

RESPONSABILIDADE CIVIL PELO FIM DA CONJUGALIDADE¹

Marcelo Truzzi Otero

Mestre e Doutor pela PUC-SP. Diretor do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM. Advogado. Professor da Escola Paulista de Direito-EPD, das Faculdades Integradas Padre Albino – FIPA e da Atame-Cândido Mendes. Autor.

Sumário: 1. Introdução. 2. Responsabilidade civil pela ruptura imotivada da conjugalidade. 3. Responsabilidade civil por violação aos deveres conjugais. 4. Reparação civil nas relações paterno-filiais em razão da dissolução da família. 5. Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

O panorama jurídico das relações privadas foi alterado substancialmente pela Constituição Federal de 1988. Até então, a tutela da personalidade estava restrita, em visão canhestra, à tutela do patrimônio, e não precisamente à proteção da pessoa humana.

Fruto de equivocada compreensão dos conceitos de igualdade e de liberdade das grandes codificações edificadas sobre a égide do Estado liberal, “marcadas por leis gerais e abstratas que enalteciam a propriedade e a manifestação da vontade livre, sem a preocupação dos indivíduos como *pessoa*”², a legislação anterior ao texto constitucional preocupava-se claramente mais com a tutela de institutos jurídicos em abstrato a propriamente com as *peçoas* envolvidas no fenômeno jurídico.

A propriedade, o contrato e a família, institutos clássicos do direito privado na codificação de 1916, eram mais importantes que os contratantes, os proprietários e os partícipes da relação familiar.

A positivação de princípios no texto constitucional de 1988, a exemplo da dignidade, da solidariedade, da afetividade, da igualdade e da liberdade, valorizou a pessoa humana, pautado exclusivamente

¹O presente trabalho integra obra coletiva, *Responsabilidade Civil no Direito de Família*, MADALENO, Rolf, BARBOSA, Eduardo (coord.), São Paulo: Atlas, 2015.

²Ana Luisa Maia Nevares, *A função promocional do testamento*, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 41.

em uma perspectiva existencialista, bem ressaltada por Luiz Edson Fachin³.

Merecedor da tutela jurídica é o sujeito, considerado objetivamente em todas as suas particularidades, e não mais os institutos em si.⁴ Norma de qualquer natureza que descure da tutela da pessoa humana estará em franca rota de colisão com a diretriz constitucional, não havendo que aplicá-la, sob pena de verdadeira subversão da hierarquia normativa, prestigiando leis ordinárias em detrimento das normas constitucionais.⁵

A partir desta ótica personificada e existencialista imposta pela Constituição vigente, todos os institutos jurídicos marcadamente privados passaram por indispensável releitura de modo a conformá-los à ordem constitucional; e a família, obviamente, com toda a sua realidade sociológica sensível as transformações sociais, não se manteve imune a essa verdadeira revolução.

Aquela família de antanho, reconhecidamente excludente, desigual, discriminatória, hierarquizada e patrimonialista, protegida como ente abstrato⁶, cedeu passo a uma família igualitária, democrática, plural, consciente de seu verdadeiro papel como instrumento executor de valores fundamentais destinado a promover o desenvolvimento da personalidade de seus componentes.⁷

³Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo, 2 ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 48: “A pessoa, e não o patrimônio, é o centro do sistema jurídico, de modo que se possibilite a mais ampla tutela da pessoa, em uma perspectiva solidarista que se afasta do individualismo que condena os homens a abstração. Nesta esteira, não há, pois, direito subjetivo arbitrário, mas sempre limitado pela dimensão coexistencial do ser humano. O patrimônio, conforme se depreende do exposto por Sessarego, não só deixa de ser o centro do Direito, mas também a propriedade sobre os bens é funcionalizada ao homem, em sua dimensão coexistencial.”

⁴Cristiano Chaves de Farias. Direito das Famílias. 4 ed. rev., ampl. e atual., Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 47: “Não há mais proteção à família pela família, senão em razão o ser humano. Enfim, é a valorização definitiva e inescandível da pessoa humana! (...) É simples, assim, afirmar a evolução da ideia de família-instituição, com proteção justificada em si mesmo, importando não raro violação dos interesses das pessoas nela compreendidas, para o conceito de família-instrumentado desenvolvimento dos seus membros, tutelada na medida em que promove a dignidade das pessoas de seus membros, com igualdade substancial e solidariedade entre eles (arts. 1º e 3º da CF)”.

⁵TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 18.

⁶A indissolubilidade do vínculo, as restrições ao divórcio livre, direto e imediato; o trato discriminatório dispensado aos filhos havidos fora das “justas núpcias”, à união estável e a própria união entre pessoas de mesmo sexo bem demonstram que os sujeitos das relações familiares ocupavam posição secundária em relação à própria família, ente despersonalizado.

⁷FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSELVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direito de família*. 6. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012. p. 48: “A família cumpre modernamente um papel funcionalizado, devendo, efetivamente, servir como ambiente propício para a promoção da dignidade e a realização da personalidade de seus membros, integrando sentimentos, esperanças e valores, servindo como alicerce fundamental para o alcance da felicidade”. grifos do autor.

Foi reconhecido, enfim, que a família constitui o *locus* existencial por excelência de seus componentes, sendo tamanha a sua importância para o desenvolvimento da personalidade e das potencialidades das pessoas, que a Declaração Universal dos Direitos do Homem, no artigo XVI, 1, assegura, como fundamental, o direito de qualquer pessoa fundar uma família.

Longe de ter a disciplina das relações sexuais, a procriação ou a prestação de mútua assistência como finalidades precípuas⁸, a família, e não apenas o casamento como sugere a geografia do artigo 1511 do Código Civil, visa, essencial e primordialmente, a realização de projetos existenciais conscientemente adotados a partir do afeto, do amor.⁹

O afeto, portanto, é o esteio de qualquer núcleo familiar que, associado à liberdade e à vontade, assegura o direito individual de executar esses projetos existenciais, sejam eles atrelados à conjugalidade¹⁰ ou a parentalidade¹¹, que promovam a realização pessoal dos envolvidos, tradução singela de tutela da dignidade, não cabendo ao Estado qualquer ingerência, salvo quando conflituarem com a própria personalidade do titular¹² ou com o interesse social maior da própria sociedade¹³.

Por conseguinte, na execução de seus projetos existenciais vinculados à conjugalidade há um enorme poder de autodeterminação para casar ou não casar; casar ou viver em união estável, e, evidentemente, se casadas ou vivendo em união estável, por termo ao casamento ou a então estável, sendo suficiente o fenecimento do afeto, sem que nada possa fazer o outro cônjuge/companheiro, tampouco o Estado, afinal, como bem observa Pietro Pierlingieri, “é necessário

⁸ Silvio Rodrigues, *Direito Civil: Direito de Família*, 28 ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 22.

⁹ João Baptista Vilela vaticinou já há longa data: “Já notaram os senhores o quão pouco se falar de amor em sede de direito de família, como se este não fosse seu ingrediente fundamental? O amor está para o direito de família assim como o acordo de vontades está para o direito dos contratos”, *Repensando o Direito de Família*, in: *Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM*, Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 20.

¹⁰ Casar, viver em união estável, manter entidade familiar com pessoa do mesmo gênero, observando que já se discute se o concubinato e as uniões paralelas constituem modelos de família.

¹¹ Ter ou não ter filhos; tê-los pela via natural ou mediante técnicas medicamente assistidas; optar pela adoção, ser mãe ou pai independentemente de um projeto conjugal, tudo isso foi assegurado pela CF/88, em especial, pelo artigo 226, 7º da Constituição Federal.

¹² Adoção de técnicas medicamente assistidas de procriação quando há claro risco à saúde da gestante ou da prole.

¹³ Em dias atuais, o Superior Tribunal de Justiça tem repellido o reconhecimento de efeitos jurídicos a uniões paralelas entendendo que, além de afrontarem a monogamia, tida como princípio para a maioria dos julgados daquela Corte, elas contrariam interesse da sociedade na família monogâmica: REExt.n.397.762-8/BA, STF, Rel. Min. Marco Aurélio Mello, j. 03.08.2008 e RESp.n. 1.157.273/RN, STJ, 3 T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 18.10.2010.

mais do que outra coisa, aceitar a ideia de que, quando falta o afeto e a comunhão espiritual, a família ‘não existe’.¹⁴

Paulo Neto Lôbo bem focaliza essa questão observando que “o princípio da liberdade diz respeito não apenas à criação, manutenção ou extinção dos arranjos familiares, mas à sua permanente constituição e reinvenção. Tendo a família se desligado de suas funções tradicionais, não faz sentido que ao Estado interesse regular deveres que restrinjam profundamente a liberdade, a intimidade e a vida privada das pessoas quando não repercutem no interesse geral”¹⁵.

