

**ALEX QUARESMA RAVACHE**

**RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DE FAMÍLIA**

**SÃO PAULO**

**2012**

## SUMÁRIO

<b>Introdução</b> .....	6
<b>1 Noções gerais sobre responsabilidade civil</b> .....	8
1.1 Responsabilidade civil e responsabilidade penal .....	8
1.2 Responsabilidade civil contratual e extracontratual.....	11
1.3 Responsabilidade civil subjetiva e objetiva.....	12
<b>2 Elementos essenciais da responsabilidade civil</b> .....	14
2.1 Conduta humana .....	14
2.2 Nexo causal.....	17
2.3 Dano.....	21
<b>3 Elemento não essencial da responsabilidade civil</b> .....	27
3.1 Culpa <i>lato sensu</i> .....	27
3.2 A culpa e o ato abusivo de direito .....	29
<b>4 Causas de não configuração ou exclusão da responsabilidade civil</b> ...	31
4.1 Inexistência de ilicitude.....	31
4.2 Inexistência de nexo causal .....	34
4.3 Inexistência de culpa .....	35
4.4 Prescrição .....	36
4.5 Perdão tácito .....	37
<b>5 Responsabilidade civil nas relações amorosas entre casais</b> .....	40
5.1 Rompimento da relação .....	43
5.2 Infidelidade.....	50
5.3 Desrespeito .....	53
5.4 Transmissão de doenças sexualmente transmissíveis.....	56
5.5 Mentira sobre a gravidez.....	58
5.6 Induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento .....	60
5.7 Pedido de indenização ou compensação na ação de divórcio.....	62
<b>6 Responsabilidade civil nas relações de filiação</b> .....	65
6.1 Abandono afetivo .....	67
6.2 Alienação parental.....	70
<b>Conclusão</b> .....	73
<b>Bibliografia</b> .....	78

## INTRODUÇÃO

As relações de família são baseadas na afetividade. Afeto, não enquanto sinônimo de amor, mas em termos muito mais amplos, como a revelação de um vínculo de envolvimento recíproco, de intimidade e interdependência entre seres humanos, capaz de gerar diversos tipos de sentimentos, bons e ruins, tais como amor, ódio, carinho, temor, alegria, tristeza, orgulho, vergonha, admiração, decepção, saudade etc.

Os sentimentos provocados por uma relação afetiva são capazes de levar o ser humano a praticar condutas inesperáveis. Sentimentos bons levam as pessoas a praticar atos de agrado que podem gerar enorme satisfação. Mas, por outro lado, os sentimentos negativos gerados pela afetividade ou pela ausência de afeto, podem levar os seres humanos a praticar condutas causadoras de resultados danosos.

O presente trabalho tem por objetivo identificar e analisar como se constituem os principais atos causadores de danos nas relações de família, bem como constatar quais são os danos causados por esses atos. Além disso, também cumpre apontar as condutas que, segundo entendimento passado, geravam danos, mas que atualmente não geram. E ainda, aquelas nas quais exista polêmica quanto à possibilidade de causar resultados danosos.

Para tanto, essencial a análise cuidadosa da responsabilidade civil em separado, para depois se examinar pontualmente determinadas condutas provenientes das relações de família, fazendo, a partir da segunda etapa do desenvolvimento, um importante diálogo entre o direito de família e a responsabilidade civil.

Assim, na primeira etapa do desenvolvimento, são abordadas primeiramente as noções gerais de responsabilidade civil, analisando seu conceito, sua relação com a responsabilidade penal e suas espécies. Passa-se então a identificar e estudar seus elementos essenciais, sem os quais não se configura, examinando-se ainda, a questão do abuso de direito no direito de família, bem como as principais e já conhecidas espécies de danos, além de se constatar se a moderna teoria da perda de uma chance é compatível com o direito de família. Prossegue-se com o estudo do elemento não essencial da responsabilidade civil, pontuando as hipóteses em que este não é exigido e verificando-se a questão da necessidade ou não de comprovação de culpa nos casos de abuso de direito. Verificam-se, ainda, as

causas que podem acarretar a não configuração ou até mesmo a exclusão da responsabilidade civil, e que, portanto, poderiam ser possíveis matérias de defesa, ressaltando-se a importância do perdão tácito para a responsabilidade civil nas relações de família.

Na segunda etapa, são examinadas as principais condutas em que se poderia cogitar de responsabilidade civil na relação amorosa entre casais, incluindo-se nesse contexto, o namoro, noivado, união estável, casamento e concubinato. É feita uma análise doutrinária e jurisprudencial, constatando-se quais delas tem potencial lesivo, se causam danos, quais são eles e que elementos são necessários para configurar a responsabilidade civil do agente que as praticou. Examina-se a conduta de romper a relação amorosa, a infidelidade, o desrespeito, a transmissão de doenças sexualmente transmissíveis, a mentira sobre a gravidez e o induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento matrimonial. Ao fim dessa análise, aborda-se uma relevante questão processual, procurando-se concluir se é ou não possível discutir questões de indenização ou compensação de danos nas ações de divórcio.

Dando continuidade à segunda etapa, cuida-se do exame da responsabilidade civil nas relações de filiação, tanto nas relações diretas entre pais e filhos, quanto nas complexas relações que envolvem pais que terminaram o relacionamento, ou estão para terminar, mas que mantêm o vínculo com os filhos comuns. Nessa conjuntura, se verifica a polêmica questão do abandono afetivo, com uma profunda análise jurisprudencial atualizada, concluindo-se, ao final, se gera ou não dano moral. Além disso, também é desenvolvido o importante tema da responsabilidade civil na alienação parental, identificando quais são os atos que a caracterizam, as consequências, e constatando-se se é possível a indenização ou compensação por danos dela decorrentes.

Sem a pretensão de esgotar a matéria, o trabalho visa contribuir com os estudos da responsabilidade civil no Direito de Família, matéria tão intrigante, a qual, arrisca-se afirmar, na atualidade, é uma das mais dinâmicas e controversas de nosso direito.

## 1 NOÇÕES GERAIS SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL

A palavra *responsabilidade* deriva do termo em latim, *re-pondere*, que, como ensina Carlos Roberto Gonçalves, “encerra a ideia de segurança ou garantia da restituição ou compensação do bem sacrificado”<sup>1</sup>.

Segundo Silvio de Salvo Venosa, “o termo *responsabilidade* é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deve arcar com as consequências de um ato, fato, ou negócio danoso”.<sup>2</sup>

Sempre que uma pessoa causa um dano, nasce, no campo do direito civil, uma obrigação de ressarcir ou compensar os prejuízos de quem o sofreu. A responsabilidade por cumprir essa obrigação pode ser atribuída ao próprio causador do dano ou a terceiro a quem a lei tenha conferido esse dever.

Portanto, responsabilidade civil consiste em imputar a uma determinada pessoa a obrigação de indenizar e/ou compensar outra (que é a vítima), por danos causados por um agente (que pode ser o próprio responsável ou um terceiro).

Para que seja caracterizada a responsabilidade civil, isto é, para que se considere existente a obrigação de indenizar ou compensar, se faz necessária a presença de determinados elementos, também denominados de pressupostos da responsabilidade civil. Como observa Flávio Tartuce, não há consenso na doutrina a respeito de quais são tais elementos, mas prevalece que, em regra, são quatro: *conduta humana; nexo causal; dano; e culpa lato sensu*<sup>3</sup>.

É importante lembrar que a culpa *lato sensu* (da qual são espécies o dolo e a culpa *stricto sensu*) não é um elemento essencial, pois, excepcionalmente, a responsabilidade civil se caracterizará independentemente de culpa<sup>4</sup>.

### 1.1 Responsabilidade civil e responsabilidade penal

A responsabilidade civil é, em regra, independente da criminal. A diferença entre as duas já começa pelos elementos que as configuram. Enquanto a responsabilidade civil, como vimos, estará caracterizada diante de uma conduta humana, dano, nexo causal e culpa (em regra), a responsabilidade penal requer

---

<sup>1</sup> *Responsabilidade civil*, p. 50.

<sup>2</sup> *Direito Civil – volume 4 – responsabilidade civil*, p. 13.

<sup>3</sup> *Direito Civil – volume 2 – direito das obrigações e responsabilidade civil*, p. 353-354.

<sup>4</sup> Ver item 1.3 *infra*.

requisitos mais rigorosos. Para a configuração da responsabilidade penal, é necessário, em primeiro lugar, que estejam presentes alguns dos elementos que configuram o chamado fato típico, quais sejam, conduta humana, culpa *lato sensu*; tipicidade formal (perfeita adequação típica do fato à norma) e tipicidade material (existência de lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico protegido)<sup>5</sup>.

No direito civil, não é necessário que exista uma conduta típica prevista em lei, anterior ao fato, para que se responsabilize o agente. Basta que se viole um direito e se cause um dano<sup>6</sup>. Ademais, também não há necessidade do requisito da tipicidade material. Qualquer dano é indenizável, por mais ínfimo que seja. Não se admite, por exemplo, na esfera civil, a tese do princípio da insignificância, que no direito penal serviria para fundamentar a inexistência de tipicidade material.

Na esfera civil a mera tentativa de causar o dano não enseja responsabilidade civil. Não basta a ilicitude. Exige-se o dano consumado. No campo penal, mesmo que não ocorra efetivamente um dano, o mero risco de causar a lesão, desde que seja grave, já é suficiente para que ocorra a responsabilidade penal. Por isso, há certos tipos penais que não exigem a ocorrência de um dano para que o crime se consuma, e para aqueles que exigem, em geral, a mera tentativa de causá-lo é suficiente para ensejar a responsabilidade penal.

Rui Stoco também faz relevante observação a respeito das causas excludentes da culpabilidade penal, as quais não excluem a responsabilidade civil. Dessa forma, poderá existir obrigação de indenizar ou compensar os danos causados na esfera civil, ainda que se verifique a *inimputabilidade*, o *erro de proibição*, a *coação moral irresistível* ou a *obediência hierárquica*.<sup>7</sup> Ademais, cumpre salientar que nem mesmo todas as causas excludentes de ilicitude serão capazes de excluir a responsabilidade civil<sup>8</sup>.

Outra questão importante, que se extrai das lições de Carlos Roberto Gonçalves, está nas diferentes consequências da responsabilidade civil e da penal. Na responsabilidade civil, o cumprimento da obrigação é patrimonial. O devedor responde com seus bens, podendo até ser responsabilizado por ato de terceiro. No direito penal, a responsabilidade é pessoal. O criminoso responde com privação de

---

<sup>5</sup> André Estefam, *Direito penal 1 – parte geral*, p. 90-119.

<sup>6</sup> Carlos Roberto Gonçalves, *Responsabilidade civil*, p. 53.

<sup>7</sup> *Tratado de responsabilidade civil*, p. 261.

<sup>8</sup> Ver item 4.1 *infra*.

liberdade ou outra pena que a substitua, e ninguém, se não ele próprio, poderá cumprir essa sanção<sup>9</sup>.

Superadas as diferenças entre os tipos de responsabilidade, é importante verificar-se como elas se relacionam, eis que os danos causados nas relações de família, não raro, constituem ilícitos civis e penais.

A apuração da responsabilidade se fará separadamente no juízo competente. Assim, é possível que o indivíduo seja absolvido no juízo criminal, se não se comprovar que a conduta por ele praticada é criminosa, mas condenado no cível, comprovando-se que a mesma conduta causou danos à vítima. O contrário também é verdadeiro. Em regra, o juízo cível não está vinculado à decisão proferida no juízo criminal, pois, como vimos, os requisitos e consequências para cada tipo de responsabilidade são totalmente diferentes.

No entanto, essa regra não é absoluta. Como ensina Flávio Tartuce, o que existe é uma “*independência relativa* entre os juízos cível e criminal”<sup>10</sup>. Há casos em que a responsabilidade civil ficará vinculada à responsabilidade penal. Dependendo dos motivos que levarem à absolvição do réu no juízo criminal, este não poderá ser responsabilizado civilmente pelo mesmo fato. De acordo com o artigo 935 do Código Civil, sempre que ocorrer absolvição por estar provada inexistência do fato (artigo 386, I, do Código de Processo Penal) ou ficar provado que o réu não concorreu para o evento danoso (artigo 386, IV do Código de Processo Penal), não haverá responsabilidade civil<sup>11</sup>.

Importante salientar o conteúdo do enunciado 45, aprovado na I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “no caso do art. 935, não mais se poderá questionar sobre a existência do fato ou sobre quem seja o seu autor se estas questões se acharem categoricamente decididas no juízo criminal”.

A palavra “*categoricamente*” completa o sentido do artigo 935 do Código Civil. Não se pode esquecer que no processo penal vigora o princípio do *favor rei*, pelo qual o interesse do acusado sempre prevalece sobre a pretensão punitiva do Estado, o que acaba por flexibilizar, no âmbito processual penal, o princípio da isonomia processual<sup>12</sup>. Significa dizer que o ônus da prova nunca será do réu e, na dúvida, ele sempre será absolvido. No processo civil, por outro lado,

---

<sup>9</sup> *Responsabilidade civil*, p. 53.

<sup>10</sup> *Direito Civil – volume 2 – direito das obrigações e responsabilidade civil*, p. 572.

<sup>11</sup> Norberto Avena, *Processo Penal*, p. 197.

<sup>12</sup> *Idem*, p. 47.

não havendo hipossuficiência de uma das partes, vigora o princípio da igualdade processual. Na dúvida, perderá a demanda aquele que tiver o ônus da prova, o qual pode, em determinadas circunstâncias, ser atribuído ao réu.

Em suma, a existência do fato pode não ter sido provada no processo penal, havendo dúvida se realmente ocorreu ou não. Neste caso, o réu será absolvido no juízo criminal, mas a discussão sobre esse mesmo fato e os danos dele decorrentes poderá ocorrer no juízo cível. Para que o juízo cível esteja impedido de analisar a questão, é necessário que não haja dúvidas sobre a inexistência do fato. Portanto, o magistrado do cível só não poderá julgar a lide nos casos em que a absolvição criminal estiver fundamentada no artigo 386, incisos I ou IV do Código de Processo Penal.

Da mesma forma, de acordo com o artigo 65 do Código de Processo Penal, não haverá responsabilidade civil se a absolvição ocorrer por ficar provado que o ato foi praticado com excludente de ilicitude (artigo 386, VI, do Código de Processo Penal)<sup>13</sup>, com exceção do estado de necessidade agressivo, que não exclui a responsabilidade civil<sup>14</sup>.

Por outro lado, o mesmo artigo 935 do Código Civil, combinado com o artigo 91, I do Código Penal, bem como com o artigo 475-N, II, do Código de Processo Civil, nos leva à conclusão de que, sempre que houver responsabilidade penal e dela resultar danos à vítima, haverá também responsabilidade civil. Importante frisar que não basta a condenação criminal. É preciso que haja uma vítima e que ela efetivamente sofra danos, pois, conforme salienta Juliana F. Pantaleão, há hipóteses nas quais “não haverá dano a ser ressarcido, como nos casos em que a infração penal origina, tão somente, a pretensão punitiva, como pode ocorrer nos casos de tentativa branca, crime impossível, crimes contra a paz pública, uso de entorpecentes etc”<sup>15</sup>.

## 1.2 Responsabilidade civil contratual e extracontratual

A responsabilidade civil se subdivide em contratual e extracontratual. Flávio Tartuce ensina que a responsabilidade contratual nasce em razão da

---

<sup>13</sup> *Idem*, p. 197

<sup>14</sup> Ver item 4.1 *infra*.

<sup>15</sup> *Ação civil ex delicto*, disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=400>>



“desobediência de uma regra estabelecida em um contrato”, enquanto a responsabilidade extracontratual, também chamada de *aquiliana*, ocorre “por deixar determinada pessoa de observar um preceito normativo que regula a vida”<sup>16</sup>.

A responsabilidade civil contratual é consequência de danos causados pelo inadimplemento de uma obrigação, encontrando previsão legal nos artigos 389 e seguintes do Código Civil. A responsabilidade civil extracontratual decorre da quebra do dever geral de não lesar ninguém (princípio do *neminem laedere*), e está positivada nos artigos 186 a 188, e 927 e seguintes do Código Civil.

Como afirma Inácio de Carvalho Neto, a doutrina moderna defende a desnecessidade da distinção entre essas espécies de responsabilidade civil, eis que os pressupostos e os efeitos de uma e de outra são os mesmos<sup>17</sup>.

Carlos Roberto Gonçalves, no entanto, dentre outras diferenças, pontua duas que parecem muito importantes em razão de consequências práticas. A primeira se refere ao ônus da prova. Na responsabilidade civil contratual, basta que a vítima (credor) demonstre o descumprimento da obrigação, cabendo ao autor do dano (devedor) provar que o inadimplemento não se deu por culpa sua. Já na responsabilidade extracontratual, é da vítima o ônus de provar a culpa do causador do dano. A segunda diferença se relaciona com a capacidade do agente. Na responsabilidade contratual, só haverá obrigação de indenizar se os contratantes forem capazes no momento da celebração do contrato. Por outro lado, na extracontratual, haverá responsabilidade ainda que o agente seja incapaz, ficando obrigado o seu responsável ou, excepcionalmente, o próprio inimputável, por força do artigo 928 do Código Civil<sup>18</sup>.

Nas relações de família, a responsabilidade será extracontratual, eis que os danos eventualmente causados resultarão da quebra do dever geral de não lesar.

### 1.3 Responsabilidade civil subjetiva e objetiva

Responsabilidade civil subjetiva é aquela que pressupõe a existência de culpa *lato sensu* (abrange o dolo e a culpa *stricto sensu*) para que se configure a

---

<sup>16</sup> *Direito Civil – volume 2 – direito das obrigações e responsabilidade civil*, p. 305.

<sup>17</sup> *Responsabilidade civil no direito de família*, p. 43.

<sup>18</sup> *Responsabilidade civil*, p. 61.

obrigação de indenizar ou compensar. É a regra em nosso ordenamento jurídico privado, conforme se depreende do artigo 186 do Código Civil, o qual prevê a “negligência ou imprudência” como caracterização do ato ilícito.

De outro lado, na responsabilidade civil objetiva a obrigação de indenizar surge independentemente de culpa. Basta, portanto, a presença de três elementos: conduta humana, dano, e nexo causal.

Essa possibilidade está positivada no artigo 927, parágrafo único do Código Civil, o qual prevê a responsabilidade objetiva “nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Entre os fundamentos da responsabilidade objetiva, o principal consiste na teoria do risco, segundo a qual “toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros. E deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa”<sup>19</sup>.

Rui Stoco, discorrendo sobre as diversas variações desenvolvidas sobre a teoria do risco, explica que a *teoria do risco criado* e a *teoria do risco da atividade* fundamentam a última parte do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil. Por tais teorias, a responsabilidade civil surge em decorrência do perigo naturalmente causado pela atividade exercida pelo agente, pouco importando se lucra com essa atividade ou não<sup>20</sup>.

O autor também traz hipóteses de outros tipos de responsabilidade civil objetiva, previstas na lei, como, por exemplo, a responsabilidade por produtos postos em circulação (artigo 931 do Código Civil), e a responsabilidade por ato de terceiro (artigos 932 e 933 do Código Civil)<sup>21</sup>.

É importante, por ora, saber que a responsabilidade civil nas relações de família, em regra, é subjetiva, sendo necessária a comprovação da culpa do agente. Para parte da doutrina e jurisprudência, no entanto, poderá se admitir a responsabilidade civil sem discutir culpa nas relações de família, nos casos de abuso de direito, previsto no artigo 187 do Código Civil<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> Carlos Roberto Gonçalves, *Ibidem*, p. 55.

<sup>20</sup> *Tratado de responsabilidade civil*, p. 189.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 186.

<sup>22</sup> Ver item 3.2 *infra*.

## 2 ELEMENTOS ESSENCIAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Conforme salientado, são quatro os elementos da responsabilidade civil: conduta humana, nexo causal, dano e culpa. Os três primeiros são elementos *essenciais* porque sem eles não há responsabilização. O último é elemento *não essencial*, pois, excepcionalmente, haverá responsabilização sem culpa.

Passa-se a abordar, primeiramente, os elementos essenciais.

### 2.1 Conduta humana

O requisito da conduta humana consiste em *ação ou omissão voluntária* praticada por determinada pessoa, a qual pode se caracterizar como um *ato ilícito*, um *ato abusivo de direito* ou ainda, excepcionalmente, um *ato lícito*.

Para que se possa falar em conduta humana, é fundamental que haja voluntariedade. A título de exemplo, em um dano causado por coação física irresistível não há conduta voluntária, nem responsabilidade, pois o agente não tem intenção de agir, sendo utilizado como mero instrumento. Consequência diversa, no entanto, se dá na hipótese de coação moral, em que a conduta é voluntária, pois o agente tem a opção de praticá-la ou não, e quando o faz, age intencionalmente.

Conforme se depreende de lições de Rui Stoco, a *conduta voluntária*, neste contexto, não se pode confundir com *conduta dolosa* ou *culposa*. Na conduta voluntária verifica-se a intenção ou não do agente em praticar a ação ou omissão em si, independentemente da análise da culpa ou intenção de causar o resultado danoso. É um exame anterior. Por outro lado, na avaliação da culpa ou dolo<sup>23</sup>, parte-se do pressuposto de que houve voluntariedade e passa-se a investigar a consciência que o agente tem ou deveria ter em relação às consequências danosas de sua conduta<sup>24</sup>.

Afirmou-se que a ação ou omissão voluntária pode caracterizar um *ato ilícito*. Mas, o que é, afinal, o ato ilícito? Rui Stoco conclui que o Código Civil conceitua ato ilícito de maneira errada no artigo 186, ao prever que o comete quem “violar direito e causar dano a outrem” (grifo nosso). Em verdade, ensina o autor, não se exige o dano para se configurar o ato ilícito. A ilicitude do ato praticado

---

<sup>23</sup> Ver item 3.1 *infra*.

<sup>24</sup> *Tratado de responsabilidade civil*, p. 153.

decorre da mera inobservância de um dever jurídico, da violação de um direito. Assim, o resultado danoso é requisito para a configuração da obrigação de indenizar, mas não para a caracterização do ato ilícito<sup>25</sup>.

