dos princípios-chave para as organizações jurídicas, notadamente para o Direito de Família. Em sua ausência, não há dignidade do sujeito de direito e, conseqüentemente, não há justiça (CUNHA PEREIRA, 2006).

Segundo Paulo Lôbo (2011, p. 65), o princípio da igualdade dirige-se:

Ao legislador, vedando-lhe que edite normas que o contrariem, à administração pública, para que programe políticas públicas para a superação das desigualdades reais existentes entre os gêneros, à administração da justiça, para o impedimento das desigualdades, cujos conflitos provocaram a sua intervenção, e, enfim, às pessoas para que o observem em seu cotidiano.

Expressamente previsto na Constituição Federal, se aplica a três situações distintas. São elas: a igualdade entre os cônjuges, a igualdade entre filhos, e a igualdade das entidades familiares.

A igualdade de gêneros e entre os cônjuges, respectivamente abordados no art. 5º, I, e 226, § 5º da Constituição Federal, são frutos de uma evolução histórica, intimamente ligada ao patriarcalismo, aos modos de produção, e ao movimento feminista. Este último, que está entrelaçado com elementos políticos, econômicos, religiosos, éticos e estéticos da sociedade, é o principal responsável pela desconstrução da superioridade masculina (CUNHA PEREIRA, 2006).

Como princípio da dignidade dos cônjuges, não mais se justifica a submissão legal da mulher ao homem, o poder do marido dá lugar à autoridade conjunta e indivisa com sua esposa. Os papéis dos cônjuges se equivalem, de modo que ambos dividem a responsabilidade pela família. Os direitos e deveres da sociedade conjugal devem ser exercidos conjuntamente, sem que um cerceie o exercício do direito do outro (DINIZ, 2013).

Quanto à igualdade entre os filhos, dispõe o art. 227, § 6º, da Constituição Federal que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Essa é também a determinação do artigo 1.596 do Código Civil, que tem a mesma redação do dispositivo constitucional.

Essa igualdade alcança os filhos adotivos e os havidos por inseminação artificial heteróloga (com material genético de terceiro). Posto isso, não são mais utilizáveis as expressões como *filho adulterino*, *filho incestuoso*, *filho ilegítimo*, *filho espúrio* e *filho bastardo* (TARTUCE, 2012).

Tal princípio não admite a distinção entre filhos quanto (GONÇALVES, 2010, p. 24):

Ao nome, poder familiar, alimentos e sucessões, permite o reconhecimento, a qualquer tempo, de filhos havidos fora do casamento; proíbe que conste no assento de nascimento qualquer referência à filiação ilegítima; e veda designações discriminatórias relativas à filiação.

Destarte, todos os filhos havidos, ou não, na constância do casamento, são iguais perante a lei e gozaram dos mesmos direitos e proteção, tanto na esfera patrimonial quanto na pessoal (FARIAS; ROSENVALD, 2012).

Por último, destaca-se que o art. 226 da Constituição, ao dispor que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”, “tutela e protege a

família, sem restringi-la a qualquer espécie ou tipo, como fizeram as Constituições brasileiras anteriores em relação ao casamento” (LÔBO, 2011, p. 66).

Importante a ressalva de Paulo Lôbo (2011, p. 67):

A igualdade e seus consectários não podem apagar ou desconsiderar as diferenças naturais e culturais que há entre as pessoas e entidades. Homem e mulher são diferentes; pais e filhos são diferentes; crianças e adultos e idosos são diferentes; a família matrimonial, a união estável, a família monoparental e as demais entidades familiares são diferentes. Todavia, as diferenças não podem legitimar o tratamento jurídico assimétrico ou desigual, no que concernir com a base comum dos direitos e deveres, ou com o núcleo intangível da dignidade de cada membro da família. Não há qualquer fundamentação jurídico-constitucional para distinção de direitos e deveres essenciais entre as entidades familiares, ou para a sua hierarquização, mas são todas diferentes, não se podendo impor um modelo preferencial sobre os demais, nem exigir da união estável as mesmas características do casamento, dada a natureza de livre constituição da primeira.

Desta forma, a Constituição não está igualando os sujeitos – homem e mulher ou filhos - física ou psicologicamente. O que faz é não permitir tratamento diferenciado entre pessoas que estão na mesma situação. Isso porque, o verdadeiro sentido da igualdade, substancialmente falando, é tratar desigualmente quem está em posição desigual e tratar igualmente quem ocupa a mesma posição jurídica (FARIAS; ROSENVALD, 2012).

2.3.4 Princípio da Afetividade

No Século XX, a família estruturava-se em torno do patrimônio familiar, uma vez que sua finalidade era, antes de tudo, econômica. Gradativamente, a estrutura familiar foi se modificando. Com o feminismo e a entrada da mulher no mercado de trabalho a estrutura hierárquica da família se transformou, passou a surgir e se manter principalmente por laços afetivos, em detrimento de motivações econômicas (CUNHA PEREIRA, 2006).

Nesse sentido, leciona Paulo Lôbo (2004):

A realização pessoal da afetividade e da dignidade humana, no ambiente de convivência e solidariedade, é a função básica da família de nossa época. Suas antigas funções econômica, política, religiosa e procracional feneceram, desapareceram ou desempenham papel secundário. Até mesmo a função procracional, com a secularização crescente do direito de

família e a primazia atribuída ao afeto, deixou de ser sua finalidade precípua.

Assim, o afeto é elemento do núcleo familiar. Porém, não é o único: todas as entidades familiares têm como elemento, além da afetividade, a estabilidade e a ostensibilidade. Esses elementos podem ser definidos da seguinte maneira: afetividade como o fundamento e finalidade da entidade familiar, com desconsideração do móvel econômico; estabilidade como comunhão de vida, em razão desse elementos relacionamentos casuais são aptos a caracterizar um família; e por fim, a ostensibilidade pressupõe uma unidade familiar que assim se apresente publicamente (LÔBO. 2002)

Embora não seja um princípio expresso, a afetividade é o principal fundamento das relações familiares. É decorrente da valorização da dignidade da pessoa humana e da solidariedade (TARTUCE, 2012).

É encontrada, implicitamente, na Constituição, pois “especializa, no âmbito familiar os princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da solidariedade (art. 3º, I) e entrelaça-se com os princípios da convivência familiar e da igualdade entre cônjuges, companheiros e filhos, que ressaltam a natureza cultural e não exclusivamente biológica” (LÔBO, 2011, p. 71).

Reforçando que o afeto tem valor jurídico nas relações familiares, leciona a Ministra Nancy Andrighi:

A quebra de paradigmas do Direito de Família tem com traço forte a valorização do afeto e das relações surgidas da sua livre manifestação, colocando à margem do sistema a antiga postura meramente patrimonialista ou ainda aquela voltada apenas o intuito de procriação da entidade familiar. Hoje, muito mais visibilidade alcançam as relações afetivas, sejam entre pessoas de mesmo sexo, sejam entre homem e a mulher, pela comunhão de vida de interesse, pela reciprocidade zelosa entre os seus integrantes (STJ, REsp 1.026.981/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, J. 04.02.2010).

Sendo assim, pode-se dizer que hoje “a família e o casamento adquiriram um novo perfil, voltado muito mais a realizar interesses afetivos e existenciais de seus integrantes” (DIAS, 2011, p. 71).

2.3.5 Princípio da não intervenção Familiar

Uma das grandes questões do Direito de Família é sobre o limite entre o público e o privado, isto é, se o Direito de Família é ramo do Direito Privado.

Alguns autores chegam a defender a inclusão do Direito de Família, no âmbito do Direito Público, com maior interferência do Estado, por considerarem que tutela direitos maiores, o que só pode ser realizada por um poder superior (CUNHA PEREIRA, 2006).

Esse é o entendimento de Sílvio Rodrigues (2008, p. 7):

O interesse do Estado pela Família faz com que o ramo do direito que disciplina as relações jurídicas que se constituem dentro dela situe-se mais perto do direito público do que do direito privado. Dentro do Direito de Família o interesse do Estado é maior do que o individual. Por isso, as normas de Direito de Família são, quase todas, de ordem pública, insuscetíveis, portanto, de serem derogadas pela convenção entre particulares.

Não é este o entendimento de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2012, p. 157), para os quais “o Direito das Famílias contemporâneo se apresenta como a expressão mais pura de uma relação jurídica privada, submetida, por conseguinte, ao exercício da autonomia privada dos indivíduos”.

Essa é também a posição de Paulo Lôbo (2011). O autor sustenta que, em que pese a preponderância de normas cogentes ou de ordem pública, o Direito de Família é genuinamente privado, pois seus sujeitos são entes privados e não há relação alguma de Direito Público entre marido e mulher, entre companheiros, entre pais e filhos, entre filhos e entre parentes. Ensina, também que, o fato de ser o ramo do Direito Civil que tem forte intervenção legislativa e de menor autonomia privada, não lhe retira a natureza de Direito Privado.

Corroborando esse entendimento Maria Berenice Dias, para quem o Direito de Família é marcado por normas imperativas, por normas cogentes que incidem independentemente da vontade das partes. Por serem normas que tutelam o interesse geral, são chamadas de normas de interesse de ordem pública. Entretanto, essas características não retiram do Direito de Família o caráter privado (2011).

Nessa mesma linha, Rodrigo da Cunha Pereira (2006) afirma que compete ao Estado tutelar o Direito de Família, mas que essa tutela não deve ser confundida com poder de fiscalização e controle, aptos a restringir a autonomia

privada, limitando a vontade e liberdade dos indivíduos. E que, é inadmissível que a proteção do Estado leve o Direito de Família à categoria de Direito Público.

Para melhor compreensão do tema, é necessário lembrar o passado do Direito de Família, em que o Estado adentrava nas relações familiares, editando várias normas que limitavam a vontade do titular, a fim de estabelecer um comportamento padronizado (FARIAS; ROSENVALD, 2012).

Contudo, com o advento da Constituição de 1988, a qual estabelece a dignidade da pessoa humana com um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, é imprescindível que se observe uma restrição da presença do Estado nas relações familiares, para que seja respeitada a liberdade de cada um de seus componentes. Cuida-se da afirmação da autonomia privada no Direito das Famílias (FARIAS; ROSENVALD, 2012).

A família contemporânea não admite mais a ingerência do Estado, notadamente no que se refere à intimidade de seus membros (CUNHA PEREIRA, 2006).

Sobre o papel do Estado em relação às famílias, Rodrigo da Cunha pontua (CUNHA PEREIRA, 2006, p. 154) que:

O estado abandonou a sua figura de protetor-repressor, para assumir postura de Estado protetor-provedor-assistencialista, cuja tônica não é de uma total ingerência, mas, em algumas vezes, até substituição a eventual lacuna deixada pela própria família como, por exemplo, no que concerne à educação e saúde dos filhos (cf. art. 227 da Constituição Federal).
A intervenção do Estado deve ser apenas e tão-somente ter o condão de tutelar a família e dar-lhe garantias, inclusive de ampla manifestação de vontade e de que seus membros vivam em condições propícias à manutenção do núcleo afetivo.

Em outras palavras, “o Estado não deve se imiscuir no âmago familiar, mantendo incólume o espaço de autodeterminação afetiva de cada pessoa humana componente do núcleo familiar, permitindo a busca da realização plena e da felicidade, através das opções e comportamentos” (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 158).

O princípio da intervenção mínima, além de ser consequência da nova ordem constitucional que prima pela dignidade da pessoa humana, pode ser extraído, ainda, do art. 227, § 6º, da Constituição que, após a Emenda Constitucional n. 66, implantou a possibilidade do divórcio independente do lapso temporal; do § 7º do mesmo artigo que afirma que o planejamento familiar decorre da livre decisão do

casal; e do art. 1513 do Código Civil, o qual determina que “é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”, norma essa que se destina ao Poder Público, buscando afastá-lo da privacidade Familiar (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 158).

Assim, “ao Estado não cabe intervir no âmbito do Direito de Família ao ponto de aniquilar a sua base sócio afetiva” (GAGLIANO, 2013, p. 106).

À vista disso, a intervenção do Estado nas entidades familiares deve ser apenas para efetivar a promoção dos direitos e garantias de seus integrantes, a fim de assegurar-lhes a sua dignidade (FARIAS; ROSENVALD, 2012).

Após esse breve estudo sobre os princípios que norteiam o Direito de Família, passa-se a estudar a instituição familiar, que é objeto principal para o presente trabalho: o casamento.

2.4 CASAMENTO

2.4.1 Natureza jurídica do casamento

Antes mesmo de apresentar a definição de casamento, necessário o estudo da sua natureza jurídica, pois é dela que se originam alguns dos conceitos apresentados pela Doutrina.

Três são as teorias apresentadas quanto à natureza jurídica do casamento, são elas: a) natureza jurídica institucional; b) natureza jurídica contratual; e c) natureza mista ou eclética.

A primeira corrente é composta por Maria Helena Diniz (2013), Whashington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva (2010). Sendo que os dois últimos afirmam que:

O casamento constitui assim uma grande instituição social, a qual, de fato, nasce a vontade dos contratantes, mas que, da imutável vontade da lei, recebe sua forma, suas normas e seus efeitos. As pessoas que o contraem, explica SALVAT, tem liberdade de realiza-lo ou não; uma vez que se decidem, porém, a vontade delas alheia-se e só a lei impera na regulamentação de suas relações. A vontade individual é livre para fazer surgir a relação, mas não pode alterar a disciplina estatuída pela lei.

[...]

Reduzi-lo a simples contrato seria equipará-lo a uma venda ou a uma sociedade, relegando-se para segundo plano suas nobres e elevadas finalidades. Ademais, repousa o contrato precipuamente, no acordo de

vontades, ao passo que no casamento não basta o elemento volitivo, tornando-se igualmente necessária a intervenção da autoridade civil para sancionar e homologar o acordo livremente manifestado pelos nubentes.

A teoria da natureza contratual, da qual são defensores Glagliano e Silvio Rodrigues (2008), afirma que o casamento é um contrato de natureza especial e com regras próprias de formação. Nas palavras de Pablo Stolze Glagliano (2013, p. 117-119):

O casamento é um contrato especial de Direito de Família. Claro está que, ao afirmarmos a sua natureza contratual, não estamos com isso, equiparando o casamento às demais formas negociais, como a compra e venda, a locação, o “leasing”, ou a alienação fiduciária. Seria, aliás, esdrúxulo tal paralelismo, por nos conduzir a conclusões absurdas, como a possibilidade de se exigir “uma obrigação matrimonial mediante o estabelecimento de multa cominatória” ou, caso a vida a dois não ande bem, uma simples “rescisão do contrato de casamento”. De maneira alguma. Quando se entende o casamento como uma forma contratual, considera-se que o ato matrimonial, como todo e qualquer contrato, tem o seu núcleo existencial, no seu consentimento, sem olvidar por óbvio, o seu especial regramento e consequentes peculiaridades. Aliás, no momento da realização do casamento, a autoridade celebrante apenas participa do ato declarando oficialmente a união, uma vez que, no plano jurídico existencial, a sua constituição decorreu das manifestações de vontades dos próprios nubentes, no tão esperado instante do “sim”. A participação da autoridade portanto é meramente declaratória, e não constitutiva do ato matrimonial.

Por último, a Doutrina eclética ou mista “fundada na união do elemento volitivo ao elemento institucional, o casamento é uma ato complexo, ou seja, concomitantemente contrato (na formação) e instituição (no conteúdo), sendo bem mais do que um contrato, embora não o deixe de ser também” (LUZ, 2009, p. 15). A essa teoria filia-se Tartuce (2012) e, segundo ele, outros doutrinadores como Eduardo de Oliveira Leite, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Flávio Augusto Monteiro de Barros e Roberto Senise Lisboa.

Como esclarece Tartuce (2012), as duas últimas teorias até se parecem, pois a segunda coloca o casamento como um contrato especial, e não como contrato puro, o que não poderia se admitir já que a ideia de contrato esta relacionada a um conteúdo patrimonial que não é mais o que fundamenta as relações conjugais.

Entendido, assim, os três posicionamentos quanto à natureza jurídica, se verá a seguir a definição do casamento apresentada pela Doutrina.

2.4.2 Definição

No Direito brasileiro, a lei não apresenta uma definição para o casamento; há, contudo, vários autores que se empenham em definir o ato matrimonial.

Para Maria Helena Diniz (2013, p. 51), “o casamento é, tecnicamente, o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa ao auxílio mutuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família”.

