

RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES FAMILIARES – O ESTADO DA ARTE NO BRASIL

WLADEMIR PAES DE LIRA¹

Mestre em Direito,
Doutorando pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra,
Professor de Direito Civil da Universidade Federal de Alagoas e da Escola Superior da Magistratura do
Estado de Alagoas
Magistrado Judicial Titular da 26ª Vara de Família de Maceió, Alagoas, Brasil.

SUMÁRIO.

INTRODUÇÃO. I. FAMÍLIAS JURIDICAMENTE RECONHECIDAS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO. 1.1. Fatores importantes para o desenvolvimento do Direito de Família no Brasil. 1.2. O que passou a ser entendido como família no sistema jurídico brasileiro, após a Constituição Federal de 1988. II. A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA. 2.1. Um esboço sobre a responsabilidade civil nas relações familiares em alguns países. 2.2. Algumas notas sobre a responsabilidade civil nas relações familiares no Brasil. 2.2.1. Correntes acerca da permanência da separação judicial no Direito brasileiro. 2.2.2. Afeto como valor jurídico que pode gerar responsabilidade civil. 2.2.3. Responsabilidade civil e família no Brasil – evolução. 2.2.4. Responsabilidade civil e família no Brasil – o estado da arte. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Não é de agora que se discute a possibilidade de responsabilização civil por danos decorrentes das relações familiares, ultrapassando a concepção da *imunity conjugal*, ou da “preservação da paz familiar”, tendo em vista a verificação de situações concretas, em que integrantes de uma sociedade sofriam danos, quer de natureza patrimonial, quer extrapatrimonial, muitas vezes de grande monta, sem que tivessem seus prejuízos reparados, ou seus danos morais compensados, em nome da incolumidade da família.

É certo que a relação familiar possui características próprias, hoje muita mais vinculada a critérios afetivos do que patrimoniais, mas também é certo que de acordo com a evolução dos textos constitucionais de praticamente todos os países ocidentais, a pessoa passou a ter proteção imediata, em relação à família, que tem

¹ E-mail: wplira@uol.com.br

proteção mediata, diante dos direitos e das garantias individuais das pessoas que a integram.

Dentro dessa perspectiva, tem se constatado uma grande evolução quer na doutrina, quer na jurisprudência de vários países, no que concerne à possibilidade de indenização pelos danos causados nas relações de conjugalidade-convivência e nas relações de filiação e parentalidade.

Embora nem todos os países tenham legislação específica sobre a possibilidade de indenização por danos nessas relações, os que não têm, passaram aplicar as previsões gerais sobre reparação de danos, também para as relações de família, o que tem obrigado os estudiosos da matéria a refletir sobre a necessidade de aperfeiçoamento acerca da possibilidade e dos limites de tal responsabilidade.

No Brasil não tem sido diferente e inúmeros trabalhos têm surgido sobre essa temática, quer no que diz respeito à inafastabilidade da responsabilização civil por danos causados nas sociedades familiares, quer pela necessidade de adequação dos pressupostos da responsabilidade civil geral, para essa específica categoria, que embora não traga necessariamente “novos danos”, passa a tratar certos danos como indenizáveis.

O presente trabalho busca trazer algumas reflexões sobre a evolução no estudo deste tema, com o objetivo de demonstrar como se encontra o posicionamento da doutrina majoritária, estado da arte no Brasil, suscitando algumas considerações acerca da necessidade de se avançar para uma melhor sistematização sobre essa relevante problemática.

I. FAMÍLIAS JURIDICAMENTE RECONHECIDAS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO.

1.1. Fatores importantes para o desenvolvimento do Direito de Família no Brasil

Como lembra SEMY GLANZ², o termo família representava o “servo ou conjunto de escravos pertencentes ao mesmo patrão”, vinculado à propriedade, portanto, a um aspecto exclusivamante patrimonial da relação humana.

² GLANZ, Semy. *A Família Mutante: Sociologia e Direito Comparado*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 18.

Essa estrutura patriarcal e patrimonial é destacada pelo Professor PAULO LUIZ NETTO LÔBO³, que acrescenta que as funções primordiais da família eram as política e religiosa, esta na transmissão do culto da família, de responsabilidade do homem, com quase nenhuma consideração aos aspectos afetivos.

Foi a estrutura patriarcal e patrimonial da família romano-germânica que inspirou o Código Civil Brasileiro de 1916, que veio sendo atualizado e sempre reinterpretado, de acordo, principalmente, mas não exclusivamente, pela evolução da mulher na sociedade, com consequências nas relações familiares, assim como, pela evolução na proteção dos direitos dos filhos.

No que diz respeito à evolução da mulher, duas leis, antes da atual Constituição, representaram esse avanço de forma significativa, o Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/62) e a Lei do Divórcio (Lei 6.515/77).

Com a Constituição Federal de 1988, além da igualdade entre o homem e a mulher, prevista no inciso I, do artigo 5º, o § 5º, do artigo 226, estabelece que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

Também através da Constituição Federal, se consagrou a modificação substancial em relação aos direitos dos filhos.

A criança e o adolescente deixam, portanto, definitivamente, após a Carta Constitucional de 1988, de ser objetos para serem sujeitos de direitos.

A nova Carta Magna institui a igualdade absoluta entre os filhos, oriundos ou não do casamento, naturais adotivos, estabelece direitos fundamentais específicos para os mesmos, e introduz o princípio da prioridade absoluta ao estabelecer que tais direitos devem ser efetivados preferencialmente em relação aos direitos de quaisquer outros titulares.

A valorização da criança e do adolescente como sujeitos de direitos surgiu inspirada na legislação internacional, bem como em toda a abrangência da Constituição Federal, como se observa no artigo 227⁴, que se antecipou ao que seria previsto na

³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil – Famílias*, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 2.

⁴ BRASIL, Constituição Federal de 1988, art. 227: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança, de 1989.

É dever constitucional da família, da sociedade e do Estado assegurar a proteção de todos os direitos das crianças e dos adolescentes. Assim, quando a família e a sociedade falham em seu dever, cumpre ao Estado suprir tal falha, com prioridade absoluta, uma vez que os direitos dos infantes são fundamentais e indisponíveis.

Seguindo os preceitos constitucionais, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabeleceu normas protetivas que ganham destaque em função da “condição peculiar de desenvolvimento”, alicerçadas pelo princípio do melhor interesse, assegurando à criança e ao adolescente todas as oportunidades, a fim de ajudar no seu desenvolvimento físico, mental, moral, social e espiritual com liberdade e dignidade, como leciona MÁRIO VOLPI⁵.

Firmou-se o entendimento de que as crianças e os adolescentes são sujeitos de direitos plenos e gozam dos mesmos direitos das pessoas adultas, e além disso possuem direitos específicos por estarem em situação de desenvolvimento. E estes direitos especiais são necessários, uma vez que, por não conhecerem todos seus direitos, não têm condições de exigir a sua concretização.

Com essas duas evoluções de grande significância, os direitos das mulheres e dos filhos, além da evolução dos direitos fundamentais, quer no que diz respeito à sua previsão no texto constitucional, quer na interpretação que garante uma maior concretude na efetivação de tais direitos, o Direito de Família sofreu profunda transformação após a Constituição brasileira de 1988, evidenciando-se o que passou a se chamar de Direito de Família Constitucional.

1.2. O que passou a ser entendido como família no Direito Brasileiro, após a Constituição Federal de 1988.

⁵ Cf. VOLPI, Mário. “A proteção integral como contraposição à exclusão social de crianças e adolescentes”. Prefácio ao livro *Adolescente e Ato Infracional: Garantias Processuais e Medidas Socioeducativas*, de João Batista da Costa Saraiva São Paulo: Saraiva, 2002: “A doutrina da Proteção Integral, além de contrapor-se ao tratamento que historicamente reforçou a exclusão social, apresenta-nos um conjunto conceitual, metodológico e jurídico que nos permite compreender e abordar as questões relativas às crianças e aos adolescentes sob a ótica dos direitos humanos, dando-lhes a dignidade e o respeito do qual são merecedores”.

A Constituição fez referência expressa, no artigo 226, a três estruturas familiares: o casamento, a união estável entre o homem e a mulher e a entidade formada por quaisquer dos pais e seus filhos (família monoparental).

Surgiu, então, o primeiro grande questionamento acerca das entidades que de acordo com a Constituição, poderiam ser consideradas familiares para efeito de proteção do Estado, se apenas as três expressamente previstas, ou se esse rol não era taxativo.

Seguindo a interpretação muito adequadamente formulada pelo Ilustre Professor alagoano PAULO LÔBO⁶, em artigo considerado um divisor de águas na interpretação do artigo 226, da Constituição Federal de 1988, que prevê no *caput* que a “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

Com tal previsão, o texto constitucional afastou o termo “formada pelo matrimônio”, das famílias que merecem proteção do Estado, não especificando, no *caput* do artigo, quais as outras modalidades de agrupamentos que poderiam ser caracterizados entidades familiares sob o prisma constitucional.

No parágrafo 3º, do mesmo dispositivo, fica reconhecida a união estável entre homem e mulher, como entidade familiar, e mais adiante, no parágrafo 4º, se estabelece que “se entende, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”, a denominada família monoparental.

Observe-se que a expressão “também”, prevista no parágrafo 4º, é uma expressão inclusiva, ou seja, gera uma interpretação de que outras poderão ser incluídas, já que não impõe a ideia de taxatividade. Para entendimento contrário, o legislador deveria ter usado outra técnica, como estabelecer no próprio *caput* do artigo quais as entidades familiares que merecem a proteção do Estado, como antes aconteceu com a família matrimonial, prevendo, por exemplo, que a família formada pelo matrimônio, pela união estável entre o homem e a mulher e a formada por qualquer dos pais e seus filhos, base da sociedade, etc., ou estabelecer através de incisos taxativos as entidades familiares passíveis de proteção, como por exemplo, estabelecer no parágrafo 3º, que além da família matrimonial, são reconhecidas como entidades familiares: A união estável entre o homem e a mulher e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, o que efetivamente não ocorreu.

⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. “Entidades familiares – Para além do *numerus clausus*”, *Revista de Direito de Família*, n° 12, jan-fev-mar, Porto Alegre: Editora Síntese, 2002, p. 43.

Acrescente-se o fato de que o parágrafo 8º, do mesmo artigo 226, prevê que “o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”. Tal previsão se deve ao fato de que a Constituição está alicerçada na dignidade da pessoa humana, que se apresenta como um dos fundamentos da constituição, na forma do artigo 1º.

A dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da CF), tendo esta, como um dos objetivos fundamentais promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV), e é consubstanciada nos direitos fundamentais de liberdade, igualdade e proibição de discriminação em função da orientação sexual, se moldando pois, a dignidade da pessoa humana, de Direitos Fundamentais e sociais, cuja efetivação deixa de ser uma possibilidade e passa a ser uma inafastável necessidade, dentro da visão constitucional moderna.

A dignidade da pessoa humana, embora já extremamente fluida, pelo exagero em sua utilização, como lembra HUMBERTO ÁVILA, mas de fundamento extremamente relevante para o caso em análise, está intimamente ligada aos direitos fundamentais, como ensina INGO SARLET⁷.

CLÁUDIO ARY MELO⁸, acrescenta que “a dignidade da pessoa humana é, assim, equiparada à fruição do mais amplo sistema de liberdades iguais para todos”.

Com a regra prevista, no parágrafo 8º, do artigo 226, o legislador constituinte, atendendo ao comando da dignidade da pessoa humana, promoveu uma nova ordem de valoração no Direito de Família, no momento em que estabeleceu a proteção à família como um interesse mediato do Estado, colocando a proteção da pessoa humana que a compõe, como interesse a ser cumprido de forma imediata ou prioritária.

⁷ Cf. SARLET, Ingo. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 25,26 e 78: “A vinculação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, já constitui um dos postulados nos quais se assenta o Direito Constitucional contemporâneo, já que os direitos e garantias fundamentais encontram seu fundamento direto e imediato na dignidade da pessoa humana, do qual seriam concretizações, e os direitos fundamentais podem ser reconduzidos à noção de dignidade da pessoa humana, já que todos remontam à ideia de proteção e desenvolvimento das pessoas, de todas as pessoas, como lembra Vieira de Andrade”.

⁸ MELO, Cláudio Ary. *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 141.