Não cabe, portanto, ao Estado, ao parceiro ou a quem quer que seja obstaculizar, restringir ou dificultar a decisão refletiva e consciente de *descasar* que, mesmo aparentemente imotivada, encontra motivação suficiente no simples desejo de não mais permanecer vinculado àquele projeto existencial de conjugalidade.

A questão que tem se apresentado aos tribunais é se este exercício unilateral de liberdade individual, e que se traduz na execução da própria personalidade do titular, ou se a sua conduta durante relacionamento, ensejará algum tipo de indenização ao outro que, continuando a amar ou sendo preterido em seus sentimentos e expectativas, experimentará uma dor, um sofrimento, um menoscabo¹⁶.

Entendemos que a responsabilidade civil pela dissolução familiar deve ser enfrentada sob três enfoques distintos. O primeiro deles deve analisar o problema da responsabilidade civil na ruptura do projeto existencial a partir do exercício de uma liberdade individual. O segundo deles, deve analisar o problema da responsabilidade civil a partir da conduta adotada pelo cônjuge ou pelo cônjuge ou companheiro durante a vida a dois. O terceiro deles, deve analisar a questão sob o prisma dos filhos.

De certa forma, todos esses enfoques se entrelaçam ao concluirmos que a responsabilidade civil pela dissolução da vida familiar segue as mesmas vigas mestras da responsabilidade civil em geral.

¹⁴*Perfis do Direito Civil*. 2 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 263-264.

¹⁵Nova principiologia do Direito de Família e suas repercussões, in: *Direito de Família e das Sucessões*, Coord. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Flávio Tartuce, José Simão. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p. 11-12.

¹⁶“A perda do amor é igual à perda da morte. Só que dói mais. Quando morre alguém que vc. ama, você se dói inteiro mas a morte é inevitável, portanto, normal. Quando você perde alguém que você ama, e esse amor – essa pessoa – continua vivo, há então uma morte anormal. O nunca mais de não ter quem se ama torna-se tão irremediável quanto não ter nunca mais quem morreu. E dói mais fundo – porque se poderia ter, já que está vivo. Mas não se tem, nem se terá, quando o fim do amor é: never”, Caio Fernando Abreu, *Extremos da Paixão*, in: *Pequenas Epifanias*.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL PELA RUPTURA IMOTIVADA DA CONJUGALIDADE

É de Maria Berenice Dias a seguinte colocação: “Todas as relações que têm origem em vínculos de afetividade propõem-se eternas, estáveis, duradouras e com perspectiva infinita de vida em comum até que a morte os separe. Todos os pares carregam a expectativa de um complementar o outro na satisfação de suas necessidades de afeto, amor, relacionamento social etc. A separação representa o rompimento deste projeto. Um dos mais sofridos e traumáticos ritos de passagem é o da separação conjugal”¹⁷ ao que, concluímos, causa dor, sofrimento, angústia, em especial quando o rompimento é motivado por alguma conduta mais ferina aos sentimentos.

Não é incomum associar o dano moral a dor, ao sofrimento, a angústia injustamente impostos a outrem, como constatamos na lição de Wilson de Melo da Silva, célebre monografista da matéria, quando afirma que o “dano moral é a dor, tomado o vocábulo em sua lata expressão”.¹⁸

Não nos afigura correto, entretanto, este atrelamento do dano moral ao subjetivismo dos sentimentos que, embora aferíveis por critérios medianos, mantém certa dose de egotismo, incorrendo no grave risco de relegar a configuração do dano moral ao sabor das emoções da vítima que exteriorizará ao seu modo e conforme a sua sensibilidade o sofrimento de que padece e que, por vezes não padece, afinal, como bem observado acidamente pelo saudoso J. J. Calmon de Passos:

“Nada mais suscetível de subjetivar-se que a dor, nem nada mais fácil de ser objeto de mistificação. Assim como já existiram carpideiras que choravam a dor dos que eram incapazes de chorá-la porque não a experimentavam, também nos tornamos extremamente hábeis em nos fazermos carpideiras de nós mesmos, chorando, para o espetáculo diante dos outros, a dor que em verdade não experimentamos. A possibilidade, inclusive, de retirarmos proveitos financeiros dessa nossa *dor oculta*, fez-nos atores excepcionais e meliantes hábeis (...). Para se ressarcir esses danos, deveríamos ter ao menos a decência ou a cautela de exigir a prova da *efetiva dor* do beneficiário, *desocultando-a*.”¹⁹ (*Informativo Incijur* n. 46, maio 2003)

¹⁷Manual de Direito das Famílias, 5ª ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2009, p. 116.

¹⁸O dano moral e sua reparação, 3 ed. ver. e ampl., Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 1999, p. 334.

¹⁹O imoral do dano moral, *in*: *Informativo Incijur*, nº 43, maio/2003.

Dano moral, em verdade, é toda lesão injusta a um atributo da personalidade humana²⁰ e não está “necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima. Pode haver ofensa à dignidade da pessoa humana sem dor, vexame, sofrimento, assim como pode haver dor, vexame e sofrimento sem violação da dignidade. Dor, vexame, sofrimento e humilhação podem ser consequências, e não causas.”²¹

Transportando estas considerações para a ruptura imotivada dos relacionamentos amorosos, *decerto* o rompimento da relação provocará dor, causará sofrimento, implicará em angústia ao cônjuge/companheiro que, por vezes colhido de surpresa, vê-se aturdido com a notícia do fim, mas tal não significa que existirá ou remanescerá dever de indenizar por parte do desertor.

Casamento e união estável são projetos existenciais e, portanto, estão intimamente ligados ao exercício da personalidade, afinal, ninguém casa ou vive em união estável, tampouco mantém-se casado ou convivendo estavelmente pelo simples fato de fazer o outro feliz. Casa-se ou vive-se em união estável porque busca-se nestes projetos existenciais a execução da própria personalidade, busca-se a felicidade e a realização pessoal, tradução singela da dignidade tutelada pelo texto constitucional. Qualquer outro sentido que se dê ao casamento ou a união estável que não o de um projeto existencial acabará aniquilando completamente o próprio sentido da família como *locus* existencial por excelência, afinal, nada mais dramático e angustiante do que viver com quem não se quer conviver. “Amor imposto é desamor”, como já consignado por Ênio Santarelli Zuliani.²²

É um evidente paradoxo equacionar a dor, o sofrimento, a angústia do cônjuge/companheiro abandonado, impondo ao outro parceiro manter-se vinculado ao projeto conjugal originalmente estabelecido que não mais deseja. Esta desastrosa solução, encontrada na legislação revogada²³, atenta contra o próprio sentido da dignidade da pessoa humana que tem substrato na preservação da igualdade, da liberdade, da integridade física e moral de cada pessoa.²⁴

Os atos de autonomia existencial têm características marcantes que o diferem dos atos de natureza puramente patrimonial. Enquanto

²⁰ Maria Celina Bodan de Moraes, *Na medida da pessoa humana: estudos e direito civil-constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 433; Anderson Schreiber, *Direitos da Personalidade*, 3ª ed., rev. e atual., São Paulo: Atlas, 2014, p. 16.

²¹ Sérgio Cavalieri Filho, *Programa de Responsabilidade Civil*, 8 ed., rev. e atual., São Paulo: Atlas, 2008, p. 80.

²² Ênio Santarelli Zuliani, Apelação Cível n. 300.787-4/2, 4ª Câ. Dir. Privado, j.15.02.2007.

²³ Art. 6º da Lei 6515/77, malsinada “clausula de dureza”.

