

RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA: RELACIONAMENTO EXTRACONJUGAL

Vitória Cerqueira Pires¹

Profa. Me. Teila Rocha Lins D'albuquerque²

RESUMO: Este artigo visa uma reflexão acerca da aplicação da teoria da responsabilidade civil no âmbito familiar referente às hipóteses que decorrem da violação dos deveres jurídicos referente às relações familiares decorrentes do casamento e sua desconstituição. Logo, é relevante analisar as relações familiares sob a ótica do novo código civil cominado com principio da dignidade da pessoa humana, sendo este basilar para as relações em sociedade e a solução de conflitos instaurados.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Casamento. Indenização. Relacionamento Extraconjugal.

ABSTRACT: This article aims at a reflection about the application of the theory of civil responsibility in the family context referring to the hypotheses that arise from the violation of the legal duties related to the family relations arising from the marriage and its deconstitution. Therefore, it is relevant to analyze family relations from the point of view of the new civil code based on the principle of the dignity of the human person, being this basis for relations in society and the solution of conflicts established.

Keywords: Civil responsibility. Marriage. Indemnity. Extramarital relationship.

SUMARIO: INTRODUÇÃO 1 CASAMENTO 1.1 NATUREZA JURIDICA DO CASAMENTO 1.2 DEVERES DOS CONJUGES 2 CONCUBINATO/ADULTÉRIO 2.1 UNIÃO ESTAVEL 3 RESPONSABILIDADE CIVIL 3.1 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL 3.1.1 Conduta Humana 3.2 CULPA OU DOLO DO

¹Graduando do 10º semestre no curso superior de direito da Universidade Católica do Salvador – UCSAL, 2018. E-mail: vitoriapires@gmail.com

²Mestre em Relações Sociais e Novos Direitos (Direito Civil) pela UFBA. Mestre em Políticas Sociais e Cidadania pela Universidade Católica do Salvador (Saúde do Trabalhador). Especialista em Direito do Trabalho pela UFBA. Professora da Maurício de Nassau, UCSAL e UFBA. Professora da Pós-Graduação da UNIFACS e da EMAB. Advogada sócia do Rocha, Costa e Sampaio Advocacia e Consultoria. Contato: (71) 988367276

AGENTE 3.3 RELAÇÃO DE CAUSALIDADE 3.4 DANO OU PREJUÍZO 4 **DANO MORAL** 4.1 DANO IN RE IPSA 5 **RESPONSABILIDADE CIVIL ENTRE CÔNJUGES**. 5.1 PROCEDIMENTO PARA PLEITEAR OS DANOS **CONCLUSÃO**. **REFERÊNCIAS**.

INTRODUÇÃO

O casamento era visto pela sociedade como única forma de constituir família, após evolução das instituições familiares, houve a figura da união estável, que passou a dar determinada segurança jurídica aos companheiros. De logo, a família possui proteção especial do Estado, encontrando amparo no artigo 226 da constituição Federal de 1988.

O Código Civil não define natureza jurídica do casamento, mas há previsão no artigo 1.511, o principal pressuposto, que o matrimônio dos cônjuges deve estabelecer estado de comunhão plena de vida, pautado na igualdade de direitos e deveres dos esposos.

Através da configuração do dano material ou imaterial decorrente da ruptura da sociedade conjugal, tendo como causa quebra do dever de fidelidade, o que daria ensejo a possível reparação civil ao lesado. Uma vez que, violados os deveres estabelecidos pela lei, ocorrendo dano há possibilidade de reparação em virtude de este preencher os pressupostos da responsabilidade civil, sendo estes: conduta, dano e nexa causal.

O presente artigo faz jus ao método de pesquisa comparativo, pois foram consideradas opiniões divergentes jurisprudenciais e doutrinárias.

Serão observadas revisões literárias, onde haverá análise e citação de materiais já existentes, como livros, artigos científicos, além de inspeção legislativa com foco no Código Civil Brasileiro e da Constituição Federal de 1988.

Existem diversas controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias sobre o âmbito das relações interpessoais no direito das famílias, neste viés, com escopo na convivência dos sujeitos que compõe a relação conjugal, é possível haver responsabilização civil advinda da conduta ilícita destes?

O trabalho é de cunho teórico. Observado o princípio da dignidade da pessoa

humana, os deveres conjugais, objetivando o cumprimento do dever de fidelidade. Ademais, haverá estudo da aplicabilidade da indenização por danos morais, como consequência do não cumprimento do dever de fidelidade recíproca entre os cônjuges.

Concluindo pela aplicação das normas gerais da responsabilidade civil, também pontuando hipóteses em que haja possibilidade da indenização por danos morais, especificamente no âmbito familiar, abordando pontos divergentes acerca da quantificação do dano. Portanto, esta é a proposta que pretende-se desenvolver ao longo do trabalho.

1 CASAMENTO

Casamento é a união voluntária entre duas pessoas que desejam constituir uma família, formando um vínculo conjugal que está baseado nas condições dispostas pelo direito civil.

Muitos são os conceitos em relação ao casamento, assim como Pontes de Miranda (*apud*. Sebastião de Assis neto *et al.*, 2017) e outros doutrinadores preceituam que, o casamento não passa de um contrato, negócio jurídico bilateral, em que há manifestação de vontade e a capacidade das partes que prevalece para que haja a validade do ato.