Dentro dessa proteção imediata à pessoa, se encontra, entre outras, a proteção no que diz respeito à orientação sexual e à sexualidade, já que não basta dizer que não se pode discriminar a pessoa em função da orientação sexual, se a liberdade de se estabelecer afetiva e sexualmente com outra teria proteção estatal limitada a depender da igualdade ou não de sexos.

Foi exatamente na discussão acerca da natureza jurídica das uniões entre pessoas do mesmo sexo, denominadas no Brasil hoje como uniões homoafetivas, diante do texto constitucional de 88, que derivou uma nova conceituação de família para efeito de proteção do Estado.

Com a construção moderna acerca dos Direitos Fundamentais, a pessoa humana passou a ter mais importância do que a própria família da qual faz parte, impondo a conclusão de que a família é um espaço de felicidade pessoal, onde o ser humano necessita estar inserido por laços de afetividade, sem os quais a família perde importância, no plano da obrigatoriedade de sua manutenção, permitindo à pessoa a liberdade, não só de desconstituição, como de formação da própria família, sem a necessidade de exacerbada carga de regras estatais, principalmente diante da prevalência da afetividade como regulador das estruturas familiares⁹.

Sob a égide da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais que a compõe, temos estabelecido no artigo 5º, a liberdade, a igualdade e a proibição de qualquer forma de discriminação, inclusive acerca da orientação sexual da pessoa.

Tal assertiva impõe concluir que se duas pessoas do mesmo sexo resolvem estabelecer uma sociedade afetiva, não podem ser discriminadas, assim como, não pode o Estado negar guarida jurídica a tal relação, quando a Constituição, expressamente, não faz tal restrição.

Valorizando-se, como se deve, a dignidade da pessoa humana, a liberdade da pessoa poder se relacionar com o que melhor lhe convier, a igualdade, a proibição de

⁹ Cf. LÔBO, Paulo Luiz Netto. “Entidades familiares – Para além do *numerus clausus*”, *Revista de Direito de Família*, nº 12, jan-fev-mar, Porto Alegre: Editora Síntese, 2002, p. 45: “O princípio da afetividade tem fundamento constitucional; não é petição de princípio, nem fato exclusivamente sociológico ou psicológico.

(...) Projetou-se, no campo jurídico-constitucional, a afirmação da natureza da família como grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade, tendo em vista que consagra a família como unidade de relações de afeto, após o desaparecimento da família patriarcal, que desempenhava funções procracionais, econômicas, religiosas e políticas.”

qualquer tipo de discriminação, inclusive em função da orientação sexual da pessoa e, considerando que tais fatores devem ser utilizados na interpretação da norma Constitucional, haja vista, a necessidade de uma hermenêutica que aponte para a concretude dos direitos fundamentais, como é defendido pela grande maioria dos constitucionalistas contemporâneos, a outra conclusão não se poderia chegar se não a de que a natureza jurídica de tais uniões é verdadeiramente de entidade familiar.

Acerca da natureza jurídica da união homossexual, vale lembrar, que alguns entendiam tratar-se simplesmente de uma união civil de fato, com consequências exclusivamente patrimoniais, na medida em que o direito ao patrimônio é diretamente proporcional à comprovação da contribuição para a construção do mesmo, aplicando-se a súmula 380, do STF. Outros entendiam caracterizar-se uma união afetiva, assemelhada à família, porém sem a proteção do Estado, por falta de previsão constitucional. Alguns entendiam tratar-se de uma entidade familiar a cujo disciplinamento aplicam-se as regras da união estável. E uma última corrente entendia caracterizar-se entidade familiar específica, constitucionalmente protegida.

Encontramo-nos, apesar da decisão da nossa Suprema Corte, entre os que vêm na união homossexual entidade familiar específica, abrigada constitucionalmente, entendimento que já sustentamos em trabalho anterior¹⁰.

Embora ainda mantendo nosso entendimento acerca de ser a união homossexual uma entidade familiar específica, o Supremo Tribunal Federal já decidiu a matéria, e por unanimidade entendeu que a união homoafetiva é uma união estável, nos mesmos termos e com o mesmo fundamento da união estável entre pessoas de sexos diferentes, tendo o Relator, Ministro CARLOS AYRES BRITO, que teve o voto vencedor, ampliado o artigo 1.723, do Código Civil, devendo o mesmo ser lido de forma a abrigar as uniões entre pessoas do mesmo sexo, sob pena de inconstitucionalidade¹¹.

O Ministro LEWANDOWSKI, apesar de ter votado com o Relator, utilizou argumentos semelhantes aos utilizados pelo Profº PAULO LÔBO¹², que utilizamos como razão de decidir nas primeiras sentenças que prolatamos sobre a matéria, no

¹⁰LIRA, Wladimir Paes de. “A Análise da Natureza Jurídica da União Homossexual em um Caso Concreto Através de Provimento Judicial”, *Revista do Ministério Público de Alagoas*, nº 14, janeiro/junho.2005, Maceio-AL: MPEAL: UFAL/CJUR, 2005, p. 136.

¹¹BRASIL, STF, ADI 4.277 e ADPF 132-RJ, Relator Carlos Ayres de Brito, voto do Relator.

¹² LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil – Famílias*, São Paulo: Saraiva, 2011.

sentido de que a união entre pessoas do mesmo sexo é uma entidade familiar específica, devendo ser aplicada a ela as mesmas regras da união estável entre pessoas de sexos diferentes.¹³

Inquestionável é, todavia, que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento mencionado, não apreciou a possibilidade de realização do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, limitando-se a apreciar a possibilidade de caracterização da união estável homoafetiva, quando presentes os requisitos.

Como acima mencionamos, sempre estivemos entre os que entende a união homossexual uma entidade familiar específica, interpretando-se o artigo 226, da Constituição Federal, sistematicamente com os demais dispositivos da Lei Maior, principalmente com o catálogo de direitos fundamentais previsto no artigo 5º, visando a efetivação da dignidade da pessoa humana pela concretização dos referidos direitos, e neste diapasão, tanto a união estável quanto o casamento estariam vinculados constitucionalmente a necessidade de diferenciação de sexos, embora fosse a união homossexual também uma entidade familiar.

Não nos parece ser mais de grande relevância nosso entendimento, se o STF já decidiu, em caráter *erga omnes*, que o artigo que trata da união estável, previsto no Código Civil, se estende aos casais do mesmo sexo.

Sendo essa a decisão do Supremo, nos parece inafastável a possibilidade de se reconhecer a possibilidade do casamento civil entre tais casais, até porque, a mesma linha de raciocínio utilizada para uma hipótese se aplica integralmente à outra, como entendeu o STJ.

O Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, quando teve o voto vencedor na 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no sentido da possibilidade da realização do casamento entre pessoas do mesmo sexo, sustentou que para se manter a coerência no sistema jurídico, se reconhecida a união homoafetiva como união estável, igualmente às formadas por pessoas de sexos diferentes, como a Constituição determina que deve ser facilitada a conversão da união estável em casamento, não permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo seria de completa incoerência.

É imperioso mencionar, que os argumentos utilizados nos votos acima mencionados, de defesa dos direitos fundamentais das minorias, inclusive o de

¹³BRASIL, STF, ADI 4.277 e ADPF 132-RJ, Relator Carlos Ayres de Brito, voto do Ministro Ricardo Lewandowski.

constituição de família, do afeto como valor jurídico para caracterização das entidades familiares, do direito fundamental à felicidade, entre outros, todos na perspectiva da concretização da dignidade da pessoa humana, se aplicam integralmente a análise da validade do casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Se a não inclusão dos casais homossexuais no artigo 1.723, o torna inconstitucional, por ferir direitos fundamentais como os da igualdade, da proibição de discriminação em função da orientação sexual e o da liberdade de se constituir em família, entre muitos outros, a não extensão no dispositivo que trata do casamento, às uniões de pessoas do mesmo sexo, pela própria lógica utilizada pelo Supremo, torna este último dispositivo igualmente inconstitucional, por ferir exatamente os mesmos direitos que na decisão acerca da união estável o STF procurou garantir.

Sabemos que no que tange ao casamento, as questões “morais” serão muito mais discutíveis, mas não se trata desta ou daquela moral, e sim de decisão judicial que deve se pautar em argumentos ético-jurídicos.

Após a decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da união estável, não permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo é defender uma completa incoerência no sistema jurídico brasileiro.

Família é um fato natural gerado pela própria natureza humana, que nasce sem levar em consideração convenções estabelecidas, mas que necessita de regulamentação legal rígida.

Muitos são os fatores que trazem a predisposição para a orientação sexual: genéticos, hormonais, ambientais, psicológicos, relacionais. Estes traduzem o conceito de semelhança, igualdade ou analogia com o sexo que a pessoa deseja ter e constituem a expressão da sexualidade com outro indivíduo do mesmo gênero que o seu.

De acordo com ADRIANA CALDAS MALUF¹⁴, estudos sobre a sexualidade enfatizam que a história da criação da homossexualidade e seus termos permite compreender o fato de que a dita normalidade depende da estigmatização, da subalternização de identidades para se consolidar socialmente, num universo compreendido por uma heteronormatividade, assim como a forma pela qual se manifesta a orientação sexual do indivíduo e sua identidade de gênero vão refletir diretamente na maneira como ele será considerado no meio social.

¹⁴MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf. *Novas Modalidades de Família na Pós-modernidade*, São Paulo Atlas, 2010, p.127.

Com a evolução dos costumes e das relações interpessoais, restou uma lacuna na lei, referente aos homossexuais, considerando que estes compõe a estrutura social, demonstram-se cada vez mais ativos na coletividade, integram relações com intensa carga emocional e afetiva de caráter estável, que requer amparo legal. E visam, sobretudo, direitos civis plenos, independentemente de sua orientação sexual.

Sob esta ótica, considerando a histórica do direito de família no Brasil e o ideal protetivo esboçado pela Constituição, não é possível na pós-modernidade deixar de reconhecer como família os casais homossexuais.

Assim, através de uma interpretação teleológica, é que a existência de um vínculo entre dois indivíduos, apoiado na afetividade e estabilidade, independentemente de orientação sexual, e que se configura uma verdadeira convivência, vem possibilitando o reconhecimento judicial das uniões homossexuais.

Destarte, numa visão pós-moderna, os direitos civis são plenos e destina-se a todos, indistintamente, em evidente proteção à integridade familiar, à vida privada, e em respeito aos direitos humanos e da personalidade, uma vez que a orientação sexual deve ser vista como um direito personalíssimo e, como direito fundamental, revela-se como uma extensão dos direitos de personalidade, indispensável para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

A união estável, quer entre pessoas de sexos diferentes quer entre pessoas do mesmo sexo, ganhou status constitucional, principalmente através dos direitos fundamentais consagrados no próprio texto da Lei Maior, priorizando a pessoa dentro de sua perspectiva existencial, garantindo-lhe liberdade, igualdade, proibição de discriminação, inclusive no que concerne ao estabelecimento de suas relações afetivas-familiares, como ensina RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, “a família não é um grupo natural, mas cultural. Ela não se constitui apenas por um homem, mulher e filhos. Ela é antes uma estruturação psíquica, onde cada um de seus membros ocupa um lugar, uma função. Lugar do pai, lugar da mãe, lugar dos filhos, sem, entretanto, estarem necessariamente ligados biologicamente”.¹⁵

Como sistematiza em sua festejada obra Teoria Tridimensional do Direito de Família, PEDRO BELMIRO WELTER, “a família é a mais antiga comunhão plena

¹⁵ PEREIRA, Rodrigo da cunha. *Direito de Família – Uma Abordagem Psicanalítica*, Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 36.

de vida genética, afetiva e ontológica, a qual sempre foi (des)cuidada pelo prisma da normatização do mundo biológico”¹⁶.

Sendo, portanto, essencial que a lei alcance esse necessário avanço social, e enquanto esta não o fizer, que a jurisprudência expresse uma forma de ampla compreensão das relações sociais como forma de preencher o vazio legislativo dos novos valores e de vincular os próprios juízes, pois a norma criada pelo julgador é um importante meio de reconhecimento de uma mudança de padrões da família.

Tal entendimento se reforça pelo fato de que diversos outros arranjos, reconhecidamente familiares, não constam expressamente no texto constitucional. Não podemos admitir, por exemplo, que os avós que vivam com seus netos, ou o tio que vive com seus sobrinhos, ou os irmãos que vivem juntos sem a companhia do pai ou da mãe, não sejam considerados entidades familiares que mereçam a proteção do Estado, porque não estão expressamente contidas no texto da Constituição.

