

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

**RENATA MARI DUTRA**

**A REPARAÇÃO DO DANO MORAL DECORRENTE DA VIOLAÇÃO DOS  
DEVERES CONJUGAIS**

**FLORIANÓPOLIS  
DEZEMBRO 2009**

**Renata Mari Dutra**

**A reparação do dano moral decorrente da violação dos  
deveres conjugais**

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado ao Curso de Graduação em  
Direito da Universidade Federal de Santa  
Catarina como requisito à obtenção do  
título de Bacharel em Direito.

**Orientadora: Prof<sup>a</sup>. MSc. Leilane Mendonça Zavarizi Da Rosa**

**FLORIANÓPOLIS  
DEZEMBRO 2009**

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

TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia intitulada "**A reparação do dano moral decorrente da violação dos deveres conjugais**", elaborada pelo (a) acadêmico (a) **Renata Mari Dutra**, defendida em **07/12/2009** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota **10,0 (dez)**, sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9, da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

Florianópolis, 7 de dezembro de 2009.

---

**Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa**  
Professor(a) Orientador(a)

---

**Renata Raupp Gomes**  
Membro da Banca

---

**João Leonel Machado Pereira**  
Membro da Banca

## RESUMO

Trata-se de averiguação da possibilidade de se aplicar as regras da responsabilidade civil no direito de família, no tocante à separação judicial com violação aos deveres conjugais. Parte-se da definição da responsabilidade civil e do delineamento dos requisitos da responsabilidade extracontratual subjetiva, com a conseqüente definição de dano moral e sua reparação quando atinge a dignidade humana e os direitos da personalidade e culmina no estudo do casamento e da separação judicial culposa. Finalmente, faz-se a análise do dano moral nesta seara, apontando os argumentos prós e contra, os julgados pertinentes e as possíveis transformações do Código Civil. Por fim, menciona-se a distinção entre a impossibilidade de se indenizar o desamor e a possibilidade de se reparar o comportamento ilícito do cônjuge culpado que causou dano ao seu consorte.

**Palavras-chave:** Responsabilidade civil. Dano moral. Família. Separação judicial. Deveres conjugais

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>7</b>
<b>2 RESPONSABILIDADE CIVIL.....</b>	<b>9</b>
<b>2.1 Desenvolvimento e evolução da responsabilidade civil.....</b>	<b>9</b>
<b>2.2.Noções de responsabilidade civil.....</b>	<b>11</b>
2.2.1 Conceito do termo responsabilidade.....	11
2.2.2 Diferenças entre responsabilidade civil e responsabilidade penal.....	12
2.2.3 Responsabilidade civil e obrigação de indenizar.....	14
2.2.4 Responsabilidade civil e ato ilícito.....	15
2.2.5 Funções da responsabilidade civil.....	17
<b>2.3. Espécies de responsabilidade civil.....</b>	<b>18</b>
2.3.1 Responsabilidade contratual e extracontratual.....	18
2.3.2 Responsabilidade objetiva e subjetiva.....	19
<b>2.4Pressupostos da responsabilidade civil extracontratual subjetiva.....</b>	<b>21</b>
2.4.1 Conduta culposa.....	21
2.4.2 Nexo causal.....	23
2.4.3 Dano.....	24
<b>2.5 Hipóteses de não configuração da responsabilidade civil.....</b>	<b>26</b>
2.5.1 Estado de necessidade.....	26
2.5.2 Legítima defesa.....	27
2.5.3 Exercício regular de um direito e estrito cumprimento de dever legal.....	27
2.5.4 Fato exclusivo da vítima .....	28
2.5.5 Caso fortuito e força maior.....	29
2.5.6 Prescrição .....	30
<b>3 DANO MORAL.....</b>	<b>32</b>
<b>3.1 Definição de dano.....</b>	<b>32</b>
<b>3.2 Dano material.....</b>	<b>35</b>
<b>3.3 Noções sobre dano moral.....</b>	<b>36</b>
3.3.1 Desenvolvimento e evolução do dano moral.....	
<b>36</b>	
3.3.2 Cumulação entre dano moral e material.....	39

3.3.3 Conceito de dano moral.....	40
3.3.4 Dano moral, dignidade da pessoa humana e direitos da personalidade.....	42
3.3.5 Prova do dano moral.....	44
<b>3.4 Mensuração do dano.....</b>	<b>45</b>
3.4.1 Reparação do dano moral.....	46
3.4.2 Quantificação do dano moral.....	47
<b>3.5 Problema da banalização do dano moral.....</b>	<b>49</b>
<b>4 A REPARAÇÃO DO DANO MORAL DECORRENTE DA VIOLAÇÃO DOS DEVERES CONJUGAIS.....</b>	<b>51</b>
<b>4.1 Noções sobre casamento.....</b>	<b>51</b>
4.1.1 Desenvolvimento e evolução do casamento e da família.....	52
4.1.2 Natureza jurídica do casamento.....	54
4.1.3 Características e finalidades do casamento.....	55
4.1.4 Direitos e deveres dos cônjuges.....	56
<b>4.2 A separação judicial culposa como forma de dissolução da sociedade conjugal.....</b>	<b>59</b>
4.2.1 Violação dos deveres conjugais como causa da separação judicial culposa.....	61
<b>4.3 o dano moral decorrente da violação dos deveres conjugais e sua reparação .....</b>	<b>64</b>
4.3.1 Ausência de norma acerca do tema.....	64
4.3.2 Cabimento da responsabilidade extrajudicial subjetiva.....	65
4.3.3 Possibilidade da reparação do dano moral decorrente da violação dos deveres conjugais.....	67
4.3.4 As causas de violação dos deveres conjugais e a reparação do dano moral proveniente.....	69
4.3.5 Julgados pertinentes à reparação do dano moral decorrente da violação dos deveres conjugais.....	72
4.3.6 Cumulação da separação judicial culposa com a ação de reparação do dano moral decorrente da violação dos deveres conjugais.....	75
4.3.7 A reparação do dano moral decorrente da violação dos deveres conjugais e o direito comparado.....	76
4.3.8 Extensão da reparação do dano moral à violação dos deveres dos conviventes.....	77

<b>4.4 Projeto de lei 276/2007.....</b>	<b>79</b>
<b>5. CONCLUSÃO.....</b>	<b>80</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>84</b>



# 1 INTRODUÇÃO

A família, por ser a célula *mater* da sociedade, merece a proteção do Estado, por isso é resguardada por regras constitucionais. Tem por escopo desenvolver a personalidade e potencialidade dos seus membros, conferindo-lhes segurança, afeto e harmonia. Não obstante, no seio dessas relações familiares, muitas vezes se encontram situações anormais, de abuso, que caracterizam dano aos seus membros.

No campo jurídico, encontrar o autor do dano e obrigá-lo a reparar o resultado é objeto da responsabilidade civil. Portanto, este trabalho se propõe, através do método dedutivo, mediante a apreciação de doutrina especializada e da legislação em vigor, a avaliar a possibilidade da aplicação das regras de responsabilidade civil nas relações familiares, no que tange a reparação do dano moral em sede de separação judicial culposa com violação dos deveres conjugais.

Para tanto, estudar-se-á, no primeiro capítulo, a responsabilidade civil, dando-se enfoque ao seu desenvolvimento histórico, seu lugar na teoria geral do direito, sua função, isto é, far-se-á um levantamento de seus conceitos introdutórios. Serão abordadas, também, suas espécies, culminando na responsabilidade extracontratual subjetiva e seus requisitos, questão relevante ao tema deste trabalho.

Ademais, serão apontadas hipóteses de não configuração da responsabilidade que tenham relevância quanto ao dever de reparar o dano moral decorrente da violação dos deveres conjugais.

No segundo capítulo, o elemento dano será analisado, dando-se enfoque ao dano moral e sua inclusão no ordenamento jurídico, mediante a apreciação de sua evolução histórica, seu conceito e a possibilidade de repará-lo. Ademais, estudar-se-á a infração aos direitos da personalidade e, principalmente, a violação à dignidade da pessoa humana, fundamentos da reparação do dano moral.

Posteriormente, no mesmo capítulo, haverá a discussão quanto ao problema da banalização do dano moral, sendo demonstrados os requisitos para que se verifique quando realmente há dano merecendo ser indenizável.

O terceiro capítulo será iniciado com uma análise do casamento, suas características principais e os deveres conjugais que decorrem dele. A partir do estudo dos deveres conjugais, parte-se para a análise da separação judicial culposa com o descumprimento desses deveres.

Após, serão feitas avaliações quanto à possibilidade de se reparar o dano moral proveniente da violação dos deveres conjugais, através da análise do ordenamento jurídico brasileiro, das regras impostas pela responsabilidade civil e pelo entendimento da doutrina e jurisprudência.

Por fim, este trabalho tem como objetivo demonstrar a possibilidade de se aplicar as regras de responsabilidade civil, em relação ao dano moral, no descumprimento dos deveres conjugais. E, verificando-se possível, mostrar-se-á a justificação e a consequência da reparação, culminando com a apresentação de projeto de lei que visa introduzir estipulação concernente ao tema no ordenamento civil.

Tal questão gera discussões, principalmente por tratar de relações familiares, as quais encontram alicerce na religião, na economia, na política, no direito, ou seja, em todos os âmbitos da sociedade. Assim, o cerne do problema se encontra na proteção a esta instituição, bem como nos direitos individuais de cada pessoa como membro de uma família.

## **2 RESPONSABILIDADE CIVIL**

O ordenamento jurídico requer que as relações, advindas da própria lei ou de acordo de vontades, sejam cumpridas voluntaria e espontaneamente. Como consequência da não observação dessas obrigações, surge a responsabilidade, que busca determinar em quais condições uma pessoa pode ser considerada responsável pelo dano sofrido por outra e em que medida está obrigada a ressarcilo.

Conforme Caio Mário da Silva Pereira (2001, p. 11): “Em qualquer circunstância, onde houver a subordinação de um sujeito passivo à determinação de um dever de ressarcimento, aí estará a responsabilidade civil”.

Definida na parte especial do Código Civil, no livro pertinente ao Direito das Obrigações, sob o título “Da Responsabilidade Civil”, além de constar em outras leis esparsas, este trabalho se propõe, primeiramente, a analisar as características deste fenômeno civil.

### **2.1 Desenvolvimento e evolução da responsabilidade civil**

Através de um resgate histórico, verifica-se que o homem sempre procurou soluções para a questão da reparação de danos. Nas sociedades primitivas a regra era a vingança privada. “O dano provocava a reação imediata, instintiva e brutal do ofendido. Não havia regras nem limitações. Não imperava, ainda, o direito”. (GONÇALVES, 2007, p. 4)

Quando apareceu uma forma de poder público, a vingança privada passou a ser legalizada e regulada. Era a famosa pena de talião, que encontra resquícios na Lei das XII Tábuas, primeira lei escrita do Direito Romano, consagrada no período da realeza, no ano de 452 a.C. (LIMA, 1999, p. 20; SILVA, 2005, p. 72)

Entretanto, quando o prejudicado percebeu as vantagens da substituição de uma vindita por uma prestação pecuniária, surgiu a solução da compensação

voluntária, que correspondia a uma contraprestação econômica a critério do ofendido. Posteriormente, a compensação passou a ser obrigatória, sendo vedado à vítima fazer justiça com as próprias mãos. A Lei das XII Tábuas estabeleceu algumas regras, como o *quantum* de indenização e em quais casos concretos se aplicava; porém, não apresentou um princípio regulador da responsabilidade.<sup>1</sup> (LIMA, 1999, p. 21; GONÇALVES, 2007, p. 4-5)

Foi a Lei *Aquiliana*, elaborada no fim da República, no ano de 286 a.C., que introduziu a idéia de culpa e esboçou um princípio da reparação do dano. “Estabeleceu as bases da responsabilidade extracontratual, criando uma forma pecuniária de indenização do prejuízo, com base no estabelecimento do seu valor”. A culpa passou a ser de fundamental importância, tanto que se restasse provada a falta dela, não se falava em responsabilidade. (DINIZ, 2009a, p. 11)

Foi também o Direito Romano que fez a distinção entre pena e reparação, a partir do momento em que o Estado chamou para si a função de punir as ofensas mais graves. Nos delitos públicos, ofensas de caráter perturbador da ordem, a pena econômica imposta ao réu iria para os cofres públicos; já nos privados, a vítima é que era ressarcida, através da ação de indenização. (GONÇALVES, 2007, p. 5)

[...] é esta, pois, a evolução da responsabilidade civil no direito romano: da vingança privada ao princípio de que a ninguém é lícito fazer justiça pelas próprias mãos, à medida que se afirma a autoridade do Estado; da primitiva assimilação da pena com a reparação, para a distinção entre responsabilidade civil e responsabilidade penal, por insinuação do elemento subjetivo da culpa [...] (DIAS, 2006, p. 29).

O Código de Napoleão ou Código Civil Francês (em vigor desde 1804), influenciado pelo Direito Romano, cristalizou, no seu artigo 1382, a regra paradigma do *neminem laedere*, segundo a qual a ninguém é permitido causar lesão a outrem: “Qualquer fato oriundo daquele que provoca um dano a outrem obriga aquele que foi a causa do que ocorreu a reparar este dano”. (GONÇALVES, 2007, p. 6; CAVALIERI FILHO, 2007, p. 1)

A culpa tornou-se a base da responsabilidade nas legislações modernas. Entretanto, a partir do século XVIII, com o progresso industrial, não resolvia mais

<sup>1</sup> José de Aguiar Dias (1983, p. 30) ensina que a princípio, no Direito Romano, as únicas regras que existiam sobre responsabilidade eram aquelas que obrigavam a reparação quando ocorria o desrespeito a uma obrigação voluntariamente assumida, isto é, relacionadas a responsabilidade contratual.

todas as demandas. Assim, para solucionar algumas situações específicas, surgiu a teoria da responsabilidade objetiva, que não exige a comprovação da culpa para ensejar a indenização.<sup>2</sup> (GONÇALVES, 2007, p. 6-7)

Essas foram as principais referências para a normatização da responsabilidade civil no Brasil. O Código Criminal de 1830 já possuía dispositivos sobre a matéria, que estabeleciam:

[...] a reparação natural, quando possível, a garantia da indenização (o legislador não hesitou em ir a extremos, na preocupação de assegurá-la), a solução da dúvida em favor do ofendido, a integridade da reparação (até onde possível), a contagem dos juros reparatórios, a solidariedade, a hipoteca legal, a transmissibilidade do dever de reparar e do crédito de indenização aos herdeiros, a preferência do direito de reparação sobre o pagamento das multas etc. (DIAS, 2006, p. 33)

O Código Civil de 1916 continha pequenos números de dispositivos sobre responsabilidade. Previu a teoria do risco, porém somente aplicada àquelas atividades perigosas definidas em lei especial. As demais se enquadravam na norma geral da responsabilidade subjetiva. Já o Código Civil vigente estabeleceu a teoria da responsabilidade objetiva no seu texto legal, sem revogar as leis esparsas e sem comprometer a regra geral da culpa, a qual se encontra regulada em diversos dispositivos do código (GONÇALVES, 2007, p. 6).

## **2.2 Noções de responsabilidade civil**

### **2.2.1 Conceito do termo responsabilidade**

A palavra responsabilidade, no uso cotidiano, significa diligência, cuidado, respeito a determinadas regras. No seu sentido técnico jurídico, significa

---

<sup>2</sup> Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 7) ensina que “no direito moderno, a teoria da responsabilidade objetiva apresenta-se sob duas faces: a teoria do risco e a teoria do dano objetivo”. A primeira diz respeito à atividade perigosa, ou seja, toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros e deve, portanto, ser obrigada a repará-lo, mesmo se sua conduta for isenta de culpa. Já a segunda se baseia no fato de que se há dano, este deve ser ressarcido independentemente de culpa.

imputar a alguém a obrigação de responder pelo ato que praticou e pelas conseqüências advindas dessa conduta.<sup>3</sup> (TOMASZEWSKI, 2004, p. 245)

Segundo Rui Stoco (2007, p. 112), está ligada a *spondeo*, expressão latina que obrigava o devedor nos contratos romanos. Para o autor, o termo responsabilidade não foi usado inicialmente para exprimir a idéia de reparar danos, e sim como uma forma de garantia de uma dívida, não havendo ligação com a idéia de culpa.

Para Carlos Roberto Gonçalves (2005, p. 453) a palavra responsabilidade, derivada de *re-spondere*, retrata uma idéia de obrigação de restituir ou compensar o bem lesionado, tendo o significado de ressarcimento.

Em suma, José Aguiar Dias (2006, p. 4) diz que todos os vocábulos cognatos da palavra responsabilidade exprimem idéia de equivalência, de contraprestação ou de compensação.

### 2.2.2 Diferenças entre responsabilidade civil e responsabilidade penal

É um mesmo fundamento que justifica a responsabilidade civil e penal: quem causa um dano tem a obrigação de responder pelo resultado ocorrido. Entretanto, há diferenças que as separam. Para este estudo, é necessário apontá-las, pois possibilitará uma análise detalhada sobre a responsabilidade civil, objeto central deste capítulo.

São consideradas infrações à ordem penal aquelas condutas que são vistas como mais graves, pois afetam a coletividade; o agente infringe uma norma de ordem pública. O objetivo é a repressão, a punição do infrator. A responsabilidade penal é pessoal e intransferível, respondendo o réu, geralmente, com a privação de sua liberdade. (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 14; CARVALHO NETO, 2004, p. 41; GONÇALVES, 2007, p. 29-21)

---

<sup>3</sup> José Aguiar Dias (2006, p. 7) ensina que responsabilidade deve existir em todos os fenômenos da vida social e diferencia responsabilidade jurídica da responsabilidade moral, explicando que esta última abrange a primeira, e se caracteriza pelo “estado de alma do agente: se aí se acusa a existência de pecado, de má ação, não se pode negar a responsabilidade moral. [...] Não se cogita, pois, de saber se houve, ou não, prejuízo [...]”.

Já as infrações civis são menos graves e afetam particulares. A norma atingida é de direito privado, permitindo ao prejudicado escolher se pleiteará ou não a reparação, pois tem como objetivo devolver a situação anterior à vítima ou compensar-lhe o dano. A responsabilidade civil se transmite aos herdeiros, na quantidade do quinhão que herdar. (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 14; CARVALHO NETO, 2004, p. 41; GONÇALVES, 2007, p. 21-29)

Além disso, pode-se afirmar que:

Também a culpabilidade é bem mais ampla na área civil, segundo a regra *in lege Aquilia levíssima culpa venit* (no cível, a culpa, ainda que levíssima, obriga a indenizar). Na esfera criminal nem toda culpa acarreta a condenação do réu, pois se exige que tenha certo grau ou intensidade. (GONÇALVES, 2007, p. 21)

Essas são as distinções básicas que se pode fazer entre responsabilidade penal e civil. Resta lembrar que há pontos em comum entre essas esferas, tanto que a sentença penal condenatória faz coisa julgada no cível quanto ao dever de indenizar o dano decorrente do crime. Tendo em vista que o ilícito e a culpa penal são mais graves, configurado o ilícito mais grave, está também configurado o menos grave. (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 14)

Não obstante, há uma independência da responsabilidade civil perante a criminal, mesmo que relativa, pois, conforme o Código Civil: “Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando essas questões se acharem decididas no juízo criminal”.<sup>4</sup>

Entretanto, o Código de Processo Penal relaciona algumas situações que não vinculam o juízo cível ao penal. Por exemplo, quando, na sentença penal absolutória, não se reconheceu a inexistência material do fato ou quando a conduta não constituiu crime, entre outras.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> O Código Penal, o Código de Processo Penal e o Código de Processo Civil também prevêem as consequências da sentença penal no âmbito civil: Art. 91, CP: “São efeitos da condenação: I – tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime”; Art. 63, CPP: “Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros”; Art. 475-N, CPC: “São títulos executivos judiciais: II – a sentença penal condenatória transitada em julgado”.

<sup>5</sup> O Código de Processo Penal dispõe: “Art. 66. Não obstante a sentença penal absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato. Art. 67. Não impedirão igualmente a propositura da ação civil: I – o despacho de arquivamento do inquérito ou da peças de informação; II – a decisão que julgar extinta a punibilidade; III – a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime”.

Conclui-se que algumas situações repercutem somente no mecanismo de reparação da responsabilidade civil; outras movimentam tanto o sistema repressivo e preventivo da responsabilidade penal e civil, pelo fato de apresentarem incidência em ambos os campos. Reafirma-se, assim, que é similar o fundamento de ambas. (DIAS, 2006, p. 12)

### 2.2.3 Relação entre responsabilidade civil e obrigação de indenizar

O Código Civil incluiu mais uma entre as obrigações existentes: a de indenizar. Porém, é necessário fazer a seguinte ressalva: enquanto a obrigação é sempre um dever jurídico originário, a responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, que surge em consequência da violação do primeiro. Assim, a responsabilidade civil é parte integrante do direito obrigacional, pois acarreta para aquele que praticou ato ilícito a obrigação de reparar o dano resultante. (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 2; GONÇALVES, 2007, p. 2)

O direito das obrigações se encontra regulado no Livro I, Parte Especial, do Código Civil, e consiste num conjunto de normas que regulam as relações jurídicas de caráter patrimonial, as quais têm por objeto as prestações de um sujeito em proveito do outro. (GONÇALVES, 2006a, P.2)

As obrigações têm como fonte a lei, os contratos, as declarações unilaterais de vontade e os atos ilícitos. Este último é que gera a obrigação de indenizar. Prevê o Código Civil: "Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo".