Os doutrinadores que apoiam esta corrente que o casamento trata-se de mero negócio jurídico em que as partes manifestam vontade com animus de constituir vínculo, não há de se falar em instituto social, mas apenas em contrato bilateral.

Pereira (2018, p. 84) definiu o casamento como “união de duas pessoas de sexo diferente, realizando uma integração fisiopsíquica permanente. E completa”, é nesta integração que subsiste a essência do casamento, elemento que se sobrepõe às mutações sociais e culturais. “Não se pode afirmar que a vida do casal, composta de um homem e uma mulher, é, nos dias atuais, a única forma de vida familiar e comunitária” (p. 84).

Para Diniz (2007), conceitua o casamento sendo: “O vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa ao auxílio mutuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família”.

Assim, Pontes de Miranda (*apud* GONÇALVES, 2018, p. 38) conceitua o

casamento.

É contrato solene, pelo qual duas pessoas de sexo diferente e capazes, conforme a lei se unem com o intuito de conviver toda a existência, legalizando por ele, a título de indissolubilidade do vínculo, as suas relações sexuais, estabelecendo para seus bens, à sua escolha ou por imposição legal, um dos regimes regulados pelo Código Civil, e comprometendo--se a criar e a educar a prole que de ambos nascer.

Com o passar dos anos o CNJ publicou a resolução 175, regulamentando o casamento homoafetivo, aquele que ocorre entre pessoa do mesmo sexo, tendo como base o laço afetivo que há entre elas.

1.1 NATUREZA JURÍDICA DO CASAMENTO

O casamento é ordinariamente explicado como sendo um contrato, uma instituição ou um instituto jurídico de natureza híbrida. (LISBOA, 2013)

O casamento foi e tem sido considerado a base para a sociedade, e não podemos trata-lo como mero ato jurídico ou contrato bilateral, desta forma estaria ignorando os efeitos que haveria na sociedade. Logo, pode-se entender que o há uma corrente eclética, ou seja, o casamento é um contrato formal com repercussão social.

Sendo o casamento o contrato este não é tão somente um contrato entre as partes de comum acordo, mas sim um contrato especial de direito de família (GAGLIANO; STOLZE, 2015) tendo como base o afeto e o consentimento entre as partes.

A teoria mista ou eclética, segundo a qual o casamento é um negocio jurídico no momento da sua celebração, porém uma instituição quanto aos seus efeitos (DINIZ, 2007).

Observa-se que o casamento no momento de sua constituição é um negocio jurídico bilateral, pois gera efeito entre as partes, formal, pois, somente pode ser celebrado conforme positiva a lei.

O Casamento pode ser considerado uma instituição ou um contrato. É uma instituição, pois é de ordem publica, e possui valor inestimável perante a sociedade. Considerando, um contrato especial que se distingue dos demais, pois o casamento prende-se a interesses morais, os demais somente de cunho patrimonial. (RIZZARDO, 2014)

1.2 DEVERES DOS CONJUGES

Através dessa perspectiva e com fulcro no art. 1.566 do Código Civil que aborda os deveres dos cônjuges, estes são: fidelidade recíproca; vida em comum, no domicílio conjugal; mútua assistência; sustento, guarda e educação dos filhos; respeito e consideração mútuos.

O primeiro dever é o de fidelidade recíproca, que será abordado em todo o artigo com principio basilar para a relação conjugal. A fidelidade é um dever do casamento e não uma mera faculdade.

A vida em comum no domicílio conjugal anteriormente denominado de coabitação, e que este, era o dever de manter relações sexuais, *debitum conjugale*, tendo repúdio da doutrina e jurisprudência pois, não há possibilidade de obrigar o indivíduo a externar sua vontade, ainda que, entenda-se que a prática sexual seja necessidade fisiológica. A vida em comum no domicilio conjugal deve ser interpretada como, projetos em comum, perspectivas, atuais e futuras, respeitando a individualidade de cada um (CHAVES; ROSENVALD, 2016).

Mútua assistência abarca aspectos morais e materiais. Pois, não trata somente de aspecto financeiro. Moral, por trazer a reflexão sobre o comportamento para com o outro.

Guarda, sustento e educação dos filhos, dever decorrente da paternidade ou maternidade, que independe da existência do casamento. Observada a solidariedade familiar (TARTUCE, 2017).

Respeito e consideração mútuos é a aplicação do principio da boa-fé, como já referir-me acima, a solidariedade familiar deve estar presente em todos os atos na vida em comum, pois a conjugalidade é tratada com unidade.

São direitos e deveres recíprocos que somente atingem os cônjuges, são necessários para que a relação seja plena, em amplo sentido. A vida conjugal necessita de mais deveres conjugais, pois o rol não é taxativo. Os deveres conjugais produzem efeitos somente entre as partes, não há imposições obrigacionais quanto a terceiros.

Objetivando deveres sociais de um comportamento para com o outro, não somente se limita ao âmbito conjugal. Pois, antes mesmo de existir a relação matrimonial é preciso que haja aplicabilidade do principio da boa fé e os demais, dever de honestidade, preservação da honra (FARIAS; ROSENVALD, 2016).

Dias (2013) preconiza: “A violação desses deveres não constitui, por si só, ofensa à honra e a dignidade do consorte”.

2 CONCUBINATO/ADULTÉRIO

O Código Civil de 1916 continha alguns dispositivos que vedavam a prática do concubinato, que proibiam benefícios a concubina tais como, benefícios testamentários de homens casados, doações até a inclusão desta em contrato de seguro de vida. Ao longo do tempo, com início das determinações previdências a concubina passou a ter benefício, a jurisprudência acompanhou esta inovação trazendo o direito à meação de bens, estes que devem ser adquiridos pelo esforço comum.

