

RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA

RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR
Ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça

1. O tema relacionado com a responsabilidade civil no Direito de Família tem, mais do que outros, o sentido da bipolaridade, podendo ser visto de pontos antagônicos sob mais de um aspecto.

Começo por lembrar que são dois os valores constitucionais em confronto. De um lado, o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III), que deve ficar protegida de qualquer agressão, idéia que se expande também para o direito privado e tem vigência no direito de família. Neste, a necessidade de proteção da dignidade do membro da família, como pessoa, pode entrar em conflito com o interesse da entidade familiar, pois uma norma-objetivo atribui ao Estado o dever de preservar a família, instituição social valiosa, “base da sociedade, que tem especial proteção do Estado” (artigo 227). Esse fim (proteção da família) por certo fica dificultado ou pelo menos abalado com a possibilidade de pleitos judiciais entre os cônjuges, reparatórios de ofensas e prejuízos, ou entre pais e filhos, litígios que podem ir desde a definição da filiação à conservação do nome.

A seguir, surge uma segunda ordem de fatores divergentes. Como facilmente se percebe das alterações do nosso ordenamento nos últimos quinze anos, o Direito Civil cada vez mais se constitucionaliza, mercê das inúmeras disposições inseridas na Carta, cujos muitos princípios, regras e políticas dizem diretamente com o direito privado. Nessa linha, o direito de família se abre a considerações de ordem social e mostra uma tendência à “socialidade”, de que nos fala o Mestre Reale. Porém, o ordenamento tende a deixar cada vez mais a critério das pessoas a decisão sobre o casamento e sua dissolução, amplia o direito do filho, e nesses pontos reforça o individualismo e a autonomia da vontade; o interesse predominante passa a ser o da pessoa, não o da entidade familiar.

De sua vez – e este é o terceiro fator da contradição entre as forças que orientam o estudo do direito de família –, o posicionamento da pessoa como centro da ordem jurídica não se harmoniza com a regra do Código Civil que prescreve: o casamento “estabelece comunhão plena de vida” (artigo 1.511).

Essa regra de integração absoluta já estava no Gênesis e era aceita no antigo Direito Inglês, segundo o qual a unidade resultante do casamento fazia com que “o marido e a mulher são uma única pessoa em direito. Assim, o ser ou a existência legal da mulher se suspende durante o matrimônio ou, ao menos, se incorpora e consolida na do marido”, conforme observava Blackstone, no Século XVIII. Nessa idéia de plena integração, o princípio da supremacia da pessoa, sobre o qual se fundamenta o pedido indenizatório para reparação de toda ofensa à pessoa, se mostra incompatível com aquela velha concepção sobre o *consortium* e, também, com a unidade de vida descrita no artigo 1.511 do Código Civil, que significa menos do que a idéia antiga, mas que sempre representa uma espécie de integração. Ou há uma unidade plena de vida, com supressão ou limitação de demandas entre os conviventes, ou bem se resguarda a integridade da pessoa, inclusive com o incentivo a demandas judiciais indenizatórias.

Ainda lembro que o casamento, visto como instituição – cujas regras não são alteráveis pelos cônjuges, que por isso mesmo se submetem ao seu regramento, não ampliável por disposição judicial –, é diferente do casamento concebido como contrato, a que seriam aplicáveis supletivamente as

regras do Direito das Obrigações, entre elas as que dispõem sobre a obrigação de indenizar o dano.

Por fim, o nosso tema se situa no vértice de duas tendências modernas:

– de uma parte, a ampliação do instituto da responsabilidade civil, cujo eixo se desloca do elemento fato ilícito, para cada vez mais se preocupar com a reparação do dano injusto, qualquer que seja a sua natureza e o ambiente onde ocorra, o que facilita o deferimento do pedido de indenização;

– de outra, a abstração do elemento culpa para a separação e o divórcio, o que elimina a possibilidade de incidência do instituto da responsabilidade subjetiva nessas situações.

