

FACULDADE DE DIREITO DE COIMBRA

JAMILLE SARATY MALVEIRA



RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA: DA
POSSIBILIDADE DE RESSARCIMENTO POR DANO NÃO
PATRIMONIAL NAS RELAÇÕES DE CONJUGALIDADE

COIMBRA
2014

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA

JAMILLE SARATY MALVEIRA

RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA: DA
POSSIBILIDADE DE RESSARCIMENTO POR DANO NÃO
PATRIMONIAL NAS RELAÇÕES DE CONJUGALIDADE

Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito Da Universidade de Coimbra, como parte dos requisitos para obtenção do grau de Mestre Científico em Direito Civil com menção em Ciências Jurídico-Civilísticas.

Orientador:

Prof. Dr. Francisco Manuel de Brito Pereira
Coelho

COIMBRA
2014

*Aos meus pais,
À Carolina.*

AGRADECIMENTOS

Não há nada que se construa sem Fé. Fé em algum Deus, em uma força maior, fé na luta, na glória, e na coragem. Fé em si mesmo.

Agradeço, primeiramente, portanto à Deus, Aquele que sempre iluminou minha vida e me carregou em tantas ondulações que o caminho da vida nos prega. Agradeço à Virgem Maria, mãe de Jesus, que roga pelas jovens mães modernas, obrigadas a conciliar a criação de seu filho pequeno com a busca de uma carreira, sucesso e da própria subsistência. Agradeço pela certeza da fé que o Espírito Santo tem e deposita em mim a cada dia, quando transfere missões para que eu as cumpra em vida.

Agradeço aos meus pais, por terem transformado todos meus sonhos em realidade, mesmo nas horas em que eu não entendi, que o que eles somente queriam, era meu bem estar. À minha filha, Carolina, que tornou meu mundo cor de rosa e é o impulso para que eu siga a árdua vida, de maneira doce. Aos meus irmãos, Salime e Adib, e à minha Mãe, mais uma vez, por terem me dado a oportunidade ímpar de estudar fora, com a certeza de que meu maior tesouro estava bem guardado.

Agradeço também, ao meu orientador, que com muita paciência, zelo e técnica, orientou-me de forma brilhante. Agradeço-lhe, Prof. Dr. Francisco, a cada reunião na Faculdade, aos nossos debates, e ao apoio às minhas ideias inusitadas e à minha linguagem jurídica um tanto quanto poética. O senhor, sem nenhuma dúvida está no rol de exemplos que eu quero seguir na carreira acadêmica.

Agradeço ao meu querido mestre Zeno Veloso, por ter me apresentado à vida acadêmica, o Direito de Família, a Universidade de Coimbra, e ainda de quebra, ser meu segundo pai, amigo, confidente. Se eu sou hoje, uma nata familiarista, é por você, meu querido amigo.

À Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra por ter-me recebido de forma tão acolhedora e fraterna.

Aos meus amigos portugueses que em momento de minha enfermidade, apressaram-se para me salvar, Graça Maria, Anabela Fontes e Ricardo Costal. À Olívia, Anne, Caroline, Camila, Thainá, Tássia, ao André e todos os amigos brasileiros que fizeram meu ano escolar em Portugal não ser tão longe de casa.

Minha gratidão, devoção, reconhecimento e amizade eterna a todos vocês.

Deus está aqui, ALELUIA!
Tão certo como ar que eu respiro ALELEUIA!
Tão certo como a manhã que se levanta.
Tão certo quando eu te falo tu podes me ouvir.
(Deus está aqui - Jelb)

SUMÁRIO

RESUMO	9
ABSTRACT	10
TOMO I - APRESENTAÇÃO	11
INTRODUÇÃO	12
a) Delimitação do tema.....	12
b) Atualidade do tema.....	15
c) Metodologia do trabalho.....	17
TOMO II- PARTE GERAL	19
ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	20
1.1. Apontamento Histórico.....	20
1.2. Tentativa Conceitual.....	22
1.3. Pressupostos.....	26
1.3.1. Fato voluntário do lesante	27
1.3.2. Ilícitude.....	27
1.3.3. Nexo de imputação do facto ao lesante: culpa	29
1.3.4. Nexo de causalidade	30
DANO: DA RESSARCIBILIDADE DO DANO NÃO PATRIMONIAL.....	31
2.1. Dano patrimonial	34
2.2. Dano não patrimonial e sua ressarcibilidade	35
2.3. Da liquidação do dano não patrimonial: Quantum indenizatório.....	37
A FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA: DO CASAMENTO AO DIVÓRCIO	39
3.1. A conjugalidade e suas novas dimensões:	40

3.2 Do casamento	42
3.2.1. Natureza jurídica do casamento	46
3.2.2. Os deveres conjugais	48
3.2.3. A União de facto. Breve conceito	53
3.3. Da modificação e extinção da relação matrimonial.....	55
3.3.1 Da Modificação	57
3.3.2. Da extinção	59
3.3.3 O novo regime do divórcio – lei 68/08 de 31 de outubro.....	60
TOMO III – DISCUSSÃO.....	65
O ARTIGO 1792º DO CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS.	66
“EM BRIGA DE MARIDO E MULHER NÃO SE METE A COLHER”: DA INTERVENÇÃO ESTATAL NO ÂMBITO PRIVADO	69
5.1 Da fragilidade de garantia.....	70
5.2. Intervenção estatal na família	73
A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA: DA POSSIBILIDADE DE RESSARCIMENTO POR DANO NÃO PATRIMONIAL NAS RELAÇÕES DE CONJUGALIDADE	77
6.1 Ilícito Conjugual: A violação dos deveres conjugais geram danos indenizáveis? ..	79
TOMO IV – BREVE COMPARAÇÃO LUSO-BRASILEIRA	84
O CENÁRIO BRASILEIRO.....	85
7.1. Análise da jurisprudência brasileira	91
TOMO IV - RESULTADO E CONCLUSÃO.....	100
A RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO NÃO PATRIMONIAL ADVINDAS DA VIOLAÇÃO DOS DEVERES CONJUGAIS NAS RELAÇÕES DE CONJUGALIDADE	101

Responsabilidade civil no Direito de Família: da possibilidade de ressarcimento por dano não patrimonial nas relações de conjugalidade

CONCLUSÃO	111
BIBLIOGRAFIA.....	113

RESUMO

A lei 61 de 2008 de 31 de outubro trouxe grandes mudanças no regime jurídico do divórcio em Portugal. Alvo de muitas críticas, a lei preconizou a liberdade e fundamentou a família no afeto. Das mudanças ocorridas, será tema deste trabalho, a possibilidade de reparação de danos ao cônjuge lesado, como assim dispõe agora a nova redação do artigo 1792º do Código Civil. Mesmo assim, a fragilidade de garantia ainda é defendida pela doutrina clássica. Isto é, considera-se impossível a aplicação dos dispositivos do Direito das Obrigações em diálogo com o Direito de Família. Os deveres conjugais seriam tão íntimos, que não estariam habilitados para serem discutidos em juízo. Não cabendo, portanto, discussão da culpa para averiguação de reparação de danos entre cônjuges. Em face desta problemática, este trabalho tem o escopo de demonstrar que a fragilidade de garantia já não faz parte do Direito contemporâneo, que por sua vez, além de autorizar, incentiva o diálogo entre matérias. Ademais, apontará a possibilidade do ilícito conjugal, gerar danos indenizáveis e que podem ser perfeitamente discutido em concomitância com o divórcio em Vara de Família, o que facilitará o acesso a estas prerrogativas. Para tanto, será feita uma reflexão acerca das ideias difundidas pela doutrina clássica, confrontada com a jurisprudência atual, para que ao final seja apresentada uma discussão sobre o tema juntamente com sugestões de aplicação da tese.

Palavras –chave: Direito de Família. Responsabilidade Civil. Danos não patrimoniais. deveres conjugais. Artigo 1792º do Código Civil português. Lei 61 de 31 de outubro de 2008.

ABSTRACT

Law 61 of 2008 October 31 brought great changes in the legal regime of divorce in Portugal. Many critics, the law called for freedom and grounded in family affection. The changes that have occurred, will be the subject of this work, the possibility of repairing damage to the injured spouse, as well as now has the new wording of Article 1792 of the Civil Code. Yet the fragility warranty is still advocated by classical doctrine. That is, it is considered impossible to apply the provisions of the Law of Obligations in dialogue with the Family Law. The conjugal duties would be so intimate, that would not be qualified to be discussed in court. Not fitting therefore discussion of the blame for investigation for damages between spouses. In the face of this problem, this work has the scope to demonstrate that the fragility warranty is no longer part of contemporary law , which in turn , and authorize, encourage dialogue between materials. Moreover, appoint the possibility of conjugal illicit generate compensable injury and that can be seamlessly discussed in tandem with divorce in Family Court, which will facilitate access to these prerogatives. To do so , For this purpose, a reflection on the ideas disseminated by the classical doctrine , faced with the current case law will be taken so that the end a discussion on the topic along with suggested application of the thesis is presented.

Key-words: Family Law, tort Law, moral damage, matrimonial duties, Portuguese Civil Code article 1792, Law n.61, 2008.

TOMO I - APRESENTAÇÃO

(...) O anel que tu me destes,
Era vidro
E se quebrou.
O amor que tu me tinhas
Era pouco e se acabou¹. (...)

¹ Ciranda, cirandinha. Cantiga popular Disponível em: <http://www.vagalume.com.br/cancoes-populares/ciranda-cirandinha.html>. Acesso em 20 jan. 2014.

INTRODUÇÃO

a) Delimitação do tema

Quanto custa um coração despedaçado?

Embora a medicina já tenha descoberto que não são os impulsos nervosos do coração que fazem o ser humano se sentir pleno e apaixonado, mas sim, os neurotransmissores do cérebro, é comum que muitas pessoas tenham a impressão de que é ele quem aperta quando se enfrenta uma decepção causada pelo amado. E, se em um simples namoro já pode ser difícil lidar com tais sentimentos amorosos, quando há união com fins de família, concretizados pelo casamento ou pela união estável, a degradação pode ter proporções ainda maiores.

É que em uma relação conjugal há muito mais do que simples convenções sociais ou mesmo regras jurídicas. Há o laço do amor, da confiança, da crença de uma comunhão de vida comum, quiçá eterna, que densificam ainda mais a natureza conjugal, transformando o casamento em um contrato com pressupostos mais do que especiais.

Sendo o coração o mais mal tratado ou não, certo é que este órgão, quando metaforicamente partido após uma decepção amorosa, pode acarretar muito mais do que uma simples dor², mas, também, o desvario, o desequilíbrio, o tormento, a moléstia grave, a lesão incurável, a impossibilidade de viver posteriormente àquela danificação psicossocial causada em si³.

Certos de que não exista valor monetário que devolva a paz ou reconstitua uma história de amor findada, a verdade é que o Direito possui mecanismos jurídicos capazes

² No plano da Responsabilidade Civil Regina Beatriz explica que a palavra dor recebe significado mais amplo: “embora se costume dizer que o dano moral é a própria emoção ou dor sofrida pelo ofendido, atribuindo-se à palavra “dor” o seu mais largo significado – dor sentimental e física -, o seu conteúdo é ainda mais amplo, pois abrange o conjunto de valores reconhecidos como integrantes das veias afetivas, intelectual e valorativa da personalidade. SANTOS, Regina Beatriz da Silva Papa dos. *Reparação Civil na separação e no Divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 146.

³ Dicionário da língua portuguesa Priberiam. Disponível em: <http://www.priberam.pt/dlpo/default.aspx?pal=dor>. Acesso dia 30 mai. 2013.

de compensar, ou que, pelo menos, façam cessar, o grave dano causado por esse sofrimento.

Equação que provoca exuberante dicotomia, a responsabilidade civil em sede de danos não patrimoniais prevê a compensação monetária – totalmente palpável e quantificável - em face de um infortúnio causado ao íntimo subjetivo do lesado – impossível sequer, de alguma avaliação acerca de sua dimensão. Enaltece-se aqui tal paradoxo, pois a reparação do dano não patrimonial *in natura* – artigo 576º C.Civv -, regra *prima facie* do ressarcimento indenizatório, é quase sempre impossível. Ora, não se pode considerar como compensação da dor de uma traição, por exemplo, o simples pedido de desculpa em público. Assim, sendo quase sempre impossível restituir-se, ou melhor, destituir-se, uma ofensa, vergonha, agressão verbal, feita ao lesado, resta-lhe a compensação⁴.

Por isso, a Responsabilidade Civil⁵ no âmbito do Direito de Família, nomeadamente nas relações de conjugalidade, será defendida neste trabalho. Tendo como escopo, então, mostrar a possível mensuração monetária de um coração partido.

A problemática aqui envolvida se dá justamente nesta possibilidade. Pois, em que pese a nova redação do artigo 1792º do Código Civil, dada pela Lei 61/2008 de 31 de outubro⁶, e a escassez⁷ de discussão sobre a matéria, os poucos escritos registrados são

⁴ Kelsen, Hans define responsabilidade “não como um dever, mas a relação do indivíduo contra o ato coercitivo que é dirigido com o delito por ele ou por outro cometido.” (*Teoria pura do Direito*. João Baptista Machado (trad). 2º Ed. São Paulo: Martins Fontes. 1987. p. 136.) *apud* NETO, Inacio de Carvalho. *Responsabilidade Civil no Direito de Família*. 3º Ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 5.

⁵ “IV - Para a compensação dos danos não patrimoniais (morais), a lei impõe um critério/pressuposto de "gravidade", aferida esta por padrões de carácter objectivo - conf. n.º 1 do art.º 496 do CC - devendo, nos termos do n.º 3 desse preceito legal, "o montante da indemnização" ser “fixado equitativamente pelo tribunal, tendo em atenção, em qualquer caso, as circunstâncias referidas no art.º 494” do mesmo diploma”. - Revista n.º 30/04 - 2.ª Secção - Ferreira de Almeida (Relator), Abílio Vasconcelos e Duarte Soares, STJ, 04 mar. 2004.

⁶ “tem sido muito debatido na doutrina a questão da ressarcibilidade dos danos não patrimoniais. a favor da solução negativa argumentado desde logo com a natureza irreparável destes danos. O dinheiro, de um lado, e as dores físicas ou morais, os vexames, as inibições, os complexos criados por certas deformações estéticas, do outro, são grandezas heterogêneas.” VARELA. Antunes. *Das obrigações em geral*. Porto: Almedina, 2000. p. 602-603.

⁷ “Na verdade, nos manuais de direito das obrigações portugueses apenas algumas linhas são dedicadas às interferências do direito das obrigações, particularmente do regime da responsabilidade civil, no Direito de Família. Por norma, os autores limitam-se a distinguir os direitos de família dos direitos de crédito, sublinhando a fragilidade da garantia dos deveres familiares pessoais como consequência prática da natureza diversa desses deveres. Compreende-se, pois, que, aquando do tratamento dos pressupostos da responsabilidade civil, se considere que a violação dos direitos familiares pessoais não determine a obrigação de indemnizar.

De igual modo, escasseiam decisões jurisprudenciais sobre a matéria, muito embora, o problema da indemnização por danos não patrimoniais causados pelo divórcio tenha já vindo a ser bastante discutido nos nossos tribunais. não se pense, no entanto, que se tratava de matéria de pouco interesse prático.

divergentes, causando certa confusão na aplicação do supra artigo.

A doutrina clássica, em maioria, acredita e defende que por ser a família um grupo tão íntimo e sacralizado, teria ela mesma o condão de resolver qualquer de seus conflitos internos, com exceção daqueles que envolvam matéria penal. Assim, no máximo, as suas frágeis garantias encontrariam respaldo em sanções eminentemente do Direito de Família, confundindo-se, muitas das vezes, com outros encargos e obrigações, próprios da formação do grupo familiar.

A jurisprudência mais recente tem raríssimas demandas a que já se aplica a nova redação do artigo supramencionado, o que com certeza cria uma atmosfera de expectativa quanto ao entendimento dos magistrados no que concerne à sua condução à aplicação na Lei no caso em concreto. Apesar disso, percebe-se na base de dados dos tribunais que a litigiosidade é significativa, e, em primeiro plano, é pleiteada especificamente a violação dos deveres conjugais.

Outra problemática importante a ser enfrentada, essa já não apenas dependente de interpretação, mas também, sobretudo, ensejadora de reforma legislativa, é a segunda parte do n. 1º do artigo 1792º. Nele se manda que tais processos devam ser pleiteados em processos autônomos correndo em tribunais comuns, o que traz uma limitação da própria lei quanto à atuação do Direito de Família nestes casos específicos.

Desta forma, a problemática central gira em torno de saber se pode haver uma conjugação entre as regras gerais da Responsabilidade Civil e as normas do ao Direito de Família nas relações de conjugalidade, sobretudo nos casos de violação dos deveres conjugais, agora já irrelevantes para a decretação do divórcio. Isto é, importante demonstrar se pode haver a incidência da responsabilidade civil em situações familiares peculiares, respeitando os contornos especiais de cada família, bem como a importância da competência das Varas de Família para uma melhor resolução destes conflitos.

Essencialmente a essa situação, o facto de a estrutura familiar ter sido, durante um longo período, eminentemente patriarcal, autoritária e hierarquizada, o que, por si só, levava à resolução de qualquer conflito interno no seio da própria família, salvo quando adquirisse relevância penal. “A intervenção do juiz era, assim, considerada desnecessária.” CERDEIRA. *Da responsabilidade dos Cônjuges entre si*. Dissertação (Mestrado em ciências Jurídicos-Civilísticas), Faculdade de Direito de Coimbra, 2000, p. 5-7.

b) Atualidade do tema

De fato, o cenário histórico e social atualmente é completamente diferente daquele que conferia direitos apenas ao chefe e senhor da família. Hoje, a mulher é equiparada ao homem e tem as mesmas responsabilidades e poderes diante do seu grupo familiar, os deveres conjugais são recíprocos e os direitos de personalidade são assegurados a ambos na mesma proporção.

Assim, o ordenamento deixa cada vez mais ao critério das pessoas a decisão sobre o início e o fim da união, amplia o direito do filho, e nesses pontos, reforça o individualismo e a autonomia de vontades. Prevalece o interesse de cada um e não mais o do grupo. E o casamento toma novos contornos.

Vislumbra-se, portanto, que ao longo do último século, o Direito de Família sofreu mudanças consistentes que tornaram a família um grupo de escolha consciente. Não mais caracterizando um grupo que satisfaz meros acordos patrimoniais, representa, atualmente, um instrumento de realização pessoal. Por isso, o afeto é a base da família, pressuposto necessário aquando da sua formação.

Em vista disso, as prerrogativas familiares apenas aumentam formando um leque de direitos e obrigações que tutelam essas relações.

É o caso dos deveres conjugais que estão contidos no Código Civil⁸ como nortes para alcançar a plena comunhão de vida⁹. Mesmo não configurando ordens expressas, servem como parâmetros que conservam o bem estar da relação. De tal modo que os compromissos firmados na concretização da união não se desvanecem em meros juramentos, esquecidos durante o exaustivo cotidiano da vida a dois.

Desta forma, a violação destes deveres pode atingir os direitos de personalidade do cônjuge prejudicado, além de inviabilizar o objeto pretendido, a família.

Entretanto, o novo viés do Direito de Família, tanto no Brasil quanto em Portugal, trouxe o fim da discussão da culpa para decretar o divórcio.

Surge então a grande discussão: ainda faz-se necessário a discussão sobre a violação dos deveres conjugais diante de sua irrelevância para a decretação do divórcio? Os deveres conjugais já não seriam uma questão apenas moral, atinente à privacidade do ninho

⁸ Em Portugal estão contidos no artigo 1672º do Código Civil português, e no Brasil estão regulados no artigo 1.566 do Código Civil brasileiro.

⁹ Art. 1577º do Código Civil português.

conjugal?

Parte da doutrina crê que a violação dos deveres conjugais resultaria em danos comuns que poderiam ser resolvidos perfeitamente em tribunais cíveis.

De posição totalmente contrária a esta tese, defende-se aqui a importância de uma discussão mais aprofundada do problema, apontando-se a necessidade da atuação do Direito de Família nos casos de reparação civil nas relações de conjugalidade, além da avocação da competência para as Varas de famílias que, sem dúvida alguma, estão mais preparadas para trabalhar na resolução da lide. Porém, ressalta-se, que esta tese nada defende a fragilidade de garantia, mas sim a interdisciplinaridade das matérias de Responsabilidade Civil e Direito de Família.

Ademais, deve atentar-se que a discussão da culpa para aferição de reparação de danos em virtude da violação dos deveres conjugais nada tem a ver com a discussão de culpa para fundamentar o divórcio.

Acredita-se que a nova redação do artigo 1792º simplesmente, por si só, desmitifica a incidência da Responsabilidade Civil no Direito de família e ainda corrobora a reparação civil entre cônjuges; resta, portanto, demonstrar a importância deste tratamento dentro do âmbito do Direito de Família.

Fundamental é que a doutrina e a própria sociedade desprendam-se das amarras históricas e religiosas permitindo-se uma interpretação mais ampla sobre o assunto. Neste aspecto, se espera que a jurisprudência consiga harmonizar e pacificar tal impasse.

O Direito contemporâneo prevê a interdisciplinaridade, incitando que o diálogo entre as matérias é fundamental para a adequação aos momentos históricos sociais vividos pelo indivíduo. Por isso, nem se pode deixar de compensar um dano causado dentro da esfera conjugal, como também não se pode transferir tal competência às varas comuns, que não são especializadas no assunto, tão pouco se deixar regular pelas regras gerais da responsabilidade civil. É necessário um toque de *sentimentalização* nesses casos, fato este que só o direito de Família está preparado para entender.

A problemática, portanto, representa uma das mais atuais angústias do Direito Civil, qual seja, a mudança brutal e intensa do modelo de família, modelo da sociedade.

c) Metodologia do trabalho

Em virtude da problemática apresentada, o trabalho pretende confirmar um Direito de Família sem garantias frágeis, que está totalmente apto para dialogar com as outras matérias que o complementam. E que, portanto, a discussão da culpa pela violação dos deveres conjugais não representa retrocesso, mas um meio de tutela, ainda que excepcional, do estado para com os sujeitos de direitos que pertencem a um grupo familiar.

Objetiva-se, também, instigar uma cultura de debate que derrube a tese clássica, afastando a família cada vez mais das amarras do patriarcalismo e buscando uma nova atmosfera que consolide de forma plena a igualdade entre os sujeitos da família, nomeadamente, entre companheiros, confirmando assim o verdadeiro objetivo do Direito de Família Contemporâneo.

Para tanto, será analisado o sistema jurídico cível português, sobretudo no que concerne o Direito de Família e das Obrigações, verificando os contornos legislativos, doutrinários e jurisprudenciais que apontem o problema. Após este estudo, será apresentada a realidade social e atual do modelo familiar e o comportamento de seus entes, para que ao final, estes dois lados, o jurídico e o social sejam confrontados, resultando em uma solução positiva da aplicação do Direito na realidade atual.

Ademais, uma vez que no Brasil a matéria de responsabilidade civil nas relações familiares é amplamente discutida, e, verificando a alta demanda nos tribunais, utilizaram-se tais dados para a realização de uma breve análise comparativa entre as ordenações com intuito de estimular uma mudança consistente no ordenamento português.

Desta forma, o trabalho está dividido em cinco partes: O Tomo I – onde o trabalho será apresentado e delimitado, sendo, portanto, apresentado o problema, bem como sua importância para a atualidade; Tomo II – Aqui será exposta a parte geral da matéria de forma separada. Isto é, apresentar-se-á a responsabilidade civil em suas generalidades, e após, a matéria de Direito matrimonial, analisando os pressupostos e a natureza específica de cada matéria; Tomo III – Neste tomo comportará a discussão do trabalho, o confronto entre o Direito e a realidade social da família atual, verificando, ao final, a possibilidade de conjugação das duas matérias; Tomo IV – será dedicado a uma breve exposição comparativa com o Direito brasileiro; por fim, Tomo V – onde se apresentará o resultado, conclusão e sugestão do trabalho.

Para tanto, foi realizada adequada pesquisa bibliográfica, utilizando-se a principal

doutrina portuguesa, bem como a doutrina brasileira que corroborava a ideia aqui defendida. A análise do que foi discutido foi confrontada com as mais recentes decisões dos Tribunais Superiores.

Como principais referências para a produção deste trabalho, foram utilizados os escritos de Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, bem como a tese de mestrado de Ângela Cerdeira *Da responsabilidade Civil dos cônjuges entre si*, obras significativas existentes na atualidade sobre o tema.

TOMO II- PARTE GERAL

ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Apesar de o trabalho percorrer em torno do Direito de Família, é de fulcral importância que se discorra sobre aspectos gerais da Responsabilidade Civil, pois este será o alicerce da tese aqui defendida.

De antemão, é mister ressaltar que a responsabilidade – palavra esta que tem origem no verbo latino *respondere, spondeo* - surge para regular as ações humanas, de modo que seus atos não sejam irrestritos, descomprometidos e desimpedidos a ponto de adentrar no íntimo alheio e danificá-lo. Mitigação tênue da liberdade, a responsabilidade civil traz a reparação com fito de limitar as relações sociais, com escopo de justiça¹⁰.

1.1. Apontamento Histórico

Quanto ao histórico, far-se-á a seguir uma breve explanação sobre o surgimento da responsabilidade civil.

Tem-se que a noção de responsabilidade se confunde com a própria existência do homem em sociedade. Uns dos registros mais antigos, provindo da região da Mesopotâmia, datado mais ou menos de 1.700 a.c, O Código de Hamurabi¹¹ trouxe pela primeira vez, em um código, a ideia de reparação a um dano causado. A justiça era feita na mesma proporção do dano, aludindo apenas à retribuição do mal pelo mal.¹²

¹⁰ Em todo o tempo ou lugar em que os seres humanos coexistam, para que assegurem condições existenciais da vida em sociedade, sempre existirão princípios e normas de conduta que pautem a atuação da pessoa com outra (s). A vida em sociedade, como condição natural do homem, necessita de uma organização, regulamentação, ordem nas relações entre os indivíduos, o que é realizado pelo Direito. O destinatário do Direito é o homem, que deve ser amparado em seus interesses morais e materiais, para que a função protetiva dessa ciência seja eficaz. SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação Civil na Separação e no Divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 129-130.

¹¹ *Sexto rei sumério durante período controverso (1792-1750 ou 1730-1685 A.C.) e nascido em Babel, “Khammu-rabi” (pronúncia em babilônio) foi fundador do 1o Império Babilônico (correspondente ao atual Iraque), unificando amplamente o mundo mesopotâmico, unindo os semitas e os sumérios e levando a Babilônia ao máximo esplendor. O nome de Hamurabi permanece indissociavelmente ligado ao código jurídico tido como o mais remoto já descoberto: o Código de Hamurabi. O legislador babilônico consolidou a tradição jurídica, harmonizou os costumes e estendeu o direito e a lei a todos os súditos. Seu código estabelecia regras de vida e de propriedade, apresentando leis específicas, sobre situações concretas e pontuais.* Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da USP. Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/codigo-de-hamurabi.html>. Acesso em 31.05.2013.

¹² Caio Mário ensina sobre: “Vem do ordenamento mesopotâmico, como do Código de Hamurabi, a ideia de punir o dano, instituindo contra o causador um sofrimento igual; não destoa o Código de Manu, nem difere

Já com o *Lex Aquilia*¹³ – Roma, 286 a.c - foi possível atribuir ao lesado, titular do bem violado, o direito de obter indenização em dinheiro por parte do lesante. Desta forma, o Estado passou a interferir nos conflitos privados, estabelecendo qual situação era suscetível de pagamento indenizatório, bem como, a fixação do valor do prejuízo. Tem-se a partir deste momento histórico uma noção mais próxima da realidade da responsabilidade civil que rege o Direito contemporâneo¹⁴. Corroborando com a assertiva, Caio Mário leciona que a *Lex Aquilia* fez tão grande revolução que é a ela que se deve a origem da culpa como elemento fundamental para reparação do dano. Ao substituir as multas fixas por uma pena proporcional ao dano causado¹⁵, a lei abriu novos horizontes à responsabilidade civil.

Atualmente, a responsabilidade civil é regulamentada no Código Civil dentro do capítulo das obrigações¹⁶ – Livro II do Código Civil português -, configurando-se na

especialmente o antigo Direito Hebreu. Mais avançada, a civilização helênica legou o conceito de reparação do dano causado, com sentido puramente objetivo. (...) Remontando à *Lex XII Tabularum*, lá se encontram vestígios da vingança privada, marcada, todavia, pela intervenção do poder público, no propósito de discipliná-la de uma certa forma. Não se cogitava a ideia de culpa, dada a relevância de se vingar, não existia assim, diferença entre responsabilidade Civil da Penal. Esta equivalência da punição do mal com mal (lei de talião) esboça a perspectiva de uma composição entre a vítima e o ofensor, uma vez que ao membro quebrado se faça o mesmo no causador do dano na falta de um acordo. Aí já se apresentava uma composição voluntária, inserida na solução transacional. Mesmo assim, ainda salienta o autor que não chegaram os jurisconsultos romanos a substituir totalmente a vingança privada por uma norma geral definidora de responsabilidade civil, pois mesmo com desenvolvimento da civilização romana, as figuras delituais revelaram-se insuficientes para conter todas as espécies de reparações. (PEREIRA, Caio Mário. *Responsabilidade Civil*. 10º ed. Rio de Janeiro: GZ, 2012. p. 2-5)

¹³ “A lei não trouxe uma definição de responsabilidade civil ou de ato ilícito, puramente; aliás, apegava-se mais ao instrumento processual a ser utilizado, à forma de proceder o ofendido e o ofensor, a quem deveriam procurar, do que levar para provar seu direito”(NETO, Inácio Carvalho. *Responsabilidade civil no direito de família*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 27)

¹⁴ De acordo com Sinde Monteiro: “No que toca às origens da responsabilidade, verifica-se um certo paralelismo entre a evolução havida no direito romano, sobretudo quanto à evolução de uma responsabilidade objectiva e colectiva para uma responsabilidade individual e subjectiva, e a de outros sistema jurídicos. Nas civilizações primitivas a provocação de um dano dava origem a uma reacção quase instintiva; procurava descobrir-se atrás de todo o acontecimento a existência de uma ou várias vontades, pois os danos anônimos inconcebíveis. Alteração significativa neste estado de coisas temô-la com iluminismo e a codificação, na qual se precipitaram muitos princípios do direito natural anteriormente desenvolvidos. Ideia central da codificação era a da substituição do complicado e pouco claro direito tradicional, preponderantemente de origem romana, por um amplo trabalho legislativo, planeado e estruturado de modo racional e transparente.(Responsabilidade Civil in REVISTA DO DIREITO E ECONOMIA, Universidade de Coimbra. separata do no. 2 de julho/dezembro de 1978, p. 314).

¹⁵ Caio Mário *op. cit.* p. 5-6.

¹⁶ Sobre a responsabilidade civil: “Trata-se da figura que, depois dos contratos, maior importância prática e teórica assume na criação dos vínculos obrigacionais, seja pela extraordinária frequência com que nos tribunais são postas ações de responsabilidade, seja pela dificuldade especial de muitos dos problemas que o instituto tem suscitado na doutrina e jurisprudência. Dificuldades que se localizam, quer na fixação das soluções, quer na sua coordenação exigida pela coerência e unidade do sistema, quer principalmente na sua planificação doutrinária ou científica.” VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em Geral*. Vol. I. 10 ed. Porto: Almedina, 2011. p. 542. No mesmo sentido, Inácio de Carvalho Neto em _____. *Responsabilidade Civil no Direito de Família*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 26.

imposição de reparar um dano causado a outrem. Para Sinde Monteiro a função principal da responsabilidade consiste em “assinalar de entre o número incontável de eventos danosos que se verificam todos os dias, aqueles em que ao lesado há-de ser permitido repercutir o dano sobre o lesante¹⁷”.

1.2. Tentativa Conceitual

Não há um consenso na doutrina¹⁸ a respeito de um conceito geral que encubra todos os aspectos da responsabilidade civil, esta que pode ser patrimonial, não patrimonial, subjetiva ou objetiva, ou seja, molda-se de acordo com o contexto social das relações humanas¹⁹.

Em vista disso, Costa²⁰ ensina que ainda não é um problema completamente esclarecido, uma vez que, ainda na perspectiva Clássica, a noção da responsabilidade baseava-se numa verdade de que o homem, sendo livre, deve responder pelos seus atos. Desta forma, condição essencial seria a culpa. Entretanto, atualmente, com a industrialização e tecnologia, o desenvolvimento das possibilidades e dos modos de atuação humana também multiplicou os riscos. O autor salienta ser claro que a concepção clássica do culpado continua a ter um vasto papel, todavia, ao lado do princípio da responsabilidade baseada na culpa - subjetiva -, acolhe a ideia de uma responsabilidade independente de culpa – objetiva –, através responsabilidade pelo risco. Mais longe se alcançou, quando reconhecida a responsabilidade por fatos lícitos, decorrente de conduta lícita que provocasse dano. Conclui o autor que se deve observar que os referidos caminhos da responsabilidade civil não estancaram no reconhecimento e alargamento das hipóteses de responsabilidade isenta de culpa, em especial no que se refere aos ausentes de

¹⁷ Cf. MONTEIRO, Jorge F. Responsabilidade Civil in REVISTA DO DIREITO E ECONOMIA, Universidade de Coimbra, separata do no. 2 de julho/dezembro de 1978. p. 314.

¹⁸ De quantos tentam conceituar a responsabilidade civil, emerge a ideia dualista de um sentimento social e humano, a sujeitar o causador de um mal a reparar a lesão. A variedade de conceitos revela a insatisfação do jurista em plantar-se nos termos de uma definição formal. (PEREIRA, Caio Mário. *Responsabilidade Civil*. 10^o ed. Rio de Janeiro: GZ, 2012. p. 14.

¹⁹ A respeito Caio Mário leciona: “Não chegam os autores a um acordo quanto tentam enunciar o conceito de responsabilidade civil. Alguns incidem no defeito condenado pela lógica, de definir usando o mesmo vocábulo a ser definido, e dizem que a ‘responsabilidade’ consiste em ‘responder’. Outros estabelecem na conceituação de responsabilidade a alusão a uma das causas do dever de reparação, atribuindo-a ao fato culposo do agente; outros, ainda, preferem não conceituar.” (PEREIRA, Caio Mário. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: GZ, 2012. p. 1)

²⁰ (Cfr. Costa p. 104 -106)

coisas perigosas. Procura-se ir adiante, no sentido que traduz uma socialização do risco ou do dano.

Para Capelo de Sousa a responsabilidade civil, como modalidade de garantia das relações jurídicas de personalidade, assume natureza sancionatória, pois é entendida em sentido estrito concernente a obrigação de indenizar, como bem predispõe os artigos 483º e 562º do Código Civil português²¹. Na mesma linha Antunes Varela defende que “embora a responsabilidade civil exerça uma função essencialmente reparadora ou indenizatória, não deixa de desempenhar, uma função de carácter preventivo, sancionatório ou repressivo, como se demonstra através de vários aspectos do seu regime²²”.

Maria Elizabeth Pereira, ao discorrer sobre a intervenção do Estado na questão da violência conjugal, associa o conceito de responsabilidade civil aos direitos da personalidade: “A violação dos deveres de personalidade dá lugar às providências adequadas às circunstâncias do caso e, na hipótese de se encontrarem verificados os seus pressupostos, à responsabilidade civil²³”.

Na mesma linha, Regina Beatriz²⁴, grande jurista brasileira, afirma que a responsabilidade civil “visa o restabelecimento da ordem ou equilíbrio pessoal e social, por meio da reparação dos danos morais e materiais oriundos da ação lesiva a interesse alheio.” Corroborando a tese de que a responsabilidade é um instrumento de regulação das relações sociais, fundamenta com o escrito de Savatier²⁵ que diz: “o texto que obriga uma pessoa a fazer ou não fazer alguma coisa tem, normalmente, carácter absoluto. Ele é oponível a toda vítima da inobservância desse texto”.

Delgado²⁶ em seu livro que trata sobre dano moral, segue a mesma linha de Savatier ao conceituar a responsabilidade civil como a imputação da titularidade do resultado danoso que se verificou em decorrência de uma atitude lesiva, seja comissiva, seja

²¹ SOUSA, Rabindranath Capelo de, V. A. *O Direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra editora, 2011. p. 455.

²² VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em Geral*. Vol. I. 10 ed. Porto: Almedina, 2011. p. 542.

²³A obrigação de indemnização em sede de violência conjugal pode ser satisfeita, como acontece nos termos gerais, por força da restauração natural ou pela indemnização em dinheiro. Poderá suceder que as medidas tendentes à reconstituição natural não reparem os danos, na sua totalidade, pois o simples ressarcimento, por exemplo, de custeio no tratamento e auxílio para melhora do lesado, não ressarcem a perda de vencimento, as dores físicas, as incapacidades que pode vir a adquirir, nesta situação terão que ser cumuladas com a modalidade indemnizatórias. (PEREIRA, Maria Elisabete. *Da Intervenção do estado na questão da Violência Conjugal em Portugal*. Porto: Almedina, 2005. p.142-144) .

²⁴ Regina Beatriz (*op. cit.* p. 131)

²⁵René Savatier. *Tarité de la Responsabilité civile em droit français*. 12 ed. Paris: LGDJ, 1951, p. 11.