²⁴ Maria Celina Bodin de Moraes, *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil – constitucional*, p. 187.

os atos puramente patrimoniais tem como notas marcantes a exigência de *declaração simples de vontade*, a *onerosidade*, a *correspectividade* e a *confiança*, resultando daí todo um arcabouço jurídico que fundamenta a execução específica das obrigações; os atos de autonomia existencial são caracterizados essencialmente por uma *declaração qualificada de vontade*, pela *gratuidade* e *espontaneidade*, pela *ausência de correspectividade*, ressaltando que, justamente por traduzirem atos que executam e promovem a dignidade do titular, neles não prevalecerá a lógica da correspectividade e a tutela da confiança, como ocorre nos atos de autonomia patrimonial, razão pela qual descabe falar em execução forçada dos atos de autonomia existencial, ainda que manifestados a partir de uma vontade qualificada.

Rose Melo Vencelau Meireles, dissertando sobre os atos existenciais, anota que “o que move o titular de uma situação existencial dispor sobre ela é a busca do desenvolvimento da sua própria personalidade ou fins altruísticos, se o ato visa a beneficiar a outrem”, inexistindo “um mote econômico na prática de atos de autonomia existencial”, para, na sequência, ressaltar a preocupação em não se mercantilizar situações existenciais que, em última instância, atingem a própria personalidade do homem²⁵.

Prossegue, a doutrinadora, lecionando que também “a lógica da correspectividade é totalmente estranha aos negócios existenciais bilaterais, pois nestes o disponente se vincula à prática de um ato para a realização da personalidade e não devido à existência de um nexo de causalidade com uma contraprestação”²⁶ para, na sequência, finalizar explicitando que a *declaração qualificada de vontade* é aquela, além de *espontânea*, *esclarecida*, e, sobretudo, atual, no sentido de que deve *ser manifestada no momento da execução do ato*²⁷ observando que nestes atos existenciais é assegurada, até o momento da execução do ato existencial²⁸, a possibilidade de retratação, sem que se possa falar em cumprimento forçado da obrigação, justamente porque ordinariamente não prevalece, para os atos existenciais, a tutela da confiança²⁹.

²⁵ *Autonomia Privada e Dignidade Humana*, Rio de Janeiro: Renovar, p. 205-206.

²⁶ Ob. cit., p. 211.

²⁷ Nas relações jurídicas existenciais de trato contínuo, como ocorre no casamento e na união estável, é assegurado ao sujeito, em exercício da sua personalidade, manifestar a sua vontade em casar ou não casar até o momento da celebração, e, se já participante de um projeto parentar, a ele é assegurado manifestar, a qualquer instante, a vontade a respeito da permanência ou não a não permanência naquele projeto existencial.

²⁸ Até o momento do casamento, portanto, os noivos podem se retratar, como, aliás, lhes assegura a própria lei (CC, art. 1538).

²⁹ Ob. cit., p. 215-216: revogabilidade, incoercibilidade e tutela da confiança nos atos existenciais.

Todas essas características dos atos existenciais emprestam relevantes subsídios para fundamentar a inexistência de dever de indenizar pela simples ruptura da convivência amorosa, em quaisquer de suas fases: namoro, noivado, casamento ou união estável.

De fato, namorados, noivos, cônjuges ou companheiros mergulham nestes projetos existenciais pautados exclusivamente no afeto antevendo naquele relacionamento o caminho para a felicidade e para a realização pessoal, desenvolvendo assim, de forma mais que sadia, suas personalidades. Ninguém inicia um namoro, compromete-se em noivado ou entrega-se em casamento ou em união estável pautado em interesses puramente patrimoniais ou a uma contraprestação qualquer, pois além de absolutamente imoral, é, no panorama jurídico atual, ilegal dado que o afeto é o esteio dos relacionamentos familiares e sem ele não se atinge a plenitude da comunhão de vidas, e menos ainda a felicidade, ou seja, não atinge próprio fim destes modelos familiares.

Como oportunamente observado por Flávio Tartuce e José Simão³⁰, “quando as pessoas se casam não buscam esse intuito patrimonial, mas afetivo, para uma comunhão de vida”. Tanto assim é verdade que o Judiciário decretou a anulação de casamento celebrado com propósitos exclusivamente patrimoniais e desprovido de afeto³¹.

Óbvio, também, que não se pode obrigar qualquer pessoa a iniciar um relacionamento amoroso ou manter-se a ele vinculado contra a sua vontade. Seria o completo desprestígio à vontade individual qualificada, tão cara aos atos existenciais e à própria tutela da personalidade.

Como bem explicita Maria Celina Maria Bodin de Moraes, “na legalidade constitucional a noção de autonomia privada sofre uma profunda e marcante transformação conforme a sua incidência ocorra no âmbito de uma relação patrimonial ou de uma relação pessoal, não patrimonial. Assim é justamente porque o legislador democrático, também no Brasil, tem perfeita noção de que a vida, para ser digna (CF, art. 1º, II), precisa, intrinsecamente, da mais ampla liberdade possível no que toca às relações não patrimoniais. No que tange às situações pessoais, como aqueles que se refere à vida privada do sujeito – (...) – considera-se haver uma ‘proteção constitucional reforçada, porque, sob o prisma da Constituição, estes direitos são indispensáveis para a vida humana com dignidade’. Significa dizer que as ações humanas que

³⁰*Direito civil: direito de família*, 7ª ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 38.

³¹Ap. Cível 2009.001.21641, TJRJ, 19ª Câmara Cível, Rel. Des. Claudio Brandão, j. 4/8/2009, publicado 4/11/2009: “Direito Civil. Família. Anulação de casamento. Funcionalização do Direito: proteção dos institutos jurídicos condicionada à respectiva função social. Casamento celebrado sem finalidade de constituição de família. Erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge: interesses unicamente materiais. Art. 1557, I, do CC.”

envolvem escolhas de caráter existencial são protegidas de modo mais intenso pela ordem constitucional”³².

Ora, se “nos contratos em que a prestação de uma das partes for uma situação existencial, esta poderá resilir unilateralmente o contrato quando a sua continuidade não mais interessar especialmente, se importar em violação a sua própria dignidade”³³, com maior razão o sujeito poderá se desdizer, arrepender-se, denunciar o fim do relacionamento amoroso, já que são atos existenciais puros de execução da personalidade em que a dignidade do declarante não pode ser restringida para garantir a dignidade do outro.

Atento a esta ordem de ideias, André Borges de Carvalho Barros pondera que “a família é marcada por uma vontade qualificada: o afeto. Logo, quando desaparece o afeto, dentro da família matrimonial (casamento), não há porque se insistir na sua manutenção e dificultar sua dissolução (sem afeto não há família). O casamento que não é bom para um não é bom para todos, sobretudo para os filhos do casal”, concluindo, na sequência, que “se o relacionamento não deu certo, facilitar a sua dissolução não significa a destruição da família, mas sim a sua própria regeneração”³⁴.

O direito ao rompimento das relações amorosas, em quaisquer de suas formas, também traduz ato de execução da personalidade, amparado pela liberdade e pela autodeterminação, constituindo, pois, um direito potestativo do seu titular, que não pode ser negado ou restringido e, mesmo que o ato de rompimento provoque dor, sofrimento, mágoa ou sensação de abandono, dele não emergirá qualquer dever de indenizar³⁵, salvo quando exercido de forma manifestamente abusiva³⁶, caso em que o dever de indenizar não emergirá do ato de

³²Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional, Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 190.

³³ Rose Melo Vencelau Meireles, *Autonomia privada e dignidade humana*, Rio de Janeiro: Renovar, p. 296.

³⁴A mitigação da culpa na separação judicial e suas consequências, in: Direito de Família e das Sucessões, coord. Giselda Maria Fernanda Novaes Hironaka, Flávio Tartuce, José Fernando Simão. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p. 115.

³⁵Apelação Cível n. 70012349718, TJRS, 7ª Câmara, Rel. Des. Sérgio de Vasconcellos Chaves, j. 7.12.2005; Apelação Cível n. 264.659-4/8-00, TJSP, 8ª Câmara. Dir. Privado, Rel. Des. Ribeiro da Silva, j. 26.10.2005; Apelação Cível n. 0004892-71.2002.8.26.0554, TJSP, 2ª Câmara. Dir. Privado, Rel. Des. Alvaro Passos, j. 4.11.2014; Apelação n. 0279770-49.2009.8.26.000, TJSP, 5ª Câmara. Dir. Privado, Rel. Des. Moreira Viegas, j. 01.08.2012 e Apelação Cível 0000723-34.2013.8.26.0464, TJSP, 4ª Câmara. Dir. Privado, Rel. Des. Carlos Teixeira Leite, j. 24.07.2014, assim ementado: “Rompimento de noivado. O desfecho unilateral de relacionamento antes da data que seria a do casamento, por desamor, não constitui ato ilícito ou de ofensa ao princípio da dignidade humana. Ocorrência usual na sociedade, criando expectativas, frustrações, alegrias e tristezas que são típicas da dinâmica da vida sentimental. Indenização por danos morais impossível de ser concedida. Recurso Improvido.”