O Código Civil Brasileiro de 2002 estabelece no artigo 1.727: “As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”.

O concubinato era sinônimo de companheirismo, a união prolongada, entendendo-se como, a união entre pessoas sem haver o casamento. Gonçalves (2017) em sua obra preconiza que, o concubinato também chamado de “união livre”, além existência de convivência prolongada em comum. Além do fato de que essas pessoas possuem liberdade para cumprir ou não os deveres a este estabelecido.

A convivência duradoura, como marido e mulher, sem impedimentos decorrentes de outra união (caso dos solteiros, viúvos, separados judicialmente, divorciados ou que tiveram o casamento anulado). Esta era denominada de concubinato puro, e não era visto como ato ilícito perante a sociedade.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 226, § 3º: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento” (BRASIL, 1988).

O conceito de união estável encontra previsão no art. 1.723 do Código Civil de 2002: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

Atualmente a palavra “concubinato” é utilizada para nomear a relação amorosa entre pessoas casadas, estas que esquivam-se de cumprir o dever de

fidelidade, o chamado adultério.

Assim, o Código Civil de 2002 prevê: “art. 1.727. [...] relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar” (BRASIL, 2002). Havendo a configuração de adultério há de se falar em ato ilícito, pois houve a quebra de deveres para com seu cônjuge, estas que já foram citadas anteriormente. Esta quebra de deveres que rodeiam o ato solene que constitui o casamento pode vir a caracterizar um dano para com o cônjuge.

Não são considerados somente concubinos aqueles que possuem vida conjugal sem serem casados, mas aqueles relacionamentos decorrentes de relações não legalizadas no âmbito jurídico, até mesmo o casamento quando é invalidado. Aqueles que contraíram matrimônio não reconhecido legalmente. Referindo-se ainda a definição de “amor livre”.

A união estável difere do casamento, sobretudo pela liberdade de descumprir os deveres a estes inerentes (GONÇALVES, 2013, p. 76). Desta forma, observa-se que nesta definição de amor livre, deixa margem a rejeição dos vínculos matrimoniais, não assumindo compromisso recíproco.

2.1 UNIÃO ESTÁVEL

É a união sem maiores solenidades ou oficialização pelo Estado, que não se submete a um compromisso ritual e nem registrando em órgão próprio.

Logo, trata-se da união livre ou estado de casado ou concubinato, expressões que caracterizam a convivência, a participação de esforços, a vida e mim, recíproca de um para o outro (RIZZARDO, 2014).

Segundo Rizzardo (2014):

A palavra ‘união’ expressa ligação, convivência, junção, adesão; já o vocábulo ‘estável’ tem o sinônimo de permanente, duradouro, fixo. A expressão corresponde, pois, à ligação permanente do homem com a mulher, desdobrada em dois elementos: a comunhão de vida, envolvendo a comunhão de sentimentos e a comunhão material; e a relação conjugal exclusiva de deveres e direitos inerentes ao casamento.

A expressão “concubinato” atualmente é utilizada para definir o relacionamento amoroso com infração ao dever de fidelidade. Pois como decorrente das privações do código civil de 1916, havia proibição da doação de benefícios testamentários do homem casado à concubina, ou da inclusão desta como

beneficiária de contrato de seguro de vida, que somente passaram a ser aplicadas ao concubinato adúltero, o homem que vivia com a esposa e mutuamente com a concubina. Quando este estava separado de fato e mantinha com a concubina uma relação *more uxório*, as restrições deixaram de ser aplicadas, e a concubina passando a ser reconhecida como companheira.

A Constituição Federal abordou o tema no art. 226, parágrafo 3º: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

A lei n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994, foi à primeira regulamentação que abordou a definição de companheiros, o homem e a mulher que mantenham união comprovada, na qualidade de solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos, por mais de cinco anos...” Já, o código civil de 2002, não inovou no tema no capítulo dedicado a união estável, art. 1.723. é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida como o objetivo de constituição de família” (GONÇALVES, 2013, p.78).

O Código Civil em seu artigo 1.727. Distinguiu a diferença entre companheirismo e concubinato: “As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato” (BRASIL, 2002). A relação que a doutrina chamava de concubinato impuro que fazia menção ao adúltero, envolvendo as pessoas casadas em ligação amorosa com terceiros. O concubinato puro ou companheirismo trata-se das pessoas que mantinham relação duradoura, como marido e mulher, sem impedimentos que advinham de outra união.

Vale ressaltar que, no dia 5 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, regida pelas mesmas regras que se aplicam a união estável dos casais heterossexuais.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL

Havendo a caracterização do ato ilícito, há a responsabilidade. Lei e atos ilícitos são reconhecidos como fonte geradora da obrigação de indenizar. Pode-se entender que a responsabilidade é um elo criado para impor vínculo entre alguém que viola um direito e outrem a quem se cria um direito decorrente da violação.

Silveira Bueno (*apud*. Sebastião de Assis neto *et al.*, 2017, p. 837): “A responsabilidade é a obrigação de responder pelos seus atos ou pelos de outrem”. Logo, pode-se conceituar a responsabilidade civil como o vínculo jurídico que se estabelece entre o causador do dano e a sua vítima.