²⁶ DELGADO, Rodrigo Mendes. *O Valor do Dano moral: como chegar até ele*. 3.ed.São Paulo: ed. JH Mizuno, 2011. p. 37-39

omissiva àquele que de forma culposa praticou dano a outrem. Atentando, o aludido autor, para o processo cronológico da responsabilidade, ou seja, somente existirá o dever de reparar se for constatado que alguém causou dano à terceiro, atrelando de tal forma o conceito de responsabilidade à liberdade²⁷, como se interdependente fossem.

Caio Mário aponta renomados autores, estudiosos do assunto, que defendem a responsabilidade civil como a reparação de um dano, dentre eles Silvio Rodrigues²⁸; Serpa Lopes²⁹; Savatier³⁰; Malaurie e Aynès³¹ e Soudart³². Porém, demonstra-se insatisfeito com a mera conceituação formal, uma vez que cabe, neste conceito, um misto de ideias, de teorias, de possibilidades. Afirma que quando a obrigação de reparar o mal permanece meramente abstrata ou teórica apenas interessa à moral³³, mas, observando a efetiva reparação do dano, o direito toma o cuidado e constrói a teoria da responsabilidade. Deste modo, ressalta que o modelo genérico do conceito não fecha compromisso com as duas teorias – subjetiva e objetiva -, pois se completam, já que a ordem jurídica não se compadece com a maledicência de uma pessoa em desfavor da outra, estendendo o Direito uma rede de punições com que procura atender às exigências do ordenamento jurídico (responsabilidade penal) e pune com finalidade pedagógica com fito de solidariedade que a sociedade humana lhe deve prestar (responsabilidade civil)³⁴³⁵. Por fim, conclui o autor

²⁷ Em rápidas pinceladas, descrevo a estrutura psíquica proposta por Freud, que estaria dividida em três elementos ou instâncias: o *Id*, o *Ego* e o *Superego*. O *Id* são nossos instintos primários, tais como a fome, o sexo, a instinto de autopreservação, que nos faz sermos violentos a ponto de matar o oponente quando nos sentirmos ameaçados, dentre outros. O *Ego* seria nossa razão, nossa parte consciente. Nossa entrada para a civilidade. É com o *Ego* que pensamos, raciocinamos, aprendemos as lições da vida. Já o *Superego*, temos as regras de comportamento impostas pela sociedade; são os limites sociais, os margeamentos dentro dos quais temos que colocar nosso comportamento, pautando-o. E aqui o corpo da responsabilidade civil ganha forma. Agir, no mundo moderno, é fazê-lo de tal forma que possamos antever os resultados, evitando invadir a esfera da liberdade alheia. (Delgado, *op.cit.* p., 19)

²⁸ ...que diz que o princípio informador de toda a teoria da responsabilidade é aquele a quem impõe o dever de reparar. (RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1973-75, v. 5, .7)

²⁹ ...que defende que a responsabilidade civil significa o dever de reparar o prejuízo. (SERPA, Lopes. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964-71, v. 5, p .144)

³⁰...que a define como “obrigação que pode incumbir a uma pessoa de repara dano causado a outrem por um fato seu, ou pelo fato das pessoas ou das coisas dependentes dela” (SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile em droit français*, vol. 1, n. 1)

³¹ (definindo a responsabilidade como a obrigação de reparar dano que uma pessoa causa a outra MALAURIE E AYNÈS. *Cours de droit civil: les obligations*. Paris: Cujas, 1990.)

³² (que assenta que a responsabilidade civil consiste em reparar, por meio de uma indenização pecuniária, o dano causado aos indivíduos. Soudart *Traité general de la responsabilité civile*. Paris: Daloz, 1961. n.1).

³³ (A responsabilidade Civil distingue-se bem da simples responsabilidade moral, que pertence ao domínio da consciência e em que o resultado externo não representa pressuposto necessário. Configurando-se a responsabilidade moral como uma responsabilidade não jurídica, a distinção reporta-se às relações entre direito e a moral. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Noções fundamentais de direito civil* 5. ed. Porto: Almedina, 2009. p. 100)

³⁴ (Caio Mario, 2012. *Op. Cit.* p. 14-15)

que a responsabilidade civil consiste na efetivação da reparabilidade abstrata da relação jurídica que se forma, no momento em que um dos agentes sofre prejuízo. “Não importa se o fundamento é a culpa, ou se é independente desta. Em qualquer circunstância, onde houver a subordinação de um sujeito passivo à determinação de um dever de ressarcimento, aí estará a responsabilidade civil”.

Deste modo, a que se perceber que a responsabilidade civil, protegendo os direitos tanto patrimoniais quanto os de personalidade em uma relação jurídica, objetiva não só a reparação, como também assume caráter sancionatório, buscando a prevenção de novas ocorrências onerosas para o lesado.

Quanto sua classificação³⁶ é certo que ocorre tanto em sede contratual³⁷ – proveniente da falta de cumprimento das obrigações emergentes dos contratos, de negócios unilaterais ou da lei - como em sede extracontratual – resultante da violação de direitos absolutos ou da prática de certos atos que, embora lícitos, causam prejuízos a outrem³⁸. A diferença entre as duas modalidades consistiria no fato que enquanto a responsabilidade extracontratual ou *Aquilianã*³⁹ assenta na violação de gerais de abstenção, a responsabilidade contratual acontece quando do não cumprimento dos deveres próprios das obrigações, ainda que impostos por lei⁴⁰.

³⁵ À responsabilidade civil esta subjacente a ideia de reparação patrimonial de um dano privado, pois o dever jurídico infringido foi estabelecido directamente no interesse da pessoa lesada. O que verdadeiramente importa nas sanções civis é a restituição dos interesses lesados. Diversos, porém, são os caracteres da responsabilidade penal, esta aparece como uma defesa contra os autores de factos que atingem a ordem social. No ilícito penal, portanto, ofende-se um dever jurídico estabelecido imediatamente no interesse da colectividade. As sanções criminais visam proteger a sociedade: propõem-se fins de prevenção geral e especial, através da intimidação e da reeducação do delincente. Compreende-se, assim, que as sanções criminais tenham carácter público indisponível. (COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Noções fundamentais de direito civil*. 5. ed. Porto: Almedina, 2009. p. 101.)

³⁶ A *responsabilidade contratual* resulta da violação de um direito de crédito ou obrigação em sentido técnico. Verificamos, portanto, que o qualificativo corrente não se mostra rigoroso, dado que os contratos não constituem a fonte exclusiva de tais vínculos, cujo incumprimento ocasiona essa espécie de responsabilidade civil. Pela razão exposta, alguns autores preferem chamar-lhe *responsabilidade negocial* ou *responsabilidade obrigacional*. Por sua vez, a responsabilidade civil extracontratual - também dita *aquilianã* ou delitual - deriva da violação de um dever ou vínculo jurídico geral, isto é, de um daqueles deveres de conduta impostos a todas as pessoas e que correspondem aos direitos. (COSTA, *Op. Cit.*, p.107-108)

³⁷ Frisa-se aqui que a expressão responsabilidade contratual não é considerada a mais correta pelos doutrinadores, gerando várias propostas acerca de novas nomenclaturas, uma vez que a reparação do dano por ela abrangida não resulta somente da violação de um contrato. A denominação mais aceita, dentre os estudiosos, seria a de responsabilidade negocial, mas para fins académicos, adotaremos a nomenclatura inicial.

³⁸ VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em Geral*. Vol. I. 10 ed. Porto: Almedina, 2011. p. 520.

³⁹ Tendo em vista a vasta revolução que a *lex Aquilia* trouxe para a matéria de responsabilidade civil. *Vide in* Neto, Inácio de Carvalho, *ob. cit.*, p. 40.

⁴⁰ Entende Silvio Rodrigues, “hipóteses de responsabilidade contratual, antes da obrigação de indenizar emergir, existe, entre o inadimplemento e seu co-contratante, um vínculo jurídico derivado da convenção: na

1.3. Pressupostos

Preleciona o artigo 483º do C. Civ. Português: “Aquele que violar o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação”

De acordo com Antunes Varela o dispositivo supracitado por si só já impõem pressupostos especiais⁴¹ que desempenham papéis fundamentais para que seja configurada⁴² a responsabilidade civil no Direito Português⁴³.

A melhor doutrina portuguesa, entre eles, Maria Elisabete Ferreira⁴⁴ aponta cinco pressupostos gerais do direito à indenização. São eles: 1) o facto; 2) a ilicitude; 3) a imputação do facto ao lesante; 4) o dano; 5) um nexo de causalidade entre facto⁴⁵.

Destrinchando tais pressupostos se pode dizer que a responsabilidade civil é aplicada quando um fato voluntário do agente viole direitos alheios ou aja contra disposições, infringindo objetivamente qualquer das regras disciplinadoras da vida, causando dano à vítima⁴⁶. Ressalta-se que é necessário que haja um nexo de causalidade, algo que ligue o fato praticado ao dano causado e que possa ser demonstrado que esse dano é resultante da

hipótese da responsabilidade *aquiliiana*, nenhum liame jurídico existe entre o agente causador do dano e a vítima, até que o ato daquele ponha em ação os princípios geradores de sua obrigação de indenizar”. (RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1978 *apud* NETO, Inácio de Carvalho, *op. cit.*, p. 40)

⁴¹ Para Maria Elisabete Ferreira, definem-se em cinco os pressupostos gerais do direito à indenização. São eles: 1. A ocorrência de um facto voluntário; 2. Ilicitude desse mesmo facto, 3. O nexo de imputação do facto ao lesante; 4. A verificação de um dano e 5. A afirmação de um nexo de causalidade entre facto e dano. *op. cit.*, p. 142-143

⁴² Para Regina Beatriz, *op. cit.*, p. 134-135 são necessários três pressupostos de existência da responsabilidade civil e seu dever de reparar, quais sejam, a ação, dano, e nexo causal, enquanto que são dois os fundamentos para a responsabilidade: culpa e risco.

⁴³ Varela, João de matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Vol. I, 10. ed. Porto: Almedina, 2004, p. 252.

⁴⁴ FERREIRA, Maria Elisabete. *Da intervenção do Estado na questão da violência conjugal em Portugal*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 142.

⁴⁵ Corroborar tal assertiva Antunes Varela: “Reduzindo todos os requisitos que acabam de ser discriminados à terminologia técnica corrente entre tratadistas das matérias, dir-se-á que a responsabilidade pressupõe, esta zona: a) o facto (controlável pela vontade do homem); b) a ilicitude; c) a imputação do facto ao lesante; d) o dano; e) um nexo de causalidade entre o facto e o dano.

(VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em Geral*. Vol. I. 10 ed. Porto: Almedina, 2011. p. 526.); vide também em: MONTEIRO, Jorge F. Sinde. Responsabilidade Civil *in* Revista de Direito e Economia, Universidade de Coimbra, separata do no. 2 de julho/dezembro de 1978, p. 314.

⁴⁶ No Brasil são considerados três pressupostos essenciais para configuração da responsabilidade civil, quais sejam: ação/omissão; dano e nexo causal, nos termos do art. 186 do Código Civil brasileiro. GUEDES, Assunção Alexandre. *Código Civil comentado*. 9º ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 788.

violação⁴⁷. Entretanto, frisa-se que nem em todos os casos esses elementos são fundamentais para obrigação de reparar, como é o caso da culpa⁴⁸, na responsabilidade pelo risco, por exemplo. Assim vejamos:

1.3.1. Fato voluntário do lesante

Baseia-se num ato/ ação, dominável ou controlável pela vontade, que importe a violação de um dever geral de abstenção, ou na omissão (art. 486º) quando há um dever jurídico especial de praticar o ato que provavelmente teria impedido a consumação de um dano⁴⁹.

Varela ressalva: “para fundamentar a responsabilidade civil basta a possibilidade de controlar o acto ou omissão. Fora do domínio da responsabilidade civil ficam apenas os danos provocados por causa de força maior ou pela actuação irresistível de circunstâncias fortuitas⁵⁰”

1.3.2. Ilícitude

O Código Civil português vigente, diante dos incontáveis possibilidades de se pleitear indenização, preferiu delimitar do conceito de ilicitude. Determinou duas variantes, através das quais se podem revelar o carácter antijurídico ou ilícito do fato que “auxiliam o interprete na árdua tarefa de delimitar o campo de actuação ilícita perante a zona dos comportamentos⁵¹”.

É que, de acordo com Sinde Monteiro, os bens jurídicos gerais guardam tamanha extensão que nem toda e qualquer ingerência ou ataque podem gerar uma obrigação de indemnizar. Por isso, a preocupação com a determinação desses limites, podendo, porém, esta filtragem essencial ser feita através de processos técnicos, pela jurisprudência ou pelo

⁴⁷ VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em Geral*. Vol. I. 10 ed. Porto: Almedina, 2011. p. 525-526.

⁴⁸ Agir com culpa significa actuar em termos de a conduta do agente merecer a reprovação ou censura do direito. “E a conduta do lesante é reprovável, quando pela capacidade sua e em face das circunstâncias concretas da situação, se concluir que ele podia e devia ter agido de outro modo” (*Idem, ibidem*, p.554-555.)

⁴⁹ *Idem, ibidem*, p. 524-525.

⁵⁰ *Idem, ibidem*, p. 529.

⁵¹ *Idem, ibidem*, p.532-533.

legislador. Assim, o Código Civil define com clareza as duas modalidades fundamentais que a ilicitude pode revestir: violação dos direitos de outrem⁵² (direitos subjetivos⁵³) e violação de uma disposição legal destinada a proteger interesses alheios⁵⁴ (interesses tutelados pela lei).

Almeida Costa⁵⁵ ensina que a violação dos direitos de outrem compreendem, principalmente, as ofensas de direitos absolutos, de direitos de personalidade (art. 70º C.Civ.) e de familiares com suas especificidades; já a violação de disposições legais destinada a proteger interesses alheios, abarcam ofensas de deveres impostos por lei que visam à defesa de interesses particulares, sem que corresponda a direitos subjetivos⁵⁶.

Ainda há que se considerar, dado o caráter sancionatório e punitivo da responsabilidade civil, a responsabilidade daquele que age com abuso de direito. Nas palavras de Varela “não se trata, neste caso, da violação de um direito de outrem, ou da ofensa a uma norma tuteladora de um interesse alheio, mas o exercício anormal do direito próprio⁵⁷.”

Portanto, em linhas gerais a ilicitude se reveste na reprovação da conduta do agente, podendo esta conduta gerar danos tanto em direito subjetivos quanto em comando legais juridicamente protegidos. Seria, assim, a violação de algumas premissas essenciais que regulam a vida em sociedade.

⁵² Começar-se-á por notar que estamos perante uma das modalidades de ilicitude, a qual, embora formulada ao jeito de uma cláusula geral, tem natureza de uma clausula limitada ou atenuada, como um circulo hermenêutico bem delineado. Dois aspectos merecem destaque: 1. Modalidade que implica a violação de direitos subjetivos que não devem ser entendidos como meros interesses; 2. A norma se refere aos direitos absolutos. MONTEIRO, Jorge F. Responsabilidade Civil *in* Revista do Direito e Economia, Universidade de Coimbra, separata do no. 2 de julho/dezembro de 1978. p.181-182.

⁵³ São os direitos absolutos, nomeadamente os direitos sobre as coisas (corpóreas ou incorpóreas) ou direitos reais, os direitos de personalidade, os direitos familiares e a propriedade intelectual (direitos do autor e direitos familiares e a propriedade intelectual (direitos do autor e direitos conexos a propriedade industrial) VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em Geral*. Vol. I. 10 ed. Porto: Almedina, 2011. p. 533.

⁵⁴ MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. *Responsabilidade por conselhos recomendações ou informações*. Coleção teses. Coimbra: Almedina, 1989. p. 175-176.

⁵⁵ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Noções fundamentais de Direito Civil*. 5.ed., Coimbra: Almedina, 2009, p. 112-113.

⁵⁶ Assevera o autor: “Às situações de ofensas de direitos subjectivos ou de interesses alheios legalmente protegidos, que acabamos de considerar, acrescenta-se, como conduta antijurídica susceptível de gerar responsabilidade civil extracontratual, o abuso de direito. Este instituto encontra-se disciplinado no art. 334º do Código Civil, que declara *ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desses direitos*”. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Noções fundamentais de Direito Civil*. 5.ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 113-114

⁵⁷ VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em Geral*. Vol. I. 10 ed. Porto: Almedina, 2011. p. 544.

1.3.3. Nexo de imputação do facto ao lesante: culpa

Não basta, porém, que o agente haja ilicitamente, sendo necessário que tenha agido com culpa⁵⁸. “trata-se de saber se a pessoa podia e devia ter agido de modo diferente e em grau o podia e devia ter feito⁵⁹”. Desdobrando-se assim em dois elementos: a imputabilidade e a culpa⁶⁰.

De acordo com Varela a imputabilidade se revestiria em uma pessoa que portasse capacidade natural para prever os efeitos e medir o valor dos atos que pratica e para se determinar de harmonia com juízo que faça a cerca deles. Assim, para que se seja imputável é necessário certo discernimento e de certa liberdade de determinação⁶¹. Já a culpa⁶² seria um juízo que se assenta no nexos existente entre o fato e a vontade do autor, podendo revestir-se em duas formas: o dolo e a mera culpa⁶³.

A diferença entre o dolo e a mera culpa está essencialmente na intenção. Enquanto o dolo configura o desejo de obter tal resultado pelo agente, no ato culposo, não há um resultado planejado, mas sim uma atitude de negligência, imprudência ou imperícia⁶⁴.

Importa ressaltar aqui a questão na inimputabilidade que trata o artigo 488º, 1 do Código Civil. Sendo inimputável “as pessoas que no momento em que o facto danoso ocorre estejam privadas, por qualquer causa, do discernimento suficiente para rever o dano”, asseverando que os inimputáveis não estão totalmente imunes a reparação do dano,

⁵⁸ “Será ao lesado que incumbe a prova da culpa do autor da lesão, excepto se houver presunção legal de culpabilidade. Desde que a lei não estabeleça outro critério, a culpa será valorada, em face das circunstâncias de cada caso, pela diligência do bom pai de família ou do homem médio e não segundo a diligencia habitual do autor do facto ilícito”. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Noções fundamentais de Direito Civil*, 5º ed., Coimbra: Almedina, 2009, p. 118

⁵⁹ VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em Geral*. Vol. I. 10 ed. Porto: Almedina, 2011. p.563.

⁶⁰ FERREIRA, Maria Elisabete. *Da intervenção do Estado na questão da violência conjugal em Portugal*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 142.

⁶¹ VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em Geral*. Vol. I. 10 ed. Porto: Almedina, 2011. p.563.

⁶² SAVATIER diz que “a culpa é a inexecução e um dever que o agente podia conhecer e observar” (René Savatier, *Traité de la responsabilité civile*, p. 5), ressaltando sempre que a culpa deve ser observada de acordo com a imputabilidade do agente, ou seja, na consciência do ato que praticou. Quanto à inimputabilidade discorre Mário Júlio de Almeida Costa, (*Noções fundamentais de direito civil*. 5.ed., Almedina, 2009. p. 118): “Consideram-se não imputáveis as pessoas que no momento em que o facto danoso ocorre estejam privadas, por qualquer causa, do discernimento suficiente para rever o dano, salvo se o agente se colocou culposamente nesse estado, sendo este transitório, art. 488,n . 1. Presume-se a falta de imputabilidade nos menores de setes anos e nos interditos por anomalia psíquica, art. 488. n. 2. Todavia, mesmo os não imputáveis podem ser condenados a reparar total ou parcialmente os danos causados, desde que não seja possível obter a devida reparação das pessoas a quem incube a sua vigilância, art. 489, n 1 e 2.)

⁶³ VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em Geral*. Vol. I. 10 ed. Porto: Almedina, 2011. p.566-567.

⁶⁴ Cf. NETO, Inacio de Carvalho. *Responsabilidade Civil no Direito de Família*. 3º ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 50.

respondendo por seus atos, caso seus vigilantes não possam arcar com tal responsabilidade, art. 489º, 1 e 2.

1.3.4. Nexo de causalidade

Para que haja indenização é necessário que se verifique o elo entre o fato praticado pelo agente e o dano sofrido pela vítima, de modo que se possa firmar que o dano foi resultante da violação de um direito.

Alarcão ensina que para que surja o dever de indenizar se faz necessário que os prejuízos sejam causados pelo fato, assim define o nexo de causalidade com dupla função “limitar e fundar positivamente a indemnização⁶⁵”.

Assim, em que pese a doutrina moderna em respeito a mitigação deste pressupostos, o Código Civil português ainda se mantém imperativo quanto a necessidade dos pressupostos de existência para a configuração da responsabilidade civil e o dever de indenizar.

⁶⁵ ALARCÃO, Rui. *Direitos das Obrigações*. Coimbra: Quarteto, 1983. p. 235.

DANO: DA RESSARCIBILIDADE DO DANO NÃO PATRIMONIAL

Como já explicitado, este trabalho tem o escopo de analisar a possibilidade de ressarcimento por danos não patrimoniais nas relações de conjugalidade, faz-se, portanto, indispensável uma análise mais profunda sobre o papel do dano na Responsabilidade Civil. Logo, não serão consideradas as premissas da responsabilidade moral, bem como a penal, tecendo tese eminentemente civil. Por isso, o raciocínio a ser seguido é o de que só há reparação se houver dano⁶⁶, prejuízo, ônus para uma das partes, sujeito da relação jurídica⁶⁷.

De antemão, ressalva-se que a responsabilidade civil tem como regra geral reparar um dano, de forma que a situação seja reconstituída ao seu *status quo*⁶⁸. Assim, o artigo 562º do C. Civ. dispõe “Quem estiver obrigado a reparar um dano deve reconstituir a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação”. “A lei dá assim clara precedência ao principio da reposição natural, isto é à constituição ou restauração da situação hipotética que existiria se não se tivesse verificado a lesão⁶⁹”. Portanto, na impossibilidade de reposição ser-lhe-á fixada quantia equivalente em dinheiro, tendo este ressarcimento carácter simultaneamente punitivo e compensatório.

Ocorre dano quando há uma perda, deterioração ou subtração de bem material ou imaterial, corpóreo ou não corpóreo (dano real)⁷⁰.

⁶⁶ Se o vigilante não cumpriu o seu dever, mas o incapaz não agrediu quem quer que fosse; se o automobilista transgrediu as regras do trânsito, mas não atropelou ninguém nem danificou coisa alheia; se o proprietário não observou as precauções devidas na conservação do prédio e este ruiu, mas não atingiu nenhuma pessoa nem outros bens, não chega a pôr-se nenhum problema de responsabilidade. este surge apenas quando ao facto ilícito sobrevém um dano. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em Geral*. Vol. I. 10 ed. Porto: Almedina, 2011.

⁶⁷ Na mesma linha, citados por Caio Mário, *op. cit.*, p. 55. Henri Lalou. *Responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 1962, n. 135: “*pas de préjudice, pas de responsabilité civile*” e Ruggiero e Maroi “*a obrigação não nasce da falta do dano*” Ruggiero e Maroi, *Instituzioni di diritto privato*. Milano: Giuseppe principato, 1937. V2 § 186.

⁶⁸ Cf. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Noções fundamentais de Direito Civil*.5.ed., Coimbra: Almedina. 2009, p. 177.

⁶⁹ Rui ALARCÃO, Rui. *Direitos das Obrigações*. Coimbra: Quarteto,1983. p.230-231.

⁷⁰ É a lesão causada no interesse juridicamente tutelado, que reveste as mais das vezes a forma de uma destruição, subtração ou deterioração de certa coisa, material ou incorpórea. É a morte ou são os ferimentos causados à vítima; é a perda ou afectação do seu bom nome ou reputação; são estragos causados no veículo, as fendas abertas no edifício pela explosão; a destruição ou apropriação de coisa alheia. Não confunde-se o dano real com dano patrimonial, sendo este último reflexo daquele observando a situação patrimonial do lesado. Assim, Exemplifica o autor, uma coisa é a morte da vítima, as fracturas, as lesões que ela sofreu (dano real); outra, as despesas com os médicos, com o internamento, o funeral, os lucros que o sinistrado deixou de obter em virtude da doença ou da incapacidade, os prejuízos que a falta da vítima causou aos seus

Almeida Costa define dano como “toda ofensa de bens ou de interesses alheios protegidos pela ordem jurídica, tanto de caráter patrimonial, como de caráter não patrimonial⁷¹” como bem dispõe o art. 496º do C. Civ.

Para Inácio de Carvalho a ausência de dano, no Direito Civil, não gera obrigação de indenizar, uma vez que só há responsabilidade quando o comportamento injurídico inflige a outrem um prejuízo⁷². Diferente da responsabilidade penal que pune crimes sem resultados ou da religião e da moral que condenam o pecado independentemente de resultado; no Direito Civil a simples ação ou omissão do agente, não causando resultado danoso à vítima, não acarreta obrigação de indenizar⁷³.

Nesta corrente Rui Alarcão ensina que apenas mediante um prejuízo num bem ou interesse juridicamente protegido é que se poderá indagar se estão presentes os elementos restantes ou pressupostos do nascimento de dever de indenizar. Então, assevera: “No Direito Civil, é essencial que o lesado tenha efetivamente sofrido um dano para se colocar um problema de responsabilidade⁷⁴”.

De acordo com Caio Mário⁷⁵, hodiernamente, o dano adquiriu papel central na Responsabilidade Civil dado o grande avanço tecnológico e social versus a necessidade de instituição do princípio da solidariedade social, dando ensejo ao surgimento de outras

parentes (dano patrimonial). (VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em Geral*. Vol. I. 10 ed. Porto: Almedina, 2011. p. 598-599)

⁷¹ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Noções fundamentais de Direito Civil*. 5.ed., Coimbra: Almedina. 2009, p. 177. Assevera ainda que a obrigação de reparar pode advir de várias fontes “Resultará com frequência, do não cumprimento (art. 798º), da mora (art. 804, n. 1) ou do cumprimento defeituoso (ex.: 913º e segs., e 1218º e segs.) de uma obrigação em sentido técnico, ou também da impossibilidade de prestação por causa imputável ao devedor (art. 801º, n. 1). Mas ao lado destes casos de ilícito contratual, não raro se apresentam outros que se situam no âmbito do ilícito extracontratual. Assim, quando a obrigação de indenização deriva da prática de um facto culposo violador de um direito subjectivo ou de um diverso interesse alheio legalmente protegido (art. 483º), ou resulta de situações de responsabilidade objectiva ou pelo risco (ex. art. 500º. E segs.), ou mesmo de comportamentos ilícitos danosos (ex.: arts. 339, n. 2, 1322º, n. 1 e 1561º, n. 1) p. 176.

⁷² Verifica-se que no Brasil, a partir da análise do dispositivo 186 do Código Civil que o dano é circunstancia elementar da responsabilidade civil, uma vez que a conduta antijurídica, imputável a uma pessoa, tem como consequência a obrigação de sujeitar o ofensor a reparar o mal por ele causado.” Logo de plano ocorre assentar que o dano é elemento ou requisito essencial na etiologia da responsabilidade civil”. (cf. PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade Civil*. 10.ed. Rio de Janeiro: GZ editora, 2012, p. 53-54)

⁷³ NETO, Inacio de Carvalho. *Responsabilidade Civil no Direito de Família*. 3.ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 53-54. O Autor ainda corrobora transcrevendo a lição dos irmãos Mazeaud (MAZEAUDA, Henri; MAZEAUD, Léon. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. 4º ed. Paris: Sirey, p. 17) “ Já que se trata de reparar, é preciso ainda que haja alguma coisa a reparar. É por isso essencialmente que a responsabilidade civil se distingue da responsabilidade moral e da penal. A moral condena o pecado, sem se preocupar de saber se tem ou não um resultado. O direito penal vai menos longe: para que exista responsabilidade penal, é preciso ao menos que o pensamento seja exteriorizado, que ele seja traduzido no domínio dos fatos, que tenha havido o que se chama um começo de execução”.

⁷⁴ ALARCÃO, Rui. *Direitos das Obrigações*. Coimbra: Quarteto, 1983. p. 228-229.

⁷⁵ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade Civil*. 10.ed. Rio de Janeiro: GZ editora, 2012, p. 54.

tipologias de novos danos, no que concerne à esteira dos incrementos dos riscos e do potencial danoso trazido pelas novas invenções. Nas palavras do autor “ampliam-se as modalidades de danos ressarcíveis, notadamente no que concerne à lesão a interesses extrapatrimoniais, como por exemplo, de danos à integridade psicofísica e do chamado dano estético, e ainda, aumentam as demandas com base em direitos supraindividuais, tais como os relativos ao meio ambiente coletivo e dos consumidores⁷⁶”.

Nessa linha atenta Regina Beatriz para os danos futuros⁷⁷, isto é, quando o são inevitáveis seus efeitos danosos no futuro⁷⁸.

Para Antunes Varela, o dano real é a perda *in natura* que o lesado sofreu nos seus interesses tutelados pelo direito ou norma em oposição ao dano de cálculo - que é o reflexo dessa perda *in natura* na situação patrimonial do lesado, ou seja, no seu património⁷⁹. Completa o autor que “é condição essencial para a existência da obrigação de indenizar⁸⁰”.

Na mesma linha, Rui Alarcão⁸¹ define dano como: “o prejuízo em um bem ou interesse juridicamente protegido. Não lesão ou violência em si, mas o prejuízo resultante dessa”. Assim, o dano pode ser material/patrimonial ou moral/não patrimonial⁸².

⁷⁶ (Nem todos os prejuízos sofridos numa esfera jurídica diferente da esfera jurídica daquele que produziu o facto que lhes dá origem são suportados por este. A delimitação dos danos relevantes para efeitos de responsabilidade civil resulta, desde logo, de uma ponderação através da qual se fixam as condutas susceptíveis de integrarem a esfera de responsabilidade dos indivíduos, subtraindo os comportamentos nela integrados ao grupo daqueles que prestam homenagem à máxima *the loss lies where it falls*. Esta determinação é feita em maior ou menor medida pelo legislador, sendo que em sistemas possuidores de uma cláusula geral sobre a responsabilidade civil, a determinação de danos merecedores de tutela sobre a responsabilidade civil, a determinação de danos merecedores de tutela com base no instituto da responsabilidade civil é deixada em maior medida aos tribunais. ALMEIDA, Margarida Maria Matos Correia Azevedo. *A responsabilidade civil dos banqueiros perante os credores da empresa financiada*. Coimbra: Coimbra editora, 2003. p. 29-30).

⁷⁷ O dever de indemnizar compreende tanto o prejuízo imediato sofrido pelo lesado (dano emergente), como os benefícios que ele deixou de obter em consequência da lesão (o lucro cessante, art. 564º, n. 2º). Os danos futuros, desde que previsíveis, poderão ser tomados em conta; mas, se não forem determináveis, a fixação da indemnização correspondente será remetida para decisão ulterior, art. 564º, n. 2. Admite-se aliás, uma indemnização provisória (art. 565º) COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Noções fundamentais de Direito Civil*. 5.ed., Coimbra: Almedina. 2009, p. 178.

⁷⁸ SANTOS, Regina Beatriz da Silva Papa dos Santos. *Reparação Civil na separação e no Divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999.p. 145.

⁷⁹ O autor – Antunes Varela 2000 601-602 ainda classifica-os em: danos directos e danos indirectos. “Na categoria do dano cabem não só os danos directos, que são os efeitos imediatos do facto ilícito ou a perda directa causada nos bens ou valores juridicamente tutelados, mas também os danos indirectos, que são as consequências mediatas ou remotas do dano indirecto”.

⁸⁰VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em Geral*. Vol. I. 10 ed. Porto: Almedina, 2011. p. 597-598.

⁸¹ ALARCÃO, Rui. *Direitos das Obrigações*. Coimbra: Quarteto,1983. p. 229.

⁸² A expressão “dano não patrimonial” é preferível à de danos morais na medida em que engloba tanto danos morais propriamente ditos – que resultam da ofensa de bens ou valores de ordem moral – como os danos estéticos e o sofrimento físico, CERDEIRA, Ângela Cristina da Silva. *Da responsabilidade Civil dos cônjuges entre si*. Dissertação (Mestrado em ciências Jurídicas-Civilísticas) - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2000, p. 76.

Para Regina Beatriz a partir de dois critérios básicos, poder-se-á identificar o tipo de dano – se material ou moral: 1) a verificação da origem do dano, relacionada ao bem violado e respectiva natureza; 2) a constatação dos efeitos do dano, referente à natureza das consequências ou dos reflexos produzidos na esfera jurídica violada⁸⁴.

2.1. Dano patrimonial

O dano patrimonial⁸⁵ é aquele que atinge a situação patrimonial do lesado, sendo suscetível de avaliação pecuniária, pode ser reparado ou indemnizado⁸⁶. O dano patrimonial não tem gerado controvérsia na doutrina, muito menos na jurisprudência, pois é certo a sua percepção e quantificação, uma vez que o estrago é causado diretamente em algo corpóreo, fazendo-se notar de pronto, os prejuízos causados ao lesado.

Para Rui Alarcão⁸⁷ o dano patrimonial é o que tem por objetivo um interesse privado patrimonial. Ele pode ser caracterizado por uma diminuição do património em relação ao momento do fato danoso, ou ainda, por um aumento do passivo, configurado a perda de um ganho ou a sua possibilidade (lucro cessante) traduzível em uma soma pecuniária, que representa uma abstrata diminuição do património. O dano de cálculo, em oposição a dano real, é o valor expresso numa soma de dinheiro do prejuízo efetivamente sofrido pelo lesado.

Contudo, frise-se que embora a função primordial da responsabilidade civil seja reparar e indenizar (como consagra o Código Civil português no art. 562), ainda é possível perceber, mesmo que subsidiariamente, uma função punitiva e preventiva ao ilícito civil (arts. 339º, no. 2; 289º, 494º; 496º, no. 3; 566º, no. 3 e 570, no. 1), fazendo admitir-se que, à semelhança da culpa, o dano não constitua um pressuposto necessário.

⁸³ Caio Mário, de forma sucinta explica que dano é toda ofensa a um bem jurídico, PEREIRA, Caio Mário. *Responsabilidade Civil*. 10º ed. Rio de Janeiro: GZ, 2012. p. 53.

⁸⁴ Cf. SANTOS, Regina Beatriz da Silva Papa dos Santos. *Reparação Civil na separação e no Divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999.p. 146.

⁸⁵ (abarca neste conceito não só o dano emergente - prejuízo nos bens ou direitos já existentes - que se reveste na perda patrimonial como também o lucro cessante frustrado - benefícios que o lesado deixou de obter tendo em vista o facto ilícito. Antunes, 2000, p. 598-599)

⁸⁶ Cfr. VARELA. Antunes. *Das obrigações em geral*. Porto: Almedina, 2000. p. 599.

⁸⁷ ALARCÃO, Rui. *Direitos das Obrigações*. Coimbra: Quarteto,1983. p. 229-230.

2.2. Dano não patrimonial e sua ressarcibilidade

Diferente do Brasil⁸⁸ que adota a expressão *danos morais*, a doutrina Portuguesa adotou a expressão *dano não patrimonial* para figurar a ofensa a um bem imaterial, pois entende que engloba tanto danos morais propriamente ditos como os danos estéticos e o sofrimento físico⁸⁹.

Ao contrário do dano patrimonial – perecimento de um bem avaliado no mercado, palpável, visível –, o dano não patrimonial não é avaliável, pois afeta o âmago, o íntimo, a psique humana, é imperceptível a olho nu, impalpável, imensurável. Nessa linha, Gaburri ensina que o dano moral é a antítese do dano material, correspondendo à lesão aos direitos de personalidade, não atingindo diretamente o patrimônio da vítima⁹⁰.

Rui Alarcão⁹¹ diz que “O dano não patrimonial ou dano moral, tem por objecto um bem ou um interesse sem conteúdo patrimonial, insuscetível, em rigor, de avaliação pecuniária”.

Pires de Lima e Antunes Varela abordam a dimensão do dano não patrimonial no Código Civil, afirmando que apesar desta espécie de dano ter sido inserido na codificação em termos gerais, há uma condição para sua aplicação, qual seja, a sua gravidade⁹².

Portanto, conforme o art. 496º do Código Civil português, só serão ressarcidos aqueles danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam tutela do direito. Esta gravidade será medida por um padrão objetivo, de acordo com o caso em concreto, e não apenas mediante fatores subjetivos - valores particulares do avaliador. “Cabe, portanto, ao tribunal, em cada caso, dizer se o dano é ou não merecedor da tutela jurídica⁹³”.

⁸⁸ Sobre o tema discorre Gaburri: “A doutrina debate a impropriedade terminológica do *nomem iuris* dano moral. Informa Clayton Reis (Dano moral. 5º ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.14) que as legislações alienígenas, de um modo geral, adotaram a terminologia dano não patrimonial, mais adequada para designar as ofensas aos direitos da personalidade, por ser considerada mais consistente e abrangente em sua designação”. GABURRI, Fernando. *Responsabilidade Civil*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2013. Também se pronuncia a respeito do tema Caio Mário “A teoria da reparação do dano moral, para encontrar boa acolhida, teve de partir de um pressuposto mais amplo do que os assentados na doutrina tradicional da responsabilidade civil. Foi preciso, antes de tudo, vencer os escrúpulos dos que se apegavam em demasia à própria expressão “dano moral”, que não obstante certas reticências, foi mantida”. (*Idem, ibidem*, p. 76).

⁸⁹ CERDEIRA, Ângela Cristina da Silva. *Da responsabilidade Civil dos cônjuges entre si*. Dissertação (Mestrado em ciências Jurídicos-Civilísticas) - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2000, p. 73.

