

BREVES NOTAS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DAS FAMÍLIAS¹

Marcos Ehrhardt Júnior²

INTRODUÇÃO



dever jurídico de não causar dano a outrem e a obrigação de buscar, quando possível, a reparação do dano injustamente infligido a outro sujeito de direito há muito tempo são objeto de estudo do direito obrigacional. Antes do advento da Constituição Federal de 1988, a disciplina Direito de Danos, comumente estudada sob a denominação responsabilidade civil, a despeito de lúcidos posicionamentos doutrinários em sentido contrário, estava circunscrita a situações eminentemente patrimoniais, vale dizer, englobando apenas a proteção de bens mensuráveis em dinheiro.

Nesse período, era comum encontrar nas decisões jurisprudenciais o argumento de que a dor não teria preço, que não se poderia monetarizar sentimentos, motivo pelo qual se afastava a possibilidade de se pleitear indenização para compensar uma violação de direito extrapatrimonial, ou seja, bens que não podem ser avaliados em dinheiro. Confundia-se a *violação* do direito – fundamento do dever de indenizar – com suas *consequências*, como, por exemplo, dor, constrangimento, vexame, angústia. Tal confusão na identificação dos pressupostos do

¹ O presente texto representa versão atualizada, revista e ampliada do artigo “Responsabilidade civil no direito das famílias: vicissitudes do direito contemporâneo e o paradoxo entre o dinheiro e o afeto”, publicado inicialmente no livro *Famílias no Direito Contemporâneo*, editado em 2010 pela Editora Juspodivm (p. 353-372).

² Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor de Direito Civil da UFAL e do Centro Universitário CESMAC.

dever de indenizar ainda não foi totalmente superada, a despeito da expressa previsão no texto constitucional da possibilidade de indenização por danos exclusivamente morais, vale dizer, de cunho extrapatrimonial (art. 5º, incisos V e X, CF/88).

Decorridos mais de trinta anos de promulgação do texto constitucional e apesar de o Código Civil vigente já ter comemorado mais de quinze anos de vigência, ainda existem sérias controvérsias doutrinárias sobre os critérios que devem ser empregados para a quantificação da indenização devida por danos extrapatrimoniais, e, especialmente, divergência acerca da possibilidade (ou não), no sistema jurídico brasileiro, da adoção da figura de indenização com função punitiva, nos moldes do sistema do *commom law*, redefinindo as bases do valor da indenização, que nesta perspectiva não ficaria apenas adstrita à extensão do dano.

Ao longo dos anos, profundas foram as transformações verificadas no âmbito das relações familiares. Inicialmente concebida como célula fundamental de qualquer agrupamento social, a família, que poderia ser descrita como um núcleo de proteção de interesses econômicos e de reprodução³, fundada essencialmente no matrimônio e em rígidas hierarquizações para garantia da segurança jurídica e preservação do patrimônio familiar, revelou-se, nas palavras de MARIA CELINA BODIN DE MORAES, “o espaço privilegiado de realização pessoal dos que a compõem”⁴, onde podemos destacar, entre outros aspectos, a afetividade, como seu fundamento e finalidade⁵, permitindo a desconsideração do móvel econômico para prestigiar a estabilidade e ostensibilidade de relacionamentos que se apresentem

³ Cf. SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. *Mitos e rupturas no Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. O Princípio da Solidariedade. In MATOS, Ana Carla Harmatiuk (org.). *A Construção dos novos direitos*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008, p. 248-9.

⁵ Cf. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>>. Acesso em: 01 abr. 2008.

publicamente de modo comprometido com um projeto de vida em comum, baseado na igualdade entre cônjuges e na igualdade entre filhos no domínio familiar.

Essa mudança de paradigmas é uma das características mais marcantes do Direito Privado de nosso tempo, afinal, como sustenta LUIZ EDSON FACHIN:

Inequivocamente estamos em *tempo* novo, nada obstante, na mesma *espacialidade* de um perdurar histórico, social e econômico. Daí que não se trata mais de sustentar a reconstrução do Direito Privado brasileiro em torno da idéia de *codificação*, sem embargo da relevância dos códigos como signos linguísticos culturais e sociológicos. Demarca, por isso, novas fronteiras, do que é exemplo a interpenetração dos espaços públicos e privados reconhecida na doutrina, na legislação e na jurisprudência⁶.