Assis Neto *et al.* (2017), em sua obra define responsabilidade: “É a fórmula jurídica concebida para criar um vínculo entre alguém que viola um direito de outrem a quem se cria um direito decorrente dessa violação, independentemente de declaração de vontade dirigida a esse feito”.

3.1 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Stolze e Pamplona (2009) apresentam em sua obra apenas três elementos da responsabilidade civil: conduta humana (positiva ou negativa), dano ou prejuízo, nexos de causalidade.

Para Cavalieri Filho (2015) são três os elementos: conduta culposa do agente, nexos causal, dano.

Desta forma temos como elementos da responsabilidade civil: dano ou prejuízo, conduta humana, culpa genérica, nexos de causalidade. Não há unanimidade doutrinária em relação aos elementos da responsabilidade civil.

3.1.1 Conduta Humana

A conduta humana pode ser causada por uma ação ou omissão, a ação ou omissão do agente é que dá origem à indenização, que geralmente decorre da ruptura de um dever que pode ser contratual, legal, social. Para que haja configuração da responsabilidade por omissão Gonçalves preconiza que, é necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado fato, aquele de não omitir e que haja demonstração de que se houvesse a prática, o dano não seria ocasionado.

Preceitua Cavalieri (2015): “conduta é o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas”.

O artigo 186 do Código Civil positivou que: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda

que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002).

Assim, como em combinação com o artigo 927:

Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Tartuce (2013, p. 345) corrobora o entendimento que a regra é ação ou conduta positiva, a configuração da omissão é necessária que exista o dever jurídico de praticar determinado ato, além da prova de que a conduta não foi praticada. Entende-se que a conduta humana deve gerar a ilicitude e o causador deve indenizar.

3.2 CULPA OU DOLO DO AGENTE

A culpa é o elemento subjetivo da conduta, tanto a culpa *strito sensu* quanto a ação ou omissão. Ou quando aborda “negligência ou imprudência”. O dolo consiste na vontade de violar direito e a culpa na falta de diligência. O dolo é a violação intencional do dever jurídico (GONÇALVES, 2013).

3.3 RELAÇÃO DE CAUSALIDADE

É a relação entre a ação ou omissão do agente e o dano causado. Decorre do verbo “causar” utilizado no artigo 186 do código referido. Sem este elemento não há o dever de indenizar. Se caracterizado o dano, mas não está conexo com a conduta do agente logo, inexistente a relação de causalidade e a obrigação de indenizar. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não há responsabilidade sem nexo causal.

3.4 DANO OU PREJUÍZO

O dano ou prejuízo é elemento indispensável para que haja configuração da responsabilidade civil, ainda que, seja possível a responsabilização do indivíduo por omissão e independente do elemento culpa, mas, é impossível responsabilização

sem dano. Elemento essencial mesmo que este seja presumido, a exemplo da responsabilidade contratual.

Dano é pressuposto da responsabilidade civil, entendendo-se como tal qualquer lesão experimentada pela vítima em seu complexo de bens jurídicos, materiais ou morais (BITTAR, 2014).

A ação indenizatória sem dano é mera pretensão sem objeto, o ônus da prova referente ao dano em regra é do autor da demanda. O dano é caracterizado pela lesão ou redução patrimonial, acarretada a outrem, num conjunto de valores que são tutelados pelo direito, seja quanto à pessoa (moral ou físico) ou mesmo contra seus bens e seus direitos. É a perda ou diminuição, total ou mesmo parcial, de elemento ou expressão componente de estrutura de bens psíquicos, físicos, morais ou materiais.

A responsabilidade civil guia-se pelo princípio da reparação integral, também chamada de princípio do imperador, mensurando a indenização pela extensão do dano, como positiva o artigo 944 do Código Civil: “A indenização mede-se pela extensão do dano. [...] Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização” (BRASIL, 2002).

Sem a prova do dano ninguém pode ser responsabilizado civilmente, o dano pode ser material ou moral, ou seja, o dano que não atinge a esfera financeira. A não configuração do dano é óbice a pretensão de uma reparação, sem objeto. Nenhuma indenização será devida (GONÇALVES, 2013).

Como Schreiber (2015, p. 104), em sua obra aduz a ideia de que o dano em sentido jurídico não é equivalente ao dano em sentido material, entendimento literal do termo, já que prejuízos podem lícitos e irreparáveis, a exemplo de uma lesão física decorrente de intervenção cirúrgica. Pesa-se que a responsabilidade civil brasileira dotada da ideia patrimonialista, a quantificação do dano está vinculada a teoria da diferença. Equação matemática entre patrimônio da vítima anterior a lesão e o mesmo patrimônio após a lesão. Ou seja, havendo perda do montante econômico, há dano sentido material e a possibilidade do ressarcimento.

4 O DANO MORAL

Danos morais são lesões sofridas pelas pessoas, físicas ou jurídicas, em certos aspectos de sua personalidade, em razão de atitude injusta de outrem. Aquele que atinge a moralidade, a afetividade, a autoestima e a estima social da pessoa, causando-lhe constrangimentos, vexames, dores, enfim, sentimento e sensações negativas (BITTAR, 2014).

O dano que era visto sob a ótica patrimonial e econômica passou a ter nova concepção incorporado ao seu conceito, interesses existenciais, havendo resistência por parte da doutrina e da jurisprudência sobre a reparação pecuniária da dor, somente era reconhecimento ressarcimento por dano moral quando havia algum dano de cunho patrimonial. O dano de caráter unicamente moral, não era passível de ressarcimento (SCHEREIBER, 2015).