³⁶Apelação Cível n. 0022515-83.2007.8.26.030, TJSP, 5ª Câmara. Dir. Privado, Rel. Des. Erickson

rompimento em si, mas da forma desproporcional e desarrazoado como foi exercido este direito, aplicando-se, nesta hipótese excepcional, a cláusula geral da responsabilidade civil prevista no artigo 187 do Código Civil.³⁷

Em remate: nada há de ilegal no rompimento do namoro ou do noivado, ainda que de longa data, como também nada há de ilegal no rompimento do casamento imotivado ou da união. Os interessados podem se desdizer do pedido de namoro, o noivo pode se arrepender da promessa de casamento até o momento da celebração do casamento, o cônjuge ou do companheiro pode denunciar a relação casamentária ou relacionamento sem que isso represente qualquer ilicitude, mesmo que provoque dor, sofrimento, angústia, afinal, ninguém pode ser responsabilizado por deixar de amar.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL POR VIOLAÇÃO DOS DEVERES CONJUGAIS

A legislação portuguesa anterior a edição da Lei n. 61, de 31 de outubro de 2008, previa a possibilidade de indenização pela dissolução do casamento sempre que um dos cônjuges fosse culpado pela dissolução do casamento, dispondo que “o cônjuge declarado único ou principal culpado, e bem assim o cônjuge que pediu o divórcio com fundamento na alínea c) do art. 1781, devem reparar os danos não patrimoniais causados ao outro cônjuge pela dissolução do casamento”,

Gavazza Marques, j. 05/07/2013; Apelação Cível n. 300.787-4/2, TJSP, 4 Câmara. Dir. Privado., Rel. Des. Enio Santarelli Zuliani, de onde extrai-se o seguinte trecho: “Evidente que o arrependimento, em se tratando de projeto de casamento, é permitido antes das bodas, até por razões sentimentais [o desamor]; porém, quando o arrependimento retarda a decisão de romper o noivado, fazendo-o nas vésperas das bodas ou até no dia marcado para a festa nupcial, fica evidenciada a conduta reprovável ou não admitida no direito, desde que sem uma base concreta. O desamor, que justifica a separação em qualquer fase da vida comum, deverá ser comunicado de forma solidária, para não surpreender aqueles que, confiantes na firmeza do compromisso, apostam no enlace e investem numerário para concretizar fatos essenciais (...). O Direito não admite a desumanidade, embora aceite o arrependimento do noivo ou da noiva, até porque o imposto é desamor. O princípio constitucional da dignidade [art. 1º, III] estabelece diretrizes sociais bem claras em termos de tratamento e respeito mútuos, de forma que as agressões desnecessárias e violentas para o contexto da moral padronizada, como despedidas que humilham e inferiorizam o ego dos ex-amantes, são vistas e tratadas como ilícitos...”.

³⁷ Luciano Chaves de Farias, Teoria do Risco Desautorizando a indenização por danos morais nos casos de ruptura de noivado, *in*: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, 2007, v. 1, dez/janeiro 2008, p. 21: “A dor moral resultante da ruptura, por fazer parte da existência pessoal, não constitui suporte fático autorizador da incidência de normas que disponham sobre a reparação pecuniária. (...) Somente é admitida a possibilidade de indenização se restasse caracterizado um ato ilícito de extrema gravidade, violando os direitos fundamentais, cuja indenizabilidade seria cabível independentemente do contexto da relação afetiva entretida pelas partes”.

devido a pretensão indenizatória “ser deduzida “na própria acção de divórcio”.”³⁸

O Código Civil Francês, em seu artigo 266, na redação conferida pela Lei n. 2004-439, de 26 de maio de 2004, prevê a possibilidade de indenização pela dissolução do casamento quando o divórcio for pronunciado por culpa exclusiva de um dos cônjuges.³⁹

Embora a legislação brasileira não preveja expressamente a possibilidade de indenização pela dissolução da vida familiar a partir do reconhecimento da culpa de um dos cônjuges, respeitável corrente doutrinária e jurisprudencial a admite, ao fundamento de que a violação aos deveres matrimoniais previstos no artigo 231 do Código Civil de 1916, e no artigo 1566 do Código Civil vigente, tipifica ilícito indenizável.

Nesta linha, Regina Beatriz Tavares de Silva advoga que “somente diante da existência de ato ilícito – descumprimento de dever conjugal, com a ocorrência de danos, morais ou materiais – que surge a possibilidade de aplicação do princípio reparatório na ruptura do casamento. Portanto, a aplicação do princípio reparatório no sistema adotado pela Lei do Divórcio e pelo novo Código Civil depende da apuração da violação a dever conjugal, o que tem sede somente na separação culposa (art. 1572, caput), a realizar-se por meio de pedido de indenização cumulado ao pedido de separação judicial (Código de Processo Civil, art. 292; v. Agravo de Instrumento nº 136.366-4/1, 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, j. em 15/6/2000, Relator Desembargador Mohamed Amaro), ou em ação conexa (Código de Processo Civil, art. 103), ou após o trânsito em julgado da sentença de separação judicial.”⁴⁰

Esta ideia de perquirição de um culpado pelo fim dos relacionamentos amorosos tem sido abandonada pela doutrina familiarista majoritária que, reinterpretado os relacionamentos na ótica da

³⁸ O artigo 1792 do Código Civil Português, ora em referência, foi alterado pela Lei n. 61, de 31 de outubro de 2008, manteve o direito a indenização pela dissolução do casamento, porém, não mais atrela este direito a culpa de um dos cônjuges, mas sim aos termos da responsabilidade civil em geral: “Art. 1792º. Reparação de danos. 1 – O cônjuge lesado tem direito de pedir a reparação dos danos causados pelo outro cônjuge, nos termos gerais da responsabilidade civil e nos tribunais comuns”

³⁹ Código Civil Francês, “Art. 266. Sans préjudice de l’application de l’article 270, des dommages et intérêts peuvent être accordés à un époux en réparation des conséquences d’une particulière gravité qu’il subit du fait de la dissolution de mariage soit lorsqu’il était défendeur à un divorce prononcé pour altération définitive du lien conjugal et qu’il n’avait lui-même formé aucune demande en divorce, soit lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de son conjoint. Cette demande ne peut être formée qu’à l’occasion de l’action en divorce.”

⁴⁰ “Novo Código Civil: tutela da dignidade da pessoa humana no casamento”, in: Revista do Advogado [AASP]. São Paulo: AASP, n. 68, 2002, p. 125. Na mesma linha, posiciona-se Belmiro Pedro Welter, Dano moral na separação, divórcio e união estável. In: *Revista dos Tribunais*, ano 89, maio 2000, vol. 775, p. 128-136. Vide, ainda, REsp 742.137/RJ, STJ, 3ª T., Rel. Des. Min. Nancy Andrighi, j. 21.08.2007, DJ 29.10.2007.

legalidade constitucional, nela antevê um elemento de potencialização e eternização de litígios, sem efeito prático algum, como bem obtem- pera Paulo Neto Lôbo:

“Quando o poder Judiciário, mobilizado pelo cônjuge que se apresenta como abandonado e ofendido pelo outro, investiga a ocorrência ou não da culpa alegada e da culpa do indigitado ofensor, ingressa na intimidade e vida privada da sociedade conjugal e da entidade familiar. A Constituição Federal (art. 5º, X) estabelece que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e imagem das pessoas”, sem qualquer exceção ou restrição. Ora, nada é mais íntimo e privado que as relações entretidas na convivência familiar. Sob esse importante ângulo, não pode a lei ordinária excepcionar, de modo tão amplo, a garantia constitucional da inviolabilidade, justamente no espaço privado e existencial onde ela mais se realiza. O fim do afeto conjugal é, normalmente, o epílogo de desgastes progressivos, o que torna tarefa praticamente impossível a sindicância da causa, que apenas serve para atribuir a culpa exclusiva a um dos dois cônjuges, utilizando-se o Poder Judiciário como arena de potencialização do conflito. (...) o que é relevante não é afetado pela natureza litigiosa ou consensual da separação: a guarda dos filhos não pode mais ser utilizada como condenável triunfo, como ocorria no passado, pois, independentemente de quem seja o culpado, é atribuída ao pai ou à mãe que realize o melhor interesse da criança; a partilha dos bens independe da culpa de qualquer dos cônjuges e os alimentos são assegurados até mesmo ao cônjuge que for julgado culpado da separação, quando “indispensáveis à subsistência”.⁴¹

A Emenda Constitucional n. 66, de 13 de julho de 2013, que emprestou nova redação ao artigo 226, § 6º da Constituição Federal, sedimentou a ilegalidade da perquirição da culpa para fins de dissolução da sociedade conjugal, como se constata na exposição de motivos da própria emenda constitucional⁴².