Quer dizer: a dissolução da relação conjugal é momento propício para aflorar pedidos indenizatórios, cujo deferimento está hoje facilitado com a importância que se atribui à demonstração do dano injusto, mas o modo pelo qual se resolve a separação ou o divórcio inibe qualquer exame de elemento subjetivo, a afastar eventual pedido de reparação. Já a extensão que cada vez mais se concede à responsabilidade objetiva não se ajusta à situação familiar, onde o normal será a exigência de fator de atribuição de natureza subjetiva.

2. Acredito que a presença dessa questão na doutrina e na jurisprudência, sempre com maior intensidade, decorre da preocupação com o tema da dignidade da pessoa humana, “núcleo duro” do sistema constitucional de 1988, parâmetro para a interpretação do sistema.

Como observou Judith Martins Costa, “o conceito de dano não é dado, mas construído”, modificando-se no mesmo passo em que a comunidade altera sua idéia do que deva ser juridicamente protegido; lembrou a participação da psicanálise, algum tempo atrás, e da internet, nos dias de hoje, como fatores determinantes da mudança de concepção dos interesses que podem ser violados e, por conseqüência, do próprio conceito de dano (“Os danos à pessoa no Direito Brasileiro e a natureza da sua reparação”, RT, 789/21).

Para o que nos interessa, “a reconstrução do conceito de pessoa” serviu para estimular o estudo dos direitos da personalidade e da sua ofensa. Nesse novo tempo, continua a ilustre Professora, passou “o Direito a construir princípios e regras que visam à tutela dessa dimensão existencial, não patrimonial, mas ligada fundamentalmente à proteção da pessoa e da personalidade humana e daquilo que é o seu atributo específico, a qualidade de ser humano.” (“Bioética e dignidade da pessoa humana”, Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, 18/160).

A idéia de pessoa vem acompanhada da dos direitos da personalidade, aqueles “que exigem um absoluto reconhecimento, porque exprimem aspectos que não podem ser desconhecidos sem afetar a própria personalidade humana” (José Oliveira Ascensão, *Os direitos de personalidade no Código Civil brasileiro*, For. pp. 342/125). São os direitos que visam à defesa de valores inatos, como a vida, a intimidade, a honra e a higidez física, no dizer de Carlos Alberto Bittar Fº (“Tutela da personalidade no atual direito brasileiro”, Revista de Informação Legislativa, pp. 125,46), e também a integridade psíquica, a privacidade, a imagem, o nome, a criação intelectual, e se estendem para o campo da bioética.

À medida que se alcança a exata compreensão do conceito “dignidade da pessoa humana” e se lhe dá o devido desdobramento na definição dos correspondentes “direitos da personalidade”, logo se percebe o aumento das hipóteses de ofensa a tais direitos, e se ampliam as oportunidades para a existência do dano (ver sobre isso: Carlos Fernández Sessa-rego, “Protección a la persona humana”, *Ajuris*, pp. 56/87, que refere o dano psíquico, o dano biológico, o dano ao projeto de vida, etc.). E essa constatação é importante no direito que trata da família, a menor célula social em que a pessoa convive, porque no seu seio sempre se deu prevalência à instituição da família, ainda que com o sacrifício eventual do interesse da pessoa.

O principal enunciado da Constituição hoje não enaltece a subordinação da pessoa aos interesses da família, mas sim realça o valor da pessoa humana que participa da família, os cônjuges, companheiros, pais, filhos, parentes, ainda que isso possa afrouxar o laço familiar. Enquanto a legislação do início do Século XX criava presunções absolutas sobre a paternidade e impedia a busca do seu reconhecimento, ou de sua negação, para a proteção da família, a tendência de hoje, para atender ao princípio da dignidade da pessoa, no qual se inclui o direito de saber quem são os pais e quais são os filhos, é a de admitir as ações que levam à verdade real, com o estreitamento das hipóteses de decadência e flexibilização do princípio da coisa julgada.