Parece consenso entre os doutrinadores que o modelo de proteção às entidades familiares haurido do texto da Constituição Federal impõe a necessidade de análise da realidade familiar sob óptica interdisciplinar, pois somente dessa forma o operador do direito terá condições de apreciar o complexo de relações existenciais que a caracteriza. Neste sentido, aduz FACHIN que “*a família, como fato cultural, está antes do Direito e nas entrelinhas do sistema jurídico*”⁷, consubstanciando-se em mais que fotos nas paredes ou possibilidades de convivência, na medida em que “*vê-la tão-só na percepção jurídica do Direito de Família é olhar menos que a ponta de um iceberg. Antecede, sucede e transcende o jurídico, a família como fato e fenômeno*”⁸.

Por conseguinte, considerando que a família deixou de ser uma mera unidade de produção, vale destacar o entendimento de ANTUNES VARELA, segundo o qual ela se converteu, “*ao fim de cada semana, num lugar de refúgio da intimidade das*

⁶ FACHIN, Luiz Edson. Contemporaneidade, novos direitos e o Direito Civil-Constitucional no Brasil. In MATOS, Ana Carla Harmatiuk (org.). *A Construção dos novos direitos*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008, p. 225.

⁷ FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do Direito de Família*: Curso de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

⁸ Idem, *ibidem*.

peças contra a massificação da sociedade de consumo. Ela constitui hoje um centro de restauração semanal da personalidade do indivíduo contra o anonimato da rua”⁹.

Difíceis e tortuosos os caminhos desde a realidade existencial de fato à realidade jurídica¹⁰ das entidades familiares. Não se pode deixar de reconhecer que fatores de natureza econômica, embora não sejam essenciais, ainda são preponderantes nas discussões trazidas ao Judiciário, servindo as questões existenciais e afetivas apenas como MEIO para consecução dos FINS patrimoniais. É neste contexto de consolidação de algumas conquistas e ainda de intenso debate doutrinário e jurisprudencial sobre aspectos práticos das ações de indenização, que se situa a discussão acerca da possibilidade de ajuizamento de ações de reparação por danos no campo do Direito de Família.

1. RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA

Se considerarmos o ordenamento jurídico em sua unidade e interconexões, não temos como afastar a incidência das regras atinentes à responsabilidade civil do ramo do Direito de Família, por ser integrante do mesmo sistema. Além disso, o argumento comumente empregado de que não se devem monetarizar relações afetivas, *a priori*, parece desconsiderar que originariamente o Direito de Família tinha como função precípua a defesa da integridade do patrimônio familiar, sem falar da constatação de que dispositivos que tratam de questões patrimoniais representam parte considerável de sua regulamentação.

Antes de aprofundarmos o tema, faz-se necessário distinguir uma relação de direito de família (ex.: vínculo conjugal entre um homem e uma mulher) de uma simples relação comercial no contexto de direito de família (gênero que pede um empréstimo

⁹ In *Direito da Família*, 3 ed. Lisboa: Petrony, 1993, p. 47.

¹⁰ Cf. RAMOS, Carmen Lúcia Silveira. *Famílias sem Casamento*: De relação existencial de fato a realidade jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ao sogro). Em relação a esta, não há qualquer controvérsia quanto à responsabilização civil dos ofensores, seguindo as regras tradicionais da responsabilidade contratual. O que importa saber é se a mesma conduta pode ser empregada para as relações existenciais de direito de família. Em suma, não se trata de valorar economicamente situações existenciais, fixando-lhes um *quantum*, mas sim de garantir a tutela, vale dizer, proteção máxima a direitos de caráter personalíssimo.

Não percamos de vista que o grupo familiar ajuda na formação e crescimento da identidade individual, comunicação e objetivos comuns dos seus integrantes, garantindo o substrato para a consolidação do afeto e da solidariedade familiar, através do reconhecimento, tutela e da cooperação, antes mesmo que como cônjuge ou filho, como *pessoa*. Para PIETRO PERLINGIERI, “o controle sobre as vicissitudes pessoais e familiares se justifica se e na medida em que for feito em função da garantia dos direitos fundamentais”¹¹, sustentando ainda o referido autor que:

Os direitos atribuídos aos componentes da família garantem e promovem diretamente exigências próprias da pessoa e não de um distinto organismo, expressão de um interesse coletivo superior, fundamento de direitos e deveres. A família não é titular (...) A presença simultânea da responsabilidade na liberdade individual requer exigência da colaboração, da solidariedade e da reciprocidade, sem que elas cheguem a constituir um separado interesse familiar que possa ser oposto àquele individual. O interesse individual de cada familiar não pode ser pensado se não em relação àquele dos outros familiares: diante da comunhão material e espiritual, o interesse de cada um se torna, em diferentes medidas, o interesse dos outros...¹²

Feitas essas observações preliminares, podemos passar a tecer considerações sobre a espécie de responsabilidade em análise.