O divórcio passou a ser um direito potestativo, objetivamente considerado, afigurando-se, para a sua proclamação, suficiente a

⁴¹Famílias, 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 140. No mesmo sentido, Andre Borges de Carvalho Barros, ob. cit., p. 117; Maria Berenice Dias, Manual de Direito das Famílias, p. 289-290; Rolf Madaleno, *Curso de Direito de Família*, 5ª ed., rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 252; Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona, *Curso de Direito Civil – As famílias em perspectiva constitucional*, 2 ed. rev. e atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 585-586.

⁴²Trecho da exposição de motivos da EC/66: “essa providência salutar, de acordo com valores da sociedade brasileira atual, evitará que a intimidade e a vida privada dos cônjuges e de suas famílias sejam revelados e trazidos ao espaço público dos tribunais, como todo o caudal de constrangimentos que provocam, contribuindo para o agravamento de suas crises e dificultando o entendimento necessário para a melhor solução dos problemas decorrentes da separação.”

manifestação de vontade qualificada, por meio idôneo⁴³, independentemente da análise de condutas, e com a maior presteza e agilidade possível, em prestígio a própria personalidade e dignidade de todos esses interlocutores da família desfeita, mesmo porque adiar o decreto do divórcio, em última análise, afronta o comando do artigo 226, § 3º da Constituição Federal, na medida em que os cônjuges, atados unicamente por uma discussão processual inútil e inconstitucional envolvendo a análise das respectivas condutas, estarão impedidos para o novo casamento, passando, no mais das vezes, a viver em união estável sem possibilidade de convertê-la em casamento, enquanto não decidido definitivamente o divórcio.

Em um sistema que se preocupa primordialmente com a tutela da dignidade e com a garantia das liberdades individuais e que fundamenta a família na afetividade entre seus membros, soa contrassenso a imposição de deveres matrimoniais acerca de questões de conteúdo nitidamente existencial, como se verifica com aqueles deveres estabelecidos nos artigos 1566 e 1725 do Código Civil, já que exigir rigorosa observância ou o cumprimento deles afrontaria a própria perspectiva existencial do titular, afinal, como obrigar o cônjuge a coabitar com o outro, a com ele manter relações sexuais, a não vagar, *mesmo virtualmente*, por atos contrários a fé conjugal?

A oscilação dos sentimentos é da natureza humana. Apaixonar e desapaixonar, interessar e desinteressar, é da essência do homem, felizmente, e, ninguém é obrigado a manter-se apaixonado ou interessado por alguém a vida toda, notadamente porque a relação entre cônjuges e companheiros parte de um plano de igualdade em que ninguém é obrigado a sacrificar a própria felicidade em detrimento da felicidade do outro. Aprisionar o ser humano em seus sentimentos, fazendo-o observar deveres matrimoniais sob a ameaça de responder civilmente pelo simples descumprimento de um dever matrimonial é tirar do ser humano o que ele tem de mais humano⁴⁴. Amar, por si só, já é extremamente perigoso!

⁴³No sistema vigente, o divórcio unilateral somente por ser objetivo por via judicial.

⁴⁴Pela felicidade da colocação, as palavras de Sérgio Giskow Pereira: “Transportar esta visão para o mundo erótico-afetivo, é terminar com a paixão, é liquidar com o amor, é aprisionar a libido, é abafar a força do sexo, é implantar manuais vitorianos para regerem a conduta sexual e amorosa, é impor um puritanismo retrógrado, é querer um direito para santos e anjos e não para seres humanos, é calar os poetas, é concretizar a pior, mais cruel e mais profunda das censuras, é medir sentimentos com parâmetros lógico-formais e legalistas! A relação erótico-afetiva, em qualquer modalidade (encontro rápido, namoro, amantes, companheiros, concubinos, conviventes, casados, etc, etc) é sujeita a óbvios, previsíveis, naturais e inevitáveis sabores, que lhe dão vida, lhe dão tempero, lhe dão vibração, lhe fornecem emoção, lhe conferem sentimento, a afastam da rotina. O amor e o ódio estão sempre relacionados; tanto que o contrário do amor não é o ódio, mas sim a indiferença.” (O dano moral e o direito de famílias: o perigo de monetizar as relações familiares. In: www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos.pdf/Serio_Giskow_Pereira/Dano.pdf).

O desrespeito a um dos deveres conjugais, no mais das vezes, apenas faz transparecer um relacionamento que já está combalido, desgastado, resultado de ações e omissões recíprocas, não sendo adequado concluir, de forma simplista, que o relacionamento acabou pela culpa de um dos parceiros. Como lucidamente observado por Rodrigo da Cunha Pereira, “é muito fácil e cômodo atribuir ao outro a culpa pelo fracasso da conjugalidade, pois, assim, o sujeito não se responsabiliza pelos seus atos. O inferno é sempre o outro. Se a vida era a dois, ambos são responsáveis pela manutenção ou fim do relacionamento”.⁴⁵

Daí porque entendemos, a partir deste arcabouço jurídico próprio das relações erótico-afetivas, que a violação a deveres matrimoniais conduz, *ordinariamente*, apenas à dissolução da sociedade conjugal, sem que dela emerga direito a indenização, como oportunamente apresentado por Maria Celina Bodin de Moraes:

“o desrespeito dos deveres conjugais, quais sejam, fidelidade, a coabitação, a assistência e o respeito mútuos, previstos no art. 1566 do Código Civil, na ponderação dos interesses contrapostos entre solidariedade familiar e autonomia individual, ou seja, entre a sociedade conjugal e as escolhas individuais de cada cônjuge, prevalecem, segundo a doutrina mais atenta, os direitos do indivíduo e as suas próprias opções de vida, não se admitindo que o seu descumprimento de causa, com êxito, a ação de responsabilidade civil. A liberdade, se e quando exercida, deixa de ter consequências jurídicas, pois, com fundamento no descumprimento dos deveres conjugais, determina o legislador a obtenção da separação judicial.”⁴⁶

⁴⁵*Divórcio: teoria e prática*. Rio de Janeiro: EZ Editora, 2010, p. 49.

⁴⁶*Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 442-443, de onde também consta a seguinte passagem: “Nestes casos, ‘a ponderação dos interesses contrapostos, mais uma vez, não garante o ‘direito’ à sua prestação, com a consequente indenização pelo seu ‘inadimplemento’. O ato subjacente é daqueles que requerem a mais ampla liberdade de escolha, tanto física, sobre o próprio corpo, quanto psíquica. Somente uma ótica que ignora a funcionalização dos institutos jurídicos, preocupando-se unicamente com esquemas estruturais ultrapassados, poderia entrever dano moral na recusa em manter relações sexuais. A toda evidência, este raciocínio violaria a integridade psicofísica e a liberdade pessoa do cônjuge, em nome de um profundo equívoco: põe-se erroneamente em funcionamento o mecanismo, já criticado, segundo o qual, sendo o débito conjugal um dever decorrente do casamento, seu descumprimento gera sofrimento, que deve, assim, ser reparado”. No mesmo sentido, confira também Gustavo Tepedino, O papel da culpa na separação e no divórcio, *in*: Repensando o Direito de Família: Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família, IBDFAM, Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 200-201; Maria Berenice Dias, Manual de Direito das Famílias, 5 ed., São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2009, p. 118; Ana Carolina Brochado Teixeira, Ofensa Civil e Dignidade Humana, *in*: Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese: IBDFAM, v. 7, n. 32, out/nov. 2005, p. 138-158. Em sentido contrário, com respeitáveis argumentos, entendendo que os deveres matrimoniais são exigíveis juridicamente, Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior, Danos Morais pelo Descumprimento dos Deveres Pessoais do Casamento, *in*: Revista IOB de Direito de Família, São Paulo: IOB, Ano XII, V. 59, abr-maio/2010, p. 119-144.