Em suma, a obrigação de indenizar é mais uma espécie de obrigação, tendo como fonte os atos ilícitos. Porém, apesar de ser a principal causa, não são somente esses atos que ensejam responsabilidade. Sérgio Cavalieri Filho (2007, p. 5) apresenta outras causas que geram a obrigação de indenizar:

- a) ato ilícito (*stricto sensu*), isto é, lesão antijurídica e culposa dos comandos que devem ser observados por todos; b) ilícito contratual (inadimplemento), consistente no descumprimento de obrigação assumida pela vontade das partes; c) violação de deveres especiais de segurança, incolumidade ou garantia impostos pela lei àqueles que exercem atividade de risco ou utilizam coisas perigosas; d) obrigação contratualmente assumida de reparar o dano, como nos contratos de seguro e fiança (garantia); e)

violação de deveres especiais impostos pela lei àquele que se encontra numa determinada relação jurídica com outra pessoa (casos de responsabilidade indireta) [...]; f) ato quem, embora lícito, enseja a obrigação de indenizar nos termos estabelecidos na própria lei (ato praticado em estado de necessidade).

Esta obrigação de indenizar é legal, pois, diferentemente das obrigações voluntárias que existem por vontade das partes, aquela é determinada pela própria lei. Como ensina Humberto Theodoro Júnior (2005, p. 18), é uma obrigação-sanção que a lei impõe como resultado necessário da conduta que violou seus preceitos.

Conclui-se que há duas premissas principais quanto à responsabilidade civil: não há responsabilidade sem o descumprimento de uma obrigação principal e para se identificar o responsável é necessário levar em consideração o dever jurídico violado e quem o descumpriu.

#### 2.2.4 Responsabilidade civil e ato ilícito

O direito se ocupa dos fatos que produzem efeitos relevantes para o mundo jurídico, chamados de fatos jurídicos, que podem ser: “naturais, quando decorrem de acontecimentos da própria Natureza, ou voluntários, quanto têm origem em condutas humanas capazes de produzir efeitos jurídicos.” (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 6). Estes últimos são “ações humanas que criam, modificam, transferem ou extinguem direitos e dividem-se em lícitos e ilícitos” (GONÇALVES, 2005, p. 275-278).

O ato lícito é aquele praticado em conformidade com a lei e produz efeitos desejados pelo agente.<sup>6</sup> Já o ilícito é aquele que afronta a norma jurídica imposta, produzindo efeitos que não foram escolhidos pelo autor, e sim impostos pelo ordenamento. Ainda assim, integra a categoria de fatos jurídicos, pois tem como efeito a obrigação de indenizar. (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 6; GONÇALVES, 2005, p. 448)

---

<sup>6</sup> Os atos lícitos se subdividem em ato jurídico - dependente da vontade humana para praticá-lo ou não; tendo seus efeitos predeterminados pela lei - e negócio jurídico - os efeitos produzidos são escolhidos por quem o pratica; não decorrem de uma imposição, mas da própria vontade de quem realiza o negócio jurídico. (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 7)

O ato ilícito é chamado de fonte geradora da responsabilidade civil, porque este comportamento contrário ao direito, quando causa dano a outro, é que traz a obrigação de reparar o prejuízo. É, a princípio, a causa da responsabilidade civil. (STOCO, 2007, p. 127)

O ato ilícito está estabelecido no Código Civil:

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.

Sérgio Cavalieri Filho (2007, p. 9 e 11) considera que o ato ilícito pode ter um aspecto duplo: objetivo e subjetivo. No primeiro, leva-se em consideração somente a exteriorização do ato, a conduta em si, que é contrária as normas impostas; somente por ser contrária ao direito merece a qualificação de ilícita, mesmo que não tenha origem numa vontade livre e consciente.

Orlando Gomes (2000, p. 254), referindo-se a esse duplo aspecto da ilicitude, leciona que:

[...] a antijuridicidade objetiva distingue-se nitidamente da antijuridicidade subjetiva. Para que esta se configure, é necessário que o ato seja imputável ao agente, isto é, a quem tenha procedido culposamente. Na antijuridicidade objetiva, a reação da ordem jurídica não leva em conta o comportamento do agente.

Assim, é possível falar em ato ilícito sem culpa, posto que, mesmo quando não há culpa, se houver transgressão da norma, ocorrerá o ato ilícito. A culpa se mostra como requisito para a responsabilização, em alguns casos.

Em relação ao resultado, Sérgio Cavalieri Filho (2007, p. 11-12) explica que a ilicitude do ato tem ligação com a conduta do agente, e não com o dano que ocorre, pois este é mero efeito do ato. Na realidade, a indenização só é devida se houver a transgressão da norma e a ocorrência do dano, porém para o ato ser ilícito basta que se configure a violação da norma.

Na mesma linha, segue José de Aguiar Dias (2006, p. 38):

Se o que se pretendia era tratar separadamente do ato ilícito e da reparação do dano, ao contrário do art. 159 [do revogado Código Civil], que tratava da obrigação de reparar baseada na culpa, houve um visível excesso na definição daquele, em cujos elementos integrantes não figura o dano, requisito, sim, da obrigação de reparar. O ato ilícito pode não causar dano.

Mister mencionar a crítica feita por Rui Stoco (2007, p. 120-121) à redação dada ao artigo 186 do CC. Para este doutrinador, o legislador errou ao incluir o dano como requisito para configurar o ato ilícito. Basta a violação da norma para ocorrer a ilicitude da conduta, pois só a violação já configura o ato ilícito, independentemente de ter ocorrido o dano. Entretanto, para ser possível a sua reparação é que se verifica necessária a presença de outros requisitos, que serão estudados adiante.

### 2.2.5 Funções da responsabilidade civil

O instituto da responsabilidade civil tende a conservar o equilíbrio na sociedade, protegendo, desta forma, a segurança de seus membros. A possibilidade de desfazer, tanto quanto possível, os efeitos do dano sofrido é o objetivo da responsabilidade civil.

Considera-se como regra geral da responsabilidade civil o *restitutio in integrum*, isto é, a reposição completa da vítima à situação anterior à lesão, por meio de um valor proporcional ao dano ocorrido. Busca-se fazer justiça, restabelecendo-se o equilíbrio jurídico-econômico que antes existia entre autor e vítima. (DINIZ, 2009a, p. 8; CAVALIERI FILHO, 2007, p. 13)

Quanto à reclamação pecuniária em virtude de dano moral, não se pede um preço para a dor, mas que se conceda um meio de atenuar, em parte, as conseqüências do prejuízo. Assim, a função, nestes casos, não é de equivalência ou restituição, mas de compensação, isto é, tem finalidade satisfatória e, também, sancionatória, procurando evitar que o ofensor repita sua conduta. A função do dano moral será melhor apreciada no segundo capítulo (DINIZ, 2009a, p. 61 e 62)

Dessa forma, pode-se concluir que as funções da responsabilidade civil são, basicamente, as seguintes: “a) garantir o direito do lesado à segurança; b) servir como sanção civil, de natureza compensatória, mediante a reparação do dano causado à vítima, punindo o lesante e desestimulando a prática de atos lesivos”. (DINIZ, 2009a, p. 9).

### 2.3. Espécies de responsabilidade civil

A partir da premissa de que a responsabilidade civil tem por fundamento uma “conduta voluntária violadora de um dever jurídico”, pode-se analisá-la sob diversos aspectos, “dependendo de onde provém esse dever e qual o elemento subjetivo dessa conduta”. Nesse estudo, cabe a diferenciação entre as espécies de responsabilidade com o objetivo de convergir para a responsabilidade extracontratual subjetiva. (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 13).

#### 2.3.1 Responsabilidade contratual e extracontratual

Sérgio Cavalieri Filho (2007, p. 15) distingue claramente as duas espécies de responsabilidade civil, quando observa que o dever passível de infração pode ter como origem uma relação jurídica oriunda de contrato, ou pode ter como fonte uma obrigação imposta pelo direito, pela própria lei.

Ou seja, a obrigação de reparar os danos causados não decorre somente de uma conduta ilícita absoluta, ou seja, de uma infração a um dever jurídico preexistente. Pode surgir, também, de vínculo de vontades estabelecido, que não foi respeitado. Esta é, por assim dizer, a responsabilidade contratual, a qual surge com o prejuízo causado a outrem pelo descumprimento de uma obrigação contratual. (GONÇALVES, 2007, p. 26-27)

A previsão desta responsabilidade está disposta no Código Civil <sup>7</sup>:

Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualizações monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogados.

Por outro lado, a responsabilidade extracontratual, que se encontra prevista no artigo 927, do CC, resulta de uma desobediência normativa, pois o fato gerador dessa responsabilidade é a inobservância da lei, quer dizer, é a lesão a um

---

<sup>7</sup> Há outras disposições da responsabilidade contratual no ordenamento jurídico brasileiro, como, por exemplo, no Código de Defesa do Consumidor. (STOCO, 2007, p. 140)

direito estabelecido no próprio ordenamento jurídico, sem que seja necessária a existência prévia de relação jurídica entre ofensor e ofendido. (DINIZ, 2009a, p. 130)

A doutrina (DIAS, 2006, p. 158; GONÇALVES, 2007, p. 29-30) aponta as principais diferenças entre elas, quais sejam: a responsabilidade contratual tem origem em contrato; depende da capacidade das partes para se fazer valer; quanto ao ônus da prova, basta a prova do descumprimento da prestação, sem necessidade de se demonstrar culpa. Já a extracontratual tem seu alicerce no dever geral de não prejudicar outro; independe da capacidade das partes; a vítima tem que provar o ato ocorrido e a culpa do outro.

Todavia, apesar da diferenciação apresentada, ressalva-se que:

Em nosso sistema a divisão entre responsabilidade contratual e extracontratual não é estanque. Pelo contrário, há uma verdadeira simbiose entre esses dois tipos de responsabilidade, uma vez que as regras previstas no Código para a responsabilidade contratual (art. 393, 402 e 403) são também aplicadas à responsabilidade extracontratual. (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 16)

Nesse sentido, conclui-se que as duas espécies de responsabilidade se fundamentam sob um mesmo princípio, ou seja, da obrigação de indenizar outrem pelos danos sofridos e da ocorrência de infração a uma norma.

### 2.3.2 Responsabilidade objetiva e subjetiva

O Código Civil, nos artigos 186 e 927, adotou a teoria clássica como regra geral, a qual fundamenta a responsabilidade na culpa do autor do dano, dispondo que a vítima só obterá a reparação do dano se comprovar a culpa do agente. (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 16).

A responsabilidade subjetiva é aquela justificada no ato omissivo ou comissivo culposo que lesa um bem de determinada pessoa. Então, nesses casos, para que haja o dever de reparar, é necessária a prova da culpa do autor da conduta. (DINIZ, 2009a, p. 130).

Observa-se, entretanto, o apontamento feito por José de Aguiar Dias (2006, p. 57):

A teoria da culpa, resumida, com alguma arrogância, por Von Ihering, na fórmula 'sem culpa, nenhuma reparação', satisfez por dilatados anos à consciência jurídica, e é, ainda hoje, tão influente que inspira a extrema resistência oposta por autores insignes aos que ousam proclamar a sua insuficiência em face das necessidades criadas pela vida moderna, sem aludir ao defeito da concepção de si mesma.

Assim, o desenvolvimento industrial e a multiplicação das oportunidades das causas de danos geraram novas situações que não podiam ser abrangidas pela concepção tradicional. Por isso, o legislador brasileiro escolheu consagrar a teoria da culpa, porém prevendo exceções. Admitiu, portanto, a responsabilidade independentemente de comprovação de culpa. (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 16; STOCO, 2007, p. 155; DIAS, 2006, p. 62)

Tem-se, dessa forma, a incidência da responsabilidade objetiva, para a qual é irrelevante a conduta culposa ou dolosa do autor do dano, tendo em vista que basta o liame causal entre o prejuízo sofrido pela vítima e o ato do agente para que surja o dever de indenizar. (DINIZ, 2009a, p. 130).

Encontra-se prevista no parágrafo único do artigo 927 do CC, que dispõe: "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".

Para Sérgio Cavalieri Filho (2007, p. 141), as principais cláusulas que consagram a responsabilidade objetiva no Código Civil são as seguintes:

[...] o abuso do direito (art. 187), o exercício de atividade de risco ou perigosa (parágrafo único do art. 927), os danos causados por produtos (art. 931), responsabilidade pelo fato de outrem (art. 932, c/c o art. 933), responsabilidade pelo fato da coisa e do animal (art. 936, 937 e 939), responsabilidade dos incapazes (art. 928) etc.

Cita-se, ainda, o artigo 37, §6º, da Constituição Federal, referente à responsabilidade do Estado. Bem como, de acordo com Rui Stoco (2007, p. 158), o Código de Defesa do Consumidor, no qual também há a previsão da responsabilidade objetiva.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> A CF prevê: "Art. 37, §6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo e culpa". No CDC, além da previsão da responsabilidade objetiva, há também a subjetiva, consoante o disposto no artigo 14, § 4º: "A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa".

## 2.4 Pressupostos da responsabilidade civil extracontratual subjetiva

A partir das distinções apresentadas, parte-se para as especificidades da responsabilidade que importa ao tema: a extracontratual subjetiva. Retira-se do artigo 186 do Código Civil que os pressupostos para configuração desta são: conduta culposa, nexo de causalidade e dano.

### 2.4.1 Conduta culposa

O Código Civil prevê esse pressuposto quando diz: “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência [...]”. Considera-se que ação e omissão são formas de exteriorização da conduta humana e constituem o primeiro passo para a configuração da responsabilidade.<sup>9</sup>

A ação se configura como um fazer, um movimento comissivo, positivo, a prática de um ato que não deveria se realizar. Já a omissão se caracteriza por uma abstenção de conduta que deveria ter sido efetivada. Para se configurar a omissão é necessária a presença de dois elementos: o dever jurídico de praticar determinado fato e a demonstração de que o dano poderia ter sido evitado se o agente não se omitisse. (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 24; STOCO, 2007, p. 120-130; GONÇALVES, 2005, p. 459).

O artigo também menciona que a conduta deve ser voluntária, compreendendo-se como aquela dominável pela vontade. Não se pode enquadrar nesse dispositivo aquele comportamento que decorre dos chamados atos reflexos, como os praticados no estado de inconsciência, hipnose, sonambulismo, ou ainda nos casos de coação. Entretanto, conduta controlável não quer dizer que o resultado será sempre o desejado; assim, para que haja vontade basta um querer suficiente

---

<sup>9</sup> Segundo Rui Stoco (2007, p. 129) “Só à pessoa pode-se imputar uma ação ilícita”. Portanto, a conduta tem que ser humana e partir do próprio agente, excetuados os casos de responsabilidade indireta, ou seja, o agente também responde por ato de terceiro que esteja sob sua guarda e danos causados por coisas e animais que lhe pertencam, tendo em vista a relação que os une.

para afastar um resultado totalmente mecânico. (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 29; DINIZ, 2009a, p. 40)

Dessa maneira, exige-se que o ato possa ser imputado ao agente, isto é, que seja possível atribuir a ele a responsabilidade por alguma coisa. Para Sérgio Cavalieri Filho (2007, p. 25-26), “imputabilidade é o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para responder pelas conseqüências de uma conduta contrária ao dever”. Estas condições são: liberdade para determinar a sua vontade e capacidade de discernimento.<sup>10</sup>

Resta discorrer sobre a culpa, pois a responsabilidade subjetiva não surge apenas com a prática de um ato ilícito, nem com o resultado lesivo. Exige, também, que a conduta seja reprovável, passível de um juízo de censura. A culpa é tratada aqui na forma *latu sensu*, abrangendo tanto o dolo como a culpa *stricto sensu*.

Por dolo compreende-se “a vontade dirigida a um fim ilícito; é um comportamento consciente e voltado à realização de um desiderato” (STOCO, 2007, p. 130). Sílvio Rodrigues (2003, 147) diz que “o dolo se caracteriza pela ação ou omissão do agente que, antevendo o dano que sua atividade vai causar, deliberadamente prossegue, com o propósito, mesmo, de alcançar o resultado danoso”.<sup>11</sup>

A culpa é a falta de diligência que se exige do homem médio. É o descumprimento de um dever de cuidado, entendido este como a cautela ou atenção exigida ao realizar as atividades humanas. (GONÇALVES, 2005, p. 459),

A culpa pode ser exteriorizada através da imprudência, imperícia ou negligência. A imprudência é a falta de atenção numa conduta comissiva, enquanto a negligência também se caracteriza pela desatenção, todavia numa conduta omissiva. Já a imperícia é a falta de habilidade na prática de uma atividade. (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 36-37)

Para que a vítima obtenha a reparação do dano, exige o referido dispositivo legal [art. 186, CC] que prove dolo ou culpa *stricto sensu* (aquiliana) do

---

<sup>10</sup> Os inimputáveis não são responsáveis civilmente. Aqueles que são responsáveis por eles é que serão obrigados a indenizar. Ou seja, a vítima não ficará sem ressarcimento. Os pais ou o tutor/curador, dependendo do caso, será o responsável, desde que tenha patrimônio suficiente para tal. (GONÇALVES, 2005, p. 457-458).

<sup>11</sup> O Código Penal, no artigo 18, I, distingue o dolo direto do eventual. No primeiro o agente quis o resultado, já no segundo assumiu o risco de produzi-lo.

agente (imprudência, negligência, imperícia), demonstrando ter sido adotada, entre nós, a teoria subjetiva (embora não mencionada expressamente a imperícia, ela está abrangida pela negligência, como tradicionalmente se entende) (GONÇALVES, 2005, p. 459).

Resta esclarecer que, no âmbito civil, só há necessidade de se distinguir os graus de culpa para estabelecer o *quantum* indenizatório, pois a culpa, ainda que levíssima, obriga a indenizar, conforme o parágrafo único do artigo 944 do Código Civil: "Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização".<sup>12</sup>

Assim, o agente responderá pela conduta, independentemente se culposa ou dolosa, ou com qual grau de culpa praticada, mas o juiz observará a proporção entre esta e o dano causado. A valoração do dano será objeto de tópico pertinente, no segundo capítulo deste trabalho.

#### 2.4.2 Nexo causal

Entende-se como causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria acontecido. Assim, nexu causal é o vínculo entre a conduta e o resultado. Por conseguinte, deve ser o primeiro elemento a ser enfrentado, porque não faz sentido examinar a culpa de uma pessoa se não foi ela quem deu causa ao acontecido. (STOCO, 2007, p. 150; GONÇALVES, 2005, p. 461; CAVALIERI FILHO, 2007, p. 45)

O Código Penal estabelece, no artigo 13, que "o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido".

Verifica-se que não se exige apenas que o agente tenha praticado uma conduta ilícita e que a vítima tenha sofrido um dano. É necessário que esse

---

<sup>12</sup> Carlos Roberto Gonçalves (2005, p. 460) apresenta a seguinte distinção: "culpa grave: imprópria ao comum dos homens e a modalidade que mais se avizinha do dolo; culpa leve: falta evitável com atenção ordinária; culpa levíssima: falta só evitável com atenção extraordinária ou com especial habilidade". Ensina, ainda, outra classificação para a culpa: "*in eligendo*: decorre de má escolha do representante, do preposto; *in vigilando*: decorre de uma ação, de um ato positivo; *in omittendo*: decorre de uma omissão, quando havia o dever de não se abster; *in custodiendo*: decorre da falta de cuidados na guarda de algum animal ou de algum objeto".

resultado tenha sido causado pelo ato do agente, isto é, que exista entre ambos uma necessária e inevitável relação de causa e efeito. É através do nexos causal que se determina se a conduta do agente foi responsável pelo ocorrido. Frisa-se que pode haver responsabilidade sem culpa, entretanto não se cogita de haver responsabilidade sem nexos causal. (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 46)

O ordenamento civil não define claramente o nexos causal, porém determina, no artigo 403, 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, sem prejuízo do disposto na lei processual".

O dispositivo estabelece a teoria da causalidade adequada para a responsabilidade civil.<sup>13</sup> Esta teoria regula que somente aquela causa que foi mais adequada a produzir o resultado é que se torna relevante, ou seja, o juiz tem que eliminar fatos menos importantes, considerando que o dano teria ocorrido mesmo sem a presença destes. O conhecimento dessa teoria se demonstra necessário nos casos mais complexos, nos quais se vê hipóteses de causalidades múltiplas.<sup>14</sup> (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 46-49)

Em relação ao nexos causal, pode-se falar ainda nas concausas. Ocorre quando há a sobreposição de causas que contribuem para a ocorrência do resultado. A princípio, segundo Rui Stoco (2007, p. 153), a interferência de outra causa não interrompe o nexos causal entre a conduta do agente principal e o dano. Todavia, ressalta que pode haver concausas que rompem o nexos causal. Isso dependerá da eficácia de cada uma no caso concreto.

### 2.4.3 Dano

---

<sup>13</sup> Já na esfera penal predomina a teoria da equivalência, elaborada por Von Buri, a qual orienta que se várias condições concorrem para o mesmo resultado, todas têm relevância para a responsabilidade penal, não se excluindo uma ou outra por ter sido menos eficaz para a ocorrência do dano. (STOCO, 2007, p. 151)

<sup>14</sup> Hipóteses de causalidade múltiplas são aquelas situações em que ocorre uma cadeia de condições, todas concorrendo para o evento danoso. Nesses casos fica difícil precisar qual foi a causa direta do dano, devendo-se aplicar a teoria da causalidade adequada. (STOCO, 2007, p. 151; CAVALIERI FILHO, 2007, p. 46).