Para ilustrar o desafio de estudar o tema poder-se-ia

¹¹ PERLINGIERI, Pietro. *Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 980.

¹² *Idem*, p. 974.

indagar se seria extracontratual a responsabilidade civil no Direito das Famílias? Considerando que os cônjuges estão vinculados por um contrato, seria necessário estabelecer diferenças de tratamento entre a responsabilidade civil nas hipóteses de união estável (situação fática, logo, regida pela lei – responsabilidade aquiliana) e de casamento (negócio jurídico – responsabilidade contratual)?

Neste particular concordamos com o entendimento de Flávio Tartuce que sustenta que a responsabilidade civil que surge nas relações de conjugalidade ou de convivência é, essencialmente, uma responsabilidade extracontratual, nos termos do disposto no art. 186 do Código Civil vigente¹³.

Não se perca de vista que a complexidade dos arranjos familiares é ponto relevante na busca pela construção de uma teoria da responsabilidade civil aplicada às relações familiares, pois não há como equiparar as relações jurídicas conjugais às relações parentais, por exemplo.

Resta saber qual o caminho a ser adotado para enfrentar o tema: aplicar os pressupostos tradicionais da responsabilidade civil clássica ou delimitar nova espécie de responsabilidade, especialmente para disciplinar as relações familiares?

Nada obstante, uma análise mais pormenorizada demonstrará que na maioria dos casos colocados à apreciação do Poder Judiciário são resolvidos aplicando-se tradicionais institutos jurídicos que disciplinam a matéria.

Seguindo com o raciocínio, devemos inicialmente perquirir acerca da origem do dever violado. Explique-se: será que a violação descrita ao magistrado como típica do direito de família somente poderia ser cometida por um dos integrantes do núcleo familiar (cônjuge, companheiro, filhos, enteados etc.), ou um terceiro que praticasse a mesma conduta danosa também deveria receber a mesma punição?

¹³ Cf. TARTUCE, Flávio. *Manual de Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Método, 2019, p. 853-4.

Noutras palavras: será que a vítima está buscando a tutela jurisdicional contra a violação de direito personalíssimo (e, como tal, oponível, *erga omnes*), ou buscando proteção para uma conduta de “mão-própria”, vale dizer, que só poderia ser praticada por um integrante de seu grupo familiar?

Certamente é possível delimitar-se um espaço próprio para a responsabilidade civil no Direito de Família, como, por exemplo, a intrincada questão da indenização por abandono afetivo. Contudo, em grande parte das situações submetidas à apreciação do Poder Judiciário temos situações de violação a direitos personalíssimos que não estão unicamente relacionados à função que o indivíduo ocupa em sua unidade familiar. O fato de o ofensor ser filho, marido, sogra, cunhado ou outro parente apenas agrava o contexto do dano infligido injustamente à vítima, não desnatura sua origem.

Dito de outro modo, casos em que um dos conviventes impede que o outro desenvolva sua atividade profissional ou provoque indevidamente a inscrição do nome do outro num cadastro de restrição de crédito, por exemplo, podem ter como parâmetro decisões aplicadas em contextos em que não existia relação conjugal ou de parentesco entre os envolvidos. O mesmo se diga em relação a situações de contágio de doenças sexualmente transmissíveis, que pode ocorrer num contexto de inexistência de vínculo familiar, numa relação eventual entre pessoas que acabaram de se conhecer e que não possuem nenhuma intenção de estabelecer um projeto de vida em comum.

Será que todos os danos são indenizáveis? Basta o inadimplemento dos deveres decorrentes do contrato de casamento para ensejar a responsabilização civil? Seria tal ruptura um simples aborrecimento, cuja verificação, segundo jurisprudência pacífica, não configura prejuízo indenizável diante da ausência de abalo efetivo e considerável?¹⁴

¹⁴ Neste particular Cristiano Chaves, Felipe Peixoto Braga Netto e Nelson Rosenvald sustentam que “dúvida não há quanto à incidência das regras da responsabilidade civil

Um exemplo ajudará a apresentar a complexidade da questão: Se eu atraso um dia a data de entrega do contrato, cujo objeto é um bem puramente patrimonial, eu posso pleitear indenização. Trata-se de hipótese pacífica e consolidada, doutrinária e jurisprudencialmente. Mas, na relação familiar seria diferente? Seria possível isolar a responsabilidade de uma das partes ou sempre estaríamos diante da alegação de culpa concorrente, implicando, ao menos, a mitigação da responsabilidade dos envolvidos? Afinal, como bem assevera LUIZ EDSON FACHIN, ao apreciar a questão da apuração da culpa nos processos de dissolução de entidades familiares, a conduta dos cônjuges “pode ser apenas sintoma do fim”¹⁵. Neste sentido:

As crises matrimoniais, e a Psicanálise também o comprova, raro são devidas a uma culpa episódica, pontual; quase sempre constituem manifestações tardias de um processo de transição e ruptura, do qual as pessoas, em geral, não têm consciência plena. Os inconscientes dos cônjuges rompem a comunhão de vidas muitos anos antes das crises exteriores. Os casamentos não terminam por episódios, mas pela sua história. Parafraseando o velho Machado de Assis, o qual assegurava que a ocasião não faz o ladrão, faz o furto, pode-se dizer que a ocasião faz a crise, não a ruptura. Produz-se muito antes a ruptura, cuja verdadeira responsabilidade, quando exista, é dificilmente apurável pelo juiz¹⁶.

nas relações afetivas. A discussão na verdade, cinge-se em saber se a violação de algum dever específico de Direito das Famílias, por si só, seria suficiente para ensejar a obrigação de indenizar que caracteriza a responsabilidade civil. Ou seja, a reparação de danos decorreria da isolada ofensa aos deveres comuns e recíprocos estabelecidos no artigo 1.566 do Código Civil (...). Pois bem, a melhor solução parece sinalizar no sentido de que a violação pura e simples de algum dever jurídico familiar não é suficiente para caracterizar a obrigação de reparar, dependendo a incidência das regras de responsabilidade civil no âmbito do Direito das Famílias da efetiva prática de um ilícito danoso, nos moldes dos artigos 186 e 187 do Código Civil. (In Novo Tratado de Responsabilidade Civil, 2015, p. 940).

¹⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 179.

¹⁶ PELUSO, Antônio Cezar. A culpa na separação e no divórcio, p. 49. *Apud* SARTORI, Fernando Carlos de Andrade. A culpa como causa da separação e seus efeitos. In NANNI, Giovanni Ettore (org.). *Temas relevantes do Direito Civil contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 604.

No campo da separação e do divórcio, consolidou-se o entendimento no sentido de que discutir culpa apenas retarda ainda mais o desfecho da relação no Judiciário, implodindo, numa inadequada e irrazoável busca, os resquícios de entendimento entre as partes, por vezes em detrimento dos interesses dos filhos e dos próprios envolvidos.

No entanto, quando o tema é responsabilidade civil a discussão toma outro sentido. O estágio atual de nossa codificação só admite afastar a prova da culpa, como pressuposto, vale dizer, um dos elementos de configuração do dever de indenizar, na forma do disposto no parágrafo único do art. 927 do CC/02, a saber: *“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”*.

Considerando que não existe lei específica tratando da matéria, ao contrário do que ocorre, por exemplo, com a responsabilidade objetiva dos fornecedores pelos fatos e vícios do produto ou do serviço, conforme disciplinada pelo CDC, deveria o magistrado, v. g., considerar o casamento como atividade, por sua natureza, de risco para os direitos de outrem (esposa e filhos)?

Será que bastaria o insucesso do projeto de felicidade a dois do casal para ensejar o dever de reparar objetivamente os danos? Apesar de ser bem clara a tendência de objetivação da responsabilidade em todos os campos, há de se destacar que permanece o elemento culpa como norma residual do sistema de responsabilidade no Código Civil (art. 186).

Ademais, considerando ainda, apesar das contundentes e procedentes críticas doutrinárias, o fato de que nem o Código de Defesa do Consumidor conseguiu expurgar a falta de cuidado como elemento caracterizador da responsabilidade dos

profissionais liberais¹⁷, não parece ainda possível afirmar que ocorreu o “divórcio” entre a culpa e os demais pressupostos ensejadores do dever de indenizar no campo do Direito de Família.

Neste sentido, Flávio Tartuce sustenta que “a culpa do ato ilícito e da responsabilidade civil é a mesma culpa motivadora do fim do casamento”, concluindo que “ambas trazem a concepção do desrespeito a um dever preexistente”. No entanto, o referido autor filia-se a corrente doutrinária que admite a possibilidade de mitigação da culpa em alguns casos, concluindo se tratar de hipótese de “relativização, mas não de sua morte, fim ou desaparecimento”¹⁸.

É preciso ainda refletir sobre importantes aspectos relativos à prescrição da pretensão de reparação civil por danos nas relações familiares, afinal, existe regra suspensiva (ou impeditiva) que não permite a contagem de prazo prescricional (art. 197, inciso I, CC/02) entre os cônjuges na constância da sociedade conjugal¹⁹.