⁹⁰ GABURRI, Fernando. *Responsabilidade Civil*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 105.

⁹¹ ALARCÃO, Rui. *Direitos das Obrigações*. Coimbra: Quarteto, 1983. p. 229.

⁹² Diferente é a posição do Código Civil alemão –BGB –, que, depois de afirmar o caráter excepcional da ressarcibilidade dos danos não patrimoniais, § 253, admite no § 847 a indenização dos danos dessa natureza provenientes dos casos de lesão corporal, de prejuízo para a saúde ou de ofensa para a liberdade e ainda em certos casos de crime contra a honra da ofendida. VER ARTIGO CERTO.

⁹³ LIMA, Pires de; VARELA Antunes. *Código Civil anotado*. Vol. I. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

Assim dispõem os arts. 496º, n. 1 c/c 494º do C. Civ. Português que é o juiz quem apreciará a configuração deste dano, fundamentado pelo seu entendimento do caso em concreto e da prova cabal de que essa dor prejudicou efetivamente o lesado.

Sobre o assunto Antunes Varela se pronuncia no sentido de que as indenizações por danos não patrimoniais tem natureza satisfatória⁹⁴, na medida em que são insusceptíveis de avaliação pecuniária, pois tratam de dores físicas, desgostos morais, vexames, perdas de prestígio ou de reputação, complexos de ordem estética que atingem bens como a saúde, o bem estar, a liberdade, a beleza, a perfeição física, a honra ou o bom nome, que por sua vez não integram o patrimônio material do lesado, podendo apenas ser compensados⁹⁵ com a obrigação pecuniária imposta ao agente⁹⁶.

Assim, dada a natureza imaterial dos danos não patrimoniais e a possibilidade de transformar uma dor sentida pelo lesado em pecúnia, é que os doutrinadores e juízes se dividem acerca dessa ressarcibilidade, pronunciam-se contra o comércio da indenização⁹⁷. Nessa linha, Antunes Varela brilhantemente ensina que com esta prática não há, de fato, a intenção de pagar ou indenizar o dano, muito menos o intuito de atenuar um mal consumado, mas que pode servir para satisfação das mais variadas necessidades que cabe a

⁹⁴ No essencial, pode dizer-se que, se não é possível apagar o mal conduzido (um sofrimento físico ou moral). Já é possível conceder ao lesado uma vantagem material que de algum modo atenua ou minora aquele mal, proporcionando-lhe satisfações que de outro modo não poderia obter. Aceitando-se que não se trata aqui de uma indenização no sentido clássico (indemnizar = tornar indemne), o que se pretende e parece e parece razoável é atribuir ao lesado uma compensação ou satisfação, que, em alguma medida, contrabalance o prejuízo causado em bens de natureza imaterial. ALARCÃO, Rui. *Direitos das Obrigações*. Coimbra: Quarteto, 1983. p. 233.

⁹⁵ Na verdade, mais do que uma indemnização devemos falar aqui de uma *satisfação ou compensação*. A opinião generalizada a favor do ressarcimento dos danos morais teve como consequência a consagração legal do instituto, no artigo 496º embora se viessem a suscitar algumas dúvidas acerca de seus limites. Lembremos aqui, por exemplo, que o facto do artigo 496º particularizar as hipóteses de morte da vítima, no n. 2 e na segunda parte do n. 3 e o facto do art. 495º se referir aos casos de lesão corporal, poderiam fazer supor que os danos não patrimoniais seriam ressarcíveis, apenas, no âmbito da responsabilidade proveniente de lesão corporal. Não é esse, porém, o entendimento da doutrina, que atribui um *alcance mais geral* à regra da ressarcibilidade dos danos morais merecedores de tutela jurídica. CERDEIRA, Ângela, *ob. cit.*, p. 76.

⁹⁶ VARELA. Antunes. *Das obrigações em geral*. Porto: Almedina, 2000. p. 600.

⁹⁷ Rui Alarcão pondera essa dicotomia explicando que: “A concessão de uma indemnização por danos morais tem sido combatida por uma parte da doutrina, com base, por um lado, em argumentos de carácter técnico, por outro, em razões de ordem moral. Quanto aos primeiros, faz-se valer que é impossível apagar, reparando, uma ofensa a um bem imaterial, que, justamente por o ser, é insusceptível de uma avaliação pecuniária. Só se poderia verdadeiramente falar de dano quando for detectável uma efectiva diminuição do patrimônio do lesado. As dores, os desgostos, os vexames, a perda da alegria de viver não se medem nem se pagam com dinheiro. Admitir que o lesante, além da indenização propriamente dita, possa ser condenado a entregar à vítima uma quantia a título de danos não patrimoniais, significaria acrescentar à responsabilidade civil uma pena privada. Além de que a fixação desta garantia, não podendo obedecer a critérios exactos, seria totalmente arbitrária. Entretanto, no essencial, pode-se dizer que, se não é possível apagar o mal produzido, já é possível conceder ao lesado uma vantagem material que de algum modo atenua ou minora aquele mal, proporcionando-lhe satisfações que de outro modo não poderiam obter. Ressaltando que trata-se aqui, de uma compensação ou satisfação que contrabalance o prejuízo causado em bens de natureza imaterial. ALARCÃO, Rui. *Direitos das Obrigações*. Coimbra: Quarteto, 1983. p.232-233.)

um ser humano (ficou confuso esse intuito). E conclui dizendo “Mais imoral e bem mais injusto é o resultado da tese oposta, negando qualquer compensação a quem sofreu o dano e deixando absolutamente intacto o património do autor da lesão. Imoral é fazer comércio dos bens de ordem espiritual, não o pretender o ressarcimento dos danos que lhes sejam causados⁹⁸”.

Pode-se perceber que o dano não patrimonial versa sobre bens jurídicos tutelados pelo direito, porém, não quantificáveis. São, digamos assim, patrimônio espiritual que em que pese sua nobreza, opulência e dignidade, dignos não de serem reparados em caso de violação, mas compensados, pois muito prejudicado alguém será atingido na alma, (pouco formal) no que em um bem suscetível de reparação.

2.3. Da liquidação do dano não patrimonial: Quantum indenizatório

Como quantificar uma dor, tormento, depressão, angústia, abalo moral, nome sujo? A dificuldade de determinar um *quantum indenizatório* é enfrentada tanto pelos doutrinadores, quanto pela jurisprudência, uma vez que os bens tutelados em uma responsabilidade civil por danos não patrimoniais não possuem valor de mercado, são subjetivos e dependem do caso em concreto. Porém, a codificação civil portuguesa aponta qual deve ser o procedimento.

Antunes Varela⁹⁹ ensina que a reparação deverá ser realizada com base em juízos de equidade sempre observando as regras do art. 496º e 494º do C. Civ. Desta forma, terá que atentar “ao grau de culpabilidade do responsável, à sua situação econômica do lesado e do titular da indemnização (art. 496º n. 3), aos padrões de indemnização geralmente adoptados na jurisprudência, às flutuações do valor da moeda, etc”. Neste raciocínio, pode-se observar que a indenização, verificadas a realidade dos fatos, configurará mais uma compensação do que uma reparação propriamente dita.

Corroborando a tese de juízo de equidade, Alarcão¹⁰⁰ observa que o tribunal deve atender em qualquer caso ao que se refere o art. 494º¹⁰¹: “Além da própria gravidade do

⁹⁸VARELA. Antunes. *Das obrigações em geral*. Porto: Almedina, 2000. p. 604.

⁹⁹VARELA. Antunes. *Das obrigações em geral*. Porto: Almedina, 2000. p. 607.

¹⁰⁰ALARCÃO, Rui. *Direitos das Obrigações*. Coimbra: Quarteto, 1983. p. 235.

¹⁰¹ Artigo 494º do Código Civil Português: “Quando a responsabilidade se fundar na mera culpa, poderá a indemnização ser fixada, equitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados,

dano não patrimonial, o julgador terá ainda ao seu dispor alguns elementos de caráter objetivo, embora este seja um domínio em que terá de fazer particular apelo a sua experiência a senso jurídico”.

Desta forma, não há como fixar tabela que comporte valores correspondentes a danos não patrimoniais¹⁰². Primeiro porque não há uma enumeração de danos desta espécie, segundo porque o dano é de ordem subjetiva e tem consequências diferentes em cada caso concreto. Com certeza, a fixação do *quantum* deverá ser feito ao final do processo, mediante análise do caso em concreto, das provas apresentadas e da valoração do juiz, para que não se tenha valores irrisórios e nem abusivos, permitindo que este dever de compensar também tome contornos pedagógicos impedindo que o agente reincida no ato antijurídico¹⁰³.

desde que o grau da culpabilidade do agente, a situação econômica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem”.

¹⁰² I - A disposição do artigo 1792 do Código Civil apenas contempla os danos não patrimoniais resultantes da dissolução do casamento. II - Tais danos são, entre outros, os sofrimentos ocasionados pelo divórcio e a desconsideração social que, no seu meio, tenha porventura atingido o cônjuge inocente ou mesmo culpado. III - O montante da indemnização correspondente aos danos não patrimoniais deve ser calculado, haja dolo ou mera culpa do lesante, segundo critérios de equidade, atendendo ao grau de culpabilidade do responsável, à sua situação econômica, aos padrões de indemnização geralmente adoptados na jurisprudência, às flutuações do valor da moeda, etc. IV - Tratando-se da dissolução de um casamento que perdurou 23 anos e de que nasceram dois filhos, um de 20 e outro de 12 anos, constituindo o divórcio para a mulher o ruir de toda a sua vida afectiva e afectando o estatuto de divorciada a sua maneira de ser e personalidade, o montante de 750 mil escudos é adequado para compensar os danos não patrimoniais por ela sofridos em consequência da dissolução do casamento. STJ. Processo n. 084646. Relator: Zeferino Faria. Data do acórdão: 03.02.1994 Disponível em: <http://www.stj.pt/jurisprudencia/basedados>. Acesso em 04 dez. 2013.

¹⁰³ No Brasil não há um dispositivo que aponte critérios de avaliação para configuração do dano geral, tendo caráter de princípio geral o art. 5º, X da CF: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Neste sentido Caio Mário ensina: “O problema de sua reparação deve ser posto em termos de que a reparação do dano moral, a par do caráter punitivo imposto ao agente, tem de assumir sentido compensatório. Sem a noção de equivalência, que é própria da indenização do dano material, corresponderá à função compensatória que tiver sofrido. A vítima de uma lesão a algum daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes do seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva. Mas se é certo que a situação econômica do ofensor é um dos elementos da quantificação, não pode ser levada ela ao extremo de se defender que as más condições o eximam do dever ressarcitório”. PEREIRA, Caio Mário. *Responsabilidade Civil*. 10º ed. Rio de Janeiro: GZ, 2012. p. 84.

A FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA: DO CASAMENTO AO DIVÓRCIO

Livres das amarras da era patriarcal e já não dominados pela igreja católica, homens e mulheres são livres entre si para criar grupos diversos com o mesmo fito: ser uma família.

Comparado a todos os séculos de patriarcalismo registrado na história, pode-se afirmar que nas últimas décadas a sociedade, tão ansiosa de mudanças e com gana de direitos, correu em busca de mudanças¹⁰⁴. E conseguiu.

Não é à toa que a família seja a base da sociedade, pois é nela refletem as principais mudanças. Sem dúvida alguma, o reconhecimento de suas novas formas e especificação de seus sujeitos de direito deram azo a novos comportamentos sociais, possibilitando a integração dos até então marginalizados no ambiente. Explico. Foi a partir do reconhecimento da família monoparental que a mãe solteira deixou de ser discriminada perante a sociedade, por exemplo.

Tão importante para o bom funcionamento do sistema que a família é tida como instrumento para alcançar a plenitude da vida de um indivíduo. Ela serve de passaporte para realizações, liberdade e para felicidade.

Não obstante os laços consanguíneos, sobrenomes e a união civil ainda tenham grande relevância para o Direito de Família, hodiernamente é o afeto e o cuidado que se sobressaem como elementos essenciais para a existência de uma entidade familiar. Isto é, já não se necessita casar para morar no mesmo teto, e nem gerar uma criança no seu próprio ventre para chamar de seu filho e nem mesmo ser pai ou mãe biológicos para

¹⁰⁴ Maria Helena Silva e Ana Paula Relvas atribuem alguns motivos que fundamentaram a ocorrência de multiplicidade de modelos conjugais e para novas formas de família. São eles: 1. Mudanças das práticas e concepções sobre a vida familiar; 2. Aumento da autonomia e liberdade individual no plano da vida privada; 3. Mudança na forma de encarar a sexualidade e privacidade dos laços conjugais; 4. Transformação social do estatuto da mulher, aumentando o seu protagonismo na sociedade; 5. Alteração no modo de encarar o casamento, que se tornou uma etapa facultativa do percurso conjugal; 6. Proteção da liberdade individual e assunção de compromissos não duradouros e flexíveis; 7. Baixa taxa de nupcialidade; 8. Aumento de idade de casamento e de nascimento do primeiro filho. e complementam: “ De instituição a qualquer custo, o casamento tornou-se, tendencialmente, uma relação que dura enquanto mantiver compensadora para quem nela está envolvido. Da obediência a regras impostas do exterior, passou-se para ideia da qualidade da relação cujos valores dão maior ênfase aos laços interpessoais do que à dimensão institucional do casamento. (SILVA, Maria Helena; RELVAS, Ana Paula. Casal, casamento e União de Facto *in Novas Formas de Família*. Coimbra: Quarteto, 2002, p. 194-196)

adicionar seu sobrenome àquele que criou com tanta dedicação. O formalismo cede espaço para a liberdade de escolha.

Assim, o casamento, antes um pressuposto para a constituição da entidade familiar, já é tão somente uma opção dos que decidem se unir para comungar suas vidas plenamente e, por isso, a dimensão da conjugalidade tomou novas proporções.

3.1. A conjugalidade e suas novas dimensões:

A palavra conjugalidade remete a cônjuge, o que invariavelmente dá ideia de casamento - aquele que tanto no ordenamento civil português (art. 1577¹⁰⁵) quanto no brasileiro (art.1511¹⁰⁶) é responsável pela constituição da família. Contudo, já não é mais a única forma de união entre pessoas existentes, havendo, portanto, algumas outras formas em que os “não casados” acabam ganhando status de *cônjuges*¹⁰⁷.

A união estável já consolidada no âmbito jurídico¹⁰⁸ e fático¹⁰⁹ é responsável pela formação de um número significativo de famílias¹¹⁰, assim como as relações concubinárias

¹⁰⁵ Art. 1577º do Código Civil português, alterado pela lei 9/2010: “Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código”.

¹⁰⁶ Art. 1511 do Código Civil brasileiro: “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”.

¹⁰⁷ O casamento é uma das formas de constituição de família. A mais antiga, tradicional, mas não é única. A união estável entre o homem e a mulher é também, uma entidade familiar, com a mesma dignidade e importância, merecedora de idêntica proteção do estado. Uma característica marcante do direito da pós-modernidade é a possibilidade de constituição de família seguindo vários modelos, e sem que nenhum deles seja considerado o melhor, mas relevante. VELOSO, Zeno. Deveres dos cônjuges – responsabilidade civil. *In Direito de Família no novo milênio*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 173.

¹⁰⁸ Em Portugal o art. 1º da Lei 07/2001 alterado pela lei 23/2010 reconhece a união de facto tanto para heterossexuais quanto para homossexuais: “1 — A presente lei adopta medidas de protecção das uniões de facto. 2- A união de facto é a situação jurídica de duas pessoas que, independentemente do sexo, vivam em condições análogas às dos cônjuges há mais de dois anos”.

No Brasil há um resguardo Constitucional da União estável entre pessoas de sexos diferentes no art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 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. Bem como no art. 1.723 do Código Civil. “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”. Em que pese a omissão do legislador quanto à união homoafetiva no Brasil a jurisprudência dos Tribunais tem suprido com decisões fundamentadas em interpretações conforme à Constituição, baseando-se no princípio da igualdade e dignidade, reconhecendo essas uniões e até sua conversão em casamento.

¹⁰⁹ Dados publicados pelo Instituto Nacional de Estatística revelaram pesquisa sobre estado civil e conjugalidade realizado na população de Portugal em 2011: “Embora em 2011 as uniões conjugais continuassem a ser maioritariamente formalizadas através do casamento (87%), as uniões de facto já representavam cerca de 13% do total face a 7% em 2001. Na Região do Algarve as uniões de facto

que vêm pleiteando reconhecimento no plano jurídico¹¹¹, pois no fático, sua existência se confunde com a própria existência do matrimônio. Afora essas modalidades mais vulgares, há também a novidade poliamorista, que consiste a união entre mais de duas pessoas com fins de família.

A matéria da conjugalidade, assim, deixa de possuir caráter restrito, correspondendo apenas ao casamento, e passa a ter significado mais amplo abrangendo toda forma de união afetiva¹¹².

Assim, se merecem *status* de família também lhes serão garantidos direitos e deveres das relações de conjugalidade, resguardando essas uniões no mundo jurídico¹¹³.

representam cerca de 21% das uniões conjugais, peso que atingia 20% em Lisboa e 14% no Alentejo. O valor mais baixo, de cerca de 9%, registava-se na Região Norte”. In <http://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine> base dados, acessado em 20.12.13. No Brasil o Censo realizado pelo IBGE em 2010 revelou que 36,41% dos brasileiros vivem em união estável, 42,49% são casados civilmente e no religioso; 17,24% são casados apenas perante Cartório de Registro Civil e 3,43% são casados apenas perante autoridade religiosa, e portanto, também vivem numa união estável. dados dos resultados preliminares das amostras – tabela 3329, disponível no site do IBGE ftp://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo_Demografico_2010/Nupcialidade_Fecundidade_Migracao/tab1_1.pdf, acessado em 20.12.13.

¹¹⁰ Em matéria jornalística o Site Portugal divulgou em matéria – unidos, de facto – uma nova tendência na liberdade de escolha da sua conjugalidade. É que o número de pessoas em união de facto quase duplicou em dez anos, tendo o número de casamentos diminuídos em 39%. Em entrevista, a professora do Instituto Universitário de Lisboa (ISCTE-IUL) explica que esta é uma nova geração que está no “mercado matrimonial” são jovens com valores modernos, baseados em novos modelos de constituir família. Embora numa mesma geração existam diferentes formas de conceber o casamento, estes são jovens que tendem a apostar na formação individual, não só académica, mas também afectiva. Também apostam numa fase de experimentalismo, em que testam viver a dois, a tempo inteiro ou numa vivência *part-time*, na qual a sexualidade está mais presente. ALBUQUERQUE, Raquel. Unidos, de fato. *in* <http://www.publico.pt/sociedade/noticia/unidos-de-facto-1584159>, publicado em 15.02.2013 às 08:56.

¹¹¹ Sobre o assunto discorre Marcos Alves da Silva: “O reconhecimento jurídico de famílias simultâneas, independentemente da boa-fé objetiva, diferente do que pode parecer, não implica desvalorização da família. O concubinato adúltero, com as implicações que os juristas usualmente dele extraem, reforça a dissociação entre sexo, amor, solidariedade, responsabilidade, enfim, família. A desconsideração jurídica de famílias simultâneas, reconhecidas sociologicamente, implica reificação de pessoas que integram tais relações, boa parte das vezes, em circunstância de sujeição e dominação em relação à mulher. Neste sentido, então, o reconhecimento jurídico da família surgida em paralelo à outra, já existente traz em si uma dimensão conservadora, pois em última instância, trata-se do reconhecimento e proteção ao núcleo familiar”. SILVA, Marcos Alves da. **Da monogamia:** A sua superação como princípio estruturante do Direito de Família. Curitiba, Juruá, 2013, pp. 197-198.

¹¹² Nessa linha Maria Helena Silva e Ana Paula Relvas justificam a complexidade da conjugalidade: “Quando se pensa em num casal considera-se uma multiplicidade de aspectos que se estendem desde o jogo de afectos às crenças, expectativas, cognições e condições ou pressões sociais que nele habitam e o envolvem. Pensa-se em amor, satisfação, qualidade da relação, facilidade e dificuldades, continuidade e mudanças ao longo do tempo, filhos, contextos e ajustes familiares e sociais. (SILVA, Maria Helena; RELVAS, Ana Paula. Casal, casamento e União de Facto *in Novas Formas de Família*. Coimbra: Quarteto, 2002, p. 207.)

¹¹³ Em que pese a opinião sobre a não aplicação dos deveres conjugais nas relações de conjugalidade informais, Marcos Alves da Silva defende que estas uniões sejam tuteladas e reconhecidas pelo Direito, corroborando: “A inclusão da união estável entre as entidades familiares merecedoras de garantias e proteção constitucional teve como objetivo, exatamente, trazer para o âmbito da tutela legal um expressivo percentual de situações de situações jurídicas de conjugalidade não formalizadas pelo casamento”. SILVA, Marcos Alves da. *Da monogamia:* A sua superação como princípio estruturante do Direito de Família. Curitiba: Juruá, 2013. p. 134.

3.2 Do casamento

De certo que atualmente o casamento, como já demonstrado no item supracitado, não é a via mais procurada para formar a conjugalidade; porém, ainda toma grande espaço nos ordenamentos civis tanto de Portugal quanto do Brasil, sendo ainda bem mais resguardado e regulamentado do que as outras formas de uniões afetivas e, (in) felizmente, servindo de parâmetro em matéria de Família¹¹⁴. Por isso, para que se entenda melhor os direitos e deveres da conjugalidade, faz-se necessário um estudo mais específico sobre seus contornos.

O Casamento é regulado atualmente em Portugal pelo livro IV – Direito de Família do Código Civil Português que conceitua o casamento no artigo 1577º sendo esmiuçado conforme os títulos que o seguem. Já no Brasil é regulado pelo livro IV - Do Direito de Família, Título I - Do Direito Pessoal, subtítulo I - Do casamento, dispostos nos artigos 1.511 e seguintes do Código Civil brasileiro. Para ambas as codificações, é uma forma de constituição de família.

Tanto em Portugal quanto no Brasil são admitidos duas espécies de casamento, quais sejam, o civil e o religioso com efeitos civis, dispostos no artigo 1588º e 1589º do Código Civil Português e no artigo 1.515 do Código Civil brasileiro.

Não obstante a quebra de vínculo entre a Igreja Católica e o Direito, Rodrigo da Cunha Pereira afirma que ainda remanesce este vínculo, na medida em que o casamento religioso pode ser convertido em civil, dada a liberdade de religião e culto que todo cidadão tem. E, ainda, assevera que não só a autoridade católica que tem esse poder, mas qualquer autoridade religiosa radicadas no país¹¹⁵. Na mesma linha, Almeida Costa aponta

¹¹⁴ Sobre, repara o doutrinador brasileiro Marcos Alves da Silva: “mesmo depois de bom tempo da consagração da tábua principiológica fixada pela Constituição, o legislador, o doutrinador e a jurisprudência de um modo geral, ainda, pensam a conjugalidade a partir dos moldes do casamento. Daí resulta a dificuldade histórica, diga-se – de construção jurídica autóctone da conjugalidade no âmbito da família da família não fundada em casamento”. ”. *Idem, ibidem*, p. 130.

¹¹⁵ Cf. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Código Civil das Famílias anotado e legislação correlata em vigor*. 4.ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 14.

o casamento civil sob a forma religiosa¹¹⁶ nos artigos 1615º, al. *b*, e 1616º, al. *b* do Código Civil português.

Apesar disto, em Portugal o Código Civil dispõe apenas - nos artigos 1625º e 1626º¹¹⁷ - sobre a competência dos tribunais eclesiásticos, fazendo alusão ao casamento católico somente, entendendo a doutrina que o casamento civil sob a forma religiosa não seria outra modalidade¹¹⁸, mas apenas uma espécie diferente de casamento.¹¹⁹

Nos ensinamentos de Diogo Leite de Campos, o casamento católico exprimia o diálogo e a construção com seu próprio eu e com Deus através do amor: “O ser humano passa a viver conscientemente o que é por natureza, isto é, dirigido para o outro, vindo Deus aperfeiçoar esta natureza humana através da instituição do casamento católico¹²⁰”.

¹¹⁶ Sobre o tema discorre Jorge Duarte Pinheiro: “Outro é o tratamento pelo Estado português aos demais casamentos religiosos, relativamente aos quais não há nenhuma norma semelhante à do art. 16º da referida Concordata (entre a República portuguesa e a Santa Sé de 2004), ou à dos arts. 1625º e 1626º. Aos casamentos religiosos não católicos celebrados perante o ministro do culto de uma igreja ou comunidade religiosa radicada no país (evangélico, judaico, islâmico, etc.) são reconhecidos efeitos civis (art. 19º, n. 1, da lei da Liberdade Religiosa). Contudo, os casamentos em apreço estão integralmente sujeitos ao regime que vigora para o casamento civil, salvo no que toca a alguns aspectos de forma (cf. arts. 19º e 58º da lei da Liberdade Religiosa). Não são, portanto, modalidades, mas meras formas de casamento. Bem vistas as coisas, são afinal casamento civil sob forma religiosa”. PINHEIRO, Jorge Duarte. *O Direito da Família contemporâneo*. 3.ed., Lisboa: AAFDL, 2010. p. 425.

¹¹⁷ Artigo 1625º (Competência dos tribunais eclesiásticos) O conhecimento das causas respeitantes à nulidade do casamento católico e à dispensa do casamento rato e não consumado é reservado aos tribunais e às repartições eclesiásticas competentes.

Artigo 1626º (Processo) 1. As decisões dos tribunais e repartições eclesiásticas, quando definitivas, sobem ao Supremo Tribunal da Assinatura Apostólica para verificação, e são depois, com os decretos desse Tribunal, transmitidas por via diplomática ao tribunal da Relação territorialmente competente, que as tornará executórias, independentemente de revisão e confirmação, e mandará que sejam averbadas no registo civil. 2. O tribunal eclesiástico pode requisitar aos tribunais judiciais a citação ou notificação das partes, peritos ou testemunhas, bem como diligências de carácter probatório ou de outra natureza.

¹¹⁸ “O nosso sistema de casamento civil facultativo enquadra-se na segunda variante, de dupla modalidade. O casamento civil e o casamento religioso são dois institutos diferentes. Contudo, o casamento religioso não católico não constitui uma modalidade autónoma, integrando-se no casamento civil, que comporta, assim, duas formas: a civil e a religiosa. As partes podem escolher entre o casamento civil celebrado por forma civil (perante o conservador do registo civil), o casamento civil celebrado por forma religiosa (perante ministro do culto de uma igreja ou comunidade religiosa radicada em Portugal) e o casamento católico (celebrado perante pároco)”. PINHEIRO, Jorge Duarte. *O Direito da Família contemporâneo*. 3.ed., Lisboa: AAFDL, 2010. p. 427.

¹¹⁹ Almeida Costa atenta para o instituto jurídico próprio que o casamento católico recebe, não sendo, portanto, apenas uma forma diferente de celebração, mas assevera “Existe, Contudo, em matéria de impedimentos, uma prevalência do ordenamento jurídico estadual sobre o canónico, pois não se poderá celebrar casamento católico desde que ocorra qualquer impedimento ao casamento civil (arts. 1596º a 1599º, e Cód. Do Reg. Civ. Arts. 134º e segs.). Também no que respeita ao registo, a transcrição do duplicado do assento paroquial numa conservatória do registo civil representa condição legal da eficácia do casamento católico, não podendo este ser invocado enquanto não se tenha lavrado o assento respectivo (art. 1669º e Cód. Do Reg. Civ., arts. 169º e 171º). E, finalmente, ao casamento católico aplica-se o regime da dissolução por divórcio (art. 36º, n. 3 da Constituição da República e arts. 1588º e 177º e segs. Do Cód. Civ.) COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Noções fundamentais de Direito Civil*. 5.ed., Coimbra: Almedina. 2009, p. 501-502.

¹²⁰ CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de Direito da Família e das Sucessões*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 158. E, ainda explica: “é nesta relação do ser para o outro que se constitui, ao longo da vida, o ser pessoal de cada um dos cônjuges. E se enriquece, completando-se, no ser para os filhos. O ser humano

O direito matrimonial canônico está predisposto no Código de Direito Canônico cânones 1055 a 1163, no título VII do IV livro. O cânone 1055 § 1 define matrimônio como “o pacto matrimonial, mediante o qual o homem e a mulher constituem entre si o consórcio de toda a vida, ordenado pela sua natureza ao bem dos cônjuges e à procriação e a educação da prole, entrebaptizados, foi elevado pelo Senhor Cristo à dignidade de Sacramento”. Configura-se, desta forma, não em um simples pacto, mas um contrato juridicamente vinculante, can. 1055 §2.

Menos irretirável, digamos, é o casamento civil que nas palavras de Jorge Duarte Pinheiro no qual significa: “a assunção de um compromisso recíproco que tem reflexos amplos no plano existencial e temporal: o compromisso de plena comunhão de vida (art. 1672º). E a plena comunhão de vida não determina a eliminação da individualidade das partes¹²¹”.

Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira afirmam que não há uma ideia universal de casamento que abarque em um só conceito todas as formas de matrimônio reconhecidas por todos os direitos e todas as épocas históricas, mesmo assim, arriscam a expressar uma ideia comum aos sistemas jurídicos sobre o tema. Assim, o casamento seria um “acordo entre homem e mulher feito segundo as determinações da lei e dirigido ao estabelecimento de uma plena comunhão de vida entre eles¹²²”.

Os autores ainda conceituam as duas modalidades existentes no ordenamento português. Para eles, o casamento civil seria como uma comunhão de vida em que os cônjuges estão reciprocamente vinculados a uma comunhão exclusiva de vida, quiçá perpétua, entrelaçados pelos deveres conjugais - respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência -. Não consideram, no entanto, que o fim da procriação deve estar inserido nesta definição, pois é um fim normal ou natural, não sendo uma consequência absoluta do casamento. Já o casamento religioso seria como “um acto de vontade pelo qual o homem e a mulher, por pacto irrevogável, se entregam e recebem mutuamente a fim de constituírem o matrimónio¹²³”.

definitivamente só pode encontrar o seu fim nos outros, cônjuge e filhos. E, através dessa “trindade” que é o amor, descobre os outros, todos os outros e, completa-se, completando a família no viver para todos os outros com todos os outros. Numa solidariedade exigida por Deus para se dar no juízo universal, prova do amor de todos para todos os outros. (p. 157)

¹²¹ PINHEIRO, Jorge Duarte. *O Direito da Família contemporâneo*. 3.ed., Lisboa: AAFDL, 2010. p. 423.

¹²² COELHO, F.P; OLIVEIRA, G. *Curso de Direito de Família*. Vol. I Introdução ao Direito Matrimonial. 4.ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2011, p. 166.

¹²³ COELHO, F.P; OLIVEIRA, G. *Curso de Direito de Família*. Vol. I Introdução ao Direito Matrimonial. 4.ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2011, p. 167-169.

Partilhando da mesma ideia, Maria Berenice Dias conceitua casamento como uma relação complexa, assumindo o par direitos e deveres recíprocos, além de um conjunto de elementos de caráter sentimental, assistencial, patrimonial, social, moral, público e privado¹²⁴, que acarretam sequelas não só no âmbito pessoal¹²⁵.

Por último, mas não menos importante, registra-se aqui a questão do casamento homoafetivo. Em Portugal a lei 9 de 2010 de 31 de maio alterou o artigo 1577º do Código Civil, possibilitando assim, formalmente, o casamento entre casais do mesmo sexo. De acordo com estatísticas, nestes últimos três anos mais de 936 casamentos gays foram realizados¹²⁶. Portugal, ao reconhecer essa espécie de casamento na legislação, comporta o 8º lugar na lista de países do mundo a fazê-lo. Já o Brasil não conta com legislação que resguarde o casamento homoafetivo, porém, após o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade de número 4.277, em 05.05.2011, os tribunais vêm autorizando a prática¹²⁷.

¹²⁴ Explica Maria Berenice Dias sobre o casamento: Casamento significa o ato de celebração do matrimônio como relação jurídica que dele se origina: a relação matrimonial. O sentido da relação matrimonial melhor se expressa pela noção de comunhão de vidas ou comunhão de afetos. O ato do casamento cria um vínculo entre os noivos, que passam a desfrutar do estado de casados. A plena comunhão de vida é o efeito por excelência do casamento. Além de estabelecer a sociedade conjugal e proceder à alteração do estado civil dos cônjuges, gera dois vínculos: (a) vínculo conjugal entre os cônjuges; (b) vínculo de parentesco por afinidade, ligando um dos cônjuges aos parentes do outro. DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das Famílias*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, , 2009, p. 141.

¹²⁵ *Idem, ibidem*, p. 142.

¹²⁶ Desde 2010 já foram registados nas conservatórias portuguesas 936 casamentos civis entre pessoas do mesmo sexo, segundo dados fornecidos pelo Ministério da Justiça (ver gráficos ao lado). O ano com mais casamentos até agora foi 2011 com 325. Nos últimos seis meses de 2010 celebraram-se 245. Quase tantos como em 2012 (295). Disponível em: <http://www.ionline.pt/artigos/portugal/tres-anos-ja-houve-936-casamentos-gay-portugal/pag/-1>. Acesso em 31mai. 2013.

¹²⁷ Sobre a relevância do reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo discorre Marianna Chaves: “Não há como encontrar-se motivos racionais para a manutenção do monopólio do casamento heterossexual. Olvidam-se que a sociedade está em movimento constante e a lei e as normas não podem restar estáticas, enraizadas em juízos ultrapassados e em desacordo com o momento atual vividos pelos povos” (pp.198-199), além disso, “o direito ao casamento, em especial, e o Direito das Famílias geralmente, se relacionam de forma direta com o exercício de diversos direitos fundamentais. E, ao contrário do que muitos pós-modernistas afirmam, pesquisas revelam que a maioria dos homossexuais gostaria de ter direito de casar-se, especialmente pelo fato de a regulação traduzir-se em uma maior tolerância e até aceitação por parte de suas famílias, das pessoas com quem trabalham e da sua comunidade” (p. 197). Arremata a autora, citando Ronald Dworkin (A **virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade (trad.) Jussara Simões; Cícero Araújo, Luiz Moreira (revisão técnica). São Paulo: Martins Fonseca, 2005.): “Será que ‘uma maioria moral’ pode limitar a liberdade de cidadãos individuais sem uma justificação melhor do que a de desaproveitar suas orientações pessoais?”. CHAVES, Marianna. *Homoafetividade e Direito: proteção constitucional, União, casamento e parentalidade um panorama Luso-brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2011.

3.2.1. Natureza jurídica do casamento

Diferente do Brasil, a doutrina portuguesa dominante considera o casamento um contrato.

Diogo Leite de Campos¹²⁸ afirma que o casamento tanto católico quanto civil são contratos de forma solene. É vocacionalmente perpétuo. Divide assim as modalidades do casamento em dois: casamento como ato e casamento como estado¹²⁹.

O casamento como ato assume contornos de negócio jurídico¹³⁰ e, por isso, é um contrato. Em que pese a mitigação do princípio da autonomia privada, própria do negócio jurídico, a autonomia dos nubentes é muito pequena no momento em que os efeitos pessoais do casamento e alguns dos efeitos patrimoniais, são fixados imperativamente pela lei, sem que as partes possam introduzir derrogações no regime legal respectivo. Mesmo assim, ainda é o casamento uma declaração de vontades dirigidas a certos efeitos e que a ordem jurídica tutela em si mesmas e na sua direção, atribuindo efeitos jurídicos em geral correspondentes com aqueles que são tidos em vista pelos declarantes, tendo as mesmas características do negócio jurídico, assumindo, portanto, a espécie de um contrato.

Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira confirmam a natureza contratual do casamento tanto católico quanto civil. Católico, pois quando da sua celebração, embora seja necessária a figura do pároco, este é uma mera testemunha pública que em nome da Igreja recebe o consentimento dos nubentes (os ministros do sacramento do matrimônio).

¹²⁸ CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de Direito da Família e das Sucessões*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 183-184.

¹²⁹ O casamento como estado pressupõe dois caracteres o qual explica sucintamente Almeida Costa: “1. A exclusividade ou unidade do casamento. Traduz-se com esta nota o facto de a nossa lei, como a generalidade das legislações modernas proíba que se esteja casado ao mesmo tempo com mais do que uma pessoa (art. 1601º, al. c). Aliás, a bigamia é crime punido no Código penal (art. 247º). 2. A presunção de perpetuidade do casamento. O facto de o casamento ser tendencial ou presuntivamente perpétuo significa que só existem como formas de sua dissolução as previstas na lei: a morte e o divórcio (art. 1788º), além da dispensa do casamento rato e não consumado, privativa do casamento católico (art. 1625º e Cód. De direito Can., CÂN 1142) COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Noções fundamentais de Direito Civil*. 5.ed., Coimbra: Almedina, 2009, p. 517.

¹³⁰ Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira definem negócio jurídico: “declaração de vontade dirigida a certos efeitos e que a ordem jurídica tutela em si mesma e na sua direção determinada, atribuindo-lhe efeitos jurídicos em geral correspondentes aos fins que o declarante ou os declarantes têm em vista. Sabemos também que o negócio jurídico é o instrumento por excelência da autonomia da vontade privada, autonomia que se manifesta sobretudo no domínio do direito das obrigações, mas se afirma ainda, embora mais restritamente, no campo dos direitos reais, familiares e sucessórios”. COELHO, F.P.; OLIVEIRA, G. *Curso de Direito de Família*. Vol. I Introdução ao Direito Matrimonial. 4.ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2011, p. 196.