Far-se-á uma breve exposição do dano, pois este será tratado detalhadamente no segundo capítulo deste trabalho.

Retira-se do artigo 186 que o resultado do ato ilícito que enseja indenização é “violar direito e causar dano a outrem”. Se não ocorrer o dano, não se verifica a obrigação de reparar. Ou seja, a conduta contrária ao direito que não gera nenhum resultado danoso para a vítima não acarreta indenização. Assim, mesmo havendo ato ilícito e culpa, o agente não será obrigado a indenizar se não houver resultado danoso, pois a inexistência deste torna sem objeto a pretensão à sua reparação.<sup>15</sup> (CARVALHO NETO, 2004, p. 57; GONÇALVES, 2005, p. 461)

O dano pode ser material ou moral. Quando este último não era admitido, conceituava-se dano como a “efetiva diminuição do patrimônio da vítima”. Atualmente, em razão da admissão do dano não-patrimonial, pode-se definir como a diminuição ou subtração de um bem jurídico, não importando sua natureza. (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 71)

O dano material abrange o dano emergente e o lucro cessante, isto é, a diminuição no patrimônio da vítima e o que ela deixou de ganhar. Entende-se como patrimônio o total das relações jurídicas de alguém que pode ser avaliado em dinheiro. (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 71; DINIZ, 2009a, p. 63).

Já o dano moral é aquele que afeta a personalidade do indivíduo e a sua dignidade humana. A indenização no dano moral tem o objetivo de compensar a dor íntima sofrida pelo ofendido. O prejuízo verificado, a princípio, não é econômico, todavia pode vir a repercutir sobre o patrimônio da vítima (CARVALHO NETO, 2004, p. 60; DINIZ, 2009a, p. 62).

O Código Civil prevê, no título da responsabilidade civil, um capítulo específico sobre a indenização, no qual se encontram regras sobre a liquidação do dano, isto é, “sobre o modo de se apurarem os prejuízos e a indenização cabível”. (GONÇALVES, 2005, p. 461).

---

<sup>15</sup> A doutrina (CARVALHO NETO, 2004, p. 58-59; CAVALIERI FILHO, 2007, p. 71; DINIZ, 2009a, p. 62) ensina que no âmbito penal ocorre situação diversa do cível, pois o Código Penal pune crimes sem resultado, como os de mera conduta, além de se punir a tentativa. Já no âmbito civil não há consequência para aquela conduta ilícita que não gera dano. Excetuam-se, entretanto, os casos de dano presumido, na responsabilidade contratual, como por exemplo, a mora nas obrigações pecuniárias, caso em que o credor, mesmo que não alegue prejuízo, tem direito aos juros moratórios, conforme dispõe o art. 407 do CC.

## 2.5 Hipóteses de não configuração da responsabilidade civil

Verificou-se, até o presente momento, que a regra geral da responsabilidade civil é: quem provoca dano a outrem, através de um ato ilícito, fica obrigado a indenizar. Entretanto, existem hipóteses que não se verifica a responsabilidade do agente pelo ato danoso. Neste tópico, serão analisadas somente as causas mais relevantes para a exclusão da responsabilidade por danos morais em razão da separação judicial com descumprimento dos deveres conjugais.

### 2.5.1 Estado de Necessidade

A conduta praticada no estado de necessidade é lesiva, porém não é considerada ilícita. É, em tese, ilícita, todavia, a lei a justifica em prol da preservação dos bens que estão em perigo iminente (CARVALHO NETO, 2004, p. 67).

Assim configura o Código Civil: "Art. 188. Não constituem atos ilícitos: II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente".

Somente se admite o estado de necessidade quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo. Há ainda que se mencionar que essa hipótese não impede a obrigação de indenizar, sendo uma mera causa de justificação, isto é, embora considerado ato lícito, a lei não libera quem o praticou de reparar o dano (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 19; CARVALHO NETO, 2004, p. 68; GONÇALVES, 2005, p. 465).

José de Aguiar Dias (2006, p. 923) sustenta que a obrigação de reparar surge da simples violação injusta do *status quo*, afirmando que não é justo que quem tenha sofrido o dano não seja indenizado, somente para beneficiar aquele que, mesmo que com um ato justificado, prejudicou outrem.

### 2.5.2 Legítima Defesa

O artigo 188 do Código Civil elenca também a legítima defesa como causa de exclusão de ilicitude. A fundamentação para tal dispositivo não se encontra na permissão de se fazer justiça pelas próprias mãos, e sim na impossibilidade de se esperar pela justiça estatal, tendo em vista a iminência do dano injusto (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 19; STOCO, 2007, p. 201).

Utilizando-se o artigo 25 do Código Penal, pode-se entender que está em legítima defesa "quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, o direito seu ou de outrem". Nessa situação, não há a obrigação de indenizar. (GONÇALVES, 2007, p. 790).

Os requisitos para a configuração da legítima defesa são: a iniciativa da agressão por parte do outro, sem que o agente tenha agredido ou provocado; que a ameaça de dano seja atual ou iminente; e que a reação seja proporcional à agressão. Observa-se que, havendo excesso na legítima defesa, deve o agente responder por ele, sendo obrigado a indenizar. (STOCO, 2007, p. 201-202)

### 2.5.3 Exercício regular de um direito e estrito cumprimento de dever legal

O exercício regular de um direito também se encontra previsto no inciso II do artigo 188, do Código Civil. Para Sérgio Cavalieri Filho (2007, p. 18), esse exercício se caracteriza pela conformidade com a boa-fé e os bons costumes. É considerado regular quando esta de acordo com seu fim econômico e social Assim, quem age em conformidade com a lei não pode ser responsabilizado, mesmo se causar dano a outrem.

Deve ficar registrada, porém, a ressalva de Rui Stoco (2007, p. 189), que preconiza a rejeição do ordenamento jurídico ao excesso. Diz o autor que, se no exercício desse direito, o indivíduo ultrapassar os limites da razoabilidade e causar

um mal desnecessário e injusto, equipara seu comportamento ao ilícito, configurando, assim, o abuso de direito. Assim, incidirá no dever de indenizar.

Em relação ao estrito cumprimento do dever legal, aplica-se a mesma regra: quem age limitando-se a cumprir um dever que lhe é imposto por qualquer regra de direito positivo, sem exorbitância, não é obrigado a indenizar qualquer dano causado por seus atos (STOCO, 2007, p. 189).

#### 2.5.4 Fato exclusivo da vítima

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 795), quando a conduta da vítima foi a única causa do evento, esta que deverá ser responsável pelos próprios prejuízos sofridos. Assim, fica afastado o nexo causal entre o ato do agente e o dano, posto que o agente que aparentemente o causou é só mero instrumento do ocorrido.<sup>16</sup>

Sérgio Cavalieri Filho (2007, p. 64) afirma que:

[...] o fato exclusivo da vítima exclui o próprio nexo causal em relação ao aparentemente causador direto do dano, pelo que não se deve falar em simples ausência de culpa deste, mas em causa de isenção de responsabilidade.

Dessa maneira, o agente fica isento de responsabilidade, já que a causadora do dano foi, na verdade, a vítima, e não o agente. Portanto, ela é quem deve suportar os prejuízos.

Nos casos da chamada culpa concorrente, quando autor e vítima contribuem para a produção de um mesmo fato danoso, a situação é diferente.

Nesses casos, existindo uma parcela de culpa também do agente, haverá repartição de responsabilidades, de acordo com o grau de culpa. A indenização poderá ser reduzida pela metade, se a culpa da vítima corresponder a uma parcela de 50%, como também poderá ser reduzida de  $\frac{1}{4}$ ,  $\frac{2}{5}$ , dependendo de cada caso. (GONÇALVES, 2007, p. 795)

O próprio Código Civil estabelece essa indenização, proporcional à culpa de ambos, agente e vítima, no seu artigo 945, que dispõe: “Se a vítima tiver

---

<sup>16</sup> Sérgio Cavalieri Filho (2007, p. 64) adverte que “a boa técnica recomenda falar em fato exclusivo da vítima, em lugar de culpa exclusiva”, pois se trata de questão relacionada com o nexo causal, e não com a culpa.

concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada, tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”.

Na hipótese de culpa concorrente deve-se ainda ater para o fato de que os dois atos, tanto da vítima quanto do agente, devem ser relevantes para o dano. Ou seja, se houver a possibilidade de se excluir uma das culpas, por não ter sido fundamental para a ocorrência do dano, não há que se falar em culpa concorrente. (DIAS, 2006, p. 946)

#### 2.5.5 Caso fortuito e força maior

A ocorrência dessas duas situações exclui a responsabilidade do agente, pois ambas afetam o nexo causal entre o ato do agente e o dano sofrido pela vítima. São causas estranhas à conduta daquele e verdadeiras geradoras do dano. (GONÇALVES, 2007, p. 815).

Dispõe o Código Civil:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Assim, para a configuração do caso fortuito e da força maior, é necessário que o fato tenha ocorrido sem culpa do suposto agente e que seja superveniente, inevitável, irresistível e imprevisível. (GONÇALVES, 2007, p. 815; CARVALHO NETO, 2004, p. 74).

Verifica-se que a doutrina, apesar de apontar as diferenças entre caso fortuito e força maior, acredita não ser necessário fazer essa distinção na prática, tendo em vista que ambas as causas isentam o agente da responsabilidade. Portanto, deve ficar registrado que na prática os dois termos correspondem a um só efeito, consoante a previsão do Código Civil de 2002, ainda que abstratamente

ambos se diferenciem.<sup>17</sup> (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 65; GONÇALVES, 2007, P.814-815; STOCO, 2007, p. 181)

### 2.5.6 Prescrição

A ocorrência da prescrição afasta a pretensão de se obter o direito de reparação, isto é, a obrigação se torna inexigível. Na verdade, a prescrição não exclui a responsabilidade, mas somente a possibilidade de se exigir a indenização em juízo. (CARVALHO NETO, 2004, p. 77)

O Código Civil conceitua a prescrição no seu art. 189, que dispõe: “Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206”.

De acordo com Sérgio Cavalieri Filho (2007, p. 117), pode-se compreender essa questão através da seguinte lógica: existe um dever jurídico que, se violado, gera a responsabilidade para o autor do dano e a pretensão de se invocar a tutela do Estado para o ofendido. Entretanto, essa pretensão deve ser exercida no prazo estipulado pela lei, sob pena de ocorrer a prescrição, sendo esta "a convalescença de uma lesão de direito pela inércia do seu titular e o decurso do tempo".

Conforme Carlos Roberto Gonçalves (2005, p. 470), para a ocorrência da prescrição, deve-se verificar a presença dos seguintes requisitos: a violação do direito, a inércia do titular da pretensão à reparação e o decurso do tempo estabelecido na norma legal. No que tange a responsabilidade civil, o prazo prescricional para a pretensão da reparação é de três anos, conforme disposição do artigo 206, §3º, inciso V, do Código Civil.

---

<sup>17</sup> Além disso, tem-se que a doutrina não é pacífica quando se propõe a distinguir os termos. Para Sérgio Cavalieri Filho (2007, p. 65) e Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 814) o caso fortuito se caracteriza por ser um fato imprevisível e inevitável, geralmente decorrente de ato humano alheio à vontade das partes, como uma greve ou guerra. Já a força maior é aquele fato que, mesmo previsível, tornou-se inevitável, como os fenômenos da natureza. Enquanto isso, Rui Stoco (2007, p. 181) segue em sentido contrário quando considera como caso fortuito aquele evento natural, derivado da força da natureza, e como força maior o ato proveniente de ação humana, como, por exemplo, uma revolução, um assalto, entre outros.

Tratou-se, neste capítulo, das regras de responsabilidade civil que importarão em dar a base para a indenização dos danos morais decorrentes da violação dos deveres conjugais. Far-se-á, no próximo capítulo, a análise do elemento dano, especialmente do moral.

### 3 DANO MORAL

Analisado o instituto da responsabilidade civil, passa-se a delimitar quais resultados ensejam a imposição de uma indenização, pois o relevante nesta seara é aquilo que obriga a indenizar. Não há como reparar uma situação em que não se verificou prejuízo, ainda que a conduta tenha sido praticada com dolo ou culpa. Estaria se configurando, do contrário, enriquecimento sem causa para aquele que, mesmo não tendo suportado algum dano, recebesse um pagamento que importasse em reparação.<sup>18</sup>

Dessa forma, entende-se que "o dano é não somente o fato constitutivo, mas, também, determinante do dever de indenizar". (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 71) Essa é a importância do fenômeno que se estudará a seguir. Primeiramente, analisar-se-á o dano de forma geral, para, em seguida, se apreciar o dano moral, estabelecendo-se as bases para averiguação da possibilidade dessa reparação no descumprimento dos deveres conjugais.

#### 3.1 Definição de dano

Compreendendo o papel fundamental do dano na responsabilidade civil, é possível determinar seu conceito. Verifica-se que dano é "todo mal ou ofensa que tenha uma pessoa causado a outrem" ou, ainda, todo prejuízo sofrido por alguém em virtude de ato de outro. Não obstante, para ser indenizável não basta que seja um dano simplesmente fático, é fundamental que tenha repercussão no mundo jurídico, quer dizer, que atinja "um bem jurídico cuja integridade o sistema normativo proteja, garantindo-o como um direito do indivíduo". (STOCO, 2007, p. 1231 e 1233).

---

<sup>18</sup> Inácio de Carvalho Neto (2004, p. 58) ensina que a religião e a moral condenam o pecado, independentemente de resultado. O Código Penal pune crimes sem resultado, como são os crimes de mera conduta. Entretanto, o mesmo não ocorre no âmbito civil, pois a conduta do agente que não causa resultado danoso não acarreta obrigação de indenizar.

Assim, o dano atinge sempre direitos subjetivos ou interesses juridicamente relevantes, que cabe à sociedade tutelar para possibilitar a todos desenvolvê-los no plano individual, familiar e social. (BITTAR, 1999, p. 34)

Conceituava-se dano como sendo a diminuição do patrimônio do lesado, entretanto, após a previsão expressa do dano moral, foi necessário aprimorar esse conceito. Modernamente, define-se o dano como "a lesão (diminuição ou destruição) que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral". (DINIZ, 2009a, p. 64)

Por conseguinte, deve-se considerar dano como todo prejuízo resultante de lesão a um bem jurídico, isto é, que alguém sofre na sua alma, no seu corpo ou seus bens em consequência da violação dos seus direitos por fato alheio. (FISCHER, 1938, p. 7; PEREIRA, 2001, p. 43 e 59)

Ou seja, dano é lesão de interesses juridicamente protegidos. Entende-se por interesse a relação que a pessoa mantém com um determinado bem, que traz a satisfação de uma necessidade sua. (DIAS, 2006, p. 970) Os bens jurídicos lesionados podem ser:

"a integridade física ou moral da pessoa; as coisas corpóreas ou incorpóreas que são objeto de relações jurídicas; o direito de propriedade como os direitos de crédito; a própria vida como a honorabilidade e o bom conceito de que alguém desfruta na sociedade". (PEREIRA, 2001, 59)

Para o dano ser indenizável, é imprescindível a observância de certos requisitos. Exigi-se, como visto, a diminuição ou destruição de um bem jurídico patrimonial ou moral, mas esse bem deve pertencer a uma pessoa. Ou seja, não há responsabilidade sem o dano, como não há dano sem lesado, pois o dano acarreta lesão nos interesses de outrem, os quais são tutelados juridicamente. Portanto, não se obriga a reparação de dano causado a bem sem dono. (DINIZ, 2009a, p. 65)

Caio Mário da Silva Pereira (2001, p. 44) apresenta como requisito do dano a sua certeza e atualidade. O dano deve ser real, sendo necessária a prova da sua ocorrência, não podendo ser uma hipótese, já que se deve provar que afetou a pessoa ou seu patrimônio.<sup>19</sup> Diz-se atual o dano que existe no momento da ação de responsabilidade. O dano futuro também poderá acarretar indenização, desde que

---

<sup>19</sup> Faz-se necessário mencionar a existência do dano presumido, o qual se caracteriza por ser uma presunção absoluta da lei, que exime o lesado de provar a ocorrência do dano. O dano presumido se verifica, principalmente, na seara da responsabilidade contratual. (DINIZ, 2009a, p. 62)

seja uma consequência certa da conduta danosa, isto é, o dano não precisa estar inteiramente produzido, mas deve ser certo de que se realizará.

Normalmente, a apuração da certeza vem ligada à *atualidade*. O que se exclui de reparação é o dano meramente *hipotético, eventual ou conjuntural*, isto é, aquele que pode não vir a concretizar-se. (PEREIRA, 2001, p. 46)

Soma-se, ainda, o requisito da subsistência, o qual significa que não será ressarcível o dano que já tenha sido reparado pelo responsável. Menciona-se, também, que tem legitimidade para pleitear a indenização o titular do direito atingido, que pode ser o lesado ou seus beneficiários. (DINIZ, 2009a, p. 67)

Como a ação exige que se estabeleça com segurança a equação processual e determinação dos *sujeitos ativo e passivo* da lide, é necessário estabelecer quem deve ser responsabilizado e quem tem direito a reclamar a indenização. A questão, embora não ventilada na maioria dos autores que tratam da responsabilidade civil, é relevante. Cumpre indicar com precisão o responsável, e caracterizar o credor das perdas e danos. (PEREIRA, 2001, p. 47)

Há que se verificar, ainda, a relação de causalidade entre o ato praticado pelo lesante e o prejuízo ocorrido. A conduta deve ser a causa do dano, que poderá ser direto, se for consequência imediata da ação, ou indireto, se repercutir em outros bens ou pessoas que não os imediatamente atingidos pelo ato danoso.<sup>20</sup> (DINIZ, 2009a, p. 66)

Como deve estar presente a relação causal para haver dano indenizável, a conduta culposa não poderá se enquadrar nas hipóteses de excludente do nexo causal. Nesses casos, haverá o dano, mas não a responsabilidade.<sup>21</sup> (DINIZ, 2009a, p. 66)

Após a determinação do conceito de dano, passa-se a análise particular do dano material e do dano moral.<sup>22</sup> Para este estudo, a apresentação do dano

---

<sup>20</sup> O dano indireto, também chamado de reflexo, é aquele sofrido por uma pessoa em razão do dano causado a outra. Caio Mário da Silva Pereira (2001, p. 49) entende ser possível a reparação do dano reflexo, "desde que seja certa a repercussão do dano principal, por atingir a pessoa que lhe sofra a repercussão, e esta seja devidamente comprovada".

<sup>21</sup> São as hipóteses, por exemplo, de caso fortuito e força maior, fato exclusivo da vítima, fato de terceiro. Essas situações excluem a responsabilidade do agente, pois "afetam a relação de causalidade, rompendo-a, entre o ato do agente e o dano sofrido pela vítima". São causas estranhas à conduta daquele e verdadeiras geradoras do dano. (GONÇALVES, 2007, p. 815).

<sup>22</sup> O dano estético não encontra relevância para ser tratado neste estudo, sendo necessário apenas mencionar que se caracteriza por uma deformação física que cause complexo de inferioridade à vítima. Sérgio Cavalieri Filho (2007, p. 97) informa sobre a dificuldade de se enquadrar o dano estético, pois pode acarretar tanto um dano patrimonial, quando atinge a capacidade laborativa da vítima, ou um dano moral, quando atinge os seus sentimentos íntimos, ou ainda pode ser considerado como uma forma distinta de dano.

material será somente com o viés de diferenciá-lo do dano moral, objeto central deste capítulo.

### 3.2 Dano material

O dano material foi, por muito tempo, o principal elemento da responsabilidade civil, tendo em vista a forma como a pessoa humana era vista: mera produtora de riqueza. Nesse sentido, dano material se relaciona com o prejuízo econômico sentido, pois atinge os bens do patrimônio da vítima, por isso também é chamado de dano patrimonial. Consiste, portanto, na perda dos bens materiais que pertencem a uma pessoa, sendo possível fazer sua avaliação pecuniária para ensejar a indenização.<sup>23</sup> (BRANCO, 2006, p. 43; CAVALIERI FILHO, 2007, p. 71; DINIZ, 2009a, p. 67)

José de Aguiar Dias (2006, p. 975) define patrimônio como o conjunto de bens econômicos de uma pessoa. Complementando, Hans Fischer (1938, p. 16) diz que é o conjunto dos bens economicamente úteis que se encontram dentro do poder de disposição da pessoa.

O dano material se estabelece mediante a diferença entre o patrimônio existente após o dano e o que possivelmente existiria, se o dano não tivesse ocorrido, pressupondo a ofensa ou a diminuição desses valores econômicos. Pode atingir o patrimônio presente ou futuro da vítima, estando ambas as formas previstas no Código Civil: "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".

Quando atinge o patrimônio presente, provoca a sua efetiva e imediata diminuição. É o chamado dano emergente, que será "a diferença do valor do bem jurídico entre aquele que ele tinha antes e depois do ato ilícito". É tudo aquilo que se perdeu, sendo que a indenização tem a função de restituir essa quantia exata. (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 72)

---

<sup>23</sup> Deve-se mencionar que o dano aos bens personalíssimos também pode ter reflexo no patrimônio da vítima, o que configura o dano patrimonial indireto. (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 71)

Já quando atinge patrimônio futuro é o chamado lucro cessante, que se configura quando o dano impede o crescimento do patrimônio. É a perda do ganho esperável, a diminuição potencial do patrimônio da vítima, a qual deixará de ganhar aquilo que era razoavelmente esperado. (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 72)

Segundo Maria Helena Diniz (2009a, p. 68), a reparação do dano material poderá ocorrer pela restauração do *status quo* prejudicado pelo dano ou pela indenização pecuniária, quando for impossível restabelecer a situação anterior ao fato lesivo. Assim, vê-se que o dano patrimonial nunca ficará sem reparação, pois ou se restaura a situação anterior ou se reintegra o patrimônio no valor do seu desfalque.