De outro lado, parte da doutrina entende ser necessária a existência de efetivo prejuízo para a configuração do ato ilícito. Ensinam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho que “são elementos componentes do *ato ilícito*: a) ação humana (positiva ou negativa); b) contrariedade ao direito ou ilicitude (violação de dever jurídico preexistente); c) prejuízo (material ou moral)”<sup>26</sup>.

A discussão é meramente acadêmica, eis que, independentemente de se exigir a ocorrência do dano para a configuração do ato ilícito, o fato é que para a obrigação de indenizar a sua existência é sempre exigível.

Assim, exemplificando, um cônjuge tem o dever preexistente de fidelidade, previsto no artigo 1.566, I do Código Civil. Ao cometer traição, ainda casado, se não estiver separado de fato ou judicialmente, quebra o dever de fidelidade e viola o direito do outro cônjuge de não ser traído, o que, por si só, configura ato ilícito para quem entende ser desnecessária a ocorrência do dano. Para quem entende que o prejuízo é pressuposto do ato ilícito, a traição somente será considerada uma atitude ilícita caso acarrete um dano. De qualquer forma, a mera quebra do dever preexistente de fidelidade (seja ou não considerado um ato ilícito) não gera a obrigação de indenizar, a menos que dessa conduta sobrevenha um resultado danoso.

Com respeito às opiniões contrárias, parece que, de fato, a existência de um dano é irrelevante para que se considere a ilicitude da conduta. Basta que a ação ou omissão constitua a quebra de um dever jurídico preexistente.

Cumprе relembrar que, diferentemente do que ocorre no direito penal, não há necessidade de que o dever jurídico preexistente esteja tipificado na lei. Para cada direito alheio, existe um dever correspondente de não violação, o qual independe de previsão legal expressa. Assim, a violação de um direito alheio, por si só, já constitui um ato ilícito.

Portanto, ato ilícito é uma ação ou omissão voluntária consistente na inobservância do dever jurídico preexistente de não violar um direito alheio.

---

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 143.

<sup>26</sup> *Novo curso de direito civil – volume I – parte geral*, p. 477.

A conduta humana pode caracterizar ainda um *ato abusivo de direito*, configurando-se o contido no artigo 187 do Código Civil. De acordo com a previsão legal, comete abuso aquele que exercer um direito seu, excedendo “manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Nos termos do artigo 927 do Código Civil, também gera a obrigação de indenizar ou compensar os danos causados.

Segundo Flávio Tartuce, “o abuso de direito é um *ato lícito pelo conteúdo, ilícito pelas consequências, tendo natureza mista – entre o ato jurídico e o ato ilícito – situando-se no mundo dos fatos jurídicos em sentido amplo*”<sup>27</sup>.

Rui Stoco destaca que “abusar do direito não significa o exercício de um direito mas o exercício irregular de um direito latente antes assegurado. Direito é uma coisa; seu exercício é outra”<sup>28</sup>.

Dessa forma, podemos dizer que ato abusivo de direito é uma ação ou omissão voluntária que se inicia de forma lícita, consistente no exercício de um direito, mas com o intuito de se alcançar resultados ilícitos, desvirtuados da finalidade do próprio direito assegurado.

O ato abusivo de direito interessa muito ao direito de família. Roberta Marcantônio, em trabalho específico sobre o tema, já observou a sua importância nas relações de família, trazendo a discussão de assuntos relevantes, dentre os quais se destacam o abuso do direito de guarda, o abuso do direito de visitas e a relação do abuso de direito com a síndrome da alienação parental. Salieta a autora que “o direito de família é um palco fértil para a aplicação da teoria do abuso do direito, porque envolve questões íntimas e carregadas de sentimentos, onde os excessos são costumeiramente cometidos (...)”<sup>29</sup>.

Por fim, uma ação ou omissão voluntária também pode caracterizar um *ato lícito* (não contrário ao direito). São lícitos todos os atos praticados sem violação de direito alheio. Esses atos, ainda que não violem direito de outrem, também podem acarretar resultados danosos. É o caso, por exemplo, da legítima defesa e do exercício regular de um direito (artigo 188, I do Código Civil). Em regra, um ato lícito, ainda que cause um dano, não gera a obrigação de indenizar.

---

<sup>27</sup> *Direito Civil – volume 2 – direito das obrigações e responsabilidade civil*, p. 327.

<sup>28</sup> *Tratado de responsabilidade civil*, p. 149.

<sup>29</sup> *Abuso do direito no direito de família*. Disponível em: <<http://criticajuridica.com.br/wp-content/uploads/rcj4/rcj4roberta.pdf>>

Excepcionalmente, porém, os atos lícitos podem gerar obrigação de indenizar. Carlos Roberto Gonçalves classifica em dois os tipos de responsabilidade civil proveniente de atos lícitos: “fundada no risco e decorrente de fatos permitidos por lei”<sup>30</sup>.

A primeira, *fundada no risco*, decorre da atividade exercida pelo empreendedor a qual implique em risco para os direitos de outrem. Assim, ainda que haja observância de todos os deveres jurídicos preexistentes, haverá obrigação de reparar o dano. Trata-se de responsabilidade civil objetiva.

A segunda, *decorrente de fatos permitidos por lei*, consiste em ação ou omissão voluntária que, apesar de ser lícita, gera obrigação de indenizar por força de lei. São exemplos: o estado de necessidade (art. 188, II e 929 do Código Civil), a passagem forçada do proprietário de imóvel encravado (art. 1.285, do Código Civil), e o uso do imóvel vizinho nos casos previstos no art. 1.313 do Código Civil.

Alem dos casos supramencionados, saliente-se que a vedação ao enriquecimento sem causa é outra hipótese que pode ocasionar indenização em decorrência de um ato lícito. Assim, por exemplo, o término de um noivado é ato lícito, mas que impõe o dever indenizar metade das despesas adiantadas pelo ex-noivo<sup>31-32</sup>.

## 2.2 Nexo causal

Além da conduta, há que se analisar também outro elemento essencial: o nexo causal ou nexo de causalidade. Nos dizeres de Sergio Cavalieri Filho, é “o vínculo, a ligação, ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado”<sup>33</sup>.

É preciso verificar se a conduta humana praticada pelo agente realmente deu *causa* ao resultado danoso sofrido pela vítima. O nexo causal é, pois, a conexão lógica existente entre uma conduta e um resultado, em que este só existe em razão daquela.

Mas entender o que é o nexo de causalidade não é a tarefa difícil. O que desafia a doutrina e jurisprudência é estabelecer critérios seguros para se definir quando ele está realmente presente. Em outras palavras, complicado é enxergar, no

---

<sup>30</sup> *Responsabilidade civil*, p. 62.

<sup>31</sup> TJSP, 4ª Câ. Dir. Priv., Apelação 549.484.4/6-00, rel. Des. Francisco Loureiro, j. 16/04/2009.

<sup>32</sup> Ver item 5.1 *infra*.

<sup>33</sup> *Programa de responsabilidade civil*, p. 46.

caso concreto, quais são as causas responsáveis pelo dano. E essa dificuldade surge, especialmente, quando há *concausas*, isto é, mais de uma conduta aparentemente capaz de gerar o dano.

Carlos Roberto Gonçalves ensina que as *concausas* se dividem em *simultâneas* e *sucessivas*. As *concausas* simultâneas não trazem dificuldade. É a hipótese de um dano gerado por diversas causas concomitantes. Neste caso, o resultado danoso é consequência de todas as condutas, e se praticadas por agentes diferentes, todos serão considerados causadores do dano, respondendo solidariamente (artigo 942, parágrafo único do Código Civil). O problema, portanto, reside em identificar as *concausas* sucessivas<sup>34</sup>.

Numa cadeia de condutas sucessivas, haverá uma que será considerada a última causadora do dano, onde se encerra o nexo causal. É possível também que entre várias condutas, somente uma seja a causadora do dano, ou ainda, que não haja nenhuma, hipótese em que não existirá nexo causal. E o desafio é justamente encontrar esta última ou única causa, se houver, responsável por gerar o resultado danoso.

Para tanto, surgem três teorias do nexo causal, analisadas a seguir: a) da *equivalência das condições*; b) da *causalidade adequada*; c) do *dano direto e imediato*.

A teoria da *equivalência das condições*, também denominada de *equivalência dos antecedentes* ou *conditio sine qua non*, foi criada por Von Buri<sup>35</sup>, e é adotada no direito penal brasileiro, por expressa previsão legal (artigo 13 do Código Penal).

De acordo com essa teoria, sob o enfoque do direito civil, em que se exige a ocorrência de um dano para fins de responsabilidade, considera-se causa toda conduta sem a qual o dano não teria ocorrido, isto é, causa é todo o ato que contribui para a ocorrência do resultado danoso.

Assim, para se estabelecer qual conduta deve ser considerada causa criou-se, no âmbito do direito penal, o critério da *eliminação hipotética*<sup>36</sup>. Adaptando-se para o direito civil, hipoteticamente elimina-se a conduta da cadeia causal, e se, ao excluir-se essa conduta, o dano ainda persistir, ela não é causa e não há nexo

---

<sup>34</sup> *Responsabilidade civil*, p. 619.

<sup>35</sup> Rui Stoco, *Tratado de responsabilidade civil*, p. 176.

<sup>36</sup> André Estefam, *Direito penal 1 – parte geral*, p. 98.

causal. Porém, sendo eliminada a conduta, se o dano desaparecer, então é causa, e existe nexo de causalidade.

O problema dessa teoria é que permite o chamado *regresso ao infinito*. Pela aplicação do critério da eliminação hipotética, a título de exemplo, os pais sempre seriam também responsáveis por danos causados por conduta de seus filhos maiores e capazes. Isso porque se não tivessem concebido o agente, ele não estaria vivo para causar o dano. O mesmo raciocínio serve para os avós, e assim por diante.

No direito penal, a possibilidade do regresso ao infinito não traz prejuízo porque não basta o nexo causal para caracterizar a responsabilidade penal. É preciso que haja culpa. O nexo causal, portanto, só será verificado onde houver culpa do agente. No entanto, no direito civil ela não se mostra adequada, pois, como se verificou, há possibilidade de responsabilidade subjetiva, isto é, sem culpa. Para a doutrina amplamente majoritária a teoria da equivalência das condições não é adotada no direito civil.

A teoria da *causalidade adequada*, desenvolvida pelo alemão Von Kries<sup>37</sup>, consiste em considerar como causa apenas a conduta adequada (determinante, decisiva) para ocorrência do resultado danoso, critério este verificado por um juízo de probabilidade, segundo a experiência comum.

Sobre a teoria, assim explica Rui Stoco:

“Assim, ao contrário da ‘teoria da equivalência’, nem todas as condições serão consideradas causa, mas tão somente aquela que for a mais apropriada a produzir o resultado, ou seja, aquela que, de acordo com a experiência comum, for a mais idônea à realização do evento danoso”.<sup>38</sup>

A tarefa do juiz de definir qual conduta é adequada a ponto de ser considerada uma causa, deve ser feita de acordo com entendimento do homem médio. Deve-se verificar se uma pessoa com conhecimentos medianos teria capacidade de prever que sua conduta ocasionaria o resultado danoso. Se a resposta for sim, é causa e há nexo de causalidade. Se a resposta for não, então não é causa, e o nexo causal não está presente.

Não há consenso na doutrina sobre a aplicação dessa teoria no direito civil brasileiro. Flávio Tartuce está entre os que defendem que ela foi adotada no

---

<sup>37</sup> Flávio Tartuce, *Direito Civil – volume 2 – direito das obrigações e responsabilidade civil*, p. 367.

<sup>38</sup> *Tratado de responsabilidade civil*, p. 177.



Brasil, embora ressalte a divergência existente na doutrina e jurisprudência, a qual prefere seguir o entendimento de que a teoria adotada em nosso país é a do dano direto e imediato<sup>39</sup>.

A *teoria do dano direto e imediato*, também chamada de *teoria da interrupção do nexos causal*, considera como causa somente aquela conduta que gera direta e imediatamente um dano, excluindo-se todas as outras condições que interferiram no resultado danoso. O dano, portanto, deve ser *efeito necessário* da conduta.

Essa teoria, no entendimento do Supremo Tribunal Federal e de parte da doutrina, seria a adotada no Brasil. A esse respeito, cabe trazer parte dos ensinamentos do Ministro Moreira Alves, ao proferir histórico julgado envolvendo o tema:

“Ora, em nosso sistema jurídico, como resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil (de 1916, correspondente ao artigo 403 do Código Civil de 2002), a teoria adotada quanto ao nexos de causalidade é a teoria do dano direto e imediato (...). Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito à impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se ele também à responsabilidade extracontratual”.<sup>40</sup>

E continua o Ministro, dizendo que a teoria “só admite o nexos de causalidade quando o dano é efeito necessário de uma causa”.<sup>41</sup>

Dessa forma, para se definir qual conduta deve ser considerada causa é preciso verificar se é necessária para a ocorrência do resultado danoso. Em outras palavras, é preciso encontrar a última conduta que explica o dano. Digamos que se queira descobrir se a conduta X é causa do dano. Primeiro se averigua se ela é condição sem a qual o dano não teria ocorrido. Mas isso não é suficiente. Se for possível encontrar outra conduta, mais próxima ao dano, que o cause de forma necessária, então X não é causa, e não há nexos causal com relação a ela. Se, no entanto, não houver qualquer outra conduta mais próxima ao resultado que acarrete o dano de maneira necessária, então X é causa e há nexos de causalidade.

---

<sup>39</sup> *Direito Civil – volume 2 – direito das obrigações e responsabilidade civil*, p. 368-371.

<sup>40</sup> STF, 1ª T, RE 130.764-1/PR, j. 12/05/1992.

<sup>41</sup> *Ibidem*.

### 2.3 Dano

Como já explorado vastamente, o dano é elemento essencial da responsabilidade civil. Não há que se falar em indenizar ou compensar sem ocorrência de um resultado danoso. Rui Stoco ensina que o dano “traduz unidade e sentido de diminuição ou detrimento de um patrimônio ou ofensa a um bem jurídico protegido”<sup>42</sup>.

Vários podem ser os bens jurídicos protegidos, tais como o patrimônio, a liberdade, a honra, a imagem etc. Contudo, o mais importante é identificar a *natureza* desse bem jurídico. A classificação do dano quanto à natureza do bem jurídico lesado é a mais importante, pois, uma mesma conduta pode lesar bens de natureza diferentes e, conseqüentemente, acarretar uma obrigação independente para cada tipo de lesão.

Dessa forma, diz a doutrina majoritária que os danos, quanto à natureza do bem lesado, podem ser *materiais (ou patrimoniais)* e *morais (ou extrapatrimoniais)*. Os danos materiais atingem direitos patrimoniais, ou seja, o *patrimônio* da pessoa. Já os danos morais atingem direitos da personalidade, ou seja, a própria *pessoa*. Assim, um mesmo ato ilícito pode causar dano material e dano moral. Neste caso, haverá obrigação de indenizar o primeiro e de compensar o segundo. Neste sentido, foi editada a súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual “são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

Contudo, diante da evolução do direito não parece que essa classificação deva ficar restrita somente a essas duas espécies. Quanto ao bem lesado, acredita-se, há, modernamente, quatro espécies de danos, quais sejam: os *materiais* (que atingem o *patrimônio*); os *morais* (que atingem os *direitos da personalidade*), os *estéticos* (que atingem o *corpo humano*); e os danos *por perda de uma chance* (que atingem uma *oportunidade*).

Arrisca-se, portanto, um conceito moderno, em que *dano corresponde a uma lesão ao patrimônio, à personalidade, ao corpo humano ou a uma oportunidade* da pessoa.

Aborda-se de forma breve cada uma dessas espécies de dano.

---

<sup>42</sup> *Tratado de responsabilidade civil*, p. 1393.

O *dano material* consiste na diminuição do patrimônio da vítima. Isso pode ocorrer em relação a patrimônio já existente, ou seja, o que efetivamente se perdeu (dano emergente) ou a patrimônio que inequivocamente iria ser obtido pela vítima no futuro, isto é, o que razoavelmente se deixou de lucrar (lucros cessantes).

O valor da indenização é medido pela extensão do dano. A vítima deverá ser ressarcida de todos os danos emergentes comprovados, bem como deverá receber os valores correspondentes aos lucros cessantes, tudo acrescido de correção monetária e juros moratórios.

Partindo-se do pressuposto de que estão devidamente comprovados, chegar ao valor dos danos emergentes não é tarefa difícil. Basta um simples cálculo matemático, incluindo-se atualização monetária e juros legais. No entanto, estimar os lucros cessantes é missão um pouco mais árdua. Isso porque está se falando de efeitos patrimoniais futuros, o que nem sempre é fácil verificar. A jurisprudência se firma no sentido de que “os lucros cessantes, para serem indenizáveis, devem ser fundados em bases seguras, de modo a não compreender os lucros imaginários ou meramente hipotéticos”<sup>43</sup>.

O *dano moral* é a lesão que atinge um direito da personalidade, ou seja, um direito fundamental da pessoa, como por exemplo, a vida, integridade física, imagem, honra, intimidade, nome, liberdade, entre outros. Carlos Roberto Gonçalves adverte que o dano moral não pode ser confundido com “a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois esses estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a consequência do dano”<sup>44</sup>. Assim, a título de exemplo, uma pessoa pode sofrer dor em razão do término de um namoro, mas esse fato, por si só, não causa dano moral, pois não há direito da personalidade violado. Por outro lado, determinado indivíduo pode não sofrer dor alguma pelo fato de ter sua intimidade lesada, mas o dano moral estará caracterizado.

Ao contrário do que ocorre com o dano material, quando se causa um dano moral não é possível voltar ao estado anterior<sup>45</sup>. Por isso, incorreto se falar em “indenização” de um dano moral, pois o termo indenização se refere à reparação integral, a deixar a vítima em situação idêntica à verificada antes da conduta

---

<sup>43</sup> STJ, 4ª T, AgRg nos EDcl no Ag em REsp nº 6.458/MG, rel. Min. Raul Araújo, j. 06/09/2011.

<sup>44</sup> *Responsabilidade civil*, p. 650.

<sup>45</sup> Carlos Roberto Gonçalves, *Responsabilidade civil*, p. 628.

causadora do dano. Se alguém retirar a vida, a liberdade, ou ofender a honra, a intimidade de outrem, não há como voltar no tempo e “devolver” o bem jurídico lesado. O que se tenta buscar, então, é a *compensação* do dano moral<sup>46-47</sup>.

O difícil é quantificar o valor da compensação. Flávio Tartuce ensina que o magistrado deverá avaliar, basicamente, quatro critérios: “a) a extensão do dano; b) as condições socioeconômicas e culturais dos envolvidos; c) as condições psicológicas das partes; d) o grau de culpa do agente, de terceiro ou da vítima.”<sup>48</sup>

Questão importante na quantificação do dano moral é a análise das consequências causadas à vítima, isto é, os sentimentos negativos sofridos em razão da conduta lesiva, como dor, sofrimento, humilhação, angústia, vergonha etc. Já salientou-se que tais consequências não são importantes para se verificar a *existência* do dano em si, pois ainda que a violação ao direito da personalidade não cause qualquer sofrimento, existirá responsabilidade civil. Isso ocorre porque uma das finalidades do dano moral é desestimular a prática de condutas lesivas futuras. É a chamada teoria do desestímulo, ou os “*punitive damages*” do direito norte americano<sup>49</sup>.

Mas o dano moral tem dupla função. Além da punitiva, cuja finalidade é desestimular lesões ao direito da personalidade, também exerce a função de compensar os sentimentos negativos sofridos pelo lesado. Nesse sentido, assim já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça:

“A indenização por dano moral não é preço matemático, mas compensação parcial, aproximativa, pela dor injustamente provocada. *In casu*, é mecanismo que visa a minorar o sofrimento da vítima. Objetiva também dissuadir condutas assemelhadas dos responsáveis diretos, ou de terceiros em condição de praticá-las futuramente”.<sup>50</sup>

Dessa forma, quanto maior for a lesão causada ao direito da personalidade, maior deve ser a punição, e quanto maiores forem as consequências geradas, maior deve ser a compensação.

Assim como o dano patrimonial, a regra é de que o dano moral deve ser provado pelo autor da demanda. Excepcionalmente, entretanto, pode ocorrer a inversão do ônus da prova. São os casos em que o dano moral é presumido (*in re*

---

<sup>46</sup> Rui Stoco, *Tratado de responsabilidade civil*, p. 1860.

<sup>47</sup> Flávio Tartuce, *Direito Civil – volume 2 – direito das obrigações e responsabilidade civil*, p. 397.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 413.

<sup>49</sup> Rui Stoco, *ibidem*, p. 1924.

<sup>50</sup> STJ, 2ª T, REsp 631.650/RO, rel Min. Herman Benjamin, j. 03/12/2009.

*ipsa*), bastando que o autor comprove a conduta. O dano presumido é bastante verificado no direito do consumidor, como por exemplo, na hipótese de inscrição indevida do consumidor no cadastro de inadimplentes<sup>51</sup>. Nas relações de família, contudo, em geral, segue-se a regra, exigindo-se a prova do dano, ressalvadas raras exceções, como por exemplo, nos casos de alienação parental<sup>52</sup>.

*Dano estético* é a lesão que causa deformidade física ao corpo humano. A doutrina clássica o considera uma espécie de dano moral<sup>53</sup>. Entretanto, a jurisprudência é praticamente unânime ao classificá-lo como uma terceira espécie de dano que não se confunde com o extrapatrimonial nem com o patrimonial.

Um dos primeiros a inaugurar essa linha de pensamento foi o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, afirmando que “o dano estético perde a sua característica inaugural de espécie do gênero dano moral, à medida que comporta ressarcimento diverso daquele, mesmo que, em alguns casos, haja o seu cômputo dentro da rubrica dano moral”<sup>54</sup>.

Não se nega que a lesão corporal caracteriza uma violação a direitos da personalidade, como a dignidade humana, integridade física e imagem da pessoa. Daí nasce o dano moral, que é imaterial. Mas não é só. Paralelamente a isso, há o dano decorrente da diminuição ou alteração, em si, do corpo humano. Embora não possa ser classificado como um bem comparável a um carro ou uma casa, pois é indissociável da pessoa, o fato é que o corpo humano é matéria, é patrimônio individual corpóreo de cada ser humano, enquanto os direitos da personalidade não são palpáveis. As consequências são diferentes.