Nessa linha de entendimento, é preciso aceitar, em primeiro lugar, a possibilidade de incidência imediata dos princípios constitucionais sobre as relações de direito privado, inclusive as familiares (ver, sobre isso, Joaquim de Souza Ribeiro, *Constitucionalização do Direito Civil*, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, 1998, LXXIV, p. 729; Gustavo Tepedino, *Temas de Direito Civil*, p. 50; Maria Celina Bodin de Moraes, *A caminho de um Direito Civil constitucional*, Revista Direito, Estado e Sociedade, pp. 1/59; Luis Afonso Heck, *Direitos Fundamentais e sua influência no Direito Civil*, Revista da Fac. Dir. da UFRGS, pp. 16/111; Ingo Wolfgang Sarlet, *Eficácia dos Direitos Fundamentais*, pp. 205 e seguintes; Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Ruzyk, “Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil”, in *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 87).

Em segundo lugar, é preciso buscar critérios de hermenêutica para a solução dos conflitos que surgem com a colisão dos princípios (Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, p. 241 e seguintes; Maria Celina Bodin de Moraes, “O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo”, in *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, p. 105). E, nesse ponto, há de se concluir com a doutrinadora por último citada: “O único princípio capaz de dar harmonia, equilíbrio e proporção ao ordenamento jurídico de nosso tempo: a dignidade da pessoa humana, onde quer que ela, ponderados os elementos contrapostos, se encontre.”

3. Feitas essas considerações de ordem genérica, devo estabelecer algumas classificações, para o efeito deste estudo, que se limita ao exame da responsabilidade entre os cônjuges ou companheiros:

a) quanto ao fato gerador da responsabilidade, pode ele ser a infração cometida pelo cônjuge durante a convivência, ordinariamente prevista como causa da separação ou do divórcio; ou constituir-se no dano decorrente da separação ou do divórcio;

b) ainda quanto ao fato gerador, pode ele estar tipificado na lei, ou decorrer da aplicação da cláusula geral de responsa-

bilização do ato ilícito extracontratual, independente de prévia definição legal tipificadora;

c) os atos ofensivos podem ser os que se caracterizam como fato ilícito absoluto, e o seriam em quaisquer circunstâncias da vida civil, ou fica seu conceito restrito aos atos contrários às disposições do Direito de Família, na regulação das relações entre os cônjuges;

d) os danos podem ser de natureza patrimonial ou extrapatrimonial;

e) do ponto de vista subjetivo, os danos a considerar podem ser os praticados pelos cônjuges, um contra o outro; os praticados por terceiro contra um dos cônjuges ou companheiros;

f) pode haver o prejuízo por ricochete ou reflexo, de que nos fala Clovis do Couto e Silva: “Os casos mais comuns relacionam-se a alguém que tenha sofrido um dano que o impede de pagar alimentos a quem deveria fazê-lo, seja em razão de lei, seja por motivo de casamento. Se existir um vínculo de parentesco do qual decorre o direito de haver alimentos, admite-se a existência do direito de requerê-los em juízo” (O conceito de dano no direito brasileiro e comparado, in *O Direito Privado Brasileiro na visão de Clóvis Veríssimo do Couto e Silva*, p. 217).

g) a responsabilidade seria extracontratual para os que vêm no casamento uma instituição; seria contratual, se definido como contrato;

h) a inocência do cônjuge tem sido exigida por alguns como condicionante do direito à indenização;

i) a finalidade da condenação à reparação do dano pode ser apenas para a cobertura dos prejuízos ou pode se estender para atingir também a finalidade sancionadora.

4. Os sistemas para o tratamento dessas questões podem ser sumariamente classificados entre:

– os que admitem amplamente a responsabilização por danos materiais e morais causados pelo cônjuge contra o outro, seja por ofensas anteriores à separação, seja pelo dano que decorre da separação ou do divórcio;

– os que negam peremptoriamente a possibilidade dessa ação;

– em posição intermediária, há os que admitem a responsabilidade por ato do cônjuge, com restrições quanto à natureza, ao fato gerador e à gravidade do prejuízo.