Civil porque está definido no artigo 1577º do Código Civil português e segue regramentos do Código¹³¹.

Nessa linha Cerdeira explica que o casamento resulta do acordo de duas declarações de vontades contrapostas, mas harmonizáveis entre si - como é própria da estrutura do contrato -, porém ressalva a autora que mesmo assim este contrato possui uma dignidade peculiar estranha aos demais negócios jurídicos¹³².

Para Jorge Duarte Pinheiro, o casamento, ao seguir as disposições do código civil, configura-se em contrato pessoal e solene. É pessoal porque na sua realização é indispensável a presença dos próprios contraentes, ou de um deles e do procurador do outro, art. 1616º, al. a.; e é solene uma vez que sua celebração está sujeita a uma forma estabelecida na lei, art. 1615º, que tem o escopo de fazerem as partes refletirem antes de se vincularem. Ressalva também que, mesmo se tratando de contrato, o casamento revela ser um contrato especial, pois influi no estado das pessoas, projetando-se principalmente na esfera pessoal e acessoriamente na esfera patrimonial, além disso, tem aspecto funcional com finalidade comunitária – familiar¹³³.

Corroborando com a tese de que o casamento é um contrato especial, Varela afirma que “circunstância de o acto jurídico realizado pelos nubentes poder gerar uma instituição não impede que a fonte da instituição seja um contrato¹³⁴”. Arrematam Erhardt Soares e Leite de Campos que a família é cada vez menos uma instituição e cada vez mais uma estrutura contratual dirigida à realização de finalidade individuais¹³⁵.

No Brasil há uma larga discussão a respeito do tema, dividindo-se em três correntes: 1) individualista, que enxerga o casamento como um contrato de vontades convergentes para a obtenção de fins jurídicos; 2) institucional, que considera como um conjunto de normas imperativas a que aderem os nubentes; 3) eclética, que considera o casamento um ato complexo, sendo um contrato de formação e uma instituição quanto ao seu conteúdo¹³⁶.

¹³¹ COELHO, F.P; OLIVEIRA, G. *Curso de Direito de Família*. Vol. I Introdução ao Direito Matrimonial. 4.ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2011, p. 198.

¹³² CERDEIRA, Ângela Cristina da Silva. *Da responsabilidade Civil dos cônjuges entre si*. Dissertação (Mestrado em ciências Jurídicos-Civilísticas) - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2000, p. 67.

¹³³ ”. PINHEIRO, Jorge Duarte. *O Direito da Família contemporâneo*. 3.ed., Lisboa: AAFDL, 2010. p. 424.

¹³⁴ VARELA, Antunes. *Direito da Família*. 5.ed. Lisboa: Almedina, 1999. p. 190.

¹³⁵ SOARES, Ehrhardt; CAMPOS, R. Leite de. *A família em Direito constitucional comparado* in REVISTA DA ORDEM DOS ADVOGADOS, 50º, 1999, p. 12-17.

¹³⁶ Cf. DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das Famílias*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, , 2009, p. 142.

Maria Berenice Dias chega a comparar o casamento com um *contrato de adesão* “pois seus efeitos e formas estão previamente estabelecidos na lei, não havendo espaço para vontade dos noivos, que se limitam a dizer ‘sim’ diante da autoridade civil, o que tem alcance da concordância com os deveres do casamento”. Porém, ensina que a melhor classificação para o casamento seria de a um negócio de direito de família, o que diferenciaria dos demais negócios de direito privado¹³⁷.

Morato, seguindo a linha de Álvaro Villaça Azevedo, adota a posição da teoria contratualista, afirmando que o casamento é um contrato de direito de família seguindo formas *sui generis* que geram direitos e deveres, tanto patrimonial quanto não patrimonial, entre cônjuges¹³⁸.

3.2.2. Os deveres conjugais

O estado de casados opera efeitos sobre os cônjuges, podendo ser de ordem pessoal e patrimonial. Os deveres conjugais são efeitos pessoais recíprocos que norteiam a comunhão de vida entre cônjuges, ressalva-se, porém, que não são absolutos e podem se adequar à vida do casal¹³⁹.

Em Portugal o artigo 1672º do Código Civil dispõe de forma exemplificativa, mas imperativa, os deveres conjugais. São eles: o respeito, a fidelidade, a coabitação, a cooperação e a assistência. Coelho e Oliveira¹⁴⁰ observam que a disposição de *plena comunhão de vida* no artigo 1577º complementa o sentido do que são os deveres conjugais, trazendo uma interpretação mais ampla da matéria¹⁴¹.

¹³⁷ *Idem, ibidem*, p143.

¹³⁸ MORATO, Antonio Carlos. Celebração do casamento. *in Direito de Família no novo milênio*. São Paulo: Atlas, 2010. p.93.

¹³⁹ Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira explicam: “ Sublinhe-se, por último, que, como resulta dos arts. 1618º, n. 2, e 1699º, n. 1, al. b, o art. 1672º é imperativo, no sentido de que não é possível excluir convencionalmente qualquer dos deveres que ele impõe aos cônjuges. Mas a lei oferece por vezes a possibilidade de estes os cumprirem de modo diverso, de acordo com os seus interesses e conveniências. Assim, o cumprimento do dever de coabitação reveste-se de grande plasticidade, como veremos; e o modo como deve ser cumprido por cada um dos cônjuges o dever de contribuir para os encargos da vida familiar depende do que seja acordado entre eles. Um mesmo acto ou procedimento de um dos cônjuges pode constituir ou não uma falta de respeito ao outro; o próprio adultério, a mais grave violação do dever de fidelidade, pode não fundamentar nas circunstâncias do caso o pedido de divórcio dada a particular relação estabelecida pelos cônjuges ou vividas por eles. COELHO, Francisco Pereira Coelho e OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito da Família*. Vol. I, 4.ed. Coimbra: Coimbra editora, 2011. P. 348-349.

¹⁴⁰ *Idem, ibidem*, p 346-348.

¹⁴¹ Pronuncia-se Jorge Duarte Pinheiro sobre o assunto: “Todavia, a importância dos deveres não é acompanhada por uma formulação legal precisa. Eles são enumerados por uma disposição legal, o que

Diogo Leite Campos corroborando sua teoria de que para afirmar-se é necessário comunicação, e que por isso “*o ser para com os outros* exprime a realização plena da personalidade através da solidariedade plena com os outros”, ensina que o casamento é um quadro importante para exercer a solidariedade, esta refletida através da comunhão de vida, pautada nos deveres entre cônjuges. “a vida de uma pessoa é para com os outros: amar, para ser amado; dar, para receber; comunicar, para humanizar; transmitir. A comunicação, *o ser para* é a própria vida do ser pessoal (...) neste amor-solidariedade, muitas vezes só amizade-solidariedade, que anima a comunhão de vida¹⁴²”.

Anteriormente à alteração que provocou a lei 61 de 2008, a violação culposa dos deveres conjugais dava ensejo ao divórcio ou separação judicial de pessoal e bens litigiosos¹⁴³, porém já não é mais causa relevante que o fundamento. Hodiernamente o divórcio tem caráter de constatação e já não é mais sanção.

No Brasil os deveres conjugais estão elencados no artigo 1.566 e são: I. fidelidade recíproca; II. vida em comum, no domicílio conjugal; III. mútua assistência; IV. sustento, guarda e educação dos filhos, V. respeito e consideração mútuos. Assim, como Portugal,

constitui um progresso relativamente a uma situação em que tivessem de ser extraídos, pelo intérprete, da cláusula geral da plena comunhão de vida, plasmada no art. 1577º. Mas o elenco do art. 1672º é feito sob a forma de uma ‘cascata’ de conceitos indeterminados, técnica que, num clima propício à heterogeneidade valorativa, cria dúvida, incerta e divisão doutrinária quanto ao conteúdo dos deveres conjugais. Apesar de tudo, é viável uma concretização minimamente segura do conteúdo dos deveres conjugais, mediante uma utilização cuidadosa dos instrumentos comuns de preenchimento dos conceitos indeterminados: a tópica, complementada com ponderação articulada de dados normativos fundamentais, v.g, o cerne da tutela da personalidade e o núcleo intangível da comunhão conjugal, no sector da causa”. ”. PINHEIRO, Jorge Duarte. *O Direito da Família contemporâneo*. 3.ed., Lisboa: AAFDL, 2010. p.496.

¹⁴² Cf. CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de Direito da Família e das Sucessões*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 251-252.

¹⁴³ Assim também acontece nos ordenamentos civis Francês art. 212, Espanhol arts. 67/68 e Italiano art. -143, atenta-se, porém, ao artigo 1779, n. 1, onde a violação culposa só é relevante se tornar comprometida a possibilidade de vida em comum. Não é, entretanto, qualquer violação dos devres conjugais que constitui causa de divórcio, mas tão somente a violação culposa que, dada gravidade ou reiteração, comprometa a possibilidade de vida em comum. Assim, deve o Cónjuge autor trazer ao processo dados ou circunstâncias que permitam ao juiz, de acordo com as regras da experiência, formar uma convicção positiva sobre culpa do cónjuge réu na violação dos deveres conjugais invocados* (podem mencionar-se como violações do *dever de respeito* os maus tratos físicos, as injúrias, tanto as directas, como as expressões ofensivas da honra, da reputação ou da sensibilidade do cónjuge, quanto indirectas, ou seja, os comportamentos indignos e socialmente reprovados; como violações do *dever de fidelidade* o adultério e a conduta licenciosa de um dos cônjuges nas suas relações com terceiros; como violação do *dever de coabitação* a recusa de consumir o casamento – “débito conjugal”; como violação do *dever de cooperação* o manifesto desinteresse pela saúde e situação pessoal do outro cónjuge ou pela saúde e educação dos filhos; como violação do *dever de assistência* a falta de contribuição para os encargos da vida familiar. COELHO, Francisco Pereira Coelho e OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito da Família*. Vol. I, 4.ed. Coimbra: Coimbra editora, 2011. p.624).

não são *numerus clausus*, uma vez que a vida conjugal pode exigir outros deveres entre os cônjuges para que o casamento seja viável¹⁴⁴.

Como acontece em Portugal, os deveres conjugais no Brasil também são recíprocos, sendo equivalentes entre si, obedecendo uma interpretação conforme as profundas mudanças ocorridas nas últimas décadas¹⁴⁵.

Maria Berenice Dias critica a imposição de um conjunto de enunciados pela lei dizendo: “O fato é que ninguém consegue se imiscuir nos espaços de convívio do par, e não são normas legais que irão mantê-los unidos. De nada adianta tentar impor condutas ou ditar o modo de viver a quem optou por oficializar o seu relacionamento afetivo. Dita ingerência, além de nitidamente descabida, é de todo desnecessária¹⁴⁶”.

De certo, o inadimplemento dos deveres conjugais por um ou por ambos os cônjuges não afeta a existência, a validade ou mesmo a eficácia do casamento. Após a Emenda Constitucional brasileira de número 66 de 2010, nem mesmo servem para fundamentar o divórcio, visto que não precisa ser mais fundamentado pela culpa de um dos consortes. Assim, não se pode buscar em juízo o adimplemento dos deveres conjugais, porém, é viável pleitear os danos causados pela sua violação diante da quebra da confiança que um depositou no outro¹⁴⁷.

3.2.2.1. Dever de Coabitação

A melhor doutrina ensina que o dever de coabitação se reflete em viver em comunhão de leito (débito conjugal), mesa (economia comum) e habitação (lugar de concretização do dever de coabitação). Disposto no artigo 1673º, n. 1, o diploma civil fixa

¹⁴⁴ . PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Código Civil das Famílias anotado e legislação correlata em vigor*. 4.ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 42.

¹⁴⁵ VELOSO, Zeno. Deveres dos cônjuges – responsabilidade civil. In *Direito de Família no novo milênio*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 174.

¹⁴⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das Famílias*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 237.

¹⁴⁷ Sobre corrobora Maria Berenice Dias “Não é a imposição de normas de conduta que consolida a estrutura conjugal. É a consciência dos papéis desempenhados que garante a sobrevivência do relacionamento como sede de realização pessoal. No atual estágio das relações afetivas, o fundamento é a profunda lealdade recíproca, viés que deve pautar todos os vínculos amorosos, principalmente quando existente um projeto de comunhão de vidas, uma identidade de propósitos. A solidariedade é a razão mesma de seu surgimento e o motivo de sua permanência. Em lugar de direitos e deveres previstos inocuamente na lei, melhor se o casamento nada mais fosse do que um ninho, laços e nós de afeto, servindo de refúgio, proteção e abrigo”. DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das Famílias*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 238.

que a residência familiar deve ser escolhida de comum acordo, atendendo às exigências da vida profissional de ambos os cônjuges e aos interesses dos filhos, objetivando a unidade da vida familiar .

Deve se ressaltar que o art. 1673º, n. 2 há uma mitigação deste dever, na medida em que permite que o casal viva em casa separadas, se necessário for, como por exemplo, em razão de trabalho e estudo. Nas palavras de Diogo Leite de Campos: “será atendendo às necessidades de cada um dos membros da família que se poderá chegar a uma composição em termos de fixação de uma residência comum¹⁴⁸”.

Assevera-se que o descumprimento não justificado deste dever pode ensejar o divórcio ou a separação de pessoas e de bens litigiosos, conforme o art. 1781º, a) e c), em casos de separação de fato por um ano consecutivo e de ausência, sem que haja notícia, por período não inferior a um ano, respectivamente.

3.2.2.2. Dever de fidelidade

Trata-se, nas palavras de Coelho e Oliveira, de um dever negativo, pois se configura na proibição de um cônjuge ter relações conjugais consumada com outrem que não seja seu consorte. Os autores explicam que para o adultério seja consumado é necessário que haja a ação e a intenção de provocá-lo. Ou seja, o adultério por erro ou coação não serão fundamento para o divórcio¹⁴⁹.

Há também aquelas práticas como a conduta licenciosa ou desregrada de um dos cônjuges nas suas relações com terceiro, a ligação sentimental e a correspondência amorosa que mantém com outrem que podem configurar infidelidade, pois traduzem uma negação da comunhão de vida em que se traduz o casamento¹⁵⁰.

¹⁴⁸ CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de Direito da Família e das Sucessões*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 253.

¹⁴⁹ COELHO, Francisco Pereira Coelho e OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito da Família*. Vol. I, 4.ed. Coimbra: Coimbra editora, 2011. p.350.

¹⁵⁰ Cf. CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de Direito da Família e das Sucessões*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2010, p.. 255.

3.2.2.3. Dever de cooperação

O dever de cooperação se revela uma das bases que sustentam a vida a dois, porém, mais difícil de ser regulado pelo estado. Traduz-se em auxílio mútuo.

Segundo Coelho e Oliveira, a Reforma de 1977 inovou tal dever, obrigando os cônjuges a assumirem, em conjunto, as responsabilidades inerentes à vida de família. Não se trata, entretanto, de um ajudar o outro, mas sim a condução da família em conjunto, pelos dois, em trabalho de equipe.

3.2.2.4. Dever de assistência

Diogo Leite Campos define este dever como um dever econômico, compreendendo tanto a prestação de alimentos como os encargos da vida familiar, arts. 1675º, 1 e 1676º. do Código Civil português¹⁵¹.

Ressalta-se que um acordo de repartição de tarefas pode ser pactuado pelos cônjuges, e o cônjuge que não exerce função rentável, assumindo o papel doméstico de cuidar da casa e dos filhos, cumpre mesmo assim o dever de assistência, em que pese seu caráter econômico¹⁵².

3.2.2.5. Dever de respeito

Introduzido no art. 1672 após a Reforma de 1977, o dever de respeito tem caráter residual, assim “só não são violações do dever de respeito actos ou comportamentos que

¹⁵¹*Idem, ibidem*, p. 259.

¹⁵² O artigo 1676º foi introduzido pela Reforma de 1977 e tem importante significado. Não vamos dizer que tenha tido ou venha a ter grande aplicação prática, pois mal se imagina que os cônjuges contabilizem as contribuições de cada um para os encargos da vida familiar e, designadamente, façam uso da providência concedida no n. 3 sem que estejam na disposição de pedir divórcio ou a separação de pessoas e de bens. Mas o legislador pretendeu afirmar deste modo que o trabalho prestado por um dos cônjuges no governo da casa e na criação e educação dos filhos tem valor econômico, como trabalho profissional. COELHO, F.P; OLIVEIRA, G. *Curso de Direito de Família*. Vol. I Introdução ao Direito Matrimonial. 4.ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2011, p. 358.

não constituam violações directas de qualquer dos outros deveres mencionados no artigo 1672^{o153}” .

Nas palavras de Diogo Leite Campos o dever de respeito se configura “no dever de aceitar o outro cônjuge como a pessoa que ele é (...) A comunhão de vida, é isto mesmo: cada um dos cônjuges, sendo o que é, adapta-se àquilo que o outro é, numa interacção mútua, de maneira a passarem a constituir uma unidade, esta completa, enquanto cada uma das metades era incompleta¹⁵⁴” .

3.2.3. A União de facto. Breve conceito

Na mesma linha e aludindo aos mesmos objetivos e caracterizações do casamento, a união de fato diferencia-se por ser algo mais simples, livre e destituída de regramentos severos ou quaisquer melindres e tradições. Entretanto, à medida que se torna cada vez mais praticável no meio social, ganha regulamentação e equipara-se ao casamento. Uma dicotomia, de certo, uma vez que a palavra *fato* incita uma verdade em si mesmo, sobrevivente do mundo jurídico, mesmo sem regras que o definam, todavia, é de total relevância a ingerência do Estado para proteger as pessoas que a fazem subsistir.

Assim, *prima facie* defende-se aqui que, independentemente do meio utilizado para vivenciar uma relação íntima de afeto, é importante frisar que todas essas relações, merecem a mesma atenção, assistência e consideração por parte da ciência do Direito, bem como do Estado, a fim de que não se forme uma estrutura hierarquizada de institutos.

Entretanto, em Portugal, a União de Facto ainda não tem a especial proteção que recebe a família. Atualmente é regida pela lei de n. 7/2001 de 11 de maio, (substituta que revogou totalmente a lei de n. 135/99 de 28 de agosto) que traz em seu bojo medidas de proteção das uniões de fato. Em 2010 foi complementada e alterada pela lei n. 23 de 30 de agosto, regulamentando assim, o casal que se junta e vivem como se fossem casados.

A união de facto se constitui quando um casal, tanto heterossexual quanto homossexual, decide se juntar para viver em comunhão de leito, mesa e habitação como marido e mulher. Apesar de não necessitar de registro civil, é necessário que se conte dois

¹⁵³ COELHO, F.P; OLIVEIRA, G. *Curso de Direito de Família*. Vol. I Introdução ao Direito Matrimonial. 4.ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2011, p. 349.

¹⁵⁴ CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de Direito da Família e das Sucessões*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 261.

anos desde seu início para que produzam seus efeitos, como bem disposto no art. 3º da Lei 7/2001.

Quantos aos efeitos pessoais, a doutrina ensina que não há incidência dos deveres conjugais, não há reconhecimento da relação pessoal que liga um companheiro ao outro (acredito que esteja faltando alguma informação). Em que pese, paradoxalmente, alguns direitos e encargos previstos no diploma civil português, como por exemplo, a possibilidade de adotar conjuntamente, previsto no art. 7º da Lei 135/99, além da presunção de paternidade que também é aplicada aos membros da união de facto, como bem disposto no art. 1871º, n. 1 al. c¹⁵⁵.

Nas palavras de Coelho e Oliveira, a união de facto se resume como relações *parafamiliares*, isto é, “estão equiparadas a relações de família para determinados efeitos, ou são condição de que dependem, em certos casos, os efeitos que a lei atribui à relação conjugal ou às relações de parentesco, afinidade e adoção¹⁵⁶”.

Jorge Duarte Pinheiro faz uma crítica¹⁵⁷ ao modelo implementado pela LUF e divide a união de facto em duas modalidades: “Uma primeira que opõe a união heterossexual à homossexual e a outra que divide as uniões de facto em protegidas e não protegidas¹⁵⁸”.

No Brasil, denomina-se *união estável* àquela formada entre homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com objetivo de constituição de família, como bem disposto no artigo 1.723 do diploma civil brasileiro. A Constituição Federal brasileira, por sua vez, a reconhece como entidade familiar, em seu artigo 226, §3º, oferecendo igual proteção do Estado a este tipo de família.

Regina Beatriz Tavares aponta alguns requisitos¹⁵⁹ de existência da união estável. São eles: 1. reconhecimento de união tanto heterossexual como homossexual, dada a

¹⁵⁵ Importa ressaltar que esta presunção, é apenas uma presunção no âmbito de uma ação judicial de investigação da paternidade. Coisa totalmente diferente é a presunção “automática” do art. 1826º (a presunção de que o filho de mulher casada tem como pai o marido da mãe), presunção esta que não se aplica à união de facto.

¹⁵⁶ COELHO, F.P; OLIVEIRA, G. *Curso de Direito de Família*. Vol. I Introdução ao Direito Matrimonial. 4.ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2011, p. 51.

¹⁵⁷ “A definição de união de facto do art. 1º, n. 2, da Lei n. 7/ 2001, de 11 de Maio, na versão da Lei n. 23/2010, de 30 de agosto, não é a mais adequada, por reconduzir a união de facto a uma situação de convivência há mais de dois anos, quando o período de tempo em apreço não é elemento caracterizador da união de facto e sim da união de facto protegida”. PINHEIRO, Jorge Duarte. *O Direito da Família contemporâneo*. 3.ed., Lisboa: AAFDL, 2010. p.714.

¹⁵⁸ Em relação as uniões protegidas e não protegidas refere-se àquelas que estão dentro dos parâmetros de proteção previstas na LUF, arts. 1º e 2º.

¹⁵⁹ Pedro Lenza, citando Carlos Roberto Gonçalves (GONÇALVES, Carlos Alberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.p. 539-540) ensina que são vários requisitos que agem para configuração da união estável. Os de ordem subjetiva, quais sejam, a) convivência *more uxório*; b) *affectio maritalis* - ânimo de constituir família -, e os objetivos de ordem objetiva: a) diversidade de sexo; b)

redação da ADIN n. 4277, proferida pelo Supremo Tribunal Federal em 5 de maio de 2011 e a ação de descumprimento de preceito fundamental n. 132; 2. existência de constituição de família e não o simples objetivo de formação dela, sob pena de um namoro ou noivado serem confundidos com a união estável; 3. para a autora a união estável tem natureza monogâmica, sendo impossível o reconhecimento de união poliafetivas como entidade familiar, pois são situações estranhas ao Direito de Família¹⁶⁰; 4. capacidade civil; 5. análise minuciosa sobre o prazo mínimo exigido para que se demonstre a sua estabilidade, ressalva porém, que não deve a lei fixar prazo certo, pois a análise dependerá do caso em concreto; 6. continuidade da relação; 7. deve ser considerada a convivência sobre o mesmo teto, já que a união estável é fática, não a caracterizando, em regra, se os companheiros viverem separadamente; 8. o impedimento matrimonial referente ao homem casado, porém, separado de fato, não se aplica como determinante para configuração da união estável¹⁶¹.

Maria Berenice Dias critica o tratamento desigual dispensado pela legislação constitucional e infraconstitucional à esta modalidade de conjugalidade, em que pese ser reconhecida como família. Ratifica a necessidade de equiparação de direitos com escopo de isonomia entre as formas de uniões afetivas¹⁶².

3.3. Da modificação e extinção da relação matrimonial

De tudo ao meu amor serei atento
Antes, e com tal zelo, e sempre, e tanto

notoriedade, c) estabilidade ou duração prolongada; c) continuidade; d) inexistência de impedimento matrimonial; f) relação monogâmica. (Direito Constitucional esquematizado, 14º ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 952.).

¹⁶⁰ Vide SANTOS, Regina Beatriz da Silva Papa dos Santos. *Reparação Civil na separação e no Divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 485-502. Ressalva-se aqui que esta tese não coaduna com a respeitosa opinião da autora, visto que se for da vontade de ambos os companheiros, não há razão para que não seja reconhecida esta união como entidade familiar.

¹⁶¹ GUEDES, Assunção Alexandre. *Código Civil comentado*, 9º ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1696-1698.

¹⁶² O casamento e a união estável são merecedores da mesma e especial tutela do estado. Todavia, em que pese a equiparação constitucional, a lei de forma retrógrada e equivocada outorgou à união estável tratamento notoriamente diferenciado em relação ao matrimônio. A consagração das entidades familiares e a proteção que lhes foi assegurada passam a constituir garantia constitucional. Não podem sofrer limitações ou restrições da legislação ordinária. Não é possível sequer limitar direitos que já haviam sido consagrados em leis anteriores. A legislação infraconstitucional não pode ter alcance jurídico-social inferior ao que tinha sido estabelecido, originariamente, pelo constituinte, sob pena de ocorrer retrocesso ao estado pré-constituente. É o que se chama de princípio da proibição do retrocesso social. DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das Famílias*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.158-159.

Que mesmo em face do maior encanto
Dele se encante mais meu pensamento.

Quero vivê-lo em cada vão momento
E em seu louvor hei de espalhar meu canto
E rir meu riso e derramar meu pranto
Ao seu pesar ou seu contentamento

E assim, quando mais tarde me procure
Quem sabe a morte, angústia de quem vive
Quem sabe a solidão, fim de quem ama

Eu possa me dizer do amor (que tive):
Que não seja imortal, posto que é chama
Mas que seja infinito enquanto dure¹⁶³.

Em Portugal, o casamento tem vocação de ser eterno¹⁶⁴, mesmo assim, essa relação matrimonial pode ser rompida¹⁶⁵ através da modificação – separação de bens e separação de pessoas e de bens -; ou pode ser extinto¹⁶⁶ de duas formas, a dissolução – pela morte¹⁶⁷ ou divórcio¹⁶⁸-, ou ainda pela decretação da invalidação do casamento.

¹⁶³ Soneto da Fidelidade in Moraes, Vinícius. *Antologia Poética*. Rio de Janeiro: Editora do Autor. 1960, p. 96.

¹⁶⁴ Ao contrário dos contratos patrimoniais, a relação matrimonial tende para ser **perpétua** e a manter-se **sem alteração**. Não se casa a prazo ou só por certo período de tempo. O casamento é para se manter durante toda a vida dos cônjuges e os seus efeitos até se estendem para além da morte de um deles, pois o outro é o principal herdeiro (juntamente com os filhos) e mantém o direito de usar o nome do falecido. (...) Nem sempre, porém, assim acontece e a instituição matrimonial pode entrar em crise, contrariando o seu caráter de **perpetuidade** e de **inalterabilidade**. (grifo do autor) CHAVES, João Queiroga. *Casamento, divórcio e união de facto*. 2.ed. Lisboa: QJ, 2010. p. 193.

¹⁶⁵ Com efeito, não se pode - pelo menos entende-se hoje que não se deve – “obrigar” um cônjuge a respeitar o outro, a cooperar com ele, a manter fidelidade. A lei limita-se a atribuir ao outro cônjuge, ao lesado, a faculdade de modificar ou extinguir a relação matrimonial. Refletindo a menor consistência ou a falência definitiva do casamento. CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de Direito da Família e das Sucessões*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 265.

¹⁶⁶ Nos casos mais graves este vínculo vai cessar e, se for por causa de um vício anterior à realização do casamento, dá-se a extinção por nulidade ou anulação do casamento, o que sucede nas situações anteriormente estudadas relativas a impedimentos dirimentes, a vícios ou defeitos de vontade relevantes. Quando a cessação tem origem numa causa posterior à realização do casamento então ocorre a sua dissolução que pode ser por morte de um dos dois cônjuges, por dispensa do casamento rato, mas não consumado, ou por divórcio. CHAVES, João Queiroga. *Casamento, divórcio e união de facto*. 2.ed. Lisboa: QJ, 2010. p.193.

¹⁶⁷ O falecimento de um ou de ambos os cônjuges é a causa mais frequente da extinção da relação matrimonial, pois todos os efeitos pessoais ou patrimoniais do casamento cessam, à excepção do direito ao nome. A morte presumida não dissolve o casamento mas o cônjuge presente pode contrair novo casamento. Para isso terá que requerer e obter em tribunal a declaração da morte presumida que só é possível decorridos que sejam dez anos sobre a data das últimas notícias do ausente, ou passados cinco anos, se ele houver completado oitenta anos de idade. CHAVES, João Queiroga. *Casamento, divórcio e união de facto*. 2.ed. Lisboa: QJ, 2010. p. 197-198.

¹⁶⁸ O Direito português ainda admite mais uma causa de dissolução do matrimónio, disposta no artigo 1625º do diploma civil e do art. 16º da Concordata com a Santa Sé, que é a dispensa do casamento rato e não consumado, o qual tem haver com a consumação ou não do casamento. (cân. 1142). Verificada pelo órgão eclesiástico de controlo superior, a dispensa pontifícia produz efeitos civis a requerimento de quaisquer das partes, após revisão e confirmação pelo competente tribunal do Estado (art. 16º, n. 1º, da Concordata), se este concluir que estão satisfeitas as condições enumeradas nas quatro alíneas do n. 2 do artigo. COELHO, F.P;

3.3.1 Da Modificação

Para Diogo Leite Campos¹⁶⁹ as crises de menor gravidade - pessoais ou patrimoniais - podem implicar uma modificação¹⁷⁰ na relação matrimonial, fazendo com que ela se afrouxe. Na mesma linha, corrobora Chaves¹⁷¹, ensinando que diz respeito à alteração do conteúdo da sociedade conjugal, apesar de seu vínculo permanecer. Desta forma, a separação de bens compreenderia os aspectos patrimoniais entre os cônjuges, enquanto a separação de pessoas e bens também se estendem ao aspecto pessoal, extinguindo ou afrouxando as relações pessoais entre cônjuges.

O processo da separação litigiosa e da separação por mútuo consentimento é o mesmo que integra o regime do divórcio, como bem dispostos no artigo 1794^o¹⁷², do Código Civil e 1407^o e 1408^o do Código de Processo Civil, no que concerne a separação litigiosa e arts. 1775^o a 1778^o - A do Código Civil e 1419^o do Código de processo Civil, respectivamente¹⁷³. Bem como, as causas, como disposto nos arts. 1781^o e 1782^o.

Os cônjuges também podem pedir a todo tempo para restabelecer a vida em comum e o exercício pleno dos deveres conjugais, de acordo com artigo 1795^o - C, 1. Também, decorrido o prazo de dois anos, a contar do trânsito em julgado da sentença que decretou a separação, pode qualquer dos cônjuges pedir a conversão em divórcio. Se a conversão for requerida por ambos os cônjuges, não é necessário o decurso deste prazo, art. 1795^o -D, n. 1 e 2.

OLIVEIRA, G. *Curso de Direito de Família*. Vol. I Introdução ao Direito Matrimonial. 4.ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2011, p. 584.

¹⁶⁹ CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de Direito da Família e das Sucessões*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 265.

¹⁷⁰ As formas de modificação da relação matrimonial que o direito português admite são pois apenas a simples separação judicial de bens e a separação de pessoas e bens. São formas doentias ou menos perfeitas do estado de casado, em que o vínculo matrimonial se relaxa sem todavia se quebrar inteiramente. COELHO, F.P; OLIVEIRA, G. *Curso de Direito de Família*. Vol. I Introdução ao Direito Matrimonial. 4.ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2011, p. p. 553.

¹⁷¹ CHAVES, João Queiroga. *Casamento, divórcio e união de facto*. 2.ed. Lisboa: QJ, 2010. p.193.

¹⁷² Artigo 1794^o do Código Civil Português: “Sem prejuízo dos preceitos desta secção, é aplicável à separação judicial de pessoas e bens, com as necessárias adaptações, o disposto quanto ao divórcio na secção anterior”. (Redação dada pelo Decreto-Lei n. 496/77 de 25 de novembro)

¹⁷³ Jorge Duarte Pinheiro Explica que “A separação de pessoas e bens pode ser por mútuo consentimento ou sem consentimento de um dos cônjuges (art.1773^o). Daí que não seja actualmente rigorosa a terminologia “separação judicial de pessoas e bens”: a separação de pessoas e bens por mútuo consentimento não é necessariamente decretada pelo Tribunal. As causas da separação de pessoas e bens sem o consentimento de um dos cônjuges (art. 1781^o), ao abrigo do referido art. 1794^o”. PINHEIRO, Jorge Duarte. *O Direito da Família contemporâneo*. Lições. 3^o ed., Lisboa: aafdl, 2010, p.659-660.

a. Separação judicial de bens

Disposto no artigo 1767^o¹⁷⁴ do Código Civil português, a separação judicial de bens¹⁷⁵ é na opinião de Chaves¹⁷⁶ “a forma menos gravosa de por cobro à crise instalada no casamento”.

Para Coelho e Oliveira¹⁷⁷ ocorre uma separação restrita aos bens, que providencia proteção ao cônjuge que se achar em perigo de perder o que for seu pela má administração do outro. Ou seja, representa a defesa que a lei dá ao cônjuge não administrador em face dos tão latos poderes conferidos ao outro cônjuge.

b. Separação judicial de pessoas e bens

Para Chaves, esta situação já é um pouco mais profunda em relação à simples separação de bens, pois além de atingir efeitos patrimoniais, atinge os feitos pessoais do casamento¹⁷⁸.

Entretanto, aqueles separados de pessoas e bens ainda continuam casados, isto é, unidos pelo laço do vínculo conjugal. Desta forma, não podem contrair novas núpcias, estando ainda ligados sob o dever de fidelidade, de cooperação e de respeito recíproco,

¹⁷⁴ Artigo 1767^o - Fundamentos da separação. “qualquer dos cônjuges pode requerer a simples separação judicial de bens quando estiver em perigo de perder o que é seu pela má administração do outro cônjuge”.

¹⁷⁵ No direito anterior à Reforma de 1977 a simples separação judicial de bens era um remédio conferido sobretudo à mulher casada contra a má administração que o marido fizesse dos bens comuns e dos bens próprios dela. Hoje, com o regime vigente de igualdade dos poderes de administração, o instituto perdeu quase todo seu interesse prático. Porém, ainda podem verificar-se casos em que o cônjuge administre sozinho bens comuns, por força de alguma das alíneas do art. 1678^o, n. 2^o, neste casos, ainda terá sentido pedir a simples separação judicial de bens. ”. PINHEIRO, Jorge Duarte. *O Direito da Família contemporâneo*. 3.ed., Lisboa: AAFDL, 2010. p.553.

¹⁷⁶ CHAVES, João Queiroga. *Casamento, divórcio e união de facto*. 2.ed. Lisboa: QJ, 2010. p. 194.

¹⁷⁷ COELHO, F.P; OLIVEIRA, G. *Curso de Direito de Família*. Vol. I Introdução ao Direito Matrimonial. 4.ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2011, p. 554.

¹⁷⁸ Diogo Leite Campos, entretanto, ressalva: “Não quero deixar de sublinhar que a própria existência do instituto da separação judicial de pessoas e bens só se entende para aqueles cônjuges cujas convicções morais não lhes permitam recorrer ao divórcio. Transformando-se, assim, a separação num estado com tendência a perpetuar-se. De outro modo, o único instituto ‘naturalmente’ destinado a resolver crises conjugais graves será o divórcio”. CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de Direito da Família e das Sucessões*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 280.

embora por óbvio, os deveres de coabitação e assistência (ressalvado o dever de alimentos, art. 1795º-A) se extingam¹⁷⁹.

Jorge Duarte Pinheiro¹⁸⁰ diz que “a separação de pessoas e bens é o instituto que modifica o vínculo matrimonial, extinguindo as relações patrimoniais e o dever de coabitação entre cônjuges”. Aduz ainda que, porém, existem duas formas de cessar os efeitos desta modalidade de modificação, de acordo com artigo 1795º -B, quais sejam, a reconciliação e a dissolução do casamento.

3.3.2. Da extinção

Dispõe o artigo 1688º do Código Civil português: *As relações pessoais e patrimoniais entre os cônjuges cessam pela dissolução, declaração de nulidade ou anulação do casamento, sem prejuízo das disposições deste Código relativas a alimentos; havendo separação judicial d pessoas e bens, é aplicável o disposto no artigo 1795º-A.*

A extinção se traduz na quebra total do vínculo matrimonial após consumada, não há mais nenhum laço patrimonial ou pessoal que impeça o ex-cônjuge de constituir novas relações amorosas. Desta forma, já não há satisfações patrimoniais, deveres conjugais ou ainda impedimento para que se perfaça nova união, observados os prazos internupcial, resguardos no art. 1605º.

Para Diogo Leite Campos a extinção matrimonial compreende três institutos: 1) o instituto do casamento rato e não consumado; 2) morte; e 3) divórcio.

Jorge Duarte Pinheiro¹⁸¹ ensina que a extinção do vínculo matrimonial pode assumir duas formas: retroativa, que corresponde à invalidade do casamento; a não retroativa, que identifica com a dissolução do casamento e abrange, nomeadamente, a dissolução por morte e divórcio.

Coelho e Oliveira¹⁸² distinguem as duas modalidades de extinção da seguinte forma: “Na invalidação, a relação jurídica extingue-se em consequência de um vício originário do

¹⁷⁹ Cf. CHAVES, João Queiroga. *Casamento, divórcio e união de facto*. 2.ed. Lisboa: QJ, 2010. p. 195.

¹⁸⁰ ”. PINHEIRO, Jorge Duarte. *O Direito da Família contemporâneo*. 3.ed., Lisboa: AAFDL, 2010. p. 659.