A Ministra Denise Arruda explica essa diferença, esclarecendo que o dano moral é “correspondente à violação do direito à dignidade e à imagem da vítima, assim como ao sofrimento, à aflição e à angústia”. Já o estético é “decorrente da modificação da estrutura corporal do lesado, enfim, da deformidade a ele causada.”<sup>55</sup> Assim, atualmente, é plenamente admissível a cumulação de compensação de dano estético e moral, conforme redação da súmula 387 do Superior Tribunal de Justiça: “é lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”.

---

<sup>51</sup> Flávio Tartuce, *Direito Civil – volume 2 – direito das obrigações e responsabilidade civil*, p. 398.

<sup>52</sup> Ver item 6.2 *infra*.

<sup>53</sup> Rui Stoco, *Tratado de responsabilidade civil*

<sup>54</sup> STJ, 3ª T, AgRg no REsp 473.848/RS, j. 15/05/2003.

<sup>55</sup> STJ, 1ª T, REsp 910.794/RJ, j. 21/10/2008.

Cumprе ressaltar que somente haverá dano estético no caso de lesão permanente, irreversível. Caso seja possível recompor o dano, por meio de uma cirurgia médica, não existirá dano estético, e sim dano patrimonial a ser indenizado, correspondente ao valor gasto com a operação.

Por fim, é importante salientar que é do autor da demanda o ônus de provar o dano estético. Porém, uma vez comprovada a lesão permanente ao corpo humano, o dano moral que será com ele cumulado é dano *in re ipsa*. Em outras palavras, o dano estético precisa ser provado, mas o dano moral decorrente da lesão permanente ao corpo humano é presumido.

Modernamente, surge uma quarta espécie de dano, decorrente da teoria francesa da *perda de uma chance* (“*perte d'une chance*”). Consiste na lesão a uma oportunidade de se obter uma posição almejada no futuro, capaz de trazer benefício patrimonial ou satisfação pessoal. É bastante aplicada, por exemplo, para imputar obrigação de indenizar nas chamadas obrigações de meio, como é o caso dos serviços de advocacia e dos serviços médicos. O que se indeniza, neste caso, obviamente, não é o fato de não se alcançar o resultado desejado pelo cliente (até porque a obrigação não é de resultado, é de meio), mas sim a perda da chance de, eventualmente, alcançar o resultado. É o exemplo do advogado que perde o prazo para recorrer. Não fosse pela desídia do profissional, o cliente teria sua causa apreciada pelo tribunal e, conseqüentemente, oportunidade de vencer a demanda.

Importante ressaltar que para se admitir esse tipo de dano é necessário que a chance perdida seja real. Não se pode permitir que a perda de uma mera oportunidade hipotética enseje a obrigação de indenizar.

Muito se diverge a respeito da sua natureza jurídica. Alguns defendem que seria espécie de dano moral. Outros, que seria uma subespécie de dano emergente<sup>56</sup>. Há, ainda, os que afirmam se tratar de terceira espécie de dano patrimonial. Esta última posição é o que prevalece atualmente no Superior Tribunal de Justiça. O Ministro Luis Felipe Salomão, salienta que a teoria

“visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado”.<sup>57</sup>

---

<sup>56</sup> Sergio Savi, *Responsabilidade por perda de uma chance*, p. 102.

<sup>57</sup> STJ, 4ª T, REsp 1.190.180/RS, j. 16/11/2010.

No entanto, com respeito às opiniões contrárias não parece ser adequado enquadrar o dano por perda de uma chance como espécie de dano moral ou material. É que o bem jurídico lesado é diverso. Não se atinge necessariamente o patrimônio ou um direito da personalidade em si, mas sim uma *oportunidade* de se obter algo almejado no futuro<sup>58</sup>. Esse “algo almejado” pode trazer um benefício patrimonial ou não. Pode ser a chance de obter um emprego, ocasião em que o resultado almejado, se alcançado, traria um benefício patrimonial. Mas também pode ser, por exemplo, a chance de ser pai, situação em que o resultado almejado não traria benefício patrimonial, mas, ao contrário, dever de sustento. Contudo, para muitos, ser pai traria satisfação pessoal.

Cristiano Chaves de Farias, em artigo específico sobre o tema, define o dano por perda de uma chance como “a perda de uma verossímil oportunidade de lograr uma vantagem futura ou impedir uma perda”.<sup>59</sup> Mais adiante em seu trabalho, analisa possíveis situações em que esse tipo de dano pode ser verificado no direito de família. São suas palavras:

“Com efeito, no campo das relações afetivas e patrimoniais de família é possível a prática de determinadas condutas, comissivas ou omissivas, que impliquem em subtrair de alguém oportunidades futuras concretas de obter situações favoráveis de conteúdo econômico, ou não – o que viabiliza o reconhecimento da perda de uma chance”.<sup>60</sup>

Missão difícil é quantificar o valor a ser compensado. Quando a posição almejada consistir em benefício patrimonial, parece razoável, como já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>61</sup>, a realização de um cálculo de probabilidade. Verifica-se, no caso concreto, qual seria o benefício patrimonial e a porcentagem de chance de se alcançar o resultado desejado. O valor a ser pago seria, então, uma porcentagem (a depender da probabilidade de êxito) do valor do benefício patrimonial. O cálculo fica complicado quando a posição desejada pela vítima resultar em satisfação pessoal. Como quantificar, por exemplo, os danos decorrentes da perda da chance de ser pai? A resposta mais razoável parecer ser aplicar a mesma solução do dano moral, já apontada acima.

---

<sup>58</sup> Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, *Direito das famílias*, p. 93.

<sup>59</sup> *A teoria da perda de uma chance aplicada ao direito de família: utilizar com moderação*. Disponível em: <[http://www.ibdfam.org.br/anais\\_download.php?a=182](http://www.ibdfam.org.br/anais_download.php?a=182)>

<sup>60</sup> *Ibidem*.

<sup>61</sup> 4ª T, REsp 788.459/BA, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 08/11/2005

### 3 ELEMENTO NÃO ESSENCIAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Além dos pressupostos essenciais vistos até aqui, em regra, também é necessário um quarto elemento para caracterizar a responsabilidade civil: a culpa do agente. Esta surge como um elemento *não essencial* porque é possível, excepcionalmente, a existência de obrigação de indenizar ou compensar um dano independentemente de sua presença<sup>62</sup>.

#### 3.1 Culpa *lato sensu*

O termo *culpa* pode ser empregado em sentido amplo (*lato sensu*) ou em sentido estrito (*stricto sensu*). Em sentido amplo, a culpa é gênero, do qual são espécies o dolo e a culpa em sentido estrito. Carlos Roberto Gonçalves explica que a culpa *lato sensu* “implica a violação de um dever de diligência, ou, em outras palavras, a violação do dever de previsão de certos fatos ilícitos e de adoção das medidas capazes de evitá-los.”<sup>63</sup>

É preciso ter cuidado para não confundir a *culpa* com a *conduta humana que caracteriza um ato ilícito*<sup>64</sup>. Os dois institutos impõem deveres preexistentes. Mas no ato ilícito, o dever é simplesmente o de não violar direito alheio, pouco importando se o agente tem intenção de causar, tenta evitar ou consegue prever o resultado danoso. Já a culpa, em sentido amplo, consiste na quebra do dever preexistente de *não causar dano a outrem intencionalmente*, ou ainda, o dever de *prever o resultado danoso e agir de forma cautelosa, com o intuito de evitá-lo*.

O *dolo*, no contexto da responsabilidade civil, é a *intenção* de gerar dano a outrem. Pode ser dividido em direto e indireto. Age com *dolo direto* aquele que prevê o resultado danoso e contribui intencionalmente para sua ocorrência, esperando que ele aconteça. Atua com *dolo indireto*, também chamado de *dolo eventual*, o agente que prevê a possibilidade da ocorrência de um resultado danoso, não espera que ele aconteça, mas acha irrelevante se ocorrer, deixando intencionalmente de tomar qualquer providência no sentido de evitá-lo.

---

<sup>62</sup> Ver itens 1.3 *supra* e 3.2 *infra*.

<sup>63</sup> *Responsabilidade civil*, p. 571.

<sup>64</sup> Ver item 2.1 *supra*.



No âmbito do direito penal não há dúvidas de que essa classificação é muito importante, pois o dolo eventual, não raro, pode se confundir com a culpa, especialmente se comparados o dolo eventual e a culpa consciente, que será analisada a seguir. E no direito penal é muito relevante e pontual a diferença entre as consequências geradas por culpa e dolo.

Como salienta Flávio Tartuce<sup>65</sup>, no direito civil essa diferenciação não é importante, pois havendo culpa ou dolo, haverá obrigação de indenizar de qualquer forma. O que pode ser relevante é o grau de culpa, como se verá adiante. De qualquer forma, registre-se que outros autores acreditam que a classificação é relevante também para o direito civil, como Inácio de Carvalho Neto<sup>66</sup>.

A conduta dolosa capaz de gerar um resultado danoso é a mais reprovável que existe, e por isso, a reparação ou compensação dos danos deve ser sempre integral, não se admitindo, em regra, eventual redução prevista nos artigos 944 ou 945 do Código Civil. Como observa Flávio Tartuce, aplica-se, no caso, o *princípio da reparação integral dos danos*<sup>67</sup>.

A *culpa em sentido estrito*, por seu turno, consiste em uma ação ou omissão voluntária, praticada com negligência, imprudência ou imperícia, causadora de resultado danoso involuntário, porém previsível. Quem age com culpa não espera que o resultado danoso e previsível ocorra, contudo, não toma o cuidado necessário para evitá-lo. O resultado, embora previsível, pode não ter sido previsto pelo agente, ou, ao contrário, pode ter sido previsto pelo agente, que acreditou que conseguiria evitá-lo, hipótese esta em que se configura a chamada *culpa consciente*<sup>68</sup>.

Para que a culpa esteja configurada, como se viu, é necessário que o resultado danoso seja previsível. É o pressuposto da *previsibilidade*, sem o qual não é possível se imputar culpa a alguém. Mas como definir se um resultado danoso é previsível? Rui Stoco explica que o magistrado deve utilizar dois critérios: o objetivo e o subjetivo. O critério *objetivo* é o do homem médio. Analisa-se se uma pessoa que tenha discernimento e grau de entendimento equivalente à média da sociedade conseguiria prever o resultado. O critério *subjetivo* consiste em checar se é exigível

---

<sup>65</sup> *Direito Civil – volume 2 – direito das obrigações e responsabilidade civil*, p. 358.

<sup>66</sup> *Responsabilidade civil no direito de família*, p. 53.

<sup>67</sup> *Op. cit.*, p. 358.

<sup>68</sup> Rui Stoco, *Tratado de responsabilidade civil*, p. 161.

que o agente tenha condições de prever o resultado levando-se em consideração suas condições pessoais, tais como idade, círculo social, grau de escolaridade etc<sup>69</sup>.

Além disso, para existir culpa, também é preciso que o agente tenha agido com falta de cuidado, ou seja, que tenha praticado o ato com negligência, imprudência ou imperícia. Negligência é uma conduta omissiva, consistente em deixar de fazer algo que deveria ter sido feito para evitar um possível dano, como por exemplo, deixar de vigiar os filhos. Imprudência é um ato comissivo, que se traduz em fazer algo que não deveria ter sido feito para evitar um dano, como por exemplo, praticar ato sexual sabendo ter contraído doença sexualmente transmissível. E, por fim, imperícia é ato praticado com ausência de habilidade técnica para o exercício de determinada atividade profissional. A título de exemplo, cita-se o médico que receita o remédio errado, o advogado que perde o prazo de resposta etc.

Há uma classificação importante sobre a culpa, capaz de influenciar no valor da indenização ou compensação do dano. Trata-se da sua gradação. Flávio Tartuce ensina que, quanto ao *grau* de culpa, esta pode ser *grave* (também chamada de *lata*), *leve* ou *levíssima*. A culpa grave é aquela em que a falta de cuidado é muito grosseira a ponto de parecer que o agente desejava o resultado. Nesses casos, a indenização será sempre integral, pois a culpa grave é equiparada ao dolo. Na culpa leve a falta de diligência é média, e teria sido observada pelo homem médio, com uma atenção ordinária. Na culpa levíssima a falta de diligência é baixíssima, e teria sido observada somente por alguém com atenção extraordinária, habilidade específica ou conhecimento peculiar<sup>70</sup>. Tanto a culpa leve quanto a levíssima admitem a redução equitativa do valor a ser indenizado ou compensado, conforme previsão expressa do artigo 944, parágrafo único do Código Civil.

### 3.2 A culpa e o ato abusivo de direito

Como já se estudou, a conduta humana apta a gerar responsabilidade civil pode caracterizar um ato abusivo de direito. Questão controversa e importante para o presente estudo reside na dúvida sobre a exigência ou não do elemento *culpa* para que o abuso de direito enseje obrigação de indenizar.

---

<sup>69</sup> Rui Stoco, *Tratado de responsabilidade civil*, p. 161.

<sup>70</sup> *Direito Civil – volume 2 – direito das obrigações e responsabilidade civil*, p. 363-366.

Parte da doutrina entende que o abuso de direito deve seguir a teoria subjetiva, em que se exige a culpa para configuração da obrigação de indenizar. Rui Stoco é um dos autores que se filiam a essa corrente, afirmando, inclusive, que nos casos de culpa levíssima, não há responsabilidade civil<sup>71</sup>. Entretanto, como conclui Daniel M. Boulos, prevalece na doutrina entendimento diverso, em que se enquadra o abuso de direito como uma das hipóteses de responsabilidade objetiva, na qual não se discute culpa para imputar a obrigação de indenizar<sup>72</sup>. Neste sentido, cumpre transcrever o Enunciado 37 da I Jornada de Direito Civil: “A responsabilidade civil decorrente do abuso de direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”.

O Superior Tribunal de Justiça também tem entendido que o abuso de direito independe de culpa, embora considere que a responsabilidade é subjetiva. Explica-se. Para o entendimento atual da 3ª e 4ª Turmas do Tribunal, o abuso de direito está ao lado do dolo e da culpa. Ou seja, o abuso de direito seria um elemento também de análise subjetiva, uma terceira espécie de culpa *lato sensu*. Assim, o sujeito pode cometer uma conduta dolosa, culposa ou abusiva de direito. Presente qualquer uma delas, há dever de indenizar ou compensar. O raciocínio é diferente, mas a conclusão é a mesma. Com texto muito parecido ao de um julgado da 3ª Turma<sup>73</sup>, confira-se trecho da seguinte ementa proferida pela 4ª Turma:

“Com exceção das hipóteses de responsabilidade objetiva previstas no sistema de responsabilidade civil, nosso direito civil consagra o princípio da culpa para a responsabilidade decorrente de ato ilícito, não se concebendo, em regra, o dever de indenização se ausente o dolo, a culpa ou o abuso de direito.”<sup>74</sup>

Dessa forma, o tribunal reserva para a responsabilidade objetiva tão somente as hipóteses que se enquadram na teoria do risco.

Com efeito, embora o tema ainda não seja pacífico, prevalece que havendo abuso de direito, é irrelevante a presença da culpa *lato sensu*. Essa conclusão é muito relevante para o tema da responsabilidade civil no direito de família porque não são raras as condutas abusivas de direito nas relações familiares, e a culpa ou dolo, nestes casos, podem ser elementos muito difíceis de provar.

---

<sup>71</sup> *Tratado de responsabilidade civil*, p. 150.

<sup>72</sup> *Abuso do direito no novo Código Civil*, p. 135-143.

<sup>73</sup> REsp 1.193.886/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 09/11/2010.

<sup>74</sup> REsp 884.009/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 10/05/2011.

## 4 CAUSAS DE NÃO CONFIGURAÇÃO OU EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Neste item se passará a analisar o que muitos autores denominam de *excludentes da responsabilidade civil*. Preferiu-se incluir no título o termo “*causas de não configuração*” por se concordar, em parte, com Inacio de Carvalho Neto<sup>75</sup>, e se entender que a palavra “*excludentes*” não é adequada para todos os institutos que serão estudados. Isso porque, em alguns casos, o que se observa não é propriamente uma exclusão de responsabilidade, mas sim a sua *não configuração*.

As causas de não configuração da responsabilidade civil poderiam até mesmo ser enquadradas como *pressupostos negativos* da responsabilidade civil. Isso porque se estiverem presentes nem sequer chega a existir qualquer obrigação de indenizar. A responsabilidade civil não se configura, em regra, se não estiver presente a ilicitude do ato. Da mesma forma, não se caracteriza se não estiver presente, em regra, a culpa, e em qualquer caso, o nexo causal. Será excluída pela prescrição ou pelo perdão tácito.

### 4.1 Inexistência de ilicitude

Já se analisou que a conduta lícita, em regra, não caracteriza a obrigação de indenizar<sup>76</sup>. Algumas condutas, embora pareçam ilícitas, chegando inclusive a causar danos, dependendo dos motivos que as determinaram, são consideradas revestidas de licitude, por expressa previsão legal. Neste contexto, se enquadram três causas, previstas no artigo 188 do Código Civil: a) *legítima defesa*; b) *exercício regular de um direito*; c) *estado de necessidade*.

Não se configura a obrigação de indenizar sempre que uma pessoa causar danos a outra em *legítima defesa* (artigo 188, I, do Código Civil), pois o motivo que determina a ação do agente é sua autodefesa ou defesa de terceiro e, por isso, sua conduta é lícita. É unânime entre os civilistas que o conceito de legítima defesa está consolidado no artigo 25 do Código Penal, nos seguintes termos: “entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”.

---

<sup>75</sup> *Responsabilidade civil no direito de família*, p. 64.

<sup>76</sup> Ver item 2.1 *supra*.

Algumas observações são importantes. Primeiramente, caso aquele que se defende exagere na prática de seus atos, causando prejuízos quando o agressor já estiver inerte, responde pelos danos causados pelo exagero porque o excesso configura ato ilícito. É possível, contudo, que a responsabilidade por indenizar os danos causados pelo excesso não se configure, não em razão da inexistência de ilicitude, mas em razão da inexistência de culpa<sup>77</sup>.

Pode ser, ainda, que o agente cometa um engano e cause danos a alguém, acreditando que esta pessoa esteja na iminência de o agredir, quando na verdade não está. É o caso da chamada legítima defesa *putativa*. Neste caso, o ato é ilícito. No entanto, assim como ocorre na hipótese de excesso, é possível que a legítima defesa putativa configure um ato não culposos.

Também é possível que o defensor cometa um erro de execução (*aberratio ictus*), atingindo terceiros ou bens, hipótese em que existirá obrigação de indenizar os danos causados, independentemente de culpa. No entanto, como ensina Carlos Roberto Gonçalves, neste caso é admissível o direito de regresso contra o agressor, por força do artigo 930, parágrafo único do Código Civil<sup>78</sup>.

Assim, em síntese, são requisitos para que não se configure a obrigação de indenizar em razão da legítima defesa: a) que a agressão seja injusta, isto é, não seja provocada pela própria pessoa que se defende; b) que a agressão seja atual ou esteja na iminência de ocorrer; c) que os atos de defesa sejam proporcionais à agressão, quer dizer, se faça apenas o necessário para evitá-la, com os meios disponíveis; d) que a legítima defesa seja real, e não imaginária (putativa); e) que os atos de defesa atinjam apenas o agressor.

A obrigação de indenizar também não se configura se o agente causar um dano em razão de conduta que caracterize um *exercício regular de um direito* reconhecido, nos termos do artigo 188, I do Código Civil. Isso porque quem exerce um direito seu age de forma lícita. Como exemplo, pode-se citar o direito de ação previsto no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal<sup>79</sup>, ainda que o autor venha a perder a demanda. Outro exemplo é a hipótese do credor que inclui o nome do devedor no cadastro de inadimplentes, desde que a cobrança não seja indevida<sup>80</sup>. Cumpre lembrar, entretanto, que se o agente exceder manifestamente os limites

---

<sup>77</sup> Ver item 4.3 *infra*.

<sup>78</sup> *Responsabilidade civil*, p. 845.

<sup>79</sup> STJ, 3ªT, REsp 1.185.122/RJ, rel. Min. Massami Uyeda, j. 17/02/2011.

<sup>80</sup> Flávio Tartuce, *Direito Civil – volume 2 – direito das obrigações e responsabilidade civil*, p. 561.

impostos pelos fins econômicos ou sociais, boa-fé ou os bons costumes, o exercício do direito passa a ser irregular, caracterizando abuso do direito.

Também não haverá ilicitude nem responsabilidade civil no caso do agente que causar danos agindo no *estrito cumprimento do dever legal*. Como salienta Flávio Tartuce, trata-se de espécie de exercício regular de um direito. É o exemplo do bombeiro e do policial agindo no exercício de suas funções<sup>81</sup>. Mas cumpre advertir que essa causa de não configuração de responsabilidade aplica-se apenas ao agente, e não ao Estado, que terá o dever de indenizar. Nesse sentido, aduz Rui Stoco que “sendo a responsabilidade do Estado – de regra – objetiva, nos termos do art. 37, §6º da CF/88, o só fato do seu agente ter agido no estrito cumprimento do dever legal não exonera o Poder Público do dever de reparar”<sup>82</sup>.

Outra causa de não configuração da ilicitude é o *estado de necessidade* (artigo 188, II, e parágrafo único do Código Civil). Consiste em deterioração ou destruição de coisa alheia, ou lesão a pessoa, com o objetivo de remover perigo iminente e inevitável.

O estado de necessidade é classificado em *defensivo* e *agressivo*. No estado de necessidade defensivo, o bem lesionado pertence àquele que provocou o perigo. Neste caso, não há obrigação de indenizar. No estado de necessidade agressivo, de outro lado, o bem sacrificado é de propriedade de terceiro, não provocador do perigo<sup>83</sup> e, por força do artigo 929 do Código Civil, ainda que se trate de um ato lícito, haverá obrigação de indenizar o terceiro que sofreu os danos, independentemente de culpa, sendo admitida a ação de regresso contra o causador do perigo (artigo 930, *caput*, do Código Civil).