Portanto, a caracterização da entidade familiar não está mais vinculada a uma especificidade legislativa, e sim, à ocorrência de requisitos de fato que se presentes, identificam tratar-se de família.

Tais requisitos, como ensina PAULO LÔBO¹⁷, são: a **AFETIVIDADE**, se caracterizando esta não pelo afeto comumente denominado, mas pelo afeto familiar, sentimento entre duas ou mais pessoas, que se afeiçoam pelo convívio diuturno, em virtude de uma origem comum ou em razão de um destino comum, que conjuga suas vidas tão intimamente, que as torna cônjuge quanto aos meios e aos fins de sua afeição, o *affectus maritalis*, como lembra Gustavo Tepedino; a **ESTABILIDADE**, ou seja, uma união duradoura, afastando com isso as uniões eventuais ou passageiras; e a **OSTENSIBILIDADE OU PUBLICIDADE**, esta como sendo a demonstração pública de que uma pessoa apresenta-se como integrante do núcleo familiar da outra, afastando as relações clandestinas.

Seguindo também as lições de RICARDO MAURÍCIO FREIRE SOARES¹⁸, a relação jurídica de família é a um só tempo **REFLEXIVA** (reflete novos

¹⁶ WELTER, Pedro Belmiro. *Teoria Tridimensional do Direito de Família*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 19.

¹⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil – Famílias*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 68.

¹⁸ SOARES, Ricardo Maurício Freire. “Pós Modernidade e Direito de Família”, in MINAHIM, organização Maria Auxiliadora, *A Família na Contemporaneidade: Aspectos Jurídicos*, Salvador: JusPODIVM, 2007, p. 123.

valores sociais); **PROSPECTIVA** (reclama interpretações que projetam uma ordem jurídica para além do presente); **DISCURSIVA** (no sentido que o termo família possa agregar novas acepções e significados); e **RELATIVA** (por recusar dogmas absolutos que obstaculizam o arejamento da instituições familiares).

Estando presentes os requisitos acima, o agrupamento se caracteriza como entidade familiar, independentemente da orientação sexual das pessoas envolvidas, e aquilo que a Constituição não discrimina ou limita, não cabe a ninguém fazê-lo, inclusive ao Estado.

Vale frisar que a caracterização da entidade familiar ocorre pela presença dos requisitos, e não pela manifestação posterior das partes ou de uma delas, ou seja, se presentes os requisitos, houve ou há uma entidade familiar.

Portanto, no sistema jurídico brasileiro, pode ser considerado um agrupamento familiar ou entidade familiar, para todos fins de proteção (embora nem todas as entidades tenham exatamente o mesmo regramento e/ou as mesmas consequências jurídicas), entre outras possíveis, a entidade formada pelo casamento, pela união estável entre pessoas de mesmo sexo ou sexos diferentes, o concubinato, a família monoparental, a família multiparental, o grupamento formado por parentes, sem a presença de pai e de mãe e famílias recompostas, o que passa a ser importante como delimitação do tema ora analisado, já que dentro dessas relações podem surgir danos específicos, entendidos como danos familiares, o que pode ensejar responsabilidade civil para reparação ou compensação de tais danos.

II. A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA

As relações de conjugalidade não representam vínculos inquebrantáveis. Por mais que se projete, nem sempre são vitalícias, podendo ser rompidas por vários motivos, o que não se justifica, em regra, em indenização, já que a dor e o sofrimento pela separação fazem parte das possibilidades do próprio contrato de conjugalidade, salvo nos casos em que a situação cria visível situação danosa, não pelo fato em si, mas como ele se deu socialmente, como é o caso, por exemplo, do adultério que deixa uma das partes em situação extremamente vexatória.¹⁹

¹⁹ Trecho do voto relatado pelo Des. Maia da Cunha na 4ª Câmara de Direito Privado do TJSP, na Apelação Cível nº361.324.4/7, com o seguinte acórdão: “Dano moral. Adultério. Circunstância que,

Idêntico raciocínio se aplica às relações de parentalidade, onde frequentes são as ocorrências de danos, cujas sanções jusfamiliares são suficientes, mas onde se observa danos que não podem ser afastados da reparação ou compensação, sob pena de não concretização adequada dos direitos patrimoniais e de personalidade que norteiam tais relações.

O limite entre responsabilizar o causador de um dano ocorrido numa relação familiar, garantido a efetivação dos direitos individuais, sem monetarizar exacerbadamente tais relações, é um problema que afeta todos os sistemas jurídicos, principalmente os ocidentais.

2.1. Um esboço sobre a responsabilidade civil nas relações familiares em alguns países.

Na Itália ainda se verificava até bem pouco tempo, a prevalência de não se admitir a interferência estatal no seio familiar, mesmo que para reparar danos, já havendo decisões no sentido de se admitir, quando muito, a reparação somente dos danos materiais²⁰.

Seguindo, porém, as correntes que ganharam fôlego nos sistemas jurídicos ocidentais, também na Itália passou a se discutir na doutrina a inafastável responsabilização pelos danos causados no âmbito das relações familiares.

RAFFAELE TOMMASINI chama a atenção para esse novo entendimento, ao ministrar que “a qualidade de membro de uma comunidade familiar e a aquisição do *status* de cônjuge não pode importar numa redução ou numa limitação das prerrogativas

em si mesma, salvo excepcionalidade inócua na hipótese, não acarreta dano moral indenizável. O relacionamento extraconjugal é apenas a consequência de uma união cujos sentimentos iniciais não perduraram no tempo, dando ensejo a que outros se sobrepusessem e levassem algum dos cônjuges ou companheiros à relação afetiva com outras pessoas. Considerações e jurisprudência deste TJSP. Improcedência da ação que se impõe. Recurso dos réus provido e prejudicado o da autora.”

²⁰ FEDERICO, Bianca. *Compendio di Diritto de Famiglia*, Napoli: Edizione Simone, 2010, p. 67, para quem: “gli obblighi sanciti dall’art. 143 c.c. non sono provvisti di una specifica sanzione in caso di inadempimento, in quanto ritiene che debbano essere spontaneamente sentiti Ed assolti dai coniugi. È possibile, però, ottenere una tutela civile mediata, per il tramite dell’addebitabilità della separazione (art. 151, 2º comma, c.c.).”

das pessoas, ao contrário, é um agravamento das consequências das responsabilidades familiares”.²¹

Ressalte-se com autores italianos como DOMENICO CHINDEMI e GORGIA CECCHINI²², além de contribuírem para a doutrina da possibilidade de responsabilização civil nas relações familiares, catalogam diversos danos específicos de tais relações, quer patrimoniais quer extrapatrimoniais, quer entre os cônjuges, quer nas relações parentais, o que denominam danos endofamiliares.

Para ALMA MARIA RODRÍGUEZ GUITIÁN, na Espanha, nem sempre em nome da paz familiar se deve excluir a responsabilidade civil no âmbito familiar, sendo forçoso discernir quais seriam os danos próprios das sanções previstas no direito de família, e quais seriam as violações que vulneram a relação em família, que devem ser objeto de ressarcimento, cujo grau de gravidade é capaz de romper o equilíbrio dos vínculos em família e ferir direitos fundamentais do parente ou parceiro vitimado.²³ Pode até não ser indenizável o simples descumprimento de um dever conjugal, e realmente a 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 de familiar, seja ele moral ou patrimonial, não pode ser afastado da apreciação judicial e do ressarcimento pecuniário, como sucede, por exemplo, com os danos à saúde, causados pela infidelidade, com o risco do contágio por doenças venéreas 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 noticiados na imprensa em revistas de variedades e até em crônicas policiais; os danos à liberdade sexual, pelas práticas pouco convencionais de

²¹ TOMMASINI, Raffaele. *La responsabilità Civile nel Terzo Millennio*, Torino: G. Giappichelli Editore, 2011, p. 375: “D’altra parte l’istituto dela responsabilità civile vive in questi anni um sensibile mutamento, próprio in ragione ed funzione dell’ampliarsi del catalogo dei diritti inviolabili e dell’accresciuto valore dela dignità umana, la quale non può subire mortificazioni e non può essere deprivata degli strumenti di tutela risarcitória. La qualità di membro dela comunità familiare e l’acquisizione dello *status* de coniuge non può comportare uma riduzione o uma “limitazione dele prerogative dela persona, ma semmai um agravamento dele conseguenze a carico del familiare responsabile””.

²² CHINDEMI, Domenic & CECCHINI, Giorgia. *Danni Endofamiliari – Casi, Quesiti, Soluzioni*, San Giuliano Termi: Altalex Editore, 2011, *passim*.

²³ GUITIÁN, Alma Maria Rodríguez. *Responsabilidad civil en el derecho de familia: especial referencia el ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Navarra: Thomson Reuters, 2009, p.88 e 89.

um dos cônjuges ou companheiros; pelos danos à integridade psíquica e à honra, causados pelo nascimento de filhos extramatrimoniais registrados como se fossem conjugais.²⁴

Danos morais e patrimoniais também são provocados pelos gastos despendidos na investigação particular, para comprovar uma aventura ou relação extraconjugal de concubinato, além do ressarcimento com os custos suportados com a impugnação da paternidade, e com a manutenção de filho registrado pela presunção do casamento como se fosse prole matrimonial.²⁵

A tendência judicial tem sido no sentido de reconhecer uma dimensão constitucional aos gravames causados nas relações de família, conjugando os deveres matrimoniais com os direitos fundamentais da Carta da República. Prevalecem os direitos individuais das pessoas em família e não prosseguem as sanções ordinárias para a quebra dos deveres conjugais. Mas, de outra parte, inclina-se o direito civil em ampliar a reparação dos prejuízos extrapatrimoniais, como corolário lógico da valorização dos direitos de personalidade na defesa dos direitos individuais da pessoa.²⁶

Ainda sobre a doutrina da Espanha, tivemos a oportunidade de tecer alguns comentários, em recente artigo publicado na Revista da Universidade de Valência.²⁷, onde, entre outros, analisamos os ensinamentos do Professore JAVIER BARCELÓ DOMÉNECH²⁸, que reconhece a tendência espanhola de não aceitar o cabimento da responsabilidade civil nas relações familiares, mostrando, todavia, através da análise das decisões de 1999 a 2012, principalmente no que diz respeito à ocultação por parte de

²⁴ GUITIÁN, Alma Maria Rodríguez. *Responsabilidad civil en el derecho de familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Navarra: Thomson Reuters, 2009, p.90.

²⁵ *Ibidem*, p.91.

²⁶ LEONARDO, Teresa Marin García de. “Remédios indemnizatorios en el ambito de las relaciones conyugales”, in *Daños en el derecho de familia*, Navarra; Thomson Aranzadi, n.17, 2006, p.159.

²⁷ LIRA, Wladimir Paes de. “Responsabilidade Civil na Alienação Parental: uma Análise nos Sistemas Jurídicos Português e Brasileiro”, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana – Revista Semestral del Instituto de Derecho Iberoamericano*, Número 3, agosto de 2015, pp. 47 a 104, disponível em www.idibe.com.

²⁸ DOMÉNECH, Javier Barceló. “El Criterio de Imputación de la Responsabilidad Civil em el Ámbito Familiar”, *La Responsabilidad Civil em las Relaciones familiares*, Coodinador: Juan Antonio Moreno Martínez, Madrid: Dykinson, S. L., 2012, pp. 79 – 128.

um cônjuge ao outro, da verdadeira filiação dos filhos, que se caminha paulatinamente para essa possibilidade.

Sustenta, ao nosso ver, de forma extremamente adequada, que apesar de não haver legislação específica que regule a responsabilidade civil nas relações familiares, na situação atual essa possibilidade é inafastável²⁹, sustenta, porém, a necessidade de se propor a elaboração de uma teoria geral de responsabilidade civil no Direito de Família, como forma de melhor sistematizar uma responsabilidade civil tão específica³⁰

No mesmo sentido encontramos as lições de ALMA MARÍA RODRIGUES GUITIÁN³¹, que ratifica a dificuldade e a excepcionalidade de se reconhecer responsabilidade civil por danos de correntes de relações familiares, chamando a atenção para as sanções próprias do Direito de Família, as já acima mencionadas sanções jusfamiliares e para o perigo do retrocesso de tais discussões que acabam por ressuscitar a culpa nas dissoluções das sociedades afetivas, acaba por reconhecer a possibilidade de tal responsabilidade, embora como caráter excepcional.³²

O Ilustre Professor JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE, em artigo escrito juntamente com PEDRO CHAPARRO MATAMOROS, apesar de identificarem as mesmas dificuldades apontadas pelos Doutrinadores anteriores, defendem o cabimento da responsabilidade civil nos casos de certos incumprimentos de deveres conjugais.³³

²⁹ *Idem, Ibidem*, p. 83: “El Derecho de Familia, por su parte, non contiene normas particulares em matéria de responsabilidade por daños. Llegamos, pues, a la conclusión de que, no sendo completo y cerrado el ordenamento jurídico familiar, nada impede de la aplicación de las reglas generales de la responsabilidade civil.”