¹⁸¹ ”. PINHEIRO, Jorge Duarte. *O Direito da Família contemporâneo*. 3.ed., Lisboa: AAFDL, 2010. p.666.

¹⁸² COELHO, Francisco Pereira Coelho e OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito da Família*. Vol. I, 4.ed. Coimbra: Coimbra editora, 2011. p.583.

acto através do qual se constituiu; pelo contrário, na dissolução a relação extingue-se em consequência de um acto ou facto superveniente, a que a lei atribui esse efeito”.

Tendo em vista ao escopo deste trabalho analisaremos apenas as questões referentes ao divórcio.

a) *Divórcio*

Em que pese já poder ser realizado na Conservatória do Registro Civil, o divórcio, de acordo com a melhor doutrina, consiste, em regra, na dissolução do casamento decretada pelo Tribunal ou Conservatória, a requerimento de um deles ou dos dois nos termos da lei¹⁸³.

Chaves¹⁸⁴ ensina que o divórcio é a ruptura total da relação conjugal, podendo se revestir em duas formas, por mútuo consentimento ou litigioso (judicial).

Na mesma linha Diogo Leite Campos¹⁸⁵ afirma que o divórcio é um direito potestativo¹⁸⁶ extintivo que consiste no corte definitivo da relação conjugal, compreendendo em duas modalidades divórcio por mútuo consentimento e divórcio litigioso.

3.3.3 O novo regime do divórcio – lei 68/08 de 31 de outubro

A lei 61/08 de 31 de outubro¹⁸⁷, apesar de muitas críticas doutrinárias, veio regulamentar o novo sistema de divórcio português. A partir deste momento, independentemente da culpa de um dos cônjuges o companheiro que sentisse que a união

¹⁸³ Vide em CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de Direito da Família e das Sucessões*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 284 e COELHO, F.P; OLIVEIRA, G. *Curso de Direito de Família*. Vol. I Introdução ao Direito Matrimonial. 4.ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2011, p. 587.

¹⁸⁴ CHAVES, João Queiroga. *Casamento, divórcio e união de facto*. 2.ed. Lisboa: QJ, 2010. p. 199.

¹⁸⁵ CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de Direito da Família e das Sucessões*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 289.

¹⁸⁶ O direito ao divórcio é um direito potestativo, pois se traduz no poder de produzir determinado efeito jurídico na esfera jurídica de outrem, a dissolução do vínculo conjugal. Embora, para produzir os seus efeitos, tenha de ser integrado por um acto judicial. (*Idem, ibidem*, p.284.)

¹⁸⁷ Na mesma linha Chaves ensina que “Esta lei eliminou da ordem jurídica o divórcio – sanção, deixando cair a culpa conjugal como causa basilar da dissolução do casamento”. CHAVES, João Queiroga. *Casamento, divórcio e união de facto*. 2.ed. Lisboa: QJ, 2010. p. 200.

não mais prosperaria poderia pedir o divórcio fundamentado no artigo no artigo 1791º do C. Civ¹⁸⁸.

Lei que segue direto os *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses*¹⁸⁹ trouxe muita discussão e repúdio entre os doutrinadores, juízes e legisladores, uma vez que possibilitou uma dissolução conjugal mais liberta de certas burocratizações que já não faziam parte do contexto social do Direito de Família pós-moderno.

Em verdade, recebeu um veto por inconstitucionalidade pelo Presidente a 10 de setembro de 2008, por não estar adequado a realidade matrimonial do Portugal contemporâneo, que ainda via a mulher em posição débil em relação ao homem¹⁹⁰. Após algumas alterações a lei é publicada na data de 31 de outubro de 2008¹⁹¹.

Especificamente em relação aos pressupostos e efeitos do divórcio tem-se¹⁹²:

- Alargamento da categoria do divórcio por mútuo consentimento;
- Abolição do divórcio fundado na violação culposa dos deveres conjugais;
- Encurtamento dos prazos para concessão do divórcio, sem consentimento de um dos cônjuges, fundado em causas objetivas (artigo 1781º, alíneas a), b) e c), do Código Civil);
- Consagração de causa geral objetiva para o divórcio sem consentimento de um dos cônjuges (artigo 1781º, alínea d)).
- Abolição da declaração de culpa e dos efeitos associados;

¹⁸⁸ Em relação ao assunto Maria Berenice pronuncia que: vivendo a sociedade novo momento histórico, tão bem apreendido pela Constituição, que assegurou a liberdade e o respeito à dignidade, imperioso questionar se o Estado dispõe de legitimidade para estabelecer restrições à vontade de romper o casamento. Nada mais justifica a permanência de modalidades diversas para ultimar período de vida em comum. Separação e divórcio servem a um só propósito: romper o casamento. DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das Famílias*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, , 2009, p. 275.

¹⁸⁹ *Comission on European Family Law* - <http://www.ceflonline.net>

¹⁹⁰ PORTUGAL, TSF. Disponível em: http://www.tsf.pt/PaginaInicial/Portugal/Interior.aspx?content_id=982017. Acesso em: 18 jun. 2012.

¹⁹¹ Importante salientar a seguinte mudança: A entrada em vigor do novo regime jurídico do divórcio, com a lei 61/08, de 31 de outubro, trouxe uma nova redação do art. 1792, consagrando o seu n. 1 a possibilidade de o cônjuge lesado poder intentar uma ação de responsabilidade civil contra o outro cônjuge, por violação dos deveres conjugais, nos termos gerais dos arts. 483º e segs. E nos tribunais comuns. Os resquícios da doutrina da fragilidade da garantia no domínio dos deveres conjugais pessoais deixam de existir. DIAS, Cristina. *Breves notas sobre a responsabilidade civil dos cônjuges entre si: O novo regime do art. 1792 do Código Civil e a manutenção da irresponsabilidade do nível dos efeitos patrimoniais do casamento*. In *Direito e justiça: estudos dedicados ao professor doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, Vol. I, Lisboa: Universidade Católica editora, 2011.p. 391.

¹⁹² Cf. PINHEIRO, Jorge Duarte. Ideologias e ilusões no regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais, 2009, P. 5. Disponível em: http://www.csm.org.pt/ficheiros/eventos/jduartepinheiro_ideologiasilusoes.pdf. Acesso em 02 out.2013.

- Aplicação de antigos efeitos negativos da culpa a ambos os cônjuges
- Atribuição de cariz excepcional ao direito de alimentos entre cônjuges (artigos 2016º e 2016º-A do Código Civil).

Desta forma, a exposição de motivos do projeto de lei n. 509/X, na base dos Decretos n. 232/X e 242/X, e da Lei n. 61/2008, de 31 de outubro basearam-se na liberdade de escolha, aceitando o divórcio e a suas consequências. O objetivo é adequar-se a evolução social, assumindo em três planos fundamentais: 1. Eliminação da culpa como fundamento do divórcio sem o consentimento do outro, tal como ocorre na maioria das legislações da união europeia, e largam-se os fundamentos objetivos da ruptura conjugal. 2. Assume-se de forma explícita o conceito de responsabilidade parentais como referencia central, afastando, assim, claramente a designação hoje desajustada de poder paternal, ao mesmo tempo que, se define a mudança no sistema supletivo do exercício das responsabilidades parentais e considerando ainda o seu incumprimento como crime; 3. Reconhecendo a importância dos contributos para a vida conjugal e familiar dos cuidados com os filhos e do trabalho despendido no lar, consagra-se pela primeira vez na lei, e em situação de dissolução conjugal, que poderá haver lugar a um crédito de compensação em situação de desigualdade manifesta desses contributos¹⁹³(créditos compensatórios)¹⁹⁴.

O Divórcio desta forma deixa de ser sanção¹⁹⁵ ou simples remédio¹⁹⁶ e passa a ter viés de constatação¹⁹⁷, isto é, verificada a impossibilidade de continuação da união fracassada, concede-se o divórcio.

¹⁹³ A possibilidade de atribuição de uma compensação ao cônjuge que tenha contribuído de forma consideravelmente superior para os encargos da vida familiar, porque renunciou de forma excessiva à satisfação dos seus interesses em favor da vida em comum, designadamente, à sua vida profissional, com prejuízos patrimoniais importantes. A Lei de 2008 consagra tal direito de compensação e prevê que o mesmo apenas é exigível no momento da partilha dos bens do casal, excepto nos casos em que vigore o regime da separação (artigo 1676.º). SANTOS, Boaventura de Sousa. O novo regime jurídico do divórcio em avaliação. Relatório realizado no âmbito do contrato de prestação de serviços celebrado entre o Centro de Estudos Sociais/Observatório Permanente da Justiça Portuguesa e o Ministério da Justiça. Conceição Gomes (coord). Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, 2010, p. 86. In http://opj.ces.uc.pt/pdf/Relatorio_Avaliacao_Lei_do_Divorcio.pdf.

¹⁹⁴ Cf. ARAÚJO, Cristina M.. *Uma análise do novo regime jurídico do divórcio*. Lei 61/2008 de 31 de outubro. Coimbra: Almedina, 2008. p. 9-10.

¹⁹⁵ O divórcio-sanção pressupõe a existência de um ato culposo de algum dos cônjuges e pretende sancionar o mesmo acto. O divórcio só seria admitido em situações de grave ofensa a um dos cônjuges e permitia ao cônjuge inocente sancionar, por via dos efeitos patrimoniais, o cônjuge culpado. DIAS, Cristina M. Araújo. *Uma análise do novo regime jurídico do divórcio*. Lei 61/2008 de 31 de outubro. Coimbra: Almedina, 2008. p. 8.

¹⁹⁶ Em todo caso, sempre se entendeu que o divórcio e a separação de pessoas e de bens não eram verdadeiras sanções para a violação dos direitos pessoais conjugais de facto, nem o divórcio nem a separação de pessoas e de bens pretendem ser sanções contra o não cumprimento dos deveres conjugais, mas remédios para uma situação de vida matrimonial intolerável ou, mais exactamente, mas constatação da ruptura do

Para Chaves¹⁹⁸ divide-se em dois tipos: divórcio por mútuo consentimento e divórcio sem consentimento de um dos cônjuges.

a).1 Divórcio por mútuo consentimento

Esta modalidade de divórcio dispensa uma fundamentação, causa que tenha resultado na ruptura. Para Diogo Leite de Campos¹⁹⁹ “se assenta tão só na vontade dos cônjuges insatisfeitos, por qualquer motivo, com o seu casamento”.

O Artigo 1775^{o200} do Código Civil português elenca os pressupostos e o processo para o requerimento e instrução do processo de divórcio por mútuo consentimento na conservatória do registo civil, já o artigo 1778^{o-A}²⁰¹ o faz também, em sede de tribunal, quando não houver consenso sobre algum ponto do acordo de divórcio²⁰².

casamento. COELHO, F.P; OLIVEIRA, G. *Curso de Direito de Família*. Vol. I Introdução ao Direito Matrimonial. 4.ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2011, p. 155.

¹⁹⁷ O divórcio Constatação resulta da existência de uma situação de ruptura do casamento objectivamente considerada, independentemente da imputabilidade da situação a um ou outro dos cônjuges e independentemente da qualquer indagação de culpas. ARAÚJO, Cristina M.. *Uma análise do novo regime jurídico do divórcio*. Lei 61/2008 de 31 de outubro. Coimbra: Almedina, 2008. p. 8.

¹⁹⁸ CHAVES, João Queiroga. *Casamento, divórcio e união de facto*. 2.ed. Lisboa: QJ, 2010. p. 200.

¹⁹⁹ CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de Direito da Família e das Sucessões*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 293.

²⁰⁰ Artigo 1775^o - Requerimento e instrução do processo na conservatória do registo civil. 1. O divórcio por mútuo consentimento pode ser instaurado a todo tempo na conservatória do registo civil, mediante requerimento assinado pelos cônjuges ou procuradores, acompanhado pelos documentos seguintes: a) Relação especificada dos bens comuns, com indicação dos respectivos valores, ou, caso os cônjuges optem por proceder à partilha daqueles bens nos termos dos artigos 272^o -A a 272^o - C do Decreto Lei n. 324/2007, de 28 de setembro, acordo sobre a partilha ou pedido de elaboração do mesmo; b) Certidão da sentença judicial que tiver regulado o exercício das responsabilidades parentais ou acordo sobre o exercício das responsabilidades parentais quando existiam filhos menores e não tenha previamente havido regulação judicial; c) acordo sobre a prestação de alimentos ao cônjuge que deles careça; d) Acordo sobre o destino da casa de morada de família; Certidão da escritura da convenção antenupcial, caso tenha sido celebrada.

2. Caso outra coisa não resulte dos documentos apresentados, entende-se que os acordos se detinham tanto ao período da pendência do processo como ao período posterior.

²⁰¹ Artigo 1778^o- Requerimento, instrução e decisão do processo no tribunal. 1. O requerimento de divórcio é apresentado no tribunal, se os cônjuges não o acompanharem de algum dos acordos previstos no n. 1^o do artigo 1775^o.

2. Recebido o requerimento, o juiz aprecia os acordos que os cônjuges tiveram apresentado, convidando-os a alterá-los se esses acordos não acautelarem os interesses de algum deles ou dos filhos.

3. o juiz fixa as consequências do divórcio nas questões referidas no n. 1^o do artigo 1775^o sobre que os cônjuges não tenham apresentado acordo, como se tratasse de um divórcio sem consentimento de um dos cônjuges.

4. Tanto para a apreciação referida no n. 2^o como para fixar as consequências do divórcio, o juiz pode determinar a prática de actos e a produção da prova eventualmente necessária.

5. O divórcio é decretado em seguida, procede-se ao correspondente registo.

6. Na determinação das consequências em seguida, procedendo-se ao correspondente registo. Promover mas também tomar em conta o acordo dos cônjuges.

²⁰² Ressalvam Coelho e Oliveira sobre a preferencia da lei ao Divórcio por mútuo consentimento: “pretendendo favorecer o divórcio por mútuo consentimento, que julgou preferível ao divórcio litigioso, a lei

a).2 Divórcio litigioso (sem consentimento de um dos cônjuges)

Disposto no artigo 1779º do Código Civil português, o divórcio litigioso para Coelho e Oliveira²⁰³ realiza-se a pedido de um dos cônjuges contra o outro com fundamento em determinada causa.

Seus fundamentos²⁰⁴ estão elencados no artigo 1781º, quais sejam, a) a separação de fato; b) a alteração das faculdades mentais; c) a ausência; d) quaisquer outros factos que, independentemente da culpa dos cônjuges, mostrem a ruptura definitiva do casamento.

Diogo Leite de Campos²⁰⁵ explica que pode haver três tipos de divórcio litigioso, o divórcio-sanção, o divórcio – remédio e o divórcio-constatação.

permitiu em qualquer altura do processo a conversão do divórcio litigioso em divórcio por mútuo consentimento, conversão que, para verdadeiramente o ser, exige que não se inicie novo processo, o que sempre seria permitido aos cônjuges mesmo que a lei não o dissesse, mas que se aproveitem o mais possível os actos já praticados no âmbito do processo litigioso”. COELHO, F.P; OLIVEIRA, G. *Curso de Direito de Família*. Vol. I Introdução ao Direito Matrimonial. 4.ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2011, p. 610-611.

²⁰³ *Idem, ibidem*, p.615.

²⁰⁴ Antes da nova redação dada aos artigos 1779º e 1781º pela lei n. 61/2008 os fundamentos do divórcio litigioso eram os seguintes: Violação culposa dos deveres conjugais, quando, pela sua gravidade ou reiteração, comprometa a possibilidade da vida em comum; separação de fato por três anos consecutivos; separação de facto por um ano se o divórcio for requerido por um dos cônjuges sem oposição do outro; alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, quando dure há mais de três anos; ausência por tempo não inferior a dois anos. A intenção do legislador foi claramente a de facilitar a concessão do divórcio. Diminuíram, em muito, os prazos para a separação de facto, a alteração das faculdades mentais e a ausência possam fundamentar o divórcio.

²⁰⁵ CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de Direito da Família e das Sucessões*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 295.

TOMO III – DISCUSSÃO

João amava Teresa que amava Raimundo
que amava Maria que amava Joaquim que amava Lili
que não amava ninguém.
João foi para os Estados Unidos, Teresa para o convento,
Raimundo morreu de desastre, Maria ficou para tia,
Joaquim suicidou-se e Lili casou com J. Pinto Fernandes
que não tinha entrado na história²⁰⁶.

²⁰⁶ ANDRADE, Carlos Drummond. Quadrilha. Disponível em: <http://drummond.memoriaviva.com.br/alguma-poesia/quadrilha/>. Acesso em 20 jan.2014.

O ARTIGO 1792º DO CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS.

O artigo 1792º do Código Civil português, localizado no Livro IV - Direito da Família, regula a reparação civil entre cônjuges.

A redação dada pelo DL 496/77 de 25 de novembro autorizava esta reparação de forma bem específica. Vejamos:

ARTIGO 1792º- DA REPARAÇÃO POR DANOS NÃO PATRIMONIAIS

1. O cônjuge declarado único ou principal culpado e, bem assim, o cônjuge que pediu o divórcio com o fundamento da alínea c) do artigo 1781º, devem reparar os danos não patrimoniais causados ao outro cônjuge pela dissolução do casamento.
2. O pedido de indemnização deve ser deduzido na própria acção de divórcio.

Assim, só seriam passíveis de ressarcimento os danos não patrimoniais consequentes do divórcio. Isto é, toda a desconsideração social, desgaste e sofrimento que o rompimento conjugal acarretava ao cônjuge inocente²⁰⁷.

Em 2008, a lei 61 de 31 de outubro trouxe importantes mudanças no regime de divórcio em Portugal, dentre elas a nova redação ao artigo 1792º que passou a permitir a reparação de danos ao cônjuge lesado. Tem-se, portanto:

ARTIGO 1792º - REPARAÇÃO DE DANOS

1. O cônjuge lesado tem o direito de pedir a reparação dos danos causados pelo outro cônjuge, nos termos gerais da responsabilidade civil e nos tribunais comuns.
2. O cônjuge que pediu o divórcio com fundamento da alínea b) do

²⁰⁷ Em menção ao aludido artigo – 1792º do C. Civ. – Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira exemplificam como danos não patrimoniais causados pela dissolução do casamento: “desconsideração social que, no meio em que vive, o divórcio terá trazido ao divorciado ou à divorciada; a dor sofrida pelo cônjuge que verá destruído o casamento, tanto maior quanto mais longa tenha sido a vida em comum e mais forte o sentimento que o prendia ao outro cônjuge, etc.” (Coelho e Oliveira, *Curso de Direito de Família*, Vol. I, 4º ed., Coimbra editora, 2011, p. 708.)

artigo 1781^{o208} deve reparar os danos não patrimoniais causados ao outro cônjuge pela dissolução do casamento; este pedido deve ser deduzido na própria acção de divórcio.

Repare que atualmente a redação se impõe de forma mais geral, autorizando a reparação de dano causado por cônjuge ao outro cônjuge lesado.

Ocorreu, substancialmente, uma substituição da indenização a cargo do cônjuge declarado único ou principal culpado pela possibilidade de o *cônjuge lesado* pedir a reparação dos danos causados pelo outro cônjuge nos termos gerais da responsabilidade civil e nos tribunais comuns, e por isso, a ação terá de correr de forma autônoma da ação de divórcio em tribunal comum, exceto no caso de divórcio sem consentimento baseado nas alterações das faculdades mentais de um dos cônjuges²⁰⁹.

Uma medida, segundo Jorge Duarte Pinheiro²¹⁰. "clarificadora, que, repudiando abertamente a tese da fragilidade da garantia, contribui para uma utilização mais efectiva dos meios comuns de tutela entre os cônjuges".

De certo, em consonância com o pensamento do supracitado professor, claro deveria estar que o artigo 1792^o permite a reparação de danos entre cônjuges, uma vez que sua redação não comporta nenhum pressuposto ou condição especial, a não ser a própria ocorrência de danos de um cônjuge pelo outro. No entanto, a opinião doutrinária ainda diverge.

É que com o fim da discussão da culpa para fundamentar o divórcio, a doutrina clássica entende que não cabe mais discussão acerca da violação dos deveres conjugais sob pena de anular o principal escopo da lei – uma sociedade livre para o amor.

Desta forma, a atual divergência doutrinária diz respeito quanto à possibilidade de ressarcimento por danos advindos da violação dos deveres conjugais, a competência da Vara especializada em família em face da Vara Cível comum e a possibilidade de cumulação de pedidos.

²⁰⁸ Artigo 1781^o, b) A alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, quando dure há mais de um ano e, pela sua gravidade, comprometa a possibilidade de vida em comum.

²⁰⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. O novo regime jurídico do divórcio em avaliação. Relatório realizado no âmbito do contrato de prestação de serviços celebrado entre o Centro de Estudos Sociais/Observatório Permanente da Justiça Portuguesa e o Ministério da Justiça. Conceição Gomes (coord.). Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, 2010, p. 87. In http://opj.ces.uc.pt/pdf/Relatorio_Avaliacao_Lei_do_Divorcio.pdf.

²¹⁰ PINHEIRO, Jorge Duarte. Ideologias e ilusões no regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais, 2009, p.7. in http://www.csm.org.pt/ficheiros/eventos/jduartepinheiro_ideologiasilusoes.pdf.

Frisa-se isto, pois, ainda que o dispositivo expresso localize-se no Livro específico da Família, acaba por regular uma questão cível comum que segue os princípios gerais da responsabilidade civil, quando na verdade, deveria haver um dispositivo pautado no Direito de Família em diálogo com a Responsabilidade Civil, para assim, então, alcançar as nuances especiais que a matéria guarda.

O que quer se demonstrar aqui é que além dos danos em geral, (os que podem ser causados entre cônjuges como também entre quaisquer sujeitos), há que se atentar, sobretudo, aos danos advindos da própria relação conjugal, aqueles que só podem ser cometidos quando da promessa de uma vida comum.

Este espaço para a interpretação convida a formulação de interpretações distorcidas sobre a matéria, que limitam o espaço de atuação do Direito de Família, podendo acarretar sérias consequências para o cônjuge que necessitar da tutela jurisdicional em momento de crise.

Necessário que se faça uma análise profunda e crítica acerca da necessidade de diálogo entre o Direito de Família e a Responsabilidade Civil para que o resultado seja de uma matéria especial com toques de afeto, tal qual a família contemporânea.

“EM BRIGA DE MARIDO E MULHER NÃO SE METE A COLHER”: DA INTERVENÇÃO ESTATAL NO ÂMBITO PRIVADO

O estudo até aqui realizado permite demonstrar que o Direito de Família sofreu grandes modificações, sobretudo na conjugalidade que a partir de agora não é tão só sinônimo de casamento; e que o casamento, por sua vez, já não representa apenas uma cerimônia burocrática em que se discute prole e patrimônio.

O Direito de Família está para além de simples regras dispostas em um papel, ele transcende o íntimo de cada um de seus integrantes, abarcando as questões não só processuais, mas, sociais e sentimentais. Ciente de que é o pilar e modelo da sociedade, ou seja, de onde tudo se inicia, preocupa-se com o desenvolvimento da personalidade de cada pessoa.

Apesar de ainda existir um conceito clássico defendido e ainda praticado, abre-se espaço para um mosaico de novas formas de famílias que se inserem no conceito peculiar de felicidade de cada um. O afeto sobressai às amarras sociais.

Desta forma, O clamor social foi atendido e, ao indivíduo, foi dada a chance de ser livre, igual e feliz. As novas reformas legislativas elucidam as possibilidades que o ser humano tem de ir buscar sua verdadeira identidade e concretizar sua plenitude. Agora, quanto mais livre suas escolhas, quanto mais personalizado possa desenhar sua vida, mais se demonstra a efetivação social da dignidade humana.

Ora, se dantes o Estado transferia o poder de coerção e administração ao patriarca, estando inerte aos acontecimentos dentro do seio familiar, nada mais coerente do que, hodiernamente, deixá-los em paz para que, agora que podem usufruir de sua livre escolha, resolvam-se da melhor maneira possível de seu jeito próprio. Não faria coerência alguma se tal liberdade fosse sitiada.

Mas será que pode o Estado deixar de intervir quando da violação de algum dos limites impostos, na relação familiar, à manutenção da dignidade da pessoa?

5.1 Da fragilidade de garantia

A fragilidade de garantia representa a reserva que o Direito tem ao tutelar as relações interfamiliares. Isto é, a ideia de que a responsabilidade dos entes familiares não pode ser pleiteada em juízo em virtude da paz e equilíbrio da instituição família.

Em épocas que predominavam o patriarcado²¹¹, entendia-se que as violações dos deveres conjugais tinham sanções específicas dentro do Direito de Família que afastavam a obrigação de indenizar, em vista disso, existiam certos institutos²¹² que tornavam desnecessário a utilização de pretensas indenizações²¹³.

Pode-se observar um pequeno desenvolvimento já no Código de Seabra – 1867 –na qual foi confirmada a capacidade dos cônjuges pleitearem entre si²¹⁴, porém, não há indicação jurisprudencial registrada sobre tais postulações. Cerdeira²¹⁵ justifica esta inércia, apontando o modelo patriarcal ainda adotado pelo Código em comento, pois o artigo 1185º dispunha sobre o dever do marido de proteger a pessoa e os bens de sua mulher, bem como o dever desta em prestar obediência a ele.

Esta fragilidade foi posta em causa somente no ano de 1910, através do Dec.-Lei n. 1º de 25 de dezembro, que dispôs no artigo 39º sobre os princípios da liberdade e

²¹¹ Ângela Cerdeira informa em sua obra, *da responsabilidade civil dos cônjuges entre si*, que não há registros de utilização em Portugal do *interpousal immunity*, sistema baseado no princípio do *unity of spouse* –onde é defendido que marido e mulher constituíam juridicamente uma só pessoa, advindo da doutrina anglo-saxã e anglo-americana. Assim, no sistema de *common law*, nenhum ato ilícito praticado, antes, durante ou após o casamento, por um dos cônjuges em prejuízo do outro podia constituir fonte de responsabilidade. Entretanto, em Portugal, havia uma cultura patriarcal, influenciada pelo Direito Canônico que defendiam a supremacia do marido sobre a mulher em virtude da unidade da sociedade conjugal. CERDEIRA, Ângela Cristina da Silva. *Da responsabilidade Civil dos cônjuges entre si*. Dissertação (Mestrado em ciências Jurídicas-Civilísticas) - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2000.

Portanto, mesmo que houvesse legislação que autorizasse o litígio entre um cônjuge e outro, e também a mulher, a ser sujeito ativo em face do marido, quando a agressão era imoderada por parte do marido, as ações não eram comuns, pois culturalmente, ao homem, era conferido o direito de governar toda a família.

²¹² O próprio divórcio era classificado como sanção, pois era o único meio de punir o lesante em face do lesado, ademais, juntamente com o divórcio, sobrevinham os artigos 1790º, 1791º, como configuração de perda patrimonial para o cônjuge culpado.

²¹³ DIAS, Cristina. *Breves notas sobre a responsabilidade civil dos cônjuges entre si*: O novo regime do art. 1792 do Código Civil e a manutenção da irresponsabilidade do nível dos efeitos patrimoniais do casamento. *In* Direito e justiça: estudos dedicados ao professor doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes, Vol. I, Universidade Católica editora, Lisboa, 2011.p. 390-391.

²¹⁴ Artigos 1191º - não era possível o marido alienar bens imobiliários sem a autorização da esposa; e 1192º que excetuava a capacidade postulatória da mulher contra seu marido quando o pleito fosse contra o próprio.

²¹⁵ CERDEIRA, Ângela Cristina da Silva. *Da responsabilidade Civil dos cônjuges entre si*. Dissertação (Mestrado em ciências Jurídicas-Civilísticas) - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2000, p. 40-44.

igualdade, porém, alvo de críticas²¹⁶, manteve a situação de hierarquia do homem sobre a mulher.

Já em 1966, com a entrada em vigor do Código Civil, a mulher foi exergada como sujeito de direito e foi conferida a ela capacidade civil, mesmo casada. Contudo, manteve-se o princípio da chefia marital, pois de acordo com Antunes Varela²¹⁷ “pretendeu-se evitar que, à menor discordância entre os cônjuges, qualquer deles fosse tentado a transportar a divergência para a barra do tribunal, devassando a intimidade da vida familiar, através da decisão de um estranho”, prejudicando assim a unidade familiar.

Até que enfim, com a Constituição de 1976, houve uma contraposição de conflitos em relação ao Código de 1966, por isso, houve uma reforma em 1977, através do Dec. - Lei 496 de 25 de novembro, reafirmando o princípio da igualdade conjugal e dispondo no artigo 1671º, n.1º que a direção da família pertenceria a ambos os cônjuges. O machismo foi ultrapassado e a sociedade passou a ser “assexuada”, homem e mulher eram iguais, capacitados a gerir conjuntamente a sua família²¹⁸. Todos os membros das famílias passam a serem sujeitos de direitos.

Não há registro, portanto, de uma imunidade interconjugal²¹⁹ efetivamente implementada em Portugal, havendo mais uma timidez moral do que omissão legislativa. Atualmente, em que pese a grande reserva dos tribunais e doutrinadores em regulamentar a possibilidade de responsabilização nas relações interfamiliares, pode-se enxergar, ainda

²¹⁶ É absolutamente inexacto que a sociedade conjugal se baseie na liberdade e na igualdade. Não pode haver, em absoluto, liberdade e igualdade em qualquer sociedade; porque, sendo indispensável uma direcção, uma entidade que delibere, administre e mande; cumprindo aos outros executar as determinações daquela; e, sendo toda a convenção um vínculo, uma restrição da vontade dos contraentes; é erróneo o conceito em que o legislador assentou a ideia de sociedade conjugal. (CUNHA, Gonçalves. *Tratado de Direito Civil* – em comentário ao código Civil português, Vol. VI, Coimbra, 1933. p. 762 *apud*, CERDEIRA, Ângela Cristina da Silva. *Da responsabilidade Civil dos cônjuges entre si*. Dissertação (Mestrado em ciências Jurídicos-Civilísticas) - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2000, p. 67.)

²¹⁷ VARELA, Antunes. *Direito da Família*. 5.ed. Lisboa: Almedina, 1999. p.333.

²¹⁸ Cfr. CERDEIRA, Ângela Cristina da Silva. *Da responsabilidade Civil dos cônjuges entre si*. Dissertação (Mestrado em ciências Jurídicos-Civilísticas) - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2000, p. 47.

²¹⁹ De acordo com Cerdeira, “a doutrina anglo-americana tende a usar o termo ‘imunidade interconjugal’ para traduzir a impossibilidade de um cônjuge poder agir para obter o ressarcimento de um prejuízo causado em consequências de uma ato ilícito cometido pelo outro cônjuge. Trata-se de uma imunidade ou privilégio, na medida em que deixa de ser aplicável a regra fundamental *alterum non leadere*, presente também no sistema jurídico de *common law*, que obriga o autor de um acto ilícito a indenizar o lesado pelos prejuízos causados”. CERDEIRA, Ângela Cristina da Silva. *Da responsabilidade Civil dos cônjuges entre si*. Dissertação (Mestrado em ciências Jurídicos-Civilísticas) - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2000, p. 17-18.

que de forma tímida, uma forte tendência de que a família não se torne “um reino em que a imunidade impera²²⁰”.

Jorge Duarte Pinheiro²²¹ explica que o cerne da fragilidade de garantia circula na negação da aplicabilidade do instituto geral da responsabilidade civil aos casos de incumprimento dos deveres correspondentes. E, citando doutrina atual, revela que sob uma perspectiva clássica²²², ainda se defende que os direitos familiares pessoais têm uma garantia mais frágil do que aquela que cabe aos direitos reais e aos direitos de crédito, sob a justificativa da proteção da harmonia familiar²²³.

Coelho e Oliveira²²⁴, dantes adeptos da doutrina clássica, achavam que o modelo de fragilidade de garantia era o que melhor se adequava aos direitos da família em prol da proteção do santuário familiar. Admitindo, porém, que se o pleito viesse com o pedido de divórcio ou a separação de pessoas e bens não justificaria a interpretação restritiva do art. 483º, uma vez que a preocupação com a paz familiar e o propósito de evitar uma excessiva intervenção do Estado, já não tinham grande peso depois de um dos cônjuges intentar contra o outro uma ação de divórcio ou separação. Atualmente, defende até a possibilidade de se intentar indenização ainda na constância da união, vez que não há óbice algum para que o faça.

Atualmente, após ultrapassar a ideia de que o divórcio poderia ser uma sanção em si, e não havendo dispositivos gerais que encubram as responsabilidades tanto patrimoniais quanto não patrimoniais no livro destinado à família no Código Civil -muito menos legislação especial que o faça - não se vê óbice algum para que sejam empregadas as regras gerais na responsabilidade civil, impostas no art. 483º do Diploma Civil português.

²²⁰Cf. ”. PINHEIRO, Jorge Duarte. *O Direito da Família contemporâneo*. 3.ed., Lisboa: AAFDL, 2010. p. 107..Diz o autor que: “A família não deve ser tida como um mundo à parte, onde reina a imunidade”.

²²¹ *Idem, ibidem*,p.105-106.

²²² Defende posição clássica Diogo Leite Campos quando diz: “é correcta a ideia de que a observância dos deveres familiares pessoais está tutelada por uma garantia mais frágil do que a dos deveres em geral. (...) Em virtude do princípio geral de que ninguém pode ser obrigado a um certo comportamento positivo, mas também pela circunstancia de se tratar de deveres, de relações, de caráter tão íntimo, tão “privado”, que é impossível forçar, de fora, a sua observância ou mesmo, controlá-las adequadamente”. CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de Direito da Família e das Sucessões*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 141.

²²³ Corroborar tal afirmação Coelho e Oliveira: “Segundo a doutrina tradicional, outra característica dos direitos familiares pessoais seria a de que estes teriam uma garantia mais frágil que a dos direitos de crédito, pois não existiria uma sanção organizada para o não cumprimento dos deveres conjugais”. COELHO, F.P; OLIVEIRA, G. *Curso de Direito de Família*. Vol. I Introdução ao Direito Matrimonial. 4.ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2011, p. 155.

²²⁴*Idem, ibidem*, p.156.

5.2. Intervenção estatal na família

Vida privada *versus* direito de personalidade.

O artigo 67º da Constituição da República portuguesa conceitua a família como elemento fundamental da sociedade, merecendo, pois, a devida proteção da sociedade e do Estado para garantir a realização pessoal de cada membro. Em contrapartida, os artigos 8º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos²²⁵ e o 80º do Código Civil Português que tratam do respeito e da reserva à intimidade da vida privada, regulamentam a inviolabilidade da vida privada da família²²⁶.

Mas, para assim satisfazer aos anseios e à felicidade dos indivíduos e da sociedade, a família carece de se expandir, em regra, ao sabor da instituição e de viver em ambiente de profunda intimidade. Não é pela regulamentação severa em que a família se disciplina, mas sim pela espontânea combinação da autoridade com o afecto e a dedicação. Não é pela vigilância de estranhos ou pelo receio de penas que se realiza a missão da família. É no segredo do lar e no fervor dos afectos que o homem pode exercer os seus direitos e cumprir os seus deveres com a segurança e a satisfação de quem se sente num mundo à parte, em que figura como verdadeiramente único e autónomo; (...) Devassemos o segredo do lar, ponhamos junto de cada qual um vigilante estranho, peçamos constantemente aos membros da família contas do cumprimento dos deveres, e tudo cessará imediatamente – quebrar-se-á o encanto e a família não passará de pobre amontoado de interesses, pronto a desabar ao primeiro vento da discórdia

²²⁵ Artigo 8.º.(Direito ao respeito pela vida privada e familiar). 1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros. In <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4>, acessado em 1.1.14

²²⁶ Segundo Capelo de Sousa Adentro da tutela da personalidade moral prevista no art. 70º do C. Civ. É juscivilisticamente protegido o bem da reserva (resguardo e sigilo) do ser particular e da vida de cada indivíduo, que, aliás, também em ampla medida goza de garantia constitucional (...) Com efeito, e para além da amplitude com que é consagrado o artigo 80 do C. Civ. Um direito de guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem, aquele âmbito geral decorre directa e mais extensamente da natureza da personalidade moral do homem geralmente tutelada no art. 70º, n. 1º, do C. Civ. Na verdade, a reserva juscivilisticamente tutelada abrange, não só o respeito da intimidade da vida privada, em particular a intimidade da vida pessoal, familiar, doméstica, sentimental e sexual, como engloba também as peripécias da vida conjugal e familiar; as causas e circunstâncias de um divórcio; a vida amorosa fora e ao lado do casamento, claro, sem prejuízo dos direitos do cônjuge ofendido. CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A., *O Direito geral de personalidade*, Coimbra editora, 2011, pp. 317-318.

ou da adversidade. (...) Se queremos defender a família, respeitemos-lhes a intimidade, pois são muito menos danosos os inconvenientes, que num ou noutro caso, possam resultar desta confiança depositada no funcionamento natural da instituição, do que dos males que inevitavelmente resultariam de se ofender o respeito e o pudor da generalidade das famílias. (Gomes da Silva. O Direito da Família no Futuro Código Civil. BMJ n. 65, p. 29)²²⁷.

Instituição sacralizada, a família era um grupo íntimo chefiado pelo patriarca e cabia ao estado apenas regular questões conexas que contornassem a sua existência. O manto sagrado era intocável e não dizia respeito a qualquer terceiro que fosse.