No conceito de Paulo Lôbo (2011, p. 99), “casamento é um ato jurídico negocial, público e complexo, mediante o qual um homem e uma mulher constituem família, pela livre manifestação de vontade pelo reconhecimento do Estado”.

No entender de Gagliano (2013, p. 118-119), “casamento é um contrato especial de Direito de Família, por meio do qual os cônjuges formam uma comunidade de afeto e existência, mediante a instituição de direitos e deveres recíprocos e em face dos filhos, permitindo, assim, a realização dos seus projetos de vida”.

Segundo Tartuce (2012, p. 1047), “o casamento pode ser conceituado como a união entre duas pessoas, reconhecida e regulamentada pelo Estado, formada com o objetivo de constituição de uma família e baseada em um vínculo de afeto”.

De acordo com Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2012, p. 187), “o casamento é uma entidade familiar, merecedora de especial proteção estatal, constituída formal e solenemente, entre pessoas humanas, estabelecendo uma comunhão de afetos (comunhão de vida)”.

As duas últimas definições apresentadas parecem ser as mais acertadas.

Em primeiro lugar, porque elas não contêm, em suas caracterizações, referência a sua natureza – institucional ou contratual -, pois, como já visto, é uma questão bastante controvertida na Doutrina.

Em segundo, porque não trazem em suas conceituações a menção a sexos distintos, pois “não há qualquer impedimento, quer constitucional, quer legal, para casamento entre pessoas do mesmo sexo. Também entre os impedimentos para o casamento, não se encontra diversidade de sexo do par” (DIAS, 2011, p.147).

Tanto é que a Jurisprudência dos Tribunais Superiores eliminaram o requisito da diversidade dos sexos para a constituição do casamento. Passou-se a

admitir, assim, o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo (FARIAS; ROSENVALD; 2012).

Inicialmente, o Superior Tribunal Federal reconheceu a natureza de família nas relações de pessoas do mesmo sexo (STF, Ac. unân. Tribunal Pleno, ADI 4277/DF, rela. Min. Carlos Ayres Brito, j. 5.5.11). Com amparo no mesmo fundamento e em respeito à dignidade humana, à liberdade, à igualdade substancial e à solidariedade social, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.183.378/RS, reconheceu a viabilidade de pessoas de sexos iguais se habilitarem para o casamento (FARIAS; ROSENVALD; 2012, p. 186), como se extrai do voto do Relator Ministro Luís Felipe Salomão, proferido em outubro de 2011:

Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado com via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade dignidade da pessoa humana.

Agora, a concepção constitucional do casamento-diferentemente do que ocorria com os diplomas superados - deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, destinatário final da proteção do Estado, mas penas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade.

A fundamentação do casamento hoje não pode simplesmente emergir de seu traço histórico, mas deve ser extraída de sua função constitucional instrumentalizadora da dignidade da pessoa humana.

Por isso não se pode examinar o casamento de hoje como exatamente o mesmo de dois séculos passados, cuja união entre Estado e Igreja engendrou um casamento civil sacramental, de núcleo essencial fincado na procriação, na insolubilidade e na heterossexualidade.

Assim, o casamento não é necessariamente entre um homem ou uma mulher, mas entre dois seres humanos.

Nesse sentido, para evitar que casais homoafetivos necessitem recorrer ao Judiciário para terem garantido o seu direito de casar, o Conselho Nacional de Justiça expediu, em 14 de maio de 2013, a Resolução 175 que, em seu art. 1º estabelece que, “É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo”.

Estabelecidos os conceitos do casamento, passa-se a analisar as suas características.

2.4.3 Características

Da análise das disposições constitucionais (art. 226, §§ 1º e 2º) e do Código Civil (arts. 1.511 e ss), assim como das orientações fixadas pelos Tribunais Superiores (STF, Ac unân. Tribunal Pleno, ADI 4277/DF, rel. Min. Carlos Ayres Brito, j. 5.5.11 e STJ, Ac. 4ªT., REsp 1.183.378/RS, rel Min Luís Felipe Salomão, j. 25.10.11) extraem-se importantes características do casamento (FARIAS; ROSENVALD; 2012). São elas:

a) Caráter personalíssimo e livre escolha dos nubentes, uma vez que estes possuem ampla liberdade de escolha, por tratar-se de interesse fundamental da pessoa humana (FARIAS; ROSENVALD; 2012). Ou seja, é uma decisão exclusiva dos nubentes, sendo que não são mais os pais que decidem sobre o consorte dos filhos (RIZZARDO, 2011), somente dependendo da aquiescência daqueles quando os filhos tiverem entre 16 e 18 anos de idade (FARIAS; ROSENVALD, 2012);

b) Solenidade da celebração, porque o testamento e o casamento são os atos mais formais do Direito Civil. A solenidade do casamento tem início com o processo de habilitação e publicação dos editais, continua com a cerimônia em que é celebrado, e prossegue no registro a ser perfectibilizado no livro próprio para tanto. A formalidade da celebração merece destaque, pois é presidida por um representante do Estado que, após ouvir dos interessados que ali estão por vontade livre e espontânea - que "desejam casar" -, declara realizado o casamento. As formalidades determinadas são elementos essenciais e estruturais do casamento, e a não observância delas torna o casamento inexistente (GONÇALVES, 2010);

c) Inexigibilidade de diversidade de sexos (possibilidade de casamento homoafetivo). Como já estudado no ponto 3.4.2, a Jurisprudência reconheceu a possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo, tendo sido, inclusive, editada Resolução pelo CNJ neste sentido;

d) Inadmissibilidade de submissão ao termo ou à condição. Isto porque, trata-se de negócio jurídico puro e simples, o qual não pode ser submetido à condição, ao termo ou ao encargo. Desse modo, sendo válido, conseqüentemente, produzirá seus efeitos (FARIAS; ROSENVALD; 2012). Como bem afirma Rizzardo (2011, p. 23), "ninguém celebra um casamento condicional, passível de desconstituição se não cumprida alguma obrigação";

e) Estabelecimento de uma comunhão de vida. Como determina o art. 1.511 do Código Civil “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”. Essa comunidade de vida entre os cônjuges não diz respeito somente aos interesses patrimoniais, mas principalmente nos sentimentos, desejos e intenções (RIZZARDO, 2011);

f) Natureza cogente das normas que o regulamentam, pois se trata de normas de ordem pública. Logo, o casamento é constituído por uma série de normas imperativas, as quais objetivam dar à família uma organização social moral que se coaduna com as aspirações do Estado e a natureza permanente do homem, estabelecidas nos princípios constitucionais e nas leis civis. Sendo assim, em que pese a liberdade que cada indivíduo tem de escolher o seu cônjuge, não lhe é conferido o direito de discutir com o celebrante o conteúdo e a extensão de seus direitos, tampouco criar regras sobre a dissolução da união ou reconhecimento dos filhos (GONÇALVES, 2010).

g) Dissolubilidade de acordo com a vontade das partes. Os cônjuges podem, a qualquer tempo, desfazer a união matrimonial por vontade recíproca ou unilateral (FARIAS; ROSENVALD; 2012).

2.4.4 A validade do casamento

Para que comporte tais características, é necessário que o casamento seja válido.

O Código Civil (art. 1548 e seguintes) considera que a nulidade e a anulabilidade são fatores que invalidam o casamento.

Não obstante, a Doutrina distingue três modalidades de imperfeição quanto à realização do ato nupcial: casamento inexistente; casamento nulo; e casamento anulável.

Em que pese o Código Civil não conter referência expressa aos elementos de existência do casamento, não há dúvidas de que, para que possa produzir efeitos, o casamento precisa, antes de qualquer outra coisa, existir juridicamente (FARIAS; ROSENVALD, 2012).

Os pressupostos existenciais do casamento são: a) o consentimento dos nubentes, já que em não havendo a declaração volitiva dos noivos, ou havendo a

expressa negativa da intenção de constituir o casamento, este será inexistente; e b) celebração do casamento por autoridade, notadamente, pois o casamento necessariamente precisa ser celebrado por pessoa a quem o sistema jurídico conferiu poderes para tanto. Esta autoridade será, o Juiz de Direito, o Juiz de Paz, autoridade eclesiástica ou, ainda, autoridade consular, quando o casamento se realizar em consulados brasileiros no exterior (FARIAS; ROSENVALD, 2012).

Importante destacar que a diversidade de sexo dos nubentes não pode mais ser tratada como elemento existencial, pelos motivos já expostos no item 3.4.2.

A nulidade desrespeita interesses de ordem pública, cuja proteção diz respeito à coletividade, sendo que qualquer pessoa pode suscitá-la, inclusive o Ministério Público e o Juiz, este último a quem é permitido conhecê-la de ofício (FARIAS; ROSENVALD, 2012).

As possibilidades de nulidades estão estabelecidas no art. 1448 do Código Civil que assim dispõe: “É nulo o casamento contraído: I - pelo enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil; II - por infringência de impedimento”.

A primeira hipótese abarca os casos de insanidade mental permanente e duradoura, que se caracterizam por intensas alterações das faculdades psíquicas, que ocasionam a incapacidade absoluta do agente (GONÇALVES, 2010).

Já a segunda hipótese se refere aos impedimentos elencados no art. 1521 do Código Civil que determina que não podem se casar: I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II - os afins em linha reta; III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; V - o adotado com o filho do adotante; VI - as pessoas casadas; VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

Como dispõe o art. 1.563 do mesmo diploma legal, a sentença que decretar a nulidade do casamento retroagirá à data da celebração. A nulidade produz, portanto, efeito *extunc* (GONÇALVES, 2010).

Já a anulabilidade é um vício menos grave, que compromete interesses particulares, razão por que somente o interessado pode pleitear o seu reconhecimento (FARIAS; ROSENVALD, 2012).

Suas hipóteses estão estipuladas no art. 1550, também, do Código Civil, que preleciona ser anulável o casamento: I - de quem não completou a idade mínima para casar; II - do menor em idade núbil, quando não autorizado por seu representante legal; III - por vício da vontade, nos termos dos arts. 1.556 a 1.558; IV - do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento; V - realizado pelo mandatário, sem que ele ou o outro contraente soubesse da revogação do mandato, e não sobrevivendo coabitação entre os cônjuges; VI - por incompetência da autoridade celebrante.

2.4.5 Eficácia do casamento

Assim como os demais negócios jurídicos, o casamento tem por finalidade irradiar os seus efeitos, em especial na relação entre os cônjuges. A criação de direitos e deveres recíprocos entre os cônjuges é um desses efeitos (LÔBO, 2011).

Embora essa não seja a única consequência do vínculo conjugal, para fins do presente trabalho, é o que necessita ser estudado.

2.4.5.1 Direitos e Deveres Conjugais

Para que se aperfeiçoe a plena comunhão de vida entre os cônjuges, são estabelecidos direito e deveres recíprocos com o casamento (FARIAS; ROSENVALD; 2012).

Os mútuos direitos e deveres estão elencados no art. 1.566 e são eles: 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.

Segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2012), o elenco disposto no artigo não é taxativo, pois na vida conjugal poderão ser exigidos outros deveres para a consolidação da vida em comum tais como, honestidade, respeito pela honra e boa fama do consorte, dentre outros.

Nas palavras de Washington Monteiro de Barros e Regina Beatriz da Silva Tavares (2010, p. 208), “a lei não pode cogitar todos os deveres inerentes a

ambos os consortes. Limita-se ela a prever os mais importantes, isto é, aqueles reclamados pela ordem pública e pelo interesse social.”

Maria Berenice (2014) sustenta que a assertiva de Washington, por si só, deixa claro que o objetivo dos deveres do casamento é o interesse da ordem pública, sem dar importância ao interesse dos próprios cônjuges que deveriam ser prevalentes.

Destaca a autora (DIAS, 2011, p. 261) que:

[...] o eventual ou reiterado, dissimulado ou público inadimplemento dos deveres conjugais, por um ou ambos os cônjuges, em nada afeta a existência, validade ou eficácia do casamento. O descumprimento de qualquer um dos deveres matrimoniais não gera a possibilidade de o cônjuge credor buscar o seu adimplemento em juízo.

No mesmo sentido, Paulo Lôbo (2011) sustenta que, com a nova redação do § 6º do art. 226 da Constituição que dispõe que o casamento pode ser abolido pelo divórcio, independentemente de qualquer causa, os deveres são totalmente inócuos durante a convivência conjugal, já que não há sanção prevista para o caso de descumprimento.

Após essas breves considerações analisar-se-á cada um dos deveres individualmente.

2.4.5.1.1 Fidelidade recíproca

O dever de fidelidade recíproca insculpido no inciso I do art. 1.566, tem como origem e causa de existir, segundo Rizzardo (2011), a organização da família monogâmica.

A Doutrina diverge quanto no que consiste afrontar o dever de fidelidade: parte dela entende que apenas o adultério configura a transgressão a tal dever; e outra parcela de autores entende que outros atos também podem violar o referido dever.

Há divergência, ainda, quanto ao que é considerado adultério: há quem defenda que só há que se falar em adultério quando há conjunção carnal; e outros que não é necessário a relação sexual, propriamente dita, para a configuração do adultério.

Assim, tem-se na Doutrina três posicionamentos diversos, os quais consideram que: a) o adultério se caracterize apenas pela conjunção carnal e que só o adultério configura o desrespeito ao dever de fidelidade; b) o adultério se caracterize apenas pela conjunção carnal, mas que outros atos também infringem o dever de fidelidade; e c) adultério não se caracteriza apenas pela conjunção carnal, pois deve ser compreendido em conjunto com o dever de respeito e considerações mútuos. Todavia, em não havendo contato físico, os deveres violados serão os de respeito e de considerações mútuos, conforme segue.

No entender de Silvio de Salvo Venosa (2010, p. 147), “A quebra do dever de fidelidade é o adultério que se consuma com a conjunção carnal com outra pessoa. Atos diversos do ato sexual podem caracterizar injúria grave”, esta, contudo, que não é a violação desse dever.

No mesmo sentido, Gonçalves (2010, p.190) afirma que o dever de fidelidade é um dever negativo que impõe a “exclusividade das prestações sexuais, devendo cada consorte abster-se de praticá-las com terceiro”. A realização do ato sexual, então, configura o adultério, que é a violação do dever imposto. Considera, assim, “que os atos, meramente preparatórios da relação sexual, o namoro e os encontros em locais comprometedores não constituem adultério”, e, portanto, não violam o dever de fidelidade, mas podem importar em injúria grave.

Divergente é a posição de Gagliano (2013, p. 290-291) para quem o adultério consiste na “*conjunção carnal espúria, fora do casamento*”, e é o mais drástico, grave e doloroso desrespeito ao dever de fidelidade, mas não é o único. Tal dever é violado desde que se constate a presença de um terceiro sujeito não autorizado na esfera conjugal, o qual tenha relações afetivas ou sexuais com um dos cônjuges.

Assim, quaisquer “carícias, afagos, conversas íntimas, enfim, todo comportamento que, de fato, demonstre invasão à esfera de exclusividade de afeto dos cônjuges, pode caracterizar a infidelidade” (GAGLIANO, 2013, p. 290).

Corroborando esse entendimento Helena Diniz (2013, p. 146-148), para quem o dever de fidelidade consiste em:

[...] abster-se cada consorte de praticar relações sexuais com terceiro. Fernando Santuosso alude à exclusividade das prestações sexuais pelos cônjuges, definindo o matrimônio como “a voluntária união, pela vida, de um homem e de uma mulher, com a exclusão de todas as outras”. Com isso, a liberdade sexual dos cônjuges fica restrita ao casamento. A infração desse

dever constitui adultério (ilícito civil), indicando falência moral da familiar, desagregando toda a vida da família, além de agravar a honra do outro cônjuge, injuriando-o gravemente.

[...]

É preciso não olvidar que não é só o adultério (ilícito civil) que viola o dever de fidelidade recíproca, mas também atos injuriosos, que, pela sua licenciosidade, com acentuação sexual, quebram a fé conjugal, p. ex.: relacionamento homossexual, namoro virtual, inseminação artificial heteróloga não consentida etc.

Do mesmo modo, é o entendimento de Inácio Carvalho Neto (2011) no sentido de que o adultério se caracteriza tão somente pela conjunção carnal (coito vaginal), não exigindo a consumação do ato sexual – a ejaculação. Logo, qualquer outra forma de relacionamento amoroso ou seus preparativos não constituem o adultério, podendo, por outro lado, caracterizar injúria grave, que também viola o dever de fidelidade. Sendo assim, incompatibiliza-se o dever de fidelidade recíproca “com o adultério, mas também com a chamada injúria grave, que pode se caracterizar como simples namoro” (CARVALHO NETO 2011, p. 102).