Em resumo, a regra é de que não se configura responsabilidade civil nos casos de legítima defesa real praticada contra o agressor, exercício regular de um direito, estrito cumprimento de um dever legal e estado de necessidade defensivo. Ademais, haverá obrigação de indenizar nos casos de erro na execução da legítima defesa (*abberatio ictus*) e estado de necessidade agressivo, independentemente de culpa, admitindo-se, em ambos os casos, ação de regresso contra o agressor e causador do perigo, respectivamente. Por fim, haverá obrigação

---

<sup>81</sup> *Op cit.*, p. 564.

<sup>82</sup> *Tratado de responsabilidade civil*, p. 221-222.

<sup>83</sup> Flávio Tartuce, *Direito Civil – volume 2 – direito das obrigações e responsabilidade civil*, p. 560.

de indenizar nos casos de excesso na legítima defesa e legítima defesa putativa, ressaltando-se, nestes casos, a possibilidade de se discutir culpa.

#### 4.2 Inexistência de nexo causal

Também não se configura a responsabilidade civil quando presente qualquer uma das quatro causas que impedem a caracterização do nexo causal entre a conduta e o dano. São elas: a) fato exclusivo da vítima; b) fato exclusivo de terceiro; c) caso fortuito; d) força maior.

Com relação ao *fato exclusivo da vítima*, alguns autores utilizam como sinônimo o termo *culpa exclusiva* da vítima. Entretanto, concorda-se com Sergio Cavalieri Filho, que prefere o termo *fato exclusivo* da vítima, eis que não se trata propriamente de uma discussão de culpa, mas sim de uma discussão de nexo causal, onde o que se verifica é a conduta responsável pelo resultado danoso<sup>84</sup>, não se configurando o dever de indenizar nem mesmo nos casos de responsabilidade objetiva. O mesmo raciocínio se aplica para o *fato exclusivo de terceiro*. Nessas hipóteses, como a conduta do indivíduo não concorreu para o evento danoso, não haverá, em regra, responsabilidade civil.

Contudo, cabe ressaltar que o Código Civil prevê, no artigo 932, exceções nas quais haverá obrigação de indenizar decorrente de fato de terceiro. Serão, portanto, obrigados a indenizar, ainda que não tenham causado o resultado, os pais em relação às condutas praticadas pelos filhos, os tutores em relação aos atos dos tutelados e etc.

A ocorrência de *caso fortuito* ou *força maior* também são causas de não incidência do nexo de causalidade. Muito diverge a doutrina a respeito da diferença entre os dois institutos, preferindo alguns autores tratá-los como sinônimos. Entre diversas conceituações, parece ser mais apropriada a de Sergio Cavalieri Filho. Leciona o autor que caso fortuito é o “evento imprevisível e, por isso, inevitável”, ao passo que a força maior é um evento previsível, mas inevitável, “por se tratar de fato superior às forças do agente, como normalmente são os fatos da Natureza, como as tempestades, enchentes etc.”<sup>85</sup>

---

<sup>84</sup> Programa de responsabilidade civil, p. 64.

<sup>85</sup> *Ibidem*, p. 65-66.

No entanto, como observa Rui Stoco, não há relevância prática na diferenciação entre caso fortuito e força maior, porque a consequência, de acordo com o que preceitua o artigo 393 do Código Civil, será exatamente a mesma: a não configuração da responsabilidade civil.<sup>86</sup>

Portanto, os dois caracterizam eventos inevitáveis, com a diferença de que na força maior há previsibilidade e no caso fortuito não. Carlos Roberto Gonçalves ensina que para se verificar a presença do caso fortuito ou força maior deve se analisar três requisitos: a inexistência de culpa, eis que a culpa exclui o caso fortuito e vice-versa; a superveniência e inevitabilidade do fato; e a impossibilidade de resistência humana<sup>87</sup>.

Também aduz o autor que há diferença entre *fortuito externo* e *fortuito interno*. O primeiro resulta de fatos estranhos à conduta ou atividade normalmente exercida pelo agente, enquanto o último está diretamente ligado à pessoa ou sua atividade<sup>88</sup>. Exemplo de fortuito externo é o roubo de carga por bando fortemente armado<sup>89</sup>. Exemplo de fortuito interno é a fraude praticada por terceiros causando danos ao correntista de instituição financeira<sup>90</sup>.

A diferenciação é mais relevante no âmbito da responsabilidade civil objetiva, fundada na teoria do risco<sup>91</sup>. O fortuito externo é causa de não incidência de nexo de causalidade, não originando dever de indenizar nem mesmo nas hipóteses de responsabilidade objetiva. Por outro lado, verificado o fortuito interno subsiste o nexo causal, mas não a culpa, ensejando dever de indenizar somente nas hipóteses de responsabilidade objetiva fundadas na teoria do risco. Com efeito, a distinção tem pouca ou nenhuma relevância prática para a responsabilidade civil decorrente das relações familiares.

### 4.3 Inexistência de culpa

A obrigação de indenizar não se caracterizará se ausente a culpa, nos casos em que ela é exigida. A culpa não se verifica, ou se reputa levíssima e sem

---

<sup>86</sup> *Tratado de responsabilidade civil*, p. 212.

<sup>87</sup> *Responsabilidade civil*, p. 869.

<sup>88</sup> *Ibidem*, p. 870.

<sup>89</sup> STJ, 4ªT, REsp 927.148/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 04/10/2011.

<sup>90</sup> STJ, 2ªS, REsp 1.199.782/PR, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 24/08/2011.

<sup>91</sup> Ver item 1.3 *supra*.



importância<sup>92</sup>, quando o agente praticar um erro escusável, com relação à previsibilidade do resultado danoso, ou ainda, com relação à cautela exigível para evitar esse resultado.

O erro escusável é aquele que também seria cometido pelo homem médio (critério *objetivo* de análise da culpa), levando-se em consideração um grupo de pessoas com as mesmas condições pessoais do agente (critério *subjetivo* de análise da culpa).

Assim, se o resultado danoso não seria previsível pela média das pessoas com as mesmas condições de discernimento do agente, não há culpa. Da mesma forma, não se configura a culpa se a média das pessoas com a mesma noção de entendimento do agente, embora previssem o resultado, acreditassem ter tomado todas as cautelas necessárias para evitá-lo.

#### 4.4 Prescrição

Além das causas vistas acima, em que nem sequer se configura a obrigação de indenizar, há as causas em que a obrigação até chega a existir, mas por um evento posterior, é excluída. Um exemplo é a fluência de um lapso temporal.

Expressamente prevista no artigo 189 do Código Civil, a prescrição consiste na extinção da *pretensão* ao direito de reparação do dano, e não na extinção do direito em si, diante da inércia da vítima por determinado período de tempo. Significa dizer que, uma vez verificada a prescrição, a vítima não poderá ingressar com ação judicial para cobrar o agente, mas se este, por sua livre e espontânea vontade, vier a pagar a vítima, não poderá pedir a quantia paga de volta, sob a alegação de que já ocorreu a prescrição. Por esse motivo, alguns autores não a incluem no rol das causas excludentes da responsabilidade civil. No entanto, na prática, a prescrição atua no mundo real como verdadeira excludente da obrigação de indenizar, pois é dever do juiz conhecê-la de ofício (artigo 219, §5º do Código de Processo Civil). Dessa forma, há autores que a incluem como causas que excluem o dever de indenizar, como por exemplo, Carlos Roberto Gonçalves<sup>93</sup> e Rui Stoco<sup>94</sup>.

---

<sup>92</sup> Rui Stoco, *Tratado de responsabilidade civil*, p. 157-158.

<sup>93</sup> *Responsabilidade civil*, p. 884.

<sup>94</sup> *Tratado de responsabilidade civil*, p. 238.

A prescrição está fundamentada no princípio da segurança jurídica. Causaria insegurança às relações jurídicas a possibilidade de uma pessoa ser cobrada de uma dívida por prazo indefinido. Assim, cumpre à vítima não ser inerte, e exercitar o seu direito de ação para cobrar o agente causador dos danos, no prazo estabelecido em lei.

O Código Civil de 2002 prevê expressamente, no artigo 206, §3º, V, o prazo prescricional de três anos para “pretensão da reparação civil”. Quanto ao termo inicial do prazo, vigora o princípio da *actio nata*, segundo o qual a prescrição se inicia a partir do momento em que nasce a pretensão. Em regra, portanto, o prazo começa a contar da data da ocorrência do dano. No entanto, se a vítima desconhece o resultado danoso, o prazo só se inicia a partir do momento em que ela tomar conhecimento dos efeitos da lesão, pois só nesse instante é que nasce a pretensão<sup>95</sup>.

Algumas observações são importantes, principalmente para os casos de responsabilidade civil decorrentes das relações de família. Não corre o prazo prescricional entre cônjuges na constância da sociedade conjugal (artigo 197, I, do Código Civil) ou entre ascendentes e descendentes durante o poder familiar (artigo 197, II, do Código Civil). Embora o Código seja omissivo, prevalece que a regra também se estende aos companheiros durante a constância da união estável. Vale mencionar o enunciado 97 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal o qual estabelece: “no que tange à tutela especial da família, as regras do Código Civil que se referem apenas ao cônjuge devem ser estendidas à situação jurídica que envolve o companheiro (...)”. O Tribunal de Justiça de São Paulo também já conferiu entendimento nesse sentido<sup>96</sup>.

#### 4.5 Perdão tácito

O perdão é instituto muito utilizado no direito penal, eis que está expressamente previsto nos artigos 105 e 106 do Código Penal. Não se confunde com a *renúncia*. Perdão é ato bilateral, que depende da aceitação do agente, enquanto a renúncia é ato unilateral, não dependendo de aceitação do agente.

---

<sup>95</sup> STJ, 4ªT, REsp 1.276.311/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 20/09/2011.

<sup>96</sup> TJSP, 6ª Câmara, Dir. Priv., Apelação 510.032-4/4, rel. Des. Encinas Manfre, j. 28/02/2008.

Também não se confunde com o consentimento do ofendido, que é anterior ou concomitante ao ato ilícito, enquanto o perdão ocorre em momento posterior.

O Código Civil não trata do perdão para a responsabilidade civil aquiliana. Prevê apenas o perdão (*remissão*) da dívida, nos artigos 385 a 388, instituto que diz respeito ao direito obrigacional e é espécie de pagamento indireto.<sup>97</sup>

No entanto, não se pode ignorar sua existência, principalmente no que diz respeito à responsabilidade civil no direito de família. Nas relações familiares, determinadas condutas ilícitas geram o direito ao lesado de exigir indenização ou compensação. Contudo, não raro, as condutas ilícitas estão misturadas e intercaladas com condutas positivas de afeto. Um dia, um cônjuge descobre que foi traído pelo outro. Na semana seguinte, estão cheios de amores, em uma viagem romântica. Um dia, em uma discussão, o filho ofende o pai. No outro, estão se abraçando e comemorando em uma festa de família. Assim, adaptado ao tema da responsabilidade civil, o perdão tácito consiste em ato incompatível com a vontade de exigir a indenização ou compensação por danos causados por conduta anterior.

Muitos tribunais têm entendido que se a conduta ilícita não foi suficiente para romper a relação de afeto, há perdão tácito, excluindo-se o dever de indenizar. Cita-se, como exemplo, três julgados:

“AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANOS MORAIS E À IMAGEM. CÔNJUGES. NECESSIDADE DE EFETIVA DEMONSTRAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A CONDUTA DESENVOLVIDA E O DANO SOFRIDO. Paternidade da filha mais velha do casal, que em exame de DNA resultou negativa, causando ao varão forte abalo psíquico e situação vexatória perante familiares e amigos. Prosseguimento do matrimônio por mais um ano após o conhecimento do fato, o que configura perdão tácito. Separação que se deu em decorrência de outra traição do cônjuge-mulher, levando o apelante a buscar indenização pelo dano moral e à imagem sofrido, pelo conhecimento de que não era o pai biológico da filha. Ausência de demonstração do dano, improcedência da pretensão indenizatória do apelante.”<sup>98</sup>

“AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - INFIDELIDADE - CIÊNCIA DA OFENDIDA - FILHO HAVIDO FORA DA RELAÇÃO ESTÁVEL - PROSSEGUIMENTO DA VIDA EM COMUM - PERDÃO TÁCITO E EXPRESSO - DANO MORAL NÃO CONFIGURADO - INDENIZAÇÃO INDEVIDA. A prática de adultério por qualquer dos cônjuges gera tão-somente a dissolução da sociedade conjugal, com os seus reflexos. Quando ocorre o perdão por parte do cônjuge ou companheiro não culpado, não há falar em indenização por DANO

<sup>97</sup> Flávio Tartuce, *Direito civil – volume 2 – direito das obrigações e responsabilidade civil*, p. 199.

<sup>98</sup> TJRS, 7ª Câmara, Apelação 70021802244, rel. Des. André Luiz Planella Villarinho, j. 05/11/2008.

MORAL à parte supostamente ofendida. Na hipótese dos autos, em que a requerente, após o conhecimento da INFIDELIDADE do companheiro, viveu por mais dois anos em sua companhia e declarou em audiência tê-lo perdoado, buscando a continuidade da sociedade conjugal, não há que se falar em DANO MORAL decorrente de adultério.<sup>99</sup>

“DANOS MORAIS. INFIDELIDADE E OMISSÃO DO CÔNJUGE VIRAGO ACERCA DA PATERNIDADE BIOLÓGICA DE FILHA. EXISTÊNCIA DE FORTES INDÍCIOS DE QUE O CÔNJUGE VARÃO TINHA CONHECIMENTO QUE A PATERNIDADE BIOLÓGICA DA FILHA ERA DE TERCEIRO. FILHA QUE NASCEU QUATRO MESES APÓS A PRIMEIRA RELAÇÃO SEXUAL DO CASAL. QUESTIONAMENTO DA PATERNIDADE QUE OCORREU SOMENTE 23 ANOS APÓS O NASCIMENTO DA FILHA. PERDÃO TÁCITO EVIDENCIADO. NÃO OCORRÊNCIA DE ABALO MORAL. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. A infidelidade, assim como a omissão de informação essencial, em que pese constituírem uma quebra de um dever conjugal, não geram, por si sós, dano moral indenizável. Para tanto, é preciso que efetivamente fiquem comprovados os requisitos básicos da responsabilidade civil subjetiva, quais sejam, a conduta, o dano, o nexo de causalidade e a culpa. A verificação de paternidade de terceiro após decorrido longo tempo após o nascimento da prole, quando existentes indícios de incerteza nesse momento, não configura abalo moral, mormente porque evidente a prática de PERDÃO TÁCITO.”<sup>100</sup>

---

<sup>99</sup> TJMG, 17ª Câmara Cível, Apelação 1.0713.08.086870-4/003, rel. Des. Luciano Pinto, j. 02/09/2010.

<sup>100</sup> TJSC, 6ª Câmara Dir. Civil, Apelação 2011.000520-0, rel. Des. Jaime Luiz Vicari, j. 02/02/2012.

## 5 RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES AMOROSAS ENTRE CASAIS

Passa-se agora a analisar as principais condutas praticadas nas relações de família que podem ocasionar danos e, por consequência, responsabilidade civil, bem como a pontuar situações em que a jurisprudência entende não estar presente um resultado danoso, além de hipóteses em que há controvérsia a respeito da existência ou não de danos.

Inicia-se pela análise de condutas praticadas entre casais. Dos diversos tipos de relação que podem ser constituídas entre casais, apenas o casamento e a união estável são considerados entidades familiares, nos termos do artigo 226 da Constituição Federal. No entanto, muitas condutas analisadas a seguir podem ser aplicadas também ao noivado e ao namoro, fases que antecedem a constituição daquelas espécies de família. Algumas hipóteses, até mesmo ao concubinato podem ser empregadas.

Antes de se iniciar, portanto, é importante, ainda que de forma resumida, conceituar os tipos de relação entre casais, bem como seus principais efeitos jurídicos. Quando duas pessoas vivem uma relação amorosa podem estar constituindo, dependendo das circunstâncias, uma das seguintes espécies de relação: a) *namoro*; b) *noivado*; c) *união estável*; d) *casamento*; e) *concubinato*.

O namoro, como dito, não é uma entidade familiar. Também não é estabelecido pela lei, não tendo, portanto, qualquer tipo de requisito, nem efeitos patrimoniais ou sucessórios. Também não se estabelece vínculo gerador de obrigação alimentícia. Normalmente, em razão dos costumes, se verifica nos namoros os mesmos requisitos objetivos da união estável, ou seja, *continuidade, publicidade, durabilidade e inexistência de impedimentos matrimoniais* (com exceção das pessoas já casadas e separadas). É o chamado *namoro qualificado*<sup>101</sup>. No entanto, nada impede que o namoro não possua um ou mais desses requisitos, e seja, por exemplo, um relacionamento aberto, às escondidas etc.

O noivado é constituído em um período que antecede o casamento, em que há planejamento e intenção inequívoca de, no futuro, se casar. É a fase em que ambos os nubentes assumem o compromisso de estabelecer uma vida conjugal.

---

<sup>101</sup> Maria Rúbia Cattoni Poffo, *Inexistência de união estável em namoro qualificado*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=601>>

Também é estabelecido por força dos costumes, não estando previsto em lei. Não gera efeitos patrimoniais ou sucessórios, nem estabelece vínculo gerador da obrigação alimentar. Como aduz Inácio de Carvalho Neto, em geral, mas não necessariamente, é no noivado que se verifica os *esponsais* (promessa recíproca de casamento)<sup>102</sup>.

A união estável é entidade familiar, expressamente prevista no artigo 226, §3º da Constituição Federal. Constitui-se pela existência de requisitos fáticos, previstos no artigo 1.723 do Código Civil. Tais requisitos podem ser objetivos ou subjetivos. Os *requisitos objetivos* da união estável são *continuidade, publicidade, durabilidade e inexistência de impedimentos matrimoniais, com a exceção das pessoas casadas e já separadas de fato ou judicialmente*.

A exigência de *continuidade* da relação significa dizer que esta não pode ser eventual. Contudo, as separações momentâneas, geradas por desentendimentos, comuns em qualquer relacionamento, não são suficientes para descaracterizar esse requisito. A *publicidade*, por sua vez, se traduz no conhecimento da relação por parte das pessoas pertencentes ao círculo social dos conviventes. Em outras palavras, a relação deve ser notória. A *durabilidade* consiste em período de tempo suficiente para formar vínculos de afeto entre o casal. Não há um prazo certo, não estando mais vigente a norma que previa a duração mínima de cinco anos (artigo 1º da Lei 8.971/94). A análise deve ser feita no caso concreto, com razoabilidade e bom senso. Por fim, é necessária a *inexistência de impedimentos matrimoniais*, os quais estão previstos nos incisos do artigo 1.521 do Código Civil. Dessa forma, não pode, por exemplo, uma pessoa casada constituir união estável, com exceção das que estiverem separadas de fato ou judicialmente (artigo 1.723, §1º, do Código Civil).

Além dos requisitos objetivos, para se caracterizar a união estável, também é necessário que esteja presente o *requisito subjetivo*, que é o *objetivo de constituir família*. Conforme ensinamentos de Ana Cláudia S. Scalquette, o objetivo de constituir família é “o empenho do casal em empreender esforços para concretização dos sonhos comuns. Compartilhar os bons e maus momentos, buscando o bem-estar da família e do próprio casal, comungando dos mesmos

---

<sup>102</sup> *Responsabilidade civil no direito de família*, p. 419.

interesses”<sup>103</sup>. É justamente esse objetivo que não está presente no namoro qualificado, sendo elemento diferenciador entre este e a união estável.

Carlos Roberto Gonçalves lembra que o termo “objetivo” não traz a ideia de futuro. Pelo contrário, é uma intenção que se verifica no presente, isto é, um objetivo consumado. Nesse sentido, afirma o autor que é necessária a “efetiva constituição de família, não bastando para a configuração da união estável o simples *animus*, o objetivo de constituí-la, pois, do contrário estaríamos novamente admitindo a equiparação do namoro ou noivado à união estável”<sup>104</sup>.

A união estável, por ser espécie de família, origina efeitos patrimoniais, variáveis de acordo como o regime de bens estabelecido (artigo 1.725, do Código Civil), bem como efeitos sucessórios (artigo 1.790, do Código Civil), além de gerar vínculo para eventual obrigação alimentícia (artigo 1.694, do Código Civil).

O casamento está igualmente previsto no artigo 226 da Constituição Federal como entidade familiar. Também estabelece a comunhão plena de vida, resultante do objetivo de constituir família. Entretanto, diferentemente da união estável, não se constitui por uma situação de fato, mas sim por uma manifestação de vontade dos nubentes perante autoridade competente, que declara solenemente a união, observadas determinadas formalidades previstas em lei (artigos 1.533 a 1.542 do Código Civil). Com efeito, sua comprovação é muito mais fácil, não necessitando da presença de requisitos fáticos, mas apenas da certidão de casamento. No casamento também se verificam efeitos patrimoniais (artigos 1.639 e seguintes do Código Civil) e sucessórios (artigo, 1.829, I, II e III do Código Civil), além de também constituir vínculo para eventual obrigação de prestar alimentos.

Concubinato é a relação em que estão presentes os requisitos da união estável, com exceção da inexistência de impedimentos matrimoniais (artigo 1.727 do Código Civil). Segundo os ensinamentos de Flávio Tartuce e José Fernando Simão, pode ser *adulterino*, quando pelo menos um é casado e não separado; *incestuoso*, quando o impedimento matrimonial se refere à existência de parentesco entre os concubinos; ou ainda, *desleal*, quando pelo menos um constitui união estável anterior com terceiro<sup>105</sup>. Não é considerado entidade familiar, motivo pelo qual não confere direitos à meação, sucessão ou alimentos. No entanto, para alguns, confere

---

<sup>103</sup> *União estável*, p. 9.

<sup>104</sup> *Direito civil – direito de família*, p. 542.

<sup>105</sup> *Direito civil – direito de família*, p. 282-283.

direitos patrimoniais desde que comprovado o esforço comum (aplicação da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal), o que se analisará de forma pontual adiante.

### 5.1 Rompimento da relação

Felizmente, nos dias de hoje todas as espécies de relação amorosa entre casais, inclusive o casamento, podem ser rompidas por mera liberalidade de uma das partes, a qualquer tempo, e sem necessidade de qualquer motivação. Nas relações de fato, como o namoro, noivado, união estável e concubinato, não há necessidade de qualquer formalidade para a extinção da união. No caso da união estável, em razão dos direitos que ela pode conferir (meação, alimentos e sucessão), pode ser necessária uma ação judicial, com o fim de reconhecê-la e dissolvê-la, para que então possa surtir seus efeitos jurídicos. Já o casamento, deverá ser extinto pelo divórcio. No entanto, a separação de fato já se mostra suficiente para colocar fim aos seus efeitos, devendo sempre ser comprovada.