A máxima “em briga de marido e mulher ninguém mete a colher” elucida o cenário daquela época. Como, também, na passagem transcrita acima. A intimidade deveria ser preservada e o que prevalecia era a instituição em si, e não seus componentes.

No entanto, no último século as mudanças foram gritantes e os Direitos Humanos trouxeram igualdade entre homens e mulheres e tornaram as crianças sujeitos de direitos. Diminuir ou relativizar os direitos de personalidade de cada um em prol de um ideal já não fazia mais sentido, o melhor era encaixá-los, garantir a dignidade que lhe era inerente.

Por isso, a família atravessa importantes mudanças e vive um processo de libertação de seus integrantes²²⁸. Cada um permanece porque deseja manter o vínculo e sai porque simplesmente não quer mais.

A família hodierna se transforma em instrumento que viabilize uma vida com afeto e dignidade intacta, fazendo com que cada um possa seguir o caminho da realização de seu plano pessoal de felicidade²²⁹. Enuncia o doutor Guilherme de Oliveira que a alteração mais significativa da família envolve um direito à felicidade individual conjugal, e seu

²²⁷ Citado por FERREIRA, Maria Elisabete. *Da intervenção do Estado na questão da violência conjugal em Portugal*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 61. Explica a autora que tal passagem representa a visão tradicional sobre a questão da intervenção do estado na família, onde à lei, competia apenas criar uma estrutura jurídica sólida que dificultasse a desvirtuação da família.

²²⁸ Nesse conceito de família solidarista torna-se de suma importância a convivência entre seus membros. Alteridade e reciprocidade são palavras-chaves nessa nova relação familiar. É de suma importância o papel do outro na formação da personalidade e dignidade de seus membros, uma vez que deve tratar os interesses do outro como trataria seu próprio interesse LAGE, Juliana de Sousa Gomes. *Responsabilidade Civil nas relações de conjugalidade*. In Manual de Direito das Famílias e das Sucessões, 2º, Teixeira, Ana Carolina Brochado et al. (coord.), Del Rey, 2010;

²²⁹ VIANNA, Breno Mendes Forel Muniz. *Responsabilidade Civil Parental*. In Manual de Direito das Famílias e das Sucessões, 2º, Teixeira, Ana Carolina Brochado et al. (coord.), Del Rey, 2010.

maior bem é agora a felicidade que o agregado familiar pode proporcionar a cada um de seus membros, senhores e não servidores da família²³⁰.

O Direito, de fato, cada vez mais amplia as garantias individuais e o deixa liberto para viver da forma que melhor lhe aprouver. Isso, porém, não quer dizer que não haja limites e deveres para com o próximo²³¹. No novo sistema conjugal²³² já não se admite desrespeito, submissão, agressão ou até mesmo omissão.

Fachin²³³ se manifesta anunciando que é a questão entre privacidade e intervenção é paradoxal. Pois, mesmo que a sociedade necessite de um Estado ausente que permita que as pessoas constituam suas relações segundo uma liberdade vivida, é igualmente necessário que determinados direitos sejam tutelados pela presente intervenção do ente estatal. A figura de um Estado presente, que intervém em prol do desenvolvimento da personalidade humana, repelindo obstáculos e garantindo, mesmo que em perspectiva de prevenção, faz-se necessária, na medida em que é verificada a potencialidade lesiva à constituição de personalidade de uma pessoa.

Para Pais de Vasconcelos²³⁴ o direito à privacidade tem de ser analisado de acordo com a natureza do caso e a condições das pessoas, isto é, “tudo depende de tudo”, das pessoas até as suas peculiaridades, bem como a transparência da vida em comum.

Corroborando na mesma assertiva Maria Elisabete Ferreira ao reconhecer que mesmo com o modelo liberal de família que vigora no Direito atual, a intervenção estatal se faz necessária para assegurar a proteção social, econômica e jurídica da família. Mas ressalva

²³⁰ Oliveira, Guilherme. *Sobre a verdade e a ficção no Direito da Família*. In Boletim da Faculdade de Direito, 1975, p. 275.

²³¹ Manifesta-se Varela Sobre o Assunto: A plena comunhão de vida, em que se traduz o casamento, não elimina a personalidade de nenhum dos cônjuges (VARELA, Antunes. *Direito da Família*. 5.ed. Lisboa: Almedina, 1999. p. 360).

²³² Segundo Maria Celina Bondin de Moraes, a família deixou de ser um instrumento, no qual a personalidade de cada um de seus membros tem maior autonomia, e cada um de seus componentes é autor de suas próprias opções como quando escolhem se querem manter ou não o vínculo da conjugalidade (*In Danos morais em relações de família in* Pereira, Rodrigo da Silva, Afeto, Ética e Família no Novo Código Civil. Belo Horizonte, Del Rey – IBDFAM, 2004)

²³³ Fachin, Luiz Edson. Famílias – entre o público e o privado in Congresso Brasileiro de Direito de Família (8.:2011: Belo Horizonte, MG) Família entre o público e o privado. Coordenado por Rodrigo da Cunha Pereira. – Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2012, pp. 165-166.

²³⁴ Vasconcelos, Pedro Pais de, *Direito de Personalidade*, Almedina, 2006, p. 80-81. Ainda arremata o autor sobre o assunto: “A reserva da privacidade deve ser considerada a regra e não a exceção. É esse o sentido que se retira, por um lado, da natureza do Direito à privacidade como direito de personalidade e, por outro, da sua consagração constitucional como direito fundamental. O direito à privacidade só pode ser lícitamente agredido – e só quando – um interesse público superior o exija, em termos tais que o contrário possa ser causa de danos gravíssimos para a comunidade”. VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Direito de Personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 81.

que esta intervenção tem de ser pautada em critérios de indispensabilidade, adequação e proporcionalidade para que se evite uma intervenção abusiva²³⁵.

Por isso, o Direito passa a dispor regras e princípios que visam à tutela de uma dimensão existencial e não mais restritivamente patrimonial, ligada fundamentalmente à proteção da pessoa e da personalidade humana²³⁶.

Com efeito, não basta a afirmação pública da materialidade dos direitos de personalidade, é necessário que, relativamente à Administração Pública, às Forças de Segurança, aos Tribunais e aos respectivos procedimentos administrativos, policiais e processuais, haja previsão normativa²³⁷ e eficácia na garantia desses direitos²³⁸.

É, portanto, totalmente legítimo que “em briga de marido e mulher o Estado interponha a sua colher”, retirando ou imobilizando o elemento violador dos direitos de personalidade do cônjuge prejudicado. A ação estatal não invadirá nem maculará o manto que reveste a família, mas sim, o administrará quando resultar desorganizada.

A intervenção do Estado, neste sentido, não significa um retrocesso, e muito menos é regra. Pelo contrário, reflete o desenvolvimento em relação à proteção de bens maiores que simplesmente condutas morais dantes fixadas na sociedade.

²³⁵ “Afastando que está, nos dias de hoje, o modelo liberal de família, em que pouco foi solicitada a intervenção do Estado, de forma a salvaguardar a sua intimidade e livre desenvolvimento, actualmente, o Estado preocupa-se com a intervenção na família, procurando assegurar a sua proteção social, económica e jurídica, mas também promovendo o respeito dos direitos fundamentais de cada um dos seus membros. É este o escopo protetor que justifica, em grande medida, a imperatividade das normas reguladoras do direito de família”. FERREIRA, Maria Elisabete. *Da intervenção do Estado na questão da violência conjugal em Portugal*. Coimbra: Almedina, 2005. p.62-63.

²³⁶A autenticidade e a plenitude da tutela de personalidade humana surge-nos hoje, e também para consciência ético-cultural comunitária, indissociável de um certo número de pressupostos jurídicos-institucionais que veiculam determinadas garantias jurídicas duramente obtidas ao longo da história, particularmente o princípio da universalidade da personalidade jurídica humana, o reconhecimento a todos da mesma dignidade social e a sua igualdade perante a lei, a regra da plena capacidade jurídica de todos os homens e o direito de cada um à liberdade que respeite a mesma liberdade dos demais. (CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A., *O Direito geral de personalidade*. Coimbra:Coimbra editora, 2011. p. 120-121).

²³⁷ Assim, Sottomayor critica a nova de 2008 do Código Civil explanando os seguintes motivos: “ O novo regime jurídico de divórcio cria algumas perplexidades, pois apesar de uma primeira leitura paarecer um texto satisfatório, que visa pacificar a conflitualidade e proteger as crianças contra os danos da ruptura conjugal, constitui uma reforma desadequada da nossa realidade social e suscetível de produzir consequências negativas para as mulheres e para as crianças. (...) Uma lei da família elaborada com cuidado e respeito pelas mulheres não pode basear-se numa ficção ou numa abstracção da igualdade entre os géneros (...) A lei deve, para ser justa, atender à realidade social e não a uma sociedade do futuro que se quer construir, sob pena de todas as mulheres que não correspondem à noção de pessoa autónoma, pressuposta pelo poder legislativo, serem abandonadas pelo Estado numa situação de pobreza e sofrimento. Sottomayor, Maria Clara. Uma análise crítica do novo regime jurídico do divórcio. In *Actas do Congresso de 23,24 e 25 de outubro de 2008 (Porto – Portugal) E foram felizes para sempre ...? Uma Análise crítica do Novo Regime Jurídico do divórcio*. Coordenado por Maria Clara Sottomayor e Maria Teresa Féria de Almeida – Coimbra: Coimbra editora, 2010.

²³⁸ *Idem, ibidem*, p.78.

A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA: DA POSSIBILIDADE DE RESSARCIMENTO POR DANO NÃO PATRIMONIAL NAS RELAÇÕES DE CONJUGALIDADE

Os laços que envolvem a família são muito mais profundos do que as simples amarras contratuais que regem o casamento, ou mesmo qualquer outro tipo de contrato. As condições para que uma família se construa e mantenha, ultrapassam valores monetários e o desfazimento desta estrutura comporta situações tão íntimas que não se consegue sequer prevê-las ou regulá-las. Disso não se há dúvida alguma.

Por todas essas características peculiares, é que a teoria da imunidade interconjugal fez nascer a ideia de fragilidade de garantia - que defendia a natureza tão sensível do âmbito familiar que não cabiam nelas a execução de um obrigação ou a responsabilização de um ente para com outro a mando do Estado.

Assim, ao longo dos anos, se manteve o poder patriarcal. Era o chefe de família quem tinha o poder de educar e resolver as pendências familiares. Ao filho cabia obedecer, à mulher aceitar as ordens e caprichos de seu marido, bem como cuidá-lo e da prole também. O divórcio não era nem sequer permitido e o desquite marcara negativamente a mulher na sociedade.

O tempo passou, e algo se desenvolveu, a mulher alcançou condição isonômica ao homem e o divórcio foi permitido. Contudo, o divórcio era a sanção máxima que o cônjuge culpado sofria ao desfazer o vínculo matrimonial com o cônjuge prejudicado. A família era tão imaculada que tinha que ser resolvida pura e simplesmente dentro do Direito de Família. Por isso, alguns institutos como a prestação de alimentos e a própria partilhas de bens foram considerados meios de sanção.

Enfim, foi entendido que o que importa mesmo é estar bem, e a família contemporânea passou a se fundamentar no afeto, sendo o escopo principal a felicidade.

Contudo, mesmo que haja todo este desenvolvimento, mesmo que o mundo se volte ao bem estar e ao lado positivo de uma vida plena e feliz, mesmo que não se cogite a possibilidade da obrigação de viver ao lado de quem não mais se ama, ainda existem desgastes da vida familiar, sobretudo da vida a dois, que precisam ser administrados, regulados, salvaguardados. E isso ocorre porque é humano, pois o conflito pertence ao

âmago de cada ser, e se não fosse assim, e se todos guardassem os mesmos desejos e os mesmos objetivos a organização de um Estado seria prescindível e o Direito perderia seu sentido.

Assim, a doutrina da fragilidade de garantia erra ao defender que os conflitos familiares têm de ser reservados, guardados e encobertos. Quando uma lide familiar bate às portas do judiciário, é porque ela está carente de organização, é porque está frágil e necessita de tal intervenção. A possibilidade de se resolver lides familiares no judiciário, ao contrário do que a doutrina clássica pensa, auxilia a sua manutenção e quiçá salva as relações fragilizadas. Isso não quer dizer que os novos traços que delineiam a família estão fazendo tal instituição ruir. Pelo contrário, legitima sua nova proposta: o objetivo de felicidade pautada na convivência em igualdade e respeito.

Porém, é claro que o Direito, diante de questões tão profundas que envolvem as relações afetivas, é limitado em sua intervenção. De fato, não pode compelir alguém a amar, cuidar, respeitar ou conviver, restando-lhe apenas, mecanismos que compensem ou cessem situação de violação de direitos.

A responsabilidade civil, em conversa com Direito de Família, garante a proteção dos direitos subjetivos de seus indivíduos, por mais que não alcance o valor real do dano não patrimonial. A Responsabilidade Civil, por mais que não reconstitua o *status quo* de um cônjuge traído ou de um filho violentado, tenta harmonizar novamente e compensar aquela vida agredida.

Assim, adequar a Responsabilidade Civil no âmbito do Direito de Família é totalmente legítimo, na medida em que protege relações tão mais sensíveis do que as de um contrato qualquer.

6.1 Ilícito Conjugal: A violação dos deveres conjugais geram danos indenizáveis?

Sabendo da essencialidade da intervenção do estado nas relações de família, (quando provocada) sendo cabível, portanto, a Responsabilidade Civil no âmbito familiar, importante para este estudo é saber quando, nas relações de conjugalidade, poderá incidir a Responsabilidade Civil. Neste caso, será necessária, primeiramente, uma análise mais profunda sobre a natureza que os deveres conjugais guardam e, se por conta disso, permitem uma indenização pelos danos gerados em virtude de sua violação.

Os deveres conjugais estão elencados no Diploma Civil no o artigo 1672º estabelecendo preceitos gerais que regem a vida conjugal. Apesar de estar especificada nos artigos 1763º- Residência familiar; 1764º - cooperação; 1765º- assistência, 1766º - contribuição para os encargos da vida familiar; 1672º- dever de fidelidade; 1779º - dever de respeito, é preciso ter atenção para perceber que não se trata de regras *numerus clausus*, mas são apenas parâmetros que conduzem a relação.

Isso quer dizer que o dispositivo que trata de deveres conjugais não fixa um caminho reto ao casal, mas prevê um modelo que perfaça a plena comunhão de vida. Entretanto, a ordem dada no artigo 1618º do Código Civil português enseja que tais deveres têm caráter imperativo, trazendo consequências no mundo fático e jurídico²³⁹.

Com a nova ideia de divórcio constatação, vem-se traçando um raciocínio de que a discussão dos deveres conjugais não tem mais lugar no mundo jurídico e que a discussão pela culpa da violação destes deveres perdeu significado. Em verdade, a violação dos deveres conjugais como simples fundamento para o divórcio já não tem importância, uma vez que a extinção da relação matrimonial pode se dar através de pedido simples²⁴⁰, porém a discussão da culpa pela violação é necessária quando houver dano grave ao cônjuge que não deu causa ao divórcio²⁴¹.

²³⁹ Corroborar a tese Galvão Telles. Manual dos contratos e geral, 3º ed. Lisboa, Coimbra editora, 1965, p. 46. “questionável também é a possibilidade de a violação dos deveres conjugais fazer incorrer o cônjuge violador em responsabilidade contratual. Com efeito, definindo-se o casamento com um contrato, que implica determinadas das obrigações – art. 1672, a sua violação culposa fará incorrer o cônjuge devedor em responsabilidade contratual. Nos termos do art. 798. O problema da qualificação do casamento como um contrato não tem sido contestado entre nós”.

²⁴⁰ No regime atual do divórcio “litigioso”, tem de ser apresentada uma causa - quer um dos factos previstos nas als. a), b) e c) do 1781º, quer, nos termos da al. d) -, um outro facto que mostre a ruptura definitiva do casamento).

²⁴¹ Na mesma linha defende DIAS: “Tendencialmente as legislações europeias têm abandonado a culpa como fundamento de divórcio, assentando este no princípio da simples constatação da ruptura do casamento. Em

Certo que não se pode obrigar o outro ser fiel, companheiro e respeitar o ambiente familiar, a simples desobediência destes direitos/deveres, portanto, não gera o dever de indenizar. Essa obrigação surgirá no momento em que esta violação resultar em dano grave à personalidade do ofendido.

Para Cristina Dias²⁴² os deveres familiares pessoais não estariam sujeitos à tutela mais consistente dos deveres jurídicos, impossibilitando o cônjuge lesado a dirigir-se até o tribunal pleiteando o direito de indenização contra o violador - pelos danos causados pelo descumprimento do dever conjugal. “Tratar-se-ia de relações de caráter tão íntimo, tão privado que seria impossível forçar, externamente, a sua observância”. O caráter doméstico obstaría esta ação, vez que a indemnização era completamente inaceitável, sob pena de fragilizar a estrutura familiar na sociedade.

Na mesma linha, Diogo Leite Campos²⁴³ acredita que quem comete um dano tem a obrigação de indenizar, porém, isso não ocorre em virtude da violação dos deveres conjugais - devido seu caráter íntimo e a impossibilidade da lei em mandar nos sentimentos de cada pessoa. Desta forma, divide os danos não patrimoniais no âmbito da conjugalidade em três: 1. aqueles decorrentes da violação dos deveres conjugais, que na opinião do ilustre autor não são passíveis de indenização; 2. os danos não patrimoniais decorrentes, independente do estado de casado (agressões físicas e injúrias), o qual diz que estão sujeitos as regras gerais da obrigação de indenizar; 3. os danos não patrimoniais advindos do próprio divórcio, isto é, por ter o culpado dado causa a ele ou de tê-lo pedido com fundamento na alteração das faculdades mentais do outro, abarcado pelo art. 1792º. do C. Civ.

Em outra face, Dias defende que os deveres do artigo 1672º são também direitos, pelo seu caráter de reciprocidade entre os cônjuges e, por isso, a violação deste se configurará em ato ilícito com potencial de lesionar o direito de outrem, face ao artigo 483, n.1 do Código Civil, nascendo uma obrigação de indemnizar o lesado, ou seja, o lesante se constitui em responsabilidade para com lesado pelos prejuízos que lhe causou. Assim,

todo caso, a culpa ainda continua a ter algum relevo, quer quanto às causas quer quanto aos efeitos do divórcio, em alguns sistemas jurídicos de cariz continental e de *Common Law*.” ARAÚJO, Cristina M.. *Uma análise do novo regime jurídico do divórcio*. Lei 61/2008 de 31 de outubro. Coimbra: Almedina, 2008. p. 8.

²⁴² DIAS, Cristina, *ob. Cit.* 395-396.

²⁴³ CAMPOS, Digo Leite. *Lições de Direito de família e das sucessões*. 2.ed., Lisboa: Almedina, 2012. p. 309.

quando se verifique a lesão de um direito de um cônjuge deverá haver lugar a uma indemnização a prestar pelo outro cônjuge, violador de tal direito²⁴⁴.

Capelo de Sousa também defende a indenização pela violação dos deveres conjugais, uma vez que não há alienação dos direitos de personalidade dos cônjuges no momento em que se contraem casamento e, por isso, totalmente ressarcíveis os danos causados ao cônjuge lesado (desde que significativos), visto que os direitos de personalidade possuem inquestionável tutela civilística. Assim o dano à honra, a reputação, o bom nome, a liberdade e mesmo a intimidade pessoal, são indenizáveis mesmo verificados durante a vigência do casamento, e não apenas pela dissolução do casamento²⁴⁵.

Também defendem que a violação dos deveres conjugais ensejam indenização Pereira Coelho²⁴⁶ e Ângela Cerdeira²⁴⁷ quando ensinam que a violação dos deveres conjugais implica, ao mesmo tempo, na violação de um direito de personalidade, admitindo, logo, a responsabilidade civil como sanção, independentemente de divórcio.

Importante apontar que o Direito Geral de Personalidade está disposto no artigo 70º do Código Civil português e representa o instrumento jurídico de concretização dos direitos fundamentais no direito privado²⁴⁸. É um direito subjetivo dado “a um autêntico poder de exigir de outras pessoas um comportamento positivo ou negativo,

²⁴⁴ Dias, Cristina. *Breves notas sobre a responsabilidade civil dos cônjuges entre si*. O novo regime do art. 1792 do Código Civil (na redução dada pela lei 61/2008 de 31 de outubro) e a manutenção da irresponsabilidade ao nível dos efeitos patrimoniais do casamento. . *In* Direito e Justiça, estudos dedicados ao professor doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes, Vol. I, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011. p. 390.

²⁴⁵ (CAPELO, de Sousa. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra, 1995, p. 523). CAPELO de Sousa pronunciando em relação ao dever de fidelidade: “As práticas sexuais extrapatrimoniais constituem actos ilícitos nas relações jurídicas entre os cônjuges, por violação de um dever conjugal, e entre o cônjuge ofendido e o terceiro *perturbador*, por violação do direito geral de personalidade daquele, podendo haver lugar à responsabilidade civil CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de personalidade, ob. cit.*, p. 231.

²⁴⁶ “Pensamos hoje, até, que o artigo 483o. Não exclui a possibilidade de, independentemente de ter sido requerido o divórcio ou a separação judicial de pessoas e de bens, se deduzir pedido de indemnização dos danos causados pela violação dos deveres do artigo 1672º COELHO, F.P; OLIVEIRA, G. *Curso de Direito de Família*. Vol. I Introdução ao Direito Matrimonial. 4.ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2011, p. 11 e 112.

²⁴⁷ CERDEIRA, Ângela Cristina da Silva. *Da responsabilidade Civil dos cônjuges entre si*. Dissertação (Mestrado em ciências Jurídicos-Civilísticas) - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2000, p. 120.

²⁴⁸ Desenvolve o autor: “Em termos constitucionais, o art. 70º do Código Civil encontra paralelo, a partir da revisão constitucional de 1997, no art. 26, n. 1. Se consagra aí o direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade. É sobretudo em relação a essa panopléia de direitos de liberdade minados, que o art. 26 da Constituição exerce suas funções de norma de recolha, complementação. Através da introdução deste conceito indeterminado na ordem constitucional assegura-se uma correspondência entre esta ordem jurídica. MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque, *Responsabilidade Civil por ofensa ao crédito e ao bom nome*, Almedina, 2011, pp. 24-25.

normativamente determinado, com a possibilidade de recurso dos tribunais para a instauração de providências coercitivas, caso tal comportamento não se verifique²⁴⁹”.

Desta forma, o n. 2 do referido artigo se utiliza da responsabilidade civil para tutelar os direitos de personalidade²⁵⁰. Por isso, o dano causado a qualquer direito de personalidade – analisado o caso em concreto – deve ser compensado, ou mesmo prevenido. Não deixando de ser menos importantes quando advindos de uma relação conjugal, mesmo levando em consideração a mitigação de certos desses direitos quando da união de um casal.

O dano resultante da violação dos deveres conjugais poderá ser enquadrado no artigo 483º c/c artigo 496º do Código Civil, à medida que forem analisados no caso concreto, os pressupostos gerais da responsabilidade civil²⁵¹. Entretanto, será feita uma análise mais delicada tendo em vista a natureza especial do casamento, assim não se deve fazer uma aplicação imediata e em bloco das regras do direito comum dos contratos. É aconselhável que se analise cada uma dessas regras para determinar se são consentâneas com os interesses que o legislador pretende salvaguardar no domínio da relação jurídica matrimonial²⁵².

Deve se ter atenção que os deveres conjugais não são direitos de personalidade em si, mas sua violação pode dificultar o desenvolvimento ou trazer ônus à personalidade do cônjuge sofrido, isto é, ao violar os deveres conjugais o cônjuge culpado poderá atingir diretamente a honra, a imagem, o bom nome, a intimidade, a saúde, e o corpo do que sofre tal dano. Desta forma, não há dúvidas, de que a violação dos deveres conjugais - se acarretam danos graves que comprometem ou prejudicam os direitos de personalidade do

²⁴⁹ Crf. SOUSA, R., Capelo de Sousa, *ob.cit.*, p. 93.

²⁵⁰ (Desta forma, verifica-se o acórdão do S.T.J de 26/06/2003 Ac. do STJ, publicado em proc.O3B4298, nº convencional:JSTJ000, Relator: Duarte Soares, de 26/02/2002 de que trata do pleito de indenização em face do réu, por violação ao direito de personalidade à sexualidade conjugal, tendo em vista acidente de viação, que deixou o marido da autora impotente sexualmente, com disfunção erétil. Apesar de não ser acolhida em primeira instância, pois não cabia indenização por ser caracterizado dano indireto, já que foi o marido o principal prejudicado, quem sofreu a mazela, o STJ, entendeu ser sim, uma violação ao direito da personalidade da esposa, uma vez que foi impedida de exercer sua sexualidade, prejudicando assim, seu desenvolvimento integral de sua pessoa, assim, sofrendo diretamente um dano, pois seu casamento estava fadado ao insucesso.)

²⁵¹ Nessa linha Neto, Inácio de Carvalho conclui ser perfeitamente cabível na ação de separação litigiosa culposa, pois os pressupostos da obrigação estão assentados: há a ação ou a omissão do agente; está presente o dolo ou culpa deste; houve dano à vítima; está configurada a relação de causalidade entre o ato culposo e o dano gerado. (*Responsabilidade civil no Direito de Família*.3. ed, Curitiba, 2007. p. 280)

²⁵² Crf. CERDEIRA, Ângela Cristina da Silva. *Da responsabilidade Civil dos cônjuges entre si*. Dissertação (Mestrado em ciências Jurídicos-Civilísticas) - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2000, p.70.

cônjuge ofendido - pode ensejar a responsabilização civil como instrumento de intervenção estatal regulador das relações familiares²⁵³.

Importa ressaltar que neste estudo se defende que o dano poderá ser reclamado mesmo antes do pedido de divórcio ou em sua concomitância, sem o prejuízo do esfacelamento do verdadeiro significado da família. Essa defesa decorre do pensamento de que a intervenção estatal, de forma excepcional e especializada, pode não só administrar uma situação de caos que se instalou no âmbito privado, mas pode também ajudar a manter e salvar sua estrutura familiar.

Ademais, não há qualquer óbice legislativo que impeça esta ação, ao contrário, há uma doutrina forte neste sentido, com o escopo de criar uma cultura social que estimule cada ser humano buscar a tutela de seus próprios direitos, evitando assim, todo o mal já causado aos chamados vulneráveis em um passado não muito distante.

Fundamental é que os legisladores saibam separar a moral e a cultura religiosa do direito e implementem uma cultura jurídica séria e especializada que salvguarde as mudanças recorrentes nas relações sociais, sobretudo, nas relações interfamiliares. Tal mudança não trará o fim da instituição da família, mas a fortalecerá ainda mais, pois com normas imperativas e passíveis de sanção evitará o grande abuso que a parte mais fraca sofre na era patriarcal.

²⁵³ Maria Elisabete Ferreira, discorrendo a cerca do dano não patrimonial, atenta que por força do artigo 496º C.Civ., só serão indenizáveis quando, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito, diversamente do que sucede com os danos patrimoniais. (confuso) Mas assevera, no entanto, que a perda de vencimento, as dores físicas e as incapacidades de que venha o agredido a se tornar portador não cabem apenas reparação *in natura*, mas sim, a cumulação das modalidades indenizatórias. FERREIRA, Maria Elisabete, *Da Intervenção do estado na questão da Violência Conjugal em Portugal*, Almedina, 2005. Pp 143-144)

TOMO IV – BREVE COMPARAÇÃO LUSO-BRASILEIRA

O CENÁRIO BRASILEIRO

O Direito de Família brasileiro tomou novos contornos desde a Constituição Federal brasileira de 1988²⁵⁴. Mais cidadã e democrática, permitiu que novos atores sociais surgissem, eliminando senão totalmente, mas em grande parte, a sociedade patriarcal, hierarquizada e patrimonialista que marcara tantos séculos da história do país.

O novo Código Civil de 2002 ratificou este olhar mais humanizado, especificando os sujeitos de direitos da família. No Direito Moderno mulheres e filhos têm direitos e deveres e atuam em conjunto com o pai, que já não é o seu senhor absoluto. O pater romano morreu. O Direito Contemporâneo cria o conceito da família eudemonista, tornando este grupo um instrumento para que cada ente pertencente nele alce a tão sonhada felicidade. A partir de agora, os parceiros afetivos unem-se para realizar-se pessoalmente, unem-se por vontade e não por mera convenção social, ou mesmo pela sucessão das grandes propriedades.

E da mesma forma livre que se unem, separam-se. A Emenda Constitucional número 66, de 13 de julho de 2010²⁵⁵ retirou a discussão da culpa em sede de divórcio. Após esta emenda, o casamento pode ser dissolvido diretamente com divórcio, sem prazo, sem motivo, simplesmente a pedido e este procedimento pode ser feito também em cartório de notas, através de escritura pública, com base de lei 11.441/07²⁵⁶, não necessitando de homologação judicial.

Tudo isso, porque a grande base do Direito de Família contemporâneo é o afeto e não há razão para que se forme ou não desenlace união em que o afeto não mais subsiste.

²⁵⁴ Verifica-se, assim, a relevância da Constituição da República de 1988, a qual, além dos princípios gerais de que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...” e que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações...”, estatuidos no art. 5º, *caput* e inciso I, estabeleceu expressamente que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”, no art. 226, §5º. (SANTOS, Regina Beatriz da Silva Papa dos Santos. *Reparação Civil na separação e no Divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999.p. 64)

²⁵⁵ EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66, DE 13 DE JULHO DE 2010. Dá nova redação ao §6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. Desta forma, o art. 1º, § 6º do art. 226 da Constituição Federal passou a vigorar com a seguinte redação: Art. 226. *A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.* in http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc66.htm, acessado em 12.06.13

²⁵⁶ LEI Nº 11.441, DE 4 DE JANEIRO DE 2007. Altera dispositivos da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. Em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2007/lei/11441.htm. Acessado em 12.06.13

A partir desta premissa, a discussão da culpa para realização do divórcio não faria mais sentido, não sendo mais correto falar em responsabilização civil por danos morais advindos da violação dos deveres conjugais. Ademais, também é defendido que este pleito haveria de ser feito em juízo comum, em processo diverso ao do pedido de divórcio.

Diferente de Portugal, o Código Civil brasileiro não conta com dispositivo expresso acerca da responsabilidade por danos causados pela separação. O artigo 927²⁵⁷ é utilizado como cláusula geral que se adequa ao caso em concreto; já o artigo 186²⁵⁸ fundamenta a indenização por dano moral pelo dano causado por ato ilícito.

Em que pese o tema seja recorrente no judiciário brasileiro, ainda não há opinião pacífica sobre a legitimidade ou ilegitimidade de se ter indenização no âmbito familiar. Alguns autores defendem esta possibilidade, outros asseveram que seria uma espécie de monetarização do (des)amor. A jurisprudência com muita reserva reconhece o direito à indenização nos casos em que os requisitos essenciais da responsabilidade civil forem preenchidos.

Um exemplo clássico da responsabilidade civil no Direito de Família é o pleito de indenização de danos morais por abandono afetivo de filhos em desfavor do genitor ausente. O Superior Tribunal de Justiça em decisão histórica reconheceu ser possível exigir indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo pelos pais. No caso em comento, a autora entrou com ação contra o pai, após ter obtido reconhecimento judicial da paternidade, por ter sofrido abandono material e afetivo durante a infância e adolescência. Sob a justificativa de que “amar é faculdade, cuidar é dever” a Ministra Relatora Nancy Andrighi condenou o pai ausente a pagar R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais)²⁵⁹ pelo abandono afetivo e material da Requerente²⁶⁰.

²⁵⁷ Art. 927, *caput*, CCb/02: Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

²⁵⁸ Art. 186 CCb/02: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

²⁵⁹ Valor equivalente a mais ou menos 70.000,00 EUR (setenta mil euros)

²⁶⁰ CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.

2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 daCF/88.

3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.

Quanto à ressarcibilidade por danos morais entre casais o assunto é muito mais vasto, envolve discussão acerca da quebra dos deveres conjugais, competência de Vara judicial e discussão da culpa.

Contudo, ainda que não haja óbice algum para que duas pessoas, não querendo mais conviver juntas, separem-se, ainda há possibilidade para averiguação da responsabilidade do causador do dano que gerou o rompimento. Repare-se que no Direito de Família brasileiro não há uma punição/sanção para aquele que gerou ou pediu a separação/divórcio, simplesmente, mas sim àquele que causou dano grave e até mesmo irreversível no outro, culminando na ruptura.

Em linhas gerais, a ideia é que a indenização por danos morais no Direito de Família não é configurada por um mero dissabor ou pelo simples desamor. De fato, ninguém pode ser compelido a amar alguém. Porém, se o desgaste trazer profundo abalo ou dano irreversível, há configuração da indenização.

Nessa linha, Rolf Madaleno²⁶¹ explica que o antigo modelo de família hierarquizada, em nome da preservação da paz familiar, imunizava o Direito de Família e impedia o ressarcimento entre esposos. Contudo, hodiernamente, a autonomia do sujeito familiar e o desenvolvimento da defesa de sua personalidade, objetivando a igualdade entre cônjuges e

4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.

5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.

6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.

7. Recurso especial parcialmente provido. Disponível em: [STJ, Resp. Recurso Especial Nº 1.159.242 - SP \(2009/0193701-9\)](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105567). Relator: Nancy Andrighi, 4º Turma. data de julgamento: 24.04.12. Data da publicação in http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105567. Acesso em 13 jun.2013.

²⁶¹ O autor posiciona-se positivamente acerca da responsabilidade civil nas relações de conjugalidade afirmando: “Pode até não ser indenizável o simples descumprimento de um dever conjugal, e realmente sua admissão poderia afetar a paz familiar, acarretando uma indesejável multiplicação de pleitos judiciais, mas o fato de existir um dano em concreto a causar séria lesão a direito fundamental familiar, seja ele moral ou patrimonial, não pode ser afastado da apreciação judicial e do ressarcimento pecuniário, como sucede por exemplo, com danos à saúde causados pela infidelidade, com risco do contágio por doença venérea ou pela AIDS, pelos danos à integridade física e psíquica provocados pelos maus tratos durante a convivência ; os danos à honra, com os casos de infidelidade, muitas vezes noticiado na imprensa em revistas de variedade e até crônicas policiais; os danos a liberdade sexual, pelas práticas pouco convencionais de um dos cônjuges ou companheiros; pelos danos à integridade psíquica e à honra, causados pelo nascimento de filhos extramatrimoniais registrados como se fossem conjugais. Congresso Brasileiro de Direito de Família 7. 2009: Belo Horizonte –MG. Família e responsabilidade: teoria e prática do direito de Família. Coordenado por Rodrigo da Cunha Pereira. Porto Alegre: Magister: IBDFAM, 2010. p. 482.

os novos modelos de constituição familiar, trazem para o direito familiar os princípios do direito ao ressarcimento de danos²⁶².

Regina Beatriz defendendo a íntima ligação entre direitos da personalidade e danos morais, ensina que a responsabilidade civil visa o restabelecimento da ordem ou equilíbrio pessoal e social. Esta noção reparatória que carrega a responsabilidade civil é perfeitamente aplicável ao Direito de família, uma vez que havendo ação lesiva praticada por um dos cônjuges contra o outro, com a ocorrência de danos, surge o direito do ofendido a reparação²⁶³.

A autora afirma que é indubitável que o descumprimento do dever conjugal e a ruptura do casamento podem gerar prejuízos materiais e morais, bastando a análise sobre a indenizabilidade do dano no Direito brasileiro²⁶⁴. Desta forma, defende a reparação por danos morais e materiais advindos tanto do próprio divórcio quanto do facto que deu causa. Corroborar tal assertiva indicando teses no mesmo sentido, tal qual Álvaro Villaça Azevedo²⁶⁵ (vide p.161) que preleciona “provado o prejuízo decorrente do ato ilícito, seja qual for, o reclamo indenizatório não só é de direito, como de justiça, é de satisfazer-se”; Mário Moacyr Porto²⁶⁶ (1984); Carlos Alberto Bittar²⁶⁷ (1992), Silvio Rodrigues²⁶⁸ (1994), Wladimir Valler²⁶⁹ (1994) José de Aguiar Dias²⁷⁰ (1979).

²⁶² MADALENO, Rolf. Responsabilidade Civil na Conjugalidade e Alimentos compensatórios *in Congresso Brasileiro de Direito de Família 7*. 2009: Belo Horizonte –MG. Família e responsabilidade: teoria e prática do direito de Família. Coordenado por Rodrigo da Cunha Pereira. Porto Alegre: Magister: IBDFAM, 2010, p. 480-481.

²⁶³ SANTOS, Regina Beatriz da Silva Papa dos Santos. *Reparação Civil na separação e no Divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999.p.129-130.

²⁶⁴ *Idem, ibidem*,p. 154.

²⁶⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Contrato de casamento, sua extinção e renúncia a alimentos na separação consensual. In *Estudos em homenagem ao professor Washington de Barros Monteiro*. São Paulo: Saraiva, 1982 *apud* SANTOS, Regina Beatriz da Silva Papa dos Santos. *Reparação Civil na separação e no Divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999.p. 161.

²⁶⁶ Afirma o autor que em que pese a estranheza do ato de pedir indenização entre cônjuges: “ não há nada que se oponha ao procedimento”. PORTO, Mário Moacyr. Responsabilidade Civil entre marido e mulher. *In Responsabilidade civil; doutrina e jurisprudência*. Coord. Yussef Said Cahali, São Paulo: Saraiva, 1984.p. 203.