Essa é também a compreensão de Fábio Ulhoa Coelho (2006, p. 53) segundo o qual:

[...] se o homem (ou mulher) casado não chega propriamente à conjunção carnal extraconjugal, mas faz carícias libidinosas em pessoa diversa de seu cônjuge ou mesmo emite-lhe sinais (correspondidos ou não) de que desejaria manter relacionamento sexual extraconjugal, descumprindo igualmente o dever de fidelidade, numa prática chamada de (quase adultério).

Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva (2010) também se alinham a essa forma de pensar. Segundo eles, a infração do dever de fidelidade é expressão não apenas do adultério, que seria a prática de ato sexual com terceira pessoa, mas também o quase adultério, que consiste na prática de atos que, embora não cheguem a cópula carnal, demonstram a intenção de satisfação sexual com pessoa diversa do cônjuge. Para os autores (MONTEIRO; TAVARES DA SILVA, 2010, p. 209):

[...] é evidente o retrocesso daqueles que concluem que a infidelidade virtual não seria descumprimento desse dever, por inexistir relação sexual no plano virtual. Há muito o direito evoluiu para concluir que a infidelidade importa a busca da satisfação sexual fora do par conjugal e não na relação sexual propriamente dita, que pode ou não existir.

Arnaldo Rizzardo (2011), embora não conceitue o adultério, entende que o dever de fidelidade recíproca não está atrelado tão somente às relações sexuais, nas palavras do autor:

Não se pode compreender a fidelidade recíproca no mero sentido de exclusividade do direito do cônjuge às relações sexuais. Se bem que ainda é forte a reação social contra toda e qualquer manifestação sexual dos cônjuges com terceiros pessoas, embora a prática revele a infringência generalizada do deste dever, o sentido de fidelidade recíproca envolve mais a dedicação exclusiva e sincera de um cônjuge em relação ao outro, ou um leal compartilhamento de vida, tanto na dimensão material como na espiritual. O casamento comporta a mútua entrega, de modo que haja uma comum vivência de lutas, esforços, colaboração e idealização da vida.. Deve haver, com justa razão, uma evolução de sentido, para conceber-se a fidelidade não só na dimensão meramente física, mas em uma noção que abranja a pessoa do outro cônjuge. Assim, há infringência deste dever, também, quando a conduta pessoal reflete uma gama de situações desrespeitosas e ofensivas à própria honra do cônjuge, como as atitudes licenciosas e levianas, o simples namoro, a ligação puramente sentimental com terceiro, as relações de natureza homossexual, a presença em ambientes impróprios, enfim, uma infidelidade na forma de agir inconveniente para pessoas casadas, o que enseja também ao reconhecimento da ofensa ao inc. V do art. 1566.

Por seu turno, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2012) aduzem que a ideia de adultério, que se caracteriza tão somente pela conjunção carnal, não pode ser admitida, seja porque o adultério não está, exclusivamente, atrelado à penetração vaginal, seja porque o dever de fidelidade deve ser analisado em conjunto com o dever de respeito e de consideração mútuos (inciso V do art. 1.566 do CC).

Contudo, consideram que o chamado adultério virtual, em menção à possibilidade de práticas sexuais pela *internet*, pode violar o respeito e a lealdade esperados na relação familiar constituída pelo casamento. Mas nesse caso, “não implica a violação ao dever de fidelidade, pela falta de contato físico, mas sim pela martirização ao dever conjugal de respeito e lealdade. Quebra a confiança, a lealdade esperada entre as partes” (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 297).

Cumprido ressaltar que o Código Penal de 1940, em seu art. 240, tipifica o adultério com pena de quinze dias a seis meses. Contudo, deixou de ser considerado ilícito penal após a edição da Lei 11.106/2005.

Tanto do ponto de vista moral quanto jurídico, não há qualquer diferenciação entre a violação desse dever pelo homem ou pela mulher, merecendo ambos a mesma reprovação (MONTEIRO; TAVARES DA SILVA, 2010)

No mesmo sentido, assevera Pablo StolzeGagliano (2013, p. 289) que “tanto para o homem quanto para a mulher, a fidelidade é exigida, não havendo mais espaço, em nosso sentir, para se traçar uma diagnose diferencial da dor de ser traído”.

Para Maria Helena Diniz (2013, p. 148), igualmente, sob o ponto de vista moral e jurídico, a infidelidade do marido e da mulher merece igual reprovação, embora entenda que do ponto de vista psicológico e social o adultério da mulher é mais grave. Isso porque:

Sob o prisma psicológico e social, o adultério da mulher é mais grave que o do marido, uma vez que ela pode engravidar de suas relações sexuais extramatrimoniais, introduzindo prole alheia dentro da família ante a presunção da concepção do filho na constância do casamento prevista no art. 1.597 do Código Civil, transmitindo ao marido enganado o encargo de alimentar o fruto de seus amores. E, além disso, pelo art. 1.600 do Código Civil “não basta o adultério da mulher, ainda que confessado, para ilidir a presunção legal de paternidade”. Tal fato demonstra estarem rotos os laços afetivos que a prendiam ao cônjuge, visto que essa ligação, embora passageira, em regra tem, para a mulher, significado sentimental. Já em relação ao adultério do marido, os filhos que este tiver com a sua amante ficarão sob os cuidados desta e não da esposa, e, além disso, pode ocorrer que a infidelidade do homem seja um desejo momentâneo ou mero capricho, sem afetar o amor que sente pela sua mulher.

Tal diferenciação não parece acertada, pois ambos os cônjuges poderão, em caso de relacionamentos extraconjugais, terem filhos e, embora os filhos havidos na constância do casamento presumem-se do marido, tal presunção não é absoluta. E, ainda, o fato de os filhos, em geral, ficarem com a mãe, o que significa que se o marido tivesse um filho fora do casamento este não ficaria sob os cuidados da esposa traída, não retira do pai – infiel – o dever de assistência e cuidado com aquele filho.

Ademais, não é possível generalizar e afirmar que as mulheres se envolvem em relações extraconjugais por sentimentos e que a infidelidade do homem é mero “capricho”, desprovida de envolvimento afetivo.

Outra questão enfrentada pela Doutrina é saber até onde perdura o dever de fidelidade. Quanto a isso, existem duas correntes: uma que não admite ser a separação de fato capaz de por fim a esse dever; e outra que entende que a ruptura, de fato, do liame conjugal extingue o dever de fidelidade (MONTEIRO; TAVARES DA SILVA, 2010).

Inácio de Carvalho Neto (2011) é defensor da primeira teoria, para qual a separação de fato não põe termo ao dever de fidelidade, considerando que pessoas separadas de fato que mantêm relações sexuais extraconjugais cometem adultério. Isso porque o legislador determina, no art. 1.576 do Código Civil que determina que “a separação judicial põe termo aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca e ao regime de bens”.

A segunda teoria, que considera extinto o dever de fidelidade em face da separação de fato, repousa em razões de natureza humana, de ordem fisiológica (MONTEIRO; TAVARES da Silva, 2010).

Nas palavras de Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva (2010. p. 213):

Ganha mais força essa última corrente com o Código Civil de 2002, que embora contenha regras acima citada, no art. 1.723, § 1º, possibilita a pessoa casada e apenas separada de fato a constituir união estável. Se o cônjuge separado de fato pode constituir uma entidade familiar com outra pessoa, torna-se descabida a manutenção do dever de fidelidade no seu casamento.

O dever de fidelidade subsiste entre o casal enquanto existir verdadeira comunhão de vidas, no sentido amplo da expressão, entre os cônjuges ou companheiros. Para a ocorrência da infidelidade é essencial que ambos ou pelo menos uma das partes mantenha a *affectio maritalis*. Se o casal mantém apenas a unicidade domiciliar e o compartilhamento de bens materiais, não que falar em dever de fidelidade.

Para Pablo Stolze Gagliano (2013) soa estranho o Estado querer impor aos casais a estrita observância de tal direito, pois confronta com o princípio da intervenção mínima no Direito de Família. Entende que a ninguém, nem ao Estado, deve ser conferido o direito de interferir na relação sentimental de terceiros, na qual a auto estima, o desejo sexual, e o perdão dizem respeito tão somente aos envolvidos. Não podendo o estado intervir nessa esfera de intimidade.

Na visão de Maria Berenice Dias (2011), com o fim do instituto da separação, a imposição do dever de fidelidade perdeu completamente o sentido de ser. Trata-se de uma norma social, estrutural e moral, mas a sua violação não permite mais punição nem na esfera civil nem na criminal. Ainda que seja uma obrigação decorrente de lei, para vigorar durante a vigência do casamento, não é possível pleitear em Juízo o seu adimplemento na constância do casamento.

A autora assevera que (DIAS, 2011, p. 262) “como a fidelidade não é um direito exequível, e a infidelidade não mais serve como fundamento para a

dissolução do casamento, inútil a previsão legislativa desse dever. Ninguém é fiel porque assim determina a lei ou deixará de sê-lo por falta de determinação legal”.

Na mesma linha afirmam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2012) que a fidelidade não pode ser vista como um dever jurídico, mas como uma opção de cada sujeito que se dispõe a conviver afetivamente com outro.

2.4.5.1.2 Vida em comum no domicílio conjugal

A extensão do dever de vida em comum no domicílio conjugal, também denominado de dever de coabitação, é questão de divergência para a Doutrina.

Por um lado, alguns autores sustentam que esse dever alcança a compreensão de débito conjugal e a necessidade de residirem sob o mesmo teto, enquanto outros admitem ser um dever de comunhão apenas espiritual, de projetos em comum.

Para Venosa (2010, p. 147), o dever de coabitação é “decorrência da união de corpos e espírito” e prossegue, “na convivência sob o mesmo teto está a compreensão do débito conjugal, a satisfação recíproca das necessidades sexuais”. Nesse ponto, o autor argumenta que não é um dever absoluto. No entanto, será indeclinável a não ser em casos de recusa legítima ou justa, sendo que o abandono do lar conjugal e a recusa do débito carnal configuram a omissão do mesmo dever, qual seja, a coabitação.

Corroborando esse entendimento Maria Helena Diniz (2013, p. 149), para quem o dever de vida em comum no domicílio conjugal abarca dois aspectos fundamentais, são eles:

O imperativo de viverem juntos os consortes e o de prestarem, mutuamente, o débito conjugal, entendi esse como o “direito-dever do marido e da mulher de realizarem entre si o ato sexual. Um cônjuge tem o direito sobre o corpo do outro e vice e versa, daí os correspondentes deveres de ambos, de cederem seu corpo ao normal atendimento dessas relações íntimas, não podendo portanto inexistir o exercício sexual, sob pena de restar inatendida essa necessidade fisiológica primária, comprometendo seriamente a estabilidade familiar.

Embora entenda que o dever de coabitação abarque o débito conjugal, tanto que afirma que a recusa injustificada configura ofensa à honra e à dignidade do outro consorte, pondera que “não é tal dever da essência do matrimônio, uma vez

que a própria legislação permite o casamento in extremis e o de pessoas idosas, que não estão em condições de prestar o débito conjugal” (DINIZ, 2013, p. 149).

Compartilham do mesmo entendimento de Diniz e Venosa, quanto ao débito conjugal, Pablo Stolze Gagliano (2013), Arnaldo Rizzardo (2008, p. 159) – embora admita que a vida em comum vá muito além disso, compreendendo uma convivência de esforços, trabalhos, desejos e realizações-, Carlos Roberto Gonçalves (2010) e Inácio de Carvalho Neto (2011).

Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva (2010, p.216) consideram imprópria a expressão débito conjugal, pois “débito é aquilo que se deve, é dívida, é o contrário de crédito” e que não há dívida entre os cônjuges caso contrário “haveria o *jus in corpore*, e um consorte poderia impor ao outro o relacionamento sexual que desejasse, o que não pode, sob pena de violação ao dever de respeito à dignidade física e psíquica, à autoestima (honra subjetiva) e à liberdade do outro consorte” (MONTEIRO; TAVARES DA SILVA, 2010 p.216).

Contudo, entendem os mesmos doutrinadores (MONTEIRO; TAVARES DA SILVA, 2010) que o instinto sexual é uma necessidade fisiológica e que o casamento implica no dever de fidelidade. De modo que a recusa reiterada, injustificada e injuriosa quanto à prática do ato sexual ocasiona o descumprimento do dever de respeito à integridade psicofísica e à autoestima do consorte, previsto no art. 1.566, V do CC.

De outro vértice, tem-se o entendimento de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2012), para quem a expressão vida em comum em domicílio conjugal é mais restrita, e é resultado da interpretação dos princípios constitucionais, pelos quais ninguém pode invadir a esfera da intimidade da pessoa.

Considera que o dever de coabitação não pode alcançar a obrigação jurídica dos consortes manterem relações sexuais posto que, isso acarretaria em violação à dignidade de ambos os consortes, bem como a interferência sobre a vida privada, valores esses tutelados pela Constituição Federal (FARIAS; ROSENVALD, 2012).

Quanto ao débito conjugal pontuam (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 300):

A manifestação sexual (inclusive entre cônjuges e companheiros) é pura expressão de afeto, é uma materialização de sentimento, não sendo crível, nem admissível, que pudesse ser tratada pela ótica jurídica como uma

obrigação imposta a uma pessoa humana, independentemente de sua vontade. Pensar na existência de um débito conjugal (e, pior ainda, como direito da personalidade), encartado no dever jurídico de vida em comum no domicílio conjugal (CC, art. 1.566, II) é modificar seu verdadeiro sentido, violando a dignidade humana e aviltando a liberdade afetiva e sexual.

Partilha desse entendimento Maria Berenice Dias (2011, p. 265), que sustenta que inserir o *debito conjugali* – dever de se sujeitar a contatos sexuais – é violar o princípio constitucional do respeito à dignidade da pessoa, o direito à liberdade e à privacidade, além de afrontar o direito à inviolabilidade do próprio corpo.

Aduz que, mais absurdo que tratar o dever de coabitação como uma obrigação que diz respeito a relações sexuais, é afirmar que a negativa do ato sexual dá ensejo a pretensão indenizatória “como se respeitar a própria vontade afrontasse a imagem ou compromettesse postura ética do parceiro. A abstinência sexual não assegura direito indenizatório, e a não aceitação do contato corporal não gera dano moral” (DIAS, 2011, p. 266).

Assevera que postura contrária – admitir a existência do débito conjugal – poderia, perigosamente, chancelar a violência doméstica para forçar o direito ao ato sexual e que não ensejaria nem mesmo a anulação do casamento (DIAS, 2011).

Quanto ao dever de residirem sob o mesmo teto, mais uma vez, há discordância entre a Doutrina.

Para Carvalho Neto (2011), os cônjuges tem o dever de viverem na mesma casa. Entretanto, tal dever não é absoluto, pois pode haver casos que não é possível a moradia sob o mesmo teto, como na hipótese de prisão de um dos cônjuges. Em situação de divergência na fixação do domicílio conjugal entre os cônjuges, a solução deverá ser dada pelo Judiciário.

Por sua vez, Farias e Rosenvald (2012, p. 302) asseguram que deve ser afastado tal entendimento, sendo que:

A expressão vida em comum no domicílio conjugal deve ser entendida como a formação de uma unidade de projetos em comum, de sonhos e perspectivas presentes e futuras, como a formação da prole, a aquisição de determinados bens, a realização de viagens ou a aquisição de determinados conhecimentos..., tudo, enfim, voltado à realização pessoal e espiritual recíproca. Isto é uma vida em comum: quando há projetos e perspectivas planejadas em comum, conjuntamente, respeitada a individualidade de cada um.

Corroborando, novamente, esse entendimento Maria Berenice Dias, entendendo ser descabido impor um lar comum, pois cada cônjuge tem o direito de decidir onde morar, sendo necessário respeitar a vontade de ambos. Bastando, portanto, a comunhão de vida no sentido espiritual e social. (DIAS, 2011)¹².

2.4.5.1.3 Dever de Mútua Assistência

Tal dever tem amplo significado, envolvendo aspectos morais, espirituais, materiais e econômicos, numa correspondência de amparos e assistência que os cônjuges devem ter entre si. Diz respeito ao conjunto de atitudes, gestos, atenção, esforços, trabalhos, de modo que o casal viva em prol do interesse de ambos e não em benefício da vida individual (RIZZARDO, 2011).

Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 194) destaca que “trata-se de dever que se cumpre, na maior parte das vezes, de modo imperceptível, uma vez que se trata de um conjunto de gestos, atenções, cuidados na saúde e na doença, serviços, suscitados pelos acontecimentos cotidianos”.

A assistência moral está relacionada com as atenções e os cuidados desprendidos em função do outro cônjuge, o que socialmente se espera de pessoas que estão unidas por laços de afetividade tão fortes. Está associado à natureza humana de apoio e de solidariedade recíprocas, tanto em momentos bons quanto nos mais difíceis. É o conforto moral quando o outro estiver enfrentando momentos de dificuldades, tais como doenças, tristezas, crises psicológicas e espirituais, bem como o carinho, o apoio, o estímulo ao sucesso na vida pessoal e profissional (LÔBO, 2011).

Quanto ao dever de assistência material, explica Paulo Lôbo (2011, p.146):

¹² Com a Lei n. 12. 424/2011, que inseriu no Código Civil o art. 1.240-A, criou uma nova modalidade de usucapião especial urbana, a denominada usucapião familiar, a violação do dever de coabitação, em face do abandono do lar, desde de que cumulado com outros requisitos, passou a ter como consequência, a perda do direito sobre o imóvel em que residia. O referido artigo assim dispõe:

Art. 1.240-A. Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1o O direito previsto no caput não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

Diz respeito ao provimento dos meios necessários para o sustento da família, de acordo com os rendimentos e as possibilidades econômicas de cada cônjuge. A família, como qualquer grupo social, é um complexo de necessidades envolvendo a manutenção cotidiana da residência, alimentação, vestuário, lazer, educação e saúde de seus membros. A lei não estabelece, nem seria possível fazê-lo, quais os itens que compõem as necessidades familiares que integram a manutenção econômica. O descumprimento do dever de assistência material converte-se em dever de alimentos, que pode ser exigido pelo outro cônjuge, dentro dos requisitos que são próprios dessa hipótese, a saber, a necessidade e a possibilidade.

Complementa Carvalho Neto (2011) que o dever de assistência material diz respeito a ambos os cônjuges, sendo que a contribuição de cada um deve ser proporcional aos seus recursos. Logo, se os dois – marido e mulher – tem recursos equivalentes, a contribuição de ambos para o sustento da família será a mesma; caso contrário, será proporcional.

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves, esse dever extingue-se com o divórcio (2010), mas o entendimento não é unânime, tanto que Maria Berenice Dias (2011, p. 267) sustenta que não há vedação na lei. Assim, “não há como fazer a obrigação desaparecer quando a necessidade de um é absoluta e tem o ex-cônjuge condições de prestar algum auxílio a quem um dia jurou auxiliá-lo na miséria e na doença”.

Desse modo, dever de mútua assistência decorre da comunhão de vidas, sendo que o homem e a mulher não devem tratar de seus interesses individualmente, mas de interesses da família (RIZZARDO, 2011).

2.4.5.1.4 Dever de Sustento, Guarda e Educação dos Filhos

O dever de sustento, de guarda e de educação dos filhos, está assentado entre os deveres matrimoniais, mas sua localização no Código Civil não é acertada, vez que tais deveres são impostos aos pais, independentemente de serem, ou não, casados, pois decorre do próprio poder familiar e não do casamento (GAGLIANO, 2013).

Nesse sentido, disserta Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2012, p. 303) que o dever de guarda, sustento e educação:

Não nos parece, porém cuidar essa hipótese de um efeito tipicamente matrimonial. Efetivamente, a guarda, sustento e educação da prole parece mais razoavelmente ligado aos deveres decorrentes da paternidade ou maternidade, que por lógico, independem da existência ou não do

casamento. Em sendo assim, a inobservância da obrigação decuidar integralmente dos filhos (que deveria projetar consequência, apenas, no que se refere ao relacionamento entre pai e filho, especificamente em relação ao poder familiar) pode autorizar a imputação de culpa, sem prejuízo de eventual sanção penal (CP, arts. 244 e 246) e de eventual perda ou suspensão do poder familiar (CC, arts, 1637 e 1638).

Logo, não sendo um dever decorrente do matrimônio, mas, sim, do poder familiar, o que não é objeto do presente trabalho, far-se-á apenas uma sucinta explicação.

Nas palavras de Gonçalves (2005, p. 179):

O dever de sustento ou de prover à subsistência material dos filhos compreende o fornecimento de alimentação, vestuário, habitação, medicamentos e tudo mais que seja necessário à sua sobrevivência; o de fornecer educação abrange a instrução básica e complementar, na conformidade das condições sociais e econômicas dos pais; e o de guarda obriga à assistência material, moral e espiritual, conferindo ao detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive pais.

Desse modo, sendo ou não casados, compete aos pais o dever de sustento, guarda e educação dos filhos.

2.4 5.1.5 Dever de Respeito e consideração mútuos

O dever em questão é corolário do princípio inserto no art. 1.511 do CC, segundo o qual o casamento estabelece comunhão plena de vida com base na igualdade de direitos e deveres. Relaciona-se com o aspecto espiritual do casamento, revelando a intenção do legislador de torná-lo mais humano (GONÇALVEZ, 2010).

No Código Civil de 1916, o respeito e consideração mútuos estavam inseridos, implicitamente, no dever de mútua assistência. Sendo que o diploma atual reconheceu-os expressamente como dever conjugal no art. 1.566, V (MONTEIRO; TAVARES DA SILVA 2010).

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2012, p. 297) destacam que a compreensão do respeito recíproco entre os cônjuges deve ser compreendida na complexidade social e na confiança estabelecida entre o casal, possibilitando uma perspectiva bem mais ampla do que apenas a visão sexual. Assim:

O respeito tem de ser observado a partir do tratamento recíproco, evitando que um deles venha a subjugar o outro a partir de uma superioridade econômica, social ou intelectual. Respeito e consideração, portanto, transcendem a exclusividade sexual (cuja violação nem sempre afronta o respeito que se espera por conta das inúmeras possibilidades existentes em cada relacionamento).

O respeito e consideração devem existir na intimidade do lar do casal, mas não só aí. Independentemente do lugar em que se encontre, acompanhado, ou não, em eventos sociais ou a trabalho, entre amigos ou desconhecidos, nenhum dos cônjuges, pode, por meio de suas condutas ou palavras, insultar a imagem-atributo do outro, mesmo que minimamente (ULHOA, 2006)

Para Rizzardo (2011, p. 163), o respeito abrange desde o afetuoso tratamento, até o comportamento digno, “a educação, a maneira de se portar, as atitudes corporais, a conduta social com outras pessoas, o asseio, a expressão oral, e chega até a valorização do outro cônjuge em função de suas qualidades, profissão, preferências, gostos, tendências, inclinações, hábitos, costumes, etc.”. E a consideração é a decorrência do respeito, que se exterioriza na admiração, na maneira de se dirigir ao outro, “na valorização das qualidades, nas expressões usadas quando dos relacionamentos e da convivência, na mútua colaboração nos afazeres domésticos, na apreciação das manifestações de expressão oral, no acompanhamento das preferências”, na forma não autoritária de dialogar, bem como na capacidade de ouvir.

Inclui-se no dever de respeito, o dever negativo de não expor o seu par a constrangimentos. Em vista disso, devem os cônjuges se absterem de cometer a infidelidade moral – em que não há relações sexuais -, por se tratar de uma conduta injuriosa (PEREIRA *apud* GONÇALVES, 2005).

Nesse sentido, Farias e Rosenthal (2012) consideram o adultério virtual como a martirização ao dever de respeito, pois, embora não haja contato físico, rompe a confiança e a lealdade esperada entre o casal.

Sustenta Paulo Lôbo (2011, p. 144) que se trata de um dever especial de abstenção, em face dos direitos do outro, respeito às liberdades individuais e aos direitos à personalidade do outro cônjuge. E destaca:

A comunhão de vida não elimina a personalidade de cada cônjuge. O dever de respeito e consideração mútuos abrange a inviolabilidade da vida, da liberdade, da integridade física e psíquica, da honra, do nome, da imagem, da privacidade de cada cônjuge. Mas não é só um dever de abstenção ou

negativo, porque impõe prestações positivas de defesas de valores comuns, tais como a honra solidária, o bom nome da família e o patrimônio moral comum.

Regina Beatriz Tavares da Silva (GONÇALVES, 2010, p. 1196) elenca algumas condutas que violam o dever de respeito e consideração mútuos, tais como “a tentativa de morte, a sevícia, a injúria grave, a conduta desonrosa, a ofensa à liberdade profissional, religiosa e social do cônjuge, dentre outros atos que importem em desrespeito aos direitos da personalidade do cônjuge”.

Do mesmo modo, Arnaldo Rizzardo (2011, p. 164) diz ser violador do dever de respeito o cônjuge que “frequenta ambientes impróprios para uma pessoa casada, ou constantemente procura relacionamentos extraconjugais, ou participa de festas e reuniões íntimas com pessoas de sexo diferente, ou se expõe a atitudes ridículas, ou se envolve em algazarras e excessos”.

Estudados cada um dos deveres conjugais elencados no Código Civil, resta-nos verificar se a violação de tais deveres impõe ao cônjuge transgressor o dever de indenizar. É o que far-se-á no capítulo que segue.

CAPÍTULO 3 – RESPONSABILIDADE CIVIL PELA VIOLAÇÃO DOS DEVERES CONJUGAIS CIVIS

Após a análise das duas searas do Direito Civil atinentes ao presente estudo, a saber, a responsabilidade civil e o Direito de Família, neste capítulo será apreciada a temática principal deste trabalho, examinando a legislação relativa ao caso, bem como os posicionamentos doutrinários e Jurisprudências acerca do cabimento de indenização em razão da violação dos deveres conjugais.

3.1 LEGISLAÇÃO

Não há, na legislação brasileira, dispositivo expresso e específico tratando da responsabilização civil decorrente da transgressão dos deveres conjugais estabelecidos no art. 1.566 do CC.

Não obstante, é certa e incontroversa a possibilidade de caracterização do ato ilícito, pelas regras gerais da responsabilidade civil, em relações de família (FARIAS; ROSENVALD, 2012).

Assim, como regra geral do dever de indenizar no sistema jurídico brasileiro e, portanto, aplicável também no campo das famílias, tem-se o princípio da dignidade da pessoa humana, esculpido no art. 1º, III, da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

Ainda, da Carta Maior, no art. 5º, X, V, extraem-se elementos de proteção aos direitos da personalidade que, quando desrespeitados, dão azo ao ressarcimento a título de danos morais, conforme segue:

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

[...]

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da **indenização por dano** material, **moral** ou à imagem;

[...]

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. (sem grifo no original)

Nesse sentido, como já estudado no item 1.4.4.2, o sistema jurídico brasileiro possibilita, como não poderia deixar de ser, a reparabilidade de danos, ainda que exclusivamente morais.

Desse modo, apesar de não existir texto legal específico assegurando o ressarcimento para quem transgrida os deveres decorrentes do casamento, aplicam-se a tais casos as regras gerais dos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil, já mencionados, mas que não é demais lembrar:

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

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

[...]

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

Logo, tem-se que não se fazem necessárias normas específicas, já que as regras gerais quanto ao dano moral são suficientes para fundamentar uma ação indenizatória por descumprimento dos deveres conjugais, lastreada no princípio da dignidade humana e nos direitos da personalidade.

3.2 ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO

Como visto no tópico anterior, não existe regra específica que enseje indenização por danos morais em face da violação aos deveres conjugais.

Inobstante, é pacificado o entendimento doutrinário de que as regras de responsabilidade civil estendem-se a todos os ramos da ciência jurídica, alcançando as mais variadas relações, inclusive as familiaristas (FARIAS; ROSENVALD, 2012).

Tanto não há dúvidas da aplicabilidade das regras da responsabilidade civil no campo das famílias que o projeto de Lei n. 6.960/2002 que propôs a inserção de um § 2º ao art. 927 com a seguinte redação “os princípios da responsabilidade civil aplicam-se também às relações de família” foi rejeitado pelo argumento de que “visa a explicar o óbvio, ou seja, que nas relações de são aplicados os princípios da Responsabilidade Civil. Tal regra já nos parece vigente, especialmente em se

tratando da interpretação da norma geral do art. 186 do Novo CC” (BARBOSA; BODIN DE MORAIS; TEPEDINO; 2012, p. 818).

Entretanto, persiste a dúvida quanto ao alcance da ilicitude nas relações de família. A questão é bastante controvertida, tratando-se, indiscutivelmente, de uma área cinzenta do Direito de Família (FARIAS; ROSENVALD, 2012).

Sobre o tema, há duas correntes contrapostas.

De um lado, está parte da Doutrina que sustenta a responsabilização tanto em casos gerais, regidos pelo art. 186, quanto nos casos específicos das hipóteses de violação dos deveres conjugais (BARBOSA; BODIN DE MORAIS; TEPEDINO; 2012).

Assim, explica FARIAS E ROSENVALD (2012, p. 162):

Em uma margem encontram-se os adeptos de uma ampla caracterização da ilicitude nas relações familiares, admitindo uma ampla responsabilização civil no âmbito interior da família. Sustentam estes que a indenização seria devida tanto nos casos gerais de ilicitude (tomando como modelo os arts. 186 e 187 da Lei Civil), como em casos específicos, decorrentes da violação de um dos deveres matrimoniais previstos no art 1.566 do *Codex*, como prática de adultério ou acessação da vida em comum. Nestes casos, entende esta primeira corrente, haveria um dever de indenizar decorrente da violação de dever imposto pela norma legal. Aqui tem domicílio o pensamento de Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos Santos e Inácio de Carvalho Neto.

Gustavo Tepedino (2012, 819) acrescenta aos defensores da ampla responsabilização: Yussef Said Cahali, Carlos Alberto Bittar, José de Castro Bigi, e Ruy Rosado de Aguiar Dias.

De outro lado, estão os autores que admitem a responsabilização ao interno da família, contudo tão somente nos casos em que se caracterize o ilícito, como previsto no art. 186, combinado com o art. 927 do Código Civil (BARBOSA; BODIN DE MORAIS; TEPEDINO; 2012).

Novamente elucidativas as palavras de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2012, p. 162):

Noutra banda, há parcela, não menos significativa, de juristas que aceitam a aplicação da responsabilidade civil no Direito das Famílias tão somente nos casos em que se caracterizar um ato ilícito, conforme previsão legal genérica. Ou seja, entendem que a responsabilidade civil no seio familiar estaria associada, necessariamente ao conceito geral de ilicitude, não havendo dever de indenizar sem a caracterização da cláusula geral de ilicitude (arts, 186 e 187, CC). Com este pensar, veja-se Gustavo Tepedino e Aparecida Amarantes.

Fábio Siebeneicher de Andrade (2002), também, alinha-se a essa corrente.

Compreendido em que se funda a controvérsia doutrinária, resta averiguar com mais profundidade as duas correntes existentes.

3.2.1 Ampla Responsabilização

Para os defensores dessa teoria, aquele que viola os deveres conjugais está cometendo ato ilícito. Sendo assim, havendo a violação de tais deveres e somada a existência dos demais pressupostos da responsabilidade civil, haverá o dever de indenizar.

Nesse sentido, cabe apresentar quais são os argumentos desta corrente de pensamento.

De início, cumpre diferenciar os danos decorrentes do descumprimento dos deveres conjugais – objeto desse estudo -, chamados de danos imediatos, e os prejuízos causados pela ruptura do casamento, denominados mediatos (CARVALHO NETO, 2011).

Nas palavras de Carvalho Neto (2011, p. 292), os danos morais imediatos são:

Aqueles que atingem a esfera da personalidade do cônjuge lesado, causando-lhe sofrimento, dentre os quais estão os oriundos do descumprimento do dever de fidelidade, por adultério ou pela prática de ato que demonstre a intenção de satisfação do instinto sexual fora do tálamo; do dever de coabitação, pelo abandono voluntário e injustificado do lar e pela recusa de satisfação do débito conjugal; do dever de mútua assistência, pela prática de tentativa de homicídio, de sevícias e de injúrias graves, e do dever de sustento, guarda e educação dos filhos, pela prática de maus-tratos contra os infantes, por exemplo.

Por outro lado, os danos mediatos são decorrentes da ruptura do casamento e estão ligados apenas indiretamente à violação dos deveres conjugais (CARVALHO NETO, 2011), razão por que não serão abordados no presente trabalho.