Cumprir verificar se a conduta de romper a relação pode causar algum resultado danoso, a ensejar indenização ou compensação.

Mas antes, é importante esclarecer que não se analisa, aqui, o rompimento da relação como consequência de outra conduta antecedente. No direito de família moderno não se admite mais a discussão de quem é o culpado pelo fim do casamento<sup>106</sup>. Se, por exemplo, um dos cônjuges for infiel, isso pode até ser importante para levar o traído a tomar a decisão de colocar um fim ao relacionamento, mas não se discutirá judicialmente se o infiel foi o responsável pelo fim do casamento. Assim, o simples fato de um dos cônjuges, eventualmente, ser o culpado pelo término da relação conjugal não é motivo suficiente para condená-lo a reparação por danos. Isso porque, em verdade, não é um só fato que leva um relacionamento ao seu fim. É uma sucessão de fatos e de decepções causadas por ambos os cônjuges, o que torna praticamente impossível encontrar um exclusivo culpado pelo término da relação.

Dessa forma, se, eventualmente, a traição causar danos, a existência de suposta indenização ou compensação será analisada de forma independente e pontual, assim como outros fatos motivadores do término também podem ser.

---

<sup>106</sup> Caetano Lagrasta, *Divórcio – o fim da separação e da culpa?* Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=690>>



Analisa-se, portanto, o *dano* como consequência da conduta, e não o *término* como consequência da conduta. É controvertido se os pedidos de indenização ou compensação decorrentes de condutas praticadas durante a relação podem ser feitos nos mesmos autos da ação de divórcio, ou se devem ocorrer necessariamente em ação autônoma. Essa questão será analisada em item específico<sup>107</sup>.

De qualquer forma, o que se pretende analisar neste item, é se o rompimento, em si, motivado ou não, é capaz de gerar danos.

Assim, o primeiro exame a ser feito é se o rompimento pode resultar algum dano patrimonial. Durante o período de uma relação amorosa é natural que o patrimônio de um ou de ambos aumente. Ao final da relação, mais natural ainda é que um dos membros do casal se sinta no direito de ser indenizado pela parte equivalente à sua contribuição no acréscimo patrimonial do outro. Essa contribuição pode ser financeira, quando, por exemplo, um ajuda a pagar prestações de um bem imóvel que está em nome do outro, ou ainda, pode ser uma contribuição não financeira, hipótese em que um dos membros do casal dá apoio moral, carinho, companhia, realiza tarefas domésticas, cuida dos filhos comuns etc.

No que diz respeito ao casamento e à união estável, nessa hipótese, não haverá qualquer tipo de indenização, eis que os cônjuges ou conviventes já estabeleceram um regime de bens, que regulará a partilha no caso de dissolução. E se não o fizeram, a lei presume que escolheram o regime da comunhão parcial de bens (artigos 1.640 e 1.725 do Código Civil). Dessa forma, não se admitirá discussão de quem contribuiu mais, ou menos, no aspecto material ou moral, devendo ser aplicadas as regras do regime de bens pactuado.

Na hipótese de concubinato, noivado ou namoro, porém, não há regime de bens ou partilha. Assim, a análise da questão deve ser feita de forma separada, a depender se a contribuição é financeira ou não financeira.

Havendo uma efetiva e comprovada contribuição financeira para aquisição de bens que estão em nome do outro, a indenização é devida, tanto no concubinato, quanto no noivado, e até mesmo no namoro. O ato, neste caso, é lícito (término do relacionamento), mas resulta em apropriação de patrimônio alheio, devendo ser indenizado com fundamento na vedação ao enriquecimento sem causa (artigos 884 e 885 do Código Civil). Pouco importa quem tomou a iniciativa de

---

<sup>107</sup> Ver item 5.7 *infra*.

terminar a relação. Deve ser indenizado quem sofreu decréscimo patrimonial (danos emergentes). Ademais, nos termos dos artigos 114 e 541, *caput* do Código Civil, não se poderá alegar que a contribuição financeira foi objeto de doação, a não ser que quem contribuiu tenha manifestado sua vontade nesse sentido expressamente, por escritura pública ou instrumento particular. Neste contexto, é conveniente trazer a ementa, seguida de um trecho do seguinte julgado proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo:

“INDENIZAÇÃO. Pedido de restituição de quantias pagas ao ex-namorado para reforma de imóvel de propriedade dele. Hipótese de necessidade de acerto de contas após a ruptura do relacionamento. Ausência de danos morais. Recursos desprovidos.

(...)

E indubitoso que houve entre as partes um namoro por longo período, com intenção de aquisição e reforma, com esforço comum, de imóvel para residência do casal, e, nesse rumo, com o rompimento do relacionamento, necessário o acerto de contas, que foi muito bem resolvido pelo M.M. Juiz.

No caso, é indubitoso que Kátia contribuiu com uma pequena parcela, apenas para a reforma da casa, cuja entrada e prestações foram pagas integralmente por John. Daí então, correta a decisão que determinou que ele restituísse as quantias dadas por ela, aquelas comprovadas e discriminadas na r.sentença<sup>108</sup>.

Cumprido salientar, no entanto, que o direito de ressarcimento não alcança os presentes (jóias, roupas etc.) conferidos em datas especiais e comemorativas, tais como aniversários, natal, dentre outras, pois nestes casos, a simples tradição do bem já configura doação, conforme artigo 541, parágrafo único do Código Civil.

O rompimento do noivado, na hipótese de promessa de casamento (esponsais), também pode gerar danos patrimoniais, no que tange às despesas com a festa de casamento, viagens já pagas e outros gastos. Sobre esse ponto, ensina Carlos Roberto Gonçalves:

“O fato de nosso legislador não ter disciplinado os sponsais como instituto autônomo demonstra, conforme assinala a doutrina, que preferiu deixar a responsabilidade civil pelo rompimento da promessa sujeita à regra geral do ato ilícito. Tendo em vista as futuras e próximas núpcias, os noivos realizam despesas de diversas ordens: adquirem peças de enxoval, alugam ou compram imóveis, adiantam pagamentos de bufês, de enfeites de igreja e do salão de festas, pedem demissão do emprego etc. O arrependimento do outro acarretará, então, os prejuízos ao que tomou tais providências. Se

---

<sup>108</sup> 4ª Câ. Dir Priv., Apelação 994.07.121833-0, rel Des. Teixeira Leite, j. 09/09/2010.

não houve justo motivo para a mudança de atitude, o prejudicado terá o direito de obter judicialmente a reparação do dano”<sup>109</sup>.

Questão controvertida que surge, nesta hipótese, diz respeito ao valor da indenização. Há quem sustente que, sendo o rompimento imotivado, o ex-noivo que rompeu a relação deve indenizar todas as despesas integralmente<sup>110</sup>. Nesse mesmo sentido, Maria Helena Diniz afirma que um dos requisitos para se imputar o dever de indenizar a quem descumpra a promessa de casamento seria a inexistência de um motivo justo<sup>111</sup>. Assim, segundo este entendimento, havendo motivo justo, como por exemplo, uma traição, o noivo culpado pelo rompimento arcaria com todas as despesas, e o que terminou nada pagaria. Por outro lado, sendo o término imotivado, o noivo que rompeu injustificadamente assumiria a integralidade das despesas.

Contudo, com respeito às respeitáveis opiniões, tal entendimento vai de encontro com a moderna tendência do direito de família brasileiro, a qual desconsidera os motivos que levaram ao rompimento das relações amorosas entre casais. Se não se discute mais a culpa como motivo para o rompimento do casamento, com muito mais razão não deve ser discutida como motivo para o rompimento do noivado. As únicas exceções nas quais parece ser admissível atribuir culpa exclusiva a um dos noivos pelo término do noivado são as hipóteses de induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento<sup>112</sup>.

Dessa forma, parece mais adequada a solução de, em regra, independentemente dos motivos e de quem tomou a iniciativa de romper o noivado, dividir as despesas igualmente, sendo ressarcido proporcionalmente aquele que as tiver adiantado. Justamente nesse sentido, por maioria de votos, assim decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo:

“Embora lícita a conduta do réu, persiste o dever de compensar pela metade dos prejuízos econômicos sofridos em razão do cancelamento das festividades de casamento - Vedação ao enriquecimento sem causa - Festa que beneficiaria a ambos - Réu não pode deixar de sofrer diminuição patrimonial às custas da diminuição do patrimônio da autora - Dever de suportar com metade dos prejuízos decorrentes do cancelamento da festa - Sentença improcedente - Recurso provido em parte”<sup>113</sup>.

<sup>109</sup> *Responsabilidade civil*, p. 91.

<sup>110</sup> Ênio Santarelli Zuliani, *Direito de família e responsabilidade civil – Revista do Advogado nº 112*, p. 32-33.

<sup>111</sup> Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro – responsabilidade civil*, p. 192.

<sup>112</sup> Ver item 5.6 *infra*

<sup>113</sup> TJSP, 4ª Câm. Dir. Priv., Apelação 549.484.4/6-00, rel. Des. Francisco Loureiro, j. 16/04/2009.

Apesar de não se concordar (com a ressalva da hipótese de ocultação de impedimento ou erro essencial), não se pode deixar de consignar o voto vencido do revisor, Desembargador Ênio Santarelli Zuliani, no mesmo julgamento supracitado, nos seguintes termos:

“Embora a ordem jurídica não vede o arrependimento na promessa de matrimônio, o fato de o noivo romper, por telefone e sem explicações, o casamento iminente e para o qual deu consentimento ao assinar a habilitação, obriga-o a pagar, com exclusividade, todas as despesas decorrentes do cancelamento [adiantamentos de reserva de espaço para festa, contratação de buffet, de bolo da festa, do vestido da noiva, etc] (...)”

Superada a questão atinente à indenização, por rompimento de namoro, noivado ou concubinato, resultante de contribuição financeira de um dos membros do casal, passa-se a analisar se também é possível tal indenização, com base em contribuição *não* financeira, incluindo-se, nestes casos, afazeres domésticos e até auxílios materiais de pequena monta.

No namoro e no noivado não há dúvidas de que tal possibilidade é inviável. Isso porque o auxílio dos noivos ou namorados é recíproco, e sempre ambos obtêm proveito da relação, enquanto esta durar, cada um de seu modo, seja com carinho, apoio moral, presentes, jantares, ajuda em afazeres de casa etc. Não há como mensurar o quanto cada um contribuiu para o acréscimo patrimonial do outro e, diante da ausência do objetivo consumado de constituir família, não se pode considerar que os membros do casal tinham intenção de comunhão plena de vida.

A questão traz debates quando se trata de concubinato, situação em que todos os requisitos da união estável estão presentes, com exceção da inexistência de algum impedimento matrimonial. Diante da súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, poderia se concluir ser possível a participação de um dos concubinos no acréscimo patrimonial do outro, diante da prova de *esforço comum*.

Carlos Roberto Gonçalves observa que a expressão “esforço comum” sempre acarretou interpretações divergentes. Para alguns, o concubino somente teria direito à indenização caso contribuísse com o outro, com seu trabalho pessoal, diretamente em *atividade lucrativa*. Outra corrente, de outro lado, admite também a indenização por *serviços domésticos*, os quais não caracterizam uma contribuição

direta para o acréscimo patrimonial, mas indireta, eis que se traduz em uma ajuda na manutenção do lar comum<sup>114</sup>.

Rui Stoco compartilha do entendimento de que, em ambas as hipóteses de interpretação, a concubina ou concubino teriam direito à indenização<sup>115</sup>.

Contudo, não se concorda com tal entendimento. A Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal foi editada em 1964. A jurisprudência que concedia indenização nestes casos visava suprir uma antiga omissão legislativa hoje não mais existente, consistente em atribuir à união estável os mesmos direitos patrimoniais do casamento. As relações que hoje constituem união estável, no passado, eram denominadas de *concubinatos puros*, não conferindo direito à meação, o que justificava a incidência da Súmula 380. Nos dias atuais, a aplicação da referida súmula somente poderia ter cabimento para o *concubinato impuro* (hoje simplesmente concubinato, previsto no artigo 1.727 do Código Civil), eis que o *concubinato puro* (união estável) já possui regulamentação quanto aos efeitos patrimoniais. Ocorre que isso pode, em certas situações, conferir ao concubinato situações mais vantajosas do que a própria união estável ou o casamento, porque a estas entidades familiares não é admissível a indenização por serviços prestados.

Por isso, não obstante haja divergência, entende-se ser mais adequado o entendimento de que, ressalvadas as já mencionadas situações em que há efetiva e comprovada contribuição financeira, não é admissível a indenização por serviços prestados nas relações de concubinato. É nessa linha de pensamento que vem decidindo a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça<sup>116</sup>, seguindo o mesmo entendimento da 3ª Turma, assim ementado no seguinte julgado:

“Se com o término do casamento não há possibilidade de se pleitear indenização por serviços domésticos prestados, tampouco quando se finda a união estável, muito menos com o cessar do concubinato haverá qualquer viabilidade de se postular tal direito, sob pena de se cometer grave discriminação frente ao casamento, que tem primazia constitucional de tratamento.”<sup>117</sup>

<sup>114</sup> *Responsabilidade civil*, p. 100-101.

<sup>115</sup> *Tratado de responsabilidade civil*, p. 926.

<sup>116</sup> REsp 988.090/MS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 02/02/2010.

<sup>117</sup> REsp 872.659/MG, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 25/08/2009.

Finda a análise a respeito dos possíveis danos patrimoniais decorrentes do simples rompimento do relacionamento amoroso, trata-se agora da questão dos danos morais.

Predomina na atualidade, de forma majoritária, que a conduta de romper o relacionamento, por si só, não acarreta qualquer violação a direito da personalidade, e, portanto, não se caracteriza o dano moral. É o chamado *desamor*. A jurisprudência é vasta. Cita-se, como exemplo, o seguinte julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que cuida do tema de maneira muito esclarecedora:

“INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. RUPTURA DE RELACIONAMENTO AMOROSO. INEXISTÊNCIA DE ATO ILÍCITO. DEVER DE INDENIZAR NÃO CONFIGURADO. Para se caracterizar o dever reparatório, devem coexistir a conduta ilícita, o dano e o nexo de causalidade entre a conduta e o dano. Ausente algum desses elementos, inexistente a obrigação de indenizar. A ruptura de relacionamento amoroso, independentemente do nome que a ele se dê - casamento, namoro, união estável, concubinato - não configura, por si só, ato ilícito, na medida em que ninguém é obrigado a permanecer unido a outrem. O simples fato de a autora afirmar ter sido abandonada por seu companheiro não significa que deva ser indenizada, pois se impõe que o alegado dano moral seja decorrente de efetivo ato ilícito.”<sup>118</sup>

Ressalta-se a possibilidade de existência do dever de compensar um dano moral nos casos em que o rompimento, da forma em que for realizado, resultar em ofensa à honra, humilhação etc. Neste contexto, Flávio Tartuce, por exemplo, aduz ser possível a compensação por dano moral decorrente de rompimento do noivado, em casos excepcionais, entendendo que em algumas situações específicas se verifica o abuso do direito (artigo 187 do Código Civil), em decorrência do “desrespeito à boa-fé objetiva ou, dependendo do caso, aos bons costumes.”<sup>119</sup>

Concorda-se com tal entendimento. No entanto, acredita-se, é preciso separar as coisas. Nestes casos, a conduta que gera o dano não é o término em si, mas sim o desrespeito, a infidelidade etc., temas que serão analisados mais adiante. Nesta linha de raciocínio, ao tratar do rompimento do noivado, Rui Stoco traz lição aplicável a todos os tipos de relação amorosa:

“Como se vê, a obrigação de compensar a ofensa ocorre não exatamente por se tratar de rompimento de noivado, mas por força de comportamento que atinge bens imateriais caros e importantes, como a dor, humilhação, o desprezo, a angústia e agressão à honra

---

<sup>118</sup> 14ª Câ. Cível, Apelação nº 0089027-69.2005.8.13.0878, rel Des. Renato Martins Jacob, j. 03/04/2008.

<sup>119</sup> *Direito civil – direito de família*, p. 118.

e à imagem da pessoa, casos em que, em qualquer hipótese, diversa daquela aqui tratada, a reparação se imporá.”<sup>120</sup>

## 5.2 Infidelidade

Trata-se agora da conduta específica da infidelidade. Embora não haja um consenso doutrinário, por motivos didáticos, prefere-se tratar a infidelidade como gênero da qual são espécies o *adultério*, o *quase-adultério* e a *infidelidade virtual*.

O adultério consiste na mais grave quebra do dever de fidelidade, e para que se caracterize é requisito a prática do *ato sexual* com terceira pessoa. No Brasil, foi considerado crime até março de 2005, mês em que o artigo 240 do Código Penal, que o tipificava, foi revogado pela Lei nº 11.106.

O quase-adultério, chamados por alguns de *injúria grave*<sup>121</sup>, se configura por uma aproximação amorosa com terceira pessoa, a qual pode conter todo o tipo de carícias próprias de um casal de namorados, com exceção do ato sexual, pois como visto, este caracteriza o adultério.

Já a infidelidade virtual é moderna modalidade de infidelidade que, de acordo com os ensinamentos de Maria Helena Diniz, se caracteriza pela participação de um dos membros do casal em programas de computador, tais como *MSN*, *ICQ*, ou sites da internet, como *Orkut*, *Facebook*, *salas de bate-papo*, que resultem em “envolvimentos amorosos geradores de laços afetivo-eróticos virtuais”.<sup>122</sup>

A infidelidade, em qualquer de suas espécies, implica em quebra de um dever moral no namoro qualificado e no noivado, quebra do dever legal de fidelidade no casamento (artigo 1.566, I do Código Civil) e quebra do dever legal de lealdade na união estável (artigo 1.724 do Código Civil).<sup>123</sup> Embora seja um conceito mais amplo, o dever legal de lealdade, previsto para a união estável abrange também o dever de fidelidade, previsto para o casamento.<sup>124</sup>

---

<sup>120</sup> *Tratado de responsabilidade civil*, p. 1007.

<sup>121</sup> Inacio de Carvalho Neto, *Responsabilidade civil no direito de família*, p. 301-302.

<sup>122</sup> *Curso de direito civil brasileiro – direito de família*, p. 297.

<sup>123</sup> Michel Mascarenhas Silva, *A responsabilidade civil no rompimento do casamento e da união estável*, p. 117.

<sup>124</sup> Arnaldo Wald; Priscila M. P. Corrêa da Fonseca, *Direito civil – direito de família*, p. 388.

Cumpra ressaltar, a esse respeito, a opinião de Flávio Tartuce e José Fernando Simão, no sentido de que, apesar de *lealdade* ser gênero da qual *fidelidade* é espécie, esta pode ser dispensada por opção dos companheiros.<sup>125</sup>

Não se concorda com tal entendimento, eis que o princípio da monogamia ainda é plenamente aceito no ordenamento jurídico atual e, acredita-se, engloba tanto o casamento quanto a união estável. No entanto, em sentido diverso, cresce a corrente que entende ser possível o *poliamorismo*, o qual, segundo Pablo Stolze Gagliano, é a teoria que “admite a possibilidade de co-existirem duas ou mais relações afetivas paralelas, em que os seus partícipes conhecem e aceitam uns aos outros, em uma relação múltipla e aberta”.<sup>126</sup> Portanto, admitindo-se o reconhecimento jurídico do poliamorismo, nestes casos, não haverá infidelidade, desde que todos estejam cientes das relações paralelas.

Resta, portanto, saber se a quebra dos deveres de fidelidade e lealdade gera algum resultado danoso e, por consequência, responsabilidade civil.

Flávio Tartuce e José Fernando Simão aduzem que a mera infidelidade não gera o dever de indenizar ou compensar, e a responsabilidade civil somente se verifica se houver consequências graves, como por exemplo, a concepção de filhos extraconjugais ou a transmissão de doenças sexualmente transmissíveis.<sup>127</sup>

Énio Santarelli Zuliani afirma que, em regra, o adultério só gera o dever de indenizar caso se torne público, pois, do contrário, “não há ofensa à honra, à reputação, à imagem do outro e, por isso, não cabe indenização por dano moral (art. 5º, incisos V e X, da CF)”. Conclui o autor que “sempre que o adultério for praticado de maneira a causar um mal maior do que perturbação do amor e confiança traídos, cabe conceder dano moral.”<sup>128</sup>

Rui Stoco, por outro lado, entende que o adultério gera dano moral, ainda que a traição não chegue a conhecimentos de terceiros, pois o ato, por si só, ofende a honra objetiva do traído.<sup>129</sup>

O Tribunal de Justiça de São Paulo tem entendido somente ser cabível a indenização em casos excepcionais:

"O importante, para efeito de verificação do dano moral indenizável, não é o adultério em si mesmo, porque fato previsível e até comum

<sup>125</sup> *Direito civil – direito de família*, p. 294.

<sup>126</sup> *Direitos da(o) amante*, disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11500/direitos-da-o-amante>>.

<sup>127</sup> *Direito civil – direito de família*, p. 235-237.

<sup>128</sup> *Direito de família e responsabilidade civil – Revista do Advogado n° 112*, p. 36.

<sup>129</sup> *Tratado de responsabilidade civil*, p. 908.



na atualidade, cuja ocorrência, é bom destacar, não se dá apenas por deslealdade, mas também pelas circunstâncias que hoje aproximam as pessoas com afinidades comuns muito mais do que antes. O importante é saber se dele resultou para o outro uma situação vexatória ou excepcionalmente grande o suficiente para ultrapassar os limites do desgosto pessoal pela conduta do outro cônjuge ou companheiro.”<sup>130</sup>

Em síntese, prevalece que só há dano moral decorrente de infidelidade quando resultar situação vexatória ou humilhante para o traído. E esta é uma análise difícil, feita caso a caso, de forma muito subjetiva, e que, por vezes, pode gerar julgamentos diferentes para situações idênticas ou muito parecidas. Às vezes, há uma linha muito tênue entre o que seja uma violação à honra ou à imagem e uma mera decepção da vida. Na grande maioria dos julgados atuais, se observa que os tribunais tendem a considerar os casos de infidelidade como um mero aborrecimento, uma desilusão amorosa que não caracteriza dano moral. É cada vez menor a quantidade de casos de infidelidade que resultam compensação por danos.