### **3.3 Noções sobre dano moral**

Passa-se, neste momento, a análise das características do dano moral que serão úteis à apreciação da reparação desta espécie de dano na dissolução da sociedade conjugal por quebra dos deveres conjugais.

Bernardo Castelo Branco (2006, p. 42) ensina que, na evolução da responsabilidade civil, o direito se preocupa cada vez mais com a tutela dos direitos da personalidade. Dessa forma, deixa seu caráter patrimonialista para proteger a pessoa humana em todos os seus aspectos, permitindo que todos possam exercer seus direitos fundamentais.

Nesse sentido, não se pode confundir dano material com moral, pois este tem existência própria e autônoma, exigindo, assim, tutela jurídica independente. A diferença entre as duas espécies de dano reside no efeito da lesão sobre o bem jurídico ou, melhor, no interesse do direito subjetivo atingido, no modo como o dano se projeta na realidade. Assim, enquanto o dano material tem natureza patrimonial, o moral tem interesses não patrimoniais. (DINIZ, 2009a, p. 91; CAVALIERI FILHO, 2007, p. 77)

### 3.3.1 Desenvolvimento e evolução do dano moral

Apesar de parecer um fenômeno novo na ordem jurídica, Américo Luís Martins da Silva (2005, p. 64-67) e Clayton Reis (1991, p. 9-12) lecionam que as legislações antigas já admitiam a reparação dos danos morais. O Código de Ur-Nammu, a mais antiga codificação que se tem notícia e que vigia na Suméria, previa a reparação pecuniária para as hipóteses de dores físicas. O Código de Manu, codificação que surgiu na Índia, continha vários dispositivos que determinavam a reparação, também pecuniária, por danos essencialmente morais.<sup>24</sup> Na Babilônia do século XXIII a. C., o Código de Hamurabi também previa casos específicos de danos morais, mas se valia da pena de talião para a reparação do prejuízo.

Para os autores acima mencionados (SILVA, 2005, p. 79; REIS, 1991, p. 15-18), o Direito Romano também adotou a reparação do dano moral, através da exigência de se reparar o dano ofensivo à moral alheia mediante pena econômica. Para os romanos bastava a ocorrência do dano, não importando que tipo de interesse estava sendo violado.<sup>25</sup>

O Direito Francês também influenciou a reparação dos danos morais, pois o artigo 1382 do Código de Napoleão, vigente na íntegra desde 1804, fala em "dano", abrangendo tanto o proveniente de lesão a bens materiais quanto a imateriais. (SILVA, 2005, p. 104-106).

Entretanto, Bernardo Castelo Branco (2006, p. 44) afirma que, após a segunda metade do século XX, a partir do surgimento dos direitos de terceira geração, os chamados direitos personalíssimos, é que se pôde efetivamente lançar as bases que transformaram em realidade o dano moral no ordenamento positivo. Contudo, mesmo com o surgimento dos direitos personalíssimos, havia oposição ao ressarcimento do dano moral, sob os seguintes argumentos:

---

<sup>24</sup> Como exemplo, tem-se o Código de Manu, que dispunha, no §224 do livro VIII, que "o próprio rei ficava autorizado a impor pesada multa àquele que desse, em casamento, 'uma donzela' com defeitos, sem antes haver prevenido o interessado". E no §352 do livro IX, havia a previsão da reparação dos danos morais para aqueles que seduzissem mulheres alheias (SILVA, 2005, p. 66). Como se vê, já havia formas de reparar um dano que, à época, acreditava-se atingir os interesses morais da vítima.

<sup>25</sup> Américo Luís Martins da Silva (2005, p. 81) ensina que a "ação de injúria estimativa" era um instrumento processual romano que determinava um meio geral de garantir a reparação do dano extrapatrimonial e cita inúmeras situações que se configurava o dano moral, como, por exemplo, impedir alguém de conversar, de freqüentar teatros, entre outras.

a) falta de efeito penoso durável; b) incerteza de um direito violado e de um dano real; c) dificuldade em descobrir a existência do dano moral; d) indeterminação do número de pessoas lesadas; e) impossibilidade de rigorosa avaliação em dinheiro; f) imoralidade da compensação de uma dor com o dinheiro; g) extensão do arbítrio concedido ao juiz (ilimitado poder que se tem de conferir ao juiz; h) a impossibilidade jurídica de se admitir tal reparação; i) a reparação do dano moral implica num enriquecimento sem causa do prejudicado; j) a reparação só se daria no caso do ofendido ser pobre; k) só podem ser reparados os danos oriundos do extracontratual. (SILVA, 2005, p. 43)

Aos poucos, essas justificativas foram dando lugar à idéia de que não se estava dando um valor pecuniário para dor, mas sim uma compensação pela tristeza injustamente provocada na vítima. Foi-se compreendendo que o dano imaterial também autoriza a reparação, pois viola interesse juridicamente protegido, não podendo ficar à margem da proteção conferida pela responsabilidade civil. (BRANCO, 2006, p. 45; CAVALIERI FILHO, 2007, p. 78)

Para Sérgio Cavaliere Filho (2007, p. 78), já se podia inferir do Código Civil de 1916 a possibilidade de indenizar os danos morais. O mencionado autor cita o artigo 76 do revogado ordenamento cível para argumentar este entendimento. O dispositivo previa que "para propor ou contestar uma ação era suficiente o interesse moral, resultando daí a indenizabilidade de tal interesse". Afirma ainda que o citado diploma continha dispositivos de indenização quanto à injúria, calúnia, ofensa a honra da mulher, todos casos de dano moral.

No mesmo sentido, Caio Mário da Silva Pereira (2001, 63) faz uma interpretação sistêmica do ordenamento cível revogado, quando diz que o artigo 159 não fazia distinção entre os danos, podendo se compreender pela expressão "violar direito ou causar prejuízo" tanto a ocorrência do dano moral como material.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 fica superada a discussão quanto à possibilidade de reparação dessa espécie de dano, pois elegeu como fundamento do Estado, no seu artigo 1º, III, a dignidade da pessoa humana e permitiu a reparação do dano moral expressamente nos seguintes incisos do artigo 5º:

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;

O Código Civil também faz alusão expressa ao dano moral: "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".

Com essas disposições previstas na Constituição Federal e no Código Civil, o princípio da reparação do dano moral foi inserido sem mais dúvidas no direito positivo brasileiro. Pela regra mais alta do ordenamento jurídico, a norma constitucional, tornou-se obrigatório para o legislador e para o juiz estabelecer a reparação por dano moral.<sup>26</sup>

### 3.3.2 Cumulação entre dano moral e dano patrimonial

Sérgio Cavalieri Filho (2007, p. 79) e Humberto Theodoro Junior (2001, p. 5) afirmam que, inicialmente, não se admitia a cumulação entre as duas espécies de dano. Entendia-se que o dano material absorvia o moral, pois, havendo o ressarcimento de todos os efeitos patrimoniais, já estaria a vítima reparada. Dessa forma, o dano moral só poderia ser pedido se não houvesse dano material referente ao mesmo ato.

Contudo, após a Constituição Federal de 1988, percebeu-se que, levando em consideração os efeitos da lesão, pode haver coexistência de interesses patrimoniais e extrapatrimoniais como pressupostos de um mesmo direito. Dessa maneira, o dano poderá ser moral e material concomitantemente. (DINIZ, 2009a, p. 91) É essa a previsão da Súmula 37 do STF, que diz: "São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral, oriundos do mesmo fato".

---

<sup>26</sup> Antes mesmo de o Código Civil prever expressamente o dano moral, o Código do Consumidor já previa a possibilidade desta indenização nas relações de consumo, conforme dispõe seu artigo 6º: "São direitos básicos do consumidor: VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos". Além disso, esclarece Bernardo Castelo Branco (2006, p. 51 -52) que existe um avanço desta reparação nas áreas de caráter privado, como, por exemplo, nas relações de trabalho, em que se tem o desenvolvimento da tese de responsabilização do dano moral ao empregado.

Muitas vezes o lesado sofre prejuízo tanto sobre seu patrimônio como sobre bens de sua personalidade, resultados de uma mesma conduta. Nessas situações, apesar do dano provir de um mesmo ato ilícito, os efeitos que causa são distintos, portanto o deferimento de indenização por dano material não abrangeria também o moral. É necessário, assim, que as duas formas de reparação sejam cumuláveis. (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 79)

Portanto, atualmente, há a plena possibilidade de reparação do dano moral, bem como se admite a cumulação com a indenização dos danos materiais.

### 3.3.3 Conceito de dano moral

Há situações em que o ato lesivo atinge a personalidade do indivíduo, sua honra, sua integridade física, seu bem-estar íntimo, causando um desequilíbrio psicológico, um mal na sua natureza espiritual. Essa lesão a interesses não patrimoniais é o que configura o dano moral.<sup>27</sup> (REIS, 1991, p. 4; DINIZ, 2009a, p. 90)

O fundamento da reparabilidade pelo dano moral está em que, a par do patrimônio em sentido técnico, o indivíduo é titular de direitos integrantes de sua personalidade, não podendo conformar-se a ordem jurídica em que sejam impunemente atingidos. [...] O que é da essência do dano moral é a ofensa a um direito, sem prejuízo material. (PEREIRA, 2001, p. 59 e 61)

Assim, os danos morais são aqueles que atingem a esfera da reputação da pessoa na sociedade ou, ainda, os que repercutem no mais íntimo da personalidade humana, sem causar uma perda pecuniária. Ou seja, de acordo com Yussef Said Cahali (2005a, p. 22), "tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana".

Afetam os atributos valorativos, ou virtudes, da pessoa como ente social, como integrante da sociedade, vale dizer, atingem os elementos que a

---

<sup>27</sup> Antônio Jeová Santos (2003, p. 87) afirma que quando se estuda o dano moral raramente se cogita em definir moral, pois seu sentido ético não se estende aos fundamentos do dano moral. "O dano moral reveste-se de consequência jurídica e, nem sempre, vem acompanhado de algum conteúdo ético. A infração às normas da ética não tem similitude, nem se aproxima do dano moral", pois este é um fenômeno essencialmente jurídico e, muitas vezes, uma conduta pode não ser contrária a moral, mas ensejar responsabilização, ou vice-versa. O adjetivo moral aponta como foi sentido o dano pela vítima, e não como foi praticada a conduta do agente.

individualizam como ser, de que se destaca a honra, a reputação e as manifestações do intelecto. (BITTAR, 1999, p. 34).

Tendo em vista que o indivíduo é titular de direitos integrantes de sua personalidade, como o bom conceito de que desfruta na sociedade, os sentimentos que provêm de sua consciência, os valores afetivos, merecedores todos de igual proteção da ordem jurídica, qualquer violação a eles deve ser reprimida e reparada. (PEREIRA, 2001, p. 65)

Sérgio Cavalieri Filho e Carlos Alberto Menezes Direito (2007, p. 103) conceituam dano moral como a violação do direito à dignidade.

[...] a Constituição deu ao dano moral uma nova feição e maior dimensão, porque a dignidade humana nada mais é do que a base de todos os valores morais, a essência de todos os direitos personalíssimos. O direito à imagem, à honra, ao nome, à intimidade, à privacidade, à liberdade estão todos englobados no direito à dignidade, verdadeiro fundamento e essência de cada preceito constitucional relativos aos direitos da pessoa humana. Essa, sem dúvida, é a matriz constitucional para o direito moral. (CAVALIERI FILHO; DIREITO, 2007, p. 103)

Pode-se classificar o dano moral em direto e indireto. O primeiro é a lesão a um interesse que visa a satisfação de um bem jurídico extrapatrimonial, o qual pode estar contido nos direitos da personalidade, nos atributos da pessoa ou ser integrante da dignidade humana. Já o indireto seria aquele que, decorrente de lesão patrimonial, atinge também interesses não patrimoniais. (DINIZ, 2009a, p. 94)

Faz-se necessário mencionar que a dor, a angústia, o vexame, a humilhação são conseqüências e não causas do dano moral. Mero aborrecimento e irritação não o configuram, pois não são intensos e duradouros o suficiente para romper o equilíbrio psicológico da pessoa. Somente deve ser caracterizado como dano moral aquelas conseqüências que fogem à normalidade, que interfira gravemente no comportamento psicológico da pessoa, desequilibrando seu bem-estar de forma intensa. (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 80)

Esses estados de espírito constituem a conseqüência do dano, são formas de manifestação do dano moral. Verifica-se, assim, que o direito não repara qualquer sofrimento da pessoa, mas somente aquela situação em que ocorreu "privação de um bem jurídico sobre o qual a vítima teria interesse reconhecido juridicamente" (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 77; DINIZ, 2009a, p. 93)

### 3.3.4 Dano moral, dignidade da pessoa humana e direitos da personalidade

Levando-se em consideração que o dano moral pressupõe violação da dignidade humana e dos direitos da personalidade, resta delimitar o que significa tanto dignidade como direitos da personalidade.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 estabelece a dignidade humana como o valor ético que deve inspirar toda a sociedade:

Art. 1. Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Art. 22. Todo homem, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade.

A Constituição Federal de 1988, como foi visto, também consagrou, no seu artigo 1º, III, o direito subjetivo à dignidade humana, colocando o homem no centro do ordenamento jurídico. Assim, todas as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas e aplicadas de acordo com esse princípio constitucional, pois encontra-se num plano elevado, tendo a função de orientar todo o ordenamento jurídico na defesa dos direitos da personalidade. (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 76; GONÇALVES, 2005, p. 159).

Considera-se a dignidade como um fator primordial à formação da personalidade humana, o qual representa um valor inerente a todos e pressupõe o respeito e a estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. O princípio da dignidade humana requer o cumprimento dos seguintes preceitos: "respeito à integridade física e psíquica das pessoas; consideração pelos pressupostos materiais mínimos para o exercício da vida; e respeito as condições mínimas de liberdade e convivência social igualitária". (AZAVEDO, 2002, P. 25; MORAES, 2008, 21)

A família, sendo o berço da formação dos indivíduos, é o primeiro lócus onde se deve verificar o respeito pela dignidade humana. É no seio da família que se tem as experiências humanas referenciais, onde se aprende o significado de afeto e estima. Escolher viver em comunhão com outras pessoas pressupõe a máxima da

dignidade humana, pois se considera o ambiente mais saudável para o desenvolvimento das potencialidades humanas. (CANEZIN, 93 e 94).

As pessoas não devem respeitar somente o patrimônio, mas também a integridade física e moral umas das outras. Há de se respeitar o ser humano levando-se em conta toda a sua carga de atributos, ou seja, o direito à vida, à saúde, à paz, à tranqüilidade, à segurança, à honra, à liberdade que todos merecem. Seja nos gestos de discriminação, seja nas relações familiares nas quais surgem intensas turbacões, ocorrendo a afronta à dignidade humana, surge o dano moral e sua conseqüente reparação. (JEOVÁ SANTOS, 2003, p. 110)

O princípio da dignidade humana é pressuposto de existência de outros direitos, pois se manifesta no exercício do direito à intimidade, à honra, ao desenvolvimento da personalidade, entre outros. Pois, sem ela, não há como o ser humano desenvolver-se plenamente e conseguir viver em sociedade. (JEOVÁ SANTOS, 2003, p. 41)

Orlando Gomes (1996, p. 130), acerca dos direitos da personalidade e da dignidade humana, esclarece que:

Sob a denominação de direitos da personalidade, compreendem-se os direitos personalíssimos e os direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana que a doutrina moderna preconiza e disciplina no corpo do Código Civil como direitos absolutos, desprovidos, porém, da faculdade da disposição. Destinam-se eles a resguardar a eminente dignidade da pessoa humana, preservando-a dos atentados que pode sofrer dos outros indivíduos.

Por sua vez, a maior proteção dada para os direitos da personalidade se encontra no já referido artigo 5º, X, da Constituição Federal. O Código Civil consagrou os direitos da personalidade em capítulo próprio, "Dos Direitos da Personalidade", visando a sua garantia.

Os direitos da personalidade, chamados também de pessoais, personalíssimos ou fundamentais, diferentemente dos direitos economicamente apreciáveis, são inerentes a toda pessoa e a ela ligados de maneira permanente,

por isso são inalienáveis e merecem tutela jurídica específica.<sup>28</sup> (GONÇALVES, 2005, p. 153; BENESSE, 2003, p. 3).

Maria Helena Diniz (2008, p. 135) conceitua direitos da personalidade como:

[...] direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física (vida alimentos, próprio corpo vivo ou morto); a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística e literária); e a sua integridade moral (honra, recato, segredo profissional e doméstico, identidade pessoal, familiar e social).

São, portanto, direitos físicos, psíquicos e morais, que garantem proteção aos aspectos internos e externos da personalidade humana, em relação a sua consideração pessoal e social. Destacam-se, dentre outros, os direitos à vida, à higidez física, ao corpo, à imagem, à liberdade, à higidez intelectual, à intimidade, à honra. (BITTAR, 1999, p. 253-254)

Tem-se que tanto a dignidade humana quanto os direitos personalíssimos são protegidos juridicamente, através do instituto da responsabilidade civil, que visa a reparação dos danos morais decorrentes, buscando valorizar os sentimentos, emoções e idéias que a própria pessoa tem de si mesma e sua reputação perante a sociedade. A responsabilidade civil é instrumento hábil para garantir a dignidade da pessoa humana, protegendo as pessoas pelo que elas são.

### 3.3.5 Prova do dano moral

Segundo entendimento de Sérgio Cavalieri Filho (2007, P. 83) por se tratar de algo imaterial, "a prova do dano moral não pode ser feita através dos mesmos meios utilizados para a comprovação do dano material". Assim, não se pode exigir da vítima a comprovação de sua dor, tristeza, humilhação, desprestígio,

---

<sup>28</sup> Dispõe o artigo 11 do Código Civil: "Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária". Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 613) ensina que, apesar dos direitos personalíssimos serem intransmissíveis, a pretensão de exigir a sua reparação pecuniária se transmite aos sucessores, conforme o artigo 943 do CC. E, mesmo sendo imprescritíveis, a pretensão a sua reparação também está condicionada aos prazos prescricionais previstos em lei, mencionados no primeiro capítulo deste trabalho.

por meio das provas tradicionais, ou seja, através de depoimentos, documentos ou perícia.

Apesar de sua verificação se dar onde a pesquisa probatória não pode chegar, isto é, no plano psíquico do ofendido, não se quer dizer que a vítima obterá a reparação somente com a simples afirmação de ter suportado este dano. Assim, o pedido de reparação será objeto de análise judicial quanto à lesividade psicológica do dano, segundo a experiência da vida, isto é, daquilo que comumente ocorre em face do homem médio na vida social. (THEODORO JUNIOR, 2001, p. 99)

[...] o dano moral [...] deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras da experiência comum. (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 83)

Portanto, a comprovação do dano moral decorrerá das regras da experiência comum. Quer dizer, da gravidade e repercussão da ofensa se pode presumir o dano moral, pois ele existe *in re ipsa*: comprovado o ato ilícito, já está demonstrado o dano, pois se insurge do próprio fato lesivo, por isso, é considerado consequência natural deste.<sup>29</sup> (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 83; BITTAR, 1999, p. 256)

### 3.4 Mensuração do dano

Para a análise da quantificação do dano, faz-se necessário mencionar a disposição do artigo 944 do Código Civil: "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".

Em relação ao ressarcimento do dano material, se calcula exatamente o desfalque sofrido no patrimônio da vítima, sendo que a indenização consistirá no resultado desta operação. O dano é avaliado pelo cálculo da diferença entre o patrimônio atual e o que haveria sem o ato ilícito, sendo que a fixação do *quantum* devido pode ser legal, quando determinada por lei, convencional, quando acordada

---

<sup>29</sup> Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 614) ressalva o caso de dano moral em inadimplemento contratual, afirmando que nessa situação é necessária a prova concreta do abalo psicológico da vítima.

em transação ou, ainda, por arbitramento, quando estabelecida por sentença. (CARVALHO NETO, 2004, p. 79).

Vige, no caso do dano material, o princípio da *restitutio in integrum*, que significa recolocar a vítima na situação anterior à lesão, sendo que a indenização tem que ser proporcional ao dano sofrido para repará-lo o mais completamente possível (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 107).

Porém, mesmo no caso do dano material, já se mostra difícil a equivalência perfeita entre a indenização e o prejuízo. No dano moral essa operação se verifica ainda mais tortuosa. Por isso, a maneira de se quantificá-lo ocorre de forma diferente, como será observado adiante.

#### 3.4.1 Reparação do dano moral

A reparação do dano moral se faz através de variadas vias, por retratação, retificação, divulgação imediata de resposta, dentre outras. Entretanto, a regra é a reparação pecuniária. De um modo geral, a reparação se dá por uma quantia em dinheiro, a ser paga de imediato. (YUSSEF CAHALI, 2005a, p. 811; BITTAR, 1999, p. 231-232)

A pecúnia tem a finalidade de neutralizar os sentimentos negativos de mágoa, tristeza, humilhação e substituí-los por sensações positivas, de conforto e satisfação, atenuando o sofrimento do lesionado. (DINIZ, 2009a, p. 110)

A reparação dos danos morais, ao contrário dos materiais, não tem por função devolver o *status quo* ao ofendido, pois sua natureza não é suscetível de recomposição. Mas, por outro lado, tem a intenção de compensar o dano sofrido, tendo em vista que a prestação pecuniária pode proporcionar comodidade e alento à vítima. (BRANCO, 2006, p. 48)

Nesse sentido, a reparação do dano moral "é uma satisfação compensatória, como um meio de atenuar, em parte, as conseqüências da lesão jurídica pela vítima sofrida" (SILVA, 2005, p. 43).