³⁰ *Idem, Ibidem* p. 86: “ Como forma de superar las disputas acerca de las diferentes responsabilidades, se propone la elaboración de una teoria generale de la responsabilidad em el Derecho de Familia, distinta de la responsabilidade em matéria de obligaciones y comprensiva, al igual que ésta, de responsabilidade por daño patrimonial e por daño moral.”

³¹ GUITIÁN, Alma María Rodrigues. *Responsabilidade Civil em el Derecho de Familia: Especial Referência al Ámbito de las Relaciones Paterno-filiales*, Madrid: Civitas, 2009, *passim*.

³² *Idem, Ibidem*, p. 135: “Y em matéria de Derecho de Familia hoy por hoy no hay ninguna disposición legal que lo establezca, de maneira que habrá que aplicar em esta esfera las normas generales de la responsabilidade civil extracontratual prevista em nuestro Código Civil, esto es, um sistema de responsabilidade subjetiva.”

³³ BEAMONTE, José Ramón de Verda Y & MATAMOROS, Pedro Chaparros. “Responsabilidade Civil por Incumplimiento de los Deberes Conyugales”, in *Revista Arazadi de Derecho*

Os mesmos autores acima, em outro texto na mesma obra³⁴, defendem o cabimento de responsabilidade patrimonial pelos danos causados ao cônjuge guardião por parte do cônjuge que não detém a guarda, pelo incumprimento do dever de visita, assim como, menciona a possibilidade de dano por intromissão no direito de visitas de um progenitor pelo outro progenitor.

Na Alemanha, não foi admitida a indenização por dano moral (*Schmerzensgeld*) pelo descumprimento do dever de fidelidade ou de qualquer obrigação do casamento, e tampouco o terceiro que se intromete na vida conjugal pode ser acionado por dano moral, pois não seria concebível que o cúmplice respondesse mais que o próprio consorte.³⁵ E, principalmente, porque o direito de divórcio alemão está sustentado no princípio da ruptura conjugal, e se fosse permitido indenizar entre os cônjuges no direito de família alemão, estaria sendo reintroduzido o *princípio da culpa*. No direito alemão o dano moral só pode ser ressarcido em face de violação ao corpo, saúde ou liberdade.³⁶

Desde a lei do casamento, na Alemanha, de 1938, o direito de divórcio estava regulamentado fora do Código Civil (BGB), nos §§ 41 ff EheG, passando a ser normatizado nos §§ 1564-1568 BGB, tendo como modificação mais importante, a transição do princípio da culpa para o princípio da ruptura³⁷.

Patrimonial, Número 28, Coordinador José Ramón de Verda y Beamonte, Valência: Aranzadi, 2012, p. 116: “Y es que una cosa es suprimir cualquier tipo de referencia a la idea de culpa em el régimen de las causas de separación y divorcio, que es o que haces la ley 15/2005, y otra cosa, muy distinta es negar el resarcimiento de los daños Morales, producidos por um incumplimiento culpable de los deberes conyugales, para lo cual no vemos ninguna razón consistente.”

³⁴ BEAMONTE, José Ramón de Verda Y & MATAMOROS, Pedro Chaparros. “Responsabilidad por Intromisión Ilegítima em las Relaciones entre Padres e Hijos”, in *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, Número 28, Coordinador José Ramón de Verda y Beamonte, Valência: Aranzadi, 2012, pp. 337 a 362.

³⁵ GUITIÁN, Alma Maria Rodríguez, *Responsabilidad civil en el derecho de familia: especial referencia el ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Navarra: Thomson Reuters, 2009, p.29.

³⁶ ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. *A reparação de danos morais por dissolução do vínculo conjugal e por violação dos deveres pessoais entre cônjuges*, São Paulo: RT, Revista de Jurisprudência da RT 802, p.18/20.

³⁷ SCHLÜTER, Wilfried. *Código Civil Alemão – Direito de Família – BGB – FAMILIENRECHT*, tradução Elisete Antoniuk, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 168.

Ainda na Alemanha, segundo ÂNGELA CERDEIRA³⁸, os tribunais superiores têm rejeitado as ações reparatórias desde jaez sob o argumento de que a regulamentação especial do direito de família exclui qualquer pretensão de natureza aquiliana.

ROLF MADALENO³⁹ lembra que o direito do divórcio alemão está sustentado no princípio da ruptura conjugal, e se fosse permitido indenizar entre os cônjuges no direito de família, estaria sendo reintroduzido o princípio da culpa.

A reparação dos danos sob o enfoque do direito anglo-americano, permeava a tese da *interpousal immunity* ou imunidade interconjugal, segundo a qual se vedava a possibilidade de um cônjuge poder agir para o ressarcimento de um prejuízo causado em consequência de um ato ilícito cometido pelo outro, salvo se o ilícito praticado fosse penalmente relevante.

Passado esse primeiro estágio, a jurisprudência anglo-americana adotou o novo dogma da "tranquilidade familiar" em substituição à "imunidade familiar". Nesse momento, os "cônjuges passam a poder celebrar contratos entre si e a executar judicialmente as respectivas obrigações"⁴⁰, embora, nesse estágio, as questões estivessem restritas àquelas de cunho patrimonial.

Num terceiro momento, a jurisprudência norte-americana permitiu à mulher o manuseio de ações por *personal injury*, ainda que a entendendo como decorrência de um direito patrimonial.

Não somente a jurisprudência e a doutrina estrangeira evoluíram. A legislação também. Em 1962, na Inglaterra, a *Law Reform (Husband and Wife) Act* permitiu que um cônjuge propusesse ação contra seu parceiro, negando somente esse procedimento na Constância do casamento.

O que se tem na Inglaterra e nos Estados Unidos, portanto, é o declínio absoluto da "imunidade conjugal". Fala-se abertamente na tese da reparabilidade de danos entre cônjuges, ainda que de cunho estritamente moral⁴¹.

³⁸ CERDEIRA, Ângela Cristina da Silva, *Da responsabilidade civil entre os cônjuges*, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 37.

³⁹ MADALENO, Rolf. *Responsabilidade Civil na Conjugalidade e Alimentos Compensatórios*, disponível em www.rolfmadaleno.com.br, acessado em 20/11/2012, às 10:30 h.

⁴⁰ *Ibidem* p. 24.

⁴¹ CERDEIRA, Ângela Cristina da Silva, *op.cit*, 2000, p.. 36.

Também na França, de acordo com ÂNGELA CERDEIRA, já houve decisões dispondo que “um marido é obrigado a reparar com seus bens próprios, os danos causados a cônjuge, pela natureza de quase delito”⁴².

Valemo-nos aqui, de algumas considerações tratadas sobre o tema, no Direito português, em artigo de nossa autoria, já mencionado.⁴³

Autores como ANTUNES VARELA sustentavam que a infração aos direitos familiares pessoais não origina dever de indenizar, não se lhes aplicam os princípios da responsabilidade civil⁴⁴.

ÂNGELA CERDEIRA sustenta, inclusive, que os manuais de direito das obrigações portuguesas trazem apenas algumas linhas acerca das interferências do direito das obrigações, particularmente do regime de 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”⁴⁵.

As noções de culpa e correspondente sanção que durante tanto tempo aprisionaram o instituto do divórcio, são cada vez mais incompreensíveis e injustificadas, quando comparadas com o conceito de conjugalidade atual – que o casamento não poderá ser considerado um vínculo jurídico indissolúvel e que apenas deve perdurar se mantiver o *affectio conjugal*. É a tradução do divórcio como simples constatação da ruptura do casamento, como ensina FIDÉLIA CARVALHO⁴⁶.

Tradicionalmente, os autores distinguem os direitos de família dos direitos de crédito, salientando a fragilidade de garantia dos direitos familiares pessoais em

⁴² CERDEIRA, Ângela Cristina da Silva, *Da responsabilidade civil entre os cônjuges*, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p.36. No original: “*um époux est tenu de réparer son et sur ses biens propres le dommage cause à son conjoint, pendant la mariage, par son quasi-délit.*”

⁴³ LIRA, Wladimir Paes de. “Responsabilidade Civil na Alienação Parental: uma Análise nos Sistemas Jurídicos Português e Brasileiro”, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana – Revista Semestral del Instituto de Derecho Iberoamericano*, Número 3, agosto de 2015, pp. 47 a 104, disponível em www.idibe.com.

⁴⁴ VARELA, Antunes. *Das Obrigações em Geral*, V. I, 10ª Ed., Coimbra: Almedina, 2005, pp. 206 a 208.

⁴⁵ CERDEIRA, Ângela Cristina da Silva, *Op. Cit.*, p. 9.

⁴⁶ CARVALHO, Fidélia Proença de. “O Conceito de Culpa no Divórcio – Crime e Castigo”, *AAVV, Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977. Direito de Família e das Sucessões*, Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 585 – 604.

consequência da sua particular natureza, pelo que, no tratamento dos pressupostos da responsabilidade civil se considera que a violação destes direitos não dará origem a qualquer obrigação de indenizar.

Levantam-se, pois, sérias dúvidas acerca de saber se os princípios da responsabilidade civil se aplicam ao conjunto de direitos e deveres de conteúdo pessoal e patrimonial próprios da relação matrimonial ou se, pelo contrário, o divórcio, concebido como sanção específica do direito da família, afastará o recurso à normas de responsabilidade civil.

Para autores como EVA DIAS COSTA⁴⁷, Os direitos familiares pessoais, apesar da sua particular natureza, são concebidos como direitos privados, o que significa que, à semelhança destes, lhes subjaz o binómio liberdade-responsabilidade, que não é de afastar pelo fato de os sujeitos desta particular relação jurídica se encontram casados entre si, pelo contrário, o casamento não deve diminuir, antes aumentar a responsabilidade de quem o contraiu., ressaltando, porém, que o artigo 1792.º afasta, pois, quase por completo a até aqui existente obrigação de indenizar e afirma que os “pedidos de reparação de danos”, serão, “em qualquer caso, julgados nos termos gerais da responsabilidade civil”.

Para autora, isso significa que os cônjuges causadores de danos com culpa, mesmo nos casos de culpa grave, ficam, no que ao regime matrimonial diz respeito, impunes, pelo que os “inocentes” têm as reparação dos seus danos relegadas para os meios comuns, exceção feita ao cônjuge que requer o divórcio com fundamento na alteração das faculdades mentais do outro, que continua obrigado a indenizá-lo pelos danos causados pela dissolução do casamento⁴⁸.

Segundo EWALD HÖSTER⁴⁹, a nova concepção do divórcio que, dentro da sua lógica, não permite que se alicerce no pressuposto limitativo da culpa parece, à

⁴⁷ COSTA, Eva Dias. “A Eliminação do Divórcio Litigioso por Violação Culposa dos Deveres Conjugais”, in *E Foram Felizes Para Sempre...? Uma Análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio – Actas do Congresso de 23, 24 e 25 de Outubro de 2008*, Coordenação: Maria Clara Sottomayor e Maria Teresa Féria de Almeida, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 61 e 62.

⁴⁸ *Idem, Ibidem*, pp. 76 e 77.

⁴⁹ HÖRSTER, Heinrich Ewald. *A Responsabilidade Civil Entre os Cônjuges*, in *E Foram Felizes Para Sempre...? Uma Análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio – Actas do Congresso de 23, 24 e 25 de Outubro de 2008*, Coordenação: Maria Clara Sottomayor e Maria Teresa Féria de Almeida, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 95 e 96.

primeira vista, desresponsabilizar os cônjuges em relação às causas com que contribuíram para o fracasso do seu casamento, ao contrário do que tem vigorado até agora no caso do divórcio ter sido litigioso. Na verdade, em qualquer divórcio litigioso – seja ele decretado devido à violação culposa dos deveres conjugais (art. 1779.º) ou seja ele decidido com base na verificação de uma causa objetiva (art. 1781.º) – a lei anterior sempre esteve empenhada em ver apuradas as culpas, e as responsabilidades dos cônjuges. No entanto, a nova concepção do divórcio ‘não exclui que as responsabilidades sejam pedidas e que as indemnizações correspondentes venham a ser fixadas,, apesar das respectivas soluções da lei poderão não ser as mais felizes’.