Seria o Juízo de Família palco de uma revisitação de toda a biografia da entidade familiar para perquirição de todos os aborrecimentos e danos ao longo dos anos? Ou pior: nos casos de traição, dever-se-á denunciar a lide o terceiro ofensor para buscar, também dele, e em caráter solidário, uma indenização?

Deve-se anotar que a ocorrência de infidelidade, sem maiores repercussões ou outras contingências, não pode, por si

¹⁷ Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. (...) § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

¹⁸ TARTUCE, Flávio. *Manual de Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Método, 2019, p. 853.

¹⁹ O tema não foi abordado em profundidade porque exigiria, por si só, um trabalho específico, diante de posições doutrinárias que consideram imprescritível qualquer violação a direito da personalidade. Além disso, seria necessário traçar a distinção entre danos patrimoniais e não patrimoniais, e suas espécies, o que foge aos objetivos do presente estudo.

só, ensejar o dever de reparar danos²⁰. O efeito atualmente admitido pela doutrina para a violação de deveres conjugais se circunscreve ao fim do relacionamento do casal por ruptura da vida em comum. Nada obstante, em situações de ocorrência de humilhações, com grave repercussão social, seria possível vislumbrar resposta diversa, desde que preenchidos todos os pressupostos do dever de indenizar.

Importante ressaltar que a existência de um filho fora do relacionamento não é, isoladamente, fundamento para uma pretensão indenizatória, pois não é função da responsabilidade civil servir de instrumento de represália de um integrante da entidade familiar contra o outro²¹.

Sobre a possibilidade de eventual responsabilização de um terceiro, estranho aos cônjuges ou conviventes, deve-se anotar que a jurisprudência pátria não entende ser possível a

²⁰ CIVIL E PROCESSO CIVIL. FIM DE RELACIONAMENTO OU QUESTÕES FAMILIARES. INDENIZAÇÃO. EXCEPCIONALIDADE. INFIDELIDADE. AUSÊNCIA DE SITUAÇÃO EXTRAORDINÁRIA HÁBIL A CONFIGURAR DANOS MORAIS. 1. Discussões e agressões recíprocas inerentes ao fim de relacionamentos ou questões familiares, fruto do ânimo acalourado entre as partes envolvidas, em regra, não ensejam à reparação por danos morais. Indenizações, nessas situações, apenas contribuiriam para acirrar os ânimos e impedir a pacificação das partes, função precípua da justiça. Apenas excepcionalidades devem ter a atenção necessária e a reparação devida. 2. A infidelidade, por si só, não gera indenização. Há que ocorrer uma situação extraordinária, que não foi trazida aos autos, porquanto as alegações e provas evidenciam sentimentos de raiva, não aceitação ou de perda, que não são hábeis a amparar o pleito inicial. 3. Apelo não provido. Honorários recursais fixados. (TJDFT - Acórdão 0030580-98.2015.8.07.0007, Relator(a): Des. Flavio Rostirola, data de julgamento: 18/04/2018, data de publicação: 30/04/2018, 3ª Turma Cível).

²¹ Neste sentido: Apelação - Ação de Indenização por Danos Morais - Alegação de infidelidade - Exame de DNA que apontou não ser pai biológico do menor - Sentença de improcedência - Autor não comprovou que não houve rompimento entre o casal durante o relacionamento ou que tinha a Ré conhecimento da origem biológica da criança e, dolosamente, a tivesse omitido do Apelante - Eventual infidelidade, por si só, não dá ensejo à reparação por dano moral e, no caso, não há comprovação de que o Autor tenha sido submetido a humilhação ou constrangimento em decorrência do fato - Não configuração do dano moral indenizável - Sentença mantida - Aplicação do RITJSP, art. 252 - Recurso improvido. (TJSP - Acórdão Apelação 1000366-73.2017.8.26.0439, Relator(a): Des. Luiz Antonio Costa, data de julgamento: 01/08/2018, data de publicação: 01/08/2018, 7ª Câmara de Direito Privado).

imputação do dever de fidelidade a quem não participa do relacionamento.

Deve-se também indagar até onde vai a interferência do magistrado no âmbito familiar. Será que não estaríamos indo longe demais, diante da necessidade de proteção da privacidade e da vida privada?²² Atualmente é comum discutir se ainda deve ser considerada a máxima popular de que “em briga de marido e mulher...ninguém mete a colher...”.