5. O estudo do direito comparado evidencia a diversidade de tratamento dispensado ao tema.

– No direito anglo-americano, a partir da idéia de *consortium*, segundo a qual, pelo matrimônio, o marido e a mulher são uma única pessoa em direito, com o que se inadmitia qualquer reclamação entre eles, evoluiu-se para a *Law Reform (Husband and Wife)*, 1962, na Inglaterra, e o *Married Women’s Act*, nos EEUU, que admitem ação de um cônjuge contra o outro pelos danos causados por dolo ou culpa (Prosser, *Handbook of the Law of Torts*, 4^a. Ed., pp. 860 e seguintes).

Na Espanha, “o princípio geral contido no artigo 1.902 do CC, segundo o qual quem causa dano a outrem deve repará-lo, se aplica no âmbito das relações familiares, mas se constrói de forma distinta quando o dano é ocasionado nas relações entre os cônjuges e entre determinados parentes. Quer dizer, não existe imunidade, com o que não se rompe o princípio de que o causador do dano deve ressarcir-lo. O que ocorre é que a lei tipificou determinados danos, prevendo qual será a sua consequência. Portanto, o princípio geral se aplica através das normas que tipificam determinados danos”

(Encarna Roca I Trias, *La responsabilidad civil en el Derecho de Familia*, in “*Perfiles de la Responsabilidad Civil*”, Juan A.M. Martinez, Coordenador, Dykinson, 2000, p. 539).

Na vizinha República Argentina, a maioria da doutrina admite a reparação dos danos materiais e morais derivados do divórcio ou da separação, em si mesmos, assim como também autoriza ação indenizatória dos danos derivados de fatos que permitem o decreto de divórcio (Cecilia Grosman, Danos derivados del proceso de divorcio, in *Nuevos Daños*, Carlos Ghersi, Coordenador, Hammurabi, pp. 391 e seguintes, com ampla exposição das diversas correntes).

Na França. Jean Carbonnier lecionava, ainda antes da reforma da legislação sobre a família: “Também se pode imaginar outros danos, (além do desaparecimento do dever de auxílio) e assim o reconhece a Lei de 1941 que alude ao artigo 301, segundo parágrafo, segundo o qual o cônjuge inocente tem direito ao ressarcimento do prejuízo material (não reparado mediante a pensão alimentícia) ou moral causado por dissolução do matrimônio. A Lei se propôs a combater o divórcio mediante uma sanção moralizadora”. (*Derecho Civil*, I/II, p. 189). Com a reforma de 1975, “segundo o artigo 266 CC, o cônjuge autor da ação que deu causa ao divórcio pode ser condenado a reparar o prejuízo material ou moral que a dissolução do casamento causou ao seu consorte; as causas que justificam o pagamento de indenização são idênticas às que existiam antes da reforma de 1975: isto é, ele poderá agir, por exemplo, pela perda de uma situação material interessante (prejuízo material) ou a desconsideração em um certo meio social (prejuízo moral) (Claude Colombe, *La famille*, PUF, p. 349).

O Prof. Fábio Siebeneichler de Andrade resumiu as soluções encontradas na França, em Portugal e na Alemanha: “Do exame do regramento do problema no direito francês, chega-se à conclusão de ser preponderante a concepção de que o regime da responsabilidade civil abrange as relações entre os cônjuges, sem que se estabeleça uma distinção técnica entre o direito de família e o direito das obrigações”(...).

“Muito embora a jurisprudência portuguesa demonstre ter o cuidado de estabelecer contornos rígidos para a concessão do dano moral, também em Portugal é dominante a concepção de que a responsabilidade civil abrange as relações conjugais”(...)