Implica, também, em sanção ao responsável pelo dano moral, como uma forma de pena privada. É uma resposta da ordem jurídica à ofensa praticada, com o objetivo de coibir quem a praticou, mas também com efeitos em toda consciência coletiva. (BRANCO, 2006, p. 49; PEREIRA, 2001, p. 60).

Seria escandaloso que alguém causasse mal a outrem e não sofresse nenhum tipo de sanção; não pagasse pelo dano inferido. Seria o mesmo que afirmar à própria vítima: causei a você um agravo moral, porém não reclame a reparação pecuniária, porque isso te desacreditaria perante aos demais. (JEOVÁ SANTOS, 2003, p. 62)

O culpado vê parte de seu patrimônio material sendo destinado à satisfação do outro, como forma de compensar pelo dano causado e como inibidor de novos atos ilícitos. O caráter punitivo da reparação do dano moral para o causador do dano tem o objetivo de castigá-lo pela ofensa que praticou

Portanto, seguindo o entendimento de Maria Helena Diniz (2009a, p. 109), pode-se falar que essa reparação é um misto de pena e satisfação compensatória, já que constitui uma diminuição do patrimônio do ofensor, que se vê obrigado a pagar indenização pela violação a bem jurídico de outrem, e, também, compensa a vítima pelos sentimentos sofridos, os quais não têm preço.

A prestação pecuniária recebida irá compensar a injustiça que a vítima sofreu, dando a esta a possibilidade de atender as suas satisfações materiais ou ideais com o objetivo de atenuar seu sofrimento ou de proporcionar prazeres como contrapartida do mal sofrido.

### 3.4.2 Quantificação do dano moral

Como foi mencionado, a maior dificuldade do dano moral é o fato de não encontrar correspondência no critério valorativo patrimonial, tendo em vista que nessa espécie de dano não é possível fazer um cálculo do que a vítima possuía antes e o que sobrou depois do dano, já que se trata de lesões à sua personalidade. Na verdade, é necessário mencionar que não se trata de valorar os sentimentos humanos, pois estes não têm preço, mas sim de somar uma quantia que compense essa dor sofrida.

Como leciona José de Aguiar Dias (2006, p. 1004):

Não é razão suficiente para não indenizar, e assim, beneficiar o responsável, o fato de não ser possível estabelecer equivalente exato, porque, em matéria de dano moral, o arbítrio é até da essência das coisas.

É o juiz quem faz o arbitramento do valor da reparação do dano moral. Assim, o juiz, além de decidir sobre a configuração do dano, já que a sua comprovação se dá mediante análise judicial, também tem o dever de quantificá-lo.<sup>30</sup> (THEODORO JUNIOR, 2001, p. 35).

Não há nenhum valor legal prefixado, nenhuma tabela ou tarifa a ser observada pelo juiz no momento de fixar o valor da indenização referente aos danos morais. Por isso, exige-se que o magistrado funde sua valoração no bom senso e na equidade, evitando, com isso, deixar a vítima no desamparo ou levar o causador do dano à insolvência. (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 91 e 107)

Deve o juiz ater-se ao princípio da razoabilidade, pois tudo aquilo que é razoável é sensato, comedido e moderado, permitindo, assim, ponderar meios e fins, causas e conseqüências, de modo a culminar numa decisão adequada aos motivos que a determinaram. (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 90)

Tendo em vista essa problemática da quantificação do dano moral, Maria Helena Diniz (2009a, p. 104-105) propõe algumas regras para a avaliação pecuniária deste dano, quais sejam: evitar indenização simbólica ou enriquecimento sem justa causa da vítima; não aceitar tarifação, pois gera a desumanização da reparação; diferenciar o montante indenizatório segundo a gravidade, a extensão e a natureza da lesão; verificar a repercussão pública do ato lesivo e suas circunstâncias; ter atenção quanto às peculiaridades de cada caso; levar em conta o contexto econômico das partes envolvidas; verificar a intensidade do dolo ou grau de culpa; basear-se em prova firme e convincente do fato, entre outras.

Dessa forma, o juiz deve observar, principalmente, as posições sociais e econômicas da vítima e do ofensor, a dor experimentada pela primeira e o grau de culpa do último. O arbitramento deve observar os requisitos da prudência e da equidade.

Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a

---

<sup>30</sup> O Código Civil dispõe, quanto aos danos morais decorrentes de ofensa à honra, que cabe ao juiz o arbitramento do *quantum*: "Art. 953. A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido. Parágrafo único. Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso".

reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presente. (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 90)

Nesse sentido, a pessoa ofendida em algum dos seus direitos de cunho extrapatrimonial deve receber uma quantia que lhe sirva de compensação pela dor sofrida, a ser arbitrada pelo juiz, de acordo com cada caso, levando em consideração as posses do ofensor e a situação econômica do ofendido. A soma não pode ser tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva. (PEREIRA, 2001, p. 61)

### **3.5 Problema da banalização do dano moral**

Ultrapassadas as fases de irreparabilidade do dano moral e sua inacumulabilidade com o dano material, corre-se o risco de seguir para a etapa da industrialização desta espécie de dano, tendo em vista que muitos exigem reparação para um aborrecimento banal, apenas com o intuito de obter vantagem patrimonial.

Enquanto o Direito brasileiro está vivendo nova fase quanto à efetiva proteção aos direitos da personalidade, é necessário que os cuidados sejam redobrados para evitar condenações de pessoas que foram vítimas de supostas ofensas por danos morais. (JEOVÁ SANTOS, 2003, p. 120)

Viver em sociedade acarreta divergência de idéias, opiniões e, muitas vezes, gera atritos e discussões. Contudo, não é justificativa para se reparar toda e qualquer situação desagradável pela qual se passa, pois há um nível de inconvenientes e desgostos que o ser humano tem de tolerar.

Somente se configurará a obrigação de reparar se for claramente gravosa a ofensa aos direitos da personalidade ou à dignidade humana do ofendido. Além disso, tal situação tem que ser intensa e duradoura o suficiente para romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Nesse sentido, deve-se tomar como base o cidadão que está equidistante entre o homem insensível e o de extrema sensibilidade. (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 80)

Exige-se também que este ressarcimento seja justa medida para a composição devida. Ou seja, não se pode requerer uma quantia milionária para um aborrecimento trivial. Assim, deve o juiz, no arbítrio do valor da indenização, "seguir

a trilha da lógica razoável, em busca da concepção ética-jurídica dominante na sociedade". (CAVALIERI FILHO, 2007, p. 80; JEOVÁ SANTOS, 2003, p. 113)

Apesar dos abusos cometidos no âmbito da reparação dos danos morais, deve-se admitir que constitui uma conquista da civilização, pois o direito, que sempre priorizou a proteção de interesses econômicos, passa a tutelar a pessoa sob ótica diversa, valorizando e protegendo aspectos que são comuns a todos os seres humanos, independentemente de sua raça, sexo ou condição social (BRANCO, 2006, p. 51)

Além do mais, sua expansão a outras áreas mostra como evoluiu a responsabilidade civil, modificando, dessa forma, a maneira como as relações privadas passaram a se desenvolver. Nesta seara, verifica-se também a responsabilidade civil nas relações de família.

Assim, tendo apresentado as características do dano moral, o estudo se concentrará no cabimento da reparação desses danos na violação dos deveres entre cônjuges, tendo em vista que a família é o centro da sociedade e não poderia deixar de se envolver em questão profundamente preventiva e educadora, como é o dano moral.

#### **4 A REPARAÇÃO DO DANO MORAL DECORRENTE DA VIOLAÇÃO DOS DEVERES CONJUGAIS**

A família constitui a base da sociedade, sendo o núcleo fundamental em que repousa a organização social e, por isso, merece toda a proteção do Estado. Pode ser formada tanto pelo casamento do homem e da mulher, com ou sem filhos, como pela união estável ou, ainda, pela monoparentalidade, conforme dispõe a Constituição Federal:

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

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Foi o organismo social e jurídico que mais sofreu mudanças ao longo dos tempos. Da família patriarcal, baseada no *pátrio* poder, passou-se a família fundada na afeição, adotando como princípios norteadores de sua formação os da dignidade humana, da igualdade jurídica entre seus membros, entre outros. (BRANCO, 2006, p. 16-19)

Entretanto, apesar das mudanças ocorridas, ainda há restrições quanto à possibilidade de se aplicar certas normas jurídicas na esfera familiar. Isto ocorre com as regras de responsabilidade civil, que regulam as expressões do comportamento humano, mas parecem ser impedidas de incidirem nas relações familiares, como se as condutas praticadas dentro dessas relações, sendo lesivas ou não, fossem imunes à aplicação de qualquer outra regra. (BRANCO, 2006, p. 17)

Levando-se em consideração que todos os membros da família merecem total proteção e que prolifera a indiferença quanto ao respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente nas relações familiares, este capítulo se propõe a verificar a possibilidade de inserir as regras da responsabilidade civil no âmbito familiar quanto à reparação do dano moral decorrente da infração dos deveres conjugais.

## 4.1 Noções sobre casamento

O casamento é, atualmente, uma das formas de constituição da família, contudo, não é a única, como visto anteriormente. Pode ser definido como o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que objetiva o auxílio recíproco, material e espiritual, havendo uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família. Visa desenvolver a personalidade de duas pessoas de sexos diferentes, através do companheirismo e do amor, bem como a criação e amparo de filhos, se os tiverem. (DINIZ, 2009b, p. 37-38; VENOSA, 2008, p. 27)

Forma três vínculos: o conjugal, existente entre os cônjuges, o de parentesco, que reúne os seus integrantes em torno de um tronco em comum, e o de afinidade, que conecta um cônjuge e os parentes do outro (GONÇALVES, 2006b, p. 2)

### 4.1.1 Desenvolvimento e evolução do casamento e da família

Sobre a origem da família, Bernardo Castelo Branco (2006, p. 16 e 25) afirma que é impreciso o seu desenvolvimento inicial, entretanto ensina que é resultado de um longo processo histórico. Considera a família como a mais primordial forma de relacionamento, tendo íntima ligação com o próprio desenvolvimento da civilização.

Friedrich Engels (1997, p. 42-63) leciona que havia uma época em que predominava o comércio sexual promíscuo, não havendo relações individuais, pois as relações sexuais se davam entre todos os membros da tribo. A evolução da família nos tempos pré-históricos consistiu, assim, numa exclusão progressiva de pessoas, principalmente de parentes, desse grupo, acabando por formar o vínculo entre apenas duas pessoas para constituí-la.

Essas relações exclusivas se baseavam no predomínio do homem, pois este desejava procriar filhos cuja paternidade fosse indiscutível, já que seriam herdeiros de suas posses. Dessa forma, solidificou-se o laço conjugal sob o sistema

monogâmico, tornando impossível sua dissolução, a não ser quando o homem repudiasse a mulher. Nesse sentido, a monogamia tornou-se um papel fundamental nas relações matrimoniais. (ENGELS, 1997, p. 81-82)

Sílvio de Salvo Venosa (2008, p. 3) e Bernardo Castelo Branco (2006, p. 25) lecionam que nas primeiras civilizações de importância, como a assíria, hindu, egípcia, grega e romana, a família era uma entidade ampla e hierarquizada, que abrangia o conjunto de servos e dependentes de um chefe ou senhor. O casamento, para Friedrich Engels (1997, p. 86), era um dever que os homens tinham para com os deuses, uma obrigação que deviam cumprir, pois tinha essência econômica.

No Direito Romano, a família era uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional. Era organizada sobre o princípio da autoridade, sendo que o ascendente homem mais velho tinha o *pater familias*, o poder sobre os filhos e a mulher, podendo vendê-los, impor-lhes castigos, penas corporais e até tirar-lhes a vida. Essas regras influenciaram o ordenamento jurídico, sendo superadas recentemente. (GONÇALVES, 2006b, p. 15)

Sílvio de Salvo Venosa (2008, p. 151) afirma que o casamento, no Direito Romano, dissolvia-se pela morte de um dos cônjuges, pela perda da capacidade e pela perda da *affectio maritalis*. Ressalva que, no início, o divórcio era raro, entretanto, na época clássica, houve um enfraquecimento da entidade familiar, sendo admitida a separação, até mesmo nos casos de perda da afeição matrimonial.

Com o advento do cristianismo e durante a Idade Média, o casamento passou a ser considerado dogma da religião, não podendo ser dissolvido. As relações de família eram regidas pelo direito canônico. (GONÇALVES, 2006b, p. 16; VENOSA, 2008, p. 5 e 152)

A partir do século XX, com as duas Guerras Mundiais, é que ocorreram as transformações no âmbito familiar, principalmente em relação à mulher e suas conquistas, pois esta se afastou da vida exclusivamente familiar e se inseriu no campo econômico e político. (BRANCO, 2006, p. 27)

As principais mudanças foram no sentido da participação igualitária entre os cônjuges nas decisões da família e nas relações entre pais e filhos, pois estes passaram a ser o centro da família. Viu-se, assim, que do pátrio poder, passou-se ao poder-dever, sendo que ambos os cônjuges têm os mesmos direitos e deveres e

que os interesses dos filhos têm prioridades. Além disso, surge o reconhecimento das personalidades singulares de cada membro da família, não se confundindo com o grupo todo. (BRANCO, 2006, p. 30-32)

Essas mudanças foram sentidas também no ordenamento jurídico brasileiro. O Código Civil de 1916 ainda regulamentava o Direito de Família baseado no poder patriarcal. Mas, com o advento da Constituição Federal de 1988, foram absorvidas as transformações da sociedade. O vigente Código Civil também introduziu essas alterações.

As principais inovações da Constituição Federal foram: reconhecer como família não só a proveniente do casamento, como também a da união estável e a monoparental; proibir qualquer distinção entre filhos havidos no casamento ou não, assim como os provenientes de adoção; estabelecer a igualdade entre o homem e a mulher na tomada de decisões; prever a dissolução do casamento.<sup>31</sup> (GONÇALVES, 2006b, p. 16-19)

Percebe-se, dessa forma, que as mudanças na família culminam no sentido da afetividade, ou seja, está ligada pelos vínculos de liberdade, responsabilidade e solidariedade, pois se transformou no lócus de realização da dignidade dos seus membros, dando-se extrema importância aos interesses de cada um. (LOBO, 1999, p. 138)

#### 4.1.2 Natureza jurídica do casamento

Quanto à natureza jurídica do casamento, é considerado para alguns doutrinadores como contrato e, para outros, como instituição. Sílvio Rodrigues (2004, p. 19-22) segue a primeira linha, afirmando que é contrato especial, de direito de família. Considera-o sendo "ato complexo, em que se une o elemento volitivo ao elemento institucional", dependente da manifestação livre da vontade dos nubentes,

---

<sup>31</sup> A dissolução do casamento já era prevista na Lei do Divórcio (Lei nº 6515/77), que teve suas normas materiais revogadas pelo Código Civil vigente, "persistindo seus dispositivos de natureza processual, até que sejam devidamente adaptados ou substituídos por nova lei". (VENOSA, 2008, p. 155)

porém, se completa apenas na celebração, que é ato privativo de representante do Estado.

Complementando, Sílvio de Salvo Venosa (2008, p. 26) diz que o casamento se encontra na teoria geral dos atos jurídicos, como negócio jurídico bilateral, pois possui as características de acordo de vontades que busca efeitos jurídicos. Na realidade, diz que o casamento-ato é um contrato e que o casamento-estado é uma instituição.

Carlos Roberto Gonçalves (2006b, p. 26) também considera o casamento como ato complexo, sendo simultaneamente contrato e instituição. É negócio jurídico no sentido de haver a liberdade para casar e para escolher o cônjuge. Dá, ainda, liberdade para se escolher o regime de bens, porém, em algumas situações até o regime de bens é imposto. E é instituição, pois a celebração se dá com o registro e o conteúdo de suas normas é de ordem pública, não sendo passível de escolha.

Entretanto, Maria Helena Diniz (2009b, p. 40-43) segue na direção contrária, entendendo o casamento como uma instituição, tendo em vista os seguintes argumentos: nos contratos, basta a simples vontade das partes, sendo que estas estipulam livremente as condições e termos, podendo o contrato ser dissolvido por mútuo consentimento ou por distrato.

Já no casamento, os nubentes não têm o condão de constituí-lo, dependendo de autorização da autoridade competente; têm autonomia para escolher o seu cônjuge, mas não o conteúdo dos seus direitos e deveres, pois estas regras são de ordem pública, definidas previamente pelo ordenamento jurídico. Além disso, somente pode ser dissolvido nos casos expressos em lei. (DINIZ, 2009b, p. 40-43).

Assim, considera o matrimônio como um instituto imperativo preestabelecido, ao qual os nubentes aderem, ou seja, aceitam o casamento tal como ele é. (DINIZ, 2009b, p. 40)

#### 4.1.3 Características e finalidades do casamento

Entre as características do casamento se encontram: a liberdade na escolha do nubente, exigindo, entretanto, a diversidade de sexos. Cada cônjuge é livre para escolher o outro, pois é manifestação de sua vontade, sendo considerado como direito da personalidade, não podendo ser restrito. Entretanto, somente se admite o casamento entre pessoas de sexos diferentes, conforme estabelece a Constituição Federal. (GONÇALVES, 2006b, p. 28).

O casamento é ato solene, repleto de formalidades, devido a sua importância para a sociedade. Essas regras têm o objetivo de dar maior segurança e garantir sua validade. "Não basta a união do homem e da mulher, com a intenção de permanecerem juntos e gerarem filhos", é necessário que certas normas sejam respeitadas. (DINIZ, 2009b, p. 44)

Assim, essa solenidade deve ser observada desde o momento da habilitação para o casamento, na publicação dos editais, na celebração e registro nos livros. A formalidade é requisito essencial, cuja inobservância gera inexistência do ato. (GONÇALVES, 2006b, p. 27)

Desta característica retira-se que as normas que regulamentam o casamento são de ordem pública, não tendo os nubentes autonomia para discutir o conteúdo e a extensão dos seus direitos e deveres. (GONÇALVES, 2006b, p. 28)

Representa, ainda, união permanente e exclusiva, somente cabendo a lei estipular hipóteses de dissolução da sociedade conjugal. Isto quer dizer que não é possível casar-se por tempo determinado, existindo, em regra, um desejo de perpetuidade, de manutenção da ordem conjugal. Além disso, considera-se a fidelidade como o mais importante dos deveres conjugais, ficando proibida qualquer relação sexual estranha ao casamento. (DINIZ, 2009b, p. 44)

O casamento tem por finalidade a constituição da família matrimonial; a procriação dos filhos, que é uma consequência não essencial do matrimônio, principalmente nos dias atuais; a legalização das relações sexuais entre os cônjuges; a prestação do auxílio mútuo; a educação da prole, entre outros. (DINIZ, 2009b, p. 38-40)

#### 4.1.4 Direitos e deveres dos cônjuges

O casamento produz variadas conseqüências, que repercutem nas relações entre os cônjuges e entre estes e seus filhos, gerando direitos e deveres a todos. Esses efeitos podem ser de ordem social, patrimonial e pessoal. (GONÇALVES, 2006b, p. 164-165; DINIZ, 2009b, p. 128)

Os efeitos na ordem social estão relacionados com a relevância do casamento para formar a família matrimonial, conferindo aos cônjuges o estado de casado. Estabelece, por conseguinte, o vínculo de afinidade entre cada cônjuge e o parente do outro. (GONÇALVES, 2006b, p. 166)

Além disso, o casamento tem como efeito social emancipar o consorte de menor idade, gerar a presunção da paternidade dos filhos havidos na constância do casamento e determinar a competência do casal quanto ao planejamento familiar. (GONÇALVES, 2006b, p. 166)

Os efeitos patrimoniais são de ordem econômica, sentidos no dever de sustento da família, na obrigação alimentar e no regime de bens. Também dispõe sobre a instituição do bem de família, sobre os atos que não podem ser praticados sem a anuência do outro cônjuge e sobre direito sucessório. (DINIZ, 2009b, p. 129)

A respeito dos efeitos pessoais, esses são os que têm maior importância ao tema deste trabalho. Faz-se necessária, assim, uma abordagem detalhada deles.

O principal efeito pessoal do casamento é a "comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges", conforme disposto no artigo 1511, do Código Civil. Com o advento da Constituição Federal de 1988, consagrou-se a mais ampla igualdade entre os cônjuges: "Art. 226. § 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher". Portanto, fica superada a distinção que fazia o revogado diploma civil quanto aos direitos e deveres de cada cônjuge separadamente.

Complementam, ainda, esse entendimento os artigos 1565 e 1567 do Código Civil, que estabelecem, respectivamente: "Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis

pelos encargos da família" e "A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos".

São direitos e deveres de ambos os cônjuges estabelecidos pelo Código Civil: "Art. 1.566: 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".