²⁶⁷ Aponta o autor o direito de reparação pela quebra da fidelidade. BITTAR , Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. São Paulo: Saraiva,1992. p. 153-154.

²⁶⁸ A mulher tem direito a indenização quando, em virtude da vontade do marido, ou de circunstância do casamento, tenha ficado privada de condições de ganhar sobrevivência, asseverando que esta indenização nada tem a ver com o direito a alimentos. Rodrigues, Silvio. *Direito Civil*. 20 .ed. São Paulo: Saraiva, 1994. V. 6. p. 135

²⁶⁹ “A separação judicial ou o divórcio importam um dano para o cônjuge atingido pela conduta antijurídica do outro, violadora dos valores conjugais que sustentam as relações familiares, ensejando a reparação dos danos meramente patrimoniais, como também dos danos morais”. Valler, Wladimir. *A reparação do dano moral no Direito brasileiro*. Campinas, E. V. Ed., 1994.p. 159

Regina Beatriz assevera ainda que a responsabilidade pela reparação dos atos oriundos de sua ruptura é do tipo contratual, uma vez que os deveres conjugais, embora determinados em lei, nascem do contrato de casamento, desta forma, a culpa é bem definida, consistindo na inexecução previsível e evitável por uma das partes. Assim, esses deveres impõem uma certa postura ao cônjuge, de modo que, diante do seu descumprimento, cabe ao ofendido a demonstração do ato infracional e dos danos decorrentes desse ato - sem que seja necessário indagar sobre o dolo ou negligência ou imprudência do infrator. Em suma: “desde que o cônjuge vitimado prove a violação a dever conjugal e não seja comprovado a ausência de culpa do lesante estabelece-se o efeito da responsabilidade do faltoso, principalmente no campo dos danos morais”²⁷¹.

Inácio de Carvalho Neto²⁷² também defende a possibilidade de indenização pela dissolução da sociedade conjugal. E, tal como sucede em Portugal, especifica os danos derivados do descumprimento do dever conjugal e os danos derivados do rompimento matrimonial. Diferente de Regina Beatriz, afirma ser responsabilidade extracontratual, pois a prática decorre de um ato antijurídico e não da quebra de uma cláusula contratual.

Apresenta duas formas de reparação civil pela dissolução da sociedade conjugal: a dissolução culposa e a não culposa. As possíveis causas que justificam a consideração do ato culposo como ato ilícito, gerador da obrigação de reparar o dano, são o descumprimento dos deveres conjugais como o adultério, a injúria grave, o abandono injusto do lar, a recusa ao ato sexual, o ato sexual anormal, a transmissão de doença, o atentado contra a vida, as sevícias, a imputação de fatos ofensivos em juízo, a simulação da gravidez, os maus tratos aos filhos e a demanda de interdição²⁷³.

Analisando as interfaces do Direito e sua interligação mutualista, Flávio Tartuce e José Fernando Simão ensinam que a responsabilidade civil incide nas relações familiares e fixam quatro premissas que fundamentam o tema: 1º) a interligação entre o Direito Patrimonial e o Direito Existencial, fazendo com que naturalmente incidam princípios do Direito das Obrigações no Direito de Família e vice-versa; 2º) a primazia do conceito de culpa, sendo a culpa do ato ilícito e da responsabilidade civil a mesma culpa motivadora do

²⁷⁰ O autor defende a indenização dada a violação dos deveres conjugais, qualificando-a como falta de honestidade. DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade Civil*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, v. I e II. p. 14-16.

²⁷¹ SANTOS, Regina Beatriz da Silva Papa dos Santos. *Reparação Civil na separação e no Divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999.p. 167-169.

²⁷² Neto, Inácio de Carvalho. *Responsabilidade Civil no Direito de Família*. 3.ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 265.

²⁷³ *Idem, ibidem*, p. 291-303.

fim do casamento, e em relação ao fim da discussão da culpa após a Emenda Constitucional n.66, ressalvam Tartuce e Simão: “Se a culpa será analisada para fins de responsabilização civil – como se verifica -, também o pode ser para os fins do casamento. Seria ilógico pensar em *metade da culpa* somente para imputação da responsabilidade e não para findar a comunhão plena de vida”; 3º) o caráter extracontratual, os autores ensinam que não há como considerar o casamento como um contrato, dado suas peculiaridades que carrega além do cunho patrimonial, devendo ser empregado o art. 186 do CC/02; 4º) a aplicação de regras básicas da responsabilidade civil, levando em consideração os elementos clássicos da responsabilidade, quais sejam, a conduta humana, a culpa *lato sensu* ou em sentido amplo, o nexo de causalidade e o dano²⁷⁴.

Maria Berenice Dias se mostra mais cautelosa a respeito do tema. Classificando o dano moral como *panaceia de todos os males*, ressalva, sobretudo, que *ninguém poder ser considerado culpado por deixar de amar*, não sendo desta forma suficiente para configuração do dever de indenizar a simples demonstração da dor consequência da ruptura, sob pena de ferir a liberdade de escolha de cada um. Assim, assevera: “Cabe ao juiz ponderar os valores em conflito, não podendo deixar de perceber que, na especialidade da relação fundada no amor, o desaparecimento da afeição não poder ser, por si só, causa para indenização”²⁷⁵.

Segue em raciocínio semelhante Rodrigo da Cunha Pereira quando afirma “ainda que confrontante com o entendimento contemporâneo, noutra esfera de pensamento, há juristas defendendo a hipótese de responsabilidade civil do cônjuge, por conduta geradora do fim do casamento. Certamente monetarizar as relações de desafeto é incentivar o litígio e potencializar as desavenças do fracasso conjugal”²⁷⁶.

Essa divergência doutrinária se reflete na jurisprudência, que ainda é dissonante sobre o tema.

²⁷⁴ TARTUCE, F., SIMÃO, F. **Direito Civil: Direito de Família**. 8º ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Método, 2013, pp. 217-220.

²⁷⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das Famílias*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, , 2009, p.119.

²⁷⁶ . PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Código Civil das Famílias anotado e legislação correlata em vigor*. 4.ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 49.

7.1. Análise da jurisprudência brasileira

O Superior Tribunal de Justiça brasileiro apesar de manter o entendimento de que a indenização entre cônjuges guarda excepcionalidade, ocorrendo apenas em casos extremos, que extrapolem a normalidade genérica das animosidades e desavenças de cunho familiar²⁷⁷, coleciona alguns julgados importantes que afirmam a possibilidade de ressarcimento por dano moral nas relações de conjugalidade.

Assim temos:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSOS ESPECIAIS INTERPOSTOS POR AMBAS AS PARTES. REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES CONJUGAIS DE LEALDADE E SINCERIDADE RECÍPROCOS. OMISSÃO SOBRE A VERDADEIRA PATERNIDADE BIOLÓGICA. SOLIDARIEDADE. VALOR INDENIZATÓRIO. - **Exige-se, para a configuração da responsabilidade civil extracontratual, a inobservância de um dever jurídico que, na hipótese, consubstancia-se na violação dos deveres conjugais de lealdade e sinceridade recíprocos, implícitos no art. 231 do CC/16 (correspondência: art. 1.566 do CC/02).** - **Transgride o dever de sinceridade o cônjuge que, deliberadamente, omite a verdadeira paternidade biológica dos filhos gerados na constância do casamento, mantendo o consorte na ignorância.** - O desconhecimento do fato de não ser o pai biológico dos filhos gerados durante o casamento atinge a honra subjetiva do cônjuge, justificando a reparação pelos danos morais suportados. - A procedência do pedido de indenização por danos materiais exige a demonstração efetiva de prejuízos suportados, o que não ficou evidenciado no acórdão recorrido, sendo certo que os fatos e provas apresentados no processo escapam da apreciação nesta via especial. - Para a materialização da solidariedade prevista no art. 1.518 do CC/16 (correspondência: art. 942 do CC/02), exige-se que a condutado "cúmplice" seja ilícita, o que não se caracteriza no processo examinado. - A modificação do valor compulsório a título de danos morais mostra-se necessária tão-somente quando o valor revela-se irrisório ou exagerado, o que não ocorre na hipótese examinada. Recursos especiais não conhecidos (STJ - REsp: 742137 RJ 2005/0060295-2, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 21/08/2007, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 29/10/2007 p. 218).

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL. DANOS MATERIAIS E MORAIS. ALIMENTOS. IRREPETIBILIDADE. DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE FIDELIDADE. OMISSÃO SOBRE A VERDADEIRA PATERNIDADE BIOLÓGICA DE FILHO NASCIDO NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO. DOR MORAL CONFIGURADA. REDUÇÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO. 1. Os alimentos pagos a menor

²⁷⁷ STJ, AResp. N. 17833 – SP (2012.0097.754-0), Ministro Raul Araújo, data de julgamento 26.06.12, publicado em 29.06.12; STJ, REsp nº 855.963/PR, Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe de 25/05/2011; AgRg no AResp 13.600/RN, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, 3º Turma, julgado em 18/8/2011, DJe 1º/9/2011 Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=viola%E7%E3o+deveres+conjugais+dano+moral+&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO. Acesso em 20 nov.2013.

para prover as condições de sua subsistência são irrepetíveis. 2. O elo de afetividade determinante para a assunção voluntária da paternidade presumidamente legítima pelo nascimento de criança na constância do casamento não invalida a relação construída com o pai socioafetivo ao longo do período de convivência. **3. O dever de fidelidade recíproca dos cônjuges é atributo básico do casamento e não se estende ao cúmplice de traição a quem não pode ser imputado o fracasso da sociedade conjugal por falta de previsão legal. 4. O cônjuge que deliberadamente omite a verdadeira paternidade biológica do filho gerado na constância do casamento viola o dever de boa-fé, ferindo a dignidade do companheiro (honra subjetiva) induzido a erro acerca de relevantíssimo aspecto da vida que é o exercício da paternidade, verdadeiro projeto de vida. 5. A família é o centro de preservação da pessoa e base mestra da sociedade (art. 226 CF/88) devendo-se preservar no seu âmago a intimidade, a reputação e a autoestima dos seus membros. 6. Impõe-se a redução do valor fixado a título de danos morais por representar solução coerente com o sistema.** 7. Recurso especial do autor desprovido; recurso especial da primeira corré parcialmente provido e do segundo corréu provido para julgar improcedente o pedido de sua condenação, arcando o autor, neste caso, com as despesas processuais e honorários advocatícios. (STJ - REsp: 922462 SP 2007/0030162-4, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 04/04/2013, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/05/2013).

Note-se que as duas decisões acima revelam casos concretos semelhantes. Trata-se da quebra do dever de fidelidade recíproca e de respeito mútuo quando da omissão da mulher em relação à verdadeira paternidade do filho tido ainda na constância do casamento.

Em ambos os acórdãos o ato ilícito praticado gerador do dever de indenizar foi a violação a um deveres jurídicos, quais sejam, os deveres conjugais de fidelidade, em resultado das relações sexuais adulterinas e o da lealdade, em consequência da deslealdade em omitir a verdadeira paternidade do filho criado no seio familiar como se fosse do cônjuge enganado.

No REsp. 922.462, relatado pelo Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, foi assegurado por unanimidade ao cônjuge prejudicado indenização fixada no valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) devido a intensidade da humilhação e o grau de ofensa à honra que sofreu, ficando consignado²⁷⁸:

A dor decorrente de um dano causado por um ser amado, em especial no que tange a sua reputação, é, com certeza, mais intensa do que ocasionada por um estranho. Se o direito pune este, com mais razão deve punir o primeiro, que enquanto estiver casado deve respeitar os deveres conjugais, dentre os quais destaca-se a fidelidade, sob pena de se responder civilmente pelo

²⁷⁸ STJ - REsp: 922462 SP 2007/0030162-4, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 04/04/2013, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/05/2013, p. 21.

descumprimento da obrigação. A mudança da trajetória de vida do recorrente, subtraído da condição de pai, é inexoravelmente um acontecimento trágico na vida de qualquer pessoa, sobretudo, porque se tornou um fato público²⁷⁹.

Já no REsp. 742.137, tendo como relatora a Min. Nancy Andrichi apesar de ter sido provido o pedido de indenização ao cônjuge enganado no valor de R\$200.000,00 (duzentos mil reais) sob a fundamentação de que “ao omitir a verdadeira paternidade biológica dos filhos, a recorrente M L F de B transgrediu o dever de sinceridade, mantendo o recorrido na ignorância de um dos mais relevantes fatos da vida de uma pessoa que é a paternidade”, ainda foi ressaltado outro ponto: a questão da formação de litisconsórcio do cônjuge traidor com seu amante²⁸⁰.

Houve entendimento diverso ao da Relatora, os ministros Humberto Gomes de Barros e Ari Pargendler também estenderam a responsabilidade ao amante do cônjuge agente do dano, uma vez que “tanto a esposa como seu concubino concorreram para a existência do adultério. E não se nega que o adultério seja ato ilícito mesmo hoje descriminalizado a conduta, o adultério no casamento continua sendo reprovável, especialmente no âmbito civil, porque revela desrespeito a um dos deveres conjugais do matrimônio²⁸¹”.

A responsabilidade civil entre cônjuges também é sustentada pelos Tribunais de Justiça dos estados brasileiros, a exemplo:

APELAÇÃO CÍVEL - CASAMENTO - ESPOSA QUE DESCOBRE A TRAIÇÃO DO NOIVO NO DIA DA CERIMÔNIA - DIVÓRCIO APÓS 10 DIAS DO CASAMENTO - FATO QUE SE TORNOU NOTÓRIO EM TODA CIDADE - DANO MORAL CONFIGURADO - QUANTUM INDENIZATÓRIO - FIXAÇÃO - REDUÇÃO - POSSIBILIDADE - SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA

²⁷⁹ STJ - REsp: 922462 SP 2007/0030162-4, p. 19.

²⁸⁰ As hipóteses envolvendo amante ou concubina vem sendo debatidas amplamente pela doutrina nacional, havendo uma forte tendência de amparo aos seus direitos no futuro. Na contramão, há interpretações em sentido contrário, mormente aquelas que pretendem resolver a questão dos amantes em sede de responsabilidade civil, com a indenização imaterial do cônjuge traído - vide (TJSC, Acórdão 2007.014075-2, Guarimirim, 4º câmara de Direito Civil, Rel. Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva, DJSC 27.08.2008, p. 194), seguindo essa linha, há acórdão reconhecendo a legitimidade passiva do cônjuge traidor e de sua concubina, devendo ambos constar no polo passivo da ação – vide (TJSP, Agravo de Instrumento 356.550-4/6, Ribeirão Preto, 1º Câmara de Direito Privado, Rel. Des. De Santi Ribeiro, j. 21.12.2004). Todavia há decisões em sentido contrário. Trazendo conclusão mais interessante à realidade contemporânea, há julgados afastando reparação imaterial nas hipóteses tais – vide (TJMG, Apelação Cível 1.0480.04.057449-7/0011, Patos de Minas, 10º Câmara Cível, Rel. Des. Cabral da Silva. J. 1º.07.2008 DJEMG 22.07.2008) TARTUCE, F., SIMÃO, F. *Direito Civil: Direito de Família*. 8º ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Método, 2013, p. 228-230.

²⁸¹ STJ - REsp: 742137 RJ 2005/0060295-2, Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 21/08/2007, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 29/10/2007 p. 23.

- O dever de indenizar, como é sabido, nasce da conjugação de três elementos, quais sejam: a existência do dano; a ilicitude do ato e o nexo causal entre o primeiro e o segundo.
- O critério para a fixação do valor devido, a título de indenização por danos morais, deve corresponder a um denominador comum, sendo sua avaliação de competência única e exclusiva do julgador, mediante prudente arbítrio, que o valorará segundo o grau da ofensa e as condições das partes, sem se esquecer de que o objetivo da reparação não é penalizar a parte, nem promover o enriquecimento ilícito, evitando-se, ainda, que seja irrisória a quantia arbitrada²⁸².

No presente caso, a esposa foi informada pela própria amante, logo após a celebração da cerimônia de casamento, que seu marido a estava traindo. O casamento durou apenas dez dias, quando finalmente a esposa conseguiu reunir cartas amorosas e mensagens no celular do marido que comprovaram a traição. Desta forma, a cômpute traída ajuizou ação contra o ex-marido e a amante, pedindo indenização por danos morais, além de ressarcimento de todas as despesas que teve com o casamento. O juiz de primeira instância acolheu o pedido fixando indenização de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) por danos morais e de R\$ 11.098,00 (onze mil e noventa e oito reais) pelas despesas comprovadas com a cerimônia

Em sede de recurso foi decidido que o dano moral foi configurado com a comprovação da ligação telefônica da amante à esposa no dia de seu casamento, bem como a grande repercussão negativa na cidade sobre a esposa traída. Afora que, antes mesmo da concretização do processo de divórcio o marido já estava morando na casa da amante, sendo, portanto, fixado o valor de R\$25.000,00 (vinte e cinco mil reais) de indenização. Não foi reconhecida a responsabilidade por dano material visto que o casamento aconteceu.

Outra decisão relevante sobre a matéria, muito publicada em revistas jurídicas e utilizada de exemplo em manuais de Direito Civil, foi decisão proferida pela 2ª Vara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, proferida pelo juiz Jansen Fialho de Almeida, em 21.05.2008, em que julgou procedente a indenização por danos morais pela quebra do dever de fidelidade dada traição virtual cometida pelo marido da pleiteante.

EMENTA: DIREITO CIVIL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANO MORAL -
DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES CONJUGAIS - INFIDELIDADE -
SEXO VIRTUAL (INTERNET) - COMENTÁRIOS DIFAMATÓRIOS -

²⁸² TJMG – AP. Número do 1.0273.11.000519-9/001 Numeração 0005199- Relator: Des.(a) Antônio de Pádua, Data do Julgamento: 07/02/2013. Data da Publicação: 22/02/2013.

OFENSA À HONRA SUBJETIVA DO CÔNJUGE TRAÍDO - DEVER DE INDENIZAR - EXEGESE DOS ARTS. 186 E 1.566 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 - PEDIDO JULGADO PRECEDENTE.

O caso cuida de Ação de indenização pleiteada por esposa que descobriu ter sido traída por seu marido através do acesso do e-mail do Réu. Sob a desculpa de que realizava curso de mestrado em outra cidade – Goiânia, GO – encontrava-se com outra mulher periodicamente e sustentava o relacionamento extraconjugal mediante troca de mensagens eletrônicas.

Por viajar muito para Goiânia, para encontrar com sua amante, o requerido passou a faltar com a assistência material e imaterial devida à esposa e ao filho, na constância do casamento, o que a fez passar por diversas crises financeiras.

O teor dos e-mails trocados pelos amantes revelava a vida íntima do casal à amante além de histórias do filho, violando o direito à privacidade.

Tais atitudes fizeram a autora sofrer, tendo que passar por acompanhamento psicológico, por atingirem sua honra subjetiva e seus direitos personalíssimos, o que enseja o pagamento de indenização pelos ilícitos cometidos.

Em contestação o Requerido alegou que a Autora o queria perdoar, que tinham uma relação salutar e que sempre os ajudou financeiramente, além do que, as provas eram ilícitas, devendo ser desconsideradas, uma vez que caracterizava violação de correspondência, protegido pelo princípio constitucional da privacidade.

O juiz decidiu pela condenação em R\$20.000 (vinte mil reais) pelo dano moral causado à esposa traída, visto que sua honra subjetiva foi atingida, causando comentários difamatórios e situação altamente vexatória. Desta forma, desconsiderando a invasão de privacidade pela utilização dos e-mails trocados entre o Réu e sua amante, tendo em vista estarem armazenados em computador familiar onde todos têm acesso, configurou como ato ilícito a traição através dos e-mails de cunho sexual que o requerido mandara para sua amante ainda na constância do casamento, ainda morando e convivendo como cônjuges, enquadrando tal ato no art. 186 do CC/02, gerando o dever de indenizar pelo dano causado à esposa²⁸³.

Como se pôde observar perante análise da jurisprudência brasileira, a ressarcibilidade entre cônjuges e companheiros segue uma regra: o simples desamor, a simples dor de um rompimento ou mesmo a infidelidade por si só não geram dever de indenizar. Os deveres

²⁸³Disponível em: http://www.tjdft.jus.br/publicacoes/edicoes-especiais/revista-tjdft/Revista_ed04.pdf
Acesso em: 15 jan. 2013.

conjugais desobedecidos são indenizáveis, geralmente, quando acompanhados de situação altamente vexatória, prejuízo da moral e integridade da pessoa atingida.

Em outras palavras, sob a regra de que o amor é livre e os novos entendimentos em relação ao poliamorismo e a relativização do princípio da monogamia como princípio jurídico,²⁸⁴ a violação dos deveres conjugais só é indenizável quando atinge os direitos atinentes à personalidade do cônjuge prejudicado. Geralmente, danos ligados à ao bom nome, integridade física e psíquica, honra e imagem²⁸⁵.

Desta forma, claro é que, mesmo com o fim da discussão da culpa para o pleito de divórcio, ainda é perfeitamente possível que se discuta culpa para a aferição da responsabilidade civil entre cônjuges ainda na ação de divórcio²⁸⁶. Pois, apesar de não se discutir a causa do divórcio, discute-se o dano causado pela violação dos deveres conjugais e pelas suas consequências, estando, portanto, muito mais habilitado a apreciar um juiz especializado da Vara de Família. Nesta linha, os Acórdãos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça²⁸⁷ e Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul,²⁸⁸ respectivamente:

SEPARAÇÃO JUDICIAL. PROTEÇÃO DA PESSOA DOS FILHOS (GUARDA E INTERESSE). DANOS MORAIS (REPARAÇÃO).

²⁸⁴ Vide mais informações em SILVA, Marcos Alves da. *Da monogamia: A sua superação como princípio estruturante do Direito de Família*. Curitiba: Juruá, 2013.

²⁸⁵ Regina Beatriz afirma que a maior incidência do tema de reparação civil na ruptura conjugal tem haver com danos morais ocasionados pela violação dos direitos da personalidade do cônjuge agredido. Observa que “há uma nova concepção sobre os direitos, pela qual existe um “direito geral de personalidade”, de modo a garantir o respeito a todos os elementos, potencialidades e expressões da personalidade humana, ou seja, a toda a esfera individual em seus vários aspectos ou manifestações, que acaba por apontar os mesmos bens da personalidade, aos quais são acrescidos os sentimentos, a inteligência, a vontade, a igualdade, a segurança e o desenvolvimento da personalidade”. SANTOS, Regina Beatriz da Silva Papa dos Santos. *Reparação Civil na separação e no Divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999.p. 149-150.

²⁸⁶ Para Flávio Tartuce a Emenda do Divórcio gera uma importação conceitual de discussão da culpa, da separação judicial para o divórcio judicial. Em suma, em casos de maior gravidade, como aqueles de violência doméstica, a culpa que dissolve o casamento é a mesma que imputa a responsabilidade civil. Essa ação de divórcio cumulada com reparação de danos corre na Vara da família. Eventualmente o juiz pode mitigar a culpa, como nos casos de culpa recíproca, o que representa uma compensação de culpa comum nas ações de responsabilidade civil. Ademais, é possível que o magistrado decrete o divórcio na própria ação e siga na discussão das questões de responsabilidade civil, o que é melhor do ponto de vista da economia processual. TARTUCE, F., SIMÃO, F. *Direito Civil: Direito de Família*. 8º ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Método, 2013.p. 225.

²⁸⁷ (STJ - REsp: 37051 SP 1993/0020309-6, Relator: Ministro NILSON NAVES, Data de Julgamento: 16/04/2001, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 25.06.2001 p. 167LEXSTJ vol. 147 p. 41RDR vol. 20 p. 276REVFOR vol. 363 p. 240REVJUR vol. 285 p. 96RSTJ vol. 151 p. 247) Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/306768/recurso-especial-resp-37051-sp-1993-0020309-6>. Acesso em 13jun.2013

²⁸⁸ TJRS, AgR. n. 70042143982. 2011. 8º câmara cível, Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em 05.5.2011. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia/>. Acesso em 13 jun.2013.

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, para admitir a obrigação de se ressarcirem danos morais.

AGRAVO. DECISÃO MONOCRÁTICA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. DIVÓRCIO. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. DECISÃO QUE O TEM COMO PREJUDICADO. TRANSFORMAÇÃO, CONSENSUAL, EM DIVÓRCIO.

1. CABIMENTO DA DECISÃO MONOCRÁTICA. Não há qualquer mácula no julgamento monocrático do recurso, **pois são inúmeros os precedentes jurisprudenciais em que nenhum óbice se viu à cumulação de pedidos de separação judicial com pretensão de indenização por alegado dano moral, não obstante o resultado de mérito e em que pese as partes concordarem com a transformação do pedido de separação judicial para divórcio.**

2. PRECLUSÃO DO DIREITO DE RECORRER. O art. 523 do CPC deve ser analisado em cotejo com o art. 522 da mesma lei, de modo que a regra geral acerca do cabimento e tramitação do recurso de agravo, prevê exceção para admitir a interposição de agravo, por instrumento, em hipótese de a decisão causar lesão grave e de difícil reparação. E mais, atendido o requisito de lesão grave, porque evidente a afronta ao direito do autor, na medida em que a decisão agravada dispensou a oitiva das testemunhas e os depoimentos pessoais.

3. PROSSEGUIMENTO DO PROCESSAMENTO DO PEDIDO INDENIZATÓRIO. A circunstância de ter sido feito acordo no que diz com o pleito de divórcio (resultado da transformação consensual do pedido original de separação judicial), não afasta as demais pretensões inicialmente deduzidas, dentre elas a de indenização por dano moral. Não há qualquer incompatibilidade lógica entre o acordo efetuado quanto à pretensão principal (divórcio) e o prosseguimento do feito quanto às pretensões acessórias. O fato de ser ou não acolhida essa pretensão é matéria de mérito, cuja análise deve ocorrer ao final, em sentença, após regular dilação probatória.

REJEITADAS AS PRELIMINARES, NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME.

Corroborando tal pensamento Regina Beatriz ao afirmar ser totalmente viável a cumulação do pedido de indenização com a dissolução culposa da união. Assim, ratifica: “independentemente do sistema jurídico sobre a dissolução do casamento, por tratar-se de norma geral aquela constante do art. 186, inserida na Parte Geral deste Código, a responsabilidade civil deve ser havida como aplicável ao rompimento conjugal²⁸⁹”.

Apesar disto ainda há uma nova corrente que entende não ser possível a cumulação de pedidos de divórcio e indenização por entender que a responsabilidade civil não é matéria de família, mas sim, eminentemente civil. A exemplos:

²⁸⁹ GUEDES, Assunção Alexandre. *Código Civil comentado*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 921.

Decisão do Tribunal de Justiça do estado de São Paulo relatado pelo Des. Carlos Alberto Garbi:

“Com efeito, a nova redação do art. 226, § 6º, da Constituição Federal, dada pela Emenda Constitucional nº 66/2010, permite o divórcio independente do requisito da prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos, afastada a discussão da culpa.

Assim, na ação de divórcio não existe campo para discussão da culpa e, por conseguinte, de eventual reparação de dano moral. Nesse sentido, o parecer da Procuradoria de Justiça do Ministério Público: *“Assim, como a culpa de um ou ambos os cônjuges para a dissolução do vínculo matrimonial passou a ser irrelevante, descabida essa discussão na ação de divórcio, de forma que o pedido de ressarcimento de danos morais, pelo descumprimento dos deveres do matrimônio, deve ser formulado perante o juízo civil, onde a culpa poderá então ser discutida”* (fls. 681)²⁹⁰.

Também, neste sentido, O Tribunal de Justiça do Estado do Pará.

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS FUNDADA EM ADULTÉRIO RESPONSABILIDADE CIVIL ASSENTADA NO IDEÁRIO DE CULPA **MATÉRIA QUE NÃO SE REFERE DE FORMA DIRETA ÀS QUESTÕES DE FAMÍLIA E SUA PROTEÇÃO AUSÊNCIA DE CAUSA ENSEJADORA DA COMPETÊNCIA ESPECIAL AUSÊNCIA DE CONEXÃO COM AÇÃO DE DIVÓRCIO COMPETÊNCIA DA VARA CIVEL COMUM - CONFLITO CONHECIDO E PROCEDENTE, PARA DECLARAR A COMPETÊNCIA DA 7ª VARA CIVEL DA COMARCA DE BELÉM- FUNDAMENTOS CONSTANTES DO VOTO RELATOR - UNANIMIDADE**²⁹¹.

Observa-se que há uma tendência doutrinária de se aplicar a responsabilidade civil no Direito de família, não obstante, a jurisprudência vem exercendo papel relevante para a

²⁹⁰ TJSP, Apelação nº 0007735-50.2010.8.26.0482, Rel Des. Carlos Alberto Garbi, 10ª Câmara de Direito Privado, j. 10/12/2013 Disponível em: <http://ibdfam.org.br/jurisprudencia/2179/EC%2066/2010.%20Efeitos.%20Fim%20da%20discuss%C3%A3o%20da%20culpa>. Acesso em 10 dez.2013.

²⁹¹ “In casu, a matéria em que se sustenta a pretensão, trata-se de adultério descrito como ato ilícito e violador do direito à tranquilidade e paz da repudiada, relacionando-se apenas de forma indireta com a questão familiar, inexistindo qualquer conexão com a ação de divórcio, tampouco a causa da competência especial da Vara de Família. Assim, o juízo cível da 7ª vara é competente para o processamento da presente ação de indenização fundada na alegação de adultério, ainda que o fato ilícito tenha ocorrido na constância da união. Pertinentes as razões do juízo suscitante”. TJP. Conflito de Competência n. 2013.3.023276-5. Relatora: des. Maria de Nazaré Saavedra Guimarães. Julgado em: 13 de novembro de 2013.p. 3, in <http://177.125.100.101/consultasProcessuais/jurisprudencia/index.jsp>. Acesso em 15 dez. 2013.

consolidação da matéria. No entanto, pelo grande receio da vulgarização do dano moral nas relações afetivas, além da preocupação com a incolumidade do grupo familiar é que ainda há grande reserva para configurar o dano ocasionado pela violação dos deveres conjugais.

A responsabilidade civil está ligada diretamente na sociedade e se desenvolve de acordo com a densidade das relações pessoais, por isso se faz necessário que os dispositivos legislativos tenham caráter genérico²⁹², guardando a possibilidade e diálogo da matéria com outros campos do direito²⁹³.

Por isso, *data maxima venia*, não se pode concordar com as duas últimas decisões supracitadas, pelo que já foi defendido acima. Não há como vislumbrar discussão da culpa em sede de responsabilidade civil pela violação dos deveres conjugais apartada da ação de divórcio, pelo simples fato de só existir a violação destes deveres por existir casamento e, por isso, o divórcio. Matéria, portanto, totalmente interligada com o Direito de Família, sendo merecida apreciação por Vara especializada. Ademais, por questões óbvias de celeridade e economia processual, não é coerente que se ajuíze duas ações com as mesmas partes para se apreciar pedidos completamente conexos.

O que ainda há necessidade é a integração entre as matérias de Responsabilidade civil e o Direito de Família, que devem ser analisadas de forma multidisciplinar, conjuntamente, e não apartadas. O Brasil já possui grandes discussões sobre o tema e caminha para o desenvolvimento da matéria e sua consequente consolidação.

²⁹² Cf. GUEDES, Assunção Alexandre. *Código Civil comentado*. 9º ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.919.

²⁹³ “Na pós-modernidade jurídica é constante a existência de diálogos científicos interdisciplinares. A interdisciplinaridade propõe uma interação entre as ciências, sendo considerada, conforme ensina Lúcia Reis de Almeida Prado (PRADO, Lúcia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção: aspectos da lógica da decisão judicial*, 2 ed., Campinas: Milenium, 2003, p.3), a mais recente tendência da teoria do conhecimento, que decorre da modernidade. Essa tendência visa a possibilidade que, na produção do saber, não incida o radical cientificismo formalista (objetivismo) ou o exagerado humanismo (subjetivismo), caracterizando-se por ser obtida a partir de uma predisposição para um encontro entre diferentes pontos de vista, oriundos das mais diversas variantes científicas. A par dessa visão, resume a doutrinadora que a interdisciplinaridade leva, de forma criativa, a transformação da realidade e ao saber com sabor”. TARTUCE, F., SIMÃO, F. *Direito Civil: Direito de Família*. 8.ed. São Paulo: Método, 2013.p. 217.

TOMO IV - RESULTADO E CONCLUSÃO

A RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO NÃO PATRIMONIAL ADVINDAS DA VIOLAÇÃO DOS DEVERES CONJUGAIS NAS RELAÇÕES DE CONJUGALIDADE

Nesta altura pode-se afirmar que a Responsabilidade Civil incide perfeitamente no Direito de família, nomeadamente, na reparação de danos entre cônjuges.

O que ainda se revela delicado são as divergências doutrinárias acerca da aplicabilidade do artigo 1792º nos casos práticos. Dentre tais inquietações tem-se: 1. Poderá haver reparação em virtude de dano causado pela violação dos deveres conjugais? 2. O regime e os propósitos da Lei nº 61/2008 limitam a ação Direito de Família nos casos de reparabilidade entre cônjuges? 3. Qual a importância da atuação das Varas de Família nestes processos?

Quanto ao primeiro item, é correto afirmar que o artigo 1792º não traz óbice algum em relação à reparabilidade de danos advindos da violação de deveres conjugais, pelo contrário, não condiciona esta reparação a nenhum pressuposto especial, ou seja, não especifica a natureza do dano.

Isto decorre porque a família já não é um campo sob o comando de um único chefe patriarca onde pairam injustiça, ela é um grupo que comporta sujeitos de direitos possuidores de prerrogativas garantidas e tuteladas pelo estado. Assim, a doutrina de fragilidade de garantia, que reserva a aplicação da matéria de obrigações dentro do Direito de Família já não é a mais adequada para reger o Direito de Família contemporâneo.

Por sua vez, ainda que os deveres conjugais não sejam ordens *numerus clausus*, representam um corolário de comportamentos, não apenas moral, mas com valor jurídico, que efetivam a plena comunhão de vida. Importante, portanto, que se verifique os danos recorrentes deste ato ilícito conjugal, e não apenas as consequências que o divórcio causaram no cônjuge lesado²⁹⁴.

²⁹⁴ Vide Superior Tribunal de Justiça de Portugal, processos: 1. DIVÓRCIO LITIGIOSO. CONJUGE CULPADO. CULPA GRAVE E EXCLUSIVA. DISSOLUÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. N. 088080. Data do acórdão 27.02.1996. Relator Fernando Magalhães; 2. DIVÓRCIO LITIGIOSO. DANOS MORAIS. RESSARCIMENTO. DIREITO À INDENIZAÇÃO. FUNDAMENTO. N. 085954. Relator: Gelosio Rocha. Data do acórdão 30.11.1994; 3. DIVÓRCIO LITIGIOSO. SEPARAÇÃO DE FACTO. ABANDONO DE FILHO. DEVERES CONJUGAIS. DEVER DE COABITAÇÃO DO CÔNJUGE. N. 085760. Relator: Miguel Montenegro. Data do Acórdão. 20.09.1994; 4. DIVÓRCIO. DANOS MORAIS. RESSARCIMENTO. N. 083998. Relator. Faria Sousa. Data do acórdão 12.01.1994; 5. PODERES DO SUPREMO TRIBUNAL. MATÉRIA DE DIREITO. CONJUGE CULPADO. DEVER DE INDENIZAR.

A exposição de motivos do projeto de lei n. 509/X, na base dos Decretos ns. 323/X e 245/X, e da Lei n. 61/2008, de 31 de outubro, analisa a desobrigação de estar ao lado de outrem que não mais suporte, sem maiores fundamentações ou causas, de acordo com a ideia de que essencial à subsistência do casamento é a permanência de uma comunhão de vida plena pautada na afetividade, cooperação e apoio mútuo. Vejamos:

Liberdade de escolha e igualdade de direitos e deveres entre cônjuges, afetividade no centro da relação, plena comunhão de vida, cooperação e apoio mútuo na educação dos filhos, quando os houve, eis os fundamentos do casamento nas nossas sociedades.

Daqui decorre a aceitação do divórcio e a gestão responsável e colectivamente assumida das suas consequências. Com efeito, e decorrendo do princípio da liberdade, ninguém deve permanecer casado contra a sua vontade ou se considerar que houve quebra do laço afectivo. O cônjuge tratado de forma desigual, injusta ou que atente contra a sua dignidade deve poder terminar a relação conjugal mesmo sem a vontade do outro. *A invocação da ruptura definitiva da vida em comum deve ser fundamento suficiente para que o divórcio possa ser decretado*²⁹⁵. (grifo nosso).

É essa percepção - a de que a ruptura de vida definitiva é suficiente para decretar o divórcio - que faz com que erroneamente se pense que não deverão ser averiguados os danos decorridos da violação dos deveres conjugais, sendo estes, portanto, analisados como danos comuns em sede dos princípios gerais da responsabilidade civil em tribunais comuns.

Desta forma, a Lei, sem dúvida alguma, ao contrário do que propunha, acabou limitando a prerrogativa do cônjuge ofendido de ter uma compensação pelo profundo abalo emocional (que muitas das vezes se transforma em prejuízos financeiros, dado as constantes despesas com tratamentos médicos gerais e psiquiátricos, sem falar no ônus da própria subsistência quando se trata de descumprimento do dever de assistência) provocado pela violação dos deveres conjugais em seu casamento.