“O direito de divórcio alemão baseia-se desde 1977 exclusivamente no princípio da ruptura conjugal. Isso significa, na prática, que não se examinam no direito alemão fatores como a culpa de um dos cônjuges para a concessão do divórcio. O único pressuposto para o divórcio é, em essência, a constatação de fracasso da relação conjugal”(...) “Nestas circunstâncias, seria incoerente ao sistema que se previsse no âmbito do direito de família o dever de indenizar o cônjuge culpado pela dissolução”. A responsabilização extracontratual está limitada ao dano a certos bens (vida, corpo, saúde, liberdade, propriedade, um direito especial), entendimento que também dificulta a aceitação da sua incidência no âmbito do direito de família. Nem o desenvolvimento dos estudos sobre o princípio de proteção aos direitos da personalidade tem sido aceito como fundamento para a responsabilização: “Considere-se que a perturbação do matrimônio não constitui uma causa da falência matrimonial, e, isto sim, um efeito. Em vista disso, no direito alemão parte-se do princípio de que o reconhecimento do dever de indenizar constituiria uma limitação à esfera de liberdade de um dos cônjuges, que estaria constrangido a manter-se vinculado ao regime matrimonial”. (A reparação de danos morais por dissolução do vínculo conjugal e por violação por deveres pessoais entre cônjuges, RT 802, pp. 11/26).

6. É difícil para o intérprete vencer a controvérsia sobre a responsabilidade civil por ato praticado no âmbito do direito de família, uma vez que a resposta deve levar em linha de conta inúmeros fatores de ordem jurídica, e até moral, além de considerar a evolução histórica de diversos institutos. Por isso, o seu estudo passa por distintos caminhos, todos eles confluentes para o encontro da resposta à seguinte indagação: no âmbito do direito de família, cabe a responsabilidade civil do cônjuge (ou companheiro) autor do dano?

Para essa resposta, devemos atender a que o fato pode ser ilícito absoluto, ou apenas infração a dever conjugal, familiar ou sucessório; o fato pode estar tipificado na lei, ou não; a lei definidora da conduta pode ser civil ou criminal; o autor pode ser cônjuge ou companheiro que atinge a vítima na posição que lhe decorre do direito de família; o dano pode ser patrimonial ou extrapatrimonial; o dano pode ser específico, por atingir direito regulado no Livro da Família ou das Sucessões, ou constituir-se em dano a direito assegurado genericamente às pessoas, assim como disposto no artigo 186 do C. Civil; a consequência da infração ao direito pode ser a sanção prevista na norma de direito de família, ou a reparação aplicada de acordo com as regras próprias do instituto da responsabilidade civil, assim como disposto nos artigos 944 e seguintes, com ou sem aplicação cumulativa.

Deve ainda ser ponderada a colisão de princípios, a exigir ou não, conforme a posição a ser adotada, tratamento diferenciado na solução das diversas hipóteses.

7. Exponho, de modo sucinto, os argumentos que são apresentados, de parte a parte, no exame da questão.

Os que respondem negativamente à indagação costumam aduzir:

- não há previsão legal para esse tipo de imputação;
- a tendência do direito de família é a de reservar a dissolução do casamento à livre disposição das partes, o que seria contrariado com a condenação de um deles pelos danos causados ao outro;
- a preocupação com a negociação entre as partes envolvidas com as questões de família fica comprometida com o incentivo à ação indenizatória;
- a tese afirmativa em nada contribui para a melhoria das relações familiares, não elimina nem diminui o número de separações, não beneficia os filhos;
- ao contrário, a sua aceitação seria motivo de discórdia entre os casados, entre pais e filhos, contribuindo para o esfacelamento da harmonia familiar;
- a violação aos deveres familiares gera sanções específicas, previstas no âmbito do direito de família, sendo-lhe inadequada a extensão das disposições sobre responsabilidade civil;
- o casamento é uma instituição, e como tal não se afeiçoa à aplicação analógica de normas do direito das obrigações;
- há preceito ético que afasta a possibilidade de o cônjuge atingido pelo adultério do outro procurar ressarcimento para “cobrar-se do preço de sua honra”;
- não cabe indenização pela dissolução do casamento porque no sistema que o admite amplamente, a hipótese é sempre uma alternativa a considerar por quem pretende casar-se. Por isso, não pode depois pleitear indenização pelo que o ordenamento prevê e admite como solução adequada para vencer a crise conjugal;
- o casamento existe em razão de uma relação afetiva, cujo rompimento não pode ser objeto de indenização pecuniária;

– a infração do cônjuge às regras do casamento pode ser a conseqüência de causas de ordem afetiva e psicológica postas pelo outro, sendo absolutamente inconveniente que o direito ingresse nessa seara de ordem pessoal e íntima para avaliar danos e ressarcir-los com pecúnia.

