

DANO MORAL ENTRE CÔNJUGES: UMA TENTATIVA DE SISTEMATIZAÇÃO DA TÉCNICA

Lívia Froner Moreno Ramiro¹

Resumo: Diante de grandes mudanças sociais, o ordenamento jurídico brasileiro ainda encontra dificuldades em disciplinar as regras a serem aplicadas no Direito de Família. Tanto é que por muito tempo entendeu-se que a responsabilidade civil não encontraria ali aplicação alguma. As razões aludidas eram diversas, desde o argumento de que família era um ambiente impenetrável aos ditames estatais até aquele em que a responsabilização acarretaria uma monetarização indevida e, em seguida, poderia destruir os vínculos afetivos que ali se mantinham. Com o tempo, tais argumentos caíram por terra e passaram a admitir a incidência das regras de responsabilidade civil no Direito de Família. A família como base da sociedade não poderia fugir dos olhos e da intervenção do Estado. Não obstante o que ainda gera controvérsias é o tema do dano moral nas relações familiares e sua configuração, em especial, entre cônjuges. Isso porque o artigo 1.566 do Código Civil de 2002 elenca os deveres recíprocos de um cônjuge para com o outro, o que para alguns seria uma mera norma programática. Os debates que surgem sobre a matéria levam muita conversa e pouca técnica. A questão a se refletir não é se existe ou não o dano moral, fase superada com a Constituição Federal de 1988 que o

¹ Mestranda em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP.

reconhece expressamente, mas como se configura esse dano. Sobretudo nas relações afetivas em que a dor, o sofrimento e a mágoa são facilmente identificados, se reduzirmos o dano moral apenas a isso, teremos uma verdadeira fábrica de indenizar. Para não cometer esse equívoco, pretende-se analisar o conceito do dano moral e sua caracterização, para então ser verificada a possibilidade de sua aplicação nas relações de conjugalidade.

Palavras-Chave: Conceito; Dano moral; Família; Deveres Conjugais.

Sumário: 1. Introdução – 2. Dano moral: conceito e correntes – 3. Dano moral: uma sistemática de seu conceito – 4. Dano moral nas relações familiares – 5. Dano moral pela quebra de deveres entre os cônjuges – 6. Breve conclusão – Referências bibliográficas

1. INTRODUÇÃO



O dano moral no âmbito da família é uma realidade que os tribunais brasileiros enfrentam constantemente como se pode perceber pelas ações de responsabilidade civil pelo abandono afetivo dos pais aos filhos menores, de maridos enganados pela esposa que esconde a verdadeira paternidade dos filhos havidos no matrimônio, pela quebra de promessa de noivado, pela violência doméstica, pelos casos de infidelidade e pela transmissão de moléstia grave entre cônjuges, entre outros.

Não obstante esses exemplos, nota-se que a jurisprudência ainda não estabeleceu um consenso para a identificação do dano moral tampouco para o seu arbitramento, ficando as partes à mercê de entendimentos de magistrados que ora julgam de uma forma ora de outra.

Entre os doutrinadores, o cenário também não é diferen-

te vez que pode ser encontrada diversas teorias explicativas em que se destacam aquelas que relacionam o dano moral como excludente do dano patrimonial, categoria de direito, ou ao fundamento da dignidade da pessoa humana, ou aos efeitos do direito lesado.

As correntes que tentam explicar o conceito de dano moral serão abordadas em um primeiro momento e, posteriormente, trataremos de uma sistemática própria.

Ao final, o estudo partirá do conceito de dano moral que encontra melhor técnica para se discutir se a quebra dos deveres conjugais é qualificadora do dano.

2. DANO MORAL: CONCEITO E CORRENTES

Conquanto tenha responsabilidade sem culpa, não há responsabilidade sem dano. Por tal razão, o dano é imprescindível para que se busque a responsabilidade civil. Já dizia Aguiar Dias que “o dano é, dos elementos necessários à configuração da responsabilidade civil, o que tem menos controvérsia.”².

Assim, o interesse do dano para o Direito seria apenas aquele que constitui requisito da obrigação de indenizar já que nem todo o dano é indenizável.

Para esclarecer, o mesmo autor expõe que “a lesão que o individuo irroga a si mesmo produz dano, em sentido vulgar. Mas tal dano não interessa ao direito. O suicídio, por exemplo, não é punido pelas leis penais (...)”, em decorrência da total impossibilidade de efetivar essa reparação. Também disciplina que o dano em sentido vulgar “seria o prejuízo que alguém sofre, na sua alma, no seu corpo ou seus bens, sem indagação de quem seja o autor da lesão de que resulta.”³.

² AGUIAR DIAS, José. *Da responsabilidade civil*. vol. II. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p.753.

³ AGUIAR DIAS, José. *Op.cit.*, p. 755-756.

No sentido jurídico, Flávio Tartuce e Simão definem que “o dano pode ser tido como um prejuízo, que gera, como derivativo, o dever de reparar ou indenizar.”⁴.

Tomando como premissa o conceito de dano indenizável exposto, há que se considerar a divisão entre danos patrimoniais (materiais) e danos morais (imateriais ou não patrimoniais).

Sem muitas diferenciações doutrinárias, o dano patrimonial não se apresenta muitas divergências ou complexidade de conceitua-lo.

O dano patrimonial é aquele que pressupõe sempre ofensa ou diminuição de certos valores econômicos. Ele é estabelecido pela teoria da diferença dada pelo confronto ou comparação do patrimônio existente após o dano e o que possivelmente existiria se o dano não tivesse sido produzido. Nele se compreende o dano emergente e o lucro cessante. O primeiro seria o dano que ocorre no patrimônio da vítima enquanto o segundo seria o benefício patrimonial que, em decorrência da conduta lesiva, ela deixou de auferir.

Na visão de Pontes de Miranda o “dano patrimonial é o dano que atinge o patrimônio do ofendido; dano não patrimonial é o que, só atingindo o devedor como ser humano, não lhe atinge o patrimônio”.⁵

Colocando em contraposição o dano patrimonial do dano não patrimonial também se encontra Adriano de Cupis que assevera “*danno non patrimoniale, conformemente ala sua negativa espressione letterale, è ogni danno privato che non reentra nel danno patrimoniale, avendo per oggetto um interesse non patrimoniale, vale a dire relativo a bene non patrimoniale*”.⁶

⁴ TARTUCE, Flavio. SIMÃO, José Fernando. *Direito civil: Direito de Família*. Vol. 5. 8ª ed. São Paulo: Método, 2013, p.220.

⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Tratado de direito privado*. Tomo XXVI. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, p. 30.

⁶ DE CUPIS, Adriano. *Il danno: teoria generale della responsabilità civile*. 2.ed.

Considerado por alguns como adepto da corrente excludente, Aguiar Dias no mesmo sentido posiciona-se que “quando ao dano não correspondem as características de dano *patrimonial*, estamos em presença do dano moral”. Para ele, o dano patrimonial seria a ofensa ou diminuição de valores econômicos.⁷

Na tentativa de definir o dano moral, Wilson Melo da Silva criou a expressão patrimônio ideal que seria tudo o que não fosse apto a ter valor econômico. Para ele, os danos morais “são lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição a patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico.”⁸

Os críticos dessa posição que exclui o dano moral da definição de dano patrimonial censuram que se tudo pode ser dano moral, logo não há como identificá-lo. Além disso, colocam em pauta a dificuldade da compreensão do conteúdo e alcance do que seja moral.

Há que se noticiar que alguns autores foram além, passaram a desenvolver o conteúdo do dano moral caracterizado subjetivamente, no íntimo da pessoa como sendo a dor, a tristeza, o vexame e o sofrimento, entre outros sentimentos negativos.

Neste compasso, Silvio Rodrigues vê o dano moral como sendo “a dor, a mágoa, a tristeza infligida injustamente a outrem.”⁹

O próprio Aguiar Dias aponta que o dano moral pode ser demonstrado pela “reação psicológica à injúria, são as dores físicas e morais que o homem experimenta em face da lesão”

Milano: Giuffrè, 1966, p. 51..

⁷ AGUIAR DIAS, José. . *Op.cit.*, p. 771-772.

⁸ MELO DA SILVA, Wilson. O dano moral e sua reparação. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p.561.

⁹ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil. Responsabilidade Civil*. v. 4.. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 206.

10

O autor disciplina ainda que o dano moral seria o efeito ou a consequência da lesão. Em sua opinião, “a distinção não decorre da natureza do direito, bem ou interesse lesado, mas do efeito da lesão, do caráter de sua repercussão sobre o lesado”.

11

Em virtude de desvincular a ideia de sensações sofridas pela vítima, surgiu uma corrente dita objetiva que tenta explicar o dano moral.

Essa corrente pode ser subdividida em duas: a) dano moral como violação a direitos da personalidade; b) dano moral como violação da dignidade da pessoa humana.

Com o desenvolvimento da doutrina dos direitos da personalidade, diversos juristas reduziam o dano moral como a lesão aos direitos imateriais e materiais que se referem à pessoa, aqueles que possibilitam a sua identificação no meio social.

Antonio Carlos Morato define os direitos da personalidade como sendo “os direitos que versam sobre a própria pessoa e seus reflexos e que são *reconhecidos* à pessoa humana e *atribuídos* à pessoa jurídica”, no que couber¹².

São classificados, na definição de Rubens Limongi França citado por Silmara Juny, em direito à integridade física tais como à vida, ao corpo vivo e morto, as partes separadas do corpo, à integridade intelectual que seria expressada pela liberdade de pensamento, direito do autor, de inventor, de esportista e à integridade moral como a liberdade civil, política e religiosa, honra, honorificência, recato, imagem, segredo, identidade

¹⁰ AGUIAR DIAS, José. . *Op.cit.*, p. 779-780.

¹¹ AGUIAR DIAS, José. . *Op.cit.*, p. 771-772.

¹² A expressão “no que couber” é utilizada justamente, porque não há que se falar em direito à vida e direito à integridade física das pessoas jurídicas. MORATO, Antonio Carlos. *Quadro geral dos direitos da personalidade*. Revista da Faculdade de Direito (USP), v. 106-107, jan/dez - 2011/2012, p. 124.

pessoal/nome, familiar e social.¹³

Nessa medida, toda vez que o indivíduo agredir a imagem da pessoa caracterizado estaria o dano moral.

Representante desse posicionamento está Paulo Luiz Netto Lôbo que reduz o dano moral às violações aos direitos da personalidade e sintetiza:

O dano moral remete à violação do dever de abstenção a direito absoluto de natureza não patrimonial. Direito absoluto significa aquele que é oponível a todos, gerando pretensão à obrigação passiva universal. E direitos absolutos de natureza não patrimonial, no âmbito civil, para fins dos danos morais, são exclusivamente os direitos da personalidade. Fora dos direitos da personalidade são apenas cogitáveis os danos materiais.¹⁴

Aos que vinculam o dano moral a categoria de direitos da personalidade o fazem para abarcar as hipóteses em que a pessoa jurídica e os incapazes sofrem tal dano apesar de não experimentarem sentimentos como sofrimentos, dores e angústia.

Em linha não muito distinta, encontram-se os juristas que fazem alusão à dignidade da pessoa humana como critério selecionador dos danos morais.

É o que pensa Sérgio Cavalieri Filho ao discorrer que “dano moral, à luz da Constituição vigente, nada mais é do que violação do direito à dignidade”.¹⁵ Fundamenta-se na Constituição Federal de 1988 que, ao inserir o dano moral em seu art. 5º, incisos V e X, apresentou a inviolabilidade dos direitos da personalidade que tem por base a dignidade da pessoa humana.

Valendo-se de outro aspecto, Maria Celina Bodin Moraes também coloca a dignidade da pessoa humana, alicerce do

¹³ CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. MACHADO, Costa (org.). *Código Civil interpretado*. 2ª ed. Barueri: Manole, 2009, p. 39.

¹⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Danos morais e direitos da personalidade*. In: Revista Trimestral de Direito Civil. v.6. Rio de Janeiro: Padma, abr-junh, 2001, p.96.

¹⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 5ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003, p. 94.

Estado Democrático de Direito, como característico do dano moral:

O substrato material da dignidade deve ser desdobrado em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado. (...) Dano moral será, em consequência, a lesão, a violação, de algum desses aspectos ou substratos que compõem a dignidade humana.¹⁶

Dessa forma, todo dano que viole os direitos de personalidade me um dos aspectos da dignidade da pessoa humana de lesão à igualdade, à integridade psicofísica, à liberdade e à solidariedade, caracterizado estar-se-ia o dano moral.

3. DANO MORAL: UMA SISTEMÁTICA PRÓPRIA DE SEU CONCEITO

Após desenvolver as principais correntes sobre o conceito de dano moral, podemos adotar uma teoria subjetiva de maneira renovada para definir o dano moral como aquele prejuízo não econômico que pode ou não surgir da violação de uma norma de conduta que protege direito alheio.

Partimos da sistemática de Aguiar Dias para entender que o dano é apenas um só e que não importa o direito que está sendo transgredido desde que esteja positivado. Do momento em que a lei tipifica um dever jurídico, o agente que assim o desobedecer pode vir a violar o direito de outrem. A violação do direito pode ou não causar efeitos de cunho patrimonial ou moral na esfera da vítima. Ai se tem a explicação que nem todo direito de personalidade gera dano moral, pois pouco importa o direito violado. Não podemos ficar no reducionismo de taxar

¹⁶ MORAES, Maria Celina Bodin. Danos morais e relações de família. In: PEREIRA, Rodrigo da cunha (coord.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*. Belo horizonte: Del Rey, 2004, p. 407-408.

especificadamente quais direitos causam certamente dano moral. Por exemplo, um jornalista que faz verdadeira campanha difamatória contra uma artista famosa. Nesse caso, diversos direitos da personalidade podem ser violados como também poderá ser somente a sua imagem lesada. Nem sempre a artista terá se sentido menos pessoa, desestimulando-a na sua vida para caracterizar o dano moral. No entanto, da conduta lesiva poderá emergir um dano patrimonial caracterizado pela perda de uma campanha publicitária.

Também não podemos levar o nível de discussão do dano moral ao mais elevado grau de abstração ao alegar o fundamento da dignidade da pessoa humana.

Na concepção de Immanuel Kant, a dignidade da pessoa humana nos impede de sermos meros instrumentos do Estado, é o que nos diferencia dos objetos já que não temos preço. Em sua obra “Fundamentação da Metafísica dos Costumes”, Kant explica essa diferenciação “no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está cima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade.”¹⁷

Como dito anteriormente, a dignidade da pessoa humana não deixa que o Estado trate os cidadãos como coisa. Buscar a solução para todos os problemas jurídicos sempre na dignidade da pessoa humana seria esvaziar todo o seu conteúdo e valor. Além disso, ela poderia servir de motivo para todo e qualquer ato, inclusive, os repudiados e inaceitáveis como iniciar uma nova guerra. Ora, quando a conduta de outra pessoa viola o meu direito de imagem, não quer dizer que eu tenha mais ou menos dignidade por isso.

Outro argumento que achamos melhor não utilizar é o do patrimônio ideal já que inconcebível a ideia da existência de

¹⁷ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, trad. Paulo Quintela, Lisboa: Edições 70, 1986, p. 77.

dois tipos de patrimônio, um material e outro imaterial. O termo patrimônio já designa um conjunto de bens materiais. Assim seria um contrassenso o uso dessa terminologia.

O dano moral que aqui se defende pode ter como fundamento aquele que cada qual deve responder pelas consequências de seus atos, norteados pelo valor mínimo de justiça. A sua verificação se dá no caso concreto e pode ser manifestada de forma interna ou externa. O prejuízo insuscetível de valor econômico pode se revelar na própria pessoa, em sua esfera subjetiva, na consideração que faz de si mesma, nos seus sentidos, naquele mal suportado que chega a afetar a sua vida, seu dia-dia. Como critério diferenciador, podemos adotar aquele que Sérgio Cavalieri explicitou em sua obra de que os danos morais não são meros aborrecimentos, entendimento que também foi adotado no Enunciado nº 159 da III Jornada de Direito Civil do CJF¹⁸. Por outro lado, o dano moral também pode surtir efeitos de forma externa que seria aquele prejuízo demonstrado através da reputação da pessoa na sociedade, no valor que as pessoas atribuem a ela¹⁹.

Em suma, é o papel do julgador enquanto interprete e aplicador da norma verificar a situação dos autos se é evidente que a vítima sofreu esse abalo que não se traduz em algo pas-

¹⁸ O aludido Enunciado nº 159 dita que: “O dano moral, assim compreendido todo dano extrapatrimonial, não se caracteriza quando há mero aborrecimento inerente a prejuízo material”. Na justificativa, a autora do enunciado, Desembargadora Federal Dra. Maria Isabel Diniz Gallotti Rodrigues, relembra o histórico do dano moral na jurisprudência brasileira e afasta o pensamento de que a cada dano patrimonial cause um dano moral. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/274>. Acesso em: 15.06.2015.

¹⁹ Vale esclarecer que a ideia das formas de manifestação dos efeitos morais que a violação do direito pode trazer adveio do pensamento de Carlos Alberto Bittar que estipulou “qualificam-se como morais os danos em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade, em que repercute o fato violador, havendo-se, portanto, como tais aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal, na autoestima), ou da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração social, na estima social)”. BITTAR, Carlos A. *Reparação civil por Danos Morais*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 45.

sageiro, mera chateação ou aborrecimento. Afinal, o sofrimento é fato da vida, porém em situações extremadas poderá gerar prejuízos psíquicos.

O ônus da prova ou o benefício de sua inversão deverá ser levado ao convencimento do magistrado a demonstrar que os fatos alegados realmente aconteceram. Pelas circunstâncias do fato ofensivo que decorre o dano moral ou efeito moral. Exigir que a vítima comprovasse a tristeza, o sofrimento, a humilhação, entre outros, torna-se o quadro probatório em uma verdadeira prova diabólica, impossível. Nunca se saberá o que se passa no interior do indivíduo, a única pessoa que pode afirmar com certeza é aquela que alega, mais ninguém. Assim, é por meio dos fatos que se presume esse dano, chama-se assim *in re ipsa*. Logo, a comprovação não é do dano em si, mas dos fatos lesivos.

O magistrado irá identificar a lesão em abstrato e os fatos comprovados no processo para concluir se da conduta do agente sobreveio um efeito material e/ou moral de prejuízo a outrem. Depois, partirá para a quantificação do dano que levará em conta a extensão, duração e intensidade, bem como as condições pessoais das partes, o histórico da relação, o poder econômico, para arbitrar o valor pecuniário do dano. A gravidade da culpa do agente será determinante para o seu arbitramento, mas não para o seu reconhecimento.

4. DANO MORAL NAS RELAÇÕES FAMILIARES

A noção primitiva de família baseada no modelo patriarcal, do qual se atribuía ao pai e marido a condição de verdadeiro pater, eleito chefe e senhor da sociedade familiar, cujas decisões não poderiam ser contestadas, permitiu que se estabelecesse que a família era uma ambiente impenetrável pelas regras de responsabilidade civil.²⁰

²⁰ BRANCO, Bernardo Castelo. *Dano moral no Direito de Família*. São Paulo:

Isso se justificaria para preservar a paz familiar. Além disso, outros criticavam que esta seria uma monetarização indevida e que poderia destruir os vínculos afetivos que ali se mantinham, ocorrendo a sua patrimonialização.

Com a evolução da teoria da responsabilidade civil, viu-se que os responsáveis por eventual violação não poderiam permanecer imunes à condenação indenizatória somente porque o ato ilícito fora praticado dentro da esfera familiar, produzindo um dano patrimonial ou moral.

O ambiente não poderia ser determinante para aceitar que o membro da família não sofre dano moral por causa da fragilidade das relações, alto grau de subjetivismo.

Não era correto se pensar que a vítima não poderia sequer ser indenizada, pois a conduta lesiva partiu de alguém de seu círculo familiar, já que isso significaria uma verdadeira injustiça.

Os vínculos existentes entre os membros da família devem ser mantidos por conta dos laços de afetividade, respeito e tolerância²¹. Não é a condenação pelo ressarcimento do dano causado, seja ele patrimonial ou moral, que será o fator determinante para a união ou não da vítima e seu agressor em família.

Logo, passaram a admitir a responsabilidade civil nas relações de família.

5. DANO MORAL PELA QUEBRA DE DEVERES EN-

Editora Método, 2006, p. 17.

²¹ Bernardo Castelo Branco alerta para a função compensatória e pedagógica dos danos morais, trecho que se passa a transcrever: “Realça-se na atualidade a qualidade preventiva e educadora que tal espécie de sanção apresenta no comportamento individual e, por via de consequência, evidentemente com as necessárias reservas, pela sua aplicabilidade à essa forma especial de relação jurídica, ou seja, ao direito de família, sem que possamos temer que por tal tenhamos uma indevida patrimonialização de vínculos que devem ser assentados no espírito de afetividade, no amor, no respeito, e na tolerância que ordinariamente devem reger tais relações.”. BRANCO, Bernardo Castelo. *Op.cit.*,, p. 53.

TRE OS CÔNJUGES

O tema central de discussão nada mais é que a possibilidade da reparação de danos causados ao cônjuge inocente pelo cônjuge culpado por infringir os deveres conjugais e causar a ruptura do casamento.

De início vale realizar algumas considerações em matéria de responsabilidade civil entre cônjuges.

O Código Civil de 2002 não estipula qualquer regra especial de responsabilidade civil no âmbito familiar. Se não bastasse essa omissão, a família não tem qualquer relação com atividade de risco, o que não afasta a culpa. Logo, só podemos aceitar a responsabilidade extracontratual subjetiva. Extracontratual porque não entendemos que o casamento é um contrato e sim um negócio jurídico complexo. Mesmo aqueles que entendem que o casamento é um contrato de natureza especial acreditam que o cometimento de ato ilícito pelo cônjuge que viola direito alheio acaba por desprestigiar as cláusulas do contrato decorrentes da autonomia privada.²²

A aplicabilidade dos princípios da responsabilidade civil pela quebra dos deveres conjugais que enseje a ruptura do casamento fundamenta-se no art. 186 do CC/02 que disciplina “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Da ocorrência do ato ilícito juntamente com o dano, estar-se-á perante os pressupostos da responsabilidade civil extracontratual subjetiva disposta no caput do art. 927 do CC/02 que obriga “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Segundo consta do art. 1.566 do CC/02 são deveres de ambos os cônjuges: a) fidelidade recíproca; b) vida em comum

²² TARTUCE, Flavio. SIMÃO, José Fernando. *Direito civil: Direito de Família*. Vol. 5. 8ª ed. São Paulo: Método, 2013, P. 219.

no domicílio conjugal; c) mútua assistência; d) sustento, guarda e educação dos filhos; e) respeito e consideração mútuos.

Embora a configuração da responsabilidade civil entre cônjuges pela quebra de deveres recíprocos seja, pelo menos em tese, algo aceitável, parte da doutrina entende que a infração dos deveres não caracteriza o ato ilícito por serem normas programáticas. Argumentam que o Direito de Família já estipula as sanções próprias diante da culpa do cônjuge pela falência do casamento.

Antes do advento da Emenda Constitucional nº 66/10²³, a imputação da culpa ao cônjuge tinha relevância para se pleitear a “separação-sanção”, pela violação grave dos deveres conjugais e insuportabilidade de vida em comum (1.572 do CC). Além disso, o culpado poderia perder o sobrenome do cônjuge inocente (art. 1.578 do CC) e não ter direito aos alimentos (art.1.704 do CC).

Hoje, como a separação judicial e extrajudicial foi banida do ordenamento jurídico brasileiro, o debate da culpa perdeu o sentido de ser nas ações de divórcio. Ora, se as pessoas querem se separar, não tem porque o Estado impor requisitos. O vínculo pelo matrimônio não é eterno, extingue-se. Se não bastasse a discussão da culpa na ação de divórcio gera uma demora processual em se colocar fim ao vínculo. Teria sentido se discutir a culpa e a quebra dos deveres conjugais tão somente para se pleitear indenização por danos morais e materiais ou alimentos em ação autônoma.

Existem aqueles que entendem que o dano reparável entre cônjuges seriam apenas aqueles advindos de crimes cometidos entre as partes. Essa é a opinião filiada de Marcial Barreto Casabona em que a reparação por danos patrimoniais e morais em razão da ausência de assistência moral, da infidelidade de

²³ A EC nº 66/10 deu nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos.

uma das partes, do abandono do lar e da falta de consideração mútua não encontra guarida. Para o autor, as hipóteses de indenização entre cônjuges decorrente da ruptura do casamento apenas como rol taxativo. Nesse sentido que se posiciona:

(...) conclui-se que somente é possível indenização decorrente da ruptura da sociedade conjugal (casamento ou união estável) se violado o dever de respeito e consideração mútuos, nas seguintes hipóteses: (a) lesão corporal grave; (b) violência sexual; (c) injúria grave; (d) transmissão dolosa de moléstia sexual contagiosa; (e) tentativa de homicídio, ou ele próprio.²⁴

Em outras palavras, Casabona não desenvolve o pensamento se infringência à norma do art. 1.566 do CC/02 pode caracterizar um ilícito civil e possivelmente gerar um dano indenizável. Cediço que da sentença penal advém efeitos secundários, quais sejam a reparação por perdas e danos. Nesse ponto não revelou nenhuma novidade.

Em linhas gerais, Carlos Roberto Gonçalves admite a reparação civil entre cônjuges e exemplifica o caso de agressões físicas. No entanto, não faz menção da quebra dos deveres conjugais como ato ilícito:

Parece-nos que, se o marido agride a esposa e lhe causa ferimentos graves, acarretando, inclusive, diminuição de sua capacidade laborativa, tal conduta, além de constituir causa para a separação judicial, pode fundamentar ação de indenização de perdas e danos, com suporte nos arts. 186 e 950 do Código Civil. da mesma forma deve caber indenização, se o dano causado, e provado, for de natureza moral. O que nos parece, contudo, carecer de fundamento legal, no atual estágio de nossa legislação, é o pedido fundado no só fato da ruptura conjugal, ainda que por iniciativa do outro cônjuge. Provado, no entanto, que a separação, provocada por ato injusto do outro cônjuge, acarretou danos, sejam materiais ou morais, além daqueles já cobertos pela pensão alimentícia (sustento, cura, vestuário e casa), a indenização pode ser pleiteada, porque le-

²⁴ CASABONA, Marcial Barreto. Responsabilidade civil no Direito de Família. . In: NERY, Rosa Maria de Andrade. (coord.). *Responsabilidade civil - estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 362 e 364.

gem habermus: o art. 186 do CC.²⁵

Tem-se em mente que o fim de relacionamentos amorosos pode causar sofrimento, decepção, frustrações para os envolvidos. É totalmente previsível no início do relacionamento que um dia ele possa se acabar e dele advir todos os sentimentos negativos possíveis.

Porém, não seria esta, em termos simplistas, a situação autorizadora da responsabilidade civil. Vale citar que deve se ter a diferenciação entre os relacionamentos amorosos advindos do “ficar”, do namoro e do casamento.

Como bem explica José Fernando Simão, no caso dos “ficantes”, isto é, o beijo ou a manutenção de relações sexuais sem compromisso entre as pessoas, em regra, não gera responsabilidade civil tampouco qualquer exigência de fidelidade. Em seguida, o autor esclarece que a situação fática dos namorados diferencia-se dos “ficantes” em razão do compromisso moral existente entre as partes, mas ainda assim não há o cabimento do estabelecimento de deveres recíprocos como o da fidelidade. Por outro lado, Simão concorda que no casamento a discussão toma outro rumo justamente por conta dos deveres recíprocos e disciplina sobre a possibilidade da responsabilidade civil entre cônjuges ao afirmar que:

a indenização no caso de rompimento do casamento deve ser concedida excepcionalissimamente em caso de evidente abuso de um dos cônjuges que causa ao outro danos morais consideráveis. Não se concebe indenização para simples dissabores decorrentes do término de qualquer relação afetiva.²⁶

A respeito do dever de fidelidade recíproca, Zeno relembra que o adultério deixou de ser tipificado como crime no Código Penal²⁷, mas continua sendo ilícito civil. Explicou ainda que:

²⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 99.

²⁶ SIMÃO, José Fernando. *A quebra das relações afetivas e os danos morais decorrentes: o ficar, o namoro e o casamento*. Carta Forense, dezembro de 2003.

²⁷ O art. 240 do Código Penal foi revogado pela Lei nº 11.106/05.

Buscar o prazer sexual com outra pessoa – de outro sexo ou do mesmo sexo – que não o cônjuge, qualquer que seja o meio empregado, as intimidades utilizadas, a forma usada, caracteriza a violação do dever conjugal, que é primário, básico, fundamental, sem deslembrar que a fidelidade tem um sentido físico e um conteúdo moral.²⁸

Desse conceito de fidelidade que tem se indenizado casos que envolvem a chamada infidelidade virtual como sendo os contatos físicos do cônjuge com outra pessoa pela Internet.²⁹ Um deles que ficou famoso foi o do marido condenando a pagar indenização por danos morais à esposa pela prática de sexo virtual, cuja sentença proferida pelo juiz Jansen Fialho de Almeida do Tribunal de Justiça do Distrito Federal ponderou a questão da intimidade e o dever de fidelidade recíproca.³⁰

Há que se noticiar ainda que a jurisprudência já na vigência do Código Civil de 1916 determinava a indenização por danos morais ao cônjuge enganado pela omissão da verdadeira paternidade do filho³¹.

²⁸ VELOSO, Zeno. Deveres dos cônjuges – responsabilidade civil. In: CHINELLATO, Silmara Juny de A. SIMÃO, José Fernando. (org). *Direito de Família no Novo Milênio – estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 175.

²⁹ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil. Direito de Família. V. 5. 22. Ed. São Paulo Saraiva, 2007, p. 292.

³⁰ DIREITO CIVIL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – DANO MORAL – DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES CONJUGAIS – INFIDELIDADE – SEXO VIRTUAL (INTERNET) – COMENTÁRIOS DIFAMATÓRIOS – OFENSA À HONRA SUBJETIVA DO CONJUGE TRAÍDO – DEVER DE INDENIZAR – EXEGESE DOS ARTS. 186 E 1.566 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 – PEDIDO JULGADO PRECEDENTE. (TJ/DF, Sentença proferida pelo Juiz Jansen Fialho de Almeida. J. 21/5/2008).

³¹ Direito civil e processual civil. Recursos especiais interpostos por ambas as partes. Reparação por danos materiais e morais. Descumprimento dos deveres conjugais de lealdade e sinceridade recíprocos. Omissão sobre a verdadeira paternidade biológica. Solidariedade. Valor indenizatório. - Exige-se, para a configuração da responsabilidade civil extracontratual, a inobservância de um dever jurídico que, na hipótese, consubstancia-se na violação dos deveres conjugais de lealdade e sinceridade recíprocos, implícitos no art. 231 do CC/16 (correspondência: art. 1.566 do CC/02). - Transgredir o dever de sinceridade o cônjuge que, deliberadamente, omite a verdadeira paternidade biológica dos filhos gerados na constância do casamento, mantendo o

Atualmente, o cenário da jurisprudência não se difere muito ao passo que chegam a invocar inclusive o direito à felicidade do outro cônjuge que foi enganado³², ou seja, quando a

consorte na ignorância. - O desconhecimento do fato de não ser o pai biológico dos filhos gerados durante o casamento atinge a honra subjetiva do cônjuge, justificando a reparação pelos danos morais suportados. - A procedência do pedido de indenização por danos materiais exige a demonstração efetiva de prejuízos suportados, o que não ficou evidenciado no acórdão recorrido, sendo certo que os fatos e provas apresentados no processo escapam da apreciação nesta via especial. - Para a materialização da solidariedade prevista no art. 1.518 do CC/16 (correspondência: art. 942 do CC/02), exige-se que a conduta do "cúmplice" seja ilícita, o que não se caracteriza no processo examinado. - A modificação do valor compulsório a título de danos morais mostra-se necessária tão-somente quando o valor revela-se irrisório ou exagerado, o que não ocorre na hipótese examinada.

Recursos especiais não conhecidos. (REsp 742.137/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/08/2007, DJ 29/10/2007, p. 218)

³² RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL. DANOS MATERIAIS E MORAIS. ALIMENTOS. IRREPETIBILIDADE. *DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE FIDELIDADE*. OMISSÃO SOBRE A VERDADEIRA PATERNIDADE BIOLÓGICA DE FILHO NASCIDO NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO. DOR MORAL CONFIGURADA. REDUÇÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO.

1. Os alimentos pagos a menor para prover as condições de sua subsistência são irrepetíveis.
2. O elo de afetividade determinante para a assunção voluntária da paternidade presumidamente legítima pelo nascimento de criança na constância do casamento não invalida a relação construída com o pai socioafetivo ao longo do período de convivência.
3. O dever de fidelidade recíproca dos cônjuges é atributo básico do casamento e não se estende ao cúmplice de traição a quem não pode ser imputado o fracasso da sociedade conjugal por falta de previsão legal.
4. O cônjuge que deliberadamente omite a verdadeira paternidade biológica do filho gerado na constância do casamento viola o dever de boa-fé, ferindo a dignidade do companheiro (honra subjetiva) induzido a erro acerca de relevantíssimo aspecto da vida que é o exercício da paternidade, verdadeiro projeto de vida.
5. A família é o centro de preservação da pessoa e base mestra da sociedade (art. 226 CF/88) devendo-se preservar no seu âmago a intimidade, a reputação e a autoestima dos seus membros.
6. Impõe-se a redução do valor fixado a título de danos morais por representar solução coerente com o sistema.
7. Recurso especial do autor desprovido; recurso especial da primeira corré parcialmente provido e do segundo corréu provido para julgar improcedente o pedido de sua condenação, arcando o autor, neste caso, com as despesas processuais e honorários advocatícios. (REsp 922.462/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS

mulher sabia que o filho não era de seu marido e, mesmo assim, deixou que ele registrasse o menor como se dele o fosse. Se o marido enganado na constância do casamento, sem que as partes não estivessem separadas de fato, haverá certamente a quebra do dever de infidelidade. Aliado a tal violação, o prejuízo refletido na pessoa do cônjuge, poderá este pleitear o dano moral contra a sua mulher, cuja prova se faz *in re ipsa*.

Acertadamente se revelam os julgados em que verificam que a mera violação do dever de fidelidade recíproca não causa o dano moral³³, mas se equivocam a não saberem ao certo como se revela tal dano. É o caso da Apelação nº 0002369-92.2009.8.26.0602 em que a Desembargadora Relatora Mary Grun, em seu voto, entendeu que o dano moral não foi configurado na hipótese da traição da esposa com o cunhado e que deste fruto gerou uma filha reconhecida pelo marido enganado. Se não bastasse, o marido alegava que, em decorrência da traição, *sofreu danos morais*, passou a fazer *tratamento psiquiátrico* e perdeu o emprego, razão pela qual recebe auxílio-doença. Sustentou a Ministra Relatora pela impossibilidade de se afirmar que a enfermidade que o cônjuge alega ter se deu por conta da ciência de que foi traído pela sua mulher com o cunhado. Consigne-se o voto vencido do Desembargador Henrique Nelson Calandra para quem o dano moral restou comprovado pelos fatos nos autos.³⁴

CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/04/2013, DJe 13/05/2013).

³³ APELAÇÃO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PEDIDO FUNDADO NO ADULTÉRIO DO EX-MARIDO – A SUSPEITA DE INFIDELIDADE CONJUGAL, POR SI SÓ, NÃO CARACTERIZA DANO MORAL INDENIZÁVEL – DISSABORES SOFRIDOS PELA AUTORA NO DIVÓRCIO QUE NÃO SÃO SUFICIENTES PARA A CARACTERIZAÇÃO DE DÉFICIT PSÍQUICO QUE ENSEJE A REPARAÇÃO – DANOS MORAIS NÃO CONFIGURADOS – SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS – ART. 252 DO RITJSP – RECURSO DESPROVIDO.

(Apelação n. 0040000-52.2011.8.26.0068. Relator(a): Cesar Luiz de Almeida; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 20/05/2015; Data de registro: 21/05/2015).

³⁴ Ação de reparação de danos morais julgada procedente. Apelação da ré. Irresigna-

Por tais comentários, constata-se que as causas de descumprimento do dever de fidelidade recíproca são aquelas que mais batem às portas do Poder Judiciário que, em casos excepcionais, estão aplicando as regras da responsabilidade civil no âmbito da família.

Não obstante, as causas de infidelidade serem tratadas com mais frequência pela jurisprudência, nada impede que se reconheça o dano moral decorrente da violação dos demais deveres conjugais, exceto o de sustento, guarda e educação dos filhos que é propriamente um dever do parentesco.

Desse modo, as correntes doutrinárias favoráveis à responsabilidade civil entre cônjuges são as que protegem mais os indivíduos da família. Tal qual se segue o pensamento de Ângela Cristina da Silva Cerdeira:

Hoje, o direito da família e, designadamente, o direito matrimonial, têm por prioridade a proteção do indivíduo. O casamento deixou de ser uma instituição ao serviço da sociedade para se transformar numa união de duas pessoas independentes, com vista à sua realização pessoal. Neste novo contexto, torna-se inaceitável qualquer espécie de imunidade interconjugual, relativamente às regras da responsabilidade civil.³⁵

As sanções previstas pelo Direito de Família, como se reportavam os contrários a tese defendida, tais como da separação-sanção, não compensam os prejuízos à valores não econômicos sofridos pela vítima, manifestados de forma interna e/ou externa. Como bem relembra Zeno Veloso, a impossibilidade de se pedir a indenização pela quebra dos deveres con-

ção procedente. Infidelidade matrimonial que não gera dano moral presumido. Necessidade de comprovação dos danos alegados. Ofensas realizadas por terceiros. Ausência de provas da relação entre o comportamento da ré e as enfermidades verificadas no autor. Aparente condescendência do autor com relação à conduta da ré, inclusive quanto a não ter vínculo biológico com alguns dos filhos registrados. Inocorrência dos danos morais alegados. Sentença reformada. Recurso provido.

(Relator(a): Mary Grün; Comarca: Sorocaba; Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 02/10/2014; Data de registro: 16/12/2014).

³⁵ CERDEIRA, Ângela Cristina da Silva. *Da responsabilidade civil dos cônjuges entre si*. Coimbra Editora, 2000, p. 175.

jugais revelaria um discurso vazio do legislador, sem consequência alguma³⁶.

6. BREVE CONCLUSÃO

A responsabilidade civil é, assim, um dever jurídico sucessivo que surge para reparar ou recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário. Portanto, toda a conduta humana que, violando dever jurídico originário, causa prejuízo a outrem é fonte geradora de responsabilidade civil.³⁷

Como a lei estabelece a existência de deveres conjugais, a quebra desses deveres somada a existência de dano, tendo a culpa, a conduta comissiva ou omissiva voluntária do agente e o nexo causal presentes, surgirá o dever sucessivo de compensar esse dano.

Como vimos, a melhor conceituação do dano moral parte do pensamento exposto na obra de Aguiar Dias em que o dano moral é o efeito ou consequência da violação de um direito. O dano como efeito pode ou não surgir da conduta ilícita. Para a sua verificação pelos julgadores basta a sua demonstração que poderá se dar de forma interna (autoestima, consideração pessoal, transtornos psíquicos) ou externa (plano valorativo, reputação, consideração social).

Assim, a simples quebra do dever conjugal não gera danos morais. Podemos reportar toda aquela explicação dos danos morais retirada da responsabilidade civil para o Direito de Família. Não há diferença. Os requisitos são os mesmos.

Não podemos compreender que os deveres conjugais são normas programáticas já que nenhuma norma “se torna programática”. Se a norma jurídica é válida, tem-se aqui a eficácia técnica, a aptidão para surtir efeitos. A norma programática é aquela que se encontra na Constituição, dirigida ao Esta-

³⁶ VELOSO, Zeno. *Op. cit.*, p. 180.

³⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op. cit.*, p. 23-24.

do e que dependem de regulamentação, com conceitos jurídicos indeterminados.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIAR DIAS, José. *Da Responsabilidade Civil*. vol. II. 4^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960.
- BITTAR, Carlos A. *Reparação civil por Danos Morais*. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BRANCO, Bernardo Castelo. *Dano moral no Direito de Família*. São Paulo: Editora Método, 2006.
- CASABONA, Marcial Barreto. Responsabilidade civil no Direito de Família. . In: NERY, Rosa Maria de Andrade. (coord.). *Responsabilidade civil - estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 5^a ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.
- CERDEIRA, Ângela Cristina da Silva. *Da responsabilidade civil dos cônjuges entre si*. Coimbra Editora, 2000.
- CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. MACHADO, Costa (org.). *Código Civil interpretado*. 2^a ed. Barueri: Manole, 2009.
- DE CUPIS, Adriano. Il danno: teoria generale della responsabilità civile. 2.ed. Milano: Giuffrè, 1966.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 14^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, trad. Paulo Quintela, Lisboa: Edições 70, 1986.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Danos morais e direitos da persona-*

- lidade. In: Revista Trimestral de Direito Civil. v.6. Rio de Janeiro: Padma, abr-junh, 2001.
- MELO DA SILVA, Wilson. O dano moral e sua reparação. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- MORAES, Maria Celina Bodin. Danos morais e relações de família. In: PEREIRA, Rodrigo da cunha (coord.). *Afeito, ética, família e o novo Código Civil*. Belo horizonte: Del Rey, 2004.
- MORATO, Antonio Carlos. *Quadro geral dos direitos da personalidade*. Revista da Faculdade de Direito (USP), v. 106-107, jan/dez - 2011/2012.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Tratado de direito privado*. Tomo XXVI. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil. Responsabilidade Civil*. v. 4.. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.
- SIMÃO, José Fernando. *A quebra das relações afetivas e os danos morais decorrentes: o ficar, o namoro e o casamento*. Carta Forense, dezembro de 2003.
- TARTUCE, Flavio. SIMÃO, José Fernando. *Direito civil: Direito de Família*. vol. 5. 8ª ed. São Paulo: Método, 2013.
- VELOSO, Zeno. Deveres dos cônjuges – responsabilidade civil. In: CHINELLATO, Silmara Juny de A. SIMÃO, José Fernando. (org). *Direito de Família no Novo Milênio – estudos em homenagem ao professor Álvaro Vilça Azevedo*. São Paulo: Atlas, 2010.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. vol. 4. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.