A fidelidade recíproca surge da característica básica do casamento que é a monogamia, ou seja, consiste no dever de cada consorte de se abster de praticar relações sexuais com terceiro. É norma de conteúdo negativo, pois se requer a abstenção da ação. Sua inobservância, isto é, o adultério, fundamenta uma das causas da separação litigiosa, pois constitui fator de perturbação e instabilidade no lar e na família.<sup>32</sup> (GONÇALVES, 2006b, p. 174; DINIZ, 2009b, p. 131)

O segundo dever dos cônjuges consiste no dever de coabitação, o qual obriga os cônjuges a viver sob o mesmo teto e a ter uma comunhão de vidas. Nas palavras de Sílvio Salvo Venosa (2008, p. 141), é decorrência da união do corpo e do espírito. Nesse sentido, se desdobra em dois aspectos: residir no mesmo domicílio e manter relações sexuais. A quebra do dever de coabitação constitui abandono, podendo levar a separação judicial culposa. (GONÇALVES, 2006b, p. 175-177; DINIZ, 2009b, p. 135)

"A união de vida abrange, além dos aspectos materiais da comunidade de vida sexual e coabitação [...], o aspecto espiritual". Nesse sentido, o dever de mútua assistência não se restringe somente aos aspectos materiais, como também a assistência moral e espiritual, convergindo no auxílio mútuo em qualquer circunstância. (GONÇALVES, 2006b, p. 177)

Como conseqüência, surge o dever de respeito e consideração mútuos, que abrangem o de sinceridade, o de zelo pela honra e dignidade do cônjuge e da família, o de aceitar a liberdade individual do outro. Tem relação com o aspecto

---

<sup>32</sup> O artigo 240, do Código Penal, que tipificava o adultério como crime, foi revogado pela Lei 11106/05. Assim, essa conduta não é considerada ilícito penal, permanecendo, entretanto, como ilícito civil configurador de separação judicial. Diz Maria Helena Diniz (2009b, p. 132) que isso ocorreu pois as causas de infidelidade são variadas, principalmente na órbita psicológica dos cônjuges: como mudança de personalidade, desejo de vingança, monotonia, compensação para decepções sofridas, inadequado relacionamento sexual, culpa do cônjuge traído, entre outras. Além do mais, conforme ensina Fábio Ulhoa Coelho (2009, p. 53-54) com as transformações da sociedade, existem também os chamados "casamentos abertos", nos quais os cônjuges não limitam sua liberdade sexual ao relacionamento marital.

espiritual e com o companheirismo que deve existir na relação. Dependerá da análise do ambiente familiar, da educação dos consortes e das circunstâncias de cada caso. (DINIZ, 2009b, p. 136-137)

Por fim, cumpre analisar o dever de sustento, guarda e educação dos filhos. Compete a ambos os pais, compreendendo o dever de fornecer alimentação, vestuário, habitação, medicamentos e tudo que seja necessário a sobrevivência dos filhos; abrange o fornecimento de instrução básica e complementar, não só em casa, como também na escola, e obriga à assistência material, moral e espiritual dos filhos. (GONÇALVES, 2006b, p. 179)

Nos termos do art. 1568 do Código Civil: "Os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, para o sustento da família e a educação dos filhos, qualquer que seja o regime patrimonial". A separação e o divórcio não alteram os direitos e deveres dos pais em relação aos seus filhos, sendo que a violação deste dever implica em abandono material e moral, podendo caracterizar até mesmo crime.<sup>33</sup> (VENOSA, 2008, p. 142; GONÇALVES, 2006b, p. 178-179)

#### **4.2 A separação judicial culposa como forma de dissolução da sociedade conjugal**

O artigo 1571 do Código Civil estabelece que "a sociedade conjugal termina: I - pela morte de um dos cônjuges; II - pela nulidade ou anulação do casamento; III - pela separação judicial; IV - pelo divórcio". Frisa-se que a separação e o divórcio extrajudiciais também põem término à sociedade conjugal, conforme estabelecido na Lei nº 11441/07.

Para a questão central deste trabalho, cumpre analisar somente a separação judicial culposa com base na violação dos deveres dos cônjuges como

---

<sup>33</sup> Dispõe o Código Penal: "Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo; Art. 246 - Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar".

forma de dissolução da sociedade conjugal, pois o que se pretende é a discussão quanto ao cabimento de dano moral decorrente dessa separação.<sup>34</sup>

A separação judicial põe fim à sociedade conjugal, entretanto mantém o vínculo conjugal. Entende-se por sociedade conjugal "o complexo de direitos e obrigações que formam a vida em comum dos cônjuges". Assim, a separação tem o condão de romper essa sociedade, entretanto mantém o casamento, entendido este como vínculo jurídico. Como consequência, não é possível contrair novas núpcias, até ser decretado o divórcio. (DINIZ, 2009b, p. 284)

Nesse sentido, prevê o Código Civil: "Art. 1.576. A separação judicial põe termo aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca e ao regime de bens". Restam, por conseguinte, outros três deveres impostos pelo art. 1566, quais sejam: mútua assistência; sustento, guarda e educação dos filhos; respeito e consideração mútuos. A sentença de separação judicial importa, também, na separação de corpos e na partilha de bens, nos termos do artigo 1575, do referido diploma civil.

Como visto, a separação judicial não põe fim ao casamento válido, sendo este somente destituído com o divórcio ou com a morte. O legislador deu, entretanto, duas opções aos cônjuges que querem pôr fim ao vínculo: a separação judicial seguida da conversão em divórcio, no prazo de 1 ano ou, ainda, o divórcio direto, no caso de separação de fato por mais de dois anos, consoante o disposto no art. 1580.<sup>35</sup>

A inovação quanto ao pedido de divórcio direto não fez desaparecer a possibilidade de separação judicial para os interessados, pois, embora o fator tempo não seja favorável, é a opção para quem deseja discutir a causa da separação, ou seja, a culpa, na modalidade de separação judicial culposa.<sup>36</sup> (CAHALI, 2005b, p. 70)

---

<sup>34</sup> Portanto, ficarão excluídas de apreciação por este trabalho a separação judicial por mútuo consentimento, que encontra previsão no artigo Art. 1.572, do CC e a separação litigiosa prevista no §2º, do artigo 1572, do CC, também chamada de reparação remédio.

<sup>35</sup> O CC dispõe no art. 1.580: "Decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, qualquer das partes poderá requerer sua conversão em divórcio. § 1º A conversão em divórcio da separação judicial dos cônjuges será decretada por sentença, da qual não constará referência à causa que a determinou. § 2º O divórcio poderá ser requerido, por um ou por ambos os cônjuges, no caso de comprovada separação de fato por mais de dois anos".

<sup>36</sup> A culpa é tratada aqui como atribuição a um dos cônjuges, ou a ambos, de conduta gravemente infratora dos deveres conjugais. Assim, o cônjuge que age violando esses preceitos pode ser declarado culpado pela separação. Não é sinônimo, portanto, da culpa geral da responsabilidade civil, que foi estudada no primeiro capítulo. (GONÇALVES, 2006b, 203)

#### 4.2.1 Violação dos deveres conjugais como causa da separação judicial culposa

Esta modalidade de separação é considerada como sanção à infração dos deveres conjugais, pois um dos cônjuges atribui culpa ao outro. As sanções que o cônjuge culpado sofre são: perda do direito a alimentos, exceto os indispensáveis à sobrevivência e perda do direito de conservar o nome do outro.<sup>37</sup> (GONÇALVES, 2006b, p. 203)

Verifica-se, pelo estabelecido no artigo 1572 do CC, que pode ser proposta por qualquer dos cônjuges, que atribui ao outro ato que importe violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum. O diploma civil enumera um rol de situações aptas a caracterizar a impossibilidade da vida em comum, quais sejam:

Art. 1.573. Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos: I - adultério; II - tentativa de morte; III - sevícia ou injúria grave; IV - abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo; V - condenação por crime infamante; VI - conduta desonrosa. Parágrafo único. O juiz poderá considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum.

Faz-se necessário mencionar que este rol não é taxativo, tendo em vista que o juiz pode considerar outros fatos que ensejam uma vida em comum insuportável, conforme disposto no parágrafo único retrotranscrito.

Além disso, Carlos Roberto Gonçalves (2006b, p. 219) adverte que é necessário que se demonstre que a prática de um ou mais desses atos tornou insuportável a vida em comum. Ou seja, é necessária a cumulação entre, pelo

---

<sup>37</sup> Tais assertivas estão contempladas no Código Civil: "Art. 1694. § 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia"; "Art. 1.704. Parágrafo único. Se o cônjuge declarado culpado vier a necessitar de alimentos, e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurá-los, fixando o juiz o valor indispensável à sobrevivência"; "Art. 1.578. O cônjuge declarado culpado na ação de separação judicial perde o direito de usar o sobrenome do outro, desde que expressamente requerido pelo cônjuge inocente [...]". Os incisos deste último artigo estabelecem as possibilidades de continuar usando o nome, ainda que haja comprovação da culpa.

menos, uma das hipóteses que configuram violação dos deveres do casamento e a impossibilidade da vida em comum.

O adultério viola o dever de fidelidade recíproca; é resultado da conjunção carnal entre duas pessoas de sexos diferentes, praticada normalmente às escondidas. Não precisam ser práticas contínuas, mas devem existir dois elementos essenciais: a cópula e a vontade, consciente e intencional, de faltar ao dever de fidelidade. (GONÇALVES, 2006b, p. 208)

Basta a prova de uma só transgressão a esse dever para configurar o ilícito civil, não se exigindo condutas reiteradas. Os atos de namoro, encontros que não constituem relação carnal com outra pessoa do mesmo sexo, como o relacionamento homossexual ou namoro virtual, não se enquadram em adultério. Não obstante, podem caracterizar injúria grave, que também é causa de separação culposa, como se verá a seguir. (GONÇALVES, 2006b, p. 174)

Washington de Barros Monteiro (2007, p. 118) ensina que esse dever de fidelidade perdura enquanto subsistir a sociedade conjugal, mesmo que os cônjuges estejam separados de fato, se extinguindo apenas com a morte, nulidade, anulação, separação judicial ou extrajudicial e divórcio. Por conseguinte, cada um readquire a liberdade sexual plena, anteriormente restrita ao casamento.

O abandono voluntário e injustificado, durante um ano contínuo, viola o dever de coabitação, ou seja, de vida em comum no domicílio do casal. Os seguintes requisitos devem estar presentes:

a) saída do domicílio conjugal; b) voluntariedade do ato; c) ausência de consentimento do outro cônjuge; d) intenção de não retornar a vida em comum; e) decurso do prazo mínimo de um ano, requisito este que pode ser dispensado se manifestado, de modo inequívoco, desde logo, o intuito de romper a vida conjugal, ou se acompanhado de grave ofensa ao consorte. (GONÇALVES, 2006b, p. 211)

Esclarece-se que este não é um dever absoluto, pois pode ser descumprido ante uma impossibilidade física ou moral, como a necessidade de um dos cônjuges de se ausentar do lar em razão de sua profissão ou de doença.<sup>38</sup> (GONÇALVES, 2006b, p. 175-176)

---

<sup>38</sup> Art. 1.569. O domicílio do casal será escolhido por ambos os cônjuges, mas um e outro podem ausentar-se do domicílio conjugal para atender a encargos públicos, ao exercício de sua profissão, ou a interesses particulares relevantes.

Quanto ao dever de manter relações sexuais, sua inobservância também configura hipótese de separação litigiosa por violação da coabitação. Deve-se ressaltar, porém, que ninguém pode ser obrigado a cumprir este dever, sob pena de violação da liberdade individual. Entretanto, a sanção pelo descumprimento de tal dever se fará sentir na própria separação e numa eventual reparação por dano morais. (VENOSA, 2008, p. 141)

Ressalva-se, ainda, o ensinamento trazido por Maria Helena Diniz (2009b, p. 134). A autora diz que o débito conjugal não é essencial ao matrimônio, uma vez que a própria legislação permite o casamento entre pessoas idosas que não estão mais em condições de prestar esse dever.

Além disso, segundo Carlos Roberto Gonçalves (2006b, p. 177), a escolha e prática de atos sexuais dependem dos interesses pessoais de cada um, considerando-se a vida sexual apenas como um dos aspectos da comunhão de vida, podendo, até mesmo, ser da escolha do casal não praticá-los.

A tentativa de morte, sevícia e injúria grave atingem o dever de assistência, respeito e consideração mútuos. (GONÇALVES, 2006b, p. 214)

A tentativa de morte, perpetrada por um dos cônjuges contra o outro, configura-se pelo começo de execução do crime, que não se consuma, por fatos alheios à vontade do agente, sendo desnecessária, para a decretação da separação judicial, sua condenação penal. (DINIZ, 2009b, p. 300)

Por sevícia entende-se a prática, sem precisar ser reiterada, de ofensas corporais graves, compreendendo toda espécie de agressão física praticada por um cônjuge contra o outro. Já as injúrias graves são as palavras ou atos ultrajantes, ofensivos da dignidade, moral e respeitabilidade do outro. (GONÇALVES, 2006b, p. 214)

As injúrias podem ser verbais, escritas e faladas, como, por exemplo, imputação mentirosa de adultério, entrega de carta por um dos consortes a pessoas conhecidas, na qual conta seus casos extraconjugais, entre outras. Ou podem ser reais, praticadas por gestos injuriosos, tais como, ciúme infundado, prática de relações homossexuais, dentre outras. (DINIZ, 2009b, p. 302-303)

A condenação do cônjuge por crime infamante, como homicídio por motivo torpe, estupro, extorsão mediante seqüestro, dentre outros, também autoriza a decretação da separação judicial culposa, por causar repulsa no meio social e por

revelar o caráter do cônjuge e sua má conduta social, tornando a vida em comum insuportável. (DINIZ, 2009b, p. 302-303)

Por fim, tem-se a conduta desonrosa, a qual se caracteriza pelo:

[...] ato ou comportamento imoral, ilícito ou anti-social de um dos cônjuges que, infringindo os deveres implícitos do matrimônio, provoca no outro cônjuge um estado ou situação de constrangimento, humilhação, desprestígio moral ou social, desconsideração no ambiente da família, do grupo ou da sociedade. (CAHALI, 2005b, p. 373)

Pode-se diferenciá-la da injúria grave, pois nesta há ato ou ação direta contra o cônjuge; já na conduta desonrosa, verifica-se que o consorte é atingido por via reflexa, sendo forma de injúria indireta. Pode-se dar como exemplo a embriaguez, ociosidade, uso de entorpecentes, entre outros. (CAHALI, 2005b, 373-374)

Conforme explicitado, qualquer ato que implique em violação dos deveres dos cônjuges pode dar causa à separação, desde que demonstrada a impossibilidade de vida em comum. Assim, entrega-se um poder discricionário ao juiz para avaliar a culpa do cônjuge, pois cabe a ele, em cada caso concreto, verificar se houve violação dos deveres e se estas infrações tornaram insuportável a vida em comum. (VENOSA, 2008, p. 182-183)

### **4.3 O dano moral decorrente da violação dos deveres conjugais e sua reparação**

Cabe analisar, no momento, a possibilidade da reparação do dano moral decorrente da transgressão dos deveres conjugais acima expostos, pois não é pacífico o entendimento de que tais violações geram danos passíveis de reparação ao cônjuge inocente. Assim, faz-se necessário um estudo detalhado da questão.

#### **4.3.1 Ausência de norma acerca do tema**

A dúvida se insere, principalmente, por não haver norma jurídica nesse sentido. Ou seja, o ordenamento jurídico brasileiro silencia sobre a possibilidade de haver responsabilização civil na infração das normas de Direito de Família.

Por isso, Humberto Theodoro Junior (2001, p. 87) afirma que nessas infrações as sanções previstas são de Direito de Família, não sendo cabíveis as do Direito das Obrigações. Complementando, Fábio Siebeneichler de Andrade (2002, p. 25) diz que, mesmo sem vedação expressa, não se pode confundir o direito de família com o Direito das Obrigações, pois enquanto este é marcadamente patrimonial, aquele tem o aspecto patrimonial limitado.

Em sentido contrário, Inácio de Carvalho Neto (2004, p. 258 e 259) e Rui Stoco (2007, p. 871) dizem que, apesar da lei brasileira não conter dispositivo expresso determinando a responsabilidade civil no direito de família e, especialmente, nos casos de dano moral advindo da dissolução culposa da sociedade conjugal, isso não impende que haja obrigação de indenizar os danos advindos dessas relações. Pois qualquer ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, que violar direito ou causar prejuízo a outrem, gera a obrigação de indenizar.

Daí já se vê o perfeito enquadramento do ato culposos como fato gerador da 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. (CARVALHO NETO, 2004, p. 259)

Portanto, verifica-se que não é necessária a normatização expressa da reparação nesses casos, não porque o Código Civil deixou de fixar as hipóteses de responsabilização nessa seara, mas porque qualquer pessoa lesada, mesmo se for em decorrência das relações matrimoniais, não poderá ser impedida de buscar a reparação dos danos advindos.

#### 4.3.2 Cabimento da responsabilidade extracontratual subjetiva

Superada a questão da ausência de norma positiva que regule a reparação do dano moral proveniente da violação dos deveres conjugais, resta

esclarecer qual espécie de responsabilidade se mostra adequada a proteger os cônjuges.

Esclarece-se que, com a ordem jurídica tendo elevado os danos morais à condição constitucional, há uma tendência de se eximir as regras da responsabilidade civil para a reparação desse dano, com a necessidade apenas da subsunção do ato à norma constitucional.

Entretanto, seguindo uma linha clássica, verifica-se que, para haver a obrigação da reparação, todos os requisitos da responsabilidade civil devem estar presentes. (PEREIRA, 2004, p. 301) Ademais, segundo Regina Beatriz Tavares da Silva (2008, p. 885), se a separação ocorre com a prática de ato ilícito, com desrespeito principalmente aos direitos da personalidade, e havendo dano moral, são aplicáveis os princípios da responsabilidade civil, desde que preenchidos seus pressupostos.

Nesse sentido, é relevante a identificação da espécie de responsabilidade cabível, pois a causa de violação aos deveres conjugais terá que preencher certos pressupostos para configurar o dano indenizável.

Partindo-se do conceito de casamento como contrato, poder-se-ia dizer que a responsabilidade cabível é a contratual. Até mesmo há quem entenda dessa forma, considerando que, por ser o casamento um contrato, mesmo que especial, a responsabilidade contratual deve ser aplicada. Assim, basta que se prove a infração e os danos para ensejar a responsabilidade. (SILVA, 1999, p. 184; PACCA, 2002, p. 97).

Rui Stoco (2007, p. 874) também afirma que "o casamento traduz uma relação contratual *sui generis*, que impõe deveres e obrigações aos cônjuges". Entretanto, ensina que o descumprimento desses deveres não se insere nas regras que regulamentam os contratos, mas se trata de ato ilícito absoluto, proveniente de violação da lei. Ou seja, neste âmbito o dano decorre do ilícito absoluto e não do inadimplemento contratual do casamento. Enseja, portanto, a aplicação das regras dos artigos 186 e 927 do Código Civil, tratadas no primeiro capítulo deste trabalho.

Assim, o ilícito que gera a separação judicial culposa pode, também, acarretar a reparação de eventuais danos que tenha dado causa, inserindo-se na teoria geral da responsabilidade civil, pois "essa obrigação de reparar não é

contratual, tão-somente porque o casamento é um contrato, mas extracontratual, como decorrência do *neminem laedere*, ou seja, da prática de um ato ilícito". (STOCO, 2007, p. 870)

Inácio de Carvalho Neto (2004, p. 277) segue o entendimento de que nesses casos somente há possibilidade da responsabilidade extracontratual, pois afirma que a culpa decorre da prática de um ato antijurídico, não se podendo conceber que a violação de um dever dos cônjuges seja violação de cláusula contratual.

Portanto, é necessário comprovar o ato antijurídico, que contraria as regras do direito, ou seja, o efetivo descumprimento do dever conjugal; bem como a culpa, seja dolosa, com intenção de violar o dever conjugal, ou culposa, verificando-se a negligência, imprudência ou imperícia no ato do cônjuge culpado; e, ainda, o dano moral, o resultado indenizável do ato. Resta, ainda, comprovar o liame entre o ato e o dano, ou seja, o nexo causal. Verifica-se, por fim, que não deve estar presente nenhuma hipótese de exclusão da responsabilidade.

#### 4.3.3 Possibilidade da reparação do dano moral decorrente da violação dos deveres conjugais

Há argumentos contrários e a favor da reparação dos danos morais na separação judicial culposa, os quais serão demonstrados e comparados, com o objetivo de chegar a uma conclusão sobre o tema.

Existe a teoria que admite a reparação somente nos casos em que a conduta que deu causa à separação judicial seja tipificada como crime, pois se argumenta que o efeito civil do delito penal torna certo o direito da vítima de requerer a indenização dos danos materiais e morais. (THEODORO JUNIOR, 2001, p. 90; TEIXEIRA, 2005, p. 145-148)

A crítica que se faz a esse entendimento é no sentido de que a admissão da responsabilidade nessas condições não significa aceitar a reparação dos danos morais produzidos nos limites da relação matrimonial, já que muitos dos comportamentos ilícitos previstos no âmbito do Direito de Família não são,

necessariamente, fatos típicos sob a ótica penal. Dessa forma, essa linha é simples reafirmação da possibilidade de incidência da responsabilidade *ex delicto*, o que se considera ser muito restritivo. (BRANCO, 2006, p. 58)

Outra oposição se encontra nas lições de Fábio Siebeneichler de Andrade (2002, p. 25), o qual entende que o fato de o legislador ter feito menção aos danos morais não significa que estes devam ser aplicados até mesmo nas relações de família.