Os danos morais atingem, a esfera íntima e valorativa do lesado, os materiais são reflexos negativos no patrimônio.

Com a promulgação da atual Constituição Federal de 1988, com previsão no Artigo 5º, inciso X. Houve a previsão da reparação do dano moral, positivada a ideia e sem deixar dúvidas a doutrina e tribunais que, imediatamente passaram a adotar o entendimento.

Schreiber (2015) afirma: “O atual estado da responsabilidade civil no Brasil impõe reconhecer que o dano moral transcende as fronteiras do ato ilícito”.

Quanto à falência da união, prevalecem sentimentos negativos. O cônjuge lesado passa a esquecer de momentos bons que foram vividos, tornando o ato da ruptura doloroso. Dias afirma (2013): “Dores e danos chamados de danos de amor, assim entendidos a frustração injustificada de uma comunhão de vida, a lesão ao patrimônio imaterial, à quebra da expectativa de compromisso e de exclusividade”.

4.1 DANO IN RE IPSA

O dano moral é verificado em cada caso concreto pelo Poder judiciário, a violação de direitos constantes no ordenamento jurídico brasileiro, se é digno de proteção ou não.

Chaves *et al.* (2014) caracteriza:

[...] O caminho da aferição do dano moral requer simples ocorrência de ofensa à dignidade da pessoa humana, dispensando-se a comprovação de dor e sofrimento, em consequência *in re ipsa*. Intrínseca a própria conduta que injustamente atinja a dignidade do ser humano.

De logo, observa-se que o dano moral é *in re ipsa*, pelo qual não há necessidade de demonstrar a dor, magoa, ou demais lesões, mas que são danos que são causados pela lesão a dignidade da pessoa humana.

Chaves *et al.* (2014), ainda corrobora do entendimento de que:

O dano moral só pode ser presumido, ou *in re ipsa*, no plano das consequências sobre as variáveis, subjetivas da vítima, mas jamais presumido no que concerne à própria demonstração da existência do dano extrapatrimonial: assim para se atribuir um dano à intimidade a despidendo aferir se o ofendido se sentiu deprimido a ponto de tomar medicamentos ou se internar em uma clínica.

Com a possibilidade da condenação a danos morais passada ao âmbito do direito de família, sendo forma de remediar os danos sofridos. O abalo moral verifica-se através de qualquer fato que possa vir a gerar desalento, o que a doutrina chama de monetarização das relações afetivas.

Dias (2013) em sua obra preceitua: “[...] O direito das famílias é o único campo de direito privado cujo objeto não é a vontade, é o afeto.”.

Dano moral objetivo ou presumido (*in re ipsa*) é o dano que não necessita de prova, como em casos de abalo de crédito ou abalo moral, anterior à Constituição Federal de 1988 entendia-se que o dano moral era presumido. Mas, decorrente da abusividade perante a prática, o que imprensa denominou de indústria do dano moral, passou a ser necessária à prova, em geral (TARTUCE, 2013).

Decidiu o Tribunal de Justiça do Distrito Federal acerca do tema:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. INFIDELIDADE CONJUGAL. DANO MORAL. POSSIBILIDADE EM TESE. AUSÊNCIA DE EXPOSIÇÃO DO SUPOSTO CÔNJUGE TRAÍDO. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO A DIREITOS DA PERSONALIDADE. INEXISTÊNCIA DE DANO INDENIZÁVEL NO CASO. 1 - A conduta infiel do cônjuge durante o vínculo conjugal, em tese, pode ensejar o dever de reparação, na hipótese de grave exposição ou humilhação do consorte traído. O dever de reparação ocorre em razão de condutas violadoras do princípio da eticidade e da dignidade da pessoa humana. 3 - Não se configura ofensa a direitos da personalidade e, conseqüentemente, não gera dano indenizável, a hipótese em que a própria existência do fato encontra-se controversa nos autos, tendo sido negada pelo suposto cônjuge desleal, não havendo qualquer conduta dirigida à exposição ou humilhação do esposo alegadamente traído. 4 - Os honorários advocatícios não merecem reforma, se foram fixados no percentual mínimo legal (10% sobre o valor

da causa). 5 - Recursos de apelação a que se nega provimento. (STJ, TJD-DF : 0037844-87.2015.8.07.0001 0037844-87.2015.8.07.0001. Relator: Getúlio De Moraes Oliveirai. DJ: 26.04.2017, 2017)

A prova da perturbação da esfera anímica do lesado dispensa prova em concreto, pois se passa no interior da personalidade, é o dano in re ipsa. Tratando de presunção absoluta (GONÇALVES, 2013).

Cavaliere Filho (2015) sugere:

A dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo a normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições angustia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, magoa irritação ou sensibilidade exacerbada, estão fora da órbita do dano moral.