Como exemplo de um caso concreto em que se reconheceu o dano moral em razão de traição, cita-se o seguinte julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

“APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - NOIVADO DESFEITO ÀS VÉSPERAS DO CASAMENTO - TRAIÇÃO - DANOS MATERIAIS E MORAIS CARACTERIZADOS - DEVER DE INDENIZAR. A vida em comum impõe aos companheiros restrições que devem ser seguidas para o bom andamento da vida do casal e do relacionamento, sendo incontestado o dever de fidelidade mútua. O término de relacionamento amoroso, embora seja fato natural da vida, gerará dever de indenizar por danos materiais e morais, conforme as circunstâncias que ensejaram o rompimento. São indenizáveis danos morais e materiais causados pelo noivo flagrado pela noiva mantendo relações sexuais com outra mulher, na casa em que morariam, o que resultou no cancelamento do casamento marcado para dias depois e dos serviços contratados para a cerimônia. Recurso não provido”.<sup>131</sup>

Por fim, cumpre salientar que, ainda que se caracterize o dano moral nos casos de infidelidade, o cúmplice do traidor não poderá ser responsabilizado, eis que o dever de fidelidade obriga somente os membros do casal. Sobre o tema, assim se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça:

---

<sup>130</sup> 4ª Câ. Dir. Priv., Apelação 361.324.-4/7-00, rel. Des. Maia da Cunha, j. 27/03/2008.

<sup>131</sup> 17ª Câ. Cível, Apelação 1.0713.08.086870-4/003(1), rel. Des. Luciano Pinto, j. 02/09/2010.

“RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. ADULTÉRIO. AÇÃO AJUIZADA PELO MARIDO TRAÍDO EM FACE DO CÚMPLICE DA EX-ESPOSA. ATO ILÍCITO. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DE NORMA POSTA.

1. O cúmplice de cônjuge infiel não tem o dever de indenizar o traído, uma vez que o conceito de ilicitude está imbricado na violação de um dever legal ou contratual, do qual resulta dano para outrem, e não há no ordenamento jurídico pátrio norma de direito público ou privado que obrigue terceiros a velar pela fidelidade conjugal em casamento do qual não faz parte.

2. Não há como o Judiciário impor um "não fazer" ao cúmplice, decorrendo disso a impossibilidade de se indenizar o ato por inexistência de norma posta - legal e não moral - que assim determine. O réu é estranho à relação jurídica existente entre o autor e sua ex-esposa, relação da qual se origina o dever de fidelidade mencionado no art. 1.566, inciso I, do Código Civil de 2002.”<sup>132</sup>

### 5.3 Desrespeito

O respeito mútuo é um dever legal expressamente previsto para o casamento (artigo 1.566, V, do Código Civil) e também para a união estável (artigo 1.724 do Código Civil). Também não se pode negar que é um dever imposto pelos costumes nestas e nas demais relações amorosas (namoro, noivado e concubinato) em todas as sociedades do mundo, cada qual de seu modo e de acordo com sua cultura.

As relações amorosas passam por diversas fases. Em algumas delas, por diversas razões, como desconfiança, descontentamento etc., geralmente aliadas a um grau de intimidade, pode nascer o desrespeito.

O desrespeito, de maneira geral, consiste em causar um mal, um desagrado à outra pessoa. É uma violência *física, moral, psicológica* ou *patrimonial*, que pode causar danos *materiais* (decorrentes de serviços médicos, psicológicos, lucros cessantes etc.), *morais* (decorrentes da violação da integridade física, imagem, honra etc.), e, dependendo de sua gravidade, até mesmo os *estéticos* (decorrentes de lesão permanente do corpo humano), todos cumuláveis<sup>133</sup>, sem prejuízo de eventual responsabilidade penal. Pode se cogitar também de danos por *perda de uma chance*, se, em razão da violência, a pessoa lesada perdeu uma oportunidade.

---

<sup>132</sup> 4ªT, REsp 1.122.547/MG, rel Min. Luis Felipe Salomão, j. 10/09/2009.

<sup>133</sup> Ver item 2.3 *supra*.

A violência *física*, ou *sevícia*<sup>134</sup>, na qual se inclui também hipóteses de violência sexual por coação física, pode ou não causar lesões corporais. Nos dois casos, há existência do resultado danoso. Não gerando lesões corporais, haverá danos morais. Havendo lesões corporais não permanentes, existirá cumulação de danos morais e materiais. Se existir lesões corporais permanentes, será permitida a cumulação de danos morais, materiais e estéticos.

A violência *moral*, segundo o artigo 7º, V da Lei 11.340/06, é aquela que resulta em uma ofensa à honra, constituindo-se em injúria, difamação ou calúnia (crimes previstos nos artigos 138 a 140 do Código Penal). A calúnia e a difamação consistem em fazer chegar a terceiros um fato que ofenda a reputação da vítima, atingindo, portanto, a sua *honra objetiva*, a qual diz respeito ao que os outros pensam sobre a pessoa. A diferença entre elas é que a calúnia pressupõe que o fato imputado seja criminoso. A injúria, por sua vez, consiste em uma ofensa diretamente à vítima, atingindo-lhe a *honra subjetiva*, aquela que diz respeito ao que a pessoa pensa de si mesma, sua autoestima. Pode ser um xingamento ou uma atribuição negativa a respeito de sua idoneidade moral, aparência física ou capacidade intelectual.<sup>135</sup> O artigo 953 do Código Civil, que prevê critérios para fixação de danos decorrentes de violência moral, é um tanto quanto confuso<sup>136</sup>, e se fosse aplicada uma interpretação literal poderia se concluir que os danos morais somente seriam cabíveis, caso não se pudesse comprovar danos materiais. Entretanto, deve prevalecer a possibilidade de cumulação dos danos morais e materiais, desde que comprovados, com fundamento na Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça, bem como no princípio da reparação integral dos danos.

O artigo 7º, II da Lei 11.340/06 traz o conceito de violência *psicológica*, a qual também pode caracterizar, em certos casos, violência sexual com coação moral. A violência psicológica, assim como a violência moral, também acarreta baixa autoestima, mas não se confunde com esta. Caracteriza-se pela tentativa de *controlar* o outro, diferentemente da violência moral, que se caracteriza pela tentativa de *ofender* o outro. Nessa tentativa egoísta de querer que suas vontades sempre prevaleçam, o agressor tenta manipular ou anular as ações da vítima por meio de *ameaça, chantagem, constrangimento* etc., ou ainda, criando uma relação

---

<sup>134</sup> Inacio de Carvalho Neto, *Responsabilidade civil no direito de família*, p. 306-309.

<sup>135</sup> Victor Eduardo Rios Gonçalves, *Dos crimes contra a pessoa*, p. 103-110.

<sup>136</sup> Rui Stoco, *Tratado de responsabilidade civil*, p. 920.

de *dependência*, que lhe permita influir nas decisões do outro. Nas situações de dependência o agressor pode se fazer de vítima, de dependente do outro, fazendo a verdadeira vítima se sentir culpada por estar “prejudicando” o agressor ao não fazer aquilo que ele pretende que faça. Mas o agressor pode, por outro lado, se impor, por meio de alguma forma de poder, fazendo com que a vítima se sinta dependente, incompetente, e com medo de tomar suas próprias decisões.

Por fim, há também a hipótese de violência *patrimonial*, consistente em tentar ofender a vítima, não a atingindo diretamente, mas destruindo, retendo, escondendo ou subtraindo objetos de sua propriedade (artigo 7º, IV, da Lei 11.340/06).

Há que se considerar, em qualquer caso, que muitas vezes as condutas desrespeitosas são recíprocas. Algumas vezes, ainda, aquele que sofreu os danos não foi a pessoa que deu causa à discussão ou agressão mútua. Diante dessas hipóteses, cabe ao magistrado, compensar os danos, nos casos de violência recíproca, bem como reduzir equitativamente o valor, nas situações em que a vítima tiver concorrido para o resultado danoso (artigos 944 e 945 do Código Civil).

Salienta-se que no caso de compensação de danos não basta que, em simples contestação, o réu se utilize do artigo 368 do Código Civil, eis que a compensação ali prevista é a *legal*, e exige a existência de dívidas líquidas, certas e exigíveis, o que não é o caso da hipótese de danos causados por violência recíproca. É necessário que o réu, uma vez demandado, ingresse com reconvenção, a fim de comprovar que também sofreu danos decorrentes do mesmo fato, e pedir ao juiz a *compensação judicial*<sup>137</sup>.

É fato que existem casos em que se verifica a violência recíproca, e até mesmo casos em que o desrespeito é cometido somente pela mulher. Mas não se pode negar que, estatisticamente, as mulheres são muito mais vítimas do que agressoras, razão pela qual se justifica o reconhecimento de medidas protetivas exclusivas, hoje previstas na Lei 11.430/06 (Lei Maria da Penha). A referida lei possui *função preventiva*, cuja finalidade é evitar a ocorrência de danos decorrentes de violência contra a mulher, impondo medidas como, por exemplo, proibição de o agressor manter contato ou aproximar-se da vítima. Entretanto, uma vez que a função preventiva falhar, e o dano se consumir, a fixação do valor deverá atender a

---

<sup>137</sup> Luis Guilherme Aidar Bondioli, *Reconvenção no processo civil*, p. 32.

função compensatória e punitiva. Neste contexto, cabe trazer o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

“Ação indenizatória. pedido de reparação por danos morais. violência psicológica e física contra a mulher no âmbito familiar.

(...)

Sentença de procedência do pedido que merece ajuste apenas no tocante à verba indenizatória, na medida em que o valor fixado não é capaz de surtir o efeito pedagógico necessário a incutir maior responsabilidade ao primeiro apelante. Ademais, as vicissitudes do caso concreto dão conta da necessidade da majoração, haja vista as sequelas físicas e psíquicas resultantes das agressões experimentadas pela autora.”<sup>138</sup>

#### **5.4 Transmissão de doenças sexualmente transmissíveis**

O dever de cuidado se verifica entre os membros de um relacionamento amoroso, e fica reforçado pelos deveres de respeito e assistência exigidos por força dos costumes em todas as relações entre casais, bem como diante da expressa previsão legal para o casamento e a união estável (artigo 1.566, III e V, e artigo 1.724, do Código Civil). Mas o dever de cuidado, ainda que com menor intensidade, também está presente de forma geral nas relações humanas, inclusive entre pessoas desconhecidas ou inimigas. Já se afirmou que o ato ilícito consiste justamente na quebra desse dever geral de cuidado, ou seja, de não lesar um direito alheio<sup>139</sup>.

Assim, não é difícil concluir que a transmissão de doenças sexualmente transmissíveis gera a responsabilidade civil, ainda que em relações desprovidas de afeto, e mesmo que aqueles que praticaram o ato sexual uma única vez mal se conheçam. Contudo, a hipótese deve seguir a regra de nosso ordenamento, sendo necessária a comprovação do nexo causal entre a conduta e o dano, e também a culpa.

Se o agente transmissor sabia da doença e não utilizou qualquer método de prevenção, age com dolo. Se utilizou algum método de prevenção, mas omitiu da vítima sua enfermidade, age com culpa. Nos dois casos, há, sem dúvida, responsabilidade civil, com dever de indenizar danos materiais, decorrentes de todo o tratamento da doença, além dos danos morais, resultantes da violação à saúde, dignidade e integridade física da vítima.

---

<sup>138</sup> 8ª Câm Cível, Apelação 0006952-24.2009.8.19.0212, rel. Des. Luis Felipe Francisco, j. 29/03/2011.

<sup>139</sup> Ver item 2.1 *supra*.

A questão pode se complicar caso o agente transmissor não saiba da doença que possui. Neste caso, é preciso se analisar a culpa do agente no momento em que ele próprio contraiu a enfermidade, ou seja, deve se verificar se o contágio era previsível, segundo os critérios objetivo e subjetivo<sup>140</sup>. Caso o enfermo tenha contraído a doença, por exemplo, em virtude de alguma intervenção cirúrgica ou por transfusão de sangue, não há como se afirmar que essa pessoa tenha agido com culpa ao ser infectado, e por isso, a transmissão da moléstia ao parceiro também não será culposa.

No entanto, nos casos de casamento e união estável, e até mesmo de noivado ou namoro qualificado, se a doença foi contraída em razão de infidelidade, a conduta do transmissor da doença é culposa, eis que é previsível que o ato sexual decorrente da traição pode causar a infecção. Assim, nestes casos, o infiel que transmite a doença ao parceiro, mesmo sem saber que estava infectado, viola o dever de cuidado, respeito e assistência, e comete ato ilícito, especialmente se o casal opta por não utilizar o preservativo como método contraceptivo. Nesse sentido, Inácio de Carvalho Neto, tratando do tema de forma específica para o casamento, aduz o seguinte ensinamento, que pode perfeitamente ser aplicável também à união estável, ao noivado e ao namoro qualificado:

“Mas não se exige necessariamente conhecimento da existência da doença pelo cônjuge que a transmite. É possível que a conduta culposa tenha sido até mesmo anterior à aquisição da doença pelo cônjuge que vem a transmiti-la. É o caso, *v.g.*, do cônjuge que mantém relacionamento extraconjugal com pessoa de conduta sexual duvidosa, dela adquirindo doença venérea ou AIDS, transmitindo-a posteriormente ao seu consorte.”<sup>141</sup>

Porém, como se sabe, a culpa não é suficiente para imputar responsabilidade civil. É necessário que exista o nexa causal, pressuposto que é de difícil comprovação nestes casos, eis que, na maioria das vezes, quando se percebe, ambos já estão infectados, não se sabendo quem foi o transmissor da doença. Em outras palavras, é preciso comprovar que, antes do ato sexual, o transmissor possuía a doença e a vítima não. Neste sentido, o seguinte julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo:

---

<sup>140</sup> Ver item 3.1 *supra*.

<sup>141</sup> *Responsabilidade civil no direito de família*, p. 305.

“Ação de indenização - transmissão de doença sexual entre casal - imputação de conduta irregular - inconsistência de prova - improcedência.

(...)

Conforme assentado na sentença, o casal apresenta a mesma infecção viral. Daí, não é possível deduzir que foi o homem quem contagiou a mulher, até porque o inverso também pode ser verdadeiro”<sup>142</sup>.

## 5.5 Mentira sobre a gravidez

Dizer a verdade também é um dever imposto aos casais. A sinceridade é um dever implícito que decorre dos deveres de respeito e lealdade, os quais estão previstos nos artigos 1.566, V e 1.724 do Código Civil. Ademais, entende-se que nas relações entre genitores deve ser aplicada a boa-fé objetiva. Se entre contratantes ela é exigível, também deve ser entre aqueles que estão unidos pelo vínculo da criação de um filho comum. E a sinceridade e transparência são deveres anexos da boa-fé objetiva.

Saliente-se que na opinião de Flávio Tartuce, a aplicação da boa-fé objetiva e suas funções (de *interpretação* – artigo 113; de *controle* – artigo 187; e de *integração e correção* – artigo 422; todos do Código Civil) não deve ficar restrita apenas aos contratos, mas também deve ser aplicada ao direito de família<sup>143</sup>.

Não é outra a opinião de Fernanda Pessanha do Amaral Gurgel:

“o descumprimento dos deveres anexos da boa-fé objetiva, os quais se encontram insertos nos diversos vínculos familiares, desde que cause prejuízo de ordem patrimonial ou atinja alguma das esferas da personalidade humana, é suficiente para dar ensejo à pretensão indenizatória”<sup>144</sup>.

A paternidade, por sua vez, é um dos acontecimentos mais importantes da vida de um ser humano, e toda pessoa possui o direito de saber a verdade sobre ela. A conduta de mentir sobre a gravidez pode se dar por *falsa atribuição de paternidade* ou por *ocultação de gravidez seguida de aborto*.

A falsa atribuição de paternidade pode apresentar resultados danosos diferentes. Pode ocorrer quando a mulher faz o parceiro crer que o filho é dele, quando na verdade é de terceiro, ou, ao contrário, na situação em que faz acreditar

---

<sup>142</sup> 1ª Câ. B Dir. Priv., Apelação 455.567-4/5-00, rel. Des. Edmundo Lellis Filho, j. 06/04/2009.

<sup>143</sup> O princípio da boa-fé objetiva no direito de família. Disponível em:

<<http://jus.com.br/revista/texto/12050/o-principio-da-boa-fe-objetiva-no-direito-de-familia/3> >

<sup>144</sup> *Direito de família e o princípio da boa-fé objetiva*, p. 172.

que o filho não é do parceiro, quando na realidade é. No primeiro caso, pode haver dano moral, e no segundo, há dano por perda de uma chance. No caso de ocultação de gravidez em que a mulher, sem o conhecimento ou o consentimento do parceiro, pratica o aborto, acabando com a oportunidade da paternidade se efetivar, também se verifica a perda da chance de ser pai.

É certo que a situação mais comum consiste em atribuir falsamente a paternidade àquele que na verdade não é o pai. A Ministra Nancy Andrighi, ao enfrentar um caso concreto em que a mulher omitiu do marido a verdadeira paternidade por vinte e cinco anos, concluiu que a conduta é ilícita e atinge a honra subjetiva do enganado, caracterizando assim o dano moral:

“Direito civil e processual civil. Recursos especiais interpostos por ambas as partes. Reparação por danos materiais e morais. Descumprimento dos deveres conjugais de lealdade e sinceridade recíprocos. Omissão sobre a verdadeira paternidade biológica. Solidariedade. Valor indenizatório.

- Exige-se, para a configuração da responsabilidade civil extracontratual, a inobservância de um dever jurídico que, na hipótese, consubstancia-se na violação dos deveres conjugais de lealdade e sinceridade recíprocos, implícitos no art. 231 do CC/16 (correspondência: art. 1.566 do CC/02).

- Transgredir o dever de sinceridade o cônjuge que, deliberadamente, omite a verdadeira paternidade biológica dos filhos gerados na constância do casamento, mantendo o consorte na ignorância.

- O desconhecimento do fato de não ser o pai biológico dos filhos gerados durante o casamento atinge a honra subjetiva do cônjuge, justificando a reparação pelos danos morais suportados”.<sup>145</sup>

Divergindo do entendimento de que o ato é ilícito, importantes as lições de Flávio Tartuce e José Fernando Simão no sentido de que a conduta de enganar o marido a respeito da gravidez é, na verdade, hipótese de abuso de direito, diante do desrespeito à boa-fé objetiva, pela aplicação de um de seus conceitos parcelares, denominado *tu quoque*, segundo o qual não se deve fazer com o outro o que não faria para si mesmo<sup>146</sup>. Concorda-se com tal entendimento, acrescentando-se que essa conduta caracteriza um *abuso do direito de maternidade*, não devendo ficar restrita apenas ao casamento. Acredita-se que os danos estarão configurados diante da mesma conduta praticada em qualquer relação amorosa, mesmo naquelas não consideradas entidades familiares, pois o dever de sinceridade, decorrente da boa-fé objetiva, não deve existir somente entre cônjuges ou companheiros, mas *entre*

<sup>145</sup> 3ªT, REsp 742.137/RJ, j. 21/08/2007.

<sup>146</sup> *Direito civil – direito de família*, p. 253.



*genitores*, mesmo que não existam vínculos familiares entre eles, sendo, portanto, plenamente possível a responsabilidade civil da namorada, noiva ou concubina que engana o parceiro.

Portanto, sendo hipótese de abuso de direito também não se discutirá a culpa ou dolo, bastando a comprovação da conduta, nexos causal e dano.

Como dito, a situação inversa também pode causar danos. Também comete abuso de direito da maternidade a mulher que omite a informação de que o homem concebeu um filho, privando-lhe de ser pai, seja por atribuir paternidade a outrem, ou por ocultar a gravidez e depois praticar aborto. Embora a tese não seja ainda tão difundida, nos casos em que se retira do pai biológico a oportunidade de manter uma relação afetiva com o filho, acredita-se ser plenamente aplicável a teoria da perda de uma chance, conforme já citado escólio de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal<sup>147</sup>.

### **5.6 Induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento**

O erro essencial diz respeito a alguma característica física, mental ou da personalidade do outro, que seja desconhecida pelo nubente. É uma causa de anulação do casamento, prevista expressamente no Código Civil. Segundo o que dispõe o artigo 1.557, pode ser o desconhecimento de fato relacionado à identidade, honra e boa fama, de prática de crime, defeito físico irremediável, moléstia grave e transmissível, ou ainda, doença mental grave. Em todos os casos a ignorância deve ser anterior ao casamento.

Os impedimentos matrimoniais estão previstos no artigo 1.521 do Código Civil e são causas de nulidade do casamento. Não podem casar os parentes em linha reta, incluindo-se os afins, ou na colateral até o segundo grau. Todos esses casos também se aplicam aos vínculos provenientes de adoção. No caso dos colaterais de terceiro grau, permanece em vigor o Decreto-lei 3.200/41, o qual permite o casamento desde que atestada, por dois médicos, a inexistência de risco à prole. Também não podem casar as pessoas já casadas e o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

---

<sup>147</sup> *Direito das famílias*, p. 95-96.

Induzir o outro a erro essencial ou ocultar impedimento para casar é crime previsto no artigo 236 do Código Penal, desde que o casamento seja anulado por sentença transitada em julgado.