Na verdade, a visão da família como entidade fechada manifestava o seu vigor também na fase patológica da relação conjugal. É que, o recurso da vítima ao foro exterior comportava o fim da sociedade conjugal e, nesse contexto, a intervenção do juiz representava, não uma intromissão na vida da família mas o próprio fim dessa vida⁵⁰.

De acordo com o HÖSTER⁵¹, o legislador de 2008, ao introduzir uma nova concepção de divórcio, enveredou para outros caminhos: agora, a sentença que o decreta nunca se pronunciará a respeito da culpa que possa ter havido. “A culpa ficou mesmo banida do novo regime estabelecido para o divórcio – i. é, do processo e da sua decisão”.

Em relação à reparação dos danos não patrimoniais causados pela dissolução do casamento, o n.º 2 do artigo 1792.º mantém, quando o divórcio tiver sido decretado com fundamento na alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, a solução anterior. “O cônjuge que pediu o divórcio é obrigado a indemnizar o outro, sendo o pedido de indemnização deduzido na própria acção de divórcio. Quanto às restantes causas de divórcio, nenhuma indemnização por danos morais pela dissolução do casamento está especificamente prevista”.

Por fim, é o n.º 1 do artigo 1792.º que, em matéria de responsabilidade dos cônjuges, segue caminhos novos, nunca antes percorridos. Diz ele: “o cônjuge lesado

⁵⁰ CERDEIRA, Ângela Cristina da Silva, *Da responsabilidade civil entre os cônjuges*, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 10.

⁵¹ HÖRSTER, Heinrich Ewald. “A Responsabilidade Civil Entre os Cônjuges”, in *E Foram Felizes Para Sempre...? Uma Análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio – Actas do Congresso de 23, 24 e 25 de Outubro de 2008*, Coordenação: Maria Clara Sottomayor e Maria Teresa Féria de Almeida, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 106.

tem o direito de pedir a reparação dos danos causados pelo outro cônjuge, nos termos gerais da responsabilidade civil e nos tribunais comuns”. Quer dizer, a lei não só remete a questão da responsabilidade para o regime geral (arts. 483.º e SS. E 562.º e SS.) como ainda rejeita a competência dos tribunais especializados na matéria para atribuir aos tribunais comuns.

A solução encontrada, segundo o autor, contraria o princípio da economia processual, pois obriga a instaurar dois processos, consecutivos, um fato que poderá revelar como inibitório para o cônjuge lesado. Além disso, ao não confiar a matéria aos tribunais de família com a sua experiência particular mas aos tribunais comuns, a lei pode ter contribuído para o surgimento de soluções díspares⁵².

Há de ressaltar-se a importância às consequências determinadas pela diferente posição do indivíduo, enquanto familiar, em matéria de responsabilidade civil. Essas consequências podem ser sintetizadas na afirmação de que o sujeito goza, hoje, de todas as prerrogativas garantidas pelo ordenamento jurídico, mesmo no interior da família e, nesse sentido, as normas que tutelam a pessoa devem ser aplicadas, no círculo familiar, sem quaisquer obstáculos.

Porém, mesmo se a paz familiar saísse desprotegida, haveria que sopesar aqui o princípio fundamental da nossa ordem jurídica, segundo o qual aquele que violar ilicitamente o direito de outrem fica obrigado a reparar os prejuízos resultantes da violação (art. 483º). Esta é, sem dúvida, uma regra de elevado valor moral e social: o sujeito deve orientar os seus atos de modo a respeitar os seus semelhantes⁵³.

⁵² HÖRSTER, Heinrich Ewald. “A Responsabilidade Civil Entre os Cônjuges”, in *E Foram Felizes Para Sempre...? Uma Análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio – Actas do Congresso de 23, 24 e 25 de Outubro de 2008*, Coordenação: Maria Clara Sottomayor e Maria Teresa Féria de Almeida, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 107: “Visto que o n.º 1 do artigo 1792.º encaminha o cônjuge lesado, que pretende a reparação dos seus danos sofridos, para o regime geral da responsabilidade civil, podíamos pensar que, desta maneira, a aplicação dos artigos 483.º e ss. E 562.º e SS. Elimina e supera as questões que foram objecto dos artigos 1779.º, 1780.º, 1786.º e 1787.º (os últimos três revogados). Não será assim: a modificação ou revogação das normas referidas não elimina as questões, apenas as desloca do âmbito do direito de família para o campo da responsabilidade civil. Na verdade, a nova concepção do divórcio não desresponsabiliza de todo os cônjuges, como já dissemos, e permite apurar as responsabilidades e fixar indemnizações, não sendo de excluir, todavia, que no novo regime venham surgir problemas novos.”

⁵³ CERDEIRA, Ângela Cristina da Silva, *Da responsabilidade civil entre os cônjuges*, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 59.

Deve, porém, o lesado provar a culpa do lesante e havendo também culpa do lesado, deverão ser aplicadas as ponderações do art. 570.º.

Do mesmo modo, a doutrina consagrada no revogado artigo 1780.º alínea b), relativa à exclusão do direito de requerer o divórcio, tendo havido perdão ou um comportamento equivalente, vai ter continuidade, agora sob a figura do abuso de direito, precisamente na sua forma do *venire contra factum proprium*.

Basta a culpa leve para o pedido de indenização (art. 483.º, n.º 1).

Por outro lado, se os danos sofridos forem danos não patrimoniais (ou causados pela dissolução do casamento ou por outro fato), a fixação da indemnização obedece aos critérios severos que vêm estabelecidos no artigo 486.º, n.º 1: apenas deve atender-se a estes danos quando, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito.

De qualquer modo, ao aplicarem-se as normas dos artigos 483.º e 496.º, n.º 1, com todo seu alcance, acaba por cair – isto é um efeito verdadeiramente positivo – o velho princípio da fragilidade da garantia. “(Na) obrigação de indemnizar (...) (está) (...) a *sanção* para o não cumprimento dos deveres matrimoniais (...) (e) o cônjuge inocente pode pedir ao culpado uma indemnização quer pelos danos patrimoniais, quer pelos danos morais (...) e quer pelos danos resultantes directamente dos factos que servem de fundamento ao divórcio, quer pelos danos resultantes do próprio divórcio (...) esta obrigação de indemnizar se rege pelos princípios gerais da responsabilidade civil”⁵⁴.

A conclusão de que o princípio da fragilidade da garantia caiu vale desde logo para a violação culposa dos deveres familiares pessoais mas deve valer, de modo igual, para violação culposa dos direitos familiares patrimoniais. Neste contexto e no nosso entender, as disposições do artigo 1.681.º mantêm-se como regras especiais preservadas pela nova lei e restringidos ao exercício da administração dos bens do casal.

2.2. Algumas notas sobre a responsabilidade civil nas relações familiares no Brasil

⁵⁴ COELHO, Francisco Pereira & OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito de Família*, V. I, Introdução – Direito Matrimonial, 4ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 443.

Antes de adentrarmos na responsabilidade civil nas relações familiares no Brasil, convém que façamos breves comentários acerca da permanência ou não da separação judicial no sistema jurídico brasileiro, assim como, do afeto como valor jurídico que gera responsabilidade, diante da importância que esses dois temas têm para o objeto do presente estudo.

2.2.1. Correntes acerca da permanência da separação judicial no Direito brasileiro

Há muito que vem se discutindo, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, acerca da possibilidade de responsabilidade civil nas relações familiares, destacando-se quatro correntes: a primeira entende não ser cabível a responsabilidade civil nas relações familiares em função da relação de afetividade como elemento nuclear de tais relações, tendo o próprio o Direito de Família estabelecido as sanções para os descumprimentos dos deveres nas relações familiares; a segunda entende ser possível a indenização em decorrência de danos causados dentro das relações familiares, podendo tais indenizações ser discutidas dentro da própria ação de dissolução da sociedade conjugal; a terceira entende a possibilidade da responsabilidade civil, com busca por indenização, só que em processo autônomo, a tramitar nas varas cíveis comuns; e a quarta, como derivação desta última, que entende a necessidade de processo autônomo, porém com tramitação nas próprias varas de família.

Tal discussão, em vários países, inclusive Brasil e Portugal, começaram a ganhar força ao tempo em que ganhou força a tendência da abrangência dos danos indenizáveis, o que se evidenciava, principalmente no Brasil, pela possibilidade da separação judicial litigiosa, onde se podia discutir culpa pela dissolução da sociedade conjugal, ensejando na discussão da culpa, o dano patrimonial ou extrapatrimonial sofrido e a consequente indenização.

Como a discussão da culpa sempre foi um dificultador na solução das lides familiares – se gastava mais tempo no processo discutindo quem foi o culpado da separação, do que as questões pessoais mais relevantes – há muito já se vinha minimizando a importância da culpa em tais dissoluções, primando o Estado-Juiz, pelo disciplinamento das questões pessoais relevantes que surgiam com a separação, até porque, as consequências de se achar o culpado perdeu quase toda relevância no disciplinamento das condições da dissolução, restando apenas alguns resquícios no novo Código Civil brasileiro, como a questão dos alimentos entre os cônjuges (art. 1.704, §

único, CCB) e a questão sucessória dos separados até dois anos (art. 1.830, CCB), ambas já tidas pela maioria da doutrina como inconstitucionais.

A permanência da separação como sanção, todavia, permanecia propiciando os pedidos de indenizações, principalmente por danos morais.

Para evitar o retrocesso de se voltar a valorizar a discussão da culpa nos dissídios familiares, e acabar com a possibilidade do pedido de indenizações nas ações de separação, por iniciativa do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, através de Deputados ligados ao Instituto, foi aprovada pelo Congresso brasileiro a Emenda Constitucional nº 66/2010, que alterou o artigo 226, da Constituição brasileira, estabelecendo como forma de dissolução do casamento apenas o divórcio.

Apesar de alguns doutrinadores⁵⁵, e de alguns Tribunais⁵⁶, ainda entenderem permanecer no sistema brasileiro a possibilidade de separação judicial, a maioria entende que ela não mais persiste, e o divórcio passou a ser o único veículo para dissolução tanto da sociedade conjugal quanto do casamento, para o qual não se exige mais nenhum requisito, nem de tempo, nem de motivação, por via de consequência, não se pode discutir no divórcio, o motivo, muito menos a culpa pela dissolução, não se podendo, portanto, em tal ação, se buscar indenização com base na responsabilidade civil, em decorrência de dano⁵⁷. Esta, ao nosso ver, passou a ser a regra no sistema jurídico brasileiro, porém, não de forma absoluta, como adiante se verá.

No Direito português tal discussão não se verifica, já que assim como acontecia no Brasil, antes da Emenda Constitucional 66/2010, ainda permanece no sistema de Portugal a possibilidade de separação e de divórcio, a primeira promovendo a separação de pessoas e de bens, sem dissolver o vínculo conjugal, que pode se resolver pela reconciliação dos cônjuges ou pela dissolução do casamento através do

⁵⁵ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *A Emenda Constitucional do Divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.94

⁵⁶ TJRS súmula nº 39, Editada pela 3º Grupo Cível, Relator Des. Luiz Felipe Brasil, tem a seguinte redação: "a Emenda Constitucional 66/2010, que deu nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, não baniu do ordenamento jurídico o instituto da separação judicial, dispensados, porém, os requisitos de um ano de separação de fato (quando litigioso o pedido) ou de um ano de casamento (quando consensual)."

⁵⁷ Cf. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio – teoria e Prática*, 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 48 e LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: Famílias*. 3ª ed. Saraiva: São Paulo, 2010, p. 164.

divórcio, podendo os separados a todo tempo restabelecer a vida em comum, na forma dos artigos 1.794º e 1.795º, do CCP.

Os professores Francisco Ferreira Coelho e Guilherme de Oliveira⁵⁸, ensinam que a natureza jurídica da separação de bens e de pessoas é uma só, “a antecâmara do divórcio”, podendo ser consensual (pedida por ambos os cônjuges, podendo ser judicial ou administrativa), ou litigiosa, sendo que para esta, se exige o fundamento de uma causa, o que leva a necessidade de apuração do culpado pela separação, com grande relevância para o Direito deste país.

Ressalte-se que, diferentemente do que acontecia no Brasil mesmo antes da EC 66/2010, no Direito português, mesmo nas ações de divórcio, é possível se identificar o culpado pela dissolução, inclusive para efeito de indenização⁵⁹.