O Superior Tribunal de Justiça, em julgamento positivou a possibilidade de cumulação de pedidos, ressalvada a menção a dispositivo de código anterior:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. SEPARAÇÃO LITIGIOSA. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. NÃO CONHECIMENTO EM RAZÃO DA INCOMPATIBILIDADE DE RITOS. PROCEDIMENTO ORDINÁRIO. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO (CPC, ART. 292, § 2º). CULPA PELA SEPARAÇÃO DO VARÃO. ADULTÉRIO COMPROVADO. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR CARACTERIZADA. É permitida a cumulação de vários pedidos num único processo, contra o mesmo réu ou reconvinte, quando preenchidos os requisitos do artigo 292, § 1º, do Código de Processo Civil. A desobediência ao dever de fidelidade recíproca acarreta dor moral ao cônjuge enganado, autorizando a condenação do consorte infiel ao pagamento de indenização por danos morais. O valor da indenização do dano moral deve ser arbitrado pelo juiz de maneira a servir, por um lado, de lenitivo para a dor psíquica sofrida pelo lesado, sem importar a ele enriquecimento sem causa ou estímulo ao abalo suportado; e, por outro, deve desempenhar função pedagógica e séria reprimenda ao ofensor, a fim de evitar a recidiva. (STJ, Apelação Cível: AC 126158 SC 2004.012615-8. Relator: Luiz Carlos Freyesleben. DJ: 05/05/2005, 2005)

De logo, verifica-se que em regra o dano moral possui presunção absoluta, é presumido. Não necessita de prova objetiva para provar o dano que ocorre no interior do lesado. Mas, que seja comprovado que houve uma lesão à honra, fisiopsíquica, descumprindo o princípio da dignidade da pessoa humana.

5 RESPONSABILIDADE CIVIL ENTRE CONJUGES

Atualmente são propostas diversas ações em busca de indenização por inquietação moral por fim de um relacionamento amoroso, existem inúmeras consequências psíquicas morais ou materiais negativas. Em tese há a pensão alimentícia em favor do cônjuge desfavorecido da relação, mas, esta não decorre do

fator indenizatório e sim de caráter alimentício, promovendo o sustendo daquele que é hipossuficiente decorrente da relação. É necessário refletir sobre as consequências jurídicas decorrentes da inobservância dos deveres conjugais recíprocos entre o casal.

Trata-se de valor estipulado por magistrado ou proposto em acordo extrajudicial que irá ajudar o cônjuge desequilibrado financeiramente, até o momento em que ele irá se inserir no mercado de trabalho, se este for o caso. Ou adotar providências cabíveis para que possa reestruturar-se.

As ações ilícitas praticadas por um dos cônjuges descumprindo os deveres conjugais que ensejam danos morais e/ou material ao outro cônjuge que se sinta lesado, por ter ocorrido preenchimento dos pressupostos da aplicação dos princípios da responsabilidade civil (SILVA, 2012).

A indenização como consequência da separação judicial com infração dos deveres conjugais, não possui previsão legislativa de forma a ser objetiva. Nenhuma lei em nosso ordenamento pátrio prevê sanção pecuniária em face daquele que causou a separação (GONÇALVES, 2013, p.81).

Pereira (2018), em tratando dos efeitos do desquite, afirmou: “Afora os alimentos, que suprem a perda de assistência direta, poderá ainda ocorrer à indenização por perdas e danos (dano patrimonial e dano moral), em face do prejuízo sofrido pelo cônjuge inocente”.

A responsabilidade decorre da ruptura de um dever, nota-se que o dever de fidelidade sempre vem ser discutido como primeira hipótese, ainda que haja outros deveres conjugais como a mútua assistência e respeito, o dever de fidelidade, possui maior atenção para discussões. Porém, o pedido de indenização não pode somente ser pautado no fim da sociedade conjugal, é necessário que haja a comprovação do ato injusto do outro cônjuge, acarretou danos, sendo estes materiais ou morais. Conforme o artigo 186 do Código Civil já mencionado anteriormente.

Não há de se pontuar que, a violação do dever conjugal de fidelidade, por si só, e a configuração do denominado cônjuge culpado, defasado pelo ordenamento atual atinjam níveis atentatórios a referido aspecto que compõe a dignidade da pessoa humana. (MADALENO, 2015).

Assim, Gonçalves (2013) comunga do entendimento que:

Se um marido vier a agredir sua esposa e causa ferimentos graves, acarretando a diminuição da capacidade laborativa, esta conduta além de constituir causa para separação judicial, pode fundamentar a ação de indenização de perdas e danos, com fulcro no artigo 186 e 950 do Código civil. Da mesma forma deve caber à indenização, se o dano causado, e provado, for de natureza moral.

Segundo Porto (*apud* GONÇALVES, 2013, p. 81),

Concessão judicial da pensão não tira do cônjuge abandonado à faculdade de demandar o cônjuge culpado para obter uma indenização por outro prejuízo que porventura tenha sofrido ou advindo do comportamento reprovável do outro cônjuge, de acordo com o disposto no art. 159 do Código Civil.

Na França, há a possibilidade da indenização pelo não cumprimento do dever conjugal de fidelidade, é passível a admissão à ação de responsabilidade civil entre marido e mulher, tratando-se de procedimento autônomo ou em conjunto com o pedido de alimentos, decorrente da cessação di dever de socorro por culpa do cônjuge demandado. Na doutrina e jurisprudência francesa que a pensão de alimentos se impõe ao cônjuge culpado, o prejuízo que resultou. (MADALENO, 2015).

Silva (*apud* GONÇALVES, 2013), por sua vez, comunga do entendimento que:

A pratica do ato ilícito pelo cônjuge, que descumpre dever conjugal e acarreta dano consorte, ensejando a dissolução culposa da sociedade conjugal, gera a responsabilidade civil e impõe a reparação dos prejuízos, com o caráter ressacatório ou compensatório, consoante o dano seja de ordem material ou moral. O principio da reparação civil de danos também se aplica a 'separação-remédio', em face do descumprimento de dever de assistência do sadio para o enfermo mental, após a dissolução da sociedade e do vinculo conjugal. Por ser o casamento um contrato, embora especial e de direito de família, a responsabilidade civil nas relações conjugais é contratual, de forma que a culpa do infrator emerge do descumprimento do dever assumido, bastando ao ofendido demonstrar a infração e os danos oriundos para que se estabeleça o efeito, que é responsabilidade do faltoso.