Mas a questão é saber se tais condutas podem causar danos, ensejando também a responsabilidade civil. A resposta é afirmativa. Inacio de Carvalho Neto afirma que nas duas hipóteses haverá dano moral<sup>148</sup>. Há poucos julgados sobre o tema, mas naqueles em que se reconhece a prática da conduta, também se reconhece a existência de dano moral. Como exemplo, cite-se a seguinte ementa do Tribunal de Justiça do Paraná:

“Apelação cível - ação de anulação de casamento - (...) Possibilidade de anulação de casamento e não de separação - Atitudes de homossexualismo suficientemente comprovadas - Característica pré-existente - Ausência de comprovação de que tal característica sexual tenha se dado posteriormente ao casamento - Qualidade ocultada no momento do casamento, que foi conhecida posteriormente gerando vício da vontade por erro essencial quanto a pessoa do outro cônjuge - Insuportabilidade da vida em comum - Configuração de dano moral - Desnecessidade de comprovação de prejuízo - Quantum da indenização que respeitou as peculiaridades do caso concreto - (...) - Sentença mantida.”<sup>149</sup>

Nos casos de pessoas já casadas, o cartório que realizou o casamento também terá o dever de compensar os danos causados ao cônjuge enganado, independentemente de culpa. Nesse sentido, o seguinte julgado:

“Ação indenizatória. Autora que se ‘casou’ com pessoa não divorciada. Anulação de casamento. Cartório de registro civil. Pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços públicos. Responsabilidade objetiva. Demanda ajuizada em face do oficial do cartório de registro civil, em razão do mesmo ter, em tese, omitido informações sobre o estado civil de um dos cônjuges. Nexos causal existente entre o ato praticado pelo cartório e a nulidade do casamento da autora. Ato ilícito configurado. Dano moral devido”.<sup>150</sup>

Os impedimentos matrimoniais, com exceção das pessoas casadas e separadas de fato, também se aplicam à união estável (artigo 1.723, §1º do Código Civil). Neste caso, havendo ocultação de impedimento, a pessoa enganada acredita estar em união estável, mas não está. Para alguns, seria o caso de se reconhecer a união estável apenas para o enganado (união estável putativa), inclusive lhe conferindo os direitos inerentes aos companheiros. No entanto, prevalece na

<sup>148</sup> *Responsabilidade civil no direito de família*, p. 416-417.

<sup>149</sup> 12ª Câ. Cível, Apelação 311.794-0, rel. Des. Celso Rotoli de Macedo j. 12/04/2006.

<sup>150</sup> TJPR, 9ª Câ. Cível, Apelação 755.183-3, rel. Des. D'ártagnan Serpa Sá, j. 11/08/2011.

jurisprudência que não se admite a tese da união estável putativa, reconhecendo-se tão somente a existência de concubinato. O caso mais comum é da pessoa que oculta o fato de já ser casada. Poderia ainda se cogitar de hipótese em que a pessoa já constitui outra união estável anterior, o que não caracterizaria um impedimento, mas a entidade familiar da segunda união não estaria configurada por ausência do elemento essencial do objetivo de constituir família. Para alguns, entretanto, as uniões estáveis paralelas deveriam ser reconhecidas, conferindo direitos aos enganados. Flávio Tartuce e José Fernando Simão abordam essas questões de maneira profunda<sup>151</sup>, o que não se fará aqui por fugir ao tema proposto.

A questão que interessa a este estudo não é saber se serão reconhecidos direitos dos enganados, tais como meação, alimentos ou herança, em uma união estável paralela ou viciada por impedimento, mas sim se a pessoa que engana o parceiro terá o dever de indenizar ou compensar o enganado em razão de sua conduta mentirosa. E a resposta, mais uma vez, parece ser afirmativa.

Ocultar impedimento ou induzir a erro essencial é faltar com a verdade, viola o dever de sinceridade e causa danos ao enganado, que de uma hora para outra descobre que o seu estado civil de casado ou companheiro não existe, que seu cônjuge ou companheiro é uma farsa, ou que sua vida afetiva era uma mentira. É uma violação à honra, que ocorre tanto no casamento quanto na união estável.

Ademais, poderia se cogitar de responsabilidade civil também no noivado, caso o impedimento ou erro essencial sejam descobertos pouco antes da festa de casamento já marcada, frustrando-a e acarretando danos materiais. Já se admitiu entender que nos casos de rompimento de noivado, os gastos devem ser divididos, independentemente de quem terminou e por que<sup>152</sup>. Nesta hipótese específica, contudo, acredita-se que, excepcionalmente, os gastos com a festa devem ser pagos integralmente pelo ex-noivo que manteve o outro em erro.

### **5.7 Pedido de indenização ou compensação na ação de divórcio**

Como já se salientou, no atual Direito de Família brasileiro a culpa é irrelevante para a fim do casamento. Porém, ela ainda pode ser discutida, não mais pelo término do matrimônio, mas sim pela prática de determinado ato ilícito que

---

<sup>151</sup> *Direito civil – direito de família*, p. 281-293.

<sup>152</sup> Ver item 5.1 *supra*.

ocorreu durante a união. Pouco importa se o cônjuge é culpado pelo fim do casamento, mas ainda importa se é culpado por um dano sofrido pelo outro durante a sua constância.<sup>153</sup>

Significa dizer que todas as condutas analisadas nos itens anteriores de nada farão diferença com relação ao pedido de divórcio, o qual é, atualmente, *direito potestativo* dos cônjuges. Ou seja, basta um dizer que quer se divorciar, sem qualquer motivo, e o outro deve simplesmente aceitar, ficando em *estado de sujeição*. No entanto, verificadas tais condutas ilícitas ou abusivas de direito, e presente o dano decorrente delas, poderá o cônjuge ou ex-cônjuge pleitear a indenização ou compensação em ação própria, em Vara Cível. Surge, então, a seguinte questão: não é possível o pedido de indenização ou compensação na própria ação de divórcio litigioso, na Vara de Família?

A questão, em verdade, é de direito processual. O artigo 292 do Código de Processo Civil admite a cumulação de pedidos, em um único processo, ainda que entre eles não haja conexão. Prevê como requisitos que: a) *os pedidos sejam compatíveis entre si*; b) *seja competente o mesmo juízo*; e c) *seja adequado para todos os tipos de procedimento, ou, não o sendo, que seja escolhido o procedimento ordinário*.

Alguns sustentam que os pedidos de divórcio ou anulação de casamento não poderiam ser cumulados com os de indenização ou reparação de danos, pois a competência de juízo não seria a mesma, encontrando-se um óbice no artigo 292, II do Código de Processo Civil. O pedido de extinção do vínculo conjugal, por esse entendimento, deveria ser realizado na Vara de Família, enquanto o pleito indenizatório ou compensatório, na Vara Cível. José Fernando Simão, tratando sobre o tema da indenização, afirma que “a questão não poderá ser discutida na ação de divórcio (da qual a culpa foi banida) e será objeto de ação indenizatória perante as Varas Cíveis, o que não impedirá a decretação de Segredo de Justiça a ser requerido pelas partes”<sup>154</sup>.

Discorda-se desse entendimento. O direito processual moderno vem cada vez mais se desapegando de formalismos, com o intuito de facilitar a prestação jurisdicional e tornar-se um instrumento capaz de conferir o direito subjetivo material

---

<sup>153</sup> José Fernando Simão, *A emenda constitucional nº 66: a revolução do século em matéria de Direito de Família – Revista do Advogado nº 112*, p. 73.

<sup>154</sup> *Ibidem*, p. 74.

com maior eficiência. Daí nasce um importante princípio, denominado *economia processual*. Ensinam José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier que, de acordo com esse princípio, “deve-se obter o máximo de resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividade jurisdicional. Manifesta-se o princípio, sob esta perspectiva: (a) com a *economia de processos*, tal como se dá com o litisconsórcio, a cumulação de pedidos etc (...)”<sup>155</sup>.

Não faz sentido, por um aspecto puramente formal, exigir que o jurisdicionado ingresse com dois processos, um para o pedido de extinção do vínculo, e outro para o pedido de compensação ou indenização de danos. Neste sentido, o seguinte julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo:

“Dissolução de casamento. Cumulação com pedidos indenizatórios. Admissibilidade. Pretensões que decorrem diretamente dos mesmos fatos alegados pela agravante para pleitear a anulação do casamento ou o divórcio, inexistindo óbice processual à apreciação deles pela vara especializada. Observância do princípio da economia processual (...)”.<sup>156</sup>

A economia processual deve andar juntamente com a efetividade. Se o divórcio independe de culpa ou qualquer requisito, não é razoável que se aguardem todos os atos processuais tendentes a resolver as questões que dependem de prova, para que só então seja decretado, conjuntamente com a sentença que julgar os pedidos indenizatórios ou compensatórios.

Ao tratar da matéria da cumulação de pedidos, Marcus Vinicius Rios Gonçalves ensina que o que se verifica, em verdade, é uma cumulação de demandas<sup>157</sup>. Ou seja, significa dizer que há duas ações – uma de divórcio e uma de indenização ou compensação – em um mesmo processo, as quais terão duas sentenças distintas. Dessa forma, deve o juiz proferir a primeira sentença assim que possível, decretando o divórcio logo após a contestação, não havendo qualquer fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor se divorciar, e seguir o processo, quanto à outra demanda (indenizatória ou compensatória), para a fase de instrução probatória. É a hipótese de *juízo antecipado parcial da lide*, fundada nos artigos 330, I e 273 §6º do Código de Processo Civil<sup>158</sup>.

---

<sup>155</sup> *Processo civil moderno – parte geral e processo de conhecimento*, p. 61-62.

<sup>156</sup> 10ª Câ. Dir. Priv., Ag. Inst. 0025378-75.2011.8.26.0000, rel. Des. Coelho Mendes, j. 22/03/2011.

<sup>157</sup> *Novo curso de direito processual civil – volume 1 – Teoria geral e processo de conhecimento*, p. 331.

<sup>158</sup> José Miguel Garcia Medina; Teresa Arruda Alvim Wambier, *Processo civil moderno – parte geral e processo de conhecimento*, p. 230.

## 6 RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE FILIAÇÃO

Neste tópico, passa-se a analisar as condutas que podem causar danos nas relações diretas entre pais e filhos, bem como nas relações entre pais que romperam a relação amorosa, ou estão para rompê-la, e seus filhos comuns. Mas antes, é importante analisar, de forma breve, algumas considerações sobre o nascimento do vínculo de filiação, o qual pode ser *biológico*, *civil* ou *socioafetivo*.

O vínculo *biológico* é resultante de consanguinidade (artigo 1.593 do Código Civil), sendo comprovado pelo exame de DNA, de forma amigável, ou, sendo necessário, em ação de investigação de paternidade. Havendo o reconhecimento voluntário do pai, ou não sendo o vínculo contestado nos casos de presunção previstos para o casamento (artigo 1.597 do Código Civil), o filho será presumido biológico mesmo sem o exame. Nos dias atuais, também é possível imaginar hipóteses em que a *maternidade* biológica tenha que ser comprovada pelo exame de DNA, em razão das técnicas de reprodução assistida, especialmente nos casos de fertilização *in vitro*, em que os óvulos são extraídos do útero da mulher.

O vínculo *civil* se dá por meio da adoção, a qual deverá ser constituída necessariamente por ação judicial. Segundo Arnold Wald e Priscila M. P. Corrêa da Fonseca, “a adoção é uma ficção jurídica que cria o parentesco civil. É um ato jurídico bilateral que gera laços de paternidade e filiação entre pessoas para as quais tal relação inexistente naturalmente”.<sup>159</sup> Atualmente, é disciplinada pelos artigos 39 a 52-D, e 197-A a 197-E do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como pelos artigos 1.618 e 1.619 do Código Civil. O vínculo gerado pela adoção não possui qualquer distinção do vínculo biológico, em termos de direitos ou deveres entre pais e filhos (artigos 1.596 do Código Civil e 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Nos dois casos supracitados, a filiação está comprovada pelo registro de nascimento. Podem ocorrer, entretanto, situações em que pessoas convivam como pais e filhos, e assim sejam reconhecidas pelo meio social, sem que haja o vínculo de consanguinidade e nem mesmo registro. É o caso dos *filhos de criação*. Ou ainda, uma pessoa pode reconhecer uma criança como seu filho biológico, mas depois de anos de convivência, por qualquer motivo, resolver realizar o exame de

---

<sup>159</sup> *Direito civil – Direito de família*, p. 315.

DNA, e vir a descobrir que não há vínculo consanguíneo. Além disso, pode-se imaginar também a hipótese muito comum de pessoa que, mesmo sabendo que a criança não é seu filho biológico, o reconhece como tal. É a chamada *adoção à brasileira*. Nessas situações hipotéticas, ainda que não haja vínculo biológico, existe, de fato, uma convivência. Há, portanto, o que se denomina *posse do estado de filho*, a qual, segundo Maria Berenice Dias, se estabelece “num ato de vontade, que se sedimenta no terreno da afetividade”<sup>160</sup>, gerando como consequência a *filiação socioafetiva*.

Sobre o tema, assim assevera Antônio Carlos Mathias Coltro:

“Embora presente em nosso Direito pensamento doutrinário e legal orientado à biologização da paternidade, o fato é que se tornou necessário considerá-la sob enfoque diverso e dirigido pelo Princípio da Socioafetividade, em que a inexistência de ligação biológica é um simples dado e não implica solução no sentido de impossibilidade de se afirmar o filho como tendo essa qualidade.”<sup>161</sup>

Assim, ainda que não esteja expressamente prevista em lei essa espécie de vínculo de filiação, a doutrina e jurisprudência a reconhecem de forma majoritária, para não dizer praticamente unânime. Considera-se que é uma espécie de parentesco civil, nos termos do artigo 1.593 do Código Civil. Nesse sentido, o enunciado 256 da III Jornada de Direito Civil: “Art. 1.593: A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil”.

Questão intrigante é saber o tempo necessário de convivência para que se constitua o vínculo. Flávio Tartuce e José Fernando Simão, citando a tese de pós-doutorado de Leila Torraca de Brito, trazem como critério o prazo de cinco anos de posse de estado de filhos, a contar do nascimento ou reconhecimento, ou dez anos, se não houver posse do estado de filho. Mas salientam que o vínculo de afeto “não leva em conta apenas fatores quantitativos, mas também qualitativos”.<sup>162</sup> Com efeito, a melhor solução parece ser a mesma dada para se configurar o requisito da durabilidade para constituição da união estável, isto é, a análise, com bom senso e razoabilidade, de cada caso concreto, observando-se principalmente, em razão do *melhor interesse da criança*, os laços afetivos demonstrados pelo menor.

Uma vez formado o vínculo, surgem deveres de assistência e cuidado, os quais se não forem observados podem causar danos e, portanto, responsabilidade

<sup>160</sup> *Manual de direito das famílias*, p. 341.

<sup>161</sup> *A socioafetividade sob a ótica jurisprudencial – Revista do Advogado nº 112*, p. 20.

<sup>162</sup> *Direito Civil – Direito de Família*, p. 349.

civil. Serão analisados agora os principais temas em que se discute o dever de reparar danos nos casos de filiação: *abandono afetivo* e *alienação parental*.

### 6.1 Abandono afetivo

O principal dever dos pais é o de prover a criação e educação dos filhos, bem como mantê-los em sua guarda e companhia. Além da previsão expressa no artigo 1.634, I e II do Código Civil, esse dever também se encontra nos artigos 1.566, IV e 1.724 do mesmo diploma legal, bem como no artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Assim, não restam dúvidas de que o pai ou a mãe que, sem justificativa, deixam de prover assistência material aos filhos cometem ato ilícito, o qual, por óbvio, causa danos materiais ao abandonado. Entretanto, apesar de ser ilícita, a questão da falta de assistência material acaba se resolvendo não pela obrigação de indenizar, mas sim pela obrigação de prestar alimentos (artigo 1.694 do Código Civil) a qual é mais efetiva em razão do caráter especial e prioritário que se atribui ao crédito de natureza alimentar, bem como pela existência de medidas mais rígidas de coerção, como a possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos.

A questão que surge e causa grande polêmica na doutrina e jurisprudência atuais diz respeito ao *abandono afetivo*. Aqueles genitores que, até podem prover assistência material, mas não dão assistência moral. Trata-se da ausência do afeto, da presença, da companhia, da participação ativa na vida dos filhos.

O ponto é saber se a conduta do abandono afetivo é capaz de gerar dano moral compensável. Rui Stoco entende que sim, afirmando que “a dor sofrida pelo filho em razão do abandono e desamparo dos pais, privando-o do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral, psíquico e material, é não só terrível, como irreversível. A mancha é indelével e o trauma irretirável.”<sup>163</sup> Em sentido contrário, ficou famoso o julgamento do Recurso Especial 757.411/MG, em que, por maioria de votos, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu que o abandono afetivo não gera compensação por danos morais, com a seguinte ementa:

---

<sup>163</sup> *Tratado de responsabilidade civil*, p. 1062.



“RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE.

1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária.

2. Recurso especial conhecido e provido”<sup>164</sup>.

Ênio Santarelli Zuliani, em crítica ao referido julgado, aduz que “o motivo da pretensão ressarcitória não está calcado na exclusão do afeto, mas, sim, pelo não cumprimento dos deveres paternais previstos no art. 227 da CF”<sup>165</sup>.

Entretanto, nos dias de hoje, prevalece na jurisprudência do país inteiro que não há dever de compensar decorrente de abandono afetivo. Constatou-se o maior número de julgados atuais nesse sentido no Rio Grande do Sul<sup>166-167-168</sup> e em São Paulo<sup>169-170-171</sup>.

Já no Estado do Paraná, a 8ª Câmara Cível do respectivo Tribunal de Justiça parece ter aberto, recentemente, a divergência para o fim de atribuir o dever de compensar os danos decorrentes da ausência de afeto<sup>172</sup>, também com fundamento do dever de convivência familiar, atribuído à família, no artigo 227 da Constituição Federal.

A maioria dos julgados exclui o dever de compensar os danos morais com o fundamento de que o desamor, ou desafeto não constitui ato ilícito. Não há um dever legal obrigando o genitor a manter laços de afeto com o filho, ou um dever legal de visitas ou de companhia. Estaria ausente, portanto, um dos elementos essenciais da responsabilidade civil, qual seja, a conduta. Outros preferem entender que até existe conduta, mas esta não é culposa, pois não age com dolo ou culpa aquele que não sente vontade de se aproximar do próprio filho. E, sendo a responsabilidade civil, em regra, subjetiva, não se caracteriza o dever de compensar danos.

---

<sup>164</sup> Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 29/11/2005.

<sup>165</sup> *Direito de família e responsabilidade civil – Revista do Advogado nº 112*, p. 38.

<sup>166</sup> TJRS, 7ª Câmara Cível, Apelação 70044341360, rel. Des. André Luiz Planella Villarinho, j. 23/11/2011.

<sup>167</sup> TJRS, 8ª Câmara Cível, Apelação 70044241701, rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 13/10/2011.

<sup>168</sup> TJRS, 8ª Câmara Cível, Apelação 70040604498, rel. Des. Alzir Felipe Schmitz, j. 14/07/2011.

<sup>169</sup> TJSP, 4ª Câmara Dir. Priv., Apelação 9199720-77.2009.8.26.0000, rel. Des. Teixeira Leite, j. 16/02/2012.

<sup>170</sup> TJSP, 5ª Câmara Dir. Priv., Apelação 9172547-49.2007.8.26.0000, rel. Des. Moreira Viegas, j. 23/11/2011.

<sup>171</sup> TJSP, 7ª Câmara Dir. Priv., Apelação 9154041-93.2005.8.26.0000, rel. Des. Elcio Trujillo, j. 26/10/2011.

<sup>172</sup> TJPR, 8ª Câmara Cível, Apelação 768524-9, rel. Des. Jorge de Oliveira Vargas, j. 26/01/2012.

Com efeito, por mais dor que possa causar ao abandonado, o abandono afetivo é um fato da vida, um aborrecimento que, embora lamentável, não caracteriza um ato ilícito ou um ato abusivo de direito. E, como se estudou<sup>173</sup>, a responsabilidade civil decorrente de um ato lícito é uma hipótese excepcional, que deve estar expressamente prevista em lei, ou ser fundada na teoria do risco ou na vedação ao enriquecimento sem causa, o que não é o caso. Ademais, ainda que estivesse presente a ilicitude do ato de abandonar afetivamente o filho, ainda teria que se analisar a culpa, o que, de fato, não parece estar presente nesses casos.

Ademais, há outro fundamento para não se atribuir a responsabilidade civil no caso de abandono afetivo, que parece intransponível. O dano moral, nesta hipótese, não atende com eficiência nenhuma de suas funções, seja a compensatória, seja a punitiva<sup>174</sup>. A função punitiva, que teria a finalidade de corrigir as atitudes do ofensor, desestimulando sua conduta, em verdade, transforma o que era ausência de sentimentos em raiva. Não se espera que o pai se aproxime do filho para o qual teve que pagar compensação por danos morais. Ao invés de desestimular, a responsabilização do pai surtirá efeito inverso, estimulando ainda mais o seu distanciamento. De igual modo, a função compensatória se torna praticamente um “*presente de grego*”, um “*cavalo de tróia*”. Para o filho abandonado, muito melhor seria manter a esperança de que um dia, seu pai ou sua mãe, ainda poderiam se aproximar ou reaproximar. E isso não é impossível, pois a vida dá muitas voltas. Os laços benévolos teriam muito mais chance de nascer diante da ausência de afeto, do que com a presença de raiva e ressentimentos. Justamente nesse sentido, o Ministro Fernando Gonçalves assim afirma em trecho de seu voto, no já citado Recurso Especial que tratou da matéria:

“Por certo um litígio entre as partes reduziria drasticamente a esperança do filho de se ver acolhido, ainda que tardiamente, pelo amor paterno. O deferimento do pedido, não atenderia, ainda, o objetivo de reparação financeira, porquanto o amparo nesse sentido já é providenciado com a pensão alimentícia, nem mesmo alcançaria efeito punitivo e dissuasório, porquanto já obtido com outros meios previstos na legislação civil (...)”<sup>175</sup>

Nesse mesmo contexto, interessante citar trecho de voto vencido do Desembargador Fernando Carioni, em um julgado do Tribunal de Santa Catarina:

---

<sup>173</sup> Ver item 2.1 *supra*

<sup>174</sup> Ver item 2.3 *supra*

<sup>175</sup> REsp 757.411/MG, 4ªT, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 29/11/2005.

“Sabe-se que a reparação civil por dano moral possui um caráter compensatório, a fim de dar ao lesado um lenitivo pela dor sofrida, bem como um caráter punitivo ao gerador do dano.

Quanto ao caráter punitivo, no âmbito do direito de família, o ordenamento jurídico já prevê a reprimenda para o pai que abandona o filho ou descumpre injustificadamente o dever de sustento, guarda e educação, punindo-o com a perda do poder familiar, tal como previsto no artigo 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente e no artigo 1.638, II, do Código Civil.