Como mais um elemento complicador, o novo Código de Processo Civil brasileiro, que entrará em vigor em março de 2016, traz as expressões: separação judicial no artigo 23, III; separação, nos artigos 53, I, 189, II e § 2º, 693, caput; e separação consensual, nos artigos 731, caput, 732 e 733.

Apesar de ainda existirem autores que sustentam a manutenção da separação no sistema brasileiro, mesmo após a Emenda Constitucional 66/2010, como MÁRIO LUIZ DELGADO⁶⁰, LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS⁶¹, MARIA HELENA DINIZ⁶², entre outros, a maioria da doutrina brasileira defende que a separação não mais existe no ordenamento brasileiro, e dentre os autores podemos destacar: PAULO LUIZ NETTO LÔBO⁶³, RODRIGO DA CUNHA PEREIRA⁶⁴, MARIA BERENICE DIAS⁶⁵,

⁵⁸COELHO, Francisco Pereira & OLIVEIRA, Guilherme. *Curso de Direito de Família*, v. I, *Introdução e Direito Matrimonial*, 4ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p.559 e 560.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 156.

⁶⁰ DELGADO, MÁRIO Luiz. A Nova Redação do § 6º do Art. 226 da CF/1988: “Por Que a Separação de Direito Continua a Vigorar no Ordenamento Jurídico Brasileiro”, in *Separação, Divórcio, Partilha e Inventários Extrajudiciais. Questionamentos Sobre a Lei 11.441/2007*, Coord. Antonio Carlos Mathias Coltor e Mário Luiz Delgado, São Paulo: Método, 2011, pp. 25-48.

⁶¹ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. “Emenda do Divórcio: Cedo para Comemorar”, Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/artigos>, acessado em 07/01/2013.

⁶² DINIZ, Maria Helena. *Manual de Direito Civil*, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 460.

⁶³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. “Divórcio Alteração Constitucional e suas Consequências”, Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/artigos>, acesado em 07/01/2013.

⁶⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio – Teoria e Prática*, Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 26-31.

FLÁVIO TARTUCE⁶⁶, PABLO STOLZE e RODOLFO PAMPLONA⁶⁷, entre tantos outros.

Encontramo-nos entre os que entendem que não mais persiste no sistema jurídico do Brasil a separação, e concordamos com a posição de MAURÍCIO FOSSEN⁶⁸, que os dispositivos do novo CPC que tratam de separação judicial são inconstitucionais.

Tal questão é relevante pois como no divórcio não se pode apurar culpa, o que ocorria com a separação, não pode naquelas ações se discutir indenização por danos extrapatrimoniais, mesmo ocorridos no âmbito da sociedade familiar.

2.2.2. Afeto como valor jurídico que pode gerar responsabilidade civil.

Já não se apresenta com dificuldade a ideia de que o sistema jurídico brasileiro reconhece o afeto como o elo que caracteriza e distingue as relações familiares das demais relações privadas. O que se evidencia ainda em grande discussão é a valoração jurídica que se deve dar ao afeto e suas respectivas consequências.

O Senhor Doutor PAULO LÔBO, doutrinador brasileiro que melhor tem trabalhado no enquadramento do afeto como gerador de consequências jurídicas, descreve o princípio da afetividade como aquele que “fundamenta o direito de família a estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico”.⁶⁹

⁶⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, São Paulo: RT, 2010, p. 300-301.

⁶⁶ TARTUCE, Flávio. *O Novo CPC e o Direito Civil*, Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015, p. 367 a 387.

⁶⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze & PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Direito de Família*, São Paulo Saraiva, 2011, p. 547.

⁶⁸ Cf. FOSSEN, Maurício. “O Novo CPC Implicou em Alguma Alteração na Situação da Separação Judicial Perante o Sistema Jurídico Brasileiro?”, in *Revista IBDFAM – Família e Sucessões*, nº 10, Belo Horizonte: IBDFAM, 2010, p. 43: os dispositivos do CPC “ao fazerem referência ao instituto jurídico da “separação”, que, como já explicitado acima, foi extirpado do nosso ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional 66/10, que deu nova redação ao artigo 226, §6º da CF, a hipótese seria de evidente inconstitucionalidade, e, ainda que posterior o novo Código de Processo Civil não teria capacidade de “represtinar” – emprestando, para o caso, a expressão de Lênio Strck – aquele instituto jurídico, sob pena de violar a hierarquia normativa do nosso sistema jurídico”.

⁶⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. “A Nova Principiologia do Direito de Família e suas Repercussões”, in *Direito de Família e das Sucessões: Temas Atuais*. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, TARTUCE, Flávio e SIMÃO, José Fernando (Org.). São Paulo: Método, 2009, p. 13.

MARIA BERENICE DIAS ensina que apesar de o afeto não constar expressamente do texto constitucional, nele se encontra seu fundamento, já que ao serem reconhecidas como entidade familiar merecedora da tutela jurídica as uniões estáveis “que se constituem sem o selo do casamento” isso significa que a afetividade que une e enlaça duas pessoas “adquiriu reconhecimento e inserção no sistema jurídico”.⁷⁰

O princípio da afetividade está ligado aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar, tanto como derivação como enquanto influenciador destes, sendo elemento indispensável à caracterização da relação familiar, principalmente no que concerne ao afeto como valor jurídico.

Para tanto, é importante frisar, desde logo, que a afetividade de que tratamos não é aquela vista apenas como valor psicológico ou social, mas como valor do qual se extraem consequências jurídicas, já que a afetividade invade a ciência jurídica, transcendendo aos aspectos exclusivamente psicológicos e sociológicos; e “com o ‘respeito e consideração mútuos’ (art. 1.566,V) e ‘lealdade e respeito’ (art. 1.724), o afeto e a tolerância são incorporados como valores jurídicos no âmbito das relações familiares”, como lembra CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA.⁷¹

Faz-se importante vislumbrar que o conceito dado pela psicologia de que a afetividade é “o motor da nossa conduta, direciona-nos bem como nos motiva para o desempenho de um papel num contexto e num momento”,⁷² como menciona a psicóloga MARIA DA PENHA NERY, que acrescenta que “são as vivências afetivas o fundamento da nossa existência heróica ou aprisionada no automatismo. São as marcas afetivas que dão vitalidade, sentido e colorido às nossas ações e aos nossos vínculos”⁷³, o que se faz importante para o entendimento do afeto que pretendemos analisar.

Como exemplos da previsão constitucional do princípio da afetividade, PAULO LÔBO destaca que como todos os filhos são iguais, independentemente de sua

⁷⁰DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das famílias*, 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 70.

⁷¹PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições do Direito Civil: Direito de Família*. v. V. 16ª ed. rev. e atual. Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 40.

⁷²NERY, Maria da Penha. *Vínculo e Afetividade: Caminhos das relações humanas*. São Paulo: Ágora, 2003, p. 19.

⁷³ *Ibidem*, p.15.

origem (art. 227, § 6º), a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano de igualdade de direitos (art. 227, § 5º e 6º), e a comunidade familiar formada por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º), assim como a convivência familiar (e não a origem biológica) é prioridade absoluta assegurada à criança e ao adolescente (art. 227).⁷⁴

Ressalta ainda que “enquanto houver *affectio* haverá família, unida por laços de liberdade e responsabilidade, e desde que consolidada na simetria, na colaboração, na comunhão de vida”.⁷⁵

O Judiciário brasileiro tem estabelecido consequências do afeto nas relações familiares, destacando-se a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp nº 945283/RN, na 4ª Turma, que teve como Relator o Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, e trata de guarda de menor requerida por avós, tendo como sustentação maior o princípio da afetividade.⁷⁶

O afeto “é a nota característica do direito de família e deve ser encontrado em todas as modalidades de relacionamentos familiares”, como ensina o Professor Rolf

⁷⁴LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: Famílias*. 3ª ed. Saraiva: São Paulo, 2010, p. 64.

⁷⁵LÔBO, Paulo Luiz Netto. “A Repersonalização das Relações de Família”, in *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, n. 24, jun./jul. 2004, p. 142,,

⁷⁶BRASIL, STJ, REsp nº 945283/RN, 4ª Turma, Rel. Luis Felipe Salomão, DJU 15.09.2009, Disponível em: www.stj.gov.br; acesso em: 30.09.2010, com a seguinte Ementa: “DIREITO DE FAMÍLIA. GUARDA DE MENOR PLEITEADA POR AVÓS. POSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA ABSOLUTA DO INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE OBSERVADA.

1. (...).

2. No caso em exame, não se trata de pedido de guarda unicamente para fins previdenciários, que é repudiada pela jurisprudência. Ao reverso, o pedido de guarda visa à regularização de situação de fato consolidada desde o nascimento do infante (16.01.1991), situação essa qualificada pela assistência material e afetiva prestada pelos avós, como se pais fossem. Nesse passo, conforme delineado no acórdão recorrido, verifica-se uma convivência entre os autores e o menor perfeitamente apta a assegurar o seu bem estar físico e espiritual, não havendo, por outro lado, nenhum fato que sirva de empecilho ao seu pleno desenvolvimento psicológico e social.

3. (...).

4. O que deve balizar o conceito de “família” é, sobretudo, o princípio da afetividade que “fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico.”

Madaleno⁷⁷, seja no casamento, na união estável, e nas demais conexões entre pais e filhos. Vê-se nesses vínculos a exteriorização dos projetos de vida das pessoas que constituem suas ligações baseadas no amor e no afeto. O fracasso, porém, é uma possibilidade, mesmo que se pretendia, como de regra, uma relação permanente.

A identificação do afeto como princípio caracterizador das entidades familiares, se faz importante para este trabalho, já que nas relações afetivas – familiares - é fundamental a ética e a responsabilidade em tais relações, até porque, o afeto gera confiança, e além de caracterizar a família, pode em decorrência dessa confiança, um cônjuge ou companheiro causar danos ao outro, a família vinculada como tal ao afeto é uma relação jurídica que merece tratamento diferenciado no campo da responsabilidade civil.

2.2.3. Responsabilidade civil e família no Brasil – evolução

A relação entre o Direito de Família e a responsabilidade civil, ainda continua sendo matéria não pacificada na doutrina e na jurisprudência brasileiras, até porque, diferentemente do ocorre em Portugal, o Código Civil brasileiro mantém um conveniente silêncio acerca da responsabilidade civil nas relações familiares. Como tem acontecido na maioria das decisões judiciais, a reparação civil tem sido afastada das relações familiares, especialmente no tocante ao dano moral. Importava realçar no tradicional direito de família, a defesa da sua estabilidade e da hierarquia na sua estrutura, cujos preceitos apontam na direção oposta aos princípios da responsabilidade civil.

Verificamos em alguns julgados brasileiros a ideia de que o Código Civil teria remédios específicos para causas concretas de danos entre familiares e boa parcela da doutrina argumenta que o rompimento dos casamentos pela infração dos deveres conjugais deve ser apartado das regras de responsabilidade civil, porque a legislação já prevê sanções próprias diante da culpa conjugal na falência do matrimônio e a única consequência jurídica da quebra de algum dever nupcial é a sua absorção como causa da separação judicial.⁷⁸

⁷⁷ MADALENO, Rolf. “Responsabilidade Civil na Conjugalidade e Alimentos Compensatórios”, disponível em www.rolfmadaleno.com.br, acessado em 20/11/2012, às 10:30 h.

⁷⁸ GUITIÁN, Alma Maria Rodríguez. *Responsabilidad civil en el derecho de familia: especial referencia el ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Navarra: Thomson Reuters, 2009, p.25.

Embora tenhamos também várias decisões facultando a apuração de responsabilidade civil nas lides familiares, como se verá.

A igualdade entre os cônjuges, hoje prevista na maioria dos sistemas jurídicos, como lembra LOURIVAL SEREJO⁷⁹, também tem sido um elemento propulsor da apuração da responsabilidade civil nas sociedades conjugais.

Para os defensores da preservação da paz familiar não há espaço no direito de família para a incidência de qualquer reparação pecuniária, tratando-se de um ramo especial do direito privado, onde já existem penalidades próprias previstas em lei e endereçadas aos responsáveis pelo fracasso conjugal, não havendo como enxergar qualquer conduta irregular e qualquer ato ilícito capaz de ensejar a genérica responsabilidade dos artigos 186 e 927 do Código Civil. O casamento e a união estável dependem de afinidades sentimentais dos cônjuges ou companheiros e ambos os institutos estão sujeitos ao término dos relacionamentos na prática cotidiana das relações humanas,⁸⁰ constituindo-se em uma temeridade para a harmonia familiar a monetarização da quebra dos relacionamentos.