Neste aspecto, dentro de uma perspectiva de um “direito de família mínimo”, Felipe Peixoto Braga Netto aduz que vivemos um período de valorização da autonomia privada, vale dizer, da autodeterminação das pessoas. Por esta razão, “qualquer ingerência estatal somente será legítima quanto tiver como fundamento a proteção dos sujeitos de direito, sobretudo dos vulneráveis, como a criança e o adolescente, bem como a pessoa idosa (a quem se dedica proteção integral)”²³ Neste sentido:

Os únicos motivos que devem prevalecer para manter duas pessoas unidas em laços familiares são o amor e o afeto. Caso esses venham a acabar (ou até mesmo se descubra depois que eles nem chegaram a existir efetivamente), não há mais por que se manter a união. Destarte, a falta de amor e de afeto são motivos mais do que justos e suficientes para o rompimento de uma relação. Se não for assim, os nubentes (ou os companheiros de um modo geral) se tornarão “reféns de certos acontecimentos (os famigerados motivos justos), ficando aprisionados em relacionamentos de fachada”. Em respeito á intimidade de cada membro do casal, o Estado deve interferir minimamente

²² Imagine-se, por absurdo, pedido de aplicação de dispositivo criado especificamente para o campo negocial, nas relações de casamento: “Art. 473. A resilição unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte. Parágrafo único. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos”. Não há que se falar aqui em “investimento afetivo”, por exemplo, e pleitear que a possibilidade de divórcio seja adiada por determinação do magistrado.

²³ BRAGA NETTO, Felipe. *Novo Manual de Responsabilidade Civil*. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 661.

em sua subjetividade, sob pena de acabar impondo mais uma vingança do que uma reparação propriamente dita²⁴.

Cabe aqui distinguir as situações de indenização por abandono afetivo, nas quais está em jogo um comportamento objetivamente aferível pelo magistrado (dever de cuidado) e de interesse de toda a comunidade, de situações de traição numa relação conjugal e a legítima (porém não pacífica) pretensão da vítima ao recebimento de indenização²⁵.

E como ficariam as situações em que filhos que dependem economicamente dos pais acabam por causar-lhes danos físicos? Como garantir indenização nesses casos? Há de se refletir, portanto, se é possível resolver todos esses problemas com dinheiro. Nada obstante, no atual estágio de nosso desenvolvimento como garantir outra forma de compensação?

Neste ponto, não podemos perder de vista que existem outras eficácias que decorrem de ilícitos civis, que não se resumem no dever de indenizar ou ressarcir, podendo também compreender: “a) a autorização para a prática de certos atos pelo ofendido, b) a perda de certas situações jurídicas (direitos pretensões e ações) ou c) a neutralização da eficácia jurídica (não produção

²⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo Tratado de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 939.

²⁵ Apelação cível. Indenizatória. Danos Morais. Relacionamento amoroso. Alegação de traição que causou abalo psicológico. Família da ré que teria injuriado e difamado o autor publicamente. Reconvenção negando a suposta traição e afirmando diversas agressões físicas e verbais durante o relacionamento. Histórico de violência do autor contra anteriores namoradas. Dispensa do trabalho que na verdade decorreu de "corte geral" no trabalho. Há ação penal contra o autor onde está relatado crime de lesão corporal contra a autora, instruído com laudos e relatórios médicos que narram socos desferidos no rosto da ré, além de medidas protetivas, com denúncia recebida. Improcedência da ação e procedência da reconvenção para condenar o autor a indenizar a ré em R\$ 20.000,00 a título de danos morais. Infidelidade não configura dano moral. Não comprovado nexos causal entre eventual desentendimento com a autora, abalo psicológico do autor e sua dispensa do trabalho. Quanto à reconvenção, há robusta prova de violência física e verbal contra a ré. Danos morais cabíveis. Sentença mantida. Recurso improvido. (TJSP - Acórdão Apelação 1012058-19.2017.8.26.0100, Relator(a): Des. Silvério da Silva, data de julgamento: 02/07/2018, data de publicação: 02/07/2018, 8ª Câmara de Direito Privado)

de efeitos jurídicos como sanção). E tudo isso projeta efeitos no direito de família.”²⁶

Se é difícil encontrar unanimidade na possibilidade de indenização por danos morais no Direito de Família²⁷, mesmo quando o julgador decide pelo caminho da reparação, ou melhor, pela compensação da violação injusta infligida à vítima, o assunto não resta menos tormentoso. Surge então o problema do receio de gerar enriquecimento sem causa, se é justo o receio, por consubstanciar perigo de situação que ofende a noção de justiça, igualmente ofensiva a circunstância de “*não se satisfazer o interesse da vítima por conta de mero receio infundado e difuso*”²⁸.