Carvalho Neto (2011, p. 276) relembra que “qualquer ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência que violar direito, ou causar prejuízo para outrem, é fato gerador da obrigação de indenizar”. E afirma que culposo é qualquer ato que viole gravemente um dos deveres conjugais ou qualquer conduta desonrosa.

Concluindo assim que:

Se vê o perfeito enquadramento do ato culposo como fato gerador de responsabilidade. Com efeito, um ato de grave violação dos deveres do casamento ou uma conduta desonrosa configura ação ou omissão voluntária que viola direito, além de, em regra causar prejuízo ao cônjuge. Sendo ilícito, o ato naturalmente gera a obrigação de reparar o dano.

Esse é também o entendimento de Cahali (*apud* CARVALHO NETO, 2011, p. 290), nos termos abaixo:

[...] parece não haver a mínima dúvida de que o mesmo **ato ilícito que configurou infração grave dos deveres conjugais** posto como fundamento para a separação judicial contenciosa com causa culposa, **presta-se igualmente para legitimar uma ação de indenização de direito comum por eventuais prejuízos que tenham resultado diretamente do ato ilícito para o cônjuge afrontado**. O ato ilícito preserva a sua autonomia, ainda que projetados duplamente os seus efeitos: como representativo de infração dos deveres conjugais, posto como causa da dissolução do casamento e como causa de responsabilidade civil da regra geral do art. 159 do Código [atualmente, artigo 186 do Código Civil de 2002]. Mas, nos termos em que a questão vem sendo assim colocada, não há dúvida de que o cônjuge agredido em sua integridade física ou moral pelo outro tem contra este ação de indenização [...], sem embargo de apresentar aquela ofensa uma causa que legitima uma separação judicial contenciosa em que os alimentos lhe seriam concedidos. (sem grifo no original).

No mesmo sentido, Carlos Alberto Bittar (*apud* CARVALHO NETO, 2011, p. 290), assevera que “outrossim, nas relações familiares, destacam-se: as separações e os divórcios provocados por grave descumprimento de deveres conjugais, como as hipóteses de injúria grave, adultério, abandono e outros”.

Ruy Rosado de Aguiar Junior (2004) entende que no âmbito do Direito de Família cabe a responsabilização do cônjuge, por ilícito absoluto ou por infração aos deveres conjugais, podendo o dano ser específico, por dizer respeito a direito regulado no Livro da Família, ou constituir dano à direito assegurado a todas as pessoas, consoante disposto no art. 186 do Código Civil.

O ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça (AGUIAR JUNIOR, 2004, p.371), assim, sintetiza a questão:

Em conclusão, há de se admitir no nosso direito, a possibilidade de ser intentada ação de responsabilidade civil pelo dano do cônjuge ou companheiro, por ilícito absoluto ou infração à regra do Direito de Família, (a) por fato ocorrido na convivência do casal, com infração dos deveres do casamento, ou (b) por dano decorrente da separação ou do divórcio, aceitas as restrições que a peculiaridade da relação impõe. Em especial, cabe ao juiz ponderar os valores éticos em conflito, atender à sua finalidade social

da norma e reconhecer que o só fato de existir a família não pode ser causa de imunidade civil, embora possa inibir a ação quando dela surgir o dano social maior do que o pretendido reparar. De outra parte, deve perceber que, na especificidade da relação fundada no amor, o desaparecimento da afeição não pode ser, só por si, causa de indenização.

Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos Santos (2002), também, filia-se a essa corrente, a saber:

A lei, ao estabelecer deveres aos cônjuges, obriga-os à prática de certos atos e à abstenção de outros. Uma vez violados esses deveres, com a ocorrência de danos, surge o direito do ofendido à reparação, em razão do preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil subjetiva - ação ilícita, dano e nexa causal - assim como ocorre diante da prática de ato ilícito em outras relações jurídicas, com fundamento na regra geral da responsabilidade civil.

O direito do cônjuge à reparação funda-se no art. 159 do CC de 1916, pelo qual "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano", norma prevista no art. 186 do Código de 2002, segundo o qual "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

Para a doutrinadora (PAPA DOS SANTOS, 2004), a natureza jurídica do casamento é contratual, de modo que, em seu entender, na sua duração e dissolução, aplicam-se as regras da responsabilidade civil contratual insertas no disposto no art. 403 do CC, que preleciona que "ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato". Assevera, assim, que "somente diante da existência de ato ilícito - descumprimento de dever conjugal - com a ocorrência de danos - morais ou materiais - que surge a possibilidade de aplicação do princípio reparatório na ruptura do casamento".

Elizier Wilain Gomes Mendes (*apud* CARVALHO NETO, 2011) tem a mesma compreensão de que é necessário "para gerar direito ao lesado à reparação pelos danos causados, aplicar os princípios da responsabilidade civil contratual ao casamento".

Inácio de Carvalho Neto (2011), embora tenha o mesmo entendimento – de que a violação dos deveres conjugais, por si só, são suficientes a ensejar uma ação de reparação de danos morais –, discorda de Regina Beatriz Tavares e de Mendes quanto à espécie de Responsabilidade Civil.

Para o autor (CARVALHO NETO, 2011), em que pese o casamento seja um contrato, embora de natureza especial, não é aceitável a ideia de que o marido

que descumpra com os deveres conjugais esteja infringindo cláusula contratual. Sendo evidente que a responsabilidade que será imputada ao cônjuge será aquiliana (extracontratual).

Nesse mesmo sentido, leciona José de Castro Bigi (1992, p. 52):

E, por último, é preciso deixar claro que essas ações de ressarcimento por dano moral ou material originam-se de culpa extracontratual, culpa aquiliana. Não decorrem de culpa contratual, já que o matrimônio, embora muitos o considerem um contrato, é contrato *sui generis*. Inclino-me, mais, a apresentá-lo como Planiol e Ripert, como uma instituição. Também a Prof.^a Celina A. Perrot caracteriza o casamento como instituição: "*La familia generadora de derechos e obligaciones de contenido extrapatrimonial: fidelidad, asistencia reciproca, cohabitación*". Mas mesmo que se admita a natureza de contrato de direito de família, *sui generis*, a culpa decorre da prática ele um ato antijurídico, produzindo conseqüências não decorrente do contrato.

Assim, embora os autores citados nesse item (3.2.1) não tenham entendimento pacificado quanto à modalidade de responsabilidade civil – contratual ou aquiliana-, são unânimes em afirmar que o descumprimento dos deveres conjugais, *per se*, constituem ilícitos civis, que, por sua vez permitem a propositurada ação de responsabilidade civil.

3.2.2 Responsabilização restrita

A Doutrina que se filia a essa corrente sustenta que a violação pura e simples de algum dever jurídico familiar, a exemplo dos deveres conjugais, não é o bastante para caracterizar o dever de indenizar, sendo necessária a prática de um ato ilícito, nos termos do art. 186 e 187 do CC.

Alinham-se a esse pensamento Farias e Rosenvald (2012), para os quais, em decorrência das peculiaridades das relações familiares, não se pode admitir a incidência pura e simples dos preceitos da responsabilidade civil, devendo haver uma filtragem, para não incorrer no risco de desvirtuar a natureza peculiar das relações familiares.

Segundo os autores (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 163):

A aplicação das regras da responsabilidade civil na seara familiar, portanto, dependerá da ocorrência do ato ilícito, devidamente comprovado. A simples violação de um dever decorrente de norma de família não é idônea, por si só, para a reparação de um eventual dano. Assim, a prática de adultério, isoladamente, não é suficiente para gerar dano moral indenizável. No entanto, um adultério praticado em local público, violando a honra do

consorte, poderá gerar dano a ser indenizado no caso concreto. De igual modo, não implicará dano moral (conquanto possam produzir outros efeitos regulados pela norma de Direito das Famílias) a recusa ao ato sexual entre cônjuges e companheiros ou a prática, entre eles, de atos sexuais pouco convencionais ou mesmo o abandono do lar.

Entretanto, não se discute a possibilidade de reparação civil nas relações de família, resultante da prática de um ato ilícito, quando demonstrada a culpa do agente. Como exemplo, tem-se o adultério público e notório, em que se expõe ao escárnio a honra e a fama do seu cônjuge, causando-lhe dano moral, ou atos de violência domésticas, os quais acarretam lesões corporais que, por sua vez, justificam a reparação a título de danos morais e materiais (FARIAS; ROSENVALD, 2012)

Comunga do mesmo entendimento de que a violação dos deveres conjugais, por si só, não compromete a honra e a dignidade do consorte, a ponto de gerar o dever de indenizar, Maria Berenice Dias (2011, p. 122). Nesse sentido:

[...] a violação dos demais deveres do casamento, como o adultério, abandono do lar, condenação criminal e conduta desonrosa, que servia de motivação para a ação de separação (CC. 1.573 I e IV a VI), não gera por si só a obrigação indenizatória. Porém, inclina-se a doutrina a sustentar que, se tais posturas, ostentadas de maneira pública, comprometem a reputação, a imagem e a dignidade do par, cabe a indenização por danos morais. No entanto é mister a comprovação dos elementos caracterizadores da culpa – dano, culpa e nexo de causalidade -, ou seja, que os atos praticados tenham sido martirizantes, advindo profundo mal-estar e angústia.

Essa é, também, a linha de entendimento de Venosa (2010, p. 149):

A transgressão dos deveres conjugais pode gerar danos indenizáveis ao cônjuge inocente. Nossa posição é no sentido de que essa seara deve decorrer da regra geral do art. 186, o que implica exame do caso concreto. Não é toda situação de infidelidade ou de abandono de lar conjugal, por exemplo, que ocasiona o dever de indenizar.

Para Paulo Lôbo (2011), os deveres conjugais são inócuos, pois o seu inadimplemento não ocasiona qualquer sanção jurídica durante a convivência conjugal, restando aos cônjuges, exclusiva e intimamente, ponderar se a violação de tais deveres pode tornar, ou não, insuportável a vida a dois.

O autor admite a possibilidade da violação desses deveres ocasionar reparação civil. Contudo, aduz que a responsabilização não é intrinsecamente de

Direito de Família, mas de Direito Civil, em geral. Em suas palavras (LÔBO, 2011, p. 148):

A ofensa moral deve ser objeto de reparação civil segundo as regras comuns e não em razão do direito de família. Por exemplo, qualquer pessoa tem direito de se divorciar diretamente; se antes do divórcio houver danos morais de um cônjuge contra o outro, nada há que se diferenciar da responsabilidade civil comum. A pretensão e a ação pela reparação do dano têm fonte na ofensa em si e não na dissolução do casamento ou da união estável ou de descumprimento de dever conjugal.

Nessa mesma linha, disserta Fábio Ulhoa Coelho (2006, p. 118), em que pese no recorte a seguir o autor ainda faça referência à culpa, tal elemento não é mais necessário para pôr fim à sociedade conjugal. Como se vê:

[...] o rompimento da sociedade conjugal por culpa de um dos cônjuges acarreta ao outro, em geral, sentimentos negativos, de dor e humilhação. Não cabe, no entanto, a condenação do culpado pela separação no pagamento da indenização moral em favor do inocente, como regra. Apenas quando tiver sido particularmente desleal e cruel o comportamento do cônjuge culpado, terá cabimento a responsabilização. Se um dos cônjuges manteve relacionamento sexual fora do casamento, mas foi sempre discreto e nunca deixou transparecer a traição a amigos ou conhecidos do casal, o adultério leva à sua condenação pelo culpado pelo fim da sociedade conjugal, mas não a responsabilidade por danos morais. Se, ao contrário, não fazia segredo de seus relacionamentos adúlteros, expondo o outro cônjuge a constrangimentos e agravando-lhe a honra e imagem de modo acentuado, demonstra não ter o mínimo respeito e consideração com a família que integra. Neste caso, a deslealdade e crueldade reveladas justificam a condenação em perdas e danos morais.

Também faz parte dessa corrente Gustavo Tepedino (2001, p. 381), para quem o inadimplemento dos deveres conjugais não gera a aplicação automática de perdas e danos, sem que se demonstre especificamente a presença do ilícito. Isso porque, não é possível a identificação objetiva do ilícito na violação dos deveres do casamento. Com efeito, o doutrinador esclarece que se pensarmos em tais deveres:

Notadamente os deveres de fidelidade recíproca e de coabitação, para se ter em conta que o comportamento contrário à vida conjugal, capaz de levar ao desenlace, não é suscetível de identificação objetiva com o ato ilícito – a menos que se pretendesse, por absurdo, fixar *standard* médio de *performance* sexual, ou um padrão ideal de fidelidade, cujo não atendimento pudesse ser considerado ilícito.

Para Fábio Siebeneicher de Andrade (2002), o possível sofrimento sentido pelo cônjuge em razão do fim da relação conjugal não enseja dano moral reparável. Caso contrário, estar-se-ia a de forma indireta, instituindo uma forma de

um dos cônjuges pressionar o outro como intuito de evitar a dissolução do vínculo, forçando a preservação do vínculo que uma das partes não mais deseja.

Admitir o contrário – que a pura e simples violação dos deveres conjugais causa indenização por danos morais -, é admitir a patrimonialização do afeto, carinho, amor e atenção, valores espirituais e dos quais decorrem os deveres conjugais e os quais não possuem característica econômica (FARIAS; ROSENVALD, 2012).

Já quanto à possibilidade de reparação civil em decorrência da transgressão dos deveres conjugais, Andrade (2002) concorda com a corrente restritiva, sustentando que haverá o dever de indenizar se a violação de tais deveres for capaz de afetar a honra de um dos consortes.

3.2.3 Boa fé objetiva

Há ainda o surgimento de uma terceira corrente, a qual sustenta a responsabilização em decorrência da violação da boa-fé objetiva.

A adoção pelo Código Civil e pela Constituição Federal de preceitos éticos acarretou o reconhecimento do princípio da boa-fé objetiva como componente das relações jurídicas estabelecidas entre particulares (GURGEL, 2012)

Nesse contexto, para melhor compreensão do princípio em questão, destaca-se sua diferenciação do princípio da boa-fé subjetiva.

De acordo com Judith Martins Costa (1999, p. 412 *apud* GURGEL, 2012, p. 94), a boa fé subjetiva tem sentido de uma “condição psicológica que normalmente se concretiza no convencimento do próprio direito ou na ignorância de estar lesando direito alheio”. Enquanto se entende como boa-fé objetiva a “regra de conduta fundada na honestidade, na retidão e na lealdade”.

Assim, a boa-fé subjetiva é um estado psíquico, no qual o sujeito tem uma falsa percepção de ser titular de um direito, que de fato não existe. Já a boa fé objetiva “se caracteriza por ser uma regra de conduta externa, um dever das partes em se pautar pela honestidade, lealdade, cooperação em suas relações jurídicas” (GURGEL, 2012, p. 94).

Nesse sentido, cabe destacar a definição de boa fé objetiva apresentada por Judith Martins Costa (1999, p. 411-413 *apud* GURGEL, 2012, p. 102):

[...] se quer, significar – segundo a conotação que adveio da interpretação conferida ao § 242 do Código Civil Alemão, de larga força expansionista em outros ordenamentos, e, bem assim, daquela que lhe é atribuída nos países da **common law** – modelo de conduta social, arquétipo ou standart jurídico, segundo o qual “cada pessoa deve ajustar a apropriada conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade e probidade”. Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o status pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do standard, de tipo meramente subsuntivo. [...] ao conceito de boa-fé objetiva estão subjacentes as ideias e ideais que animaram a boa-fé germânica: a boa-fé como regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e principalmente, na consideração para com os interesses do “alter”, visto como um membro do conjunto social juridicamente tutelado. Ai se insere a consideração para com as expectativas legitimamente geradas, pela própria conduta, nos demais membros da comunidade, especialmente no outro pólo (sic) da relação obrigacional. [...] A boa-fé objetiva qualifica, pois, uma norma de comportamento legal.

Desse modo, tem-se que a boa fé objetiva é um princípio que reconhece um padrão de comportamento aguardado pelas partes e, assim, requer delas que se portem, nas relações jurídicas, de forma leal. Por isso é que se afirma que a boa-fé objetiva, no sistema jurídico atual, atua como um paradigma e um padrão de conduta a ser perseguido e cobrado (GURGEL, 2012).