Conforme SÉRGIO GISCHKOW PEREIRA, essa tendência de vislumbrar em tudo a possibilidade de especular o dano moral está se tornando perigosa, por se pretender monetarizar todas as relações sociais ao divinizar o lucro e sacralizar a moeda, em uma competição desenfreada, e se assim continuar, restará ao ser humano buscar no seu semelhante apenas uma fonte de renda.⁸¹

Com a noção primitiva de família, fundada no conceito de família patriarcal, representada pelo poder paterno-marital, acreditava-se segundo CASTELO BRANCO⁸², que as condutas praticadas dentro dos limites das relações familiares, lesivas ou não a

⁷⁹ SEREJO, Lourival. *Direito Constitucional da Família*, Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 50.

⁸⁰ Voto vencedor declarado pelo Desembargador Maia da Cunha na Apelação Cível n. 465.038-4/0, da 4ª Câmara de Direito Privado do TJSP, j. 29.05.2008, com a seguinte ementa: “Dano moral. Adultério. Circunstância que, em si mesma, salvo excepcionalidade. Inocorrente na hipótese, não acarreta dano moral indenizável. O relacionamento extraconjugal é apenas a consequência de uma união cujos sentimentos iniciais não perduraram no tempo, dando ensejo a que outros se sobrepujassem e levassem algum dos cônjuges ou companheiros à relação afetiva com outras pessoas. Considerações e jurisprudência deste TJSP. Improcedência da ação que se impõe. Recurso provido.”

⁸¹ PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Estudos de Direito de Família*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.82.

⁸² BRANCO, Bernardo Castelo. *Dano Moral no Direito de Família*. São Paulo: Ed. Método, 2006, p.17 e 18.

quaisquer de seus membros, não se mostrariam permeáveis à incidência das regras da responsabilidade civil. O autor defendia o entendimento de que as relações jurídicas no âmbito da família, por sua natureza marcadamente extrapatrimonial, não admitiria a aplicação dos princípios que embasam a responsabilidade civil.

Eram os tempos da unidade familiar centrada em uma estrutura hierarquizada, e controlada pelo domínio do marido, chefe e provedor da sociedade conjugal. Também justificava a imunidade ressarcitória entre os esposos, o temor pelo perigo de proliferação de demandas triviais e o aumento dos conflitos judiciais familiares, desestabilizando a paz e a harmonia da família com ações sem nenhuma importância, cuja serventia se reduziria para dar vazão a desgostos e contrariedades pessoais.

Para outros, contudo, essa ideia já não mais se aplica ao ordenamento jurídico, posto que os indivíduos que compõem o instituto familiar, gozam de proteção aos direitos que são titulares, em especial os direitos da personalidade, não sendo admissível que os responsáveis pelo dano, não sofram qualquer sanção.

A mencionada imunidade familiar vem sendo reduzida diante da tendência do valor conferido constitucionalmente aos direitos individuais das pessoas e do respeito à autonomia de vontade nas relações conjugais e familiares. A visão atual do desenvolvimento da personalidade e da autonomia do sujeito familiar, com realce para valores como a igualdade dos cônjuges, e o da concepção do poder familiar, a outorgar a função dual de pai e mãe, e os novos modelos de constituição familiar, “trazem para o direito familiarista os princípios do direito ao ressarcimento de danos”⁸³.

O ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça, AGUIAR JUNIOR⁸⁴, acredita que existam pontos antagônicos na responsabilidade civil, quando se trata da sua aplicação no direito de família, já que, embora se encontre de um lado a incolumidade da família, no outro se encontra, o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da CF), que deve ficar protegida de qualquer agressão, ideia que se expande também para o direito privado e tem vigência no direito de família. Neste, a necessidade de proteção da dignidade do membro da família, como pessoa, pode entrar

⁸³ MADALENO, Rolf. “Responsabilidade Civil na Conjugalidade e Alimentos Compensatórios”, disponível em www.rolfmadaleno.com.br, acessado em 20/11/2012, às 10:30 h.

⁸⁴ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. “Responsabilidade Civil no Direito de Família”. Disponível: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/1335/Responsabilidade_%20Civil_%20no_%20Direito.pdf?sequence=1>. Acesso 29.11.2012.

em conflito com o interesse da entidade familiar, pois o Estado tem o dever de preservar a família, instituição social valiosa, "base da sociedade, que tem especial proteção do Estado" (artigo 226, *caput*), já que o esse fim "(proteção da família)" por certo fica dificultado ou pelo menos abalado com a possibilidade de pleitos judiciais entre os cônjuges, reparatórios de ofensas e prejuízos, ou entre pais e filhos.

Ainda de acordo com AGUIAR JÚNIOR à medida que se alcança a exata compreensão do conceito "dignidade da pessoa humana" e se lhe dá o devido desdobramento na definição dos correspondentes "direitos da personalidade", logo se percebe o aumento das hipóteses de ofensa a tais direitos, e se ampliam às oportunidades para a existência do dano⁸⁵.

É incontestável, que o princípio da dignidade da pessoa humana, é o mais importante princípio do ordenamento jurídico, e que dele decorrem todos os outros princípios, bem como tal princípio possui um âmbito de aplicação que atinge não só o direito privado, como também possui validade dentro do direito de família.

O princípio da dignidade humana pode, em alguns momentos, entrar em conflito com o interesse da entidade familiar. Como este segundo princípio goza de uma especial proteção do Estado, muitos juristas e doutrinadores acreditam que as ações judiciais propostas contra os membros da própria família poderia, de certa forma, abalar a conservação da entidade familiar como a conhecemos.

Como o direito a dignidade humana, é um direito muito extenso, abrangendo vários aspectos da vida de uma pessoa, compreendendo este direito em seus mínimos detalhes é possível perceber a quantidade de danos que ele pode sofrer, gerando como consequência uma infinidade de hipóteses de reparações.

Há de se reconhecer, porém, que a proteção à incolumidade da família tem caráter mediato, já que o § 8º, do próprio artigo 226, da Constituição Federal Brasileira, prevê que "o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações", o que coloca a proteção do indivíduo como merecedor de proteção imediata, ou seja, garantindo primeiramente seus direitos fundamentais, mesmo contra a própria estrutura familiar.

⁸⁵ *Ibidem*.

Para BERNARDO CASTELO BRANCO⁸⁶ havendo violação dos direitos da personalidade, mesmo no âmbito da família, não se pode negar ao ofendido a possibilidade de reparação do dano moral.

2.2.4. Responsabilidade civil e família no Brasil – o estado da arte

Muito se evoluiu na doutrina e na jurisprudência acerca da possibilidade da indenização pelos danos causados na relação familiar no Direito brasileiro, o que fez com que tenhamos hoje considerável produção científica que visa sistematizar este importante aspecto das relações afetivas.

Tal se deve porque, mesmo com o interesse e com a proteção do Estado sobre a entidade familiar, o dano causado ao direito de personalidade de um membro desta instituição familiar deve ser reparado. Não se pode negar a quem sofre um dano, uma reparação, mesmo que na maioria dos casos de danos no âmbito familiar, a reparação seja em indenização pecuniária, embora se possa, como se verá, ter outras formas de reparação.

O Desembargador ÊNIO SANTARELLI ZULIANI, em declaração de voto vencido, na Apelação Cível n. 361.324-4/7 da 4ª Câmara de Direito Privado do TJSP (aresto reproduzido na nota de rodapé n.13, supra), ao reconhecer o direito de a esposa traída pela infidelidade conjugal do marido ser ressarcida pelo dano moral que sofreu, não em decorrência da perda do afeto, mas como resultado da conduta desleal do esposo e que se constituiu em verdadeiro abuso do eventual direito que tinha de terminar seu relacionamento.⁸⁷

⁸⁶ BRANCO, Bernardo Castelo. *Dano Moral no Direito de Família*. São Paulo: Ed. Método, 2006, p.115. Para o autor: “A reparação embora expressa em pecúnia, não busca, neste caso, qualquer vantagem patrimonial em benefício da vítima, revelando-se na verdade como forma de compensação diante da ofensa recebida, que em sua essência é de fato irreparável, atuando ao mesmo tempo em seu sentido educativo, na medida em que representa sanção aplicada ao ofensor, irradiando daí o seu efeito preventivo”.

⁸⁷ Ao declarar seu voto vencido na Apelação Cível n. 361.324-4/7, j. em 27.03.2008, o Desembargador Ênio Santarelli Zuliani redigiu a seguinte ementa: “Responsabilidade civil. Adultério do marido praticado com mulher do relacionamento social da família e que motiva o abandono abrupto do lar, desestruturando a vida da mulher abandonada, tanto no aspecto financeiro como na administração dos interesses comuns, especialmente por testemunhar o filho mais novo ser tomado pelo vício das drogas.

Essas mudanças surgem da independência e da igualdade alcançadas pelos cônjuges, com a superação da visão de chefia da sociedade afetiva pelo homem que deixou de ser o único provedor da família, observando VITOR UGO OLTRAMARI, não ser demais observar que o pedido de dano moral precisa estar fundado em ato injusto do outro parceiro, não se esgotando o direito na mera ruptura da sociedade conjugal,⁸⁸ e imposição das sanções próprias pela violação dos deveres matrimoniais, mas também transitando pela via paralela oferecida pelo instituto da responsabilidade civil.

Além dos autores já mencionados, que continuam atualizando suas obras no sentido de acompanhar as evoluções que essa temática tem vivenciado, encontramos outros que surgem com contribuições que visam melhor modelar essa intrincada matéria.

ANDERSON SCHREIBER⁸⁹, já tratava dos novos danos passíveis de reparação, dentre os quais os danos nas relações familiares.

Algumas obras importantes têm surgido tratando especificamente sobre o tema, destacando-se o trabalho de INÁCIO DE CARVALHO NETO⁹⁰, que trata da indenização pela dissolução culposa da sociedade conjugal; indenização pelas dissoluções não culposas; reparação civil na oposição infundada de impedimento matrimonial e na anulação do casamento; indenização pelo descumprimento da promessa de casamento e indenização nas relações de paternidade.

Obras coletivas importantes vêm sendo editadas sobre o tema, podendo se destacar o recente trabalho coordenado pelos Professores ROLF MADALENO e EDUARDO BARBOSA⁹¹, que traz trabalhos como: responsabilidade civil relacionamento extraconjugal (HARMATIUK MATOS e LÍGIA ZIGGIOTI DE

Ato ilícito que ultrapassa os limites do Direito de Família e que provoca lesão a direitos da personalidade, justificando a indenização por danos morais, admitida a solidariedade da amante, pela maneira maliciosa de agir. Não provimento do recurso dos requeridos, com provimento, em parte, do recurso da autora, majorando o *quantum* para R\$20.000,00.”

⁸⁸ OLTRAMARI, Vitor Ugo. *O dano moral na ruptura da sociedade conjugal*, Rio de Janeiro:Forense, 2005, p.142.

⁸⁹ SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil – da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos*, São Paulo: ATLAS, 2012, pp. 98 e 99.

⁹⁰ CARVALHO NETO, Inácio de. *Responsabilidade Civil no Direito de Família*, Curitiba, Juruá, 2013, pp. 241-501.

⁹¹ MADALENO, Rolf & BARBOSA, Eduardo, Coordenadores. *Responsabilidade Civil no Direito de Família*, São Paulo: ATLAS, 2015, pp. 1-466.

