

**UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO UNICAP
PRÓ-REITORIA ACADÊMICA PRAC
COORDENAÇÃO GERAL DE PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

**DA *RESTITUTIO IN INTEGRUM* NO HODIERNO DIREITO CIVIL PÁTRIO:
DA REPARABILIDADE DO DANO.**

GILSON TENORIO DA SILVA

Prof. Pós-Dr. FRANCISCO CAETANO PEREIRA
(Orientador)

Recife
2014

GILSON TENORIO DA SILVA

**DA *RESTITUTIO IN INTEGRUM* NO HODIERNO DIREITO CIVIL PÁTRIO:
DA REPARABILIDADE DO DANO.**

Dissertação apresentada à banca de defesa da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, tendo como área de concentração a linha de Jurisdição e Direitos Humanos sob a orientação do Professor Pós-Dr. Francisco Caetano Pereira.

Recife
2014

GILSON TENORIO DA SILVA

**DA RESTITUTIO IN INTEGRUM NO HODIERNO DIREITO CIVIL PÁTRIO:
DA REPARABILIDADE DO DANO.**

Dissertação apresentada à banca de defesa da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, tendo como área de concentração a linha de pesquisa de Jurisdição e Direito Humanos Pós-Dr. Francisco Caetano Pereira.

DEFESA PÚBLICA em

Recife, ____ de _____ de 2014.

Presidente: Orientador: Prof. Pós-Dr. Francisco Caetano Pereira (UNICAP)

1º Examinador: Prof. Pós-Dr. José Soares Filho (UNICAP)

2º Examinador: Prof.^a. Dr^a. Vera Regina de Cravo Barros Della Santa (UNIGUARARAPES)

Recife
2014

Ao meu Deus, amigo das horas incertas; Aos meus pais verdadeiros Mestres na Vida que me ensinaram e me ensinam preciosas lições e com seu colo sempre me acolheram; minha fiel esposa companheira, amiga confidente; Aos meus filhos um presente de Deus; Aos meus irmãos que aprendi lições valorosas, meus sobrinhos tios, amigos e demais familiares. Em fim, Todos que contribuíram com esta jornada, cada qual de sua forma.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus professores desde a mais tenra infância, sempre educando para o bem maior e prefiguro todos na pessoa do Prof. Francisco Caetano, não apenas pelas orientações, mas a paciência e dedicação no ensino, sobretudo pelas preciosas lições que me fez enxergar as a necessidade da aplicação da *Restitutio in integrum* em nossos dias para a reparabilidade do dano de forma integral.

Agradeço ao Frei Francisco Fernandes pelo apoio e colaboração na construção da matéria. Agradeço a todos os amigos, colegas, professores e funcionários do mestrado, sem os quais o curso não teria sido tão bom.

Agradeço a minha Mãe Mulher aguerrida que soube Lutar e educar seus filhos ao lado do meu Saudoso e Distinto Pai, um Amigo, por suas colaborações.

Agradeço à banca avaliadora, José Soares e Vera Della Santa, os quais contribuíram enormemente com suas considerações na avaliação prévia. Agradeço, mais uma vez, a Márcia, minha esposa e aos meus filhos, Nestor e Tenorinho, que não apenas estiveram ao meu lado durante todo o curso, mas me deram o apoio e todo o auxílio que precisei para concluir esta importante etapa de nossas vidas.

“IUS EST ARS BONI ET AEQUI” Celso.

“Justiça é a arte do bom e do igual”

Em honra do passado e na esperança do Futuro, dedico este opúsculo na perspectiva de um mundo melhor e na Certeza que ajudaremos a construir.

RESUMO

O presente trabalho tem por intenção desenvolver um estudo de empenho da importância da *restitutio in integrum* e sua contribuição á estruturação do hodierno Direito civil pátrio, enquanto ramo da ciência jurídica. A matéria apresenta sua relevância quando da necessidade de enfatizar tais contribuições emprestadas ao direito particularmente nos institutos do casamento e da reparação integral do dano no Direito Civil moderno brasileiro. Para tanto, partimos das concepções básicas e distintivas das lições históricas e influenciadoras em institutos como a família, relacionando-os com o conteúdo jurídico e a normatização de nosso ordenamento civil pátrio. Em seguida, buscamos a definição do problema, e fundamentos da responsabilidade civil objeto de estudo. Ao fim, relacionamos todos os temas abordados, buscando aferir, se é possível afirmar que a *restitutio in integrum* ofereceu subsídios ao complexo mundo do Direito brasileiro mais propriamente ao instituto do Direito Civil.

Palavras-Chave

Restitutio in Integrum; Influências na reparabilidade integral do dano; Responsabilidade Civil objetiva e subjetiva.

RIASSUNTO

Il presente lavoro ha come sua intenzione di sviluppare un impegno a studiare l'importanza della *restitutio in integrum* e il suo contributo alla strutturazione della patria di significato frase di diritto civile, mentre il ramo legale della scienza. La storia presenta la sua rilevanza quando la necessità di sottolineare tali contributi prestatò il diritto particolare in istituti del matrimonio e il pieno risarcimento del danno nel moderno diritto civile brasiliano. A tal fine, lasciamo le concezioni fondamentali e le lezioni storiche e più distintivo in istituti come la famiglia, collegandoli con il contenuto giuridico e la standardizzazione della nostra patria pianificazione civile. Quindi cerchiamo per la definizione del problema e i fondamenti dell'oggetto responsabilità dello studio. Alla fine, collegare tutti gli argomenti discussi, che cercano di accertare se sia possibile affermare che la *restitutio in integrum* offerto sovvenzioni al complesso mondo del diritto brasiliano più propriamente all'Istituto di diritto civile.

Parole chiave

Restitutio in Integrum; Influenze sulla riparabilità danno completo; Responsabilità oggettiva e soggettiva.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

A.C	Antes de Cristo
AGR	Agravo
AI	Agravo de Instrumento
AO	Ação Ordinária
Art.	Artigo
atual.	Atualizada
Cân.	Cânone
CC	Código Civil
CIC	Código de Direito Canônico
CF	Constituição Federal
CPC	Código de Processo Civil
D.O.U.	Diário Oficial da União.
E.C.	Emenda Constitucional
ed.	Edição
et seq.	E páginas seguintes
Inc.	Inciso
Min.	Ministro
MS	Mandado de Segurança
OMS	Organização Mundial de Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
RE / RExt	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
rev.	Revista
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJPE	Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco

SUMÁRIO

RESUMO

LISTA DE ABREVIATURAS

INTRODUÇÃO.....	12
RESTITUIÇÃO INTEGRAL DO DANO: SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	15
1.1 A influência do direito Religioso na legislação pátria: a reparabilidade civil.	17
1.2 Da reparação de danos, no direito Civil brasileiro	21
1.3 a responsabilidade civil no ordenamento jurídico pátrio e alienígena.....	25
1.4 A ampliação da responsabilidade civil plena no ordenamento jurídico brasileiro.....	30
1.5 a responsabilidade civil no brasil atual.....	32
1.6 A função reparatória do Direito Civil no dano a alguém.....	37
2. DAS INFLUÊNCIAS LEGAIS DA RESTITUIÇÃO DO DANO NO DIRETO CIVILISTA PÁTRIO.....	46
2.1 Da reparação do dano no ordenamento jurídico.....	48
2.2 Influências dos antigos ordenamentos jurídicos para a reparação do dano.....	53
2.3 O alcance da <i>restitutio in integrum</i> no casamento, ordenamento juridico brasileiro.	55
2.4 A reparação do dano matrimonial no direito romano e hebraico.....	59
2.5 O dever de indenização do cônjuge de atos ilícitos matrimoniais.....	66
2.6 não afastamento da culpa na ruptura do casamento, dever de indenizar.....	72
2.7 A aplicação da <i>restitutio in integrum</i> nos alimentos compensatórios.	74
3. A <i>RESTITUTIO IN INTEGRUM</i> E A RESTITUIÇÃO DO DANO NA SUA INTEGRALIDADE.....	85
3.1 O fator indenizatório ao lesionado.....	88
3.2 A reparação efetiva no ordenamento jurídico pátrio.....	90

3.3 O dano imaterial nas legislações pátria brasileira, embriões para a restituição integral.	92
3.4 A anulação da sentença como fator de restituição integral.....	95
3.5 A restituição integral no principio da <i>restitutio in integrum</i>.....	102
3.6 Aplicação do artigo 944 do Código Civil para tutelar o patrimônio do lesado como restituição integral nas reparações do dano.....	108
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	114
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	116
ANEXOS.....	121

INTRODUÇÃO

Com o intuito de discutir a *restitutio in integrum*, em relação ao atual Direito Civil pátrio, enquanto ciência jurídica que possivelmente influenciou institutos civilistas, o nosso estudo busca definir, problematizar, fundamentar e objetivar as influências que dulcificaram e transformaram alguns institutos da reparação do dano no hodierno Direito civil brasileiro.

A busca da existência de tais influências reparatórias às mais diversas entidades civilistas, bem como de suas consequências em permear e disciplinar os direitos das pessoas que residem no Brasil, fundamenta esta pesquisa. Com o presente, pretendemos identificar os benefícios e as possíveis dificuldades que fundamentam tais relações para nos permitir uma melhor compreensão da matéria no âmbito de nosso ordenamento jurídico e por que não dizer constitucional.

O ordenamento jurídico veio ao mundo para reestabelecer aos povos um novo horizonte e situar os princípios cardeais outrora perdidos do respeito social. O Direito vem preenchendo a sua nobre missão, penetrando todos os recantos da terra e dulcificando as relações humanas, a cuja sombra se abrigam todos os sedentos de justiça e paz social.

Esta inovação na ordem das coisas não era somente uma necessidade que o tempo impunha, era também um acontecimento histórico. Porque uma nova progênie social e jurídica incidia de um novo pensar, uma nova visão do mundo vinha abrir caminhos para o futuro, um agir de reparação de danos.

A sua nobilíssima função de educador e de dirigente da vida em todas as direções dos destinos do homem. Vivendo dentro do Estado, fazendo com que este homem viva este estado de leis. Dai, nascem os princípios norteadores desta instituição sendo desenvolvida na proporção dos novos objetivos que lhe impunham a sua ação social universal.

Em torno, daqueles monumentos basilares dos atos e leis complementares, foi formando-se um Direito, ao mesmo tempo de caráter Público Constitucional, Administrativo, Penal, Internacional Público e Judiciário e de caráter Privado Civil e Internacional Privado. Porém em quaisquer ramos sempre com o dever de indenizar e reparar o dano suportado por alguém.

Entendendo não ser suficiente a garantia formal de acesso aos direitos, pelo Estado, isto é: apenas na expressa previsão normativa. Sendo necessário um esforço maior, a fim de conferir efetividade ao ordenamento e permitir que os benefícios de viver em sociedade, e de reparação do dano não se limitem a favorecer os grupos dominantes, mas toda a coletividade, indistintamente.

O questionamento que motiva, justifica a escolha do tema dar-se em virtude inicial da perquirição da restituição integral do dano ser ou não efetivado no direito civil pátrio, e em segundo plano se tal restituição do dano integral atende as necessidades dos dias atuais, nas ações de responsabilidade civil, tendo em vista, o grande número de ações que vem atingindo o judiciário, na busca de solucionar os desafetos causados pelos danos sofridos, com o fito de ter uma indenização integral.

Procura-se demonstrar que o ordenamento jurídico, visa delinear a conduta da sociedade, com a finalidade de evitar o abuso de direito. No caso em epígrafe, o direito atualmente não interfere na seara sentimental do indivíduo, apenas busca delimitar comportamentos oriundos dos danos sofridos pelo agressor e a sua reparação.

Busca-se apresentar um questionamento temporal e histórico da reparação dos danos no sistema jurídico brasileiro e suas variações de parcialidade a integralidade da restituição. Em seguida no segundo capítulo é destinado à demonstração das influencias religiosas no dano moral e patrimonial, bem como o seu desenvolvimento ao longo da historia no Brasil e timidamente na Europa.

Por fim, no terceiro capítulo busca-se o entendimento do *restitutio in integrum* como evolução e aplicabilidade tanto no direito pretérito como principalmente no moderno direito civil brasileiro, para efetivação de uma restituição integral para o dano, sendo a punição para o lesionador e uma retribuição ao lesionado.

Desta forma para realização do presente trabalho, partiu-se de pesquisas expropriatórias na doutrina e nas jurisprudências. Com o fim de poder proporcionar melhor familiaridade ao problema proposto e esclarecimento da matéria, mantendo o foco na realidade jurídica brasileira, Não havendo pretensão de esgotar o tema, apenas instigar uma discussão, apresentando fundamentos jurídicos e sociais.

1. RESTITUIÇÃO INTEGRAL DO DANO SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA.

Antes de visualizarmos o regramento e as particularidades da responsabilidade civil, se faz mister uma análise crítica, comparando entre as influências da religião, particularizando a hebraica e o cristianismo, que introduziram convergências com o ordenamento jurídico civilista brasileiro, e os desvelos morais éticos que colaboraram para o instituto em fomento.

Não se pode olvidar, que em todos os aspectos inclusive ramos do conhecimento a religião ao longo da história da Humanidade, tem a sua influência, não sendo diferente nas ciências jurídicas. Destarte, não podemos ignorar a importância que a religião, teve, e tem sobre a vida social familiar política e jurídica das mais variadas sociedades. Os valores, comportamentos, sentimentos, e inclusive normas, advém do pensamento e regras religiosas, apesar de em nossos dias atuais as civilizações tentam a todo custo negarem este fato.

Na verdade, não existe um consenso, mas inegável é o questionamento que a cada era da história o ser humano modifica seu comportamento e forma de pensar. Desde os primórdios humanos até a chegada do antropocentrismo, mais especificamente no século XVIII, com o Iluminismo¹, as regras criadas com base na religiosidade, foram perdendo espaço para inúmeras normas criadas pelo próprio homem, devido à valorização do mesmo e de seu poder de raciocínio.

Apesar desta mudança comportamental as influências da religião não deixaram de existir; pode ter havido como de fato houve uma minoração destas, não o seu desaparecimento e ou aniquilação. Superada a polaridade anterior da discussão representada pela religião versus Ciência, hoje pacificada em seus

¹ Para maiores informações sobre o tema verificar a obra DIREITOS DE PRIMEIRA GERAÇÃO E REVOLUÇÃO LIBERAL O ILUMINISMO COMO FONTE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS Helena Karoline MENDONÇA. <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/view/File/2026/2124>

patamares de estudo caminham cada uma lado a lado. Hodiernamente Verifica-se que o Direito não, mas pertence ao campo da religião, como dantes, mas inegável que há muito habitou nesta seara, e de tal modo era fundada em preceitos religiosos, como em alguns países ainda os são.

Mas de fato, não se pode negar que é possível visualizar nas normas jurídicas vigentes regras e situações que possuem os mesmos objetos abordados em "leis sagradas", basicamente no judaísmo e no cristianismo. De pronto percebe-se que no direito hebreu as regras fundamentais poderiam ser encontradas de forma esparsa em diversos escritos sagrados.² Importante lembrar que outros livros também reúnem regras, porém os estudiosos dão mais importância a estes cinco livros, que também daremos maior atenção, tendo em vista que à reparação de danos e comportamentos sociais são enforcados nos mesmos.

Tendo por certo ainda que, vale a pena salientar, para a maioria dos doutrinadores do Direito a "lei" presente em Israel não pode em hipótese alguma ser "considerada como conteúdo exclusivamente matéria jurídica, pois contém preceitos morais e religiosos. Consideravam-na os hebreus como tendo origem divina."³

Conforme vimos, não há uma dicotomia entre o que é religioso e o que legal estatal. Cientes de que não existe mais em nosso país o gerenciamento da religião no Estado, visto a laicidade acostada em nossas Leis, sejam elas a Maior, ou as infraconstitucionais, conclui-se assim, que desvinculado está o Estado da igreja.

² Para maiores informações sobre o assunto vide Torá (do hebraico, significando *instrução, apontamento, lei*) é o nome dado aos cinco primeiros livros do Tanakh (também chamados de *Hamisha Humshei Torah - as cinco partes da Torá*) e que constituem o texto central do judaísmo. Contém os relatos sobre a criação do mundo, da origem da humanidade, do pacto de Deus com Abraão e seus filhos, e a libertação dos filhos de Israel do Egito e sua peregrinação de quarenta anos até a terra prometida. Inclui também os mandamentos e leis que segundo o judaísmo tradicional, foram dadas a Moisés para que a entregasse e ensinasse ao povo de Israel. Chamada também de Lei de Moisés (Torat Moshê), por vezes o termo "Torá" é usado dentro do judaísmo rabínico para designar todo o conjunto da tradição judaica, incluindo a Torá escrita, a Torá oral (ver Talmud) e os ensinamentos rabínicos.

³ GUSMÃO, Paulo Dourado, **Introdução ao estudo do Direito**, São Paulo: Forense, 33ª edição revista e ampliada, 2003. Pág. 243.

1.1 A influência do direito Religioso na legislação pátria: a reparabilidade civil.

Para apreendermos o entendimento do dano, se faz necessário retrocedermos às coletividades ancestrais, pois partindo destas identificaremos a ocasião histórico em que surge o imperativo da reparação do dano ao indivíduo, ou seja, o período em que a sociedade passa a valorar os direitos individuais de cada um dos seus membros.

A reparação do dano, inclusive o moral já era identificado nas sociedades remotas. Inclusive, na esfera da religião, que até pouco tempo era imiscuída no Estado não podendo desassociar uma ofensa ao divino e o temporal, havia a necessidade de reparar. Desta feita para equilibrar e sanar as desigualdades entre os “fortes e os fracos”⁴, para não comprometer a ordem social embrionária, timidamente aparecem os institutos da reparabilidade civil, do que no futuro seria a doutrina da responsabilidade civil do dano moral e material.

É imprescindível lembrar que a sociedade latina americana sofreu diversas influencias alienígena em todas as áreas do conhecimento, no processo de sua formação enquanto Estado, não sendo diferente no campo jurídico. Perpetrando uma análise mais acurada podemos questionar que no momento histórico e as condições em que os hebreus viviam, suas leis não podem ser compreendidas apenas como regras de conteúdo jurídico, pois este se incumbia de disciplinar o dever social moral e religioso que adivinham da estruturação do divino.

A título de entendimento, podemos afirmar que o direito Hebreu, em que pese, existir uma intervenção humana, este era fundado iminentemente na religiosidade. Prova disso são as suas principais leis estabelecidas e encontradas

⁴ Comentários do autor. Ao mencionarmos o equilíbrio entre fortes e fracos, não falamos de força física, mas sim de assim, de força psicológica, uma vez que devemos considerar que a vítima de um dano moral torna-se parte fraca na relação social, o que não acontece com o agente causador do dano, que muitas vezes sente-se até bem em ocasionar prejuízo, seja na ordem patrimonial ou moral.

em alguns livros da Bíblia Sagrada, *verbi in gratia* os dez mandamentos como regras sociais padrões de conduta e religiosa.

Sobrepujada a discussão se as leis do direito hebreu antigo possuíam ou não conteúdo exclusivamente jurídico, fato de conhecimento notório que não tinha um caráter único legal, vislumbramos que os assuntos tratados nas leis hebraicas, sejam eles de estilo jurídico e ou religioso atualmente, são objetos no nosso ordenamento jurídico influenciador nos ramos do direito penal e particularmente no civil. Logo, estas normas possuíram autoridade, não só histórica como jurídica, como exemplificativo o dano moral.

Acerca do anteriormente comentado, devemos levar em consideração que a cada momento histórico a sociedade recebe suas mudanças e que irremediavelmente estas causaram as transformações, que de logo trazem em seu bojo interação no agir e de pensar sobre determinados assuntos e matérias.

As leis que abrolharam para o povo antigo cuja observância se tornaria imprescindível, para a convivência social, apesar de serem inicialmente fruto de uma Aliança celebrada entre Deus e o povo cujo arauto fora Moisés. A mesma permitiu que houvesse a pacificação social, moral e espiritual deste povo. Moisés foi o homem prometido a salvar seu povo dos Egípcios. E disse Deus:

*Eu sou o Senhor, teu Deus, que te fiz sair da terra do Egito, da casa da servidão: não terás outros deuses diante de mim (...) honra teu pai e tua mãe, a fim de que teus dias se prolonguem sobre a terra que o Senhor, teu Deus, te dá. Não cometerás homicídio. Não cometerás adultério. Não raptaras. Não prestarás testemunho mentiroso contra teu próximo. Não cobiçaras a casa de teu próximo. Não cobiçaras a mulher de teu próximo, nem o teu servo, sua serva, seu boi ou seu jumento, nada que pertença a teu próximo.*⁵

Frisa-se que algumas dessas normas estão presentes no ordenamento jurídico inclusive no brasileiro até os nossos dias, tais como as que se referem ao homicídio, rapto, falso testemunho; outras, como a cobiça, não é considerada como crime, todavia é a motivação de vários crimes em nossos dias.

⁵ ALMEIDA João Ferreira de. Op. Cit. Êxodo Cap. 20. Vs.1-17

A doutrina da reparabilidade, preconizada na Bíblia com o desagravo dos danos morais, no que tange a estes, relata-nos algumas peculiaridades sobre o assunto. Reza da seguinte maneira uma das regras encontradas na Bíblia Sagrada:

Quando um homem achar uma moça virgem, que não for desposada, e pegar nela, e se deitar com ela, e forem apanhados, Então o homem que se deitou com ela dará ao pai da moça cinquenta siclos de prata; e porquanto a humilhou, lhe será por mulher; não a poderá despedir em todos os seus dias⁶.

Vê-se, portanto, que no presente texto já se encontravam algumas normas referentes aos danos morais e, inclusive sua reparação, e o dano teria à vítima direitos pecuniários a receber, bem como a sociedade uma recompensa.

Atualmente o dano moral também é tratado com acuidade e sendo comprovado, aquele que o causou, sofrerá consequências jurídicas. Versam os artigos 927, 186 e 187, do atual Código Civil, que aquele que comete um determinado ato ilícito e causa dano a outrem fica incumbido, ou seja, responsabilizado por sua reparação. Logo, podemos fielmente dizer que a religião influenciou o Direito que presenciamos e vivenciamos agora.

Na Bíblia encontramos o cerne da reparabilidade pelo dano, apesar do início tímido, porém um apotegma vanguardista para a época em relação ao dano moral e aos lucros cessantes. Diante destes fatos a lei que 'Moisés recebeu de Deus', já atribuía tamanha importância à vida e ao patrimônio que perdurou até os nossos dias influenciando os ordenamentos jurídicos internacionais, inclusive o nosso direito civil e outros ramos como um todo.

Repudiavam também estes povos a corrupção, o que pode ser visualizado em vários trechos da Bíblia, principalmente no Pentateuco.⁷ Pois, tais textos relatam a conduta que os magistrados e o judiciário deveriam observar:

⁶ Idem. Deuteronômio Cap. 22 V. 28-29.

⁷ Nomenclatura legal dada aos cinco primeiros livros da Bíblia Sagrada, estando em ordem de apresentação, assim se dispõem: Gênesis Êxodo, Levítico, Números, Deuteronômio. Esclarecimento do autor.

Não admitirás falso boato, e não porás a tua mão com o ímpio, para seres testemunha falsa. Não seguirás a multidão para fazeres o mal; nem numa demanda falarás, tomando parte com a maioria para torcer o direito. Nem ao pobre favorecerás na sua demanda. Não perverterás o direito do teu pobre na sua demanda. De palavras de falsidade te afastarás, e não matarás o inocente e o justo; porque não justificarei o ímpio. Também suborno não tomarás; porque o suborno cega os que têm vista, e perverte as palavras dos justos ⁸.

Hodiernamente a corrupção está prevista como crime na Lei brasileira, entre estas, encontramos as leis, 8.492/92, no Decreto-lei nº 201/67, e o Código Penal sob o Título IX, dos Crimes Contra a Paz Pública, e no Título X. Dos Crimes Contra a Fé Pública inclusive nossa Constituição no Capítulo VII, Da Administração Pública, Seção I Disposições Gerais do artigo 37 em diante. Todas as Leis buscam a reparação do dano e o ressarcimento integral do lesionado.

Os argumentos apresentados demonstram que as leis, dos povos em comento, mesmo sendo antigas e fundadas na religiosidade, influenciaram o Direito atual com as devidas modificações, que se constata por três motivos: “o tempo, o comportamento da sociedade, e por fim a aplicação do direito” ⁹, ou seja, entendimento dos magistrados sobre determinado assunto atualmente recebendo o nome jurídico de jurisprudência.

Percebe-se claramente que atualmente é possível visualizar nas normas jurídicas, regras que tratam dos mesmos objetos já mencionados em leis sagradas Aludidas na Bíblia. Observamos também que estas possuem grande aproximação com o direito atual, em que pese na maioria dos casos haver distinções necessárias, até mesmo pelo avanço social e ideológico do ocidente.

Nota-se que apesar de um momento histórico remoto, é imprescindível analisar que a Bíblia Sagrada já tratava de algumas normas sobre os danos morais e sua reparação, o que atualmente é tratado no atual Código Civil em seus vários artigos. Deste modo, conferir que a corrupção é um problema sério em todo

⁸ ALMEIDA João Ferreira de. Op. Cit. Êxodo Cap. 23. Vs.1-8

⁹ GUSMÃO, Paulo Dourado. Op. Cit. Pág., 252.

local e época. Mas é certo também que esta prática foi considerada como crime, possuindo assim consequências jurídicas.

O Direito propõe-se a uma finalidade, que deve ser alcançada pela sociedade. Esta passa a obedecer às normas, se adaptando a elas ultimamente o Direito igualmente passou a se adequar à sociedade. Essa era a finalidade que pretendia Orientar a sociedade a seguir um caminho, que não cause dano a outrem e quando isto ocorrer terão o dever de reparar através dos institutos da responsabilidade civil com a *restitutio in nitegrum*.

1.2 Da reparação de danos no direito Civil brasileiro.

Para uma abordagem não muito superficial daquilo que o ordenamento jurídico ilustra sobre o dano, convém perfunctoriamente explicar no seu sentido maior, a função ou funções deste. Pelo fato da profundidade daquilo que é o direito, não podemos confundir sua função coercitiva, com uma diretiva social do homem na sociedade¹⁰.

Desde sempre o direito teve e tem entre outras funções, a de pacificar a sociedade, como uma garantia da liberdade plena em todos os aspectos, integrando os seres humanos e coisas que nela residem e por último, mas não menos importante a legitimação do poder estatal e familiar como norte para a convivência social.

Numa sociedade plural e diversificada os conflitos de interesses são inevitáveis, até poderíamos afirmar normais. Para dirimir estes conflitos é necessária uma ordem que substitua a justiça pelas próprias mãos, às injustiças e

¹⁰ Para maiores informações sobre a função diretiva do Direito, vide obra do professor Tércio Sampaio Ferraz Jr. O Direito tem o escopo de reger a sociedade, direcionando os comportamentos dos seres que dela fazem parte. Isso indica a chamada função diretiva da comunicação. A linguagem utilizada pela ciência do Direito não somente busca informar sobre as teorias, mas também determinar como devem se dar os comportamentos humanos, qual é o ideal, o correto. Em outras palavras, as proposições podem ter a função de direcionar comportamentos, além da função de informar as teorias. (comentários do autor).

excessos a que essa *vindicta privata*¹¹ poderia dar azo. "A relação ofensa-vingança vai sendo paulatinamente substituída pelo binómio delito-pena."¹² O direito vela pela superação dos conflitos inerentes à condição social humana procurando sempre uma solução pacífica.

Sem sombra de dúvidas, uma das mais importantes funções do direito é a de garantia da liberdade de cada indivíduo. Uma versada frase de Lacordaire explica-nos de forma sucinta como o direito é importante para delimitar a liberdade de cada indivíduo para que se possa maximizar a liberdade de todos. "Quando há conflito entre o fraco e o forte, é a liberdade que oprime e a lei que liberta."¹³

A função primordial do Direito em máxima suma, como acima visto, é absorver os conflitos e cuidar da ofensa, devolvendo a sociedade como resultado deste ato a paz social e a reparação do dano; não ficando de fora à honra como vetor de uma reparação material e imaterial, como também consignada em alguns dispositivos que as legislações, sob a influência marcante da Igreja, acabaram por adotar. Na majestosa lição do mestre Wilson Melo ao se referir as esponsais assim se aludiu:

¹¹ Para maiores informação sobre o tema oriundo do direito penal, esclarece o autor que no Direito Criminal, a teoria da pena foi se encaminhando, ao longo dos tempos, para a humanização da sanção aplicada a quem cometia uma infração suscetível de qualificação penal, e pela valoração conjugada e equilibrada de dois princípios fundamentais: o da punição (meramente repressiva ou preventiva) do ato praticado e do seu agente, e o da reinserção social e recuperação humana deste último. O primeiro princípio foi, durante séculos, o único a orientar o regime penal, primeiro, através da «*vindicta privata*», pela qual os ofendidos ou os seus herdeiros podiam infligir ao criminoso um mal pelo menos igual ao praticado, e mais tarde pela usurpação do Estado do monopólio de castigar. O segundo veio a desenvolver-se a partir do século XVIII, sob a influência do humanismo europeu e do humanitarismo jurídico daquele século e do que se lhe seguiu. Assenta nas ideias, mais do que defensáveis, de que a vida humana é sagrada (influência óbvia do pensamento cristão), de que nenhuma autoridade política tem legitimidade para retirar a vida a um homem, e que, no limite, por mais abjetos que sejam os atos sob condenação, é sempre possível manter a esperança da recuperação e reinserção social de quem os praticou. Em última análise, a ideia cristã de que o arrependimento está ao alcance de todos os homens e, por consequência, também deve estar o perdão.

¹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. Vol. III. Pág. 86.

¹³ Para maiores informações ver Jean-Baptiste-Henri Dominique Lacordaire foi um religioso dominicano; padre, jornalista, educador, académico, sendo considerado como um precursor do catolicismo moderno e restaurador na França da Ordem dos Pregadores. "Entre os fortes e fracos, entre ricos e pobres, entre senhor e servo é a liberdade que oprime e a lei que liberta". Entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit. - Conférences de Notre-Dame de Paris, Henri Lacordaire, éd. Sagnier et Bray, 1848, p. 246

Assim é que o direito pré-codificado brasileiro, como bem inferiu o, acabou adotando o princípio da reparabilidade pelo não cumprimento da promessa de casamento arras esponsalícias, que se configuravam como cláusula penal, antigo no direito canônico.¹⁴

Tendo uma ideia a do Código Canônico atual, alguns institutos não foram recepcionados que tinha o condão de proteger a honra e dignidade da pessoa humana. Verdade é que nem mesmo o direito canônico obrigava aquele, que prometera casar-se, ao cumprimento do prometido, mas dispunha sobre a reparação dos danos e prejuízos decorrentes da não celebração do matrimônio.

Na fase final da evolução do Direito Romano, os esponsais fizeram surgir uma espécie de afinidade entre cada um dos sponsi, e entre os parentes de um e de outro, da qual resultavam em impedimentos para o matrimônio. Entretanto, a concretização de novos esponsais antes do rompimento dos anteriormente combinados, acarretava na desonra de quem assim procedesse. Ademais, a infidelidade da sponsa passou a ter uma punição juntamente com as penas de adultério.¹⁵

Assim, era possível a exigibilidade do cumprimento dos esponsais, porém, com o passar dos tempos essa possibilidade foi se dissipando, restando na prática a não exigência desse instituto por rompimento, caindo no desuso à reparação, retornando atualmente em nosso ordenamento jurídico como forma civil da reparação do dano, ou seja, o dano moral.

Na proteção a honra, a legislação monástica buscava a não efetivação da infâmia, seja ela de fato, ou a de direito. Visão do revogado Código Canônico, na fonte do professor Wilson Melo, na minuciosa análise elaborada sobre a reparação do dano moral, encontramos elementos do direito canônico, permissivos à afirmação da existência da reparação da ofensa a bens morais. Com efeito, o referido mestre consignou que:

....no cânone 2.354, § 1.o, do antigo Código existiam outros danos, tipicamente morais, geradores da obrigação de ressarcimento e consagrava a teoria da reparação dos danos morais, embora fosse resultante da condenação de um delito. Além da exclusão de todos os atos eclesiais, permanecia a obrigação de reparação material. Dentre os casos apontados naquele cânone estavam o rapto de pessoas de qualquer

¹⁴ SILVA, Wilson Melo da. O dano moral e sua reparação. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1983. pág. 13-16.

¹⁵ VELASCO, Ignácio M. Poveda. Os Esponsais no Direito Luso-Brasileiro. São Paulo: Quartier Latim do Brasil, 2007. Pág., 12.

sexo, venda de um homem para escravidão ou outro fim mau, lesões físicas e violências, casos esses que se configuravam como dano moral e que se sobrepunham aos danos materiais, caso existissem.¹⁶

Além das proteções imanentes à própria atividade da Igreja, esta estabelecia normas de direitos reais e obrigacionais, dilatava-se para o campo das normas de direito privado, “cominava pena para transgressores de bens à vida, fama dos fiéis honestos, garantindo-lhes meios coercitivos, através de seus tribunais, para os direitos à vida, integridade pessoal, honra, entre outros”.¹⁷

Se antes a condenação da infâmia assentava-se num dever de honestidade e honradez, que o indivíduo devia cumprir, diante da comunidade religiosa e de seus concidadãos, sob pena de menosprezo, hoje a conotação dada é para uma honra/direito, que o indivíduo pode exigir diante de terceiros, o direito atual, segue pensamento da doutrina jurídica moderna. Não deixa de enunciar penalidades para aqueles que ferirem a honra alheia.

Se tomarmos como exemplo o Código Canônico percebe-se a preocupação em proteger a dignidade da pessoa humana.¹⁸ No Código Civil brasileiro existe a proteção contra a "infâmia", ou "degradação"¹⁹. O vigente Código não desprezou, ou abandonou a proteção à honra, percebe-se que o artigo 20, na mais acurada doutrina, determina:

Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.²⁰

¹⁶ SILVA, Wilson Melo da. Op. Cit. Pág., 41-42.

¹⁷ FALCO, Mario. Introduzione allo studio del Codex Juris Canonici. Torino: Fratelli Bocca, 1925, p. 127, 142-143.

¹⁸ Vide can. 220. A ninguém é lícito lesar ilegitimamente a boa fama de que alguém goza, nem violar o direito de cada pessoa de defender a própria intimidade. A reparação do dano causado por qualquer delito está prevista no cânone 1.729, que adota a "constituição de parte civil

¹⁹ Um eufemismo jurídico para contextualização de nossos dias, para a proteção da honra. No Direito romano, a infâmia (ignomínia, para os militares) importava a incapacidade de fazer valer em juízo os direitos de cidadão, exclusão do serviço militar, como também os direitos de elegibilidade, participar do Senado, intervir em festas cívicas, prestar testemunhos públicos, falar ao povo, ser jurado, representar em juízo. Poderia também ser pena acessória ou efeito penal da condenação. Nesse sentido, passou para a Idade Média. No período humanitário, todavia, foram abolidas as penas infamantes. Comentário do autor.

²⁰ Código de Direito Civil. Op. Cit. Art. 20.

Desta forma, verificamos a preocupação com os bens imateriais da pessoa humana. A preocupação civilista é o bem tangível, mas nem por isso deixou de proteger o bem da honra. A visão civilista é mais aguda e reconhecia que essa proteção era necessária para garantir a satisfação incorpórea das pessoas, mesmo que tivesse liames contemplativos.

Como acima exposto, hoje o atual Código Civil brasileiro em lição similar protege a honra e a boa fama de qualquer indivíduo, acarretando uma gama de direitos protetivos a imagem e a personalidade, inclusive *poster morte*, como dever de todas as pessoas de respeitar a memória do *de cujus*²¹, como patrimônio dos seus herdeiros.

1.3 A responsabilidade civil no ordenamento jurídico pátrio e alienígena.

Não se pode negar que o Direito como produto da atividade humana e fenômeno histórico e cultural acrescido de temporalidade, sempre buscando como finalidade maior a pacificação social por meio de normas e técnicas de solução de conflitos. Por isto, o instituto da responsabilidade civil permeou uma série de ideias dos povos antigos e contemporâneos, com a conseqüente modificação e ampliação deste instituto. Daí decorre a necessidade de se estudar, de forma sucinta, o desenvolvimento do tema ao longo dos tempos. Tal instituto Civil passou por uma extensa e morosa evolução histórica.

De forma geral, o dano causado pelo ilícito sempre foi combatido pelo Direito e pela sociedade. O que se modificou ao longo da trajetória humana foi apenas a forma de ação em desfavor daqueles que cometiam o dano, não contra os danos sofridos. Desta feita em relação à decorrência de um ato praticado em descumprimento a um dever de conduta sempre se teve o dever de indenizar.

²¹ De cujus" é uma expressão forense que se usa no lugar do nome do falecido, e autor da herança, nos termos de um inventário. Usa-se 'de cujus' para masculino e feminino, portanto não recebe flexão de gênero.

Numa primeira prática de evolução histórica da responsabilidade civil, comum a todos os povos, “não se levava em consideração a culpa do agente causador do dano, bastando, tão somente, a ação ou omissão deste e o prejuízo sofrido pela vítima para que aquele fosse responsabilizado”²².

Nesta época os costumes regiam as regras de convivência social, levando os ofendidos a reagir de forma direta e violenta contra o causador do dano. Essa ação lesiva do ofendido era exercida mediante a vingança coletiva, caracterizada pela “reação conjunta do grupo contra o agressor pela ofensa a um de seus componentes”²³.

Poderíamos nos arvorar a sistematizar uma mudança histórica com a aplicação do direito romano, o qual após alguns séculos até certo ponto humanizou o direito com as *institutas juistianas* e as XII tabuas. O marco inicial da responsabilidade civil em Roma relaciona-se com referido período, fazendo com que a retaliação, antes pertencente ao grupo dominante, passasse a ser reconhecida e legitimada pelo Poder Público estatal.

A chamada *vingança privada*, ou *vendetta*, que vigorava na Lei de Talião, visto anteriormente sintetizada pela ideia de “olho por olho, dente por dente”²⁴. Bastava o dano efetivamente sofrido pela vítima para provocar “a reação imediata, instintiva e brutal do ofendido”²⁵. Daí a desnecessidade ou inaplicabilidade da culpa do ofensor.

²² RODRIGUES, Silvio. Direito civil: Responsabilidade civil. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Vol. 4. pág 28.

²³ Idem. Pág. 29.

²⁴ O Talião, aplicado primeiramente pelos povos do Oriente Médio e depois por outros que foram influenciados por eles, como os da bacia mediterrânea (chegando à Roma do tempo da Lei das XII Tábuas, que é de meados do século V a.C.), representou outro progresso, com a reciprocidade que representava, entre ofensa e castigo – mesmo que hoje pareçam chocantes preceitos como o contido no § 230 do Código de Hamurabi (de começos do século XVIII a.C.), segundo o qual se a casa construída ruísse e matasse o filho do proprietário, o filho do construtor deveria ser morto. Para maiores informação ver Fernando Noronha Direito das obrigações. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Vol. I. pág. 582 em diante.

²⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil. 11. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. pág. 04.

Neste período o Poder Público por vezes permanecia inerte, intervindo apenas para declarar quando e como a vítima poderia ter o direito de retaliação, para produzir no ofensor um dano idêntico ao que experimentou. “Portanto, prevalecia no direito romano a responsabilidade objetiva, fundada no princípio da equidade”²⁶.

O período que sucedeu ao da vingança privada é o da composição, onde a vítima passou a perceber as vantagens e conveniências da substituição da violência pela compensação econômica do dano. Surgiu, então, o princípio segundo a qual o patrimônio do ofensor deveria responder por suas dívidas e não sua pessoa. Carlos Roberto Gonçalves assim leciona:

Aparecem então as tarifações para determinadas formas de dano, como aquelas instituídas pelo Código de Ur-Nammu, Código de Manu e Lei das XII Tábuas. Posteriormente fixou-se a proibição do ofendido fazer justiça com as próprias mãos. Todavia, somente quando já existe uma soberana autoridade, o legislador veda a vítima fazer justiça pelas próprias mãos. A composição econômica, de voluntária que era, passa a ser obrigatória, e, ao demais disso, tarifada. É quando, então, o ofensor paga tanto por membro roto, por morte de um homem livre ou de um escravo.²⁷

Corroborando com a ideia o catedrático Moreira Alves em salutar lição pontifica que:

As ideias iniciais sobre distinção de pena e reparação foram estabelecidas pelos romanos, ante a diferenciação entre delitos públicos e privados. Destarte, o delito público tinha uma conotação mais elevada, quando havia violação de norma jurídica que o Estado considerava de relevante importância social, enquanto o delito privado era a ofensa feita à pessoa ou aos seus bens²⁸.

Tal fato ocorreu porque, inicialmente, a responsabilidade civil e penal confundiam-se, sendo posteriormente dissociadas, aplicando em relação à primeira a indenização, ou sanção civil, e, no tocante à segunda, a pena. Conforme ensina o professor Silvio Venosa “o conceito de reparar o dano

²⁶ Idem pág. 06.

²⁷ Ide. pág. 07/08

²⁸ MOREIRA ALVES, José Carlos. Direito romano. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. Vol. II. Pág. 17.

injustamente causado surge em época relativamente recente da história do Direito.²⁹”

No entanto, somente com o surgimento da Lei de Aquilia é que se inicia um princípio norteador para a reparação do dano. Essa norma segundo o citado mestre:

Foi um plebiscito aprovado provavelmente em fins do século III ou no início do século II A.C., que possibilitou atribuir ao titular de bens o direito de obter o pagamento de uma penalidade em dinheiro de quem tivesse destruído ou deteriorado seus bens³⁰.

Logo a Lei de Aquilia é vista como marco fundamental para a aplicação da culpa na obrigação de indenizar, originando a responsabilidade extracontratual, também denominada “responsabilidade aquiliana”³¹ a partir da qual a conduta do causador do dano é medida pelo grau de culpa com que atuou.

É pacificado na doutrina que após este período o Estado assumiu definitivamente o *ius puniendi*³², tomando para si a função de punir os ofensores da ordem jurídica. Surge então a ideia do que hoje é a ação de indenização derivada da responsabilidade civil.

Na Idade Média, como consequência dos princípios e normas romanas, o direito foi aperfeiçoando a responsabilidade civil em toda a Europa Medieval, notadamente no direito francês, conforme ensina Carlos Roberto Gonçalves:

²⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil: responsabilidade civil. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2009. Vol. IV, pág. 16.

³⁰ Idem, pág. 17.

³¹ Para maiores informações sobre o tema verificar o mestre Alvinho de Lima em sua obra culpa e Risco, pois afirma que: Foi assim que a teoria da responsabilidade civil evoluiu de um conceito em que se exigia a existência de culpa para a noção de responsabilidade civil sem culpa, fundamentada no risco. Os perigos advindos da vida moderna, a multiplicidade de acidentes e a crescente impossibilidade de provar a causa dos sinistros e a culpa do autor do ato ilícito acarretaram o surgimento da teoria do risco ou da responsabilidade objetiva, a demonstrar que o Direito é “uma ciência nascida da vida e feita para disciplinar a própria vida” (di Alvinho Lima, *Culpa e risco*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1960, pág. 15-17).

³² Comentários do autor em ato explicativo. O **ius puniendi** é uma expressão latina que pode ser traduzida literalmente como direito de punir do Estado. Refere-se ao poder ou prerrogativa sancionadora do Estado. Etimologicamente, a expressão *ius* equivale a direito, enquanto a expressão *puniendi* equivale a castigar, de forma que tanto se traduzi-la literalmente como o *direito de punir* ou *direito de sancionar*. Esta expressão é usada sempre em referência ao Estado frente aos cidadãos.

Aos poucos, foram sendo estabelecidos certos princípios, que exerceram sensível influência nos outros povos: direito à reparação sempre que houvesse culpa, ainda que leve, separando-se a responsabilidade civil (perante a vítima) da responsabilidade penal (perante o Estado); a existência de uma culpa contratual (a das pessoas que descumprem as obrigações) e que não se liga nem a crime nem a delito, mas se origina da negligência ou da imprudência³³.

Um grande avanço, à conscientização dos civilistas com esta espécie de direitos ocorreu nesta época. A partir de então, os mencionados direitos constituem a grande missão do direito civil. Hodiernamente, é ponto pacífico entre os doutrinadores que o respeito do instituto em comento, cada dia mais, ganha acentuado relevo e tem-se espalhado numa grande área de aplicação, inclusive no direito matrimonial.

Neste contexto e a este respeito torna-se mais necessário em decorrência da complexidade da vida moderna, cujos incrementos científicos e técnicos propiciam inúmeras ocasiões de lesão aos direitos da personalidade. Conforme explica Fernando Noronha que:

Somente nos séculos que se sucederam à Idade Média (em especial o século XVIII, durante o período do Iluminismo) é que houve a total distinção entre a responsabilidade civil e penal, esta perante o Estado, com imposição de penas, quando houvesse infração penal e aquela circunscrita à sua função essencial de reparação de danos, no âmbito privado³⁴.

Como acima vislumbrado a Idade Moderna foi marcada pela mudança de paradigma no fundamento da responsabilidade civil, que passou a se situar na quebra do equilíbrio patrimonial causado pelo dano. “Houve então uma transferência do enfoque da culpa, como fenômeno centralizador da indenização, para o dano”³⁵.

A mudança de protótipo se deu principalmente em razão de alguns fatores a teoria da responsabilidade civil evoluiu de um conceito em que se exigia a existência de culpa para a noção de responsabilidade civil sem culpa,

³³ Carlos Roberto Gonçalves. Op. Cit., pág. 08.

³⁴ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**: fundamentos do direito das obrigações introdução á responsabilidade civil. Vol. I, São Paulo: Saraiva, 2003. pág. 528/529.

³⁵ Silvio de Salvo Venosa. Op. Cit. Pág. 17

fundamentada no risco. Os perigos advindos da vida moderna, a multiplicidade de acidentes e a crescente impossibilidade de provar a causa dos sinistros e a culpa do autor do ato ilícito acarretaram o surgimento da teoria do risco ou da responsabilidade objetiva.

Estas lições são ratificadas pelo mestre Carlos Gonçalves em sua obra, da responsabilidade civil assim dizendo:

O surto do progresso, a industrialização e o aumento dos danos, que levaram ao surgimento de novas teorias dentro da responsabilidade civil, capazes de propiciar uma maior segurança às vítimas. Daí o surgimento e estabilização da teoria do risco, vista sob o aspecto objetivo: quando alguém sofre um dano, aquele que tira proveito da atividade perigosa deve repará-lo, independentemente da existência de culpa³⁶.

Não se pode duvidar que após a viabilização dos fundamentos da Revolução Francesa em 1789 e o surgimento do Código Civil Francês, promulgado em 21 de março de 1804, conhecido popularmente como o Código de Napoleão,³⁷ ficou expressamente diferenciada a responsabilidade civil da responsabilidade penal. Este Código representou uma reforma normativa, unindo de forma detalhada as leis civis do país, protegendo o liberalismo e o conservadorismo e, especialmente, a propriedade.

A legislação civil da França irradiou-se por grande parte da Europa, servindo de base para elaboração dos códigos de vários países, orientando e influenciando a legislação privada de muitas nações ao longo de aproximadamente dois séculos inclusive na América Latina e como não seria diferente no Brasil.

³⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. Cit. pág. 09.

³⁷ Para maiores informações verificar o link *Código Napoleônico*. Disponível em: <<http://devoltaaopulsardasruas.blogspot.com.br/2010/02/codigo-napoleonico.html>>. Acesso em: 03 jul. 2014. A criação deste código tinha por objetivo reformar o sistema legal francês, seguindo os princípios da Revolução de 1789. Antes do Código outorgado por Napoleão, a França não tinha um único conjunto de leis, estas eram baseadas em costumes locais, havendo frequentes isenções e privilégios dados por reis ou senhores feudais. O novo código eliminou os privilégios dos nobres, garantiu a todos os cidadãos masculinos a igualdade perante a lei, separou Igreja e Estado, legalizou o divórcio, além de dividir o direito civil em duas categorias: o da propriedade e o da família, e de codificar diversos ramos do direito ainda organizados em documentos esparsos

1.4 A ampliação da responsabilidade civil plena no ordenamento jurídico brasileiro.

Na legislação brasileira o dano, material desde os primórdios da colonização vem sendo restituídos com bases nos ordenamentos do direito romano, surge uma nova realidade quando este dano e de cunho moral, teria o ofensor a responsabilidade em relação à extrapatrimonialidade do ofendido, ou não se aplicaria tal fato.

O termo responsabilidade é utilizado em várias áreas da ciência, possuindo significados diversos conforme o contexto. Em nível de esclarecimento tomemos como base a visão filosófica da responsabilidade que seria “a possibilidade de prever os efeitos do próprio comportamento e de corrigi-lo com base em tal previsão”³⁸, em contra partida a ideia jurídica de responsabilidade traz o indivíduo para um patamar distinto da filosofia pois nesta seara científica tem como escopo o exprimir a obrigação de reparar um dano, vinculada a ideia de compensação por um prejuízo causado.

Na seara do direito civil, o tema da responsabilidade integra o ramo do direito obrigacional, relativo ao dever, segundo o qual a conduta humana está vinculada ao seu fim, econômico ou social, e, na eventualidade do descumprimento da obrigação, surge, então, o dever de compensar o dano causado. Assim colaciona o mestre Limongi França:

..... A responsabilidade civil, nós a diferenciamos da obrigação, surge em face do descumprimento obrigacional. Realmente, ou o devedor deixa de cumprir um preceito estabelecido num contrato, ou deixa de observar o sistema normativo, que regulamenta sua vida. A responsabilidade nada mais é do que o dever de indenizar o dano ³⁹.

Deste modo, a violação de um dever jurídico originário configura um ilícito civil, que, na maioria das vezes, gera um prejuízo a alguém, decorrendo daí um novo dever jurídico, o de reparar o dano. Desta forma, a “responsabilidade civil é

³⁸ ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de filosofia. São Paulo: Martins Fontes, 2003. pág. 855.

³⁹ LIMONGI FRANÇA. Enciclopédia saraiva de direito. São Paulo: Saraiva, 1977. Vol. 65. Pág. 332.

um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário”⁴⁰.

Como regra geral, a responsabilidade civil impõe a necessidade de reparação ao prejuízo causado por aquele que, agindo de forma omissiva ou comissiva, cause dano a outrem, esta é a ideia legal do artigo, 927 do Código Civil brasileiro⁴¹. Sendo assim, a responsabilidade civil pode ser entendida como a obrigação de reparar o prejuízo causado a uma pessoa, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dependam dela. Na salutar lição do mestre Aguiar Dias:

Os novos inventos, a intensidade da vida e a densidade das populações aproximam cada vez mais os homens, intensificando suas relações, o que acarreta um aumento vertiginoso de motivos para a colisão de direitos e os atritos de interesses, do que surge a reação social contra a ação lesiva, de modo que a responsabilidade civil tomou-se uma concepção social, quando antes tinha caráter individual.⁴²

Já para Rui Stoco, este conceitua a responsabilidade civil de forma mais objetiva e aplicável ao dia a dia da sociedade, como: “a obrigação da pessoa física ou jurídica ofensora de reparar o dano causado por conduta que viola um dever jurídico preexistente de não lesionar *neminem laedere*⁴³ implícito ou expresso na lei.”⁴⁴ Sendo assim, responsabilizar alguém significa imputar-lhe a causa de algum prejuízo, patrimonial ou moral, devendo o agente responder pelas consequências de seus atos, recompondo o *status quo ante* afetado por sua ação.

⁴⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009.pág, 02.

⁴¹ Art. 927 do CC. Aquele que por ato ilícito, (art. 186 e 187), causar dano a outrem, fica na obrigação de repará-lo.

⁴² José de Aguiar Dias, *Da responsabilidade civil*, 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979, vol. 1, pág. 13.

⁴³ **HONESTE VIVERE, NEMINEM LAEDERE, SUUM CUIQUE TRIBUERE, Viver honestamente, não prejudicar ninguém atribuir a cada um o que lhe pertence**, tradução livre da ideia de Ulpiano em relação a proceder civil da sociedade e de cada indivíduo.

⁴⁴ STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.pág 116.

Não obstante, mostra-se necessária a compreensão da evolução histórica do instituto a fim de abranger as concepções atuais sobre a temática, revendo seus aspectos e sua trajetória ao longo dos tempos no ordenamento civil pátrio.

1.5 A responsabilidade civil no Brasil atual.

Em nosso país a responsabilidade civil passou por vários estágios de desenvolvimento, especialmente pela modificação da legislação existente. Haja vista que, não se tinha uma ideia central de repartições de competências entre os direitos Penal e o Direito Civil, posto que, ao analisar o desenvolvimento da Responsabilidade civil pátria o mestre Carlos R. Gonçalves assim mensura tal entendimento:

A título de exemplo, o Código Criminal de 1830, que se fundava na justiça e equidade, previa a reparação natural ou a indenização ao ofendido, quando fosse viável. “a reparação civil era condicionada à condenação criminal”. Posteriormente, foi adotado o princípio da independência da jurisdição civil e da criminal.⁴⁵

Ao analisar de maneira superficial o desenvolvimento e implementação da responsabilidade civil no Brasil, nota-se que, como era uma colônia, nada mais natural que utilizar a legislação da sede imperial, ou seja, Portugal, pode-se aferir historicamente que desde o seu descobrimento, adotou as Ordenações do Reino lusitano.

Como é do conhecimento histórico, o sistema jurídico que vigorou durante todo o período do Brasil-Colônia foi o mesmo que existia na corte, ou seja, as Leis Reais, compostas pelas Ordenações Afonsinas (1446), Ordenações Manuelinas (1521) e, por último, fruto da união das Ordenações Manuelinas com as leis extravagantes em vigência, as Ordenações Filipinas, que surgiram como resultado do domínio castelhano. Ficaram prontas ainda durante o reinado de

⁴⁵ Carlos Roberto Gonçalves. Op. Cit. p 10/11.

Filipe I, em 1595, mas entraram efetivamente em vigor em 1603, no período de governo de Filipe II ⁴⁶.

Tais ordenanças serviram como parâmetro normativo para as relações privadas, que perduraram até 1916, quando, então, surgiu o primeiro Código Civil, com projeto elaborado por Clóvis Beviláqua, jurista cearense, nos dizeres do professor Van Caenegem:

Na época em que ainda era colônia de Portugal, o Brasil adotava o sistema normativo do colonizador. Com a proclamação de sua independência, nada mais natural do que o surgimento da necessidade de leis próprias para o país. É a determinação que se constata na primeira Constituição brasileira: Constituição Imperial de 25 de março de 1824, no título VIII, que tratava “Das Disposições Gerais e Garantias dos Direitos Cívicos e Políticos dos Cidadãos Brasileiros”, de que se organizasse um Código Civil baseado na Justiça e na equidade ⁴⁷.

Nada mais natural do que seguir os preceitos históricos e sociais de sua época, assim o Código Civil de 1916, filiou-se a teoria subjetiva da responsabilidade civil, pelo qual era exigido prova robusta da culpa do agente causador do dano, e, em determinados e remotíssimos casos, presumindo-a.

Antes de adentrarmos no cerne da questão necessário se faz um esclarecimento sobre os elementos caracterizadores da responsabilidade civil, tendo em vista que este permeia tal instituto, sendo o dano, nexa causal e culpa.

Sendo o dano ⁴⁸ um elemento essencial à caracterização da responsabilidade civil do agente. Como um dos pressupostos da sua responsabilização, este se refere sempre à diminuição de um bem juridicamente tutelado e pode ter cunho patrimonial ou moral. Conforme lição do iminente Fernando Noronha, o dano é:

⁴⁶ Para maiores informações sobre as ordenanças do Reino vide: Universidade Lusófona de Cabo Verde Época das Ordenações Carlos Ferreira Santos Patrícia Estêvão. Disponível em [http://pt.scribd.com/doc/16317956/Epoca-das-Ordenacoes-do-Reino-de-Portugal-Carlos-Ferreira-Santos-e -Patrícia-Estevão](http://pt.scribd.com/doc/16317956/Epoca-das-Ordenacoes-do-Reino-de-Portugal-Carlos-Ferreira-Santos-e-Patricia-Estevao).

⁴⁷ CAENEGEM, R. C. Van. Uma introdução histórica ao direito privado. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. pág. 52.

⁴⁸ A expressão DANO deriva do latim *damnum*, significando “todo *mal* ou ofensa que tenha uma pessoa causado a outrem, da qual possa resultar uma deterioração ou destruição à coisa dele ou um prejuízo a seu patrimônio” vide dicionário jurídico DE PLÁCIDO E SILVA, 1984, pág. 02).

.... O prejuízo, de natureza individual ou coletiva, econômico ou não-econômico, resultante de ato ou fato antijurídico que viole qualquer valor inerente à pessoa humana, ou atinja coisa do mundo externo que seja juridicamente tutelada ⁴⁹.

Desta feita, só haverá o dever de indenizar quando, de fato, houver um dano causado à vítima, ainda que este prejuízo seja presumido. Isso acontece porque a responsabilidade resulta do dever de reparar um bem jurídico violado. Por isto, para que surja a obrigação de indenizar, será necessário comprovar o dano efetivamente causado. Conclui-se que, o dano é “a lesão, diminuição ou destruição que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral” ⁵⁰.

Assim, o dano deverá ser real, demonstrado para que seja indenizável, exceto nos casos em que a lei o presume como é o caso da responsabilidade objetiva. Neste aspecto, o prejuízo, em toda sua extensão, deve abranger aquilo que se perdeu, ou seja, o dano emergente e aquilo que se deixou de ganhar, por sua vez que e o lucros cessantes.

Como regra geral, o dano poderá ser patrimonial ou moral. Será patrimonial quando tiver cunho eminentemente econômico, alcançando diretamente os bens patrimoniais do ofendido, ou moral, quando atingir somente a pessoa, afetando seus direitos de personalidade e dignidade. Em princípio, o prejuízo moral não terá repercussão patrimonial, todavia, de forma indireta, poderá decorrer de uma lesão a um bem com valoração econômica para o ofendido, por via reflexa. ⁵¹.

Por sua vez o nexo de causalidade é um elemento que deriva das próprias leis naturais. Como a responsabilidade civil só existe em razão da relação de causa e efeito existente entre ação ou omissão do agente e o dano, o nexo de

⁴⁹ NORONHA, Fernando. Op. Cit. pág. 437.

⁵⁰ RODRIQUES, Silvio. Op. Cit. pág. 46.

⁵¹ Esclareça-se que “o dano moral não é 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. VIDE obra de Carlos Roberto Gonçalves Obrigações Pág. 616.

causalidade é “o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano”⁵².

Não basta, portanto, que o agente tenha praticado uma conduta ilícita; tampouco que a vítima tenha sofrido um dano. É preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeito. “Em síntese, é necessário que o ato ilícito seja a causa do dano, que o prejuízo sofrido pela vítima seja resultado desse ato, sem o que a responsabilidade não correrá a cargo do autor material do fato”⁵³.

Por esta razão, o legislador elencou hipóteses em que a pessoa será obrigada a reparar o dano ainda que não seja a responsável por ele. É o caso da responsabilidade por fato de terceiro⁵⁴. Assim, é perfeitamente possível que haja a responsabilidade sem culpa do agente, porém, a responsabilidade só poderá existir se houver nexos de causalidade entre a conduta do ofensor e o prejuízo experimentado pela vítima.

Na responsabilidade civil subjetiva somente haverá o dever de reparar o dano quando a conduta do agente lesante for culposa, pois somente esta é capaz de causar prejuízos a outrem. Exige-se além da ação ou omissão do agente, que sua conduta seja culposa, capaz de obrigá-lo a indenizar o dano causado.

⁵² VENOSA, Silvio de Salvo. Op. Cit. pág. 47.

⁵³ CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. Cit., pág. 46.

⁵⁴ Esse tipo de responsabilidade, entretanto, exige a existência de um vínculo jurídico prévio entre o responsável e o autor do ato ilícito resultando, daí, um dever de guarda, vigilância ou custódia. Nas palavras de José Aguiar Dias, , "a certas pessoas incumbe o dever de velar sobre o procedimento de outras, cuja inexperiência ou malícia possa causar dano a terceiros. É lícito, pois, afirmar, sob esse aspecto, que a responsabilidade por fato de outrem não representa derrogação ao princípio da personalidade da culpa, porque o responsável é legalmente considerado em culpa, pelo menos em razão da imprudência ou negligência expressa na falta de vigilância sobre o agente do dano."

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;
II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;
III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;
V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia

Para o ilustre jurisfilosofo Clovis Beviláqua, culpa “em sentido lato, é toda violação de dever jurídico.”⁵⁵ Em sentido amplo, pode ser vista como alinhava o professor Sergio Cavaliere como sendo “conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível”⁵⁶.

Reforçando esta ideia, Aguiar Dias em seus basilados comentários considera que culpa é:

A falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das consequências eventuais de sua atitude.⁵⁷

A culpa contratual é aquela decorrente da desobediência de um pacto, uma avença, enquanto a culpa extracontratual ocorre quando há o descumprimento de uma lei. Por fim, a culpa pode ser ainda dividida em graus. Será grave quando o agente atuar de forma grosseira, com falta de cuidado; leve, se puder ser evitada com o cuidado do ser humano comum; levíssima, quando ocorrer à falta de atenção eventual, pela ausência de atenção ou conhecimento⁵⁸.

Como acima visto, verifica-se que a responsabilidade civil como ramo do direito obrigacional, é um fato real, segundo a qual a conduta humana vincula-se a seu fim, e, na eventualidade do descumprimento de uma obrigação, surge, então, o dever de compensar o dano causado por meio de uma indenização.

⁵⁵ AGUIAR DIAS, José. Apud Cloves Bevilaqua, Op. Cit. pág. 79.

⁵⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. Cit. pág. 34.

⁵⁷ AGUIAR DIAS, José. Op. Cit., pág. 136.

⁵⁸ Para maiores informação sobre o tema ver: Sergio Cavaliere Filho, 2009, p.35 aduz que três são os elementos imprescindíveis para a caracterização da culpa: a) conduta voluntária com resultado involuntário; b) previsão ou previsibilidade e c) falta de cuidado, cautela, diligência ou atenção. Importante esclarecer que o dolo (intenção livre e consciente de realizar determinada conduta) pode ser entendido como uma forma de culpa, *lato sensu*, na medida em que constitui um comportamento contrário a um dever de cuidado.

Para Rui Stoco (2007, pág. 130) apresenta três modos de revelação da culpa: a) *imprudência*, visto como o comportamento apressado, exagerado ou excessivo; b) *negligência*, que ocorre quando o agente se omite e deixa de agir quando deveria fazê-lo ou deixa de observar regras de bom senso, que recomendam zelo e cuidado; e c) *imperícia*, verificada pela atuação profissional desqualificada, sem conhecimento técnico e científico, conduzindo ao dano.

Por sua vez, a evolução histórica da responsabilidade civil é marcada pela noção de reparação por um mal causado. O conceito atual, subjetivo, de reparação fundada na culpa, juntamente com a tendência contemporânea à objetivação do instituto na teoria do risco.

No que tange aos pressupostos da responsabilidade civil, deve-se reconhecer que a doutrina especifica a ação ou omissão, o dano, o nexo de causalidade e a culpa como requisitos para a imposição do dever de indenizar. É notável o entendimento de que a responsabilidade civil tem, como função primordial, reparar os prejuízos sofridos por alguém, no entanto, existem outras funções como a sancionatória e ou punitiva e a preventiva ou como também denominada pela doutrina dissuasória.

1.6 A função reparatória do Direito Civil no dano a alguém.

O direito brasileiro sempre aceitou indenizar os efeitos patrimoniais do dano, mas até pouco tempo não admitia a indenização do dano exclusivamente moral. Em regra, a doutrina e a jurisprudência defendiam a reparação de danos morais somente quando tivesse reflexos patrimoniais. A teoria do dano moral será, talvez, a que maior resistência sofreu desde sua concepção; a aversão à adesão a reparabilidade civil por danos morais é compreensível, pois não é simples considerar um bem moral como suscetível de avaliação em dinheiro até em nossos dias.

No entanto, não se almeja traduzir, em somas pecuniárias, os valores morais da sociedade. O que se busca é dar ao menos alguma compensação para que a aflição, a humilhação e a dor não fiquem ignoradas em nome da impossibilidade de avaliação econômica do sofrimento moral. A doutrina contemporânea já aprova a indenização do dano moral em todos os atos ilícitos capazes de produzir gravame moral de maior alcance⁵⁹. Também, no âmbito

⁵⁹ Para maiores informações verificar a obra de José de Aguiar Dias. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. rev., atual e amp. de acordo com o Código Civil de 2002, por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Forense, 2006. "Para o sistema de responsabilidade civil que esposamos, a prevenção e repressão do ato ilícito resulta da indenização em si, sendo-lhe indiferente à graduação do montante da indenização. Mesmo os ricos sofrem um corretivo moral enérgico, que conduz à

jurídico brasileiro, resultou plenamente consagrada com o advento da Constituição Federal de 1988 e reafirmada, em definitivo, pelo Código Civil atual.

Para além de sua admissibilidade, o dano moral pode ser suportado por pessoa física ou jurídica, neste caso, em relação a esta, com o comprometimento da imagem idônea e respeitabilidade adquiridas no mercado comercial. No entanto, é preciso avaliar cada caso especificamente para que seja constatada a presença do dano moral que dará ensejo à propositura da competente ação de indenização por danos morais.

A dificuldade está no arbítrio do *quantum* indenizatório, que deve ser suficiente para ressarcir a vítima e prevenir reincidências, sem violar, destarte, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Como não existem limites legais ao valor da indenização por danos morais, a estipulação depende unicamente do prudente arbítrio do juiz. Tal entendimento é preconizado pelo mestre Sérgio Cavalieri da seguinte forma:

A função reparatória, também conhecida como ressarcitória ou compensatória, surgiu da necessidade de recompor um estado alterado pelo dano, apagando ou minorando seus efeitos. A função principal da responsabilidade civil é a reparatória, ou seja, a de restabelecer o equilíbrio jurídico violado, encontrando parâmetro “no mais elementar sentimento de justiça”⁶⁰.

O dano causado pela ação ou omissão do ofensor rompe o equilíbrio jurídico anteriormente existente entre este e o ofendido, repercutindo em sua esfera patrimonial em determinados casos, ou repercutindo no âmbito moral do indivíduo. Daí surge à necessidade de restabelecimento do equilíbrio violado, recolocando o prejudicado no *status quo* anterior por intermédio da reparação.

De pronto entende-se que a função sancionatória visa retribuir o ilícito com uma pena imposta ao infrator, sempre de forma proporcional ao dano causado.

prevenção e repressão do ato ilícito praticado, quando lhes é imposta a obrigação de reparar o dano sofrido por outrem”.

⁶⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. Cit. pág. 16.

Por isso, a obrigação de reparar o prejuízo nos dizeres do professor Fernando Noronha, assume uma forma de pena privada, uma vez que:

Constitui uma *sanção civil*, por decorrer de infração de norma de direito privado, cujo objetivo é o interesse particular, e, em sua natureza, é *compensatória*, por abranger indenização ou reparação de dano causado por ato ilícito, contratual ou extracontratual e por ato lícito⁶¹.

Por sua vez, a finalidade preventiva, atua na função de dissuadir o pretense causador do futuro dano a não agir, e ou ter conduta omissiva que venha a causar prejuízo a outrem; desta forma a mencionada função, atua juntamente com a punitiva, desmotivando condutas prejudiciais futuras uma vez que “obrigando o lesante a reparar o dano causado, contribui-se para coibir a prática de outros atos danosos não só pela mesma pessoa como, sobretudo por quaisquer outras”⁶².

Deste modo, percebe-se que a função central da responsabilidade civil, traduz-se no interesse de restabelecer o equilíbrio violado pelo dano. Por isto, na reparação do dano causado, a indenização deve ser proporcional ao prejuízo patrimonial ou moral que sofreu a vítima. A reparação, assim, também não deve servir como critério de enriquecimento ilícito do lesionado, mas apenas restaurar a situação anterior ao prejuízo, ou ao menos minorar seus efeitos.

De qualquer modo, a visão hodierna da responsabilidade civil induz a crença de que todo prejuízo sofrido por alguém afeta o equilíbrio existente entre as partes e entre estes e a sociedade, e neste contexto é que a função do instituto visa à reparação do dano com a restituição da situação anterior ao ato lesivo, mediante indenização. Assim, a recomposição do equilíbrio violado é a própria razão de existir do instituto.

Conforme visto alhures, a responsabilidade civil surge necessariamente da inexecução obrigacional, contratual ou extracontratual, obrigando o agente causador do dano a responder pelos prejuízos dele decorrentes, recompondo o *status quo* antes existente entre as partes e ou terceiros.

⁶¹ NORONHA, Fernando. Op. Cit. pág. 439.

⁶² Idem, pág. 439.

A teoria clássica da responsabilidade civil aponta três elementos essenciais para a caracterização da responsabilidade civil: a ação ou omissão culposa do agente, o dano e o nexo de causalidade entre a ação e prejuízo experimentado pela vítima.

Importante entender que só existirá responsabilidade civil quando houver um comportamento humano capaz de ferir a ordem jurídica e causar um dano. Como preleciona Rui Stoco:

O elemento primário de todo ilícito é uma conduta humana e voluntária. Ou seja, a lesão à bem jurídico cuja existência se verificará no plano normativo da culpa está condicionada à existência, no plano naturalístico da conduta, de uma ação ou omissão que constitui a base do resultado lesivo.⁶³

Daí que a indenização pode derivar de uma ação ou omissão do agente, sempre que, infringir a um dever contratual, legal ou social. Por conseguinte, não são todos os atos capazes de ensejar a responsabilização, mas somente àqueles que possam causar dano, consoante artigo 186 do atual Código Civil. Pouco importa se o ato é legal ou não, uma vez que o ato ilícito baseia-se na culpa e o ato lícito fundamenta-se no risco da atividade realizada.

Desta feita o entendimento majoritário da doutrina é que o ato poderá ser praticado por uma ação, quando existir previamente uma obrigação de não fazer algo. Por isto, se houver um dever legal de abstenção e o agente realizar tal conduta, estará violando um dever e conseqüentemente causando um dano, ficando passível de responsabilização.

Todavia, o ato ilícito também poderá ocorrer por omissão, quando decorrer da infração a um dever, seja ele contratual ou extracontratual de realizar determinada conduta. Em relação à omissão, e o possível prejuízo, em que pese, ser uma atitude negativa, bem leciona o professor Sergio Cavaliere “a

⁶³ STOCO, Rui. Op. Cit. pág. 129.

omissão adquire relevância jurídica, e torna o omitente responsável, quando este tem o dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado”⁶⁴.

Desta feita, o dever de reparar o dano também poderá surgir de um ato que esteja em dissonância com o aspecto social. Vez que a atitude do agente não esteja ostensivamente contra a lei, mas sim contra seu sentido axiológico. Trata-se dos atos praticados com abuso de direito, como afirma o professor Silvio Rodrigues, “tal ato praticado, onde o agente deixa de considerar os limites impostos pela lei, especialmente o art. 187 do Código Civil, é passível de indenização”⁶⁵.

Verifica-se que a responsabilidade subjetiva baseia-se no ato ilícito, obrigando seu autor a indenizar o dano causado pela transgressão de um dever jurídico pré-existente. Já na responsabilidade objetiva, pouco importa a culpa do agente, pois a reparação do dano fundamenta-se no risco da atividade desenvolvida.

Como se vê, as disposições atinentes à historicidade e pressupostos da responsabilidade civil visam dar elementos para reconhecer que todo prejuízo deve ser indenizado, pois do contrário seria ineficaz toda a construção doutrinária erigida ao longo da história.

A legislação civilista atual manteve a teoria subjetiva da responsabilidade civil, exigindo a demonstração da culpa do agente, definindo que todo aquele que, mediante ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, quem desta maneira proceder comete ato ilícito.⁶⁶

Uma das principais inovações do Código vigente no âmbito da responsabilidade civil encontra-se na locução do artigo 187⁶⁷, que ampliou a

⁶⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. Cit. pág. 24.

⁶⁵ RODRIGUES Silvio. Op. Cit. pág. 20.

⁶⁶ Brasil, Código Civil. Artigo 186.

⁶⁷ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

noção de ato ilícito, estabelecendo a ilicitude do exercício de um direito quando violar seu fim econômico, social ou os limites da boa-fé e bons costumes. Houve, portanto, o condicionamento do exercício de um direito a certos limites que vedam seu uso de forma abusiva.

Abuso de direito ou exercício irregular do direito: O uso de um direito, poder ou coisa, além do permitido ou extrapolando as limitações jurídicas, lesando alguém, traz como efeito o dever de indenizar. Realmente, sob a aparência de um ato legal ou lícito, esconde-se a ilicitude no resultado, por atentado ao princípio da boa-fé e aos bons costumes ou por desvio de finalidade socioeconômica para a qual o direito foi estabelecido.

Observa-se que, o atual Código Civil impõe a necessidade de reparação do dano causado por ato ilícito, inclusive com a obrigação de reparação do prejuízo, independentemente de culpa, nos casos especificados pela lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Trata-se da chamada teoria do risco,⁶⁸ que, com o tempo sofreu constantes modificações na sua aplicação, ao passo que, atendendo as necessidades prementes da vida social, ampliou o seu conceito, até chegar o momento das noções de risco e garantia ganharem força para substituí-la. Fruto de trabalhos do final do século XX, principalmente de juristas da França, tal teoria como afirma Sergio Cavaliéri:

No final do século XIX, os juristas na França conceberam a teoria do risco como sendo uma probabilidade de dano, isto é, aquele que exercesse uma atividade perigosa deveria assumir os riscos e reparar o dano dela decorrente. Assim, todo prejuízo deveria ser atribuído ao seu autor e reparado por quem causou independente de ter ou não agido com culpa⁶⁹.

Pode-se afirmar que nesse contexto, surge a responsabilidade objetiva, também chamada de responsabilidade pelo risco, que descartava a existência de

⁶⁸ **Para maiores informações sobre teoria do risco vide**, Responsabilidade Civil Objetiva e Risco: A Teoria do Risco Concorrente - Coleção Professor Rubens Limongi França - Vol. 10. Editora Modena 2011, (Flávio Tartuce organizador).

⁶⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. Cit., pág. 166.

culpa, sustentando para possível reparação apenas o nexos causal, é um avanço doutrinário e legal no país, corroborada a ideia do professor Sergio Cavaliere, o catedrático Carlos R. Gonçalves afirma.

Para essa teoria, toda pessoa que exerce alguma atividade que cria um risco de dano para terceiros, deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa. Isso significa dizer que a responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a ideia de risco.⁷⁰

Destarte, afere-se que o fundamento para a responsabilidade objetiva sustenta em si a noção de seguridade geral, pelo controle do fato tido como causa do dano, para que todos possam suportar os prejuízos que venham a recair sobre qualquer um indivíduo. Nesta modalidade “todo o prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, ou tenha a responsabilidade legal, como nos casos dos pais em relação aos filhos incapazes, em outras situações legais, como os casos preconizados em relação aos incapazes na figura de seu tutor ou curador, independentemente de ter ou não agido com culpa”⁷¹.

À medida que o nível de vida social consciente se eleva, cada vez mais o indivíduo compreende ter a certeza de ao ter lesionado seu patrimônio poder ser indenizado, a fatalidade não é mais aceita no direito Civil atual como excludente de ilicitude, o que se reflete, na forma e meio de compensar, e muitas vezes, na transferência da indenização para a coletividade. A grave tendência da responsabilidade civil, crescente no correr dos anos, é a busca de uma forma de indenização para as vítimas, com limitações provenientes deste fato lesivo. O mestre Fernando Noronha, afirma que:

.... Em decorrência principalmente dos riscos trazidos pela revolução industrial, fazendo crescer as demandas de reparação de danos decorrentes das máquinas, a exigência de uma conduta culposa norteada pelo século XIX não era compatível com a necessidade social de se assegurar a reparação dos danos, mesmo que seu causador não houvesse agido com culpa. O direito não deveria preocupar-se somente com o comportamento do agente, precisava olhar o lado do prejudicado também.⁷²

⁷⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. Cit. pág. 22.

⁷¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. Cit. Pág. 36.

⁷² NORONHA, Fernando. Op. Cit. pág. 537/538.

Portanto, o Código Civil acolheu a teoria do risco, em determinados casos, onde o simples exercício de uma atividade perigosa impõe a obrigação de indenizar os danos eventualmente causados, sem a necessidade de comprovação da culpa do agente que causou o dano, tal entendimento esboça-se no artigo 927, parágrafo único, que assim é grafado:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.
Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.⁷³

Deste modo, se clarividência que a responsabilidade civil evoluiu da culpa para a teoria do risco, Apesar disso, de maneira geral, a culpa continua a ser o fundamento da responsabilidade civil, juntamente com o risco, na teoria objetiva.

Em síntese, a evolução histórica da responsabilidade civil é marcada pela noção de reparabilidade por um mal causado a alguém. Esta ideia parte inicialmente da confusão entre responsabilidade civil e criminal, com a vingança privada, até o conceito atual, subjetivo, de reparação fundada na culpa, juntamente com a tendência contemporânea à objetivação do instituto na teoria do risco. O que emergiu para a restituição integral do dano, sendo este um preceito da *restitutio in integrum*.

⁷³ BRASIL, Código Civil, Artigo 927.

2. DAS INFLUÊNCIAS LEGAIS DA RESTITUIÇÃO DO DANO NO DIRETO CIVILISTA PÁTRIO

O panorama da sociedade moderna releva que as implicações do exercício de qualquer ação, e ou omissão são inerentes a todos os indivíduos, notadamente pela coexistência de pessoas na coletividade. Neste contexto, o Direito, como produto da atividade humana e fenômeno histórico e cultural tem como finalidade a busca de pacificação e harmonia por meio de normas e técnicas de solução de conflitos ⁷⁴.

O instituto da responsabilidade civil não é uma ciência jurídica estanque e nem poderia ser, pois sua função é a de restabelecer o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima.⁷⁵ Visto que, a como já analisado, a responsabilidade tem diferentes origens, podendo ser contratual ou extracontratual.

Na seara do direito civil, o tema da responsabilidade integra o ramo do direito obrigacional, relativo ao dever, segundo o qual: “a conduta humana está vinculada ao seu fim, econômico ou social, e, na eventualidade do descumprimento de uma obrigação, surge, então, o dever de compensar o dano causado”⁷⁶.

De forma geral, o Direito sempre combateu as injustiças sofridas em decorrência dos atos humanos por meio de penas no passado e hodiernamente por meio das indenizações. No entanto, para que seja possível entender as

⁷⁴ Para maiores informações sobre a solução de conflitos ver: as formas de soluções dos conflitos coletivos. Henrique Damiano, disponível em portal.trt15.jus.br/documents/124965/125408/Rev17Art12.pdf/363849a6-5481-4a18-aa45-30506c426e8e.

⁷⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil, 8ª ed., São Paulo Atlas, 2009, pág..13.

⁷⁶ Conferir: CAHALI Yussef Said: Dano Moral, Editora Revista dos Tribunais, SP, 1998, 2ª edição, pág. 17.

concepções atuais sobre a responsabilidade civil, faz-se necessário compreender sua extensa evolução histórica e seus pressupostos⁷⁷.

Dentro deste, deve-se verificar como se deu a evolução histórica e quais são os pressupostos da responsabilidade civil. Até a aplicação da *restitutio in integrum*. A questão ventilada, que ganha espaço no atual momento histórico, ante o reconhecimento de que todo prejuízo deve ser indenizado. Como o Direito surgiu pela necessidade e com o propósito de organizar e manter a ordem de caráter social, cultural civil e religioso, de acordo com os anseios da vida em comunidade e dos preceitos estabelecidos e divulgados pelo Estado. Inclusive para reparação de danos da maneira mais efetiva possível.

Assim, muitos dos institutos existentes no direito ocidental moderno foram inspirados ou copiados de outras fontes jurídicas ou não, se tomarmos a igreja cristã como exemplo, pela funcionalidade que este revela para com os fins a que foi criado. Tal instituição de grande prestígio em todo o mundo ocidental intitula-se como soberana dentro do seu âmbito de atuação, assim como o Estado o faz, o que gera uma preocupação de ambos em manter um ordenamento jurídico eficaz aos seus propósitos e às necessidades nascidas das relações sociais manifestadas entre seus seguidores no caso da Igreja, e ou governados no Estado.

Por isso, o direito estatal e o eclesiástico colaboram-se mutuamente, haja vista, que muitas das manifestações sociais reveladas no Estado são de interesse religioso e vice versa, como exemplo, o casamento e a instituição da família, bem como a reparação do dano seja ele material ou imaterial, entre outros institutos, sendo preocupação das entidades citadas, sua manutenção e conservação plena.

Como antes analisado, o processo jurídico moderno teve sua criação como forma escrita no Direito canônico, e com ele surgiu à figura do notário. O direito atual adotou semelhante figura, “que no direito brasileiro, a exemplo, é

⁷⁷ Para compreender melhor as injustiças sociais e sua evolução no direito de família, vide artigo de CATAN João Henrique Miranda Soares. Injustiças Sociais entre União Estável e o Casamento no direito sucessório. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/837>. Acesso em 22/08/2012

representado pelos chamados escreventes, que são dotados de fé pública, reduzindo a termo informações importantes dentro do processo e dando celeridade a muitos feitos processuais, como as audiências de testemunhas”⁷⁸.

Outro profissional presente no direito moderno, de imprescindível relevância, diga-se de passagem, e que foi criado no bojo do Direito canônico, é o próprio advogado. No processo de inquisição, quando o réu negava a acusação que lhe era imputada, o juiz dava-lhe um advogado que “jurava defendê-lo e, ademais, não tendo recursos financeiros, nada era cobrado, em termos de honorários advocatícios, do réu”⁷⁹.

Por ultimo não menos importante, nota-se semelhante atitude estatal nos dias atuais, na situação em que o Estado oferece um defensor público encarregado da defesa da parte em todas as fases do processo, para os que provam insuficiência de recursos. Tal garantia é prevista na nossa ‘Carta Cidadã’⁸⁰ de 1988, em seu artigo. 5º, inciso. LXXIV. Que assim dispõe: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

2.1 Noções da reparação do dano no ordenamento jurídico.

Preliminarmente, antes de adentrarmos no tema ora proposto, urge um esclarecimento, sobre a matéria, mesmo que de forma suscita, para situação e entendimento dos leitores. Visto que o termo responsabilidade é utilizado em várias áreas do conhecimento e das ciências de um modo em geral, possuindo significados diversos conforme o contexto. Segundo Nicola Abbagnano, no âmbito filosófico, responsabilidade é: “a possibilidade de prever os efeitos do próprio comportamento e de corrigi-lo com base em tal previsão”⁸¹.

⁷⁸ SAMPEL, Edson Luiz. Introdução ao Direito Canônico. São Paulo: LTR, 2001. pág., 65.

⁷⁹ Idem, pág., 65.

⁸⁰ Foi chamando pela primeira vez no discurso do deputado Ulysses Guimarães, presidente da assembleia nacional constituinte, em 05 de outubro de 1988, por ocasião da promulgação da constituição federal de 1988.

⁸¹ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2003 pag. 855.

Não destoando à linha de pensamento conforme leciona Rui Stoco, para esta expressão: “tanto pode ser sinônima de diligência e cuidado, no plano vulgar, como pode revelar a obrigação de todos pelos atos que praticam, no plano jurídico.”⁸²

Com um olhar mais aprofundado sobre o tema, numa perspectiva linguística, etimologicamente falando, o termo responsabilidade deriva do vocábulo latino, na ideia de Álvaro Vilaça Azevedo, “*respondere, spondeo*, e possui ligação direta com o conceito de obrigação de natureza contratual originária do direito romano”⁸³. Neste sistema a responsabilidade vinculava o devedor ao credor por meio de um contrato realizado verbalmente, com perguntas e resposta.

A expressão conforme aduz Rui Stoco, não surgiu para exprimir a obrigação de reparar um dano, mas “variou da expressão *sponsio*, da figura *stipulatio*, pela qual o devedor confirmava ter com o credor uma obrigação que era, então, garantida por uma caução ou *responsor*”.⁸⁴ Por isto, o termo responsabilidade, inicialmente, não se vinculava a ideia de compensação por um prejuízo causado, mas a concepção romana de responsabilidade.

Embora os conceitos de responsabilidade civil e obrigação tenham muitas semelhanças são conceitos distintos, todavia são os embriões para aplicação da *restitutio in integrum*, haja vista que apesar de uma aparente distinção, ambos têm como conceito basilar a entrega, efetivação do direito, que em suma seria o ideal maior, a reparação de um ato lesivo ao patrimônio de outrem.

Em basilar lição o saudoso e atual professor LIMONGI FRANÇA, ao se referir ao tema manifesta-se da seguinte forma:

... a responsabilidade civil, nós a diferenciamos da obrigação, surge em face do descumprimento obrigacional. Realmente, ou o devedor deixa de cumprir um preceito estabelecido num contrato, ou deixa de observar o

⁸² STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Pág., 111.

⁸³ Para maiores informações verificar a obra de AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações: responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2004, nas paginas 34/36.

⁸⁴ STOCO, Rui, Op. Cit., pág. 112.

sistema normativo, que regulamenta sua vida. A responsabilidade nada mais é do que o dever de indenizar o dano ⁸⁵.

Na mesma esteira de pensamento, o desembargador fluminense, Sérgio Cavaliéri Filho, assim aduz:

Assim, a violação de um dever jurídico originário (obrigação) configura um ilícito civil, que, quase sempre, gera um prejuízo a alguém, decorrendo daí um novo dever jurídico, o de reparar o dano. Desta forma a “responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário”⁸⁶.

Não destoia da linha no aforismo jurídico o celebre Silvio Rodrigues, vez que entende haver distinção entre responsabilidade e obrigações, em que pese ambos almejem o fim maior do direito, qual seja a reparação de um dano.

Como regra geral, a responsabilidade civil impõe a necessidade de reparação ao prejuízo causado por aquele que, agindo de forma omissiva ou comissiva, cause dano a outrem (CC., art. 927). Sendo assim, a responsabilidade civil pode ser entendida como a obrigação de reparar o prejuízo causado a uma pessoa, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dependam dela ⁸⁷.

Em suma, percebe-se que “a obrigação da pessoa física ou jurídica ofensora de reparar o dano causado por conduta que viola um dever jurídico preexistente de não lesionar, *neminem laedere*⁸⁸, implícito ou expresso na lei” ⁸⁹. Sendo assim, responsabilizar alguém significa imputar-lhe a causa de algum prejuízo, patrimonial ou moral, devendo o agente responder pelas consequências de seus atos, recompondo o *status quo ante* afetado por sua ação.

Não obstante, mostra-se necessária a compreensão da evolução histórica do instituto da restituição integral do dano, a fim de compreender as concepções atuais sobre a temática, revendo seus aspectos e sua trajetória ao longo dos

⁸⁵ LIMONGI FRANÇA. Enciclopédia saraiva de direito. São Paulo: Saraiva, 1997. Vol. 65. Pag. 332.

⁸⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009, pág. 02.

⁸⁷ RODRIGUES, Silvio. Direito civil: responsabilidade civil. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Vol. 4 pag. 09.

⁸⁸ Para maiores informações sobre o tema do *neminem laedere*, verificar o trabalho do professor Carlos Eduardo Silva e Souza disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3f00f874e9837b0e>.

⁸⁹ STOCO, Rui. Op. Cit. pag. 27.

tempos. O conceito de reparação do dano injustamente causado advém de um tempo em que os homens reagem com violência em relação ao ofensor.

Para a maioria dos povos da antiguidade, o ato ilícito era combatido através de uma penalidade, quase sempre coletiva, ou seja, o ofensor acabava por condenar toda a sua tribo a procedimentos cruéis. Nessa época, a preocupação não era como se daria a reparação (ressarcimento), mas sim, a retaliação (punição) do ofensor e de seu grupo (tribo, clã ou nação)⁹⁰.

No Direito romano Justiniano, a responsabilidade coletiva “*vendetta* não existiu. A vítima, por sua vez, para obter a reparação dos danos, deveria recorrer ao Estado”⁹¹. A Lei das XII Tábuas elaborada antes de Cristo, primeiro documento legal escrito do Direito romano já apresentava diversos atos ilícitos sancionados com penas pecuniárias, muito deles presentes no nosso atual ordenamento jurídico. Assim, percebe-se que as influências, que seja no pretérito direito civil, bem como, no atual ordenamento civilista estão presentes as mesmas.

Pelo acima exposto o direito perpassa este liame da relação pura e simples da vingança privada, iniciando um diálogo influenciador com o Estado, sem perder a noção da ideia central que é a reparação integral dos danos sofridos devem ser reparadas em sua totalidade, se não possível o máximo desta.

No direito canônico à nível de esclarecimento, o ser humano é insubstituível e sua vida tem valor inestimável. De sorte que o direito eclesial valoriza essas características, ou melhor, apoia-se nelas para reger as relações humanas e Estatais. Destarte, pode-se afirmar que o direito canônico, que não só rege e influencia as hostes eclesiásticas, bem como está imbuído de uma condução legislativa judicante e social humana.

⁹⁰ FRANCIOSI, Gennaro. Corso istituzionale de diritto romano. Torino: G.Giappichelli, 1994, pág. 393 *apud* RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Responsabilidade Civil no Direito Romano, In: MAMEDE, Gladson; ROCHA, Maria Vital da Rocha, RODRIGUES, Otavio Luiz Junior (Org.). Responsabilidade civil contemporânea (em homenagem a Silvio de Salvo Venosa). São Paulo: Editora Atlas, 2011, pag. 1.

⁹¹ CHAMOUN, Ebert. Instituições de direito romano. 6.ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.p.403. *apud* RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Responsabilidade Civil no Direito Romano, In: MAMEDE, Gladson; ROCHA, Maria Vital da Rocha, RODRIGUES, Otavio Luiz Junior (Org.). Responsabilidade civil contemporânea (em homenagem a Silvio de Salvo Venosa). São Paulo: Editora Atlas, 2011, pág.. 03.

Não se pode duvidar que as legislações civilistas pátrias, anterior e atual, de alguma maneira, lastrearam-se em critérios antropológicos, vez que o direito existe com foco no ser humano. Evidentemente que o Direito Civil com mais propriedade voltada à figura da pessoa humana.

Daí a grande importância de um direito que busque reparar, de maneira eficaz e completa os danos sofridos por cada indivíduo, cujo escopo precípua é fornecer as estruturas, a base para a pacificação do direito civil para que ocorra entre os homens a concórdia, mormente no que diz respeito aos conflitos sociais. O direito não pode prescindir da antropologia teológica, conforme observa SAMPEL.

O homem, ser eminentemente relacional, não é chamado sozinho à salvação. Todos os seres humanos são vocacionados. Dada esta nota de sociabilidade do homem, quer no que toca à vida aqui na terra, quer no que se relaciona à salvação, o direito eclesial assume um papel extraordinariamente importante, porque não há relação social que não seja regrada pelo ordenamento jurídico. "*Ubi societas, ibi ius*"! O direito na Igreja visa particularmente à salvação das pessoas. "*Salus animarum suprema lex est.*"⁹²

Como cediço, o direito estatal, não tem esse tipo de inquietação, puramente humanístico, do que seria a ideia do 'bem estar social' pois seu objetivo é viabilizar a coexistência pacífica entre as pessoas, regulando os conflitos de interesse, sendo por outro lado, incontestável que agindo assim, o Direito preconiza como objeto material a dulcificação da sociedade, cumprindo um múnus bastante significativo, numa visão holística do ser humano.

Não se deve ignorar às outras contribuições significativas do ideal do instituto da reparação do dano no direito estatal aos ramos do Direito, tais como, o Administrativo e Penal, civil e processual. Dentre estes, destacado por Tucci e Azevedo, em sua obra Lições de Processo Canônico, poder-se-á citar:

O instituto da conciliação e arbitragem cujas raízes remontam à igreja nascente, com suas comunidades de fé e de amor assentadas sobre os ensinamentos bíblicos, especialmente do Evangelho. A notória influência

⁹² SAMPEL, Edson Luiz. **Op. Cit.** pág. 58.

do processo canônico na sequência dos atos processuais: “*priores iudices ad decisionem causas possunt procedere...*”(Decretais 1.3.3) e (Clementinas 5.11.2). A importância e a relevância do processo: “*quod autem nullus sine indicatio ordine damnaria valeat.*” (Decretais 2.2.1). A importância do processo escrito: *iudex debet habere notarium duos viros idoneos qui scribant acta iudicii*” (Decretais 2.19.11); *libelli obligatione: “iudex non debet admittere actorem ad litigandum nisi prius libellus in scriptis offerat”* (Decretais 2.3.1). Divisão do processo; *termini* ou *stadia*. Processo sumário: “*simpliciter et de plano ac sine strepitu et figura iudicii*” (Clementina 5.11.2). A questão da prescrição (Decretais 2.25.4) A oposição de terceiro (Decretais 2.27). Reconvenção (Decretais 3.4). Estado da pessoas (Decretais 2,27.7) *Advocati Pauperum* (Decretais 1.22.1).⁹³

Sem embargo, é necessário focalizar o valor pacificador e humanístico do Direito estatal, como verberado alhures, pois os institutos tais como, o aperfeiçoamento do processo civil, a instrumentalidade deste e particularmente no direito de família, e em outros institutos civilistas contribuíram para aplicação da *restitutio in integrum*.

Desta feita, o instituto da reparação do dano propõe ser uma fonte inspirativa para o direito civil pátrio e alienígena, para que este não seja, tão-somente expressão dos anseios da classe dominante e sim um instrumento para a consecução da justiça para harmonização da sociedade.

2.2 Influências dos antigos ordenamentos jurídicos para a reparação do dano.

Ao se esquadrihar uma base para lastrear e sedimentar o início da reparação de danos encontramos no remoto Oriente Médio em seus ensinamentos ancestrais um começo da ideia de reparação integral de danos. Na verdade, não se pode atribuir apenas ao Direito Hebraico tais fatos, muitos são os caminhos que levam a tal influência, “pelo Código de Ur-Nammu, Código de Manu e Lei das XII Tábuas”⁹⁴, devendo-se ressaltar que, “no início do século III EC. Já

⁹³ TUCCI, José Rogério Cruz e AZEVEDO, Luiz Carlos de, **Lições de Processo Civil Canônico**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. Pág. 60-62.

⁹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 11. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. Pag. 07.

estava elaborada a *Mishná*”, compêndio da Lei Oral judaica, que no século IV E.C. daria origem ao *Talmud*”⁹⁵.

Desta feita, com as mudanças sociais e ideológicas, e por que não dizer jurídicas, nasceu outro conceito, para reparação de dano, não mais da *Veditica privada*, agora com caráter compensatório patrimonial, como pretendiam aos romanos instituir.

Destarte, como acima foi sopesada, a influência modificadora dos conceitos de atuação da ação privada, para reparação de danos remonta ao direito hebraico, que por sua vez influenciou o direito romano, vez que perdura até os nossos dias. Ainda temos como comunidade social outra influência, que não se faz só pelo direito, porém de estilo religioso filosófico, o Antigo Testamento; Como assevera a doutrina majoritária dos estudiosos da matéria.

O Direito Pós-Clássico foi influenciado por vários fatores, dentre os quais se cita o Cristianismo, que reflete a influência do judaísmo e suas ramificações jurídicas das províncias orientais. Do mesmo modo, o caráter oriental e cristão do Justinianeu é ponto pacífico entre os doutrinadores⁹⁶.

Além disso, segundo parecer dos romanistas, “o *Direito Justinianeu formou-se por base dos estudos das escolas de Direito do Oriente, formadas no século V da era Comum, como a de Constantinopla*”⁹⁷. E, sobretudo, Considerando-se o desenvolvimento da lei rabínica pelas academias existentes na Babilônia e na Palestina.

É inevitável e essencial a apreciação das circunstâncias históricas que fundamentaram a tese de que o Direito civil brasileiro e latino americano foi influenciado, no que tange a reparação de danos e á regulamentação do método pelo Direito hebraico e as posteriores influências deste nos intitutos que busca reparar o dano inclusive no dereito de família.

⁹⁵ LEÃO, Sinaide de Gregório. **A Influência do Direito Hebraico no Direito brasileiro**. Rio de Janeiro: LUMEM JURIS, 1998, pag. 19.

⁹⁶ GIORDANI, Mario Curtis. **Iniciação ao Direito Romano**. Rio de Janeiro: Editora Líder Júris, 1986, pág. 278.

⁹⁷ Idem pág. 282.

Como se retratou, a comunidade judaica ofereceu atributos de cunho humanitário para dulcificação da reparação de danos, haja vista, que a Roma antiga recebeu ondas migratórias dos anos subsequentes, bem como pelos escravos conquistados na invasão da Judéia pelo Império Romano em 63 EC" ⁹⁸. fato este que além de miscegenar a cultura influenciou a legislação civilista do dano e o início da sua raparação integral.

Assim podemos verificar que houve influência do direito antigo Hebreu no Direito Civil brasileiro, como dantes visto que o direito romano também o influenciou. A bem da verdade, inumeras influências ao sistema juridico patrio inclusive na compensação de danos e aplicação da *restitutio in integrum*, principalmente no que reflete a reparação total e efetiva de um dano conjugal familiar.

2.3 O alcance da *restitutio in integrum* no casamento, como fator de reparação no sistema juridico brasileiro.

O matrimônio é uma realidade multiforme, rica em facetas, suscetível de ser abordada através dos prismas mais variados possíveis, desta feita poder-se-ia analisar pela ótica da Teologia, onde se buscaria a aprovação divina para o casal, pelo olhar da Filosofia, de onde se verificaria os sentidos da alma, pela visão da Antropologia numa constante busca da origem humana, pelas lentes da Psicologia, preocupada com os traumas da alma, tanto quanto pela visão da Sociologia do rito de passagem do *status quo*, sem menosprezar o enfoque Econômico, de caráter patrimonial como forma de aquisição e perda da propriedade, que sem dúvida nenhuma é a seara jurídica que mais tem preocupação em proteção ao patrimônio dos indivíduos envolvido neste ato; todavia aqui analisar-se-á pelo patamar do Direito, em sua ramificação civilista.

É bem verdade que ainda poderia ser delineada em todos os ramos científicos acima descritos; sem menosprezar estas ciências, nos propomos,

⁹⁸ MEIRELES Hadas Ledel. **Flávio Josejo: o judeu de Roma**. Rio de Janeiro: Editora Imago, 1991. Pág. 192.

entretanto, a considerar o referido instituto na ótica do Direito como conhecimento humano⁹⁹ que é, e desta forma irá incidir no seu estudo reivindicando para si um enfoque de relevante importância social. A perspectiva jurídica em que se situa não poderá desconhecer essa rica complexidade e menos ainda o fato de ser o matrimônio uma realidade vital, uma célula básica e originária da Sociedade; inserida num contexto temporal e espacial.

Eis porque todo estudo aprofundo do Direito, do matrimônio, feito hoje, deverá também, não só nutrir-se do progresso das ciências modernas, bem como da experiência histórica e contemporânea, como também das diversas raízes étnicas e geográficas de cada situação concreta e especialmente da própria vivência da sociedade sem desmerecer os fundamentos da disciplina no passado.

Todavia, como forma de pesquisa, visualizasse o instituto do matrimônio, vez que este ao vincular pessoas, poderá ocasionar danos, a estas, ou a terceiros, com clarividência solar, nasce a necessidade da reparação dos mesmos, de forma integral. Desta feita, circunscrito dentro dos parâmetros da Influência da lei estatal e da lei canônica, e apoiado nos ordenamentos jurídicos antigos romano e Hebraico, pequerisse no sistema procedimental civil brasileiro, pretérito e atual a reparação, ou melhor a aplicação da *restitutio in integrum*.

Alguns dos traços característicos deste corpo de leis representam em parte um eco dos sinais do nosso tempo. Assim afirmou Sinaide de Gregório Leão:

O matrimônio, nas suas características e propriedades essenciais, é uma instituição de Direito Natural e tem, portanto, neste sentido, uma estrutura imutável. Mas, sem dúvida, ele está enquadrado dentro de um tempo e de um espaço concreto que lhe outorgam peculiaridades acidentais dignas de profunda ponderação¹⁰⁰.

De fato, não se pode prescindir hodiernamente da instituição matrimonial pressionada por fenômenos sociais e ideológicos, políticos e por que não dizer

⁹⁹ Para maiores informações sobre o tema social do casamento e o Direito verificar o artigo de Natalia Pietra Ménde, disponível em, http://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/comdim/usu_doc/monogamia_e_heterossexualidade.pdf.

¹⁰⁰ LEÃO, Sinaide de Gregório. A Influência do Direito Hebraico no Direito brasileiro. Rio de Janeiro: LUMEM JURIS, 1998, pág. 33.

legais das relações familiares, sempre pautamos nossos comentários no sentido cristão da palavra, ao analisar a mesma instituição na época em que foi redigido *As Institutas de Justiniano* a Talmude, as *Institutas* e o *Códex Iuris Canonici*. Não é o mesmo que explicar Direito matrimonial em um contexto social genérico numa realidade heterogênea latino-americana.

Neste presente século, visto na ótica da informação, teria ainda lugar para as reparações de danos matrimoniais? Vez que as relações apresenta-se efêmeras, Seria aplicável a *restitutio in integrum* em relação ao matrimônio no tempo presente, no atual sistema jurídico civilista brasileiro? O Mestre Lebel Hadas Meireles em seu livro *Flávio Josefo: o judeu de Roma* afirma:

Teriam as influências orientais impregnado os ambientes provinciais e estes, por sua vez, provocado uma reação positiva no Direito Romano? Ou a penetração das inovações no Direito Romano teria sido direta através do direito hebraico graças à difusão do Antigo Testamento pelos cristãos ¹⁰¹.

É forçosa e essencial à apreciação das circunstâncias históricas que fundamentam a tese, mesmo sem entrar na dissecação das inúmeras querelas doutrinárias sobre a natureza do contrato ou da instituição matrimonial, vez que para Pontes de Miranda o casamento é:

O casamento é um contrato solene, pelo qual duas pessoas de sexo diferente e capazes conforme a lei se unem com o intuito de conviver toda a existência, legalizando por ele, a título de indissolubilidade de vínculo, as suas relações sexuais, estabelecendo para seus bens, à sua escolha ou por imposição legal, e comprometendo-se a criar e educar a prole que de ambos nascer. ¹⁰²

Já para OLIVEIRA, Lopes casamento não é um contrato é um ato jurídico, solene, assim aduz o Mestre:

¹⁰¹ MEIRELES Hadas Ledel. **Flávio Josefo: o judeu de Roma**. Rio de Janeiro: Editora Imago, 1991, pág., 290.

¹⁰² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito de família*. São Paulo: Max Limonad Editor. 3º ed., Vol. I. Pág. . 93.

O casamento é o ato solene pelo qual se unem, estabelecendo íntima comunhão de vida material e espiritual e comprometendo-se a criar e educar a prole que de ambos nascer, sob determinado regime de bens.¹⁰³

Assentemos em que o casamento é uma aliança entre um homem e uma mulher, feito segundo as determinações da lei e dirigido ao estabelecimento de uma plena comunidade de vida entre eles¹⁰⁴.

Tal comunidade de vida deve ser exclusiva e é, tendencialmente, perpétua, no sentido em que não é possível no direito brasileiro como na generalidade dos direitos dos países ocidentais, celebrar dois casamentos paralelos; vez que quando se celebra um casamento se vislumbra uma relação sem limite temporal daí o entendimento de perpetuidade acima exposto.

No Brasil atualmente a lei prevê duas formas de casamento: o casamento civil e o casamento religioso com efeito civil. Na Roma antiga existia o casamento “*Cum Manu e Sine Manu*”¹⁰⁵, abordado mais a frente. O casamento religioso é celebrado perante um ministro da igreja ou instituição religiosa e rege-se, de acordo com a lei vigente no país, e pelas normas da igreja; no tocante aos efeitos civis. O casamento Civil é geralmente celebrado perante um Juiz de Paz e rege-se exclusivamente pelo direito temporal Civil.

2.4 A reparação do dano matrimonial no direito romano e hebraico

No Direito romano, assim como entre os judeus, o casamento era contratado para dar filhos à pátria. Neste sentido, puniam as leis de Licurgo¹⁰⁶ os

¹⁰³ OLIVEIRA, José Lopes de. Curso de direito civil- direito de família. São Paulo: Editora Sugestões Literárias. 3º ed., 1980. Pág. 9.

¹⁰⁴ Quando nos referimos a um homem e uma mulher, esta é uma ideia cristã de casamento, no sentido bíblico. Sem a menor ideia de preceituar quaisquer informações contrárias a este sentido. Ou mesmo mitigar direitos sociais alcançados por determinados grupos sociais, Neste caso não entramos na escolha de gênero e opções sexuais, todavia nos atemos a uma ideia cristã religiosamente centrada na Bíblia Sagrada (comentário do autor)

¹⁰⁵ Para maiores informações verificar a apostila de direito romano: pessoas e direito de família organizador: prof. Moacyr Sergio Martins Machado. Disponível em www.ubm.br/.../APOSTILA%20DE%20DIREITO%20ROMANO%20-%. Acesso 03/05/14.

¹⁰⁶ **Licurgo** foi um lendário legislador da pólis de Esparta. Nada se sabe seguramente sobre a existência desta personagem. Heródoto fala dele em meados do século V a.C., mas a vida do legislador deve ter decorrido no século VIII a.C.. Mas a sua memória seria correntemente mencionada na Esparta do século V, pois os seus habitantes nessa época sentiam a necessidade

homens que não se casassem ou realizassem maus casamentos, com consortes enfermas e aleijadas, assinalando Platão que “o cidadão cumpria seus deveres em favor da cidade, quando lhe dava filho ou filha”¹⁰⁷.

Esta é uma das grandes lições do eminente filósofo de que, nos primórdios da Roma antiga, a família se estruturava como no Direito ático, em que o Paterfamilias, que era “sacerdote e magistrado, bem como titular de todos os bens da família, daí provindo à acepção de patrimônio como bens do Paterfamilias”¹⁰⁸. Desejamos ressaltar que o direito familiar romano é um direito autônomo, que preexiste ao direito da *polis*, como preexiste ao direito sagrado de que é penetrado.

“As núpcias são a união do homem e da mulher, o consórcio de toda a vida, a comunicação do direito divino e humano”.¹⁰⁹ Nessa sua definição, de caráter muito mais social do que jurídico, Modestino usa três termos que se completam: união, consórcio e comunicação; assim sendo, estão presentes alguns princípios importantes: o casamento monogâmico, indissolúvel e uma implicação entre as exigências do direito humano e do direito divino fato aprimorado pelo direito canônico.

Para os Romanos, na visão de Modestino, matrimônio significava: *Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio* (As núpcias são a união do marido e da mulher e o consórcio para toda vida, a comunicação do direito divino e do humano); quando que para Justiniano no § 1, da Institutas 9, seria: *Nutiae autem sive matrimonium, est viriet mulierisconjunctio, individuum consuetudinemvitae continens* (As núpcias ou matrimônio, são a união do varão e da mulher, implicando na comunhão indivisível de vida). A visão de matrimônio para aqueles, significava bem mais que uma união entre homem e mulher e sim uma união espiritual (*affectio maritalis et uxoris*), mas também a união real que implicaria em coabitação, constituição de dote e de se apropriar da posição social uxória.¹¹⁰

de atribuir a organização estatal que os regia a um ser humano, e não ao acaso. (comentário do Autor)

¹⁰⁷ CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de Direito da Família e das Sucessões**. São Paulo: Editora Forense, 1989, pág. 169.

¹⁰⁸ ALBERTARIO, Emilio. Op. Cit. pág. 210.

¹⁰⁹ MODESTINO apud WALD, Arnoldo. **O Novo Direito de Família**. 14 ed. rev. atual. ampliada. São Paulo: Saraiva, 2002. 79/81.

¹¹⁰ ALBERTARIO, Emilio. LA Definizion E dei Matrimonio Secondo Modestino ,in Studi in Memória di Aldo Albertoni, Padova, Cedam: 1975, pág. 203-205.

Nos primórdios do Direito Romano, para que surgisse o casamento, bastava à vontade inicial dos membros sem quaisquer formalidades jurídicas. Com a sedimentação social e jurídica o casamento, “só a partir do período pós-clássico é que passa a existir um certo formalismo e o matrimônio só durava até que um dos cônjuges decidisse rompê-lo, a qualquer tempo”¹¹¹, sem formalidades e independente da existência de motivos previstos em lei.

Impedimentos para o casamento romano, que influenciaram o Direito Civil pátrio. A exemplo do *Connubium*¹¹²; ausência de parentesco direto até o infinito e colateral até 3º grau. O casamento constava de dois elementos: *affectio maritalis honor matrimonii*. Faltando um dos dois, o casamento se dissolvia.¹¹³

Segundo Maria Berenice Dias, os impedimentos matrimoniais são "condições positivas ou negativas, de fato ou de direito, físicas ou jurídicas, expressamente especificadas pela lei, que, permanente ou temporariamente, proíbem o casamento ou um novo casamento ou um determinado casamento".¹¹⁴ A causa suspensiva é um fato que interrompe o processo de celebração do casamento a ser realizado, se arguida antes das núpcias.

Assim, como no *connubium* romano, os impedimentos parental existem como forma grafada em nosso código, inclusive no revogado código. Pois a forma imperativa que é apresentada ao artigo 1.521, vigente aduz, “não podem casar”:

¹¹¹ FUNARI, Pedro Paulo Abreu. **Cultura popular na antiguidade clássica**: grafites e arte, erotismo, sensualidade e amor, poesia e cultura. São Paulo: Contexto, 1996. P 28.

¹¹² Connubium é a **faculdade de casar- se** que os cidadãos romanos têm com cidadãos romanos ou mediante concessão com os peregrinos. Com escravos não há connubium. Ausência de parentesco diretamente *ad infinitum* (até o infinito) e de linha colateral até 3º grau. O parentesco estabelecido mediante um ancestral em comum é chamado *parentesco consanguíneo*, enquanto que o criado pelo casamento e outras relações sociais recebe o nome de *parentesco por afinidade*. Chama-se de parentesco em linha reta quando as pessoas descendem umas das outras diretamente (filho, neto, bisneto, trineto), e parentesco colateral quando as pessoas não descendem uma das outras, mas possuem um ancestral em comum (tios, primos, sobrinhos. (Esclarecimento do autor)

¹¹³ Para melhores esclarecimentos sobre os elementos constituintes do casamento romano, Se denomina *honor matrimonii* a conduta que deve seguir os cônjuges em seu matrimônio, devendo ser a atuação do marido e da mulher. E junto coa a *affectio maritalis*, o sustento fundamental do matrimônio é o fato indispensável para seu reconhecimento. Vide a apostila de direito romano: pessoas e direito família organizador: prof. Moacyr Sergio Martins Machado. Disponível em www.ubm.br/.../APOSTILA%20DE%20DIREITO%20ROMANO%20-%.

¹¹⁴ DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 9ª ed. São Paulo: revistas dos tribunais. 2013. Pág. 163/164

- I - os ascendentes com os descendentes seja o parentesco natural ou civil;
- II - os afins em linha reta;
- III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;
- IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;
- V - o adotado com o filho do adotante;
- VI - as pessoas casadas;
- VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.¹¹⁵

Como é do conhecimento histórico o casamento romano instituía-se de duas maneiras, *Cum Manu e Sine Manu*. É inevitável e essencial a apreciação das circunstâncias sociais que norteiam a questão de que o Direito Romano influenciou o direito civil patrio, e com muita veemência no instuto do casamento. Assim, verifica-se, por exemplo, nos caso dos alimentos compesantorios que se estudará a frente.

O mestre FUNARI, ao analisar o casamento na Roma Antiga, faz uma brilhante exposição dos regimes matrimoniais apresentando este da seguinte forma:

No casamento *Cum Manu*, a mulher estava sujeita a forte autoridade do marido, sendo considerada sua propriedade; a mulher *Cum Manu* renunciava a seus costumes, crenças e patrimônio para incorporar-se a família do marido, abraçando as crenças e costumes dele; a mulher desligava-se da *Patria Potestas*, passando ao poder do marido ou do Pater Famílias do marido.¹¹⁶

Passando o autor acima mencionado a delinear a forma mais usual de casamento entre os romanos antigos, demonstra-nos o desdobramento das bodas *cum manu*, da seguinte forma a *confarreatio*, *coemptio* e *usus*:

Confarreatio era a forma de casamento religioso utilizado no período pré-clássico romano. Era um casamento caracterizado pelo apego as tradições e por um misto de religiosidade e festas. Realizado sob um ritual bastante complexo, consistia num cortejo com hinos e cânticos, que acompanhava a mulher até a casa do marido, onde ela era admitida ao culto privado do marido, através de solenidades religiosas, em que os nubentes repartiam o “fogo sagrado” e comiam o *Farreus Panis*. Essa forma de casamento só

¹¹⁵ BRASIL. Lei. 10.406/2002 Código Civil art. 1521 até 1.527.

¹¹⁶ FUNARI, Pedro Paulo. *Grécia e Roma*. São Paulo: Editora Contexto, 2003. pág. 78

podia ser utilizada pelos patrícios. Coemptio era a modalidade de casamento que começou a ser usada, quando da possibilidade de união entre patrícios e plebeus. Era uma espécie de venda simbólica, solene da mulher ao marido (aspecto contratual do casamento), onde havia a troca de palavras sacramentais entre marido e mulher. Com a generalização da Coemptio, a Confarreatio foi caindo em desuso. O casamento atual tem uma relação histórica com essa forma de casamento, devido ao seu enfoque contratual. Usus era a forma de casamento mais habitual na República Romana; era o casamento de fato, que se tornava de direito após um ano de coabitação contínua. Para escapar da consolidação do casamento e da consequente “Manu” do marido, a mulher ausentava-se de casa por três noites consecutivas, interrompendo o Usus; era o *Trinoxium*.¹¹⁷

Como toda sociedade está passível de mudanças, no final da república, em consequência de uma nova visão da vida e implicações sociais, que gerou uma nova concepção do casamento, “a autoridade forte do marido passou a ser cada vez menos aceita e o casamento *Cum Manu* cedeu lugar ao casamento *Sine Manu*”¹¹⁸. Nesse novo tipo de casamento, a autonomia da mulher passou a ser preservada tanto no aspecto patrimonial, como no de suas crenças e costumes.

Desta feita, com as mudanças sociais e ideológicas, e por que não dizer jurídicas, nasceu outro conceito, que mereceu mais atenção que o de Modestino, “Não é a coabitação que faz as núpcias, mas o consentimento”¹¹⁹. A mesma ideia centrada no nosso Código Civil seja o revogado ou ao atual, o consentimento, a vontade pura e simples das partes é imperativo para a efetivação jurídica do casamento, e de quaisquer negocio jurídico válido.

Desta forma, o imperador Constantino apenas admitiu que o marido ou a mulher pudesse repudiar um ao outro quando ocorressem circunstâncias que fundamenta-se o repudio, assim aduz J. Fernandes Negri, que: “se sua mulher fosse declarada culpada de adultério ou por envenenamento, ou com relação ao marido, se réu de homicídio, envenenamento ou violação de sepulcro”¹²⁰.

¹¹⁷ FUNARI, Pedro Paulo, Op. Cit. pág. 79/83.

¹¹⁸ . Idem. pág. 84

¹¹⁹ ALBERTARIO, Emilio. **Op. Cit.** pág., 209.

¹²⁰ NEGRI, Jayson Fernandes. Dano moral e responsabilidade civil na separação judicial. Monografia disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/22/23>, acesso em 25/10/14.

Verificasse que o repúdio sem a existência de qualquer destas causas não ser possível, o cônjuge que repudiasse o outro sofria sanções, de caráter patrimonial.

Ademais, neste período passou-se também a punir o marido que tivesse acusado sua mulher sem qualquer fundamento, ou se a causa do repúdio fosse o fato de ter outra mulher em sua própria casa ou na mesma cidade em que era domiciliado e, sendo alertado desse fato por seus parentes e pessoas dignas de boa-fé, não se abstinha da prática desse ato. Diante destas duas situações, informa a ilustre doutrinadora Regina Beatriz que:

..... Se o marido praticasse a falta, era o mesmo obrigado a restituir o dote e a não contrair segundas núpcias; se a mulher, perdia, em favor do esposo, o dote e as doações nupciais, além de sofrer a pena de deportação. Nesses casos, em indenização pela calúnia de ter acusado injustificadamente a consorte e como castigo pela injúria de manter outra mulher naquelas condições, o marido, além de restituir o dote e entregar a doação nupcial à mulher, tinha o dever de dar, de seus bens à esposa, uma quantidade equivalente à terça parte do importe da doação nupcial¹²¹.

Deste modo, encontramos no Direito romano, antecedentes históricos expressamente referentes à imposição de sanções ao cônjuge culpado pela separação da família. Que corroborando com tal assertiva o doutrinador Moreira Alves, argumentar que tais sanções não tinham caráter meramente pecuniário, porém compensatório:

Quando um dos cônjuges se divorcia do outro sem iusta causa, ou quando dá iusta causa para que outro o repudie, é ele punido - segundo as Novelas CXVII, CXXVII e CXXXIV – com penas pecuniárias (assim, por exemplo, para a mulher, a perda do dote; para o marido, a perda das doações nupciais) e corporais (de acordo com a novela CXXXIV, quer para o homem, quer para a mulher, prisão perpétua em convento¹²².

De pronto, percebe-se, pela própria relevância do Direito discutido, o caráter ressarcitório e punitivo e reparatório das penalidades impostas, como consequência do dano causado e daí nascendo o dever de indenizar de o dano.

¹²¹ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação Civil na Separação e no Divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999. Pág. 10.

¹²² ALVES, José Carlos Moreira. *Op. Cit.*.. 319.

Destarte, como acima foi analisada, a influência do citado Direito perdura até os nossos dias.

Em que pese, o direito canônico está intrinsecamente ligado à figura da Igreja e ao cristianismo e por isso, este não está adstrito apenas e tão somente a figura do templo, pois nos casos de dano material e ou imaterial, existe a necessidade de sua reparação efetiva; encontrado em alguns de seus artigos, vez que essa reparação pode ser civil ou espiritual como está expresso nos diversos cânones do Código.

Pelos estudos de Augusto Zenun, em sua obra dano moral e sua reparação pode-se exemplificar e deixar mais clara a noção de dano no direito canônico:

Pelo cânone 2.355, o Código Canônico se refere, especificamente, à calúnia e à injúria, as quais são reparadas com sanções de ordem material e de ordem espiritual, mas, na atualidade, a Igreja já não tem poder coercitivo para imposição da reparação moral¹²³.

Portanto, com tais palavras fica evidente que se previa no Código Canônico o dano causado a qualquer pessoa, inclusive a figura do consorte, nascendo daí a necessidade de uma indenização, ou seja, sua respectiva reparação, pois traz em suas regras ou cânones alusões às injúrias e às ofensas reais.

Outra situação nasce nos excertos da Legislação Mosaica, que foram escritos por Moisés, que segundo a tradição teria subido ao monte Sinai por volta de 1.500 A.C, durante o reinado de Ramsés II, onde ouvira de Deus os Dez Mandamentos e os transmitiu a seu povo.¹²⁴ A Legislação Mosaica, que está inserida no livro do Deuteronômio do Antigo Testamento da Bíblia já impunha reparação a danos patrimoniais, extrapatrimoniais e morais nas diversas passagens, por isso é necessário trazê-las a colação, para entendermos melhor as leis escritas por Moisés.

¹²³ ZENUN, Augusto. Dano moral e sua reparação – Rio de Janeiro: Forense 1998. Pág. 12.

¹²⁴ A legislação mosaica, apresentada na Bíblia sagrada apresenta-se na seguinte disposição: o Pentateuco: Gênese, Êxodo, Levítico, Números e Deuteronômio, e é neste último livro bíblico que se encontram os excertos da Legislação Mosaica escritos por seu legislador Moisés e que somente 200 anos depois foi reescrito por Dêutero-Isaías.(comentários do Autor)

No capítulo XXII versículos. 13 a 20 do Deuteronômio, quando apresenta a questão matrimonial e a necessidade de reparação de possíveis danos encontramos nitidamente o exemplo de dano moral e sua respectiva reparação de forma integral:

Se um homem casar com uma mulher e depois lhe ganhar aversão, e procurar pretextos para a repudiar, acusando-a de péssima reputação, e disser: eu recebi esta mulher e, aproximando-se dela, não a achei virgem, seu pai e sua mãe a tomarão, e levarão consigo as provas de sua virgindade aos anciãos da cidade que estão à porta, e o pai dirá: eu dei minha filha por mulher e a este homem, e porque ele lhe tem aversão, e procura pretextos para a repudiar acusando-a de péssima reputação, chegando a dizer: não achei virgem à tua filha e, contudo, e às provas da virgindade da minha filha. E estenderão a roupa diante dos anciãos da cidade; e os anciãos daquela cidade pegarão naquele homem e fá-lo-ão açoitar, condenando-o, além disso, a cem siclos de prata, que ele dará ao pai da donzela, porque espalhou uma péssima reputação contra uma virgem de Israel, e a terá por mulher, e não poderá repudia-la durante todo o tempo da sua vida ¹²⁵.

Aí está de forma clara e concisa uma das normas que se referiam as reparações causadas pelos danos morais naquela época. Notam-se as formas de reparação, como castigos físicos, penas em dinheiro e ainda ter de conviver com uma pessoa que pouco estimava pelo resto da vida, fazia parte da restituição total do dano. Concluindo, já acerca de 1.500 anos antes de Cristo, tinha-se noção da reparação de danos morais na Bíblia, no Deuteronômio ou ainda na Legislação Mosaica.

Como alhures já asseverado, nos ordenamentos apresentados, em que pese o caráter de religiosidade, este ultrapassaram as barreiras dos templos e imiscuíram na sociedade, visto que todo dano cabe uma indenização, e ou reparação efetiva e integral conforme preceitua o artigo 944 civilista pátrio. É indubitável que a tarefa mais importante do jurista consiste em apresentar o direito sob uma forma ordenada ou 'sistemática', para facilitar o seu conhecimento, e seu manejo por parte dos que estão submetidos a ele, especialmente pelos que o aplicam.

¹²⁵ ALMEIDA, João Ferreira. Op. Cit. pag. 789,

Em face do exposto, buscou-se demonstrar que houve, e há uma influência dos direitos dos povos antigos ora citados na legislação pátria mais propriamente em relação ao dano causado na constância do casamento, que atingiram o Direito Civil brasileiro sem perder a visão de reparação da lesão visto que a responsabilidade civil que existe entre todos da sociedade não pode ser quebrada por causa a desarmonia social, fazendo nasce para o ofendido o direito a ser ressarcido pelo dano causado.

2.5 O dever de indenização do cônjuge pelos atos ilícitos matrimoniais.

Ao nos deparamos com situações sociais atuais, que cause dano a alguém busca-se sempre uma compensação, uma reparação para tais danos, ao abordamos as ciências humanas e sociais, em particular da antropologia, o casamento apresenta características universais, não em suas formas celebrativas,¹²⁶ mas como reconhecidas pelo grupo social a que pertence às partes envolvidas; perpetuação da espécie através do fornecimento de herdeiros e cuidados com a prole, fortalecimento de vínculos psicológicos, afetivos, financeiros e culturais dos indivíduos e se constitui como célula da sociedade a qual pertence os indivíduos envolvidos.

Além de outros fatores não menos importantes como a certeza de um sexo seguro, garantias de uma paternidade legítima e regulação da sexualidade humana. Tudo isto como forma compensatória, não de um imediato dano, vez que, o direito de família, em particular o casamento ainda não tem uma afinidade para com a doutrina da responsabilidade civil, e o direito civilista brasileiro mantém um apropriado silêncio acerca da responsabilidade civil nas relações familiares.

¹²⁶ Para maiores informações vide obra CASAMENTO– HABILITAÇÃO E CELEBRAÇÃO do Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FADUSP), Nivaldo Sebastião Vícola. Chefe do Departamento de Humanidades e professor de Filosofia Geral e Jurídica, de Ética Profissional e de Introdução ao Direito do Centro Universitário FMU/SP. Disponível em <http://www.revistaseletronicas.fmu.br/index.php/RMDIR/article/viewFile/32/28>.

Como no anterior Código Civil a maioria das decisões judiciais, a reparação civil estava sendo afastada das relações familiares, especialmente no tocante ao dano moral. Importava realçar no tradicional direito de família, a defesa da sua estabilidade e da hierarquia na sua estrutura, cujos preceitos apontam na direção oposta aos princípios da responsabilidade civil.

O Código Civil vigente tem remédios específicos para causas concretas de danos entre familiares sendo que o rompimento dos casamentos pela infração dos deveres conjugais devem ser alcançados pelas regras de responsabilidade civil, porque, “a legislação já prevê sanções próprias diante da culpa conjugal na falência do matrimônio e a consequência jurídica da quebra de algum dever nupcial é a separação judicial” ¹²⁷.

Certamente, o afeto é a nota característica do direito de família e deve ser encontrado em todas as modalidades de relacionamentos familiares, seja no casamento, na união estável, e nas demais conexões entre pais e filhos. Esses vínculos representam a exteriorização de cada um dos projetos de vida idealizados pelas pessoas que constituem suas ligações baseadas no amor e na afeição. São realidades construindo os nós afetivos com vocação de permanência e vivências projetadas para uma existência vitalícia.

Se para o direito canônico, o casamento é a união estável que representa um vínculo inquebrantável. Para o direito laico, e embora o contexto sentimental que una duas pessoas tenha essa expectativa, essas relações podem persistir por maior ou menor tempo, mas ninguém poderá considerá-las permanentes, a ponto de não se sujeitarem à ruptura pelos mais variados motivos, inclusive pelo adultério, que é um fato possível.

Se tal ato de ruptura, não justificar qualquer indenização, pelo menos os casos de uma situação vexatória e de enorme repercussão social,

¹²⁷ GUITIÁN, Alma Maria Rodríguez. Responsabilidad civil en el derecho de familia: especial referencia el ámbito de las relaciones paterno-filiales, Navarra: Thomson Reuters, 2009, pág..25.

suficientemente escandalosa para ultrapassar os limites do desgosto pessoal causado pela conduta do cônjuge adúltero proporcionará uma indenização¹²⁸.

Como exemplo tópico, na Alemanha, não foi admitida a indenização por dano moral *Schmerzensgeld* pelo descumprimento do dever de fidelidade ou de qualquer obrigação do casamento, e “tampouco o terceiro que se intromete na vida conjugal pode ser acionado por dano moral, pois não seria concebível que o cúmplice respondesse mais que o próprio consorte”¹²⁹. E, principalmente, porque o direito de divórcio alemão está sustentado no princípio da ruptura conjugal, e se fosse permitido indenizar entre os cônjuges no direito de família alemão, estaria sendo reintroduzido o *princípio da culpa*. “No direito alemão o dano moral só pode ser ressarcido em face de violação ao corpo, saúde ou liberdade”¹³⁰.

Para os defensores da preservação da paz familiar há espaço no direito de família para a incidência de reparação pecuniária, tratando-se de um ramo especial do direito privado, onde já existem penalidades próprias previstas em lei e endereçadas aos responsáveis pelo fracasso conjugal. Desta forma, deve haver uma conduta regular a quaisquer atos ilícitos capaz de ensejar não a genérica responsabilidade dos artigos 186 e 927 do Código Civil. O que deverá ensejar uma reparação de danos.¹³¹

A bem da verdade, o casamento e a união estável dependem de afinidades sentimentais dos cônjuges ou companheiros e ambos os institutos estão sujeitos

¹²⁸ Vide trecho do voto relatado pelo Des. Maia da Cunha na 4ª Câmara de Direito Privado do TJSP, na Apelação Cível nº361.324.4/7, com o seguinte acórdão: “Dano moral. Adulterio. Circunstância que, em si mesma, salvo excepcionalidade inócua na hipótese, não acarreta dano moral indenizável. O relacionamento extraconjugal é apenas a consequência de uma união cujos sentimentos iniciais não perduraram no tempo, dando ensejo a que outros se sobrepusessem e levassem algum dos cônjuges ou companheiros à relação afetiva com outras pessoas. Considerações e jurisprudência deste TJSP. Improcedência da ação que se impõe. Recurso dos réus provido e prejudicado o da autora.”

¹²⁹ GUITIÁN, Alma Maria Rodríguez. Op. cit., pág..29.

¹³⁰ ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. *A reparação de danos morais por dissolução do vínculo conjugal e por violação dos deveres pessoais entre cônjuges*, São Paulo: RT, Revista de Jurisprudência da RT 802, pág..18/20.

¹³¹ Vide Anexo 01 **RECURSO ESPECIAL Nº 742.137 - RJ (2005/0060295-2), bem como**, o Anexo 02 **Apelação Cível Nº 0277302-2 do TJPE**, e por fim Anexo 03 **APELAÇÃO CÍVEL nº 361.324.4/7, da Comarca de São Paulo/ F.R. Tatuapé, voto vencido, do Desembargador ÊNIO SANTARELLI ZULIANI, Relator Vencido.**

ao término dos relacionamentos “na prática cotidiana das relações humanas”,¹³² não constituindo-se em uma temeridade para a harmonia familiar a monetarização da quebra dos relacionamentos, desde que cause prejuízo a outrem.

Conforme Sérgio Gischkow Pereira, essa tendência de vislumbrar em tudo a possibilidade de especular o dano moral está se tornando perigosa, por se pretender monetarizar todas as relações sociais ao “divinizar o lucro e sacralizar a moeda, em uma competição desenfreada, e se assim continuar, restará ao ser humano buscar no seu semelhante apenas uma fonte de renda”¹³³.

Nos dias passados, a unidade familiar centrada em uma estrutura hierarquizada, e controlada pelo domínio do marido, chefe e provedor da sociedade conjugal. Justificava a imunidade ressarcitória entre os esposos. Atualmente com o novo contexto social de igualdade, mesmo que se aumentem as lides, e haja uma proliferação de demandas triviais e o aumento dos conflitos judiciais familiares, não haverá um fator desestabilizando da paz e a harmonia da família; pois tais ações, não serão sem nenhuma importância, vez que a serventia destas ações não se reduziria para dar vazão a desgostos e contrariedades pessoais. Pelo contrario efetiva-se uma indenização integral de danos na esfera pessoal de cunho subjetivo, mesmo que transformado em pecúnia.

Entretanto, essa imunidade, ora referida vai sendo reduzida diante da tendência do valor conferido constitucionalmente aos direitos individuais das pessoas e do respeito à autonomia de vontade nas relações conjugais e familiares. A visão atual do desenvolvimento da personalidade e da autonomia do sujeito familiar, com realce para valores como a igualdade dos cônjuges, e o da concepção do poder familiar, a outorgar a função dual de pai e mãe, e os novos

¹³² Voto vencedor declarado pelo Desembargador Maia da Cunha na Apelação Cível n. 465.038-4/0, da 4ª Câmara de Direito Privado do TJSP, j. 29.05.2008, com a seguinte ementa: “Dano moral. Adulterio. Circunstância que, em si mesma, salvo excepcionalidade. Inocorrente na hipótese, não acarreta dano moral indenizável. O relacionamento extraconjugal é apenas a consequência de uma união cujos sentimentos iniciais não perduraram no tempo, dando ensejo a que outros se sobrepujassem e levassem algum dos cônjuges ou companheiros à relação afetiva com outras pessoas. Considerações e jurisprudência deste TJSP. Improcedência da ação que se impõe. Recurso provido.” Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Institucional/SecaoDireitoPrivado/ComposicaoGruposCamaras.aspx>

¹³³ PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Estudos de Direito de Família*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, pág.. 82.

modelos de constituição familiar, trazem para o direito familiarista os princípios do direito ao ressarcimento de danos.

Evidencia-se cada vez mais a necessidade, presente no ordenamento jurídico brasileiro de minorar o princípio de imunidade da responsabilidade civil nas relações familiares,¹³⁴ é fato incontestável que recentes decisões judiciais estão rompendo essa imunidade da família, como fez o desembargador Ênio Santarelli Zuliani, em declaração de voto vencido, na Apelação Cível n. 361.324-4/7 da 4ª Câmara de Direito Privado do TJSP, (anexo 03) ao reconhecer o direito de a esposa traída pela infidelidade conjugal do marido ser ressarcida pelo dano moral que sofreu, não em decorrência da perda do afeto, mas como resultado da conduta desleal do esposo e que se constituiu em verdadeiro abuso do eventual direito que tinha de terminar seu relacionamento.¹³⁵

Essas mudanças surgem da independência e da igualdade alcançadas pelos cônjuges, com a superação da visão de chefia da sociedade nupcial pelo homem que deixou de ser o único provedor da família, observando Vitor Ugo Oltramari, “não ser demais observar que o pedido de dano moral precisa estar fundado em ato injusto do outro parceiro, não se esgotando o direito na mera ruptura da sociedade conjugal”,¹³⁶ e imposição das sanções próprias pela violação dos deveres matrimoniais, mas também transitando pela via paralela oferecida pelo instituto da responsabilidade civil.

¹³⁴ Para maiores informações vide o trabalho do professor, Jean Alan de Araújo Carvalho: Dano moral no adultério, disponível em

<http://www.conteudojuridico.com.br/monografia-tcc-tese,dano-moral-no-adulterio,25671.html>

¹³⁵ Ao declarar seu voto vencido na Apelação Cível n. 361.324-4/7, j. em 27.03.2008, o Desembargador Ênio Santarelli Zuliani redigiu a seguinte ementa: “Responsabilidade civil. Adultério do marido praticado com mulher do relacionamento social da família e que motiva o abandono abrupto do lar, desestruturando a vida da mulher abandonada, tanto no aspecto financeiro como na administração dos interesses comuns, especialmente por testemunhar o filho mais novo ser tomado pelo vício das drogas. Ato ilícito que ultrapassa os limites do Direito de Família e que provoca lesão a direitos da personalidade, justificando a indenização por danos morais, admitida a solidariedade da amante, pela maneira maliciosa de agir. Não provimento do recurso dos requeridos, com provimento, em parte, do recurso da autora, majorando o quantum para R\$ 20.000,00.” (vinte Mil Reais) disponível, <http://www.tjsp.jus.br/Institucional/SecaoDireitoPrivado/ComposicaoGruposCamaras.aspx>

¹³⁶ OLTRAMARI, Vitor Ugo. O dano moral na ruptura da sociedade conjugal, Rio de Janeiro: Forense, 2005, pág..142.

Ao abordar este tema delicado, mas necessário e atual, a professora Alma Maria Rodríguez Guitián, assim pontificar que:

.... Nem sempre em nome da paz familiar se deve excluir a responsabilidade civil no âmbito familiar, sendo forçoso discernir quais seriam os danos próprios das sanções previstas no direito de família, e quais seriam as violações que vulneram a relação em família, que devem ser objeto de ressarcimento, cujo grau de gravidade é capaz de romper o equilíbrio dos vínculos em família e ferir direitos fundamentais do parente ou parceiro vitimado.¹³⁷

Continuando com sua lição sobre os danos morais indenizáveis, completa a citada autora:

Pode até não ser indenizável o simples descumprimento de um dever conjugal, e realmente a sua admissão poderia afetar a paz familiar, acarretando uma indesejável multiplicação de pleitos judiciais, mas o fato de existir um dano em concreto a causar séria lesão a direito fundamental de familiar, seja ele moral ou patrimonial, não pode ser afastado da apreciação judicial e do ressarcimento pecuniário, como sucede, por exemplo, com os danos à saúde, causados pela infidelidade, com o risco do contágio por doenças venéreas ou pela AIDS; pelos danos à integridade física e psíquica provocados pelos maus tratos durante a convivência; os danos à honra, com os casos de infidelidade, muitas vezes noticiados na imprensa em revistas de variedades e até em crônicas policiais; os danos à liberdade sexual, pelas práticas pouco convencionais de um dos cônjuges ou companheiros; pelos danos à integridade psíquica e à honra, causados pelo nascimento de filhos extramatrimoniais registrados como se fossem conjugais.¹³⁸

Desta feita, além dos danos morais existente na quebra do dever conjugal, ainda verifica-se que existem os danos de caráter patrimoniais, vez que estes são provocados pelos gastos despendidos na investigação particular, para comprovar uma aventura ou relação extraconjugal de concubinato, além do ressarcimento com os custos suportados por um dos cônjuges, a exemplo com a impugnação da paternidade, e com a manutenção de filho registrado pela presunção do casamento como se fosse prole matrimonial. Logo tal dano não poderá ficar impune, ou melhor, sem a devida reparação, vem que a restituição de um dano deve ser de caráter integral.

¹³⁷ GUITIÁN, Alma Maria Rodríguez. Ob. cit., pág..88-89.

¹³⁸ Idem, pág..90.

2.6 Não afastamento da culpa na ruptura do casamento, dever de indenizar.

Hoje mais do que nunca, poderia afirmar que existe uma tendência irreversível no direito de família pátrio, conforme aduz o mestre Jesualdo Eduardo de Almeida Junior ao se referir sobre o tema da responsabilidade civil, e sua obrigação de reparação de dano qual seria:

... A completa abolição das razões causais nas demandas de separação judicial que deixam de pesquisar o descumprimento dos deveres do casamento, para prevalecer o direito fundamental à felicidade com o princípio da ruptura, que toma o lugar processual do superado princípio da culpa ¹³⁹.

Contudo, o fato de os cônjuges solicitarem a dissolução de sua sociedade afetiva sem alegarem nenhuma causa, mas tão-só a mera vontade de romper a relação não significa a possibilidade de reparação de danos, visto que estes não existiram, todavia, como afirma Leonardo Barreto, em sua obra, o fim da culpa na separação judicial:

Ignorar os casos patológicos de ruptura dos laços conjugais, quando um dos consortes não tem nenhum escrúpulo em maltratar e humilhar seu consorte, como, por arquétipo, em uma traição tornada pública de forma voluntária ou involuntária, mas debitada essa divulgação aos atos vexatórios causados pelo cônjuge adúltero; ou naqueles episódios de crônico e constrangedor alcoolismo, ou de envolvimento com drogas e a triste realidade da dependência química; sem esquecer os registros da violência física doméstica e os covardes espancamentos de um cônjuge física e psicologicamente vulnerável e, portanto, indefeso ¹⁴⁰.

Para essas ocorrências extravagantes o cônjuge, companheiro ou familiar agredido e ofendido, tem todo o direito de se socorrer do instituto da responsabilidade civil para ser ver ressarcido pelo dano moral ou material de que foi vítima. Aplicando o princípio da *restitutio in integrum*, sem, contudo olvidar que, o divórcio é decorrência do descumprimento dos deveres do casamento, e que

¹³⁹ ALMEIDA JUNIOR Jesualdo Eduardo de. em seu artigo OS DANOS MORAIS PELO DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES PESSOAIS NO CASAMENTO. Disponível em : <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/2719/2498>.

¹⁴⁰ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. O fim da culpa na separação judicial, uma perspectiva histórico-jurídica, Belo Horizonte: Del Rey, 2007, pág..105.

direito à indenização pelo dano familiar é efeito do inadimplemento desses mesmos deveres conjugais.

Importante *que haja* a distinção entre os danos acarretados pelo descumprimento de dever conjugal e os prejuízos oriundos da ruptura do casamento, “onde apenas os prejuízos morais são capazes de gerar responsabilização civil, ficando os demais para reparação material”¹⁴¹, pois se a Carta Republicana tutela valores humanos, como a honra, a saúde, a integridade física e a psíquica, negar ou limitar o dano moral ou material no âmbito do direito de família, apenas porque a legislação prevê outra cadeia de sanções, significaria entrar em franco conflito e negar os direitos fundamentais de qualquer cidadão.

Pela aplicação do princípio da *restitutio in integrum*, pondera-se que esse mesmo cônjuge ou companheiro, física ou psicologicamente agredido, poderá solicitar a proteção penal, ou dela abdicar e só vindicar em juízo, o ressarcimento financeiro pelo dano moral ou material sofrido, ou ainda utilizar a faculdade de estabelecer os liames entre o direito penal e o civil para uma reparação plena, para impingir ao agressor sanção penal e outra civil patrimonial, não ficando apenas adstrito aos remédios jurídicos previstos no direito de família.

Separação e dano são ações diferentes e respondem às pretensões distintas, pois qualquer violação ao dever nupcial vulnera e desestabiliza faticamente o casamento, que roto e sem comunhão plena de vida, justifica pedir a separação judicial para terminar oficialmente o casamento. E, ao decretar o divórcio, o magistrado remedia uma situação de conflito, mas não repara um dano surgido à raiz da lesão de um direito fundamental.

Assim, como preceitua o Desembargador Paulista Luiz Antônio de Godoy: “Seria inconcebível admitir que o direito não pudesse ressarcir um dano por lesão

¹⁴¹ RABELO, Cesar Leandro de Almeida. A dissolução do casamento e a responsabilidade civil. disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9275, acesso em 25/10/14.

a direito fundamental, apenas por se tratar o agressor de uma pessoa próxima da vítima e a ela vinculada por duvidoso afeto ou incontestável parentesco”¹⁴².

A prática do ato ilícito que fere de morte direito fundamental do cônjuge ou familiar admite e impõe o ressarcimento do dano material, ou a compensação do agravo moral e, embora a separação judicial ou o divórcio e por sua vez, a indenização material ou moral tratem de pedidos independentes, nada impede sejam postulados e cumulados em uma única demanda.

A tendência judicial tem sido no sentido de reconhecer uma dimensão constitucional aos gravames causados nas relações de família, conjugando os deveres matrimoniais com os direitos fundamentais da Carta da República. Prevaecem os direitos individuais das pessoas em família e não prosseguem as sanções ordinárias para a quebra dos deveres conjugais. Mas, de outra parte, inclina-se o “direito civil em ampliar a reparação dos prejuízos extrapatrimoniais, como corolário lógico da valorização dos direitos de personalidade na defesa dos direitos individuais da pessoa”¹⁴³.

2.7 A aplicação da *restitutio in integrum* nos alimentos compensatórios.

¹⁴² “Separação judicial. Pretensão à reforma parcial da sentença, para que o autor-reconvindo seja condenado ao pagamento de indenização por danos morais, bem como seja garantido o direito de postular alimentos por via processual própria. Fidelidade recíproca que é um dos deveres de ambos os cônjuges, podendo o adultério caracterizar a impossibilidade de comunhão de vida. Inteligência dos arts. 1.566, I e 1.573, I, do Código Civil. Adultério que configura a mais grave das faltas, por ofender a moral do cônjuge, bem como o regime monogâmico, colocando em risco a legitimidade dos filhos. Adultério demonstrado, inclusive com o nascimento de uma filha de relacionamento extraconjugal. Conduta desonrosa e insuportabilidade do convívio que restaram patentes. Separação do casal por culpa do autor-reconvindo corretamente decretada. Caracterização de dano moral indenizável. Comportamento do autor-reconvindo que se revelou reprovável, ocasionando à ré-reconvinte sofrimento e humilhação, com repercussão na esfera moral. Indenização fixada em R\$ 45.000,00. Alimentos. Possibilidade de requerê-los em ação própria, demonstrando necessidade. Recurso provido.” (Apelação Cível n. 539.390.4/9 da 4ª Câmara de Direito Privado do TJSP, rel. Des. Luiz Antônio de Godoy). Disponível em : <http://www.tjsp.jus.br/Institucional/SecaoDireitoPrivado/ComposicaoGruposCamaras.aspx>

¹⁴³ LEONARDO, Teresa Marin García de. Remédios indemnizatorios en el ambito de las relaciones conyugales, In Daños em el derecho de família, Navarra; Thomson Aranzadi, n.17, 2006, p.159.

Os alimentos além de ser naturais necessários a manutenção da vida, são legais, tendo em vista que o Código Civil brasileiro regulamenta no inciso III, do artigo 1.566, o dever conjugal da mútua assistência ¹⁴⁴, pelo qual os esposos se devem reciprocamente alimentos na constância da sociedade conjugal ou na constância da união estável, conforme artigo 1.724 do mesmo Diploma Civil.

Advindo a separação do par conjugal ou convivencial, os alimentos encontram uma nova denominação institucional no artigo 1.694 do Código Civil, proporcionando o suprimento das necessidades de subsistência do ex-cônjuge ou convivente na proporção, inclusive, do padrão social do credor dos alimentos.

A expressão alimentos não tem idêntico significado quando avaliada na constância do relacionamento afetivo, quando confrontada com sua vocação alimentar sobrevivendo a separação do casal. Assim posto, a mútua assistência é ônus do matrimônio e da própria união estável, ao lado dos demais deveres de fidelidade, convivência e respeito recíproco. É o socorro mútuo que os cônjuges e conviventes devem respeitar e se ajudar reciprocamente, atuando sempre no interesse da família, que segue unida e solidária. São cargas do matrimônio e subsistem enquanto não existe qualquer crise conjugal, convivendo ao lado de outros deveres espirituais que os esposos também têm entre si.

No entanto, quando o casamento entra em crise, o sustento dos consortes já não mais se dá através do matrimônio “e dos chamados encargos conjugais, cedendo lugar para a obrigação de prestar alimentos do artigo 1.694 do Código Civil, em favor do cônjuge ou companheiro necessitado” ¹⁴⁵.

Normas diferentes regulamentam os alimentos da mútua assistência em relação aos alimentos da obrigação, pois com a separação do casal, “*desaparece la comunidad de vida y saciar el personal de efectos del matrimonio o la Unión*

¹⁴⁴ Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: I - fidelidade recíproca; II - vida em comum, no domicílio conjugal; **III - mútua assistência**; IV - sustento, guarda e educação dos filhos; V - respeito e consideração mútuos.

¹⁴⁵ MOZO, Fernando Moreno. Cargas del matrimonio y alimentos, Granada: Editorial Comares, 2008, pág.. 43.

estable y en lugar de ayuda una posible obligación surge mutua de los alimentos”

146

De outra parte, com o enfrentamento judicial da separação oficial do casal pode o direito dar margem à pensão alimentícia do artigo 1.694 do Código Civil, ou aos alimentos denominados de compensatórios, que tem por escopo manter o equilíbrio econômico-financeiro presente ao tempo da ruptura do matrimônio, ou como escrevia Tito Fulgêncio em 1923, quiçá, plantando a primeira semente da responsabilidade civil objetiva nos alimentos compensatórios, quando “identificou na pensão alimentícia o meio de reparar o prejuízo sofrido pela esposa privada, com a separação, dos recursos do casamento que contava para viver”¹⁴⁷.

Com a pensão alimentícia o credor atende sua subsistência e satisfaz suas necessidades de sobrevivência, as quais podem se restringir aos alimentos naturais e, portanto, aqueles puramente indispensáveis para a manutenção do alimentando, como podem agregar o estilo de vida do destinatário dos alimentos, tendo em conta o padrão social experimentado pelos cônjuges.

A pensão compensatória resulta claramente diferenciada da habitual pensão alimentícia, porque põe em xeque o patrimônio e os ingressos financeiros de ambos os cônjuges, tendo os alimentos compensatórios o propósito específico de evitar o estabelecimento de um desequilíbrio econômico entre os consortes.

Os alimentos compensatórios estão à margem de qualquer questionamento causal da separação, ou do divórcio dos cônjuges e da dissolução da união estável, e ingressam unicamente as circunstâncias pessoais da vida matrimonial ou afetiva, na qual importa apurar a situação econômica enfrentada com o advento da separação e se um dos consortes ficou em uma situação econômica e financeira desfavorável em relação à vida que levava durante o matrimônio, os alimentos compensatórios corrigem essa distorção e restabelecem o equilíbrio material. Forma de aplicação da *restitutio in integrum*, para aquele que teve um dano.

¹⁴⁶ Idem. Ob. cit., pág..45.

¹⁴⁷ FULGÊNCIO, Tito. Do desquite, São Paulo: Livraria Acadêmica, Saraiva & Comp. Editores, 1923, pág. 161.

Segundo Rui Stoco, o artigo 270 do Código Civil francês prevê a pensão compensatória para:

Compensar as diferenças verificadas no modo de vida dos cônjuges depois de rompido o matrimônio, podendo ser fixada por acordo dos nubentes ou por decisão judicial e sua principal distinção da pensão alimentícia reside no seu caráter definitivo, por que não pode ser revista em razão da modificação dos recursos do devedor ou do credor e os critérios fáticos para o seu arbitramento¹⁴⁸.

A semelhança do Código Francês, o Código Civil espanhol regula os alimentos compensatórios no artigo 97 e ordena que o juiz, na sentença, na falta de acordo do casal, determinará o montante dos alimentos compensatórios levando em conta uma sequência de circunstâncias que sob forma alguma irão influenciar no direito aos alimentos compensatórios, mas unicamente na sua quantificação, consistindo-se das seguintes variantes:

1ª) Os acordos a que chegaram os cônjuges; 2ª) A idade e o estado de saúde; 3ª) A qualificação profissional e as probabilidades de acesso a um emprego; 4ª) A dedicação passada e futura à família; 5ª) A colaboração com seu trabalho e as atividades mercantis, industriais ou profissionais do outro cônjuge; 6ª) A duração do casamento e da convivência conjugal; 7ª) A eventual perda de um direito de pensão; 8ª) A riqueza e os meios econômicos e as necessidades de um e do outro cônjuge; 9ª) Qualquer outra circunstância relevante.¹⁴⁹

Como percebido, no direito espanhol, os alimentos compensatórios são situações meramente enunciativas, podendo casos igualmente análogos influenciar na determinação dos alimentos compensatórios, que tem, portanto, dois pressupostos, sendo um deles objetivo, que reconhece o direito aos alimentos compensatórios por uma mera operação aritmética, apurada em razão do desequilíbrio econômico, e como requisito subjetivo cada um dos questionamentos enunciados pelo direito espanhol, que servirão de parâmetro

¹⁴⁸ Para maiores informações vide o artigo do professor Rui Stoco. Responsabilidade civil no Código Civil Francês e no Código Civil Brasileiro (ESTUDOS EM HOMENAGEM AO BICENTENÁRIO DO CÓDIGO CIVIL FRANCÊS). Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9704-9703-1-PB.pdf>. Acesso 21/10/14.

¹⁴⁹ Para maiores informação verificar o artigo do Desembargador Domingos Sávio Brandão Lima. Critérios de indenização entre os cônjuges. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181484/000403569.pdf?sequence=3>, acesso 22/10/14.

para o julgador montar um verdadeiro quebra-cabeça e ter uma visão global da situação mantida pelos cônjuges durante a convivência e assim quantificar os alimentos compensatórios.

No direito pátrio os alimentos de natureza compensatórios são timidamente defendidos não só em nossos dias, que seja por uma questão cultural, que seja pela estrutura econômica brasileira, nos dizeres de Rolf Madaleno:

A pensão compensatória não teria o caráter alimentício de manutenção permanente do cônjuge, mas carrega uma função de natureza indenizatória, para reequilibrar a alteração econômica do cônjuge financeiramente abalado com o fim do casamento ou da sociedade conjugal. Quanto à sua duração, ela seria variável, a depender das condições específicas de cada união e da capacidade de trabalho ou de aprendizado de um ofício pelo alimentando. Sendo certo que os alimentos compensatórios, ao contrário dos transitórios, não devem ser fixados com base em tempo determinado e sim devem aguardar eventual pedido de exoneração ou de revisão, a depender da permanência de seus pressupostos com o passar do tempo.¹⁵⁰

Um caso tópico no Brasil foi o divórcio do ex-presidente Fernando Collor e sua Mulher Roseane Malta, visto que os alimentos compensatórios foram aplicado como paradigmas, para outros casos análogos.

O senador Fernando Collor e sua ex-mulher Rosane Malta casaram-se no ano de 1984, sob o regime de separação convencional de bens. Eram as segundas núpcias de Fernando Collor e as primeiras de Rosane Malta, que ainda não havia completado 20 anos.

b) Durante o matrimônio, Fernando Collor foi governador do estado de Alagoas e depois eleito presidente da República. Seu mandato foi abreviado em razão do *impeachment* ocorrido em 1992. O casal manteve-se unido, apesar de diversas crises divulgadas na imprensa, até o ano de 2005. A separação foi litigiosa e cumulada por uma oferta de alimentos por Fernando Collor, no valor de R\$ 5,2 mil, a qual foi contestada por Rosane Malta, que pretendia receber R\$ 40 mil.

c) A sentença do juízo de primeiro grau, da Justiça alagoana, deferiu a Rosane Malta dois automóveis e R\$ 900 mil em imóveis, além de uma pensão de alimentos no valor de 30 salários mínimos mensais, pagáveis enquanto lhes fossem necessários. A matéria foi devolvida ao Tribunal de Justiça de Alagoas, que, ao apreciar a apelação do ex-marido, “reduziu a pensão mensal para 20 salários mínimos pelo período de três anos,

¹⁵⁰ MADALENO Rolf. *Responsabilidade civil na conjugalidade e alimentos compensatórios*. Revista brasileira de direito das famílias e sucessões, v. 11, n. 13, p. 5-29, dez./jan. 2009/2010. Disponível em: <http://dirfam.blogspot.com.br/2014/03/pensao-compensatoria.html>. Acesso 20/10/14.

mantendo a sentença no restante”. Houve recurso de embargos infringentes, após o que “o tribunal estadual restabeleceu o valor de 30 salários mínimos e afastou a limitação de três anos”.

d) No STJ, a matéria foi apreciada em Recurso Especial, tendo como argumentos da parte do ex-marido, o fato de que não houve pedido expresso de alimentos compensatórios pela ex-mulher e, por essa razão, o julgamento fora *extra petita*. Rosane Malta argumentou que ela se casou aos 19 anos e permaneceu casada ao lado do marido por 22 anos, sem que o ex-marido houvesse colocado qualquer bem em seu nome, o que implicaria “abuso de confiança” por parte de Fernando Collor.

e) No julgamento do recurso, entendeu-se que: i) é possível a atribuição de alimentos compensatórios, na hipótese de quebra do equilíbrio econômico-financeiro decorrente da separação; ii) os alimentos devem ser fixados em prazo de três anos, a contar do trânsito em julgado da decisão; iii) dever-se-ia admitir a transferência de bens de um cônjuge a outro, nos termos do quanto estabelecido nas instâncias ordinárias.

Quanto ao direito aos alimentos compensatórios, o relator ministro Antonio Carlos Ferreira não foi acompanhado pelo ministro Marco Buzzi, em cujo voto dissidente se salientou que a transferência de bens seria contrária ao pacto antenupcial.

No que se refere ao temporal de três anos resultou das discussões durante a sessão de julgamento, com o voto prevalente dos ministros Antonio Carlos Ferreira (relator), Luís Felipe Salomão e Raul Araújo, sob o fundamento de que esse tempo seria suficiente para a preparação do alimentando para a nova realidade econômica advinda do fim da pensão e sua eventual preparação para o mercado de trabalho. Foram dissidentes os ministros Marco Buzzi e Isabel Gallotti, para quem seria dificultoso para uma mulher na altura dos 50 anos aprender um ofício e ganhar a vida com seu próprio esforço, especialmente após ter-se casado aos 19 anos e haver dedicado grande parte de sua vida no acompanhamento de seu ex-cônjuge em suas atividades políticas.¹⁵¹

Na ponderação desses dados destinados a justificar o arbitramento da pensão compensatória diante da ruptura do casamento, também foi necessário considerar a situação econômico-financeira de cada cônjuge ao início do relacionamento, e bem assim, sopesar o que cada um já possuía, perdeu ou deixou de produzir em função do relacionamento, “para que a celebração das núpcias, em razão dos alimentos compensatórios não se confunda com um seguro de vida”.¹⁵²

Pela análise dessas circunstâncias próprias da vida conjugal o juiz formará uma ideia muito precisa do nível de vida do cônjuge durante o matrimônio e poderá concluir se a “*separación o divorcio notablemente dejado en una situación*

¹⁵¹ Material de domínio publico, e conhecimento notório da população brasileira disponível no site <http://dirfam.blogspot.com.br/2014/03/pensao-compensatoria.html>. Matéria de domínio publico.

¹⁵² FULGÊNCIO, Tito Op. cit., pág.. 65.

de desventaja en relación con su consorte y en comparación con el modo de vida experimentado durante el matrimonio”.¹⁵³

Desta feita percebe-se claramente que a finalidade da pensão compensatória não é a de cobrir as necessidades de subsistência do credor, como acontece com a pensão alimentícia, regulamentada pelo artigo 1.694 do Código Civil e sim corrigir o desequilíbrio existente no momento da separação, quando o juiz compara o *status* econômico de ambos os cônjuges e o empobrecimento de um deles em razão da dissolução da sociedade conjugal, podendo a pensão compensatória consistir em uma prestação única, por determinados meses ou alguns anos, e pode abarcar valores mensais e sem prévio termo final.

Os alimentos compensatórios não são estranhos ao direito brasileiro, como pode ser visto em antigo aresto do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, e Brasília que, à unanimidade, reconheceram a peculiar natureza compensatória da pensão em prol da mulher, tendo em conta que o vultoso patrimônio rentável tocou ao varão e ele pretendia revisar judicialmente o valor dos alimentos porque enfrentava uma crise financeira e a alimentanda havia se formado em curso superior¹⁵⁴.

Mas, a obrigação alimentar tem várias outras fontes e diferentes fundamentos, pois surge da lei ou da vontade contratual, como também tem origem em dever indenizatório que é caso dos alimentos compensatórios.¹⁵⁵

¹⁵³ GONZÁLEZ, Maria Paz Sánchez. *La extinción del derecho a la pensión compensatoria*, Granada: Editorial Comares, 2005. pág..57.

¹⁵⁴“Alimentos. Ação revisional. Peculiar natureza compensatória da pensão em prol da mulher, considerando que o vultoso patrimônio rentável tocou ao varão. Ação improcedente. Sentença confirmada.” julgado pela 5ª Câmara Cível, sob o n. 588071712, em 04 de abril de 1989, sendo relator o Des. Sergio Pilla da Silva e compondo o colegiado os desembargadores Alfredo Guilherme Englert e Ruy Rosado de Aguiar Júnior (RJTJRS n.146, p.220, publicada em junho de 1991). Alimentos compensatórios também foram admitidos pela juíza de direito Ana Maria Gonçalves Louzada, titular da 3ª Vara de Família de Brasília, no Distrito Federal, na ação de alimentos compensatórios n.2008.01.1.150839-4, (agravo de instrumento n.20080020195721), onde os alimentos compensatórios foram fixados no valor liminar de 250 salários mínimos mensais em favor da alimentanda, que se viu prejudicada diante do desequilíbrio econômico enfrentado com a separação do casal.

¹⁵⁵ Nesse sentido merece especial referência o artigo 944 do Código Civil:” A indenização mede-se pela extensão do dano”

Enquanto a pensão alimentícia está destinada a cobrir as necessidades vitais do credor de alimentos, inclusive para atender a condição social do alimentando, constituindo-se em uma verba indispensável para o sustento, habitação, vestuário e assistência médica do destinatário dos alimentos, sendo proporcional aos recursos da pessoa obrigada e às necessidades do reclamante conforme o artigo, § 1º, artigo 1.694 do código civil¹⁵⁶, em sentido oposto, nos alimentos compensatórios a quantia será determinada em razão do desequilíbrio econômico que sofre um dos cônjuges ou conviventes com a ruptura do vínculo afetivo e sua finalidade não é a de “subsistência, mas a de restaurar, com critério de igualdade, o equilíbrio financeiro vigente entre os consortes ou companheiros”,¹⁵⁷ por ocasião da separação.

Embora, entre os dois institutos se intercalem algumas características específicas do direito alimentar, a pensão compensatória está fundamentada na solidariedade familiar, pela qual devem os cônjuges se manter em prol do consórcio que um dia estabeleceram e evitar que o cônjuge menos favorecido financeiramente possa ver agravada a situação econômica desfrutada durante o casamento e a pensão compensatória justamente restaura esse *status* desfrutado durante as núpcias.

Os alimentos compensatórios tampouco são uma decorrência natural ou um efeito automático da ruptura das núpcias, pois a sua fixação será ocasional, dependendo da concreta situação dos esposos, e dos pressupostos fáticos que conduzam à apuração de um efetivo desequilíbrio econômico-financeiro de um cônjuge em oposição ao outro. Embora a desigualdade já existisse antes mesmo da ruptura do casamento, essa disparidade era preenchida pelo dever mútuo de socorro presente na constância do matrimônio.

¹⁵⁶ Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

¹⁵⁷ MOZO, Fernando Moreno. Op. cit. pág.51.

A pensão compensatória não depende da prova da necessidade, porque o cônjuge financeira e economicamente desfavorecido com a ruptura do relacionamento pode ser credor dos alimentos mesmo tendo meios suficientes para sua manutenção pessoal, pois o objeto posto em discussão é a perda da situação econômica que desfrutava no casamento e que o outro continua usufruindo. Isso não significa concluir que a pensão compensatória se propõe a igualar patrimônios e rendas, pois seu papel é o de tentar ressarcir o prejuízo causado pelo desequilíbrio econômico, compensando as perdas de oportunidades de produção só acenadas para um dos esposos.

Além dessas diferenças a pensão alimentícia pode ser revista quando, depois de fixada sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe este é o entendimento do artigo 1.699 do Código Civil vigente¹⁵⁸, enquanto na pensão compensatória as alterações de fortuna do devedor não justificam a mudança da quantia alimentar, dado à circunstância de os alimentos compensatórios corrigirem o desequilíbrio existente no momento da separação, só cabendo a sua redução ou extinção se aumentar a fortuna do credor ou se diminuïrem os recursos do prestador dos alimentos compensatórios.

Pelo princípio da aplicação da *restitutio in integrum*, os alimentos compensatórios, instala-se na visível disparidade na condição de vida de um dos cônjuges em confronto com a do outro; buscando-se assim a reparação integral do dano causado, não pela separação, mas pela situação fática criada pela ruptura e, destarte, proteger o consorte mais débil economicamente.

A apuração do dano causado em seara de direito alimentar independe da culpa e os alimentos compensatórios assumem a finalidade de cumprir um dever de solidariedade pós-conjugal,¹⁵⁹ “incidindo unicamente um dano objetivo. A pensão compensatória busca reparar os prejuízos econômicos causados concretamente com a dissolução da sociedade nupcial”.

¹⁵⁸ Art. 1.699. Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo.

¹⁵⁹ COLOMA, Aurelia María Romero. *Reclamaciones e indemnizaciones entre familiares em el marco de la responsabilidad civil*, Barcelona: Bosch, 2009, pág..67.

A responsabilidade surge exclusivamente do fato consubstanciado no manifesto desequilíbrio econômico e financeiro de um dos cônjuges ou conviventes em confronto com o de seu ex-parceiro no momento do rompimento da relação, sendo avaliadas circunstâncias que atendem a critérios indenizatórios, alimentícios e equilibradores, todos eles absolutamente alheios à ideia de culpa.

A pensão compensatória constitui-se no ressarcimento de um prejuízo objetivo, surgido exclusivamente do desequilíbrio econômico ocasionado pela ruptura do matrimônio e carrega em seu enunciado uma questão de equidade. Na doutrina de Aurelia Maria Romero Coloma,¹⁶⁰ a pensão compensatória identifica-se com “a indenização devida pela *perda de uma chance*, experimentada durante o matrimônio pelo cônjuge que mais perde com a separação”.

Com efeito, não é destituída de lógica a equiparação com a teoria da perda de uma chance, porque o instituto da responsabilidade civil foi levado a acompanhar as transformações ideológicas e econômicas vivenciadas pela sociedade, prevalecendo hoje, o paradigma da solidariedade como eixo da dignidade da pessoa humana, e essa dignidade, quando for preciso repará-la, não pode ficar restrita à existência da culpa e a perda de uma chance pelos acordos conjugais de concessões e sacrifícios pessoais caracterizam um prejuízo consumado e o dano a ser reparado é a perda dessas oportunidades.

É indubitável que a tarefa mais importante do jurista consiste em apresentar o direito sob uma forma ordenada ou ‘sistemática’, para facilitar o seu conhecimento, e seu manejo por parte dos que estão submetidos a ele, especialmente pelos que o aplicam.

Em face do exposto, buscou-se demonstrar que houve, e há uma influência dos costumes e direitos dos povos antigos particularmente do oriente médio na legislação pátria mais propriamente em relação ao casamento, com a aplicação dos embriões da *restitutio in integrum*, quando a reparação do dano

¹⁶⁰COLOMA, Aurelia María Romero. Op. cit., pág..70.

efetivação da restituição integral primordialmente nos alimentos compensatórios, sem perder de vista a responsabilidade que existe entre ambos e seus familiares. Sendo quebrados estes laços nasce para o ofendido o direito a ser ressarcido pelo dano causado.

3. A RESTITUIÇÃO DO DANO NA SUA INTEGRALIDADE.

Como ao logo do escrito vem se aduzindo a principio da restituição integral no Brasil, tenha inicialmente no decorrer da historia, mais preocupado as autoridades eclesiásticas, do que as civis. Visto que destacada a sua importância, para o bem estar da humanidade sobre o qual a Igreja, em todos os acordos e concordatas, tem mostrado singular interesse.

Outrossim, não se pode deslembrar o fato de que até o surgimento do processo, as contendas eram compostas mediante a “aplicação dos juízos de Deuses ou ordálias”¹⁶¹. O Direito Canônico mitigou as penas atrozes, funcionando também como um fator suasório na consciência das autoridades seculares.

Fica evidente que, desde que proclamado como República, o Brasil vem passando por um processo harmonizador no que tange às relações sociais. Com a declaração do texto Constitucional, os cidadãos, passam a gozarem dos efeitos da proteção dos Direitos Civis.

¹⁶¹ Para maiores informações vide: Denzinger, Henrici; Hünermann, Petrus, ***Enchiridion symbolorum, definitionum et declarationum de rebus fidei et morum*** (Compêndio dos símbolos, definições e declarações de fé e moral), Paulinas (publicado em versão portuguesa brasileira em 2007), pp. 243, 250, e Vold, George B., Thomas J. Bernard, Jeffrey B. Snipes (2001). **Theoretical Criminology**. Oxford University Press. Adam Clarke, *Commentary on the Bible* (1831), *Numbers 5* Números 5:11-31. **Ordálio** ou **ordália** era um tipo de ‘prova judiciária’ usado para determinar a culpa ou a inocência do acusado por meio da participação de elementos da natureza e cujo resultado é interpretado como um juízo divino. Também é conhecido como **juízo de Deus** (*judicium Dei*, em latim). A Igreja Católica por meio dos papas condenou sucessivamente o ordálio, por exemplo, Estêvão VI em 887/888, Alexandre II em 1063, e mais proeminentemente Inocêncio III no IV Concílio de Latrão em 1215, proibindo que o clero cooperasse com os julgamentos pelo fogo e pela água, substituindo-os pela purgação (um misto de juramento e testemunho). A versão mais antiga da ordália é citada na Bíblia, na lei chamada de águas da amargura, no livro de Números, onde a mulher, suspeita de adultério, deverá beber uma água possivelmente contaminada, e, se ela for adúltera, morrerá, porém, se for fiel, sobreviverá e terá filhos:

«Tendo feito que ela bebesse a água, se for contaminada, e tiver cometido uma transgressão contra seu marido, a água que traz consigo a maldição entrará nela, tornar-se-á amarga, inchará o seu ventre, e consumirá a sua coxa. A mulher será por maldição entre o seu povo.» (Números 5:27) «Se a mulher não for contaminada, porém for limpa; então será livre, e conceberá filhos.» (Números 5:28) De acordo com Adam Clarke, a ordália, que foi praticada em diversas partes do mundo, tinha como origem possivelmente as águas da amargura.

Com o passar dos anos, vieram mudanças na legislação brasileira e gradativamente houve um processo de harmonização entre a reparação do dano material e do dano imaterial a respeito dessa desvinculação ou melhor desassociação.

O princípio da reparação integral, hoje é a base da responsabilidade civil, revela-se conquista contemporânea do ordenamento jurídico brasileiro. Pois através de avanços particularmente por força do atual Código Civil e a vigente Carta Constitucional Republicana de 1988, posto que, no que tange à reparabilidade dos danos morais, mostrou-se, graúdo e não vacilante.

Antes da referida Carta Magna, debatia-se quanto à possibilidade de se cumulare indenizações por danos morais e por danos materiais sofridos em razão de um mesmo fato. Sob a rubrica de dano moral, ressarciam-se, a rigor, danos patrimoniais duvidosos, travestidos ora de danos emergentes ora de lucros cessantes, e não propriamente os efeitos não patrimoniais da lesão. Na morte de um filho, *verbi gratia.*, a indenização, por “dano moral”, era calculada com base nos gastos que os pais tiveram até então com a criança¹⁶², e na expectativa de que, no futuro, ela lhes pudesse conferir algum tipo de renda, mesmo que não exercesse ainda algum trabalho remunerado.

¹⁶² Para maiores informações vide jurisprudência do Colendo STF Aresto. (RE 59.940 – SP, RTJ 39/38-44), no qual os pais pleiteavam indenização pela morte de dois filhos menores causada, culposamente, por uma empresa de ônibus do interior de São Paula, cidade de Jundiaí. Os votos do Min. Rel. Aliomar Baleeiro e do Min. Pedro Chaves ressaltaram, na fundamentação, a possibilidade de ressarcimento dos danos morais na hipótese. É o que se extrai do seguinte trecho do voto do relator: “O homem normal, que constitui família, não obedece apenas ao impulso fisiológico do sexo, mas busca satis fações espirituais e psicológicas, que o lar e os filhos proporcionam ao longo da vida e até pela impressão de que se perpetua neles.(...) Se o responsável pelo homicídio lhes frustra a expectativa futura e a satisfação atual, deve reparação, ainda que seja a indenização de tudo quanto despenderam para um fim lícito malogrado pelo dolo ou culpa do ofensor. Perderam, no mínimo, tudo quanto investiram na criação e educação dos filhos, e que s e converteu em pura frustração pela culpa do réu”. O patrimônio não são apenas coisas concretas, mas o acervo de todos os direitos que o titular dele pode exercitar. RESPONSABILIDADE CIVIL - A MORTE DE FILHOS MENORES, CONFORME AS CIRCUNSTANCIAS, COMPORTA INDENIZAÇÃO. O PROBLEMA RESOLVE-SE NA LIQUIDAÇÃO E POR ARBITRAMENTO. (RE 59940, Relator(a): Min. ALIOMAR BALEEIRO, Segunda Turma, julgado em 26/04/1966, DJ 30-11-1966 PP-04196 EMENTA VOL-00676-03 PP-01054)

A visão antiga, repita-se vinculava-se estritamente aos valores patrimoniais da lesão. Daí porque, para evitar eventual *bis in idem*¹⁶³, entendia-se não ser possível o ressarcimento simultâneo de danos materiais e morais, em confusão conceitual que perdurou por várias décadas, até seu aperfeiçoamento com os vigentes textos Civilista e Constitucional.

Assim, desde o advento da Constituição Federal, de 1988, já não mais se discute quanto à possibilidade de se cumulem indenizações por danos morais e materiais resultantes de um único fato. Prevaleceu no Superior Tribunal de Justiça o entendimento cristalizado no verbete nº 37 de sua Súmula: “são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.¹⁶⁴ O

¹⁶³ O *bis in idem* é um fenômeno do direito que consiste na repetição (bis) de uma sanção sobre mesmo fato (*in idem*). O estudo desse fenômeno jurídico é realizado principalmente pelo direito tributário e pelo direito penal. No Direito tributário ocorre quando o mesmo ente tributante cobra um tributo do mesmo contribuinte e sobre o mesmo fato gerador mais de uma vez. Não deve ser confundido com a bitributação que ocorre quando entes distintos realizam a cobrança do mesmo tributo sobre um mesmo contribuinte. Constituição brasileira A constituição brasileira de 1988 não veda expressamente o *bis in idem*, para fins tributário de forma idêntica ao que ocorre com a bitributação, pois optou-se por uma rígida discriminação de competências. Ao contrário, há autorização constitucional para o *bis in idem* no caso do imposto sobre a renda das pessoas jurídicas (IRPJ) e a contribuição social sobre o lucro líquido (CSLL). Vez que no Direito penal, também usado no direito processual penal, o princípio non *bis in idem* (não repetir sobre o mesmo) estabelece que ninguém pode ser julgado duas vezes pelo mesmo fato (crime). O *bis in idem* no direito penal seria a não observância desse princípio, apenando um indivíduo pelo mesmo crime mais de uma vez, o que se torna impossível.

¹⁶⁴ Vide avanço legislativos nestes últimos anos em relação a reparabilidade com a promulgação da sumula 387 do STJ. **sobre acúmulo de danos estéticos e morais** É possível a acumulação das indenizações de dano estético e moral. Esse é o teor da Súmula 387, aprovada pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça. Segundo o entendimento firmado, cabe a acumulação de ambos os danos quando, ainda que decorrentes do mesmo fato, é possível a identificação separada de cada um deles. Em um dos recursos que serviu de base para a edição da Súmula 387, o STJ avaliou um pedido de indenização decorrente de acidente de carro em transporte coletivo. Um passageiro perdeu uma das orelhas na colisão e, em consequência das lesões sofridas, ficou afastado das atividades profissionais. Segundo o STJ, presente no caso o dano moral e estético, deve o passageiro ser indenizado de forma ampla. Em outro recurso, um empregado sofreu acidente de trabalho e perdeu o antebraço numa máquina de dobra de tecidos. A defesa da empresa condenada a pagar a indenização alegou que o dano estético era uma subcategoria de dano moral, por isso, eram inacumuláveis. O dano estético subsume-se no dano moral, pelo que não cabe dupla indenização, alegava. O STJ, no entanto, já seguia o entendimento de que é permitido cumular valores autônomos, um fixado a título de dano moral e outro a título de dano estético, derivados do mesmo fato, quando forem passíveis de apuração separada, com causas inconfundíveis. Antigamente para que o dano moral fosse reparado devia ser provado um sentimento negativo como dor, vexame, humilhação, vergonha etc. Contudo, Se o dano moral é a violação da personalidade, ou seja, da dignidade da pessoa humana, da cláusula geral de personalidade, para que haja dano moral basta a prova da violação de um dos valores personalíssimos, independente da repercussão negativa, a qual que irá apenas influir na fixação do *quantum* a ser indenizado. Assim, o dano moral, pode implicar em sentimento negativo, mas ele não se caracteriza pelo

enunciado retrata significativo avanço no processo de consagração do princípio da reparação integral dos danos. Contudo, a trajetória pela reparação integral não se deu somente com a ampliação progressiva da admissibilidade da reparação dos danos extrapatrimoniais. Também o papel da culpa e sua comprovação foram gradativamente, perdendo status, e reformulados de forma a beneficiar a vítima para fins de uma reparação integral do dano.

3.1 A restituição como fator indenizatório ao lesionado.

Neste interim, será realizada uma breve abordagem da compreensão das funções do instituto alhures informado, principalmente com análise de seu papel no âmbito jurídico e social, tendo em vista que, as influências ora citadas no Direito são inegáveis como fato humanizador do Direito Civil pátrio mais propriamente na esfera da restituição do dano.

Antes mesmo de adentrarmos na matéria propriamente dita, se faz mister uma investida e uma inserção histórica do assunto. A restituição do dano, inicialmente material e posteriormente moral teve seu desenvolvimento ao longo de diversas leis, que paulatinamente, foram reconhecendo a figura da reparação ao dano, seja ela material ou imaterial.

O dano pode ocorrer, e é inerente a qualquer obrigação. Tal noção passa pela desconformidade entre a atividade humana e os fatos que nela interferem como acontecimentos lesivos que rompem o equilíbrio anterior, refletindo negativa e diretamente sobre as pessoas e seu patrimônio.

sentimento negativo, e sim pela violação dos direitos da personalidade. Em outras palavras, atualmente, a prova do dano moral é *in re ipsa*, que significa ínsita na própria coisa. Conforme dito acima os direitos patrimoniais