Os partidários da responsabilização ponderam:

– o direito moderno preocupa-se com o respeito à pessoa humana e com a pronta responsabilização dos que a ofendem; para isso, a responsabilidade civil é instrumento eficaz;

– a obrigação de indenizar é genérica, devendo ser reconhecida sempre que presentes seus pressupostos;

– o familiar não tem direito a uma posição privilegiada, ficando exonerado da reparação dos prejuízos que causar;

– a falta de previsão genérica para o direito de família não impede a incidência, além das regras específicas, do instituto da responsabilidade civil;

– a separação ou o divórcio pode ocasionar danos próprios, que não são ressarcidos com as conseqüências previstas no direito de família; a condenação em alimentos, que mais se aproxima dessa idéia, tem outro fundamento e diferente propósito;

– a indenização deve atender tanto aos danos ocorridos durante a convivência, dando causa à separação, como também aos provenientes da separação em si, com a dissolução do vínculo;

– a indenização deve contemplar, além do propósito reparatório, também a finalidade sancionadora.

8. O sistema legal brasileiro não dispõe de regra geral, como acontece em alguns códigos europeus, prevendo expressamente a indenização dos danos praticados contra o cônjuge.

Enumero regras do Código Civil de 2002 sobre condutas a serem observadas pelos cônjuges, parentes, herdeiros, tutores e curadores, cujo descumprimento gera direito à indenização: artigo 1572; artigo 1573; artigo 1.637; artigo 1.638; artigo 1.752; artigo 1.774; artigo 1.814; artigo 1.995; artigo 12.

Essas disposições legais referem-se a condutas que podem levar à responsabilização do seu autor, desde que presentes os demais pressupostos da responsabilidade civil (ação ou omissão, dano injusto, relação de causalidade, fator de atribuição, que ordinariamente é a culpa em sentido lato).

9. A nossa jurisprudência inclui alguns precedentes sobre o tema (Ap. Civ. 5.97.155.167, 7ª. CC TJRS, de 11-2-98; Ap. nº 14.156, 14ª. Câ. Civ. TJRJ, Rel. Des. Marlan de Moraes Marinho; Ap. Civ. 36.010, 17-3-81, do TJRS, na RT 560/178; Ac. da 2ª. Câ. de Dir. Privado do TJSP, de 23-1-99, na RT 765/191, comentado por Regina Beatriz Tavares da Silva, em “Responsabilidade civil dos conviventes”, *Rev. Bras. de Direito de Família*, 1-3-99, p. 24; AI 136.366-4.1, da 6ª. Câ. de Direito Privado do TJSP, *Revista Bras. de Direito de Família*, nº 7, 2000, p. 64; ver, sobre isso, Dano moral e juízo de família, José Rogério Cruz e Tucci, na *Tribuna do Direito*, out/2000, p. 12; Ap. Civ. 000.268.411-6/000, da 5ª. Câ. Civ. do TJMG, julgado em 6 de março de 2003, Rel. Des. Aluizio Quintão; Ap. Civ. 338.374-2/000, 6ª. Câ. Civ. TJMG, Rel. Des. Jarbas Ladeira; Recurso Especial 412.684/SP, 4ª. Turma, de 20-8-2002, de minha relatoria; Ap. Civ. 70001046937, 9ª. Câ. Civ. TJRS, de 28-11-2001. Relª Desª. Ana Lúcia Pinto Vieira; Embargos Infringentes nº 500360169, 1º Grupo de Câmaras Cíveis, Ac. de 5-5-89, Rel. Des. Elias Elmyr Manssour).