Na aplicação de tal princípio, nas palavras de Ruy Rosado de Aguiar Júnior (1995, p. 20-27), parte-se do princípio de que toda:

[...] a inter-relação humana deve pautar-se por um padrão ético de confiança e lealdade, indispensável para o próprio desenvolvimento normal da convivência social. A expectativa de um comportamento adequado por parte do outro é um componente indissociável da vida de relação, sem o qual ela mesma seria inviável. Isso significa que as pessoas devem adotar um comportamento leal em toda a fase prévia à constituição de tais relações (diligência *in contrahendo*); e que devem também comportar-se lealmente no desenvolvimento das relações jurídicas já constituídas entre eles. Este dever de comportar-se segundo a boa-fé se projeta a sua vez nas direções em que se diversificam todas as relações jurídicas: direitos e deveres. Os direitos devem exercitar-se de boa-fé; as obrigações têm de cumprir-se de boa-fé.

Destaca-se que este princípio surgiu e se desenvolveu em um contexto exclusivamente negocial, referindo-se tão somente às relações contratuais. Entretanto, acabou por se difundir “em outras espécies de relações jurídicas, inclusive nas relações de família, como critério de controle de legitimidade do exercício da autonomia privada” (DIAS, 2011, p. 78).

Aplicada ao Direito de Família, a boa fé objetiva é, então, um princípio geral de colaboração e lealdade recíprocas entre os sujeitos da relação familiar, o

qual gera deveres de comportamentos tidos como necessários a fim de atender as justas expectativas criadas em decorrência dos vínculos familiares (GURGEL, 2012).

Além do dever de colaboração e lealdade, no Direito de Família, a boa fé objetiva se consolida também no dever de cuidado. Segundo Cláudio Luiz Bueno de Godoy (2006, p. 62 *apud* GURGEL, 2012, p. 138), “o dever de cuidado obriga a parte a se acautelar para não agir de forma a provocar exagerados riscos de danos à outra parte ou aos seus bens”.

Reconhecendo-se a incidência da boa-fé objetiva nas relações familiares sob o prisma do cuidado e da afetividade, surgem alguns deveres dela decorrentes, tal qual o dever de convivência familiar e preservação da afetividade, e o dever de assistência espiritual e psicológica entre os cônjuges (DIAS, 2011).

Ademais, nas diretrizes apontadas pela boa-fé objetiva insere-se a ideia de confiança. Esse elemento não pode ser considerado um estado psicológico ou uma condição subjetiva, como bem explica Fernanda Pessanha do Amaral Gurgel (2012, p. 143):

A confiança legítima deve se concretizar a partir de vinculações a um comportamento inicial que foi capaz de gerar determinadas expectativas (*factumproprium*). Ocorre, contudo, uma violação do valor jurídico da confiança quando, a despeito das promessas e probabilidades de condutas, é realizado um comportamento contrário ao que era esperado.

Em suma, o conteúdo da boa-fé objetiva compreende os deveres de colaboração, de lealdade, de cuidado e de preservação da conduta despertada (GURGEL, 2012). E a violação a tais deveres caracteriza a culpa necessária para a configuração do ilícito.

Porém, deve-se lembrar que a identificação do ilícito não é o bastante para gerar o dever de indenizar, sendo necessária a existência do dano (GURGEL, 2012).

Desse modo, o descumprimento dos deveres do casamento configura transgressão ao dever da boa fé objetiva, mas para ensejar a responsabilização, a vítima deverá demonstrar que a conduta ilícita de seu cônjuge gerou danos a sua personalidade, honra, integridade física e psicológica, dentre outros (GURGEL, 2012).

Sendo assim, para essa corrente, o descumprimento dos deveres anexos da boa-fé objetiva, dentre os quais estão os deveres conjugais, é o bastante para possibilitar a ação ressarcitória, desde que comprovados os danos.

3.3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Expostas as correntes doutrinárias referentes à possibilidade de ressarcimento a título de danos morais pelo desrespeito aos deveres impostos pelo casamento, é necessário, ainda, proceder à análise de como a matéria está sendo tratada na prática.

Para tanto, verificar-se-á o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, bem como de alguns Tribunais de Justiça do país.

A apreciação jurisprudencial inicia-se, então, com o exame do Recurso Especial nº 922.462 –SP, no qual o ex-marido ajuizou ação de reparação de danos morais e materiais em virtude de “ter sido induzido em erro, criou filho do amante de sua esposa, acreditando de boa-fé” que a criança era sua prole. Naquele caso, o casamento havido entre as partes ocorrera em 1985, e a separação consensual em 1989, sendo que o filho havia nascido em 1988. Em 1994, cinco anos após a separação, o ex-marido foi comunicado que não era o pai biológico da criança, a qual era fruto de uma relação adúltera de sua ex-mulher.

O STJ entendeu, em tal hipótese, serem devidos os danos morais pleiteados:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL. DANOS MATERIAIS E MORAIS. ALIMENTOS. IRREPETIBILIDADE. DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE FIDELIDADE. OMISSÃO SOBRE A VERDADEIRA PATERNIDADE BIOLÓGICA DE FILHO NASCIDO NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO. DOR MORAL CONFIGURADA. REDUÇÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO.

1. Os alimentos pagos a menor para prover as condições de sua subsistência são irrepetíveis.
2. O elo de afetividade determinante para a assunção voluntária da paternidade presumidamente legítima pelo nascimento de criança na constância do casamento não invalida a relação construída com o pai socioafetivo ao longo do período de convivência.
3. **O dever de fidelidade recíproca dos cônjuges é atributo básico do casamento e não se estende ao cúmplice de traição a quem não pode ser imputado o fracasso da sociedade conjugal por falta de previsão legal.**
4. **O cônjuge que deliberadamente omite a verdadeira paternidade biológica do filho gerado na constância do casamento viola o dever de boa-fé, ferindo a dignidade do companheiro (honra subjetiva) induzido**

a erro acerca de relevantíssimo aspecto da vida que é o exercício da paternidade, verdadeiro projeto de vida.

5. A família é o centro de preservação da pessoa e base mestra da sociedade (art. 226 CF/88) devendo-se preservar no seu âmago a intimidade, a reputação e a autoestima dos seus membros.

6. Impõe-se a redução do valor fixado a título de danos morais por representar solução coerente com o sistema.

7. Recurso especial do autor desprovido; recurso especial da primeira corré parcialmente provido e do segundo corréu provido para julgar improcedente o pedido de sua condenação, arcando o autor, neste caso, com as despesas processuais e honorários advocatícios.

(REsp 922.462/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/04/2013, DJe 13/05/2013)

(sem grifo no original)

O Superior Tribunal decidiu não responsabilizar o “cúmplice” da esposa infiel – pai biológico da criança –, por entender que “tal fato não constitui ilícito civil ou penal à falta de contrato ou lei obrigando o terceiro estranho à relação conjugal a zelar pela incolumidade do casamento alheio”.

Outrossim, o colendo Tribunal compreendeu não serem cabíveis, também, os danos materiais, por serem irrepetíveis as verbas alimentares, ainda que pagas à prole erroneamente assumida.

Quanto aos danos morais, o órgão esclareceu que “a dor da separação inerente à opção de quem assume uma vida em comum, não é apta a ensejar danos morais de forma isolada” e, ainda, que:

De fato a violação dos deveres impostos por lei tanto no casamento (art. 1.566 do CC) como na união estável (art. 1724 do CC) não constituem, por si sós, ofensa à honra e à dignidade do consorte, aptas a ensejar a obrigação de indenizar. Não há como impor o dever de amar, verdadeiro obstáculo à liberdade de escolha pessoal, pois a ninguém è lícito impor a permanência em relacionamento sob a alegação de inobservância à moral ou à regras de cunho social.

Todavia, não é possível ignorar que a vida em comum impõe restrições que devem ser observados destacando-se o dever de fidelidade nas relações conjugais, o qual pode, efetivamente, acarretar danos morais, como no caso concreto, em que de fato demonstrado o abalo emocional pela traição da então esposa, como cientificação de não ser o genitor da criança gerada durante a relação matrimonial, dano efetivo que justifica a reparação civil.

[...]

Isso porque não é a relação extraconjugal em si mesma o fato gerador da indenização, porquanto despicienda a comprovação da culpa de qualquer dos cônjuges pelo fim do vínculo efetivo, mas, sim, as consequências indubitavelmente prejudiciais à vida pessoal e social do recorrente, atacado no sonho da paternidade, que desmoronou seis anos após a separação, acarretando a dilaceração de um importante projeto de vida, frustração que imputou-lhe intensa dor, humilhação e baixa autoestima.(sem grifo no original).

Assim, tem-se que a concessão dos danos morais teve por base a teoria restritiva, posto que coloca que a violação dos deveres conjugais, em si, não resulta na obrigação de indenizar.

No mesmo sentido, a decisão do Recurso Especial n. 742.137 – RJ:

Direito civil e processual civil. Recursos especiais interpostos por ambas as partes. Reparação por danos materiais e morais.

Descumprimento dos deveres conjugais de lealdade e sinceridade recíprocos. Omissão sobre a verdadeira paternidade biológica.

Solidariedade. Valor indenizatório.

- Exige-se, para a configuração da responsabilidade civil extracontratual, a inobservância de um dever jurídico que, na hipótese, consubstancia-se na violação dos deveres conjugais de lealdade e sinceridade recíprocos, implícitos no art. 231 do CC/16 (correspondência: art. 1.566 do CC/02).

- **Transgride o dever de sinceridade o cônjuge que, deliberadamente, omite a verdadeira paternidade biológica dos filhos gerados na constância do casamento, mantendo o consorte na ignorância.**

- **O desconhecimento do fato de não ser o pai biológico dos filhos gerados durante o casamento atinge a honra subjetiva do cônjuge, justificando a reparação pelos danos morais suportados.**

- A procedência do pedido de indenização por danos materiais exige a demonstração efetiva de prejuízos suportados, o que não ficou evidenciado no acórdão recorrido, sendo certo que os fatos e provas apresentados no processo escapam da apreciação nesta via especial.

- Para a materialização da solidariedade prevista no art. 1.518 do CC/16 (correspondência: art. 942 do CC/02), exige-se que a conduta do "cúmplice" seja ilícita, o que não se caracteriza no processo examinado.

- A modificação do valor compulsório a título de danos morais mostra-se necessária tão-somente quando o valor revela-se irrisório ou exagerado, o que não ocorre na hipótese examinada.

Recursos especiais não conhecidos.

(REsp 742.137/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 21/08/2007, DJ 29/10/2007, p. 218) (sem grifo no original)

Com relação à possibilidade de pagamento de danos morais pelo sujeito com quem o adultério é cometido, o TJSP, na Apelação com Revisão nº 0007042-332010.8.26.008, decidiu, da mesma forma que o STJ, não ser possível.

RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INFRAÇÃO A UM DOS DEVERES DO CASAMENTO. FIDELIDADE CONJUGAL. Traição cometida pela esposa do autor. Responsabilidade solidária do réu, suposto amante.

1. O réu não responde pelo insucesso da relação matrimonial do autor, insucesso que, ao que tudo indica, causou os transtornos relatados na petição inicial.

2. Não cometeu o réu qualquer ato ilícito que enseje a concessão de pretendida reparação. Tampouco deve responder solidariamente pelos danos decorrentes da traição cometida pela esposa do autor (art. 942, do Código Civil), pois o ato do réu, isoladamente considerado, não é ilícito. Houve apenas a violação de norma moral, não reproduzida no ordenamento

jurídico. Precedente do STJ. Sentença de improcedência do pedido mantida. Recurso não provido.
(TJSP, Apelação nº 0007042-3.2010.8.26.008, Rel. Carlos Alberto Garbi - 10ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 10.12.2013)

Ainda em relação à responsabilidade solidária de quem se envolve em relações íntimas com pessoas casadas, ou que constitua união estável, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais se manifestou contrariamente às decisões até aqui expostas, quando do julgamento da Apelação Cível n. 1.0116.06.007494-9/001, conforme segue:

AÇÃO INDENIZATÓRIA. FILHO ADULTERINO. FATO REVELADO APÓS A SEPARAÇÃO DO CASAL. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DO EXAME DE DNA. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. DANOS MATERIAIS COMPROVADOS. NECESSIDADE DE REPARAÇÃO.

1- A descoberta do autor, após a separação, de que não é o pai biológico da criança que registrou como sendo seu filho, configura infração dos deveres conjugais e torna capaz a indenização aos danos morais, até porque o fato se tornou público em cidade pequena onde residia, forçando-o a mudar de estado, haja vista a humilhação de que era traído durante as consultas médicas de sua ex-companheira com o médico do programa saúde da família.

2- O valor fixado na sentença encontra-se adequado para o ressarcimento a danos morais, e, estando devidamente comprovados os danos materiais, estes devem ser objeto de ressarcimento. (Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação nº 0116.06.007494-9/001. Rel. Des. Francisco Kupidowski - 13ª câmara cível, Julgado em 26.03.2009)

Tal ação indenizatória por danos morais e materiais fora ajuizada pelo ex-companheiro em desfavor de sua ex-companheira e seu amante, “uma vez que viveu em união estável com a ré e registrou, como pai, a criança que nasceu durante a união estável, vindo a ter conhecimento, após sua separação, que a criança não era seu filho biológico, mas do réu”. Na decisão de primeira instância, houve a condenação de ambos os réus, sendo que o cúmplice da ex-companheira recorreu da decisão.

O relator sustentou ser o réu responsável solidário e manteve a condenação por danos materiais e morais nos seguintes termos:

Definitivamente, no caso presente, a condenação indenizatória deve mesmo ser solidária entre a ex-esposa e seu amante (ora apelante), pois ambos se encontravam no consultório médico do programa saúde da família, durante as consultas, afrontando a ética do exercício da medicina e a moral do autor que não tinha o conhecimento dos fatos e considerava que sua esposa e o médico tinham apenas uma relação profissional.

[...]

Os danos materiais também são devidos, pois ao contrário do que entende o recorrente, os pais são os responsáveis pelo sustento da criança, não se podendo atribuir a outrem essa responsabilidade, data venia. Estando comprovado que o autor realizou gastos financeiros para o sustento da criança, há sim responsabilidade obrigacional de ressarcimento destes valores, não merecendo retoques a sentença.

A Desembargadora Cláudia Maia prolatou voto em sentido contrário, segundo o qual:

Sob qualquer prisma que se analise o caso - independentemente da ciência ou não do apelante acerca da união estável, ou mesmo do local onde ocorreram as relações sexuais - o fato inarredável é que o apelante não praticou qualquer ato ilícito passível de indenização a título de dano moral e tampouco material ao apelado. Cumpre enfatizar que inexistente disposição legal ou mesmo contrato entre as partes que obrigasse o apelante a manter a incolumidade da ré, companheira do apelado. Por certo, o dever jurídico de fidelidade pode ser invocado apenas em face dos companheiros, e não se estende a terceiro que venha a ser cúmplice na infidelidade perpetrada.

Contudo, o Desembargador Nicolou Masselli concordou com o voto do relator, tendo prevalecido, portanto, o entendimento de que é possível a responsabilização solidária, por danos morais e materiais, do cúmplice do cônjuge ou companheiro traído.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, na Apelação Cível n. 2011.000520-0, também, aderiu à corrente restritiva, aduzindo que a violação dos deveres conjugais não enseja, por si só, a indenização por danos morais.

DANOS MORAIS. INFIDELIDADE E OMISSÃO DO CÔNJUGE VIRAGO ACERCA DA PATERNIDADE BIOLÓGICA DE FILHA. EXISTÊNCIA DE FORTES INDÍCIOS DE QUE O CÔNJUGE VARÃO TINHA CONHECIMENTO QUE A PATERNIDADE BIOLÓGICA DA FILHA ERA DE TERCEIRO. FILHA QUE NASCEU QUATRO MESES APÓS A PRIMEIRA RELAÇÃO SEXUAL DO CASAL. QUESTIONAMENTO DA PATERNIDADE QUE OCORREU SOMENTE 23 ANOS APÓS O NASCIMENTO DA FILHA. PERDÃO TÁCITO EVIDENCIADO. NÃO OCORRÊNCIA DE ABALO MORAL. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. **A infidelidade, assim como a omissão de informação essencial, em que pese constituírem uma quebra de um dever conjugal, não geram, por si sós, dano moral indenizável.** Para tanto, é preciso que efetivamente fiquem comprovados os requisitos básicos da responsabilidade civil subjetiva, quais sejam, a conduta, o dano, o nexo de causalidade e a culpa. A verificação de paternidade de terceiro após decorrido longo tempo após o nascimento da prole, quando existentes indícios de incerteza nesse momento, não configura abalo moral, mormente porque evidente a prática de perdão tácito. (TJSC, Apelação Cível n. 2011.000520-0, de Lages, rel. Des. Jaime Luiz Vicari, j. 15-12-2011).(sem grifo no original)

No mesmo sentido, colhe-se a decisão do mesmo Tribunal oriunda da Apelação Cível nº 2013.54134-8, a saber:

AÇÃO DE DIVÓRCIO. DIREITO CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO AJUIZADA PELO CÔNJUGE VARÃO EM FACE DO CÔNJUGE VIRAGO. INICIAL DO CÔNJUGE VARÃO QUE PROPÕE A DIVISÃO IGUALITÁRIA DE DOIS IMÓVEIS E DOIS AUTOMÓVEIS, E DIVISÃO DE UM TERCEIRO IMÓVEL APÓS O DESCONTO DO VALOR DA ENTRADA DE R\$45.000,00 (QUARENTA E CINCO MIL REAIS) PAGO COM RECURSOS EXCLUSIVOS SEUS.