Por isso, a salvaguarda da pessoa do cônjuge, mesmo dentro do âmbito familiar, através da reparação de danos advindos da violação dos deveres conjugais se mostra relevante para a manutenção do objetivo da Lei 61 de 2008, qual seja, uma família pautada na liberdade e no afeto.

CONJUGE INOCENTE. N. 082153. Relator. Faria de Sousa. Data do acórdão 13.10.1993. in <http://www.stj.pt/jurisprudencia/basedados>, acessado em 10.12.13.

²⁹⁵ Fonte: DIAS, Cristina M. Araújo. Uma análise do novo regime jurídico do divórcio. Lei 61/2008 de 31 de outubro. Coimbra: Almedina, 2008, p. 9.

Sob esta perspectiva, é que se defende que a atuação do estado nas relações familiares é importante. Ainda que de forma excepcional e sob a provocação do requerente, a tutela das prerrogativas familiares se faz importante para a consolidação dos princípios fundamentais do Direito de Família.

Quanto ao segundo item vale frisar a necessidade de diálogo entre as matérias. Atenção que aqui não se está defendendo qualquer teoria que se assemelhe à fragilidade de garantia, pelo contrário, a interdisciplinaridade é incentivada. No entanto, não se pode interpretar que a Lei, sob a fundamentação de liberdade, reduz direitos dentro do grupo familiar.

É necessário que as regras gerais de responsabilidade civil sejam adequadas aos contornos especiais do Direito de Família, que consigam alcançar a dor de uma confiança quebrada, de um amor doente, de uma mentira envenenada. Essa conjugação só será possível se a responsabilidade civil fizer parte da esfera do Direito de Família. Isto é, fazendo parte do cotidiano dos tribunais familiares.

A ideia de que a discussão da violação dos deveres conjugais na própria ação de divórcio apenas delongaria o corte de um laço desfeito pelo nó do desamor, não assiste razão, vez que o cônjuge prejudicado só terá todos seus direitos satisfeitos quando da decretação da indenização que lhe é devida.

Atenção que a decretação do divórcio não está atrelada à decisão quanto à possibilidade ou não de indenização, podendo ser logo resolvida pelo magistrado competente, que deixará o mérito da responsabilidade civil, seguir o curso processual de praxe.

Logo, não parece razoável que um dispositivo alocado no livro específico da Família transfira totalmente a competência da reparação de danos entre cônjuges para os tribunais comuns e imponha que o processo seja discutido apartado do processo de divórcio, que por sua vez, mantém-se no tribunal de família.

Certo seria que, respeitado as especificidades da lide familiar, a questão da reparação civil fosse discutida juntamente com a ação de divórcio corrente na Vara de Família.

Quanto ao terceiro item, fulcral é expor os benefícios da competência das Varas de Família para a solução das lides que discutam reparação de danos entre cônjuges.

As Varas de Família são setores especializados dos tribunais cíveis preparadas para dirimir conflitos de ordem especificamente familiar. Por conta disso, são preparados a ter desenvoltura com as complexas disputas desta estirpe.

Toda a lide ali conferida possui caráter *sui generis* em virtude da relação de afeto que se findou ou se quebrou. Nenhuma obedece a uma regra seca, reta, em série. Esta, aliás, varia em função da cultura e educação recebida por cada família e até do contexto histórico, social e jurídico em que ela está inserida.

Com certeza, um juiz que está acostumado a resolver execuções de títulos, por exemplo, não está preparado para analisar a dor tão subjetiva, sofrida por um coração traído, sob pena de ser tratado como mera “picuinha familiar”. Ademais, a escolha de tribunais comuns deixa transparecer uma desvalorização das Varas de Família que são especializadas para sanar lides com este escopo²⁹⁶.

Outro aspecto importante é a questão da economia processual. Não é razoável que se tenha que gastar capital para interpor duas ações, bem como sustentar psicologicamente dois processos que irão discutir assuntos conexos. Essa prerrogativa afastará o cidadão médio que não poderá sustentar economicamente dois processos concomitantes.

Destarte, há que se verificar que apesar de toda a liberdade pregada e impossibilidade de imposição de amar outrem, ninguém é também obrigado a ter uma relação conjugal com o outro, e que ao adentrar neste novo mundo certos limites são impostos e a equalização desses direitos se faz fulcral.

Os deveres conjugais ainda fazem parte do conteúdo do Código Civil e representam nortes que indicam o caminho da plena comunhão de vida, tem, portanto, de serem

²⁹⁶ Nesta linha, Boaventura cita opiniões de juízes: 1. "Antigamente o que eu podia cumular nos termos do artigo 1792º do Código Civil era a indemnização decorrente da dissolução do casamento. Mas há muitas indemnizações. O decretamento do divórcio e o sofrimento decorrente para aquela pessoa por ser dissolvido um vínculo com efeitos civis. Temos muitos outros danos que, aliás, são a maior parte, quando querem indemnizações, muitas vezes, não é tanto pela dissolução, mas por danos sofridos (andaram num psiquiatra, pelos adultérios, porque foram postas fora de casa, foram agredidas, etc.) e nada disto, nem no antigo regime, nem agora era de competência dos tribunais de família. Portanto, quando se vem dizer estamos a proteger as vítimas, eu digo: “não estamos a proteger as vítimas nestes casos! Estamos a tirar tudo dos tribunais de família e não devemos. Eu considero que todas estas questões devem tramitar nos tribunais de família, mesmo trazendo mais volume processual. Assim, as pessoas que o legislador quis proteger não são protegidas” (Ent25).

2. Ao retirar a competência dos tribunais de família para a resolução destes problemas estamos a possibilitar que as questões na base da vida daquele casal sejam discutidas outra vez, em sede de tribunal comum. Isto chocou-me (Ent30). (cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. O novo regime jurídico do divórcio em avaliação. Relatório realizado no âmbito do contrato de prestação de serviços celebrado entre o Centro de Estudos Sociais/Observatório Permanente da Justiça Portuguesa e o Ministério da Justiça. Conceição Gomes (coord). Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, 2010. In http://opj.ces.uc.pt/pdf/Relatorio_Avaliacao_Lei_do_Divorcio.pdf.)

discutidos, analisados e averiguados, sobretudo se houver dano a alguns dos cônjuges, isso sim é sinônimo de garantir a proteção desta família e não de embargar a tão sonhada liberdade. Não se vai de encontro com a lei por causa disso, não se fere o direito à felicidade e o direito a ter seu divórcio, mas pode ferir sim a garantia individual dos direitos de personalidade.

Deve-se, portanto, em matéria de reparação de danos nas relações de conjugalidade, fazer uma conjugação de matérias civilísticas, onde o Direito de Família encarne posição mais incisiva e desenhe os contornos especiais das relações conjugais. Só desta forma é que se alcançará verdadeiramente a proteção e felicidade das relações familiares.

Em vista disso é que não cabe mais a tese da doutrina clássica que defende a fragilidade de garantia ou a intimidade inviolável do âmbito familiar. Como já se disse aqui, e reafirma-se, não a o que confundir a discussão da culpa para a verificação de danos não patrimoniais com a discussão da culpa simplesmente para fundamentar o divórcio.

Ressalva-se, no entanto, que o mero desamor não é indenizável. Parafraseando o mestre Zeno Veloso, “ninguém pode ser responsabilizado se o casamento faliu porque o afeto acabou, se a paixão virou cinzas²⁹⁷”. Se as atitudes do cônjuge são apenas sinais de desfazimento do vínculo afetivo, de desentendimentos vulgares que todo rompimento comporta, sem que tais resultem em consequências negativas ao outro, não é coerente falar em indenização.

A importância da verificação do ato ilícito matrimonial se revela nas jurisprudências elencadas abaixo:

²⁹⁷ VELOSO, Zeno, **Deveres dos cônjuges – responsabilidade civil**, in *Direito de Família no novo milênio*, Chinellato, Silmara Juny de Abreu *et. al* (coord), atlas, 2010, p. 182

Tudo visto, cumpre decidir.

II - A recorrente entende que a quantia de 500000 escudos fixada pela Relação como indemnização pelos danos não patrimoniais causados pelos factos que serviram de causa ao divórcio é insuficiente e que se deve fixar a indemnização de 1000000 escudos.

A ressarcibilidade dos danos não patrimoniais foi posta em dúvida quanto aos direitos familiares de carácter pessoal, por se considerar que a violação desses direitos como o direito a fidelidade do cônjuge acarreta sanções jurídicas de outra ordem (cfr. Varela, Das Obrigações em Geral, I, pag. 505). No entanto, mesmo autor, afirma, a propósito do âmbito do artigo 1792º do Código Civil, que este não abrange os danos (morais) causados pelos factos que serviram de causa ao divórcio (cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 13 de Março de 1985, in Boletim 345, pagina 414 que afirma poder a indemnização ser solicitada em processo comum e não no do divórcio).

E, afirma que a violação dos direitos subjetivos abrange os direitos familiares com eficácia absoluta.
(...)

Não pode, no entanto, esquecer-se que, no caso dos danos não patrimoniais, a indemnização visa não só reparar os danos sofridos, pela pessoa lesada, mas também reprová-lo ou castigá-lo, no pleno do direito civil, a conduta do agente

Até onde for admissível é preferível punir, civilisticamente, um acto ilícito que o deixar impune.

(...)

III - No caso sub-judice a sentença de divórcio considerou que o recorrido, violou os deveres conjugais de coabitação e de respeito. O dever de coabitar impõe que se habite, viva em comum, intimamente, incluindo, também, uma comunhão de leito, o *debitum conjugale* (cfr. Ferreira Pinto, Causas do Divórcio, pagina 71).

Na verdade, se o casamento visa a constituição da família mediante uma plena comunhão de vida - artigo 1577 do Código Civil - implica manutenção de relações afectivas, a todos os níveis, incluindo o sexual. As perspectivas naturais de quem contrai casamento assentam, em relações de amor onde o sexo não pode ser afastado, mesmo quando seja impossível a procriação natural.

A violação deste dever, cheio de conteúdo afetivo, provoca sofrimento, dor, e, muitas vezes, traumatismos prolongados. Não é com indiferença que um cônjuge, querendo ser pai ou mãe, e completar, em pleno, o seu anseio em actos sexuais, gerador de amor e de novas vidas, se depare com um homossexual que lhe frustra os seus naturais anseios de dar e receber amor.

O dever de respeito, fundado na dignidade do ser humano, impõe que se dispense ao outro cônjuge um tratamento que não ofenda a sua honra nem, conseqüentemente, a do casal.

Impõe que um cônjuge não trate o outro como se este sofria de uma "capitis diminutio" e que se desdobre em pelo menos, dois aspectos fundamentais: abstenção de factos desonrosos, na dupla asserção de honra subjectiva e objectiva, e pratica de factos reveladores da consideração que o outro merece (cfr. Ferreira Pinto, ob. cit., pagina 59).

A pratica de homossexualidade ofende a respeitabilidade do outro cônjuge e atinge o casal na consideração social e apreço publico. Assim, não pode deixar de causar ao outro cônjuge sofrimento e dor pela anomalia pessoal e pela que acarreta para o casal. Sentir quando não ha reprovação ostensiva, pelo menos, o afastamento de outros ate a chacota tem de causar dor a uma pessoa normal colocada nas circunstancias concretas do caso.

Esta dor e sofrimento, dos mais sensíveis porque ligados a dignidade

intrínseca do ser humano, constituem danos não patrimoniais e são indemnizáveis.

(...) As instâncias consideraram que o recorrido violou os deveres de respeito e coabitação referidos no artigo 1672º do Código Civil, considerando-o como único culpado.

As instâncias deram, ainda, como provada a culpa grave, comprometendo a possibilidade de vida em comum. Nada há a censurar a tal conclusão porque sendo a culpa a expressão dum juízo de reprovabilidade pessoal da conduta do agente por o lesante em face das circunstâncias especiais do caso dever e poder agir de outro modo (Varela ob. cit. , pagina 536) não se verifica a existência de qualquer circunstância que exclua o dolo.

Na verdade, o recorrido sabendo que era homossexual e que não podia manter relações sexuais com pessoa de outro sexo quis o casamento e, com isso, todas as consequências da sua conduta.

(...)

Não pode deixar de se considerar a sua conduta como de culpa grave. Quanto a situação económica do recorrido deram as instâncias como boa e, sem dúvida que assim se pode classificar face ao imóvel que ainda não vendeu e a profissão que mensalmente lhe confere os proventos mais do que suficientes para uma pessoa só.

Pior é a situação económica da recorrente A ainda a estudar e a receber hóspedes em casa para prover ao seu sustento.

Quanto à indemnização e, atentas as circunstâncias do caso afigura-se merecer parcial provimento o recurso.

Assim, tendo vivido juntos cerca de 25 meses entende-se que a indemnização deve ser fixada em 750000 escudos.

Neste sentido, se concede parcial provimento ao recurso.

Pelo exposto, acordam no Supremo em conceder revista, em parte, condenando o Réu B a pagar a Autora A a título de indemnização pelos danos não patrimoniais causados pelos fundamentos de divórcio a quantia de 750000 escudos (setecentos e cinquenta mil escudos)²⁹⁸.

Trata-se de Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça de Portugal que resolve pedido de indenização por danos morais no valor de 1000000 escudos pleiteado pela esposa traída ao marido homossexual e infiel. Casaram-se em 1982 e já na primeira noite de núpcias a Autora foi rejeitada. E, em gosto de 1984 apanhou o Réu e um amigo dele, de nome Carlos, dormindo na mesma cama. Este fato causou-lhe um enorme abalo psíquico e físico, pois para além de ter descoberto que seu marido era impotente, também descobriu que ele era homossexual. Nesta altura, a Autora já contava com 36 anos e viu frustradas suas expectativas de ser mãe, e se enxergou como um objeto usado sem respeito ou consideração.

A sentença em sede de recurso fixou em 750000 escudos a indenização pelo dano não patrimonial causado pela violação dos deveres conjugais pelo marido em face de sua esposa.

²⁹⁸ STJ. Processo n. 078085. Relator: Tato Marinho data do acórdão 26.01.1991 in <http://www.stj.pt/jurisprudencia/basedados>.

Brilantemente o relator analisa, já em 1991, a questão que atualmente permanece, qual seja a importância de reparação dos danos advindos da violação dos deveres conjugais, que causando prejuízos ao cônjuge lesado são totalmente passíveis de indenização.

Na mesma linha, o recente acórdão do Tribunal de Relação de Coimbra, datado de 2013, decidiu a favor de indenização pleiteada por esposa que teve seu casamento findado diante o desrespeito, a desassistência e a não coabitação de seu marido durante a constância do elo conjugal. Ademias, a Autora sofreu profundo abalo moral, pois era demasiado católica e tinha o casamento como eterno. Vejamos:

(...) A sentença recorrida decretou o divórcio entre Autora e Réu, declarando este o único culpado, e não tendo sido, nesta parte, impugnada, o recurso limita-se à condenação do Réu no pagamento da quantia de € 5.000,00 a título de dano não patrimonial pela dissolução do casamento.

A Lei nº 61/2008 de 31/10 (novo regime do divórcio) alterou a redacção do art.1792º do CC e deixou de prever expressamente a possibilidade de o cônjuge (inocente) pedir indemnização pelos danos não patrimoniais causados pela dissolução, ressaltando os casos em que o divórcio tenha por fundamento a *al. b)* do art.1781º, remetendo agora para o regime geral da responsabilidade civil, divergindo-se quanto à sua amplitude.

Mas porque a presente acção foi instaurada em 2007, é convocável o art.1972 do CC na redacção do DL nº 496/77 de 25/11, e não a introduzida pela Lei nº 61/2008 de 31/10, por não se aplicar ao processos pendentes (art.9º). É consensual o entendimento de que esta norma postula apenas a indemnização pelos danos não patrimoniais causados pela dissolução do casamento, ou seja, pelo próprio divórcio, cujo pedido deve ser formulado na respectiva acção de divórcio (art.1972 nº2 CC), e já não a indemnização devida nos termos gerais (art.483 e segs. CC) baseada nos fundamentos do divórcio, a reclamar em acção comum. E, nesta dimensão normativa, foi julgada conforme a Constituição.

O dano deve ser concebido, não tanto pelo desvalor social da condição de divorciado, já que na sociedade actual pouco ou nada releva negativamente, mas sobretudo como um dano ao “projecto de vida “ que o casamento, não obstante ser um contrato, visa alcançar, e cuja ruptura pode constituir uma afectação de ordem espiritual na medida em que há um investimento, a vários níveis, numa conjugalidade, como “locus” no qual cada um dos cônjuges procura erigir e desenvolver a sua própria personalidade.

Como o art.1792 do CC postula uma situação específica de responsabilidade civil, impõe-se conjugá-lo com o critério do art.496 do CC, significando que a ressarcibilidade dos danos causados pela dissolução do casamento exige uma gravidade, merecedora de tutela, aferida objectivamente, implicando o recurso ao pensamento tópico, com o indispensável apelo ao casuísmo.

Por seu turno, está provado que a Autora concebeu o casamento para sempre (até à morte), tem vivido os últimos anos com a angústia e tristeza pelo espectro de se divorciar, o divórcio causa-lhe profunda tristeza e abalo e encara com vergonha a situação de divorciada, sendo que o casamento durou 23 anos, mas desde 2006 que o Réu faz uma vida autónoma. Acresce que em virtude da situação conjugal sofre de depressão nervosa, estando medicada.

Num juízo de ponderação, resulta da factualidade apurada que a ruptura do projecto de vida em comum para a Autora causa-lhe perturbação emocional, desgosto, com uma patologia depressiva, assumindo suficiente gravidade para

merecer a tutela do direito (cf., por ex., Ac STJ de 28/5/1998, BMJ 477, pág. 518; Ac STJ de 18/5/2004 - proc. n.º 04B4405; Ac STJ de 25/3/2010 - proc. n.º 554/06, disponíveis em www.dgsi.pt).

Em síntese, improcede a apelação, confirmando-se a sentença.

DECISÃO

Pelo exposto, decidem:

Julgar improcedente a apelação e confirmar a sentença recorrida²⁹⁹.

Neste caso em concreto o douto magistrado, sob a imposição de ter que decidir com base na redação antiga do artigo em análise, conjuga-o com o artigo 496º do diploma civil e concede a indenização por danos não patrimoniais dada violação dos deveres conjugais na constância da união, que teve como consequência a alteração do projeto de vida almejado pela Autora ao firmar o contrato de casamento.

Nos julgados onde a redação atual incide já não há tal dúvida. O artigo é expresso e manda que o cônjuge que provocou o dano repare aquele que o sofreu. Assim mostra a seguinte decisão do Tribunal de Relação de Lisboa:

1. Decorre do estatuído nos arts. 506º, n.º 1, e 663º, do CPC, que, após o encerramento da discussão em 1ª instância, só podem ser atendidos os factos instrumentais e os que interessem à verificação dos pressupostos processuais, que não os factos principais.

2- Consequentemente, a junção de documentos para prova de factos principais ocorridos posteriormente ao encerramento da discussão em 1ª instância não é admissível na fase de recurso.

3- Consubstancia uma violação do dever de fidelidade, a mera ligação sentimental do cônjuge marido para com outra mulher, pois que este dever tem por objecto a dedicação exclusiva e sincera, como consorte, de cada um dos cônjuges ao outro.

4- Com a redacção dada ao art. 1792º, n.º 1, do CC, pela Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, a reparação dos danos causados ao “cônjuge lesado”, resultantes da própria dissolução do casamento e dos factos que conduziram à ruptura da vida em comum e ao divórcio, passou a ser feita nos meios comuns e não na acção de divórcio.

5- Como o STJ tem vindo a observar, perante o paradigma de uma sociedade em constante e contínua evolução quanto aos seus valores dominantes, como é a sociedade actual, o conceito da “perenidade do matrimónio durante toda a vida dos cônjuges” deixou de constituir um factor de absoluta e suprema relevância no domínio das relações matrimoniais, pelo que a idealizada pretensão da autora do casamento ser para toda a vida, não configura, por si só, a ocorrência de uma situação cuja frustração se mostrasse passível de ressarcimento pela via indemnizatória³⁰⁰.

²⁹⁹ (TRC. PROCESSO N. 268/07 1tbsrtca. Relator Jorge Arcanjo. Data do Acórdão. 14/05/13 in <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/2daa7215b32ce61680257b7f004f8576?OpenDocument&Highlight=0,deveres,conjugai>

³⁰⁰ TRL. Número do processo: 22317/09.9T2SNT. L1-1. Relator: Manuel Marques. Data do Acórdão: 09.04.13. in <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/7592ed868841103780257b720074fc0f?OpenDocument&Highlight=0,viola%C3%A7%C3%A3o,dos,deveres,conjugais,dano,moral>

Trata-se, como se vê, de pedido de indenização da esposa em face de seu marido que, de repente, anunciou que já possuía outra pessoa e com ela gostaria de construir uma vida, deixando a Autora desemparada a cuidar dos filhos comuns.

Em relação ao caso, o magistrado analisou a ocorrência dos danos não patrimoniais e sua ressarcibilidade, e a violação dos deveres conjugais. Ressaltou, porém, que o simples fim do casamento não gera dever de indenizar, atentando que reparação concedida era concernente ao dever de fidelidade que foi ferido, bem como à falta de assistência material do réu para com a sua família, sobretudo seus filhos menores.

Ainda existem poucos casos em que seja aplicado o art. 1792º na sua nova redação; mas espera-se que a decisão dos magistrados venha harmonizar a dissonância doutrinária, pacificando o entendimento de que a violação dos deveres conjugais ainda é necessária para averiguação da reparação de danos, e que sejam em favor da competência exclusiva das Varas de Família, como também da cumulação de pedidos. Para além disso, resta que este trabalho sirva como mais um impulso para contribuir para uma cultura de discussão séria acerca da responsabilidade civil no âmbito do Direito das Famílias, estimulando assim profundas reformas que ainda necessitam ser feitas no sistema jurídico civil português. Modestamente, mas com grande empenho e vigor, esperando-se atingir este objetivo.

CONCLUSÃO

A família é vida. Formada por subgrupos que constituem uma sociedade é dela que nascem os grandes líderes, as produções e as próprias figuras atuantes do Estado. Família, então, é origem, confunde-se com a própria existência do ser humano.

De modelo feudal patriarcal, a família passou a ser fundada em um único pré-requisito, o afeto, e é em virtude disto que o Direito de Família vem tentando acompanhá-la e regulá-la na mesma plenitude, em igual intensidade.

A liberdade concedida aos integrantes da família tornou esta instituição um instrumento de realização pessoal. Une-se porque se quer, extingue-se o laço afetivo porque simplesmente não mais se sustenta. Ninguém pode ser obrigado a permanecer afetivamente vinculado a outra pessoa.

Assim, a Lei 61/2008 veio desmitificar novas tendências, afastando conceitos clássicos ainda arraigados por traços históricos e arremedos sociais. O divórcio pode ser declarado tanto na Conservatória, de maneira mais rápida, quanto no Tribunal. Os prazos foram diminuídos e os motivos já não se baseiam na culpa. Em que pese toda esta liberdade ainda há deveres conjugais que ajudam a concretizar a plena comunhão de vida.

Os deveres conjugais, apesar de não serem um rol taxativo, representam parâmetros que os cônjuges devem seguir em prol da vida em comum. Não havendo renúncia dos direitos de personalidade na constância da união; faz-se necessário respeitar o direito do consorte. E o limite de um começa quando o do outro termina.

Por isso, faz-se necessária a intervenção do estado, sempre que provocado, de modo a regular ou cessar qualquer desrespeito aos direitos individuais do cônjuge lesado. A intimidade e a liberdade, neste caso, são mitigadas em prol de um bem maior, o bem comum.

Da análise aqui feita, pode-se aferir, portanto, que o Direito de Família contemporâneo não reserva mais lugar à fragilidade de garantia. Em que pese ser ramificação do Direito Civil, a autonomia do Direito de Família é de suma importância, pois é ele quem regula o futuro modelo de sociedade.

Deste modo, a ressarcibilidade de danos não patrimoniais em virtude da violação dos deveres conjugais, assim como das consequências do próprio divórcio, é legítima e deve

ser tratada sob a égide das regras do Direito de Família e resolvida por profissionais especializados na área.

Verificam-se, então, as seguintes conclusões:

- O Direito de Família contemporâneo, pautado no afeto, baseia-se na igualdade e bem estar de todos seus componentes; desta forma, o Divórcio já não é mais visto como sanção, mas como simples constatação de uma sociedade conjugal falida, mera consequência de um desamor.

- O desamor, por si só, pode acarretar apenas o divórcio, mas não a indenização. Ao desamor não se prestam mais imputações de culpa. O desamor não é pecado.

- Apesar disso, quando a violação de um dos deveres conjugais gera algum dano, é necessária sua verificação de incidência ou não de compensação dos cônjuges entre si.

- Tendo em vista a conjugação entre as matérias da responsabilidade civil em geral e da responsabilidade civil conjugal prevista no artigo 1792º do Código Civil português, é perfeitamente possível pleitear a reparação de danos entre cônjuges.

- Resta, porém, que essas demandas sejam realocadas para as Varas de Família e que haja a possibilidade de serem discutidas na mesma ação de divórcio. Somente com esta estrutura especializada é que estarão salvaguardados os direitos individuais nas relações de conjugalidade.

- Observa-se que a jurisprudência vem fazendo uma análise profunda e a favor das soluções aqui defendidas. Porém, ainda escassas, se espera que as futuras decisões venham pacificar o entendimento doutrinário da matéria, consolidando, assim, a Responsabilidade Civil no Direito de Família, de modo a perceber e considerar cada família.

Sugere-se, por fim, que após pacificado o entendimento acerca da aplicação da responsabilidade civil nas relações de conjugalidade, seja proposta nova reforma no artigo 1792º que traga a responsabilidade civil para o Direito de Família, havendo um diálogo e não apenas uma transposição de competência, superando todas as dúvidas que ainda remanescem, trazendo certeza e segurança que o direito tanto busca e necessita.

BIBLIOGRAFIA

ACTAS do Congresso de 23,24 e 25 de outubro de 2008 (Porto – Portugal) E foram felizes para sempre ...? Uma Análise crítica do Novo Regime Jurídico do divórcio. Coordenado por Maria Clara Sottomayor e Maria Teresa Féria de Almeida – Coimbra: Coimbra editora, 2010.

ANDRADE, Carlos Drummond. *Quadrilha*. Disponível em: <http://drummond.memoriaviva.com.br/alguma-poesia/quadrilha/>. Acesso em: 12. Jan. 2013.

BRASIL. *Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da USP*. Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/codigo-de-hamurabi.html>. Acesso em 31 mai. 2013.

BRASIL. *Código 4 em 1 Saraiva: Civil, Comercial, Processo Civil e Constituição Federal*/ obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Curia, Lívia Céspedes e Juliana Nicoletti .9.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. *Instituto Brasileiro de Direito de Família*. Disponível em: IBDFAM. <http://ibdfam.org.br/>. Acesso em 10 dez.2013.

BRASIL. JUSBRASIL. *Banco de dados*. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/>. Acesso em: 22 fev. 2012.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia>. Acesso em 15 jun.2013.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105567. Acesso em 15 jun.2013.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em 15 jun.2013.

Brasil. *Planalto*. Disponível em: <http://www2.planalto.gov.br/presidencia/legislacao>. Acesso em 18 ago.2013.

- CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de Direito da Família e das Sucessões*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2010.
- CÂNDIDO, João Batista de Oliveira. *Do casamento*, in *Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*. 2.ed. Teixeira, Ana Carolina Brochado *et al.* (coord.), Del Rey, 2010.
- CAPELO, Rabindranath de Sousa V. A.. *O Direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra editora, 2011.
- CERDEIRA, ÂNGELA Cristina da Silva. *Da responsabilidade Civil dos cônjuges entre si*. (Dissertação de mestrado em ciências Jurídicos-Civilísticas) - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2000.
- CHAVES, João Queiroga. *Casamento, divórcio e união de facto*. 2.ed. Lisboa: QJ Quidi Juris sociedade editora, 2010.
- CHAVES, Marianna. *Homoafetividade e Direito: proteção constitucional, uniões, casamentos e parentalidade um panorama Luso-Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2011.
- COMMISSION on European Family Law. Disponível em: <http://www.ceflonline.net>. Acesso em 13 set.2013.
- CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. 7. 2009: Belo Horizonte, MG. *Família e responsabilidade: teoria e prática do direito de Família*. Coordenado por Rodrigo da Cunha Pereira. Porto Alegre: Magister: IBDFAM, 2010.
- CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA (8.:2011: Belo Horizonte, MG) *Família entre o público e o privado*. Coordenado por Rodrigo da Cunha Pereira. – Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2012.
- COSTA, Maria Aracy Menezes. *Responsabilidade Civil na conjugalidade*, in *Direito Contemporâneo de Família e das sucessões*. Rio de Janeiro: GZ, 2009.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Noções fundamentais de Direito Civil*. 5.ed., Coimbra: Almedina, 2009.
- CUNHA, Gonçalves. *Tratado de Direito Civil :em comentário ao Código Civil português*, Vol. VI, Coimbra, 1933.
- DELGADO, Rodrigo Mendes. *O valor do dano moral: como chegar até ele*. 3.ed. Leme, J. H. Mizuno, 2011.
- DIAS, Cristina. *Breves notas sobre a responsabilidade civil dos cônjuges entre si: O novo regime do art. 1792 do Código Civil e a manutenção da irresponsabilidade do nível dos efeitos patrimoniais do casamento*. In *Direito e justiça: estudos dedicados ao professor*

doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes. Vol. I. Lisboa: Universidade Católica editora, 2011.

DIAS, Cristina M. Araújo. *Uma análise do novo regime jurídico do divórcio*. Lei 61/2008 de 31 de outubro. Coimbra: Almedina, 2008.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direitos das Famílias*. 5.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DICIONÁRIO DA LÍNGUA PORTUGUESA PRIBERIAM Disponível em: <http://www.priberam.pt/dlpo/default.aspx?pal=dor>. Acesso em: 22 jan. 2013.

DIREITO DE FAMÍLIA NO NOVO MILÊNIO: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo, José Fernando Simão, Jorge shiguemitsu Fujica, Silmara Juny de Abreu Chinellato, Maria Zucchi. São Paulo: Atlas, 2010.

DIREITOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA. Adalgisa Wiedermann Chaves ... [et al]; Coord. Belmiro Pedro Welter, Rolf Hanssen Madaleno. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2004.

EHRHARDT, Soares, R., Leite de Campos, D. *A família em Direito constitucional comparado* In revista da Ordem dos Advogados, 50º, 1999.

ESPANHA. OEA. ORG. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/expression/showarticle.asp?artID=536&IID=4>. Acesso em: 22 jan. 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves. *Variações do abuso de Direito nas Relações de Família: o Venire contra Factum proprium, a Supressio/Surrectio, o Duty to mitigate the loss e a violação do contrato*. In *Família e responsabilidade*. São Paulo: Magister editora, 2010.

FERREIRA, Maria Elisabete. *Da intervenção do Estado na questão da violência conjugal em Portugal*. Coimbra: Almedina, 2005.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade 1: a vontade de saber*. 23.ed.. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque (trad.). Rio de Janeiro: Graal, 2013.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade 2: o uso dos prazeres*, 13.ed., Maria Thereza da Costa Albuquerque (trad.). Rio de Janeiro: Graal, 2012.

GABURRI, Fernando. *Responsabilidade Civil*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2013.

GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. *Direito de Família e o princípio da boa-fé objetiva*. 1.ed. Curitiba: Juruá, 2012.

JÚNIOR, Ruy Rosado de Aguiar. Responsabilidade Civil no Direito de Família. In *Direitos Fundamentais do Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004.

- JUSTO, A. Santos. *Direito Privado Romano* :IV Direito de Família. Universidade de Coimbra: Coimbra, 2008.
- LAGE, Juliana de Sousa Gomes. Responsabilidade Civil nas relações de conjugalidade *In Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*.2.ed. São Paulo: Del Rey, 2010.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 14.ed.São Paulo: Saraiva, 2010.
- LINS, Regina Navarro Lins. *O livro do Amor*. Vol. I Da Pré- História à Renascença. 3.ed. Rio de Janeiro: Best Seller, 2013.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Famílias contemporâneas e as dimensões da responsabilidade *In Família e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Magister editora, 2010.
- MADALENO, Rolf. Responsabilidade Civil na conjugalidade e alimentos compensatórios. *In Família e responsabilidade*. Rio de Janeiro: Magister editora, 2010.
- MANUAL DE DIREITO DAS FAMÍLIAS E DAS SUCESSÕES. Coordenadores: Ana Carolina Brochado Teixeira, Gustavo Pereira Leite Ribeiro. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- MONTEIRO, Jorge F. Sinde. Responsabilidade Civil *In REVISTA DO DIREITO E ECONOMIA*, separata do no. 2 de julho/dezembro de 1978, Universidade de Coimbra.
- MORATO, Antônio Carlos. Celebração do casamento. *In Direito de Família no novo milênio*. São Paulo: Atlas, 2010.
- MORAIS, Maria Celina Bondin. Danos morais em relações de família *In PEREIRA, Rodrigo da Silva. Afeto, Ética e Família no Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. *Responsabilidade por conselhos recomendações ou informações*. Coleção teses. Coimbra: Almedina, 1989.
- NETO, Inácio de Carvalho. *Responsabilidade Civil no Direito de Família*. 3.ed. Curitiba: Juruá, 2007.
- OLIVEIRA, Olívia Marcelo Pinto de. *O parto anônimo: à luz do constitucionalismo brasileiro*. Curitiba, Juruá, 2013.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade Civil*.10.ed. Rio de Janeiro: GZ editora, 2012.
- PEREIRA, Coelho Guilherme de Oliveira. *Curso de direito de família*. Vol. I, 4.ed., Coimbra: Coimbra editora, 2008.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Código Civil das Famílias anotado e legislação correlata em vigor*. 4.ed. Curitiba: Juruá, 2012.

PINHEIRO, Jorge Duarte. *O Direito da Família contemporâneo*. Lições. 3.ed., Lisboa: AAFDL, 2010.

_____. *Ideologias e ilusões no regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais*. 2009. Disponível em: http://www.csm.org.pt/ficheiros/eventos/jduartepinheiro_ideologiasilusoes.pdf. Acesso em: 13 fev. 2012.

PIRES DE e BAGA DA CRUZ. *Direito de Família*. 2.Vol., 2.ed., Coimbra, 1943.

PORTUGAL, *TSF notícias*, em 20 de agosto de 2008, http://www.tsf.pt/PaginaInicial/Portugal/Interior.aspx?content_id=982017.

PORTUGAL. *Instituto de Instituições Financeiras e Equipamentos da Justiça. Base jurídicos documentais*. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/>. Acesso em: 13 fev. 2012.

PORTUGAL. *Procuradoria Geral Distrital de Lisboa*. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_main.php. Acesso em: 25 jan. 2013.

REVISTA TJFDT. ANO II, N. 04, ABRIL 2009. PP.11-14. Disponível em: http://www.tjfdt.jus.br/publicacoes/edicoes-especiais/revista-tjfdt/Revista_ed04.pdf. Acesso em: 16 mar. 2012.

ALARCÃO, Rui. *Direitos das Obrigações*. Coimbra: Almedina, 1983.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *O novo regime jurídico do divórcio em avaliação. Relatório realizado no âmbito do contrato de prestação de serviços celebrado entre o Centro de Estudos Sociais/Observatório Permanente da Justiça Portuguesa e o Ministério da Justiça*. Conceição Gomes (coord). Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, 2010. In http://opj.ces.uc.pt/pdf/Relatorio_Avaliacao_Lei_do_Divorcio.pdf.

SANTOS, Regina Beatriz da Silva Papa dos Santos. *Reparação Civil na separação e no Divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999.

SILVA, Regina; ASSUNÇÃO, Alexandre. (Coord.) *CÓDIGO CIVIL COMENTADO*. 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, Marcos Alves da. *Da monogamia: A sua superação como princípio estruturante do Direito de Família*. Curitiba, Juruá, 2013.

SILVA, Maria Helena e RELVAS, Ana Paula. *Casal, casamento e União de Facto In Novas Formas de Família*. Coimbra: Quarteto, 2002.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de Direito Civil*. 3.ed. Saraiva: São Paulo, 2009.

TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade Civil nas relações de conjugalidade. In Direito de Família e das sucessões. Temas Atuais*, GEN/ Método, 2009.

TARTUCE, F., SIMÃO, F. *Direito Civil: Direito de Família*. 8.ed. Rio de Janeiro: Método, 2013.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina constitucional das relações familiares *In* TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TOMÉ, d'Ameilda Ramião. *Divórcio por mútuo acordo. Anotado e comentado e legislação complementar*. 7º.ed. Lisboa: QJ Quid juris, 2008.

TURKENIEZ, Abraham. *Organizações familiares: contextualização histórica da família ocidental*. Curitiba: Juruá, 2012.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Vol. I, 10º ed. Lisboa: Almedina, 2011.

_____. *Direito de Família*. 5.ed., Lisboa: Almedina, 1999.

_____. *Das obrigações em geral*. Vol. I. 10.ed. Lisboa: Almedina, 2004.

VELOSO, Zeno, Deveres dos cônjuges – responsabilidade civil, *In Direito de Família no novo milênio*. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil – artigos de 1º ao 6º*. 2.ed., Belém: UNAMA, 2006.

VIANNA, Breno Mendes Forel Muniz. Responsabilidade Civil Parental *In Manual de Direito das Famílias e das Sucessões*, 2ºed., Belo Horizonte: Del Rey, 2010.