No tocante ao caráter compensatório, salienta-se que não se nega a dor tolerada por um filho que cresce sem o afeto e amparo material do pai, bem como o abalo que o abandono causa ao infante; porém a reparação pecuniária além de não acalantar o sofrimento do filho ou suprir a falta de amor paterno, poderá provocar um abismo entre pai e filho, na medida que o genitor, após a determinação judicial de reparar o filho por não lhe ter prestado auxílio afetivo, talvez não mais encontre ambiente para reconstruir o relacionamento.

Por óbvio, a demanda restringe a chance de o autor receber, ainda que de modo tardio, o afeto do réu”.<sup>176</sup>

## 6.2 Alienação parental

Quando um casal termina uma relação amorosa é normal que fiquem ressentimentos e mágoas. Se o casal não tiver filhos, o tempo e a distância se encarregam de curar essas dores, e cada um segue sua vida, mais cedo ou mais tarde. Contudo, havendo filhos comuns, existe um laço que liga o ex-casal para sempre. A convivência entre os ex-parceiros, muitas vezes, não é das mais saudáveis, especialmente quando há mágoas do amor não correspondido ou da decepção de uma traição. Tais sentimentos negativos os fazem utilizar os filhos como instrumentos para atingir o outro genitor e saciar seu desejo de vingança. Nesse momento começam a se verificar *atos de alienação parental*.

O artigo 2º da Lei 12.318/10 que dispõe sobre a alienação parental, a conceitua como “a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este”.

O alienador pratica atos que têm por objetivo distanciar o filho do genitor alienado, ou impedir a convivência entre eles. Exemplos desses atos são as mentiras inventadas pelo alienador referente a fatos que desabonem o alienado,

---

<sup>176</sup> 3ª Câ. Cível, Apelação 2011.043951-1, rel. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, j. 06/09/2011.

fazendo com que o próprio filho acredite que o outro genitor é uma má pessoa ou que não se importa com o menor (artigo 2º, parágrafo único, I da Lei 12.318/10). Assim, a criança ou adolescente, por vontade própria, acreditando nas mentiras do alienador, se distancia do genitor alienado. O genitor que pratica esse ato aproveita-se do direito de conviver a maior parte do tempo com o filho para um fim ilícito, caracterizando, portanto um *abuso de direito da paternidade ou maternidade*.

Além disso, há também os casos de *abuso do direito de guarda*. Roberta Marcantônio cita exemplos dessas condutas<sup>177</sup>. Imagine-se o genitor que impede as visitas do não guardião, inventando desculpas, tais como doenças, compromissos de última hora, ou até mesmo a falta de vontade do filho de ver o genitor visitante (artigo 2º, parágrafo único, II, III e IV da Lei 12.318/10). Também é exemplo a hipótese do alienador que se muda sem qualquer justo motivo para local incerto, para impedir as visitas (artigo 2º, parágrafo único, VII da Lei 12.318/10).

Outra conduta, caracterizadora do abuso de direito é a *falsa acusação de abuso sexual ou maus tratos* (artigo 2º, parágrafo único, VI da Lei 12.318/10). O alienador, visando impedir as visitas do outro genitor, inventa que este abusa sexualmente do próprio filho. Ainda que se constate posteriormente a falsidade da informação, o constrangimento já foi verificado.

O ato de desqualificar o outro genitor, de abuso do direito de guarda e falsa denúncia de abuso sexual ou maus tratos são espécies de ato abusivo de direito, eis que se enquadram perfeitamente no conceito previsto no artigo 187 do Código Civil, Ademais, como já se salientou, entende-se que entre os genitores, aplica-se a boa-fé objetiva. Por isso, tais atos independem de culpa.

O artigo 6º da Lei 12.318/10 traz diversas sanções para o genitor alienador, tais como advertência, multa, inversão da guarda, suspensão do poder familiar, entre outras. Mas o interessante é que, de forma muito inteligente, o legislador previu expressamente, no *caput* do dispositivo legal, a possibilidade de responsabilidade civil, deixando claro que as sanções relacionadas nos incisos podem perfeitamente ser cumuladas com o dever de indenizar ou compensar danos.

Portanto, sem prejuízo das demais sanções, tais condutas geram danos morais, consistentes na violação do direito fundamental à convivência familiar (artigo 3º da Lei 12.318/10). São duas as vítimas desse dano: o menor e o genitor

---

<sup>177</sup> *Abuso do direito no direito de família*. Disponível em: <<http://criticajuridica.com.br/wp-content/uploads/rcj4/rcj4roberta.pdf>>

alienado. Embora possa ser controverso, também seria possível se cogitar da cumulação de danos por perda da chance de *ter* pai ou mãe (no caso do menor), e a perda da chance de *ser* pai ou mãe (no caso do genitor alienado). Além disso, apesar da Lei não tratar expressamente dessa questão, é fato que os atos de alienação parental também podem causar danos materiais, diante das sérias consequências que podem trazer ao genitor alienado e, principalmente, à criança ou ao adolescente. Trata-se da *síndrome da alienação parental*, que não se confunde com a alienação parental em si<sup>178</sup>.

A alienação parental, como se estudou, consiste nos atos que visam afastar o filho do outro genitor. Já a *síndrome* da alienação parental é um *transtorno psicológico*<sup>179</sup> no qual se verificam as *consequências* desses atos, isto é, os sintomas que eles podem ou não causar. As vítimas dessas condutas podem sofrer sérios abalos psíquicos, passando a sofrer diversos males, tais como baixa autoestima, dificuldade para se relacionar, crises de identidade, depressão, ansiedade, pânico, agressividade, hostilidade etc. Em casos mais graves, a vítima fica tão abalada que pode até mesmo cometer práticas suicidas<sup>180</sup>. Com efeito, diante de tais sequelas, são indenizáveis os gastos com remédios, serviços médicos e de psicologia etc.

Entretanto, os danos materiais precisam ser comprovados, pois nem sempre a síndrome será consequência dos atos de alienação parental. Já os danos morais, decorrentes da violação do direito à convivência familiar, são presumidos (*in re ipsa*), por expressa previsão legal do artigo 3º da lei 12.318/10, bastando que se comprovem os atos de alienação parental. Sobre o tema, assim assevera Rui Stoco:

“Embora não se possa afastar, desde logo, a possibilidade de dano material que a vítima da alienação parental possa suportar, a reparação a que se refere a lei é a de natureza moral impondo-se ao julgador fixar o valor dessa compensação desde logo”.<sup>181</sup>

Em síntese, para se pleitear os danos morais, basta a comprovação dos *atos* de alienação parental. Para se pleitear os danos materiais, de outro lado, se faz necessária a comprovação dos atos e da *síndrome* da alienação parental, bem como das despesas geradas em decorrência de seu tratamento.

---

<sup>178</sup> Priscila Corrêa da Fonseca, *Síndrome da alienação parental - Revista Brasileira de Direito de Família* n 40, p. 7

<sup>179</sup> Douglas Phillips Freitas e Graciela Pellizzaro, *Alienação parental - Comentários à Lei 12.318/2011*, p. 20.

<sup>180</sup> Jorge Trindade, *Síndrome da alienação parental - Incesto e alienação parental: realidades que a Justiça insiste em não ver*, p. 104.

<sup>181</sup> *Tratado de responsabilidade civil*, p. 1065.

## CONCLUSÃO

A responsabilidade civil se verifica quando uma pessoa, por uma *conduta* ilícita, abusiva de direito ou, em casos excepcionais, por um ato lícito, de forma direta e imediata (teoria do dano direito e imediato ou da interrupção do *nexo causal*) causa um *dano*, consistente na lesão ao patrimônio, à personalidade, ao corpo humano ou a determinada oportunidade de outrem. Nasce, por consequência, uma obrigação de indenizar (danos materiais) ou compensar (danos morais, estéticos ou por perda da chance). São, portanto, elementos essenciais para configurar a responsabilidade civil: a *conduta*, o *dano* e o *nexo causal* entre eles.

Quando a conduta for ilícita (quebra do dever de não violar um direito alheio), há ainda um quarto elemento: a *culpa* lato sensu, que se divide em dolo (causar um resultado danoso intencionalmente) e culpa *stricto sensu* (causar um resultado danoso previsível e involuntário, por falta de cautela). Como no direito de família a responsabilidade civil é extracontratual (ou *aquiliana*), cabe ao autor o ônus de provar a culpa do agente.

Se, no entanto, a conduta for abusiva de direito, consistente no exercício de um direito de maneira desvirtuada, com a finalidade de se atingir resultados ilícitos, a discussão da culpa é irrelevante. Por isso, trata-se de um elemento não essencial. É o que se verifica, por exemplo, nas condutas de mentira sobre a gravidez e alienação parental.

Excepcionalmente, no âmbito das relações afetivas, se admitirá indenização por danos materiais decorrentes de uma conduta lícita, com fundamento na vedação ao enriquecimento sem causa. É o que ocorre, por exemplo, nos casos de rompimento do noivado (ato lícito), que pode gerar o dever de restituir metade dos gastos, referentes à festa já contratada, para o ex-noivo que adiantou o pagamento.

Para se atribuir o dever de indenizar ou compensar danos também é necessário analisar se não está presente alguma das causas de não configuração ou de exclusão da responsabilidade civil. A responsabilidade não se configura pelas causas de *inexistência de ilicitude* (legítima defesa real, exercício regular de um direito, estrito cumprimento do dever legal e estado de necessidade defensivo), *inexistência de nexo causal* (fato exclusivo da vítima, fato exclusivo de terceiro, caso fortuito ou força maior), ou ainda, *inexistência de culpa* (erro escusável, levando-se em conta o critério do homem médio dentro de um grupo de pessoas com as

mesmas condições pessoais do agente). Ademais, a responsabilidade civil será excluída em razão da *prescrição* (extinção da pretensão do direito à reparação dos danos pela fluência de lapso temporal equivalente a três anos, contados da data da ocorrência do dano ou do momento em que a vítima tiver ciência dos efeitos da lesão) e também do *perdão tácito* (prática posterior de conduta incompatível com a vontade de exigir a reparação ou compensação por danos).

No âmbito do direito de família, a maior parte dos casos de responsabilidade civil ocorre nas relações amorosas entre casais. Os danos podem surgir nas relações que se configuram como entidades familiares (casamento e união estável), naquelas que antecedem sua formação (namoro e noivado), bem como naquelas relações consideradas imorais, não reconhecidas como entidades familiares (concubinato adulterino, incestuoso ou desleal).

Das diversas condutas possíveis que podem gerar a responsabilidade civil nas relações amorosas entre casais, as principais são o *rompimento da relação*, a *infidelidade*, o *desrespeito*, a *transmissão de doenças sexualmente transmissíveis*, a *mentira sobre a gravidez* e o *induzimento a erro essencial ou ocultação de impedimento*.

O *rompimento da relação* é um ato lícito, pois ninguém pode ser compelido a permanecer em uma relação com quem não ama. Entretanto, é uma hipótese que pode causar indenização por danos materiais, desde que tenha havido efetiva contribuição financeira para aumento patrimonial do ex-parceiro, nos casos de namoro, noivado e concubinato. Pode ocorrer, por exemplo, na situação em que os namorados adquiriram juntos um imóvel somente em nome de um deles. Por óbvio, como não há regime de bens regulando as relações patrimoniais entre eles, o que ficar com o imóvel deve ressarcir o que contribuiu para sua aquisição. Outro exemplo é a já citada hipótese de rompimento do noivado em que apenas um arcou com as despesas de festas, viagem de lua de mel etc. Tais gastos devem ser divididos igualmente. Por outro lado, embora haja controvérsia, as contribuições não financeiras, como por exemplo, os denominados serviços prestados, não ensejam mais indenização, nem mesmo no concubinato, não mais incidindo a Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, que há muito tempo está desatualizada. O rompimento da relação, por si só, também não causa danos morais, pois o ato não gera qualquer tipo de violação a direito da personalidade, mas apenas um mero aborrecimento da vida.

A *infidelidade*, que pode se caracterizar pelo adultério, quase-adultério ou infidelidade virtual é ato ilícito, pois viola o dever de fidelidade ou lealdade. Contudo, não basta a ilicitude para gerar a responsabilidade civil. E, em regra, a infidelidade não causa qualquer tipo de dano, não se configurando, por si só, como uma conduta capaz de causar lesão a algum direito da personalidade, sendo apenas uma decepção da vida. Excepcionalmente, porém, se do ato resultar humilhação ao traído perante seu círculo social, atingindo-lhe a honra objetiva, haverá dever de compensar danos morais.

O *desrespeito* pode ocorrer por meio de violência *física* (agressões diretas ao corpo da vítima), *moral* (ofensas à honra da vítima), *psicológica* (tentativa de controlar os atos da vítima) ou *patrimonial* (agressões aos bens da vítima). Tais condutas são ilícitas e podem gerar, dependendo da gravidade, todos os tipos de danos. Havendo lesões a direito da personalidade, como honra (no caso de violência moral) e liberdade (no caso de violência psicológica), há dano moral. Ocorrendo lesões ao corpo humano, se forem não permanentes, haverá cumulação de dano moral e dano material, e se permanentes, cumulação de danos morais, materiais e estéticos. Em qualquer caso, pode haver a cumulação de danos por perda da chance ao se verificar que, em razão da conduta, a vítima perdeu uma oportunidade. Além disso, tais condutas podem gerar também a responsabilidade criminal, e, por consequência, processos concomitantes nas esferas cível e penal. A responsabilidade possui requisitos e consequências diferentes no âmbito civil e no penal, e este só influencia naquele, para impedir a configuração da responsabilidade civil, nos casos de inequívoca comprovação de inexistência do fato, de que o agente não concorreu para o evento danoso ou de que o fato foi praticado por excludente de ilicitude, com exceção do estado de necessidade agressivo. Por outro lado, uma vez condenado o agente na esfera penal, a conduta não precisará ser comprovada no cível, mas o dano e o nexo causal sim.

A *transmissão de doenças sexualmente transmissíveis* também é ato ilícito, caracterizado pela quebra do dever de cuidado, respeito e assistência, causando danos morais (decorrentes de lesão à integridade física e outros direitos da personalidade) e materiais (decorrentes de despesas médicas e hospitalares e lucros cessantes). É preciso, no entanto, especial análise da culpa, nos casos em que o transmissor não sabia que estava infectado, devendo-se examinar se agiu com culpa no momento em que ele próprio contraiu a doença. Ademais, também é



preciso conferir atenção especial ao nexu causal, devendo ficar inequivocamente comprovado quem transmitiu a enfermidade a quem, a fim de evitar a inversão de papéis entre a vítima e o agente.

Com relação à conduta da *mentira sobre a gravidez*, embora muitos possam entender tratar-se de ato ilícito, optou-se por enquadrá-la como abuso do direito de maternidade. Constitui-se pela violação da sinceridade e transparência, deveres anexos da boa-fé objetiva, a qual deve ser observada na relação entre os genitores. Assim sendo, não há necessidade de se comprovar a culpa da genitora que mente sobre a gravidez. O ato abusivo pode ocorrer por falsa atribuição de paternidade ou ocultação da gravidez seguida de aborto. A conduta de falsa atribuição de paternidade causa dano moral, decorrente da lesão à honra subjetiva, a quem não é o pai biológico, e dano pela perda da chance de ser pai, ao enganado que possui o vínculo de consanguinidade. O mesmo dano se verifica a quem foi privado de conviver com filho concebido, nos casos em que a genitora oculta a gravidez e, sem conhecimento ou consentimento do pai, pratica o aborto.

O *induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento matrimonial* também constituem atos ilícitos, em que se viola o dever de sinceridade decorrente da fidelidade, lealdade e respeito e consideração mútuos, gerando lesões à honra e, portanto, danos morais. Pode ocorrer tanto no casamento quanto na união estável. No noivado, pode acarretar danos materiais, decorrentes da festa e preparativos do casamento. Excepcionalmente, neste caso, os gastos devem ser pagos integralmente pelo ex-noivo que faltou com a verdade dolosamente.

Nos casos de responsabilidade civil no casamento, o pedido de indenização ou compensação por danos pode ser feito em processo autônomo, na Vara Cível, ou nos mesmos autos da ação de divórcio, em Vara de Família. Diante da aplicação do princípio da economia processual, é equivocado o entendimento de que não se poderia cumular os pedidos de divórcio e indenização ou compensação por danos. Neste caso, o juiz deve proferir sentenças distintas, concedendo o divórcio o quanto antes, por meio de julgamento antecipado parcial da lide, e prosseguir o processo quanto aos demais pedidos, para apurar eventual responsabilidade civil.

A responsabilidade civil no Direito de Família também pode ser analisada sob o aspecto das relações de filiação. Os possíveis danos podem ocorrer em qualquer espécie de vínculo entre pais e filhos, o qual pode ser *biológico* (decorrente da

consanguinidade), *civil* (decorrente de adoção) ou *socioafetivo* (decorrente da posse do estado de filho).

As principais condutas em que se poderiam cogitar danos decorrentes das relações de filiação são o *abandono afetivo* e os atos de *alienação parental*.

Muito se discute e grande é a divergência sobre a possibilidade do ato de *abandono afetivo* gerar obrigação de compensar danos morais. Embora se admita que a conduta de desafeto de um genitor para com um filho seja lamentável, preferiu-se curvar ao entendimento de que o ato não é ilícito, pois não se pode obrigar alguém a amar ou participar da vida de outra pessoa contra sua vontade, ainda que esta pessoa seja o seu próprio filho. Saliente-se que está a se falar da assistência moral, da convivência e companhia, e não da assistência material, de sustento e educação, a qual, sem dúvidas, deve ser prestada, independentemente da vontade do genitor, mas que possui medidas muito mais efetivas de coerção, por meio das ações de alimentos. O afeto, entretanto, deve nascer naturalmente. Ademais, os danos morais, na hipótese específica do abandono afetivo, não cumprem nenhuma das suas funções, quais sejam, a punitiva ou compensatória. Ao contrário, surtem efeito inverso, instigando a discórdia e desestimulando uma possível aproximação futura.

Os atos de *alienação parental* são abusivos de direito, eis que o alienador aproveita-se de seu direito de conviver a maior parte do tempo com o filho para manipulá-lo, fazendo com que odeie o genitor alienado, frustrando a convivência familiar e afetiva entre eles. Causam danos morais presumidos (*in re ipsa*), bastando comprovar a conduta. Os atos podem causar a síndrome da alienação parental, hipótese em que também serão indenizáveis os danos materiais, devidamente comprovados, decorrentes do tratamento do transtorno. Também seria possível se pensar em danos pela perda da chance de ter ou de ser pai ou mãe.

Com essas considerações, conclui-se que o diálogo entre o Direito de Família e as regras da responsabilidade civil é importante, pois permite que os atos das relações afetivas sejam analisados de forma precisa e sistematizada, conferindo desejável equilíbrio, em que se permite conjugar o máximo possível de tutela de indenização e compensação dos danos, com o mínimo possível de intervenção estatal nas relações familiares.

**BIBLIOGRAFIA**

- AVENA, Norberto. *Processo Penal*. São Paulo: Método, 2011.
- BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Reconvenção no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BOULOS, Daniel M. *Abuso do direito no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2006.
- CARVALHO NETO, Inacio de. *Responsabilidade civil no direito de família*. Curitiba: Juruá, 2011.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2009.
- COLTRO, Antônio Carlos Mathias. *A socioafetividade sob a ótica jurisprudencial – Revista do Advogado nº 112, p. 18-29*. São Paulo: AASP, 2011.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro – responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito civil brasileiro – direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ESTEFAM, André. *Direito penal 1 – parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. *A teoria da perda de uma chance aplicada ao direito de família: utilizar com moderação*. Disponível em: <[http://www.ibdfam.org.br/anais\\_download.php?a=182](http://www.ibdfam.org.br/anais_download.php?a=182)>. Acesso em 20/01/2012.
- \_\_\_\_\_; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FONSECA, Priscila M. P. Corrêa. *Síndrome da alienação parental – Revista Brasileira de Direito de Família nº 40*, fev-mar, 2007.

FREITAS, Douglas Phillips; PELLIZZARO, Graciela. *Alienação parental – Comentários à Lei 12.318/2010*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil – volume I – parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. *Direitos da(o) amante*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11500/direitos-da-o-amante>>. Acesso em 09/02/2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. *Direito civil – direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2006.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil – volume 1 – Teoria geral e processo de conhecimento*. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Dos crimes contra a pessoa*. São Paulo: Saraiva, 2007.

GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. *Direito de família e o princípio da boa-fé objetiva*. Curitiba: Juruá, 2009.

LAGRASTA, Caetano. *Divórcio – o fim da separação e da culpa?* Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=690>>. Acesso em 12/01/2012.

MARCANTÔNIO, Roberta. *Abuso do direito no direito de família*. Disponível em: <<http://criticajuridica.com.br/wp-content/uploads/rcj4/rcj4roberta.pdf>>. Acesso em 12/01/2012.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo civil moderno – parte geral e processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PANTALEÃO, Juliana F. *Ação civil ex delicto*. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=400>>. Acesso em 22/12/2011.

POFFO, Maria Rúbia Cattoni. *Inexistência de união estável em namoro qualificado*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=601>>. Acesso em 04/02/2012.

SCALQUETTE, Ana Cláudia S. *União estável*. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, Michel Mascarenhas. *A responsabilidade civil no rompimento do casamento e da união estável*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

SIMÃO, José Fernando. *A emenda constitucional nº 66: a revolução do século em matéria de Direito de Família – Revista do Advogado nº 112, p.64-78*. São Paulo: AASP, 2011.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil – volume 2 – direito das obrigações e responsabilidade civil*. São Paulo: Método, 2010.

\_\_\_\_\_ ; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil – volume 5 – direito de família*. São Paulo: Método, 2010.

\_\_\_\_\_. *O princípio da boa-fé objetiva no direito de família*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12050/o-principio-da-boa-fe-objetiva-no-direito-de-familia>>. Acesso em 28/02/2012.

TRINDADE, Jorge. *Síndrome da alienação parental – Incesto e alienação parental: realidades que a Justiça insiste em não ver*. Coordenação de Maria Berenice Dias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil – volume 4 – responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2005.

WALD, Arnoldo; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa. *Direito civil – volume 5 – direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2009.

ZULIANI, Ênio Santarelli. *Direito de família e responsabilidade civil – Revista do Advogado nº 112, p.30-39*. São Paulo: AASP, 2011.