Ressalta-se, entretanto, que o matrimônio não pode ser considerado como circunstância a restringir a proteção conferida pela ordem jurídica àquele que se vê ofendido em seus direitos. Do contrário, estaria se infringindo preceito legal, tendo em vista que os deveres constam em lei e na Constituição Federal. Assim, qualquer violação aos direitos de personalidade ou à dignidade humana quando no descumprimento desses deveres enseja obrigação de indenizar. (BRANCO, 2006, p. 58)

Segue esse entendimento Rui Stoco (2007, p. 870), o qual entende que qualquer ato culposos, que cause dano a outrem, ingressa no campo da ilicitude. Por ser responsabilidade que adentra à família, a única ressalva que se faria era no sentido do que é razoável ou não neste âmbito. Este doutrinador entende que, por ser resultado de ato ilícito civil, contrário as regras do direito, deve ser passível de reparação.

Há ainda que se mencionar a hipótese de que bastaria a imposição de encargo alimentar em favor do cônjuge não culpado para se ressarcir o prejuízo sofrido na separação judicial culposa. (CAHALI, 2005a, p. 759)

Contudo, não há como confundir os alimentos devidos por um cônjuge ao outro com reparação de dano, pois o primeiro tem caráter de subsistência, sendo devido para garantir a sobrevivência do outro, enquanto a indenização tem caráter compensatório e punitivo.

[...] os alimentos são devidos não em razão da prática de um ilícito civil, mas em função da necessidade do cônjuge ou companheiro, do parente, do ascendente ou do descendente, quando o requerente não tem bens suficientes ou não pode prover a própria manutenção. (STOCO, 2007, p. 872)

Além disso, mesmo de forma restrita, a obrigação de alimentos passou a ser devida até mesmo para o cônjuge culpado, quando este não tem condições de

se manter, consoante disposto no artigo 1704, parágrafo único, do Código Civil, já transcrito. Portanto, não configura sanção.

Assim, o ato ilícito que configura a infração aos deveres conjugais é fundamento da separação judicial culposa e também se presta para legitimar uma ação de reparação de direito comum por eventuais danos resultantes da conduta ilícita praticada. Portanto, "não há dúvida que o cônjuge agredido em sua integridade física ou moral pelo outro tem contra este ação de indenização, com fundamento no artigo 927 do CC", sem restringir a possibilidade de se pleitear os alimentos devidos. (CAHALI, 2005a, p. 763)

Não obstante as oposições feitas, conclui-se, portanto, que a violação dos deveres conjugais pode acarretar dano moral, gerando responsabilidade civil e, conseqüentemente, indenização pecuniária.

#### 4.3.4 As causas de violação dos deveres conjugais e a reparação do dano moral proveniente

Ultrapassadas as discussões quanto à possibilidade da reparação do dano moral nesta seara, passa-se a análise das causas de violação do dever conjugal, que, podendo se consubstanciar em atos ilícitos e ocasionar dano moral, geram a obrigação de indenizar.

[...] a deteriorização das relações entre os cônjuges pode dar ensejo a uma série de condutas lesivas aos direitos da personalidade, as quais podem ser sintetizadas no desrespeito aos deveres próprios do casamento, cujo rol estabelecido pelo art. 1556 do vigente CC, devido a sua inegável amplitude, abarca as várias possibilidades de ofensa moral. (BRANCO, 2006, p. 66)

Nesse sentido, o comportamento culposo, extremado e anormal, contrário aos deveres, além de autorizar a separação judicial, deve trazer ao cônjuge inocente inegável sensação de dor, humilhação, sentimentos de desamor suficientemente graves para possibilitar a reparação dos danos morais. (BRANCO, 2006, p. 66; STOCO, 2007, p. 873),

Além de ferir direitos da personalidade, a violação dos deveres conjugais também atinge a dignidade da pessoa humana. Todas as pessoas devem respeitar

o próximo, mas, como o próprio ordenamento impõe o dever de respeito e consideração mútuos, os cônjuges têm um dever extra de atenção ao princípio da dignidade humana na sua relação conjugal. (CANEZIN, 2009, p. 114)

A título exemplificativo, far-se-á o apontamento das principais causas de violação dos deveres conjugais, com a referente ligação ao direito ofendido, deixando clara a possibilidade de sua reparação quando enseja dano moral.

Conforme ilustrado, o adultério fere o dever de fidelidade. José de Aguiar Dias (2006, p. 573) e Rui Stoco (2007, p. 478) dizem que é incontestável a possibilidade de reparação do dano moral advindo dele. Sendo o adultério traição a confiança, ofende a honra e dignidade da pessoa, caracterizando, assim, violação grave do dever do cônjuge. Esclarece-se que a responsabilização decorrerá em razão do comportamento do cônjuge culpado e não do fato em si, ou seja, a traição.

Sobretudo quando vem a conhecimento público, o adultério gera indiscutível dano moral, entretanto não é imprescindível que chegue ao conhecimento externo, pois fere o íntimo do outro cônjuge, ofendendo sua dignidade e amor próprio. (STOCO, 2007, p. 478)

Aqueles atos que se afastam do conceito de adultério e integram a injúria grave também geram obrigação de indenizar, como, por exemplo, relacionamentos homossexuais, namoros, o adultério virtual, pois podem constituir grave dano moral, violentando a reputação e honra do outro cônjuge. (CARVALHO, 2004, p. 283)

A recusa ao ato sexual fere o dever de comunhão de vida, ocasionando, muitas vezes problemas de ordem psicológica na vítima. Se houver recusa injustificada ao cumprimento do débito conjugal, pode surgir o dever de indenização e propositura da ação de separação, entretanto, jamais se poderá admitir o uso de violência física ou moral para se fazer valer esse dever. (FALAVIGNA E KEICH, 2004, p. 234)

Quanto à prática de ato sexual anormal, "tem-se afirmado que a prática de coito anal e demais práticas ditas anormais (sodomia, sado-masoquismo, etc) podem dar margem à obrigação de indenizar". Contudo, se houver consentimento do cônjuge, não se poderá falar em indenização. (CARVALHO NETO, 2004, p. 284)

A transmissão de doenças é outra possibilidade de obrigação de indenizar. Requer, como nas outras hipóteses, que o cônjuge tenha agido com dolo

ou culpa, pois, se não houver o mínimo de culpa, não há obrigação de indenizar. (CARVALHO NETO, 2004, p. 285)

Assim, a responsabilidade do cônjuge que transmite ao outro moléstia contagiosa, hipótese em que é indiferente, para o aparecimento do dever de reparação, que a moléstia tenha ou não sido comunicada intencionalmente, bastando para a caracterização da responsabilidade a simples negligência ou imprudência. (DIAS, 2006, p. 573)

Frisa-se que qualquer dos cônjuges pode se recusar a cumprir o débito conjugal caso o outro seja portador de alguma doença sexualmente transmissível, pois estaria violando sua integridade física e o direito à vida, os quais merecem proteção prioritária em relação ao débito conjugal. (FALAVIGNA; KELCH, 2004, p. 239)

As sevícias, o atentado contra a vida e a ofensa a honra são hipóteses que ensejam a indenização, independentemente da violação aos deveres conjugais, pois configuram tipos criminais, como lesão corporal, tentativa de homicídio, injúria, calúnia e difamação. Esclarece-se, contudo, a grave violação que ensejam aos deveres dos cônjuges, pois afetam o direito à vida, à integridade física e moral, ficando clara a carga indenizatória. (CARVALHO NETO, 2004, p. 286-287)

As sevícias, ainda que não provoquem lesões corporais, são indenizáveis a título de dano moral, pois afetam a integridade física da pessoa que, como visto, configura direito subjetivo da personalidade. E certas imposições, ainda que não caluniosas, também geram o dever de indenizar, como, por exemplo, a mulher que espalha perante a sociedade que seu marido não é pai de seus filhos, agredindo sua dignidade. (CARVALHO NETO, 2004, p. 290)

Verifica-se, por fim, que simular gravidez ou enganar o marido sobre a paternidade dos filhos configura falta de lealdade, respeito e consideração mútuos ou, ainda, adultério. Assim, fica clara a lesão à integridade psíquica do marido, ensejando a obrigação de indenização. (CARVALHO NETO, 2004, p. 292; COSTA, 2007)

Em suma, qualquer conduta inapropriada, tipificada na lei como violação aos deveres conjugais ou proveniente da aplicação da cláusula geral de não prejudicar ninguém, que causa dano ao outro consorte, pode gerar a obrigação de indenizar pelos danos morais advindos, dependendo da gravidade da lesão. (RIZZARDO, 2006, p. 695; AGUIAR, 2005, p. 468)

#### 4.3.5 Julgados pertinentes à reparação do dano moral decorrente da violação dos deveres conjugais

Encontram-se, no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, julgados reconhecendo a possibilidade da reparação do dano moral decorrente de quebra do dever conjugal, conforme se depreende:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. SEPARAÇÃO LITIGIOSA. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. NÃO CONHECIMENTO EM RAZÃO DA INCOMPATIBILIDADE DE RITOS. PROCEDIMENTO ORDINÁRIO. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO (CPC, ART. 292, § 2º). CULPA PELA SEPARAÇÃO DO VARÃO. ADULTÉRIO COMPROVADO. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR CARACTERIZADA. A desobediência ao dever de fidelidade recíproca acarreta dor moral ao cônjuge enganado, autorizando a condenação do consorte infiel ao pagamento de indenização por danos morais. O valor da indenização do dano moral deve ser arbitrado pelo juiz de maneira a servir, por um lado, de lenitivo para a dor psíquica sofrida pelo lesado, sem importar a ele enriquecimento sem causa ou estímulo ao abalo suportado; e, por outro, deve desempenhar função pedagógica e séria reprimenda ao ofensor, a fim de evitar a recidiva. (TJSC, Apelação civil nº 2004.012615-8, Rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. em 05/05/05)

Aduz-se do referido acórdão que o dano moral se afere pela própria natureza do fato, que contém uma carga ofensiva à honra, à boa fama e à dignidade da pessoa alvejada, provocando desconforto moral, constrangimento pessoal, tristeza ou depressão profunda, mágoa, amargura, intranquilidade. Conseqüências que costumam refletir sobre o bem-estar físico da pessoa, afetando-lhe com maior ou menor intensidade, o psiquismo e perturbando-lhe ou furtando-lhe, até mesmo, o apetite e o sono.

Assim, conclui-se que a desobediência aos deveres conjugais impostos pelo artigo 1.566, do Código Civil pode acarretar dano intenso ao cônjuge enganado, ensejando a condenação do consorte infiel ao pagamento de indenização por danos morais.

Lembra, ainda, o relator que, se de um lado impõe-se a obrigação do apelado de entregar à sua ex-consorte uma justa indenização por danos morais, de outro deverá se avaliar as condições econômico-financeiras de ambas as partes, para que, na medida do possível, não se cometam iniquidades.

O Superior Tribunal de Justiça também se manifestou, firmando o *leading case*:

Separação judicial. Proteção da pessoa dos filhos (guarda e interesse). Danos morais (reparação). Cabimento. 1. O cônjuge responsável pela separação pode ficar com a guarda do filho menor, em se tratando de solução que melhor atenda ao interesse da criança. Há permissão legal para que se regule por maneira diferente a situação do menor com os pais. Em casos tais, justifica-se e se recomenda que prevaleça o interesse do menor. 2. O sistema jurídico brasileiro admite, na separação e no divórcio, a indenização por dano moral. Juridicamente, portanto, tal pedido é possível: responde pela indenização o cônjuge responsável exclusivo pela separação. 3. Caso em que, diante do comportamento injurioso do cônjuge varão, a Turma conheceu do especial e deu provimento ao recurso, por ofensa ao art. 159 do Cód. Civil, para admitir a obrigação de se ressarcirem danos morais. (STJ, REsp 37051/SP, Min. Rel. NILSON NAVES, j. em 17/04/2001)

Na oportunidade, ficou decidido que se a separação é pronunciada por culpa exclusiva de um dos esposos, o culpado responderá pela obrigação de ressarcir danos morais, desde que satisfeitos os pressupostos da reparação. No caso em tela, falou-se da prática de sevícias e se disse respeito da humilhação sofrida pela mulher, acarretando, assim, grave violação dos deveres do casamento.

Assim, quanto ao comportamento injurioso, ficou estabelecido que gera indenização, no tocante ao artigo 159 do Código Civil de 1916, ora o artigo 186 do diploma civil vigente.

No entanto, existem julgados que apresentam fundamentações diferenciadas, conforme se verifica abaixo:

Cuida-se de indenização por dano moral, movida em face de ex-cônjuge, em decorrência de relacionamentos extraconjugais, desamparo à família e agressões. No que concerne a tal fato, mostra-se melhor o entendimento de que, como apresentada ao Juízo, a situação conjugal em crise não gerou dano a ser compensado. Não é fidelidade mensurável, nem pode ser exigida às raias de um suposto "inadimplemento". Crises conjugais geram separações, divórcios, mas não há o dano moral. Não no presente caso, em que além de não ficar caracterizada a maior parte das alegações, permaneceu a autora em companhia do Autor durante todo o tempo, mesmo após a consciência de sua alegada traição. (TJRJ, Apelação Civil 2004.001.15985, Rel. Des. Reinaldo P. Alberto Filho, j. em 17/08/2004)

Entendeu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, neste caso, que havia ausência de provas para comprovar a gravidade do dano. Deixa claro que as crises são fatores intrínsecos do relacionamento marital e que, por isso, salvo graves e evidentes excessos, não se pode condenar a reparação de alegado dano moral. Além disso, a decisão se encontra fundamentada no entendimento de que a autora perdoou a conduta do réu, pois manteve o relacionamento, durante um tempo.

Nesse sentido segue outro julgado do mesmo Tribunal:

Indenizatória por danos morais. Conflito familiar. Inocorrência. O dano moral em razão de conflito familiar exige para sua caracterização um resultado que ultrapassa o limite da razoabilidade e tolerância que se espera dos casais em processo de separação, e deve ser aferido em consideração ao momento vivenciado, pelo que, *in casu*, nota-se extremamente conflituoso, com agressões e cobranças mútuas. As provas carreadas para os autos são vagas, fracas e somente se prestam para demonstrar que apelante e apelado foram vítimas da própria incompreensão, não havendo como se cogitar da condenação por dano moral, tal como consubstanciada na pretensão autoral. Recurso improvido, nos termos do voto do Desembargador Relator. (TJRJ, apelação civil nº 2004.001.15569, Rel. Des. Ricardo Rodrigues Cardoso, j. em 24/08/2004)

Infere-se dos últimos julgados apresentados que, muito embora as decisões até admitam a reparação do dano moral em sede de separação judicial culposa, nos casos concretos não a reconhecem, por entender faltar provas, ausência de gravidade ou, ainda, que essas situações são inerentes ao fim do casamento.

Resta esclarecer que, quanto ao divórcio direto decorrente de separação de fato, no qual não se discute culpa, há entendimento no sentido de que não é possível pedir a reparação dos danos morais, pois o decurso do tempo mitigou a situação humilhante pela qual o ofendido foi submetido. Verifica-se no julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

CIVIL. NÃO CONHECIMENTO PARCIAL. INADEQUAÇÃO DA DEMONSTRAÇÃO DE REPERCUSSÃO GERAL EM APELAÇÃO. MÉRITO. DANOS MORAIS. VIOLAÇÃO AOS DEVERES CONJUGAIS. INFIDELIDADE. PROVAS CONSTITUÍDAS POR CONVERSAS EM SISTEMA DE TROCA DE MENSAGENS EM TEMPO REAL. ILICITUDE DA PROVA AFASTADA. CONTRAPROVA NÃO DILIGENCIADA. NÃO CARACTERIZAÇÃO DO DANO MORAL. INFIDELIDADE COMO FATO GERADOR DO DEVER DE REPARAÇÃO. NECESSIDADE DE GRAVE HUMILHAÇÃO E EXPOSIÇÃO. CIÊNCIA DA INFIDELIDADE ANOS APÓS A SEPARAÇÃO DE FATO. DECURSO TEMPORAL QUE MITIGA A SITUAÇÃO VEXATÓRIA. AUSÊNCIA DOS ELEMENTOS CARACTERIZADORES DO DANO MORAL. APELAÇÃO PROVIDA.

3. A jurisprudência mais responsável com a natureza jurídica do dano moral caminha no sentido de que a imposição do dever de reparar tem espaço apenas em casos particulares, quando do rompimento da relação há mais que abalo sentimental, sendo necessária a repercussão grave nos atributos da personalidade. Ou seja, a infidelidade, por si só, não gera, via de regra, causa de indenizar, apenas configurando dano moral a situação adúltera que ocasiona grave humilhação e exposição do outro cônjuge. Interpretação de julgados do e. STJ e deste TJDF. (TJDF, Apelação civil 20050111181703, Rel. Des. COSTA CARVALHO, j. 15/04/2009)

Assim, o entendimento é no sentido de que o decurso temporal afasta a possibilidade de reparação do dano moral em sede de divórcio direto decorrente de

separação de fato, pois o dano não se projeta na atualidade com a intensidade exigida para a configuração da reparação.

#### 4.3.6 Cumulação da separação judicial culposa com a ação de reparação do dano moral decorrente da violação dos deveres conjugais

Na questão processual, surge a dúvida quanto à possibilidade de se cumular as duas demandas, pois, como visto, são decorrentes do mesmo ato ilícito.

Inácio de Carvalho Neto (2004, p. 275) acredita não ser possível essa cumulação, pois o artigo 292, do CPC, que trata da cumulação das demandas, impõe, no §1º, II, que deve ser competente para conhecer dos pedidos o mesmo juízo.<sup>39</sup> Dessa maneira, entende que a separação litigiosa culposa compete à Vara da Família e a ação de indenização por danos morais é de competência da Vara Cível.

Já Maria Clara Osuna Diaz Falavigna e Rita Kelch (2004, p. 229) afirmam ser possível a cumulação, devendo ambas as ações ser propostas no juízo cível, nas comarcas onde não houver divisão de especialidade, e no de família, onde esta vara existir. Prioriza-se, desta forma, a economia processual, já que as provas serão as mesmas, evitando-se, assim, trazer maiores prejuízos as partes.

Complementando, Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 90) ensina que as ações em questão são independentes, contudo os pedidos são cumuláveis e passíveis de ser formulados na mesma demanda. Faz a ressalva de que a ação de indenização pode ser pleiteada antes ou depois da instauração da separação, desde que perante o juízo de família.

Maria Helena Diniz (2009a, p. 195) corrobora esse entendimento, pois afirma que, pela identidade de causa, nada impede que o juízo de família possa vir a decidir ambas as ações, até mesmo sendo possível deduzir a reparação na reconvenção.

---

<sup>39</sup> Dispõe o art. 292, do CPC: "É permitida a cumulação, num único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão. §1º São requisitos de admissibilidade da cumulação: I – que os pedidos sejam compatíveis entre si; II – que seja competente para conhecer deles o mesmo juízo; III – que seja adequado para todos os pedidos o tipo de procedimento".

#### 4.3.7 A reparação do dano moral decorrente da violação dos deveres conjugais e o direito comparado

Diferentemente do que ocorre na legislação pátria, a reparação civil do dano moral decorrente da dissolução da sociedade conjugal culposa é objeto de ampla discussão na doutrina e jurisprudência alienígena.

Fábio Siebeneichler de Andrade (2002, p. 13-15) apresentando a legislação francesa e a portuguesa, menciona que ambas possuem dispositivo no sentido de permitir a reparação do dano moral proveniente do divórcio.<sup>40</sup>

Na legislação francesa, há dois fundamentos legais para a reparação dos danos morais pelo fim do casamento: a regra do artigo 266, o qual dispõe que o cônjuge não culpado pelo divórcio poderá pleitear reparação moral e material, quando atingido pelo fim do vínculo matrimonial; e a norma geral da responsabilidade civil, estabelecida no artigo 1382, quando houver violação dos deveres conjugais, com o conseqüente dano. (ANDRADE, 2002, p. 14-16; CARVALHO NETO, 2004, p. 250)

"A primeira vista podem parecer idênticos esses fundamentos, mas, segundo os doutrinadores franceses, diferenciam-se. A regra do art. 266 fundamenta a reparação de danos oriundos da própria ruptura do vínculo conjugal", como o sofrimento pelo fim do casamento ou a solidão em que se encontra o consorte inocente. Já no caso da regra geral, o artigo 1382 dá fundamento à reparação dos prejuízos oriundos da própria causa do divórcio, ou seja, do descumprimento do dever conjugal. (CARVALHO NETO, 2004, p. 253)

Ocorre a mesma situação no Direito Português, pois, quando houver danos causados como conseqüência da separação e do divórcio, aplicar-se-á a

---

<sup>40</sup> Fábio Siebeneichler de Andrade (2002, p. 14) traduz o artigo 266 do Código Francês e 1792 do Português, respectivamente: "Quando o divórcio é decretado com base em culpa exclusiva de um dos cônjuges, este pode ser condenado a perdas e danos em reparação do prejuízo material ou moral que a dissolução do matrimônio acarretar ao consorte. Este último somente pode requerer as perdas e danos por ocasião da ação de divórcio"; "O cônjuge declarado único ou principal culpado e, bem assim, o cônjuge que pediu o divórcio com fundamento da alínea c do artigo 1781 [alteração das capacidades mentais do outro] devem reparar os danos não patrimoniais causados pela dissolução do casamento".

regra específica, contida no artigo 1792; e quando ocorrer danos resultantes da causa da dissolução do casamento, a regra aplicada será a do artigo 483 do ordenamento cível português, que estabelece a responsabilidade civil geral. (BRANCO, 2006, p. 73)

Portanto, verifica-se que nos dois países é admitida a aplicação da responsabilidade civil no Direito de Família, no tocante à reparação do dano moral na violação dos deveres do casamento.