Isso não significa dizer, contudo, que a pretensão indenizatória está definitivamente afastada do cenário dos rompimentos amorosos, mas que ela não decorre, pura e simplesmente, da violação dos deveres matrimoniais estabelecidos nos artigos 1566 e 1725 do Código Civil.

A disciplina da responsabilidade civil nas relações erótico-afetivas segue exatamente as mesmas diretrizes e fundamentos da responsabilidade civil em geral. O artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal assegura a tutela da personalidade e a sua reparação em caso de desagravo. Tal se dará em toda e qualquer situação da vida, inclusive nas relações erótico-afetivas, com a ressalva de que nestes tratos erótico-afetivos, todo rompimento causa dor, sofrimento, angústia que, per si, não são indenizáveis, mesmo porque, como sustentado, não é a dor, o sofrimento e a angústia que caracterizam o dano moral, mas a afronta à personalidade, ainda que comprovada a dor ou o sofrimento.

Se a conduta adotada pelo cônjuge ou companheiro afronta a um dos deveres previstos nos artigos 1566 e 1725 do Código Civil, o caminho, ordinariamente, é a dissolução pura e simples do casamento ou da união estável, se assim decidir o suposto ofendido. Todavia, se dessa conduta resultar agravo à personalidade do ofendido, aí sim emergirá o direito a indenização, não por conta da violação pura e simples do *dever matrimonial*, mas em razão da afronta a personalidade, a partir do artigo 5º, X, da Constituição Federal e dos artigos 186 e 187 do Código Civil.

Neste sentido, a sempre lúcida lição do Professor Rolf Madaleno:

“com a supressão da culpa, da separação judicial causal, constatação, remédio e do divórcio direto, além da separação extrajudicial, no Direito brasileiro estabeleceu-se uma completa dissociação entre o casamento e o agravo moral como causa de divórcio ou de separação. Com a promulgação da Emenda Constitucional 66/2010, o divórcio deve ser requerido sem nenhuma necessidade e sem a menor possibilidade de ser alegada qualquer culpa ou causa determinante do divórcio dos cônjuges, e, portanto, não há mais como associar ou vincular a dissolução objetiva do casamento a qualquer descumprimento dos deveres conjugais que resultam em apenas deveres morais dos consortes e que não produzem nenhum efeito jurídico cujo descumprimento atua exclusivamente na consciência dos cônjuges assim como no sistema jurídico brasileiro já ocorria no instituto da união estável, mas que não afastam o agravo moral, que passa a ser fruto exclusivo de tutela de valores superiores com chancela eminentemente constitucional de ofensa à honra, a integridade física ou psíquica, a saúde, deixando de ser remédios do direito de família, de tal modo que, um cônjuge vítima, por exemplo, de um descumprimento de um dever conjugal moral, com a ocorrência de adultério, pode optar em simplesmente terminar seu

casamento com o divórcio direto e objetivo, ou pode requerer indenização por violação de seu direito fundamental, cujo pleito judicial não inibe e nem condiciona ao decreto do divórcio.⁴⁷

Assim, a violação da fé conjugal, *decerto a mais grave ameaça aos laços conjugais*, não conduz por si só à indenização por dano moral⁴⁸, mas a imputação falsa de uma paternidade sabidamente inexistente⁴⁹, a transmissão de doenças sexualmente transmissíveis⁵⁰, a exposição pública do cônjuge enganado⁵¹ ou as circunstâncias fáticas que se dá a infidelidade⁵², conquanto suplantados os limites da razoabilidade e da proporcionalidade, podem atingir a personalidade e ensejar a indenização por dano moral, cabendo ao Magistrado, diante da casuística do caso concreto, concluir se a conduta, mais que violar os deveres conjugais e autorizar a dissolução do casamento, também afronta a personalidade e impõe um dever de indenizar.

Violências físicas, morais e psíquicas durante o casamento igualmente podem ensejar reparação por dano moral, não por violação ao dever do casamento, mas pela ilicitude do ato em si, com as graves e indelévels repercussões decorrentes, lembrando que a Lei Maria

⁴⁷ *Curso de Direito de Família*, 5 ed., rev., ampl. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.346-347.

⁴⁸ REsp; Apelação n. 990.10.032811-5, TJSP, Rel. Des. Enio Santarelli Zuliani, j. 28.10.2010; Apelação n. 2000.001.19674, TJRJ, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Gustavo Kuhl Leite, j. 10.04.2001, Apelação n. 2004.001.15985, TJSJ, 4ª Câmara Cível, Rel. Des. Reinaldo P. Alberto Filho, j. 17.08.2004; Apelação n. 990.10.435780-2, TJSP, Rel. Des. Carlos Teixeira Leite, j. 11.11.2010; Apelação n. 424.070-4/5, TJSP, Rel. Des. Maia da Cunha, j. 15.12.2005; Apelação n. 229.390.4/9, TJSP, 1ª Câm. Dir. Privado, Rel. Des. Marcelo Benacchio, j. 19.7.2006, RT 752/344. Em sentido contrário, entendendo que o simples fato da infidelidade faz emergir o dever de indenizar: Apelação n. 2204.012615-8, TJSC, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. 05.05.2005; Apelação n. 56957-0/188, TJGO, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Vitor Barboza Lenza, j. 23.05.2011.

⁴⁹ REsp n. 922462/SP, STJ, 3ª T., Rel. Min. Villas Bôas Cueva, j. 04.04.2012; REsp. n. 742.137/RJ, STJ, 3 T. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 21.08.2007. Em todos estes casos não foi analisada a violação ao dever matrimonial de fidelidade, mas a violação a honra subjetiva do cônjuge.

⁵⁰ Apelação n. 0004160-33.2006.8.26.0269, TJSP, 9ª Câm. Dir. Privado, Rel. Des. Alexandre Lazzarini, j. 04.11.2014.

⁵¹ Apelação Cível no Juizado Especial n. 2006051-008663-8, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Distrito Federal, Rel. Juiz Sandoval Oliveira, j. 11.12.2007, entendendo que o adultério em si não dá ensejo ao dano moral, porém, o flagrante da mulher nua, no próprio leito conjugal, em atitude reconhecida por terceiros afeta a personalidade e torna o ato indenizável.

⁵² Apelação Cível no Juizado Especial n. 2008.01.1139238-8, 2 Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Distrito Federal, Rel. Juiz Asiel Henrique de Souza, entendendo que o adultério e o abandono do lar pelo marido, em momento de grave enfermidade da esposa, constitui afronta a personalidade suscetível de indenização. Em outro caso, o Tribunal de Justiça de Goiás entendeu indenizável a atitude do cônjuge que manteve trato amoroso com a concubina, em relacionamento público, permitindo que o assunto tornasse comentário corriqueiro em pequena cidade do interior (Apelação n. 133775-5/188, Rel. Juiz Substituto em Segundo Grau Francisco Valente, j. 11.10.2010).

da Penha contempla hipóteses legais expressas de violência contra a mulher.⁵³

Assim, o cônjuge ou o companheiro, independentemente do sexo, que espalha intimidades depreciativas a respeito do outro, que desmoraliza publicamente o parceiro, que ofende reiterada e pesadamente a honra, que enxovalha o nome da família mantendo atitudes de franco deboche, da ensejo a dissolução da vida em comum e também, por fundamentos distintos, a uma reparação de danos. Para a dissolução do casamento ou da união será suficiente a vontade qualificada de apartar-se do projeto afetivo, afigurando-se impertinentes quaisquer declarações de causas. Para a indenização por danos morais, será indispensável a demonstração do agravo à personalidade, “fruto exclusivo de tutela de valores superiores, com chancela eminentemente constitucional de ofensa à honra, à integridade física ou psíquica, à saúde”, como bem pontuado por Rolf Madaleno.⁵⁴

4 REPARAÇÃO CIVIL NAS RELAÇÕES PATERNO-FILIAIS EM RAZÃO DA DISSOLUÇÃO DA FAMÍLIA⁵⁵

A dissolução familiar poderia ensejar reparação civil aos filhos?