O Tribunal de Justiça de São Paulo condenou o marido a pagar indenização à mulher por tê-la acusado, infundada e injuriosamente, na demanda de separação judicial atribuindo a pratica de adultério, que não restou provada, e causando-lhe dano moral. (AP. 220.943-1/1, 4ª Câm. Dir. Priv., rl. Des. Olavo Silveira, j. 9-3-1995 *apud* GONÇALVES, 2015).

Logo, observa-se que a ação de divorcio e a indenização são independentes.

Os pedidos podem ser cumulados e podem ser propostos na mesma demanda. Porém, a indenização com apoio no artigo 186 do referido diploma legal, seja pleiteada antes ou depois da instauração da ação de dissolução contenciosa da sociedade conjugal, e até mesmo em reconvenção, sendo competente, em qualquer caso, o juízo de família, e não o cível (GONÇALVES, 2015).

A indenização por danos morais entre cônjuges pode pautar-se também em situações fáticas de cunho vexatório, durante o tramite da ação de divórcio. (CARDIN, 2011) Somente a ruptura do vínculo matrimonial não pode dar ensejo ao dever de reparar.

5.1 PROCEDIMENTO PARA PLEITEAR OS DANOS

A indenização moral visa ressarcir a dor, angustia, humilhação, aflições físicas e espirituais, estas que ferem o estado fisiopsíquico do indivíduo lesado. A indenização aqui referida tem consequências jurídicas que são implícitas da separação (MADALENO, 2018).

Silva (2012) prescreve que: “a indenização moral não objetiva a compensação de eventuais fatos ocorridos após a separação judicial e o divórcio”.

A ação de separação litigiosa e a de indenização são independentes. Mas, os pedidos podem ser cumuláveis e formulados na mesma demanda, conforme artigo 327 do Código de Processo Civil. Nada impede que a ação de indenização seja pleiteada antes ou depois da instauração do processo para obtenção da dissolução contenciosa da sociedade conjugal ou do divórcio. Caso a demanda de separação já esteja em curso ou sendo ajuizado, autos deverão ser apensos, devido a conexão (NADER, 2015).

O Superior Tribunal de Justiça, já havia firmado entendimento sobre a possibilidade de cumulação de pedidos na mesma demanda:

Separção judicial. Proteção da pessoa dos filhos (guarda e interesse). Danos morais (reparação). Cabimento. 1. O cônjuge responsável pela separação pode ficar com a guarda do filho menor, em se tratando de solução que melhor atenda ao interesse da criança. Há permissão legal para que se regule por maneira diferente a situação do menor com os pais. Em casos tais, justifica-se e se recomenda que prevaleça o interesse do menor. 2. O sistema jurídico brasileiro admite, na separação e no divórcio, a indenização por dano moral. Juridicamente, portanto, tal pedido é possível: responde pela indenização o cônjuge responsável exclusivo pela separação. 3. Caso em que, diante do comportamento injurioso do cônjuge varão, a Turma conheceu do especial e deu provimento ao recurso, por

ofensa ao art. 159 do Cód. Civil [de 1916], para admitir a obrigação de se ressarcirem danos morais. (STJ, RECURSO ESPECIAL : REsp 37051 SP 1993/0020309-6. Relator: Ministro Nilson Naves. DJ: 25/06/01, 2001, p. online).

Esta ação deve ser pautada no artigo 186 do Código Civil Brasileiro, respeitando requisito temporal, pois aquele que é ofendido em sua integridade e mantém relacionamento conjugal e retarda a dissolução caracteriza uma espécie de perdão tácito (MADALENO, 2018).

Quanto ao juízo competente para propor esta ação, não se deve afastar a competência do Juízo de família. O pedido de ressarcimento deve ser proposto em processo distinto do pedido da dissolução da sociedade conjugal, mas reconhecendo a conexão entre ambos, além de haver a possibilidade de cumulação dos pedidos, como já mencionado anteriormente.

Assim, Dias disserta (2013) em sua obra:

Quando decorre da prática de ato ilícito, sempre gera obrigação indenizatória. Comprovada a prática dolosa ou culposa de ato ilícito (CC 927), o infrator está sujeito a indenizar não só os danos físicos, mas também os psíquicos e morais. A competência é do juízo cível.

A competência para processar e julgar os pedidos indenizatórios decorrentes de relações familiares é da vara de família. Isso porque a competência no caso é fixada pela causa de pedir (relação familiar). Trata-se de regra de competência absoluta, podendo ser conhecida de ofício pelo juiz, não admitindo prorrogação pela vontade das partes (CHAVES, ROSENVALD, 2016).

CONCLUSÃO

Conforme já exposto, a Constituição Federal Brasileira de 1988, em seu artigo 5º, inciso X, positiva que: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

É possível a busca de indenização por danos morais no âmbito do direito de família. O descumprimento de promessas feitas no limiar da união não pode gerar obrigação ressarcitória, o que vedaria a liberdade dos indivíduos de começar e terminar relacionamentos. Porém, o casamento não impõe obrigação ou compromisso de caráter definitivo, cujo término enseje em dano moral indenizável. Impertinente a obrigação de caráter indenizatório pelo fim do afeto.