Há de se distinguir a pretensão a indenização em sentido estrito (*restitutio in integrum*), cuja tentativa de alcançá-la ocorre mediante pedido de reparação, do pleito de compensação

²⁶ BRAGA NETTO, Felipe. *Novo Manual de Responsabilidade Civil*. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 668.

²⁷ APELAÇÃO CÍVEL. Ação pelo procedimento comum, com pedido de indenização por dano moral. Autor que alega extremo sofrimento e humilhação em virtude de divulgação em rede social de fotos íntimas que demonstrariam traição da ex-mulher, primeira ré, quando ainda eram casados, e de requerimento de medida protetiva por ela formulado, sob alegação de temer agressão do autor, que a teria injuriado. Rés que formulam pedido contraposto, pretendendo indenização pelo dano moral que alegam haver sofrido em virtude do ajuizamento da presente demanda. Sentença de improcedência de ambos os pedidos, com condenação das partes ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios da parte adversa, observada a gratuidade de justiça que lhes foi deferida. Inconformismo do autor, que insiste ter comprovado a traição da ex-mulher, bem como a divulgação das fotos, ainda na constância do casamento. Não comprovada a alegação de que estivesse o autor ainda casado com a primeira ré em outubro/novembro de 2015. Infidelidade que, ademais, por si só, não enseja a pretendida reparação pecuniária, conforme precedentes colacionados. Recurso adesivo das rés, que tampouco prospera, uma vez que não se verifica abuso do autor no exercício do seu direito de ação. RECURSOS A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (TJRJ - Acórdão Apelação 0001727-77.2016.8.19.0050, Relator(a): Des. Patrícia Ribeiro Serra Vieira, data de julgamento: 14/11/2018, data de publicação: 14/11/2018, 10ª Câmara Cível)

²⁸ Cf. VIANA, Ragner Limongeli Vianna. A dignidade humana comporta indenização módica? In NANNI, Giovanni Ettore (org.). *Temas relevantes do Direito Civil contemporâneo*; Reflexões sobre os cinco anos do Código Civil – estudos em homenagem ao Professor Renan Lotufo. São Paulo: Atlas, 2008, p.445.

pelos prejuízos verificados, situação na qual não se guarda perfeita equivalência com os danos, sobretudo por não guardar qualquer correspondência com eventuais valores patrimoniais igualmente violados. Distante da quantificação matemática, resta-nos o arbitramento do magistrado, exigindo-se uma demonstração clara e objetiva das razões do seu convencimento.

No meio de tantas indagações e incertezas, às vezes perdemos o foco da necessária proteção à vítima para sobrevalorizar o desejo de vingança contra o ofensor. Será que o melhor caminho não deve ser o da precaução, evitando-se a contaminação integral do direito das famílias num processo de precificação e estímulo ao lucro fácil?

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar da inegável e importante contribuição que o movimento de constitucionalização propiciou ao estudo do Direito Civil, e dos avanços conquistados nos últimos anos em relação à proteção dos valores existenciais da pessoa humana, não podemos deixar de considerar que quando seus postulados são levados ao extremo, sem a adequada ponderação dos interesses em jogo, a legítima expectativa de sindicabilidade dos direitos fundamentais e sua efetiva concretização no campo social, podem propiciar o surgimento de soluções desprovidas de legitimidade pela ausência de preocupação de fundamentação das decisões judiciais, o que, em última instância, compromete a credibilidade do próprio sistema, por representarem um exacerbado decisionismo que não se coaduna com o verdadeiro espírito do movimento.

Assim, vale destacar preocupação de JOSÉ CASALTA NABAI, que ressalta a necessidade de estudo e ponderação não apenas dos direitos conquistados, mas também dos deveres correspondentes:

Estou seguro de que o objecto, que eu escolhi para esta minha exposição, não está na moda nos tempos que correm. A bem

dizer, não está na moda há muito tempo. Pois a linguagem politicamente correcta deste tempo, que é o nosso, não ousa falar senão de liberdade e dos direitos que a concretizam. Compreende-se assim que a outra face, a face oculta da liberdade e dos deveres e custos que a materializam, não seja bem-vinda ao discurso social e político nem à retórica jurídica. E todavia, eu proponho-me falar-vos dos deveres e dos custos dos direitos. Isto é, da face oculta do estatuto constitucional do indivíduo. Face oculta que, como a face oculta da lua, não obstante não se ver, é absolutamente necessária para a compreensão correcta do lugar do indivíduo e, por conseguinte, da pessoa humana em sede dos direitos fundamentais ou dos direitos do homem²⁹.