Em sentido contrário, tem-se a legislação alemã, que, conforme Fábio Siebeneichler de Andrade (2002, p. 19), não admite a responsabilidade civil na seara da separação judicial, pois não prevê hipótese de dissolução da sociedade conjugal mediante culpa. Ademais, quanto à possibilidade da infração aos deveres conjugais atingir direitos da personalidade, o mencionado autor afirma que a doutrina alemã não aceita a reparação nesses casos, pois acredita que os deveres devem ser cumpridos espontaneamente, não devendo ser objeto de coerção ou pressão externa.

#### 4.3.8 Extensão da reparação do dano moral à violação dos deveres dos conviventes

A Constituição Federal equiparou a união estável entre homem e mulher à entidade familiar, garantindo-lhe proteção. Também dispõe nesse sentido o Código Civil: "Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família".

O diploma civil também estabelece os deveres entre os conviventes: "Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos".

Ou seja, a infração dos deveres dos conviventes também pode implicar violação inerente aos direitos da personalidade, sendo possível, nesse sentido, falar-se em reparação do dano moral. (BRANCO, 2006, p. 70)

Importa salientar, também, que não há diferença na natureza dos deveres dos cônjuges ou dos conviventes, aplicando-se as mesmas regras e as mesmas diretrizes nas duas situações. (BRANCO, 2006, p. 90)

Realmente não se pode entender pensamento diverso, que ao pretender colocar as uniões estáveis e conjugais num pedestal, inatingível pelos princípios da responsabilidade civil, acaba por deixar de oferecer-lhes proteção, ao ponto de desconsiderar a possibilidade da reparação civil nessas relações. A aplicação dos princípios da responsabilidade civil não há como ser negada em todas as relações jurídicas, independentemente de sua origem e de seus sujeitos. (SILVA, 1999, p. 38)

Nesse sentido, os mesmos princípios que se aplicam à reparação do dano moral decorrente da violação dos deveres conjugais também têm relevância no tocante aos deveres dos conviventes. Verifica-se o julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA ENTRE EX-COMPANHEIROS. LEGITIMIDADE DA AUTORA PARA PLEITEAR DANOS MORAIS DECORRENTES DA INFIDELIDADE DO RÉU E PRÁTICA DE CRIME CONTRA A LIBERDADE SEXUAL DA FILHA DE AMBOS. MÉRITO. REQUISITOS CARACTERIZADORES DA RESPONSABILIDADE CIVIL COMPROVADOS. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR CARACTERIZADA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. SENTENÇA REFORMADA. (TJSC, Apelação Cível n. 2006.024564-0, Rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. em 28/05/2009)

Infere-se do mencionado julgamento, que a vítima de infidelidade, ainda que seja companheira, tem direito de pleitear a indenização dos danos morais decorrentes do ato desonroso. Retira-se da decisão que o descumprimento do dever de fidelidade recíproca acarreta dor moral à companheira enganada, autorizando a condenação do infiel ao pagamento de indenização por danos morais.

Depreende-se, ainda, que a autora tem legitimidade para buscar a indenização por danos morais decorrentes da infidelidade de seu ex-companheiro, tendo em vista que o bem jurídico protegido pela legislação é a incolumidade moral, direito personalíssimo da vítima, e também diante do crime de atentado violento ao pudor cometido pelo réu, que atinge, indubitavelmente, a psique de sua ex-companheira, diante do altíssimo teor de reprovabilidade da conduta criminosa, praticada contra a filha biológica da apelante e adotiva do convivente culpado.

Por fim, conclui-se que tanto a desobediência aos deveres conjugais, como a violação aos deveres dos conviventes, que acarreta dor moral ao consorte enganado, podem ensejar a condenação do consorte culpado ao pagamento de indenização por danos morais.

#### 4.4 Projeto de lei 276/2007

O projeto de Lei nº 276/2007 visa alterar o Código Civil, instituído pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.<sup>41</sup>

Sílvio de Salvo Venosa (2008, p. 143) acredita que, em relação ao direito de família, as alterações introduzidas serão no sentido de abandonar o rol restritivo dos deveres dos cônjuges, realçando a proteção à dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, diz Maria Helena Diniz (2009a, p. 195) que o Projeto de Lei nº 276/2007 incluirá o § 2º ao dispositivo 927, do Código Civil, prescrevendo que "os princípios da responsabilidade civil aplicam-se também as relações de família".

A justificação, de autoria de Regina Beatriz Tarares da Silva, que se aponta no próprio projeto de lei segue o entendimento de que a responsabilidade civil avança conforme progride a civilização, havendo necessidade de constante adaptação desse instituto às novas necessidades sociais. Por isso, as regras de responsabilidade devem ter caráter genérico e aos juízos cabe delas extrair os preceitos para aplicá-las ao caso concreto, sendo passíveis de aplicação em todos os ramos do direito, inclusive no Direito de Família.

Quando ocorre ruptura da relação com deveres violados, com desrespeito especialmente aos direitos da personalidade dos envolvidos, é evidente o dano ocorrido aos membros da família. O lesado, em obediência ao princípio da proteção à dignidade da pessoa humana, merece a devida reparação pelos danos sofridos, com respaldo, portanto, na ordem constitucional.

Conclui-se, com base nessa justificativa apresentada, que a responsabilidade civil é verdadeira tutela de proteção à dignidade da pessoa humana e aos seus direitos da personalidade, inclusive e principalmente no âmbito familiar.

---

<sup>41</sup> Informações retiradas do site <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/438647.pdf>, acessado em 24 nov. 2009.

## 5. CONCLUSÃO

Inserir as regras da responsabilidade civil no direito de família não é questão fácil, visto que implicam variantes em todas as áreas da sociedade. Além disso, tende-se a colocar as regras do Direito de Família fora do alcance de qualquer outra norma jurídica.

Entretanto, como demonstrado, há a possibilidade de se aplicar a regra geral dos artigos 186 e 927 do Código Civil quando, da violação dos deveres conjugais, ocorre um dano moral para o cônjuge inocente.

Isto porque os deveres dos cônjuges são regras que se impõem, não podendo ser escolhidas pelos consortes, configurando, assim, ilícito na sua violação. Não são sugestões ou recomendações do ordenamento, e sim obrigações, e seu descumprimento acarreta conseqüências.

Não obstante, não basta a separação ser culposa para ensejar o dano indenizável, já que é notório que qualquer relação que está próxima do fim acarreta situações desconfortáveis para o casal, mesmo que a ruptura se dê da forma mais civilizada possível.

O direito à indenização nasce do comportamento anormal e extremado de um dos cônjuges. A quebra dos deveres conjugais é fundamento para a ocorrência do dano, isto é, demonstra-se que a infração do dever conjugal em questão gerou um dano de extrema gravidade ao consorte.

Cumprir mencionar que a violação desses deveres não importa em inadimplemento contratual do casamento, pois não se está considerando essas imposições legais como cláusulas contratuais. Na verdade, a reparação se justifica por serem condutas contrárias ao direito, que deveriam ser observadas por ambos os cônjuges. Mesmo que não estivessem tipificadas no ordenamento seriam fontes geradoras de indenização, pois a ninguém é lícito prejudicar outro.

Assim, verifica-se que essas violações ultrapassam os limites do matrimônio, atingindo a pessoa e seus direitos. Frisa-se, ainda, que o princípio da dignidade humana orienta todas as regras do ordenamento e que a infração dos deveres do casamento, indubitavelmente, fere também esta norma constitucional.

A dignidade da pessoa humana é principalmente aplicável às relações familiares e conjugais, pois se pressupõe que essas são baseadas no amor, respeito e consideração. Todas as pessoas devem obedecer a esse preceito constitucional, mas, os cônjuges, pela essência da relação e por terem seus deveres explícitos na norma legal, têm uma obrigação a mais de resguardar a dignidade do outro.

Acentua-se, dessa forma, a necessidade de se tutelar a pessoa humana no âmbito familiar, tendo em vista que a família, nos dias de hoje, tem a função de preservar a essência do ser humano, antes mesmo de ser considerada como centro da sociedade.

Por conseguinte, é indispensável a aplicação do instituto da responsabilidade civil nessa área, pois confere ao cônjuge inocente o direito de reparação do dano moral decorrente do descumprimento dos deveres conjugais, que, afinal, resulta também numa violação ao princípio da dignidade humana.

Contudo, deve-se aplicar as regras da responsabilidade civil no âmbito do Direito de Família com cautela, pois não se pode mitigar outros valores, como a proteção da família, a intimidade dos cônjuges, o respeito aos interesses dos filhos. Dessa maneira, a ação de indenização só é cabível quando comprovada a gravidade da ofensa; somente assim se permite o afastamento desses princípios em prol da reparação da ofensa.

Ressalta-se, ainda, que as sanções provenientes da separação culposa, como a perda do direito aos alimentos, ao nome do cônjuge, guarda dos filhos, não têm natureza de reparação por danos morais. Nem mesmo a fixação de pensão alimentícia pode ser considerada como indenização, pois não configura sanção e sim uma consequência da obrigação de assistência, que não se dissolve com a separação judicial.

Quanto ao papel da culpa no âmbito familiar, pode-se compreender que representa um retrocesso a sua avaliação na separação, pois, normalmente, o fim de um relacionamento se dá por diversos fatores, que não se convertem somente para a culpa de um dos cônjuges. Considera-se relevante a discussão quanto à dispensabilidade da imputação de culpa pelo rompimento do vínculo afetivo.

Entretanto, para caracterizar a responsabilidade civil nessa seara, é necessária a sua persecução, haja vista ter que se provar a ação ou omissão, o

dano, o nexa causal e a culpa *latu sensu*, requisitos imprescindíveis da responsabilidade extracontratual subjetiva, que devem ser observados também na reparação do dano moral entre cônjuges.

Assim, a culpa não pode ser usada de forma abusiva, com o objetivo de fomentar vingança, mas também não pode ser esquecida de modo a premiar o cônjuge culpado que causou dano relevante e intenso por meio do descumprimento de seus deveres obrigatórios.

Por fim, é necessário ressaltar que não se trata de condenar o desamor, pois quando a ruptura do casamento se dá de forma consensual ou por falta de afeto de uma das partes, o dano causado não é proveniente de uma infração aos deveres conjugais, e sim de um acontecimento normal da vida humana, não podendo ser indenizado.

O resultado de uma violação aos deveres impostos aos cônjuges deve ser um dano intenso e não provocado por falta de amor, mas por ausência de respeito às regras estabelecidas no artigo 1566, do Código Civil, que, em suma, violam a dignidade da pessoa humana. Ou seja, requer-se a obediência ao princípio de que ninguém pode lesar direito de outrem. Somente nessas condições seria admissível buscar a culpa e a reparação.

Conclui-se, portanto, que as relações entre cônjuges merecem e necessitam da proteção da responsabilidade civil, pois pressupõem a busca pela felicidade e afeto, e não pelo desrespeito e humilhação. A questão que resta é como o juízo continuará a enfrentar as relações de dano no âmbito da família, pois, como visto, atualmente é ínfima a sua participação no delineamento de tal discussão, entendendo, na maioria das vezes, que o dano, por mais extremado que seja, faz parte da própria dissolução da relação.

Cabe mencionar, finalmente, as prováveis alterações que o Projeto de Lei nº 413-C, chamado de "PEC do Divórcio", que tramita no Congresso Nacional, intenciona promover na seara familiar. Com o intuito de extinguir a separação judicial, mantendo somente o divórcio como forma de dissolução da sociedade conjugal, o legislador não mais permitirá a discussão dos elementos subjetivos, como, por exemplo, a culpa. Dessa forma, a questão do dano moral entre cônjuges somente será passível de ajuizamento no Juízo Cível, pois se tornará impossível a cumulação de demandas na esfera familiar. Ou seja, haverá ainda mais restrição quando à aplicação da justiça nos conflitos familiares, haja vista que o Juízo Cível, muitas vezes, não encontra a mesma sensibilidade para tratar dessas questões.

## REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Ruy Rosado de. **Responsabilidade civil no direito de família**. Revista do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, Superior Tribunal de Justiça v.ED. ESPECIAL, maio 2005, p. 459-472.
- ALVIM, Tereza Arruda (coord.). **Direito de Família, aspectos constitucionais, civis e processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995
- ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. **A reparação de danos morais por dissolução do vínculo conjugal e por violação de deveres pessoais entre cônjuges**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago. 2002. v. 802. p.11-26.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Caracterização Jurídica da dignidade da pessoa humana**. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, 2002. v. 797. P. 11-26
- BENESSE, Paulo Roberto. **A personalidade, os danos morais e sua liquidação de forma múltipla**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- BEZERRA, Eurivaldo Neves; LIMA, Mariana Sanctos. **Cônjuge ofendido deve receber indenização por danos morais**. Revista Consultor Jurídico. 25 set. 2004. Disponível:<[http://www.conjur.com.br/2004set/conjuge\\_ofendido\\_receber\\_indenizac\\_ao\\_danos\\_morais](http://www.conjur.com.br/2004set/conjuge_ofendido_receber_indenizac_ao_danos_morais)> Acesso em: 28. nov. 2009.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 37051/SP**. Relator: Ministro Nilson Naves. Brasília, 17 de abril de 2001. Disponível em:< <http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 19 nov. 2009.
- BRASIL. **Constituição Federal** In: Vade Mecum 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009
- BRASIL. Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o **Código Civil**. In: Vade Mecum 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009
- BRASIL. Lei nº 5869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o **Código de Processo Civil**. In: Vade Mecum 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009

BRASIL. Decreto - Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o **Código Penal**. In: Vade Mecum 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009

BRASIL. Decreto – Lei nº 3689, 3 de outubro de 1941. Institui o **Código de Processo Penal**. In: Vade Mecum 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009

BRASIL. Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990. Institui o **Código de Defesa do Consumidor**. In: Vade Mecum 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 3ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 1999.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2008.

CANEZIN, Claudete Carvalho. **Da responsabilidade Civil na Violação da Dignidade da Pessoa Humana na Sociedade Conjugal**. Revista IOB de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese. V. 12. N. 54. jun./jul. 2009.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005a.

\_\_\_\_\_. **Divórcio e separação**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005b.

CARVALHO NETO, Inacio de. **Responsabilidade civil no direito de família**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

CASTELO BRANCO, Bernardo. **Dano moral no direito de família**. São Paulo: Método, 2006.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: família, sucessões**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. v.5

COSTA, Priscila. **Marido enganado sobre a paternidade tem direito a indenização**. Revista Consultor Jurídico. set. 2007. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2007-set-17/marido\\_enganado\\_paternidade\\_ganh](http://www.conjur.com.br/2007-set-17/marido_enganado_paternidade_ganh)> Acesso em: 28 nov. 2009.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11ª ed. rev. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Casamento: nem direitos nem deveres, só afeto**. Ajuris, Porto Alegre, Associação dos Juizes do RS, dez. 2000. v.80. p. 205-210.

\_\_\_\_\_. **O dever de fidelidade**. Ajuris, Porto Alegre, Associação dos Juizes do RS, mar. 2002. v.85, n.1. p. 477-479.

\_\_\_\_\_. **Direito de família e o novo Código Civil.** 4. ed., rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

\_\_\_\_\_. **Da separação e do divórcio In: direito de família e o novo código civil.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

\_\_\_\_\_, Maria Berenice. **Família, ética e afeto.** Revista Jurídica Consulex, Brasília, CONSULEX v.174, abr. 2004, p. 34-35

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil.** 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2009a. v. 7

\_\_\_\_\_, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família.** 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009b. v. 5.

\_\_\_\_\_, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: volume 1 - teoria geral do direito civil.** 26. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2008.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo; CAVALIERI FILHO, Sergio (Coord.) **Comentários ao novo Código Civil: volume XIII – da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios.** 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Apelação civil nº 2005.0111181703.** Relator Desembargador Costa Carvalho, 15 de abril de 2009. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br>> Acesso em: 19 nov. 2009.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado.** 14. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1997

FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz; KELCH, Rita. **Teoria e prática da responsabilidade civil:** de acordo com a lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002: doutrina, jurisprudência, legislação e prática. São Paulo: Letras Jurídicas, 2004

FISCHER, Hans Albrecht. **A reparação dos danos no direito civil.** São Paulo: Saraiva, 1938.

FREITAS, Douglas Phillips. **A função sócio-jurídica do(a) amante e outros temas de família.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

GOMES, Orlando. **Obrigações.** 14. ed. rev., atual. e aumen. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: volume I: parte geral.** 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: volume II: teoria geral das obrigações.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006a.

\_\_\_\_\_, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: volume VI: direito de família**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006b.

\_\_\_\_\_. **Responsabilidade civil**. 10. ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

LEVENHAGEM, Antonio José de Souza. **Do Casamento ao Divórcio**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.

LIMA, Alvino. **Da culpa ao risco**, 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999

LOBO, Paulo Luiz Netto. **A repersonalização das relações de família**. Revista de Direito Privado, São Paulo, RT v.19, jul. 2004, p. 243-259

\_\_\_\_\_, Paulo Luiz Netto. **As vicissitudes da igualdade e dos deveres conjugais no direito brasileiro**. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, Síntese v.26, out. 2004, p. 5-17

\_\_\_\_\_, **Paulo Luiz Netto**. Divórcio: alteração constitucional e suas conseqüências. Instituto Brasileiro de Direito de Família. 7 dez.2009. Disponível: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=570>. Acesso em: 10. dez. 2009.

LOPES, Othon de Azevedo. **Dignidade da pessoa humana e responsabilidade civil**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Renovar v.238, out. 2004, p. 207-235

MADALENO, Rolf. **Repensando o Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. **Direito de Família: aspectos polêmicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado: volume VII - parte especial : direito de personalidade, direito de família: direito matrimonial, existência e validade do casamento**. Campinas: Bookseller, 2000.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: volume 2 - direito de família**. 38. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

OLTRAMARI, Fernanda; OLTRAMARI, Vitor Hugo. **As tutelas da personalidade e a responsabilidade civil na jurisprudência do direito de família**. Revista dos Tribunais, São Paulo, RT v.803, set. 2002, p. 111-128.

PACCA, Elizabeth Ana Maria Meisels. **A nova família e a responsabilidade civil dos cônjuges**. Revista Jurídica da Universidade de Franca, Franca, Universidade de Franca v.9, jul. 2002, p. 89-98.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

\_\_\_\_\_, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: volume V - direito de família. 14. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Sergio Gischkow. **Dano moral e direito de família: o perigo de monetizar as relações familiares**. Ajuris, Porto Alegre, Associação dos Juizes do RS v.85, n.1, mar. 2002, p. 350-362

PORTO, Mário Moacyr. **Temas sobre responsabilidade civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

REIS, Clayton. **Dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

REI, Cláudio Alexandre Sena. **Danos morais entre cônjuges. Jus Navigandi**, out. de 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=541&p=2>> Acesso em: 28 nov. 2009.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação Civil 2004.001.15985**, Relator Desembargador Reinaldo P. Alberto Filho, 17 de agosto de 2004. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>> Acesso em: 19 nov. 2009.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação Civil 2004.001.15569**, Relator Desembargador Rodrigues Cardoso, 24 de agosto de 2004. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>> Acesso em: 19 nov. 2009.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RODRIGUES, Ivana Bonesi. **Responsabilidade civil por danos causados aos direitos da personalidade**. Revista de Direito Privado, São Paulo, RT v.9, jan. 2002, p. 119-141

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: Responsabilidade Civil**. 20. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 6

\_\_\_\_\_, Silvio. **Direito civil: Direito de Família**. 28. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 6

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Civil nº 2004.012615-8**, Relator Desembargador Luiz Carlos Freyesleben, 05 de maio de 2005. Disponível em: <[www.tj.sc.gov.br](http://www.tj.sc.gov.br)>. Acesso em: 19 nov. 2009

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Civil nº 2006.024564-0**, Relator Desembargador Luiz Carlos Freyesleben, 28 de maio de 2009. Disponível em: <[www.tj.sc.gov.br](http://www.tj.sc.gov.br)>. Acesso em: 19 nov. 2009

SANTOS, Antônio Jeová. **Dano moral indenizável**. 4. ed. rev, ampl. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, Américo Luís Martins da. **O Dano Moral e Sua Reparação Civil**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Responsabilidade civil dos conviventes**. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, Síntese v.3, out. 1999, p. 24-39.

\_\_\_\_\_, Regina Beatriz Tavares da; Da responsabilidade civil. In: FIUZA, Ricardo; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. (coord.). **Código Civil comentado**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

SOUZA, Lourival de Jesus Serejo. **As provas ilícitas e as questões de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese – IBDFAM. V. 2. jul-ago-set, 1999.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Responsabilidade civil e ofensa à dignidade humana**. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, Síntese v.32, out. 2005, p. 138-158

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Dano moral**. 4 ed. atual. e ampl. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

\_\_\_\_\_, Humberto; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.) **Comentários ao novo Código Civil**: volume III, tomo II dos atos jurídicos lícitos, dos atos ilícitos, da prescrição e da decadência, da prova. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

TOMASZEWSKY, Adauto de Almeida. **Separação, Violência e Danos Morais**. São Paulo: Paulistanajur, 2004.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. v.6

WELTER, Belmiro Pedro. **A secularização do direito de família. Temas atuais de direito e processo de família: primeira série**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

\_\_\_\_\_, Belmiro Pedro. **Dano moral na separação judicial, divórcio e união estável**. Revista dos Tribunais, Sao Paulo, RT v.775, maio 2000, p. 128-135

ZANELATO, Ezequiel Paulo. **O afeto como fator preponderante para a manutenção da sociedade conjugal**. Porto Alegre: Revista Brasileira de Família, fev-mar, 2005. v. 28.