OLIVEIRA); Indenização pela prática de alienação parental e imposição de falsas memórias (ANA CAROLINA CARPES MADALENO); responsabilidade civil e Direito de Família: a proposta de reparação não pecuniária (ANDERSON SCHREIBER); responsabilidade civil pelo abuso físico e psicológico da criança e do adolescente (CAETANO LAGRASTA NETO); presunção pelo abandono afetivo pela não realização do registro de nascimento de maneira voluntária e o dano moral *in re ipsa* (CHRISTIANO CASSETARI); latitudes e longitudes do venire contra factum proprium nas relações de família (CRISTIANO CHAVES DE FARIAS); responsabilidade civil pelo rompimento de noivado (um exemplo de compensação do dano derivado de um ato ilícito) (DANIEL USTÁRROZ); dano moral por inadimplemento alimentar (DIMAS MESSIAS DE CARVALHO); o dano moral pelo abuso de direito na execução de alimentos (DOUGLAS PHILIPS FREITAS); A responsabilidade civil pelo descumprimento do dever de coabitação e usucapião familiar (EDUARDO BARBOSA); Responsabilidade por rupturas de esponsais (ENRIQUE VARSÍ ROSPIGLIOSI e MARCO ANDREI TORRES MALDONADO); a responsabilidade civil pelo uso abusivo do poder familiar (ERIK F. GRAMSTRUP e FERNANDA TARTUCE); competência para o processamento e julgamento da ação de responsabilidade civil por dano moral oriundo de relação familiar (FREDIE DIDIER JÚNIOR); Responsabilidade civil decorrente da nulidade ou anulabilidade do casamento (GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA); o dano moral pela infidelidade (JOÃO RICARDO BRANDÃO AGUIRRE); responsabilidade civil do incapaz (JOSÉ FERNANDO SIMÃO); responsabilidade civil pela dissolução conjugal (MARCELO TRUZZI OTERO); a responsabilidade civil da mãe gestante por danos ao nascituro (MÁRIO LUIZ DELGADO); a responsabilidade pela omissão de cuidado inverso (NELSON ROSENVALD); responsabilidade civil pela falta imputação de paternidade (PABLO STOLZE GAGLIANO); a responsabilidade civil do cônjuge pela má gestão dos bens comuns e privativos (PAULO LUIZ NETTO LÔBO e FABÍOLA ALBUQUERQUE LÔBO); a responsabilidade civil pela ausência ou negligência nas visitas (RAFAEL MADALENO); responsabilidade civil pelo nascimento de filhos indesejados: comparação jurídica e recentes desenvolvimentos jurisprudenciais (RAFAEL PETEFFI DA SILVA); responsabilidade civil pelo abandono afetivo (RODRIGO DA CUNHA PEREIRA); a indenização pela fraude patrimonial no regime de bens (ROLF MADALENO); a conduta da vítima na responsabilidade civil decorrente do casamento e da união estável (THIAGO FELIPE VARGAS SIMÕES);

bullying e responsabilidade civil (WALDIR GRISARD FILHO); e responsabilidade civil do tabelião (ZENO VELOSO).

Obviamente não trataremos de todos esses temas, pela limitação deste *paper*, porém importa destacar a diversidade dos temas hoje tratados na doutrina brasileira acerca dessa específica responsabilidade civil.

Várias obras de Direito de Família, já abordam o tema da responsabilidade civil nas relações familiares, destacando-se o trabalho de FLÁVIO TARTUCE⁹², que trata da responsabilidade pré-negocial no casamento e da responsabilidade civil em decorrência da dissolução do casamento, e outro, do mesmo autor juntamente com CAETANO LAGRASTA NETO e JOSÉ FERNANDO SIMÃO⁹³, que aborda a indenização por danos morais na alienação parental e indenização por abandono afetivo.

FELIPE CUNHA DE ALMEIDA, em recente trabalho sobre o tema⁹⁴, onde trata da responsabilidade civil pelo abandono afetivo, por agressões físicas e psicológicas nas relações familiares, rompimento de relação e promessa de casamento; alimentos e o ressarcimento frente ao verdadeiro pai, alienação parental, desconhecimento da condição de pai, adoção e criança devolvida, infidelidade e transmissão de moléstias contagiosas.

Saliente-se, pela importância e atualidade, a obra de CRISTIANO CHAVES DE FARIAS, FELIPE PEIXOTO BRAGA NETTO e NELSON ROSENVALD⁹⁵, por ser uma das primeiras obras de responsabilidade civil de vulto que traz o tratamento da responsabilidade civil no Direito da Famílias com um tratamento específico, que merece, todavia, algumas reflexões.

Uma das afirmações dos autores acima é a de que “a violação pura e simples de algum dever jurídico familiar não é suficiente para caracterizar a obrigação de reparar, dependendo a incidência das regras de responsabilidade civil no âmbito do

⁹² TARTUCE, Flávio. *Direito Civil – Direito de Família*, v. 5, Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2014, pp. 108-113 e 251-281.

⁹³ LAGRASTA NETO, Caetano, TARTUCE, Flávio e SIMÃO, José Fernando. *Direito de Família – Novas tendências e Julgamentos Emblemáticos*, São Paulo: ATLAS, 2012, pp. 201-203 e 280-294.

⁹⁴ ALMEIDA, Felipe Cunha de. *Responsabilidade Civil no Direito de Família – Angústias e Aflições nas Relações Familiares*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

⁹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de, BRAGA NETTO, Felipe Peixoto e ROSENVALD, Nelson. *Novo Tratado de Responsabilidade Civil*, São Paulo: ATLAS, 2015, pp. 928-1002.

Direito das Famílias da efetiva prática de um ilícito danoso, nos moldes dos artigos 186 e 187 do Código Civil”⁹⁶.

Tal conclusão vai de encontro ao que pensamos, principalmente no que concerne ao dano extrapatrimonial, onde os autores sustentam que haverá indenização se tal dano ocorresse “em qualquer outro quadrante do Direito Civil”.

A responsabilidade civil nas relações familiares deve ser tratada na sua especificidade e só tem de razão de ser tratada especificamente, se houver uma adequação para ela da responsabilidade geral.

Se só existirá responsabilidade civil nas relações familiares, se o dano causado puder ser indenizado se cometido contra qualquer outra pessoa que não em função especificamente da relação familiar, aplicando-se a regra geral da responsabilidade civil contida nos artigos do Código Civil acima mencionados, não necessitaria dessa responsabilidade específica.

Parece-nos que na perspectiva de uma teoria geral que especifique a responsabilidade civil nas relações familiares, necessário se faz que haja uma adequação de todos os pressupostos da responsabilidade geral, principalmente no que diz respeito aos danos, para abarcar danos específicos das relações familiares, como o decorrente do abandono afetivo, por exemplo, que é um dano que não ocorre nas relações que não sejam familiares.

Por falar em abandono afetivo, os autores sustentam que “não se pode admitir que a simples violação do afeto enseje uma compensação por dano moral”⁹⁷, o que também não nos parece acertado.

Essa foi, inclusive, a razão pela qual nos fez ter o cuidado de tratar neste trabalho do afeto como valor jurídico que possa ensejar indenização.

Não se trata do afeto no sentido comum, como visto, e sim do afeto responsabilidade.

Tratam os autores que não seria abandono afetivo e simplesmente “omissão de cuidado”⁹⁸, porém, entendemos que descumprimento do dever de cuidado é gênero, do qual o abandono afetivo é espécie, e como tal, tem sim um tratamento específico. O cuidado se refere a manter, ajudar na criação, participação na vida escolar, etc.,

⁹⁶ *Idem, Ibidem*, p. 940.

⁹⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de, BRAGA NETTO, Felipe Peixoto e ROSENVALD, Nelson. *Novo Tratado de Responsabilidade Civil*, São Paulo: ATLAS, 2, p. 943.

⁹⁸ *Idem, Ibidem*, p. 957.

enquanto que a convivência está ligada ao afeto responsabilidade, cujo descumprimento enseja indenização, caso em função dele ocorra danos aos direitos de personalidade da pessoa afastada da convivência.

Tivemos oportunidade de dar nossa opinião sobre o tema em artigo publicado nos anais do VII Congresso Brasileiro de Direito de Família, promovido pelo IBDFAM em Belo Horizonte em 2009⁹⁹, e quando tratamos sobre o direito à convivência familiar da criança e do adolescente como direito humano fundamental, publicado na Revista Fórum de Direito Civil.¹⁰⁰

Porém os autores da importante obra mencionada merecem todas reverências por trazer a responsabilidade civil nas relações familiares em tópico próprio, tratando tanto da responsabilidade civil entre cônjuges e companheiros, a questão do terceiro ofensor, a tutela preventiva do ilícito na afetividade, a tutela inibitória na violência doméstica, a responsabilidade civil entre pais e filhos, em ambas as direções, responsabilidade pela omissão de cuidado e seus pressupostos, responsabilidade civil na alienação parental, pelo inadimplemento alimentar e a análise sobre a Lei nº 13.010/14, chamada de lei da palmada.

Registre-se ainda, grande contribuição de ANDERSON SCHREIBER¹⁰¹, acerca da proposta da reparação não pecuniária na responsabilidade civil e Direito de Família, demonstrando a necessidade de uma sistematização específica para essa responsabilidade, também no que concerne à forma e o *quantum* da indenização.

Embora já tenhamos defendido e feito coro aos que entendem que a responsabilidade civil nas relações familiares pode gerar um retrocesso na solução das lides familiares, já que as questões pessoais, muito mais relevantes, voltarão a ser secundárias em relação às questões patrimoniais, econômicas e financeiras, temos que reconhecer a tendência da doutrina e da jurisprudência brasileiras, no sentido de aceitar a responsabilização civil nas lides familiares, o que nos parece inafastável.

⁹⁹ LIRA, Wladimir Paes de. “Direito da Criança e do Adolescente à convivência Familiar”, in *Família e Responsabilidade*, Porto Alegre: IBDFAM – MAGISTER, 2010, pp. 523-555.

¹⁰⁰ LIRA, Wladimir Paes de. “O Direito à Convivência Familiar da Criança e do Adolescente como Direito Humano Fundamental”, in *Revista Fórum de Direito Civil*, ano 3, número 6, pp. 41 a 74, disponível em <http://www.revistaforum.com.br>.

¹⁰¹ SCHREIBER, Anderson. “Responsabilidade Civil e Direito de Família: a proposta da Reparação não Pecuniária”, in *Responsabilidade Civil no Direito de Família*, Coordenadores Rolf Madaleno e Eduardo Barbosa, São Paulo: ATLAS, 2015, pp. 32-49.

Entendemos, ainda, que tal reparação deve ser dá em processo autônomo, mas é visível a tendência de ser aceita na própria lide familiar.

Portanto, são muitas as obras que hoje no Brasil tratam da responsabilidade civil nas relações familiares, em todas as suas vertentes, com a discussão acerca de inúmeros danos passíveis de indenização, embora pensamos, como os amigos da Espanha acima mencionados, que se faz necessária uma teoria da responsabilidade civil nas relações familiares que a tire da regra geral com ensejo exclusivamente patrimonial, para tratar de suas especificidades.

A questão tem, indiscutivelmente, sido bem discutida, sendo esse, em poucas palavras e de forma extremamente sucinta, o estado da arte no Brasil, o que tende a evoluir consideravelmente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A família é prioritariamente um espaço de afeto e de realização da pessoa humana, não devendo o Estado interferir desmedidamente dentro desse espaço, que pode ser considerado o espaço mais privado do ser humano.

Acontece que o indivíduo, mesmo inserido dentro de uma comunidade familiar, espaço, como dito, caracterizadamente privado, possui sua singularidade, e pelo simples fato de ser humano, possui uma esfera jurídica que lhe é acoplada, que vai desde os direitos patrimoniais, aos direitos fundamentais que compõem a sua personalidade.

Embora muita diluída, diante de tantas referências, algumas vezes desacertadas, a dignidade do homem se concretiza através de uma série de direitos e garantias que lhe são inerentes, independentemente do grupo ao qual está inserido.

A proteção à pessoa individualmente considerada precede a proteção à unidade familiar, de modo que, como visto, os danos causados à esfera jurídica de uma pessoa, se anormais e especiais, não podem deixar de ser reparados, em função de terem sido causados dentro da família.

Foi nessa perspectiva que analisamos a evolução nas doutrinas e jurisprudências de vários países, dos estudos sobre a responsabilidade civil nas relações familiares.

Tal evolução indicou a preocupação de muitos autores, de reconhecer uma diversidade considerável de danos indenizáveis dentro das relações de família, que passam pelos decorrentes da conjugalidade, filiação e parentalidade, com uma infinidade de possibilidade.

Verificamos também, a necessidade de uma sistematização específica para a responsabilidade civil no campo das famílias, até porque, se de um lado, por existir sanções próprias do Direito de Família, não pode o indivíduo deixar de ver reparado seus danos patrimoniais e extrapatrimoniais sofridos devidamente reparados, através da responsabilidade civil, por outro, não se pode deixar de entender a estrutura familiar como uma estrutura diferente das outras, para que o remédio não cause mais mal que a doença, ou seja, não podemos, com o afã de buscar responsabilidade civil nessas relações, monetarizá-las ao ponto de transformá-las em sociedades econômicas e não um espaço de afeto e de completude existencial.

A doutrina de uma maneira geral tem demonstrado essa preocupação, e está em boa dimensão o estado da arte no Brasil.