Ordinariamente, não! Contudo, esta questão demanda uma análise sobtríplo enfoque: i) o dever de indenizar pelo simples rompimento do casamento ou união estável; ii) o dever de indenizar pelo descumprimento de funções parentais; iii) dever de indenizar pela conduta mantida pelo casal durante o casamento ou a união estável.

Sob a perspectiva do rompimento imotivado do casamento ou da união estável, somos taxativos quanto a ausência de dever de indenizar por eventuais danos experimentados pelos filhos.

Como demonstrando neste trabalho, ninguém é obrigado a permanecer vinculado a um projeto conjugal contra a vontade, nem mesmo a pretexto de que o rompimento da relação implicará em graves consequências aos filhos, sendo desnecessário esforço maior para antever qual será a qualidade do ambiente doméstico e das relações interpessoais onde a convivência *familiar* é imposta aos componentes.

Por maior e mais ampla que se apresente a tutela dos interesses de crianças e adolescentes, na ponderação a ser feita os interesses

⁵³ Artigos 5º e 7º, da Lei Federal n. 11.340, de 7 de agosto de 2006.

⁵⁴ *Curso de Direito de Família*, 5 ed., rev., ampl. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 346-347

⁵⁵ Embora não seja tópico específico do presente estudo, impõe-se algumas breves considerações sobre a responsabilidade civil pela dissolução da família sob a perspectiva dos filhos havidos da relação desfeita.

destes vulneráveis e a liberdade dos cônjuges/companheiros, prevalecerá a vontade dos cônjuges/companheiros quanto ao rompimento do relacionamento, mesmo porque dela resultara, ainda que por via oblíqua e indireta, a tutela dos próprios interesses dos filhos, protegidos de um ambiente familiar desestruturado, onde não mais prevalece afeto entre os genitores.

Ainda que os filhos experimentem inegável sofrimento com a separação dos pais, não emergirá direito a indenização pela dor da separação dos pais ou mesmo pela mudança natural de hábitos, do cotidiano, da rotina daí decorrentes⁵⁶.

O fim da conjugalidade, entretanto, não poderá implicar em prejuízos à parentalidade, além daqueles naturalmente decorrentes do fim do casamento ou união dos pais:

“o fato é que a separação conjugal ou a dissolução de uma sociedade envolve profundas e estressantes alterações nos relacionamentos familiares. Algumas poucas afetam a rotina dos filhos menores, outras talvez, nem influenciam no curso normal de seu desenvolvimento, entretanto, a condição emocional da maioria dos menores e a sua aptidão social são normalmente os mais atingidos pela experiência da separação. Os mais correntes estresses detectados são o conflito conjugal, tanto no momento anterior, como posterior à separação, bem como a problemática que se transforma o relacionamento com um ou ambos os pais e principalmente a perda de contato com um dos genitores”⁵⁷

Sob a perspectiva relacionada ao exercício das funções parentais, diferentemente do que se verifica na conjugalidade, pautada na absoluta igualdade de direitos individuais e ampla na liberdade de escolhas, a relação paterno-filial caracteriza-se por um desnivelamento nos interesses em jogo, de um lado, o genitor/capaz, de outro, uma criança/adolescente/vulnerável, sendo que, no conflito entre estes interesses, evidentemente, a ponderação deve pender favoravelmente ao vulnerável.

⁵⁶ Aduino Almeida Tomaszewski, *Separação, Violência e Danos Morais*: a tutela da personalidade dos filhos, São Paulo: Paulistanajur, 2004, p.126: “A separação dos pais é para os filhos uma passagem de vida da maior importância, pois muita coisa muda. A reorganização é por demais extensa: há a perda do convívio com o pai e a mãe na mesma casa; há a possibilidade da perda do convívio cotidiano com os irmãos, ou parte deles, na hipótese de alguns ficarem com o pai e outros com a mãe; há a modificação de hábitos e de rotinas; alteração no padrão de vida; há uma nova realidade que se não for cuidadosamente preparada, pode gerar enormes malefícios ao bom desenvolvimento emocional de uma pessoa ainda em formação.”

⁵⁷ Aduino Almeida Tomaszewski, *Separação, Violência e Danos Morais*: a tutela da personalidade dos filhos, São Paulo: Paulistanajur, 2004, p.120.

A preponderância da tutela dos interesses dos filhos nas relações parentais constitui consequência lógica das diretrizes constitucionais que, *nada obstante ter assegurado direitos individuais a todos indistintamente*, estabeleceu um sistema de proteção integral para os incapazes, decorrente não só das disposições que tutelam a dignidade das pessoas em geral (ex. vi, art. 1, III, art. 3º, I e todos os direitos assegurados pelo art. 5º da CF), mas especialmente de disposições específicas, como ocorre com o artigo 227 do texto constitucional, que assegura “às crianças e adolescentes, com absoluta prioridade, direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-la a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” e com os artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código Civil que obrigam a todos, inclusive e notadamente aos pais, a zelar pelos interesses de quem, reconhecidamente, necessita de cuidados especiais para executarem suas dignidades e personalidades.

Da interpretação sistemática dos princípios da dignidade, solidariedade, afetividade e do melhor interesse da criança exsurge um dever jurídico de cuidado que obriga os pais a zelarem pelos interesses dos filhos para além de aspectos materiais, abrangendo aspectos psíquicos e morais, sob pena de responsabilidade:

“buscando a ponderação dos interesses contrapostos, ter-se-ia ao lado dos genitores o princípio da liberdade e da parte dos filhos o princípio da solidariedade familiar. Levando-se em conta a peculiar condição dos filhos e a responsabilidade dos pais na sua criação, educação e sustento, seria incabível valorizar a sua liberdade em detrimento da solidariedade familiar e da sua própria integridade psíquica. Ponderados, pois, os interesses contrapostos, a solidariedade familiar e a integridade psíquica são princípios que se superpõem, com a força que lhes dá a tutela constitucional, à autonomia dos genitores, que, neste caso, dela não são titulares. Nesta hipótese, a realização do princípio da dignidade humana dá-se a partir da integralização do princípio da solidariedade familiar, que contém, em si, como característica essencial e definidora, a assistência moral dos pais em relação aos filhos menores. A Constituição e a lei obrigam os genitores a cuidar dos filhos menores. Na ausência deste cuidado, com prejuízos necessários à integridade das pessoas a quem o legislador atribuir prioridade absoluta, pode haver dano moral a ser reparado.”⁵⁸

⁵⁸Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional, Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 449.

Não raro, pais ressentidos com a separação confundem conjugalidade e parentalidade e deixam de manter contato com os filhos, assim agindo unicamente para atingir a figura do cônjuge, olvidando que estão de fato penalizando os filhos. Da mesma maneira, guardiões que não se desvincularam do relacionamento desfeito criam obstáculos à convivência dos filhos com o genitor que desertou do projeto conjugal. Não é incomum, infelizmente, encontrarmos situações de genitores que reconstruíram suas vidas afetivas e simplesmente se *esqueceram* dos filhos do primeiro casamento, relegando-os ao mais completo ostracismo e abandono. Assim agindo, descumprem com os deveres paternos, podendo, em inúmeros casos, causar graves danos à prole *esquecida*.

Adauto de Almeida Tomaszewski, apoiado em Hesse e Câmara, afirma que “a perda do vínculo, especialmente com o pai, consubstancia-se no aspecto fundamental de um desajuste, em que as consequências emocionais mais comumente verificadas são a depressão, a raiva e a ansiedade, que conduzem, não raro, a um severo quadro de isolamento e delinquência”⁵⁹, situações que podem caracterizar ofensa a personalidade do filho que, se comprovadas, podem ensejar a suspensão/destituição do poder familiar e a imposição de alimentos, como também a reparação do dano material e moral decorrentes do descumprimento do dever de cuidado inerente a função parental⁶⁰, devendo, todavia, agir o julgador com prudência redobrada nos pleitos indenizatórios, evitando o desvirtuamento e a vulgarização das relações parentais, o que, inegavelmente, apenas reforçará o afastamento entre pai e filho.