Desses, menciono o mais antigo, que foi o voto vencido proferido pelo Des. Athos Gusmão Carneiro, na Ap. Civ. 36.010,

no TJRS, em 17-3-81, deferindo a indenização em favor do cônjuge inocente:

“Rogo vênha para julgar procedente em parte a apelação. E o faço porque me parece que, em princípio, nos casos de separação contenciosa, é possível ao cônjuge inocente postular indenização a ser prestada pelo cônjuge culpado, quando os motivos da dissolução da sociedade conjugal são de molde a causar ao cônjuge inocente um grave dano moral(...)No caso concreto, o desquite foi decretado por haver o marido cometido agressões físicas, sevícias, e ainda por injúria grave contra a mulher. Da agressão física não resultaram apenas as eventuais conseqüências no âmbito penal, nem apenas a indenização pelos prejuízos no âmbito patrimonial que a lesão à saúde, em conseqüência da agressão, possa ter provocado. Tenho que a agressão física acarreta ao injustamente agredido um dano moral, aliás, mais relevante em se tratando de agressão de um cônjuge contra o outro. E esse dano moral, creio, impende seja ressarcido”.

Por último, transcrevo a ementa do *leading case* do STJ, no Recurso Especial n. 37.051/SP, 3ª. Turma, Rel. Min. Nilson Naves, julgado em 17-4-2001:

“Separação judicial. Proteção da pessoa dos filhos (guarda e interesse). Danos morais (reparação). Cabimento. 2. O sistema jurídico brasileiro admite, na separação e no divórcio, a indenização por dano moral. Juridicamente, portanto, tal pedido é possível: responde pela indenização o cônjuge responsável exclusivo pela separação. 3. Caso em que, diante do comportamento injurioso do cônjuge varão, a Turma conheceu do especial e deu provimento ao recurso, por ofensa ao artigo 159 do Código Civil, para admitir a obrigação de se ressarcirem os danos morais.”

Os julgados mostram a grande divergência que lavra entre os tribunais, mas de sua leitura se percebe forte orientação no sentido favorável ao pedido de indenização por danos decorrentes de infrações ao dever imposto aos cônjuges e aos companheiros, com destaque para o acórdão do STJ, sendo que foram deferidos alguns pedidos de indenização pelo rompimento da relação.

10. Na doutrina, pode-se dizer, com alguma segurança, que a maioria se inclina pela admissibilidade da responsabilização no âmbito do direito de família, como se colhe das seguintes fontes:

I – artigo de doutrina do ilustre advogado José de Castro Bigi (RT 679/46, de 1992);

II – lições de Aguiar Dias (*Da responsabilidade civil*, 2, nº 160), Caio Mario (Instituições, V/156), Carlos Roberto Gonçalves, *Responsabilidade Civil*, p. 69);

III – Yussef Said Cahali lamenta que a lei não tenha contemplado a hipótese de indenização pelos danos afligidos ao cônjuge inocente (*Divórcio e Separação*, 8ª. ed. p. 953), mas no seu “*Dano Moral*”, p. 666, alude à crescente manifestação doutrinária favorável à tese da indenização do dano moral;

IV – Belmiro Pedro Welter, em “*Separação e Divórcio*” aceita a tese, nos limites que propõe (pp. 365 e seguintes); Regina Beatriz Tavares da Silva, no seu clássico “*Reparação civil na separação e no divórcio*” e no artigo acima citado; Rolf Madaleno, em “*Divórcio e dano moral*”, quando comenta acórdão do TJ-RJ, na *Revista Brasileira de Direito de Família*, nº 2, 1999, p. 59, e põe em evidência as limitações do pedido indenizatório, preconizando a imediatidade do pedido de indenização no caso de dano decorrente da separação; Fernanda e Vitor Hugo Oltramari, em “As tutelas da personalidade e a responsabilidade civil na jurisprudência do direito de família”, na *Revista do Direito de Família*, nº 13, 2002, p.53.