CONTESTAÇÃO E RECONVENÇÃO DA CÔNJUGE VIRAGO QUE ALEGA QUE:

[...]

F) O CÔNJUGE VARÃO DEVE SER CONDENADO AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS EM SEU FAVOR DECORRENTES DE SUA INFIDELIDADE CONJUGAL E SUA IDA A CASA DE PROSTITUIÇÃO. SENTENÇA QUE:

[...]

D) INDEFERE O PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS POIS A INFIDELIDADE CONJUGAL POR SI SÓ NÃO CARACTERIZA O DANO, DEVENDO RESTAR CONFIGURADA A PUBLICIDADE DO FATO, QUE NÃO FICOU DEMONSTRADA NO CASO EM QUESTÃO APELAÇÃO DA CÔNJUGE VIRAGO DA DECISÃO QUE JULGOU A RECONVENÇÃO, REQUERENDO O RECONHECIMENTO:

[...]

G) DE QUE O APELADO DEVE SER CONDENADO AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO PELOS DANOS MORAIS SOFRIDOS PELA APELANTE DECORRENTES DE SUA INFIDELIDADE CONJUGAL E SUA IDA A CASA DE PROSTITUIÇÃO.

ANÁLISE DO RECURSO QUE REVELA

[...]

G) A INFIDELIDADE CONJUGAL POR SI SÓ NÃO GERA DANO MORAL ENSEJADOR DE INDENIZAÇÃO SENDO NECESSÁRIA A DEMONSTRAÇÃO DE SUA PUBLICIDADE RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 2013.054134-8, de Rio do Sul, rel. Des. Denise de Souza Luiz Francoski, j. 24-09-2013).

Novamente, percebe-se a tendência do Tribunal de Santa Catarina em considerar que não há dano a ser ressarcido em decorrência simplesmente da violação dos deveres. Mas admite que se a violação do dever de fidelidade for pública, haverá prejuízo a ser indenizável. Nessa perspectiva:

A jurisprudência atual é no sentido de que a quebra dos deveres inerentes ao casamento, a fidelidade, não gera o dever de indenizar [...] A exceção se verifica quando a infidelidade conjugal é ostentada de forma pública e vexatória [...] o requisito "publicidade é indispensável para a concessão de indenização por dano moral [...].

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro também se posicionou no sentido de que a simples violação dos deveres não permite a reparação, mas que, a

depende das peculiaridades do caso, poderá existir o dever de indenizar, conforme se extrai da ementa da Apelação nº 0007742-78.2008.8.19.0006:

Direito de Família. Demanda indenizatória. Omissão sobre a verdadeira paternidade biológica de filho nascido na constância do casamento. Inocorrência de prescrição. Incidência do art. 197, inciso I, do CC. Separação de fato que não permite a contagem do prazo prescricional. Alegação da apelante de que o recorrido violou os deveres conjugais e de que o adultério foi consentido. Ausência de provas que pudessem comprovar as alegações da demandada. Aplicação do art. 333, II, do CPC. Infidelidade conjugal, que por si só não gera dano moral. Peculiaridades relativas à infidelidade conjugal com o padrinho de casamento do casal e quebra da confiança do apelado, com omissão acerca da verdadeira paternidade biológica do filho nascido durante o casamento. Violação dos deveres de fidelidade, respeito e consideração mútuos. Art. 1.566 do Código Civil. Dano moral configurado. Dano material comprovado. Valor da compensação que deve ser reduzido para R\$ 20.000,00. Recurso parcialmente provido. (TJRJ, Apelação cível n. nº 0007742-78.2008.8.19.0006, Des Alexandre Camara, j. 26-02-2014)

Da mesma maneira, posicionou-se o Tribunal de Justiça de São Paulo nos autos da Apelação nº 0099514-82.2007.8.26.0000. Segue a ementa do julgado:

Indenização por danos morais. Adultério durante o casamento. Casal que trabalhava na mesma Escola Estadual. Traições do marido que eram comentadas no local do trabalho causando vexame e humilhação à esposa. Conjunto probatório que comprova que a esposa sofreu de depressão, tendo que se afastar do ambiente da Escola. A separação conjugal, em razão de novo relacionamento não configura o dever de indenizar o outro cônjuge, todavia, o ato cometido com desrespeito ao cônjuge, mediante conduta manifestamente ofensiva, gera a obrigação de indenizar o dano moral suportado. Valor indenizatório que foi arbitrado com observação da boa situação profissional do marido. Apelação improvida. (TJSP. Apelação nº 009514-82.207.8.26.000, Rel. Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho - 8ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 24.10.2012)

No caso, a indenização foi concedida não pela violação do dever de fidelidade em si, mas porque os cônjuges trabalhavam na mesma escola e que, por isso, “circulavam no local, sistematicamente, comentários sobre as traições do marido, que se envolveu com mulheres no ambiente de trabalho”, afetando, pois, a honra da ex-esposa.

No mesmo sentido, tem-se a decisão do mesmo Tribunal na Apelação nº 9095818-45.2008.8.26.0000, que negou a indenização, sob o argumento de que a infidelidade não ocorreu de forma ostensiva, veja-se:

Responsabilidade Civil. Indenização **por danos decorrentes da quebra dos deveres conjugais**. Ré que mantém caso extraconjugal e engravida de outro homem na constância do casamento. **Demonstração inequívoca de que o fato sucedeu quando as partes não mais coabitavam, embora ainda ligados pelo vínculo meramente formal do casamento. Conduta da requerida que não se pautou pela ostensividade ou publicidade justificadoras da reparação pretendida.** Reconvenção, pretendendo o ressarcimento pelos prejuízos morais decorrentes da conduta difamatória e caluniosa adotada pelo autor reconvinde após a separação consensual. Autor que apenas narrou aos seus conhecidos a dinâmica dos fatos, ainda que tecendo severas críticas ao comportamento da ex-mulher. Comportamento que não ultrapassa os limites do desabafo ou da retorsão imediata. Quebra do sigilo eletrônico da ré. Alegação isolada nos autos, devendo, se o caso, ser discutida na esfera criminal. Sentença de improcedência mantida. Agravo retido e apelos improvidos.(TJSP. Apelação Cível n. 9095818-45.2008.8.26.0000, Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho - 8ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 13.11.2013) (sem grifo no original)

Extrai-se do inteiro teor que o julgado utilizou a teoria restritiva para fundamentar a sua decisão. Assim:

Por outro lado, é preciso observar que o matrimônio não constitui em si âmbito de imunidade entre os cônjuges, que devem dispensar um ao outro tratamento que lhes preserve a integridade física, moral ou psíquica, respondendo, qualquer deles, pelos graves atos atentatórios aos direitos da personalidade, assim como ocorre com pessoas estranhas ao vínculo conjugal.

A violação pura e simples dos deveres do casamento, contudo, não pode ser considerada como causadora de dano moral indenizável, devendo-se apurar, antes, a existência dos elementos caracterizadores do ato ilícito, em especial o nexó de causalidade entre a agressão e a lesão moral (humilhação, dor, angústia, constrangimento social e perturbação psíquica).

[...]

Assim, a responsabilidade civil não decorre da infidelidade em si, mas depende da quebra do dever conjugal que resulta num dano. Só que, entre as partes, a separação de fato, já havia posto um fim nos deveres recíprocos. (sem grifo no original)

Na decisão da Apelação Cível nº 9103171-39.2008.8.26.0000, o Tribunal Paulista afirmou não ser indenizável a dor oriunda da infidelidade, por si só. Segue o excerto:

APELAÇÃO - Ação de Indenização por Danos Morais Quebra do dever de fidelidade conjugal Rompimento do casamento Sentença de procedência condenando a ré no pagamento de indenização de R\$ 5.000,00, custas procesuais e honorários advocatícios Inconformismo das partes: a ré pugnando pela improcedência da ação e o autor pela majoração da indenização **Infidelidade conjugal, por si só, não configura dano moral indenizável** - Recurso da ré provido, prejudicado o do autor. (TJSP. Apelação com Revisão nº 9103171-39.208.8.26.000, Rel. José Aparício Coelho Prado Neto - 9ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 16.10.2012)

Em seu voto, o relator aduz que atualmente tem sido considerado que o sofrimento resultante da infidelidade não caracteriza dano moral apto a ser indenizado, ainda que possa infligir no cônjuge traído forte decepção e desilusão, por “estar no plano das relações sentimentais próprias do casamento, instituição que sofreu significativas modificações ao longo do tempo”.

O Tribunal de São Paulo já havia decidido de maneira semelhante na Apelação Cível nº 0322703-37.2009.8.26.0000, que concedeu indenização, tendo em vista que o ex-marido passou a residir com a amante em residência próxima a da ex-esposa, conforme segue:

INDENIZAÇÃO. Dano Moral. Quebra do dever de fidelidade. Comprovação. Falência da sociedade conjugal que, por si só, não configura o dever de indenizar. Todavia, configurado ato ilícito por parte do ex-marido que decidiu morar com a amante em residência próxima a de sua ex- mulher e filhas. Conduta abusiva. Dever de indenizar. Redução do dano moral. Recurso provido em parte. (TJSP. Apelação com Revisão nº 0322703-37.2009.8.26.0000, Rel. Teixeira LEeite - 4ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 12.04.2012)

Esclarecendo na íntegra do acórdão que:

[...] certo é que não são devidos os danos morais apenas pelo incontroverso adultério, uma vez que este é um fato previsível em toda e qualquer relação afetiva e nada mais do que isso, é que motivou a conduta reprovada pela apelada, ou seja, essa determinante causa da ruptura do casamento surgiu dentro de um contexto de normalidade no relacionamento humano, quando exposto a sentimentos e as consequências daí ocorridas não podem ensejar a pretendida reparação.

De modo diverso das decisões até então expostas, foi o entendimento do Tribunal Catarinense na Apelação Cível nº 2013.025183-4. O TJ entendeu que o desrespeito aos deveres conjugais em si ensejam a reparação por danos imateriais. Nesse diapasão:

APELAÇÃO CÍVEL. DIVÓRCIO LITIGIOSO. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS POR AUSÊNCIA DE PROVA. RÉU REVEL. APLICABILIDADE DOS EFEITOS DA REVELIA PREVISTO NO ARTIGO 319 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. FATOS NARRADOS NA INICIAL CONSIDERADOS VERDADEIROS. INFIDELIDADE DO CÔNJUGE VARÃO. DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE FIDELIDADE RECÍPROCA. ATO ILÍCITO CARACTERIZADO. DEVER DE COMPENSAR EVIDENCIADO. FIXAÇÃO DO QUANTUM. OBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS DA RAZOABILIDADE E DA

PROPORCIONALIDADE. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

I - Tratando-se de lide que envolve, em parte, direitos disponíveis, deve ser aplicados, no que couber, os efeitos da-revelia, consoante dispõe o artigo 319 do Código de Processo Civil.

II - O rompimento da relação amorosa e o desfazimento do casamento ou união estável, por si só, não enseja qualquer tipo de ato ilícito. Contudo, o rompimento da relação em razão do descumprimento de um dos deveres conjugais (no caso, a infidelidade), é causa ensejadora de dano imaterial, pois o cônjuge traído sofre além da dor da ruptura, também padece com a desilusão, a vergonha, o constrangimento perante os familiares e meio social. Assim, configurado o ilícito civil, inegável a obrigação do causador do dano em compensar pecuniariamente a vítima, nos termos do disposto no art. 927 do Código Civil. (TJSC, Apelação Cível n. 2013.025183-4, de Navegantes, rel. Des. Joel Figueira Júnior, j. 08-08-2013).
(sem grifo do original)

Na decisão em comento, sustentou-se que o simples rompimento da relação conjugal não enseja nenhum ilícito. Contudo, a violação de um dos deveres conjugais é o bastante para possibilitar o pleito indenizatório.

De outro lado, absolutamente oposto, tem-se a decisão da Apelação Cível nº 1.0372.09.039415-9 do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que entendeu não ser possível, em nenhuma situação, a reparação civil por desrespeito aos deveres conjugais, por ser matéria atinente ao campo do Direito de Família e não da responsabilidade civil. Confira-se:

EMENTA: DANOS MORAIS - INFIDELIDADE CONJUGAL - AGRESSÕES FÍSICAS E PSICOLÓGICAS - ÔNUS PROVA

Quando desrespeitado algum dos deveres conjugais, aquele se sentir ofendido tem o direito de propor ação de dissolução do casamento, imputando ao outro a conduta antijurídica. Tal imputação, porém, tem cabida no âmbito do Direito de Família e não no âmbito da responsabilidade civil.

O ônus da prova incumbe a quem alega, nos termos do art. 333, CPC, sendo certo que meras alegações, despidas de conteúdo probatório seguro, não são aptas a amparar o direito que se perquire.

Comprovado o dano e a conduta ilícita, bem como o nexos causal entre ambos, está configurado o dever de indenizar. (TJMG. Apelação nº 1.0372.09.039415-9. Rel. Des. Evangelina Castilho Duarte - 14ª câmara cível, Julgado em 19.04.2012) (sem grifo no original).

Embora, no caso em tela, o réu tenha sido condenado ao pagamento de danos morais, o foi apenas pelas agressões físicas cometidas e não em razão de desrespeito aos deveres conjugais, já que o entendimento da relatora foi de que “problemas havidos entre marido e mulher devem ser resolvidos no âmbito do Direito de Família, eis que não há como conhecer os motivos de foro íntimo que levaram à traição e ao fim do relacionamento”.

Cumpra relembrar que mesmo a corrente doutrinária restritiva não coaduna com esse entendimento, pois não é por ocorrerem no âmbito familiar que as condutas causadoras de danos podem ficar impunes a qualquer sanção.

Das decisões acima expostas, percebe-se que o entendimento dos Tribunais se harmoniza, em geral, com a corrente restritiva, de modo que, admitem a indenização por danos oriundos da infração dos deveres conjugais, não pelo descumprimento puro e simples de tais deveres, mas por coexistir com outros fatores, tal como a publicidade.

CONCLUSÃO

O casamento acarreta diversas consequências na vida dos cônjuges. O maior efeito decorrente do casamento é o disposto no artigo 1.511 do Código Civil, qual seja a "comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges". Tais deveres, por expressa previsão constitucional, devem ser exercidos igualmente por ambos os cônjuges e estão elencados no artigo 1.566 do Código Civil, são eles: a fidelidade recíproca; a vida em comum, no domicílio conjugal; a mútua assistência; o sustento, a guarda e educação dos filhos e o respeito e consideração mútuos.

Não há, porém, nenhuma sanção imposta no âmbito do Direito de Família àquele que violar algum dos deveres conjugais.

O trabalho em questão, portanto, buscou verificar a possibilidade de reparação de danos, em especial dos danos morais, provenientes da violação dos deveres conjugais, visto que não há na legislação atinente a Responsabilidade Civil regra específica estabelecendo sanção para tais hipóteses.

Como a legislação existente é suficiente para abarcar tais situações, pois embora não exista nenhuma punição no campo Direito de Família para o cônjuge que transgredir os deveres do casamento, não há nada que impeça a aplicação da legislação constitucional e infraconstitucional atinentes à Responsabilidade Civil nas relações familiares, notadamente quando os deveres conjugais forem violados.

Pois bem. A Responsabilidade Civil é o dever jurídico de ressarcir um prejuízo causado a outrem em decorrência da transgressão de um dever jurídico preexistente.

Para a configuração da Responsabilidade se faz necessário a existência concomitante de alguns pressupostos, quais sejam: a conduta ou ato humano, o nexo de causalidade, o dano, e ainda, a culpa, esta última pressuposto apenas da responsabilidade civil subjetiva.