Observado que o dano moral é presumido, pois a sociedade e o magistrado não possuem meios para quantificar a dor do lesado, somente poderá mensurar o valor da indenização. Esta reparação é quantificada através da verificação da condição econômica da vítima e do agressor, repercussão da ofensa no círculo social, nível de culpabilidade etc.

Que neste caso, deve ser arbitrado pautado na razoabilidade e no sofrimento a ser demonstrado. Além da possibilidade de cumulação de pedidos da dissolução da sociedade conjugal, seja o casamento ou a união estável. Restando distinta a competência para julgar os pedidos pleiteados na ação.

Danos decorrentes de agressões à honra são indenizáveis ou que sejam causados por terceiros. Trata-se de discussão não pacificada entre doutrina e jurisprudência, mas, que é melhor analisada em cada caso concreto.

Quando a lei estabeleceu deveres aos cônjuges, obrigando a prática de atos e vedação de outros. Uma vez que estes deveres são violados, causando danos, surge o direito do ofendido a reparação, mas, é necessário o preenchimento dos requisitos da responsabilidade civil. A indenização do dano moral objetiva a compensação de danos fisiopsíquicos da vítima e desalentar o ofensor quanto a prática de novos atos ilícitos.

Desta forma, não é necessário comprovar tão somente a traição, é preciso que o ato de infidelidade cause danos, estes caracterizados como danos morais, que são rodeados pela angústia, além do constrangimento da prática vexatória para com aquele.

De logo, conclui-se que é cabível a indenização por danos morais em casos de relacionamento extraconjugal. Esta responsabilidade terá como base a ocorrência do ato ilícito. Em caso concreto, o ofendido deverá demonstrar que sofreu determinada lesão de difícil reparação com aquela situação, não somente um mero aborrecimento. Mas, a dor, vexame, sofrimento e humilhação. A prática de adultério, isoladamente não é suficiente para gerar dano moral indenizável.

REFERÊNCIAS

ASSIS NETO, Sebastião de; JESUS, Marcelo de; MELO, Maria Izabel de. **Manual de direito civil**. 6. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Direito de família**. São Paulo: Atlas, 08/2013. [Minha Biblioteca].

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 10/2014. [Minha Biblioteca].

BRASIL. **Código de Processo Civil (2015)**. Código de Processo Civil Brasileiro. Brasília, DF: Senado, 2015.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 24 ago. 2018.

_____. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CARDIN, Valéria Galdino. **Dano Moral no Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 11/2011. [Minha Biblioteca].

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 08/2015. [Minha Biblioteca].

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. rev. atual e ampl. de acordo com: Lei 12.344/2010 (regime obrigatório de bens); Lei 12.398/2011 (direito de visita dos avós). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro - Direito de Família**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de *et al.* **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. v. 3. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

_____; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias**. 9. ed. rev. e atual. – Salvador: Juspodivm, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, v. 6: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, v. 6: direito de família**, 15. ed. São Paulo: Saraiva, 11/2017. [Vitalsource].

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil, v. 5: direito de família e sucessões**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 02/2013. [Minha Biblioteca].

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8. ed. São Paulo: Forense, 03/2018. [Minha Biblioteca].

_____; BARBOSA, Eduardo (Coord.). **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. São Paulo: Atlas, 07/2015. [Minha Biblioteca].

MADALENO, Rolf. **Responsabilidade Civil na conjugalidade e alimentos compensatórios**. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/doc/55561808/Responsabilidade-civil-e-alimentos-compensatorios-rolf-madaleno>>. Acesso em: 24 ago. 2018.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**. V. 5 - Direito de Família. 7. ed. Forense, 12/2015. [Minha Biblioteca].

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral**. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

PEREIRA, C. M. S. **Instituições de Direito Civil**. V. 5. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 02/2018. [Minha Biblioteca].

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 9. ed. São Paulo: Forense, 08/2014. [Minha Biblioteca].

SCHREIBER, A. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 04/2015. [Minha Biblioteca].

SILVA, Regina Beatriz da. **Divórcio e separação - Após a Ec. N.66/2010**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 02/2012. [Minha Biblioteca].

STJ. (05 de maio de 2005). Apelação Cível: AC 126158 SC 2004.012615-8. Relator: Luiz Carlos Freyesleben. DJ: 05/05/2005. **JusBrasil**. Disponível em: <<https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5345420/apelacao-civel-ac-126158-sc-2004012615-8/inteiro-teor-11679305>>. Acesso em: 10 set. 2018.

STJ. (25 de 06 de 2001). RECURSO ESPECIAL: REsp 37051 SP 1993/0020309-6. Relator: Ministro Nilson Naves. DJ: 25/06/01. Acesso em 23 de 11 de 2018. **JusBrasil**. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/306768/recurso-especial-resp-37051-sp-1993-0020309-6/inteiro-teor-100231592?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 11 set. 2018.

STJ. (26 de abril de 2017). TJ-DF: 0037844-87.2015.8.07.0001 0037844-87.2015.8.07.0001. Relator: Getúlio De Moraes Oliveira. DJ: 26.04.2017. **JusBrasil**. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/459823383/20150111294290-0037844-8720158070001>>. Acesso em: 12 set. 2018.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil - v. 5: Direito de Família**. 13. ed. Rio Janeiro: Forense, 12/2017. [Minha Biblioteca].