11. Feito esse breve esboço das questões que me parecem as mais relevantes para o exame da matéria, com referência ao direito comparado, à nossa legislação, aos precedentes jurisprudenciais e à doutrina, posso propor algumas conclusões:

I – A colisão entre os princípios de proteção da dignidade da pessoa humana e o da conservação da família e preservação da intimidade das pessoas deve ser resolvida de modo a que prevaleça a regra geral da responsabilização civil do autor do dano, ainda que o ato tenha sido praticado contra o cônjuge. O fato do casamento ou da união estável não é causa eximente da responsabilidade civil, nem causa privilegiadora de isenção.

II – A existência do conflito de princípios exige que essa regra geral de responsabilidade seja aplicada com temperamento no âmbito do direito de família, de modo a não destruir os outros valores em voga, que são os da proteção da família, da intimidade dos cônjuges, de respeito ao interesse dos filhos. Por isso, a ação somente será cabível quando demonstrada a gravidade da ofensa, a justificar que essas restrições sejam afastadas para permitir a justa indenização do ofendido.

III – Um bom critério é o de começar por admitir a indenização nos casos tipificados na lei como infração ao dever de cônjuge ou companheiro, desde que demonstrada a existência do dano material ou moral, e da gravidade do resultado. Além disso, como já observado por Rolf Madaleno, conveniente, no caso de pedido de indenização por separação, seja apresentado imediatamente após a separação.

IV – Considerando a peculiaridade de ser o casamento resultado de uma relação afetiva, o juiz há de evitar reconhecer a responsabilidade do cônjuge apenas porque se retirou da relação pelo desaparecimento do afeto, salvo quando a consequência dessa conduta é altamente lesiva, como no caso do noivo que abandonou a cerimônia religiosa do casamento, obrigando a noiva e sua família a mudarem-se da cidade, ou causadora de dano material.

V – A responsabilização pode decorrer de ato ilícito absoluto, nos termos dos artigos 186 e 187 do CC, ou de fato tipificado no direito de família ou no das sucessões. Assim, por

exemplo, as lesões culposamente causadas na esposa, pelo marido, em acidente de trânsito, são atos ilícitos reparáveis, pelo que pode ser requerido o pagamento do seguro contratado pelo marido, para cobertura de tais situações.

VI – As regras do Código Penal são úteis para orientar a decisão sobre responsabilidade no direito de família. Se no direito criminal é isento de pena o cônjuge que pratica crime contra o patrimônio em prejuízo do outro, não seria adequado admitir-se ação civil para obtenção de indenização de dano moral por essa infração cometida pelo cônjuge na constância do casamento. Se na seara penal o Estado tem por inconveniente deflagrar processo, a mesma razão deve ser causa obstativa de tal demanda no juízo cível. De outra banda, nos casos em que a lei criminal agrava ou aumenta especialmente a pena, ou inclui como elementar do crime o fato de ser casado, essa também deve ser uma causa a influir na aceitação do processo civil de reparação do dano.

VII – O cônjuge, que tenha sido julgado como o único culpado pela separação ou divórcio, não tem o direito de pedir indenização por violação a deveres do casamento; mas não se pode eliminar a possibilidade de o cônjuge que também seja culpado pela dissolução vir a juízo pedir indenização contra o outro, também culpado, pelo fato a este atribuído.

VIII – A indenização deve reparar o dano material e também o extrapatrimonial.

12. Em conclusão, há de se admitir em nosso direito a possibilidade de ser intentada ação de responsabilidade civil pelo dano a cônjuge ou companheiro, por ilícito absoluto ou infração à regra do direito de família,

a) por fato ocorrido na convivência do casal, com infração aos deveres do casamento, ou

b) por dano decorrente da separação ou do divórcio, aceitas as restrições que a peculiaridade da relação impõe. Em especial, cabe ao juiz ponderar os valores éticos em conflito, atender à finalidade social da norma e reconhecer que o só fato de existir a família não pode ser causa de imunidade civil, embora possa inibir a ação quando dela surgir dano social maior do que o pretendido reparar. De outra parte, deve perceber que, na especificidade da relação fundada no amor, o desaparecimento da afeição não pode ser, só por si, causa de indenização.