Ninguém é obrigado a amar, mas relativamente aos filhos, há indeclinável dever de cuidar.⁶¹

⁵⁹ Adauto de Almeida Tomaszewski, ob. cit., p. 139.

⁶⁰ Adverte-se, contudo, que nem todo descumprimento a função parental conduz a reparação civil, afinal, “se alguém ‘faz as vezes’ de pai (ou de mãe), desempenhando as suas funções, não haverá dano a ser indenizado, não obstante o comportamento moralmente condenável do genitor biológico. Não se admite qualquer caráter punitivo à indenização do dano moral. Não se trata de condenar o pai que abandonou o filho (eventual dano causado), mas de ressarcir o dano sofrido pelo filho quando, abandonado pelo genitor biológico, não pôde contar nem com seu pai biológico, nem com qualquer figura substituta, configurando-se, só aí, o que se chamou de ‘ausência de pai’ (isto é, ausência de uma figura paterna)”, conforme adverte, com razão Maria Celina Bodin de Moraes, ob. cit., p. 450. Igualmente, não haverá indenização, quando a situação fática revelar que a criança não experimentou qualquer afronta a personalidade em razão do descumprimento das funções parentais por parte de quaisquer dos genitores, o que pode ser apurado com o auxílio de perícia.

⁶¹ Ana Carolina Brochado Teixeira: “no momento em que ocorre a concepção – seja ela desejada ou não – inúmeras responsabilidades envolvem este ato, inclusive o exercício da autoridade parental, nos moldes constitucionais estabelecidos, ou seja, é preciso que os pais ajam com responsabilidade na estruturação biopsíquica da criança. Por isso, amor não é imposto, mas responsabilidade sim. Justifica-se, desta forma o instituto da autoridade parental, principalmente no que tange à sua integridade psíquica, ao deixar uma lacuna em sua vida”,

Portanto, o genitor pode exercer livremente a autonomia existencial e romper o projeto conjugal, mas não pode, posto irrenunciável, descumprir do dever parental relativamente à prole.

Por fim, sob a perspectiva da conduta adotada pelos genitores durante a constância do casamento e da união estável, temos a possibilidade jurídica de indenizações quando dela resultar dano à personalidade do filho.

Um ambiente doméstico permeado por agressões físicas, psíquicas, morais pode trazer consequências seríssimas para os filhos, mesmo quando apenas o cônjuge ou o companheiro é a vítima direta das agressões.

Pesquisa realizada por Dalka Chaves de Almeida Ferrari, psicóloga pela PUC/SP e violência doméstica pela IPUSP, citada por Adauto de Almeida Tomaszewsky, concluiu que violência doméstica traz, em curto prazo, as seguintes consequências: transtornos físicos, transtornos no desenvolvimento de apego e do afeto; transtornos no desenvolvimento cognitivo, linguagem e rendimento escolar; sequelas físicas, maior risco de que estas crianças tornem-se no futuro pais igualmente abusadores; conduta delinquencial e comportamento suicida na adolescência, maior possibilidade de crianças com posturas delinquentiais no futuro.⁶²

Evidentemente que condutas semelhantes levadas a efeito pelo genitor contra o outro ou contra os filhos durante o casamento ou união estável é potencialmente lesiva à personalidade dos filhos que, resultando em danos, fará emergir o dever de reparação, com fundamento na cláusula geral de indenizar do artigo 5º, X, da Constituição Federal e artigos 186 e 187 do Código Civil brasileiro, mesmo porque há um direito da criança a um ambiente doméstico saudável e um dever dos genitores em respeitá-lo que, à evidência, é descumprido pelo agressor.

5 CONCLUSÃO

Tanto as relações conjugais, quanto as relações parentais exteriorizam atos de autonomia existencial, executando a personalidade de seu titular. Todavia, nas relações conjugais partem de um plano de igualdade absoluta entre os cônjuges e companheiros, a lhes conferir plena liberdade e poder de autodeterminação para iniciarem e

Responsabilidade Civil e Ofensa à Dignidade Humana, *in*: Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese: IBDFAM, v. 7, n. 32, out/nov. 2005, p. 151. No mesmo sentido, REsp 1.159.242/SP, STJ, 3 T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j 24.4.2012.

⁶² Adauto de Almeida Tomaszewski, *ob. cit.*, p. 158-159.

romperem o projeto conjugal imotivadamente⁶³, sem que deste rompimento, por si só, resulte qualquer dever de indenizar. O rompimento da relação amorosa constitui direito postestativo, a ser exercido unilateralmente, bastando a manifestação de uma vontade qualificada neste sentido, sendo que a indenização pelo fim da conjugalidade é excepcional e somente será admitida com fundamento no direito comum, a partir da cláusula geral de tutela da personalidade, quando presentes ofensa indevida a dignidade e dano injusto do outro parceiro, e não objetivamente, a partir do exercício do ato de descasar ou do mero descumprimento de deveres do casamento.

Já a relação de parentalidade entre pais e filhos é pautada pelo desnivelamento dos interesses. A tutela integral e absoluta da criança e do adolescente, *vulneráveis*, prepondera sobre a liberdade e ampla autonomia privada do genitor, impondo observância rigorosa a deveres de solidariedade e de cuidado inderrogáveis que, se descumpridos culposa ou dolosamente pelo genitor, podem ensejar o dever de indenizar, desde que comprovada que a conduta adotada pelo genitor, durante ou após a dissolução do casamento ou da união estável, afronta indevidamente a personalidade da criança e do adolescente, causando-lhe dano injusto.

6 REFERÊNCIAS

ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduardo de. Danos morais pelo descumprimento dos devres pessoais do casamento, In: *Revista IOB de Direito de Família*. São Paulo: IOB, v. 59, abril/maio/2010, p. 119-144.

BARROS, André Borges de Carvalho. A mitigação da culpa na separação judicial e suas consequências. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito de Família e das Sucessões: temas atuais*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p. 111-129.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8ª ed., rev. e atual., São Paulo: Atlas, 2008.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5ª ed. rev. e atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

⁶³ O afeto, e a falta dele, é motivação suficiente para iniciar e terminar um relacionamento amoroso.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*, 2 ed., atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FARIAS, Christiano Chaves de; ROSELVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direito de família*. 4 ed., rev. e atual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo. *Curso de Direito Civil – As famílias em perspectiva constitucional*. 2ª ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo. Nova principiologia do Direito de Família e suas repercussões. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito de Família e das Sucessões: temas atuais*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p. 1-19.

_____. *Direito civil: famílias*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 5ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento: tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

PASSOS, José Joaquim Calmon. O imoral do dano moral.

In: *Informativo Incijur*, n. 43, maio/2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*. Rio de Janeiro: EZ Editora, 2010.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. O dano moral e o direito de famílias: o perigo de monetizar as relações familiares. In: www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos.pdf/Sergio_Giskow_Pereira/Dano.pdf.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 244.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito de Família*, 28ª ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 22.

SCHEREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*, 3ª ed., rev. e atual., São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA, Wilson de Melo da. *Dano moral e sua reparação*. 3ª ed. rev.

e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Novo Código: tutela da dignidade da pessoa humana no casamento. In: *Revista do Advogado [AASP]*. São Paulo: AASP, n. 68, 2002, p. 120-126.

TARTUCE, Flavio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil: direito das sucessões*. 7ª ed., rev. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2012.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Ofensa Civil e Dignidade Humana. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese: IBDFAM, v. 7, n. 32, out/nov/2005, p. 138-158.

TEPEDINO, Gustavo. *O papel da culpa na separação e no divórcio*: In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org). *Repensando o direito de família: Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família*, p. 191-206.

TOMASZEWSKY, Adauto de Almeida. *Separação, violência e danos morais: a tutela da personalidade dos filhos*. São Paulo: Paulistanajur, 2004.

VILELA, João Batista. Repensando o direito de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org). *Repensando o direito de família: Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 15-30.

WELTER, Belmiro Pedro. *Dano moral na separação, divórcio e união estável*. In: *Revista dos Tribunais*, ano 89, maio 2000, v. 775, p. 128-135.