O primeiro dos pressupostos é um comportamento humano voluntário, seja ele uma ação ou omissão, que produz consequências jurídicas. O nexo de causalidade é a ligação da conduta culposa ao dano sofrido. O dano é a lesão a um bem jurídico patrimonial ou moral, será moral quando o bem jurídico violado for um atributo da personalidade, ofensa a dignidade da pessoa humana, intimidade ou honra. Culposa é a conduta evitada de negligência, imprudência, imperícia ou dolo.

Os possíveis danos decorrentes da quebra dos deveres conjugais, em regra são de ordem moral.

É na Constituição Federal que estão os principais fundamentos para a reparação dos danos imateriais. O art. 1º, III, da CF dispõe ser a dignidade da pessoa humana um princípio fundamental do ordenamento jurídico brasileiro. Somam-se a ele os incisos V e X do art. 5º os quais estabelecem que os direitos da personalidade, como a vida privada, a honra e a imagem das pessoas são invioláveis, sendo que a transgressão desses deveres enseja a reparação de danos morais.

Do Código Civil extraem-se os artigos 186 e 927, os quais aduzem que o sujeito que através de conduta culposa ou dolosa, gerar dano, material ou moral, a outrem comete ato ilícito e terá o dever de indenizar.

Assim não se vislumbra qualquer restrição a aplicação dessas premissas na área do Direito de Famílias. Contudo, qual o alcance da ilicitude nas relações familiares, mas precisamente da transgressão dos deveres civis conjugais?

A questão é bastante controvertida na Doutrina.

De um lado, têm-se os defensores da ampla caracterização da ilicitude nas relações familiares, os quais consideram ser cabível uma ampla responsabilização no âmbito interno das famílias. Aduzem para tanto que haverá responsabilização tanto nos casos gerais de ilicitude, com fundamento no art. 186, 187 e 927 do CC, quanto nos casos específicos consequentes da transgressão dos deveres conjugais esculpidos no art. 1.566 do CC.

Na outra margem, encontram-se os doutrinadores que admitem a aplicação da responsabilidade civil do Direito de Família tão somente nos casos em que se configurar o ato ilícito nos moldes no art. 186 e 187 do Código Civil.

Há ainda uma terceira corrente doutrinária que entende ser aplicável o princípio da boa-fé objetiva no Direito de Família. Assevera que tal princípio compreende em si os deveres de colaboração, de lealdade, de cuidado. Ocorrendo a violação de tais deveres existirá o dever de indenizar.

Logo, a dúvida consiste em saber se a violação dos deveres conjugais por si só, é o bastante para ensejar a responsabilização civil e o consequente dever de indenizar.

O entendimento jurisprudencial dominante se alinha à corrente que não admite a responsabilização decorrente da violação dos deveres conjugais em si,

mas que a responsabilidade está associada aos conceitos gerais de ilicitude (art. 186 e 187 do CC). Parte de um critério restritivo no qual não há responsabilização automática em decorrência da violação dos deveres conjugais.

Assim, indenizável será a situação de excepcional gravidade, em que infringindo um dos deveres do casamento, estar-se-á também violando os direitos personalíssimos do cônjuge, violando a sua dignidade, consistindo em conduta desonrosa, que acaba por produzir um profundo abalo moral.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *A boa-fé na relação de consumo*. Revista de Direito do Consumidor, n. 14, p. 20-27, abr./jun. 1995. Disponível em <[http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007900000149c2dffdf707a0d62b&docguid=lc982d940f25211dfab6f010000000000&hitguid=lc982d940f25211dfab6f010000000000&spos=22&epos=22&td=41&context=6&startChunk=1&endChunk=1](http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007900000149c2dffdf707a0d62b&docguid=lc982d940f25211dfab6f01000000000&hitguid=lc982d940f25211dfab6f010000000000&spos=22&epos=22&td=41&context=6&startChunk=1&endChunk=1)> acesso em 18.11.2014.

AMARANTE, Aparecida. *Responsabilidade civil por dano à honra*. Setembro de 2010. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/14764/responsabilidade-civil-por-dano-a-honra/10>> acesso em 17.11.2014.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler. *A reparação de danos morais por dissolução do vínculo conjugal e por violação de deveres pessoais entre cônjuges*. Revista dos Tribunais. vol. 802, agosto de 2002, p. 11. Disponível em <[http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad8181600000149bbb14748c980ab5b&docguid=le7017010f25411dfab6f01000000000000&hitguid=le7017010f25411dfab6f0100000000000&spos=2&epos=2&td=3&context=6&startChunk=1&endChunk=1](http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad8181600000149bbb14748c980ab5b&docguid=le7017010f25411dfab6f0100000000000&hitguid=le7017010f25411dfab6f0100000000000&spos=2&epos=2&td=3&context=6&startChunk=1&endChunk=1)>acesso em 17.11.2014.

BAHIA, Carolina Medeiros. *Nexo de causalidade em face do risco e do dano ao meio ambiente: Elementos para um novo tratamento da Causalidade no sistema brasileiro de Responsabilidade civil ambiental*. Tese (Doutorado) – Programa de Doutorado em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2012. Disponível em <<http://www.tede.ufsc.br/teses/PDPC1063-T.pdf>> acesso em 03.11.2014.

BARBOSA, Heloisa Helena; MORAIS, Maria Celina Bodin de; TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Volume 2. 2 ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

BIGI, José de Castro. *Dano moral em separação e divórcio*. Revista dos Tribunais. Vol. 679, maio de 1992, p. 56. Disponível em <[http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad8181500000149ba91e857da5ca00f&docguid=l1b0126d0f25011dfab6f0100000000000000&hitguid=l1b0126d0f25011dfab6f01000000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=13&startChunk=1&endChunk=1](http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad8181500000149ba91e857da5ca00f&docguid=l1b0126d0f25011dfab6f01000000000000&hitguid=l1b0126d0f25011dfab6f01000000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=13&startChunk=1&endChunk=1)>acesso em 14.11.2014

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988 disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> acesso 05.11. 2014.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado. 11.jan.2002. Seção 1. Página 1. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> acesso em: 17.19.2014.

BRASIL. *Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais*. Apelação n° 0116.06.007494-9/001. Rel. Des. Francisco Kupidowski - 13ª câmara cível, Julgado em 26.03.2009. Disponível em <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=2&totalLinhas=42&paginaNumero=2&linhasPorPagina=1&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&listaRelator=2-2609923&dataJulgamentoInicial=26%2F03%2F2009&dataJulgamentoFinal=26%2F03%2F2009&referenciaLegislativa=Clique+na+lupa+para+pesquisar+as+refer%EAncias+cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar>> acesso em 18.11.2014

BRASIL. *Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais*. Apelação n° 1.0372.09.039415-9/001, Rel. Des.(a) Evangelina Castilho Duarte – 14ª Câmara Cível, julgado em 19.04.2012. Disponível em <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=in-fidelidade&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&listaRelator=2-2747327&dataJulgamentoInicial=19/04/2012&dataJulgamentoFinal=19/04/2012&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>> acesso em 18.11.2014.

BRASIL. *Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais*. Apelação n° 1.0684.10.001183-3/001 Rel. Des. Washington Ferreira- 7ª câmara cível, Julgado em 25.06.2013. Disponível em <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&palavras=DIREITO+FAM%CDLIA.+UNI%C3O+EST%C1VEL.+REVELIA.+EFEITOS.+N%C3O+CONFIGURA%C7%C3O.+NOMEA%C7%C3O+CURADOR+ESPECIAL.+ALIMENTOS.+EX-COMPANHEIRA&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&codigoOrgaoJulgador=&codigoCompostoRelator=&dataPublicacaoInicial=&dataPublicacaoFinal=&dataJulgamentoInicial=&dataJulgamentoFinal=&siglaLegislativa=&referenciaLegislativa=Clique+na+lupa+para+pesquisar+as+refer%EAncias+cadastradas...&numeroRefLegislativa=&anoRefLegislativa=&legislacao=&norma=&descNorma=&complemento_1=&listaPesquisa=&descricaoTextosLegais=&observacoes=&linhasPorPagina=10&pesquisaPalavras=Pesquisar> acesso em 18.11.2014

BRASIL. *Tribunal de Justiça do Estado do Paraná*. Apelação n° 670235-6, Rel. Des. Antonio Loyola Vieira – 12ª câmara cível, Julgado em 15.09.2010. Disponível em <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11003616/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-670235-6>> acesso em 18.11.2014.

BRASIL. *Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro*. Apelação n° 000774278.2008.8.19.0006, Rel. Des. Alexandre Camara – segunda câmara cível, Julgado em 26.02.2014. Disponível em <<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=CONSULTA&PGM=WEBJRP104xPROD&PORTAL=1&ROTINA=WEBJRP104xPROD&LAB=XJRPxWEB&FLAGCONTA=0&ORI=1&ORIGEM=1&ANOTIPO=201401&TipoConsulta=NUMERO&NUMERO=1269&N=2014.001.01269>> acesso em 18.11.2014

BRASIL. *Tribunal de Justiça de Santa Catarina*. Apelação Cível n. 2013.086325-1, de São José, Rel. Des. João Batista Góes Ulysséa, Julgado em 21.08.2014.

Disponível

em <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000QIQA0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=7207318&pdf=true>> acesso em 18.11.2014.

BRASIL. *Tribunal de Justiça de Santa Catarina*. Apelação Cível n. 2013.025183-4, de Navegantes, Rel. Des. Joel Figueira Júnior, Julgado em 08.08.2013. Disponível em

<<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000OKIB0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=6122955&pdf=true>> acesso em 18.11.2014

BRASIL. *Tribunal de Justiça de Santa Catarina*. Apelação Cível n. 2013.054134-8, de Rio do Sul, Rel. Des. Denise de Souza Luiz Francoski, Julgado em 24.09.2013. Disponível em

<<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000PIWN0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=6228899&pdf=true>> acesso em 18.11.2014.

BRASIL. *Tribunal de Justiça de Santa Catarina*. Apelação Cível n. 2011.000520-0, de Lages, Rel. Des. Jaime Luiz Vicari, Julgado em 15.12.2011. Disponível em

<<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000HVML0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=4139694&pdf=true>> acesso em 18.11.2014.

BRASIL. *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. Apelação nº 007042-3.2010.8.26.008, Rel. Carlos Alberto Garbi - 10ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 10.12.2013. Disponível em

<<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7236805&cdForo=0&vlCaptcha=pUQEU>> acesso em 18.11.2014

BRASIL. *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. Apelação nº 9095818-45.208.8.26.000, Rel. Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho - 8ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 13.11.2013. Disponível em

<<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=7173570&cdForo=0>> acesso em 18.11.2014.

BRASIL. *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. Apelação com Revisão nº 9103171-39.208.8.26.000, Rel. José Aparício Coelho Prado Neto - 9ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 16.10.2012. Disponível em

<<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6267267&cdForo=0>> acesso em 18.11.2014.

BRASIL. *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. Apelação nº 09514-82.207.8.26.000, Rel. Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho - 8ª Câmara de Direito Privado. Julgado em 24.10.2012. Disponível em

<<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6303467&cdForo=0>> acesso em 18.11.2014.

BRASIL. *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. Apelação nº 032703-37.209.8.26.00, Rel. Des. Teixeira Leite - 4ª Câmara de Direito Privado, Julgado em 12.04.2012. Disponível em <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5830558&cdForo=0&vCaptcha=JXFSY>> acesso em 18.11.2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.1183378 / RS; Rel. Min. Luis Felipe Salomão – quarta turma. Julgado em 25.10.2011. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201000366638&dt_publicacao=01/02/2012> acesso em 5.11.2014

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso Especial n. 742.137/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi - terceira turma, Julgado em 21/08/2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=637864&num_registro=200500602952&data=20071029&formato=PDF> acesso em 18.11.2014.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso Especial n. 922.462/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva - terceira turma. Julgado em 04/04/2013. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1221381&num_registro=200700301624&data=20130513&formato=PDF> acesso em 18.11.2014.

BRASIL. *Superior Tribunal Federal*, ADI 4277/DF. Rel. Min. Carlos Ayres Brito – Tribunal Pleno. Julgado em 5.5.2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%284277%2EENUME%2E+OU+4277%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=Error>> acesso em 05.11.14.

CAHALI. Yussef Said. *Dano Moral*, 4 ed. rev., atual e ampliada – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAVALIERI FILHO. Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10 ed. rev. e atual - São Paulo: Atlas, 2012.

CAVALIERI FILHO. Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11 ed. - São Paulo: Atlas, 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. volume 5: Direito de Família – São Paulo: Saraiva, 2006.

CORRÊA. Fernando Rodrigo. *A responsabilidade civil agravada art. 927 para o único do código civil*. 2010. Disponível em < <http://www.oab-sc.org.br/artigos/responsabilidade-civil-objetiva-agravada-artigo-927-paragrafo-unico-do-codigo/63> > acesso em 15.11. 2014.

CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. *Princípios fundamentais norteadores para o direito da família*. – Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

DIAS, Maria Berenice. *As famílias e seus direitos*. Disponível em <http://mariaberenice.com.br/uploads/14_-_as_fam%EDias_e_seus_direitos.pdf> acesso em 5.11. 2014

DIAS, Maria Berenice. *Casamento: nem direitos nem deveres, só afeto*. disponível em <http://mariaberenice.com.br/uploads/1_-_casamento_-_nem_direitos_nem_deveres%2C_s%F3_afeto.pdf>acesso em 10.11.14

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das família*. – 8 ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. volume 5: direito de família. 28 ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, volume 7: Responsabilidade Civil. 24 ed. – São Paulo: Saraiva, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. volume 6; Famílias. 4 ed. – Salvador: Juspodivm, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. volume 6: Direito de família. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. volume 6: direito de família. 7 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 15 ed. - São Paulo: Saraiva, 2014.

GURGEL, Fernanda Peçanha do Amaral. *Direito de família e o princípio da boa – fé objetiva*. 1 ed. (ano, 2009), 2ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.

LÔBO, Paulo. *A repersonalização das relações de família*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5201/a-repersonalizacao-das-relacoes-de-familia>>acesso em 7.11.2014.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: Famílias*. 4 ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo. *Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerusclausus*. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/2552/entidades-familiares-constitucionalizadas>>acesso em 07.11.14

LUZ, Valdemar P. da. *Manual de direito de família*. 1 ed. – Barueri, SP: Manole, 2009.

MONTEIRO, Washington de Barros; TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *Curso de Direito Civil: direito de família*. 40. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2010.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil, volume 7: Responsabilidade Civil*. 2ed. rev. e atual -Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 10 ed. rev. e atual - Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012.

REIS, Clayton. *Dano Moral*. 5ª ed atual. e ampliada – Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 8 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2001.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. 5 ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*. *Revista do instituto brasileiro de direitos humanos*, Ano 2, volume. 2, Número 2 – 2001. Disponível em <http://www.ibdh.org.br/ibdh/revistas/revista_do_IBDH_numero_02.pdf> acesso em 5.11.2014.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: direito de família*. Volume 6. – 28 ed. rev. e atual. por Francisco José Cahali; de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). – São Paulo. Saraiva, 2004.

SANTOS, Regina Beatriz Tavares dos Santos. *A culpa na ruptura do casamento*. *Revista do instituto dos advogados*. Vol. 10, julho de 2002, p. 149. Disponível em <[http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad8181500000149ba9771c2e6f08094&docguid=la9e00610f25411dfab6f010000000000&hitguid=la9e00610f25411dfab6f010000000000&spos=7&epos=7&td=9&context=23&startChunk=1&endChunk=1](http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad8181500000149ba9771c2e6f08094&docguid=la9e00610f25411dfab6f01000000000&hitguid=la9e00610f25411dfab6f010000000000&spos=7&epos=7&td=9&context=23&startChunk=1&endChunk=1)> acesso em 14.11.2014

SANTOS, Antônio Jeová da Silva. *Dano moral indenizável*. 3 ed. rev., atual e ampliada. – São Paulo: Editora Método, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 7. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência*, tomo I. 9 ed. rev. e atual. e reformulada com comentários do Código Civil. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. volume único. 2 ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo; Método, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2 ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano Moral*. 7ed. rev., atual e ampliada – Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*, volume 6: direito de família. 10 ed. – São Paulo: Atlas, 2010.

VENOSA. Sílvio de Salvo. *Direito Civil*, volume 4: Responsabilidade Civil. 13 ed - São Paulo: Atlas, 2013.