No campo da responsabilidade civil nas relações familiares, deve-se evitar a polarização da discussão entre defensores irrestritos da possibilidade de ajuizamento de ações de indenização e os seus antagonistas, que negam qualquer possibilidade de compensação financeira sob o argumento principal de que não se deve monetarizar o amor. Neste sentido, vale destacar o entendimento de LUIS DIEZ-PICAZO:

... não é possível falar da total separação entre vida familiar e Direito e que é vão todo intento de desregulamentação completa desse setor, parece claro que temos que chegar à conclusão de que a posição acertada é a que ao princípio designávamos com a fórmula gráfica ou geométrica dos círculos secantes. Quer-se dizer que existem zonas da vida familiar que o Direito não cobre e regula e outras que abandona à espontaneidade dos comportamentos individuais ou a outro tipo de regras, menos rigorosas que as jurídicas.³⁰

Por conseguinte, o compromisso do intérprete no mundo contemporâneo é buscar a funcionalização das estruturas jurídicas tradicionais de modo reflexivo, sem perder de vista que estas

²⁹ NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade*; Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 163-4.

³⁰ A citação é uma tradução livre do pensamento de DIEZ-PICAZO, apresentado no livro *Familia y Derecho* (Madrid: Civitas, 1984, p. 29) e foi extraída da nota de rodapé nº 4 do artigo “Conjugalidade: possíveis intersecções entre economia, política e o amor” elaborado por Marcos Alves da Silva, Silvana Maria Carbonera e Tatiana Wagner Lauand de Paula, publicado no livro *Apontamentos críticos para o Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*, p. 233-62.

não se conformam integralmente aos modelos legais atualmente disponíveis, o que em nenhuma hipótese pode servir de argumento para afastar o jurista da construção de estruturas de resposta aos problemas concretos de nosso cotidiano.

Um bom exemplo disso é apresentado por MARIA CELINA BODIN DE MORAES:

Em relação à violação daquilo que não pode ser considerado um direito subjetivo, nem uma faculdade, tampouco um poder-dever – isto é, nenhuma categoria preconcebida do direito civil lhe serve de vestimenta –, a solidariedade, no entanto, pode dizer-se fundamento daquelas lesões que tenham no grupo a sua ocasião de realização: ela abrangeria os danos sofridos no âmbito familiar nas mais diversas medidas, desde a lesão à capacidade procriadora ou sexual do cônjuge até a violência sexual praticada contra filha menor, do descumprimento da pensão alimentícia de filho, do não-reconhecimento voluntário de filho, ou a criação de dificuldades a esse reconhecimento, à falta de visitação...³¹.

Certamente o caminho passa por um diálogo das fontes, a partir da análise das circunstâncias particulares do caso, mas este diálogo é *interdisciplinar*, focado na *prevenção* e no emprego de medidas alternativas de solução de conflitos, não apenas na repressão.



REFERÊNCIAS

BRAGA NETTO, Felipe. *Novo Manual de Responsabilidade Civil*. Salvador: Juspodivm, 2019.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2007.

³¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. O Princípio da Solidariedade. In MATOS, Ana Carla Harmatiuk (org.). *A Construção dos novos direitos*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008, p. 256-7.

- CHAVES, Cristiano de Farias; ROSENVALD, Nelson. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CORTIANO JR, Eroulths (org.) *et alii*. *Apontamentos críticos para o Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*; Anais do Projeto de Pesquisa Virada de Copérnico. Curitiba: Juruá, 2007.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do Direito de Família: Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- FACHIN, Luiz Edson. *Questões do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo Tratado de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2015.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil - Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>>. Acesso em: 01 abr. 2008.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos da personalidade . *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 119, 31 out. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4445>>. Acesso em: 01 abr. 2008.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 194, 16 jan. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4752>>. Acesso em: 23 dez. 2007.
- LORENZETTI, Ricardo Luís. *Fundamentos de direito privado*. São Paulo: RT, 1998.
- MADALENO, Rolf. *Novas perspectivas no direito de família*.

- Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- MATOS, Ana Carla Harmatiuk (org.). *A Construção dos novos direitos*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008.
- MORAES, Maria Celina Bodin de (org.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade*; Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- NANNI, Giovanni Ettore (org.). *Temas relevantes do Direito Civil contemporâneo*; Reflexões sobre os cinco anos do Código Civil – estudos em homenagem ao Professor Renan Lotufo. São Paulo: Atlas, 2008.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. 2ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- _____. *Princípios fundamentais orientadores do direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- PERLINGIERI, Pietro. *Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- _____. *Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- RAMOS, Carmen Lúcia Silveira. *Famílias sem Casamento: De relação existencial de fato a realidade jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. *Mitos e rupturas no Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- TARTUCE, Flávio. *Manual de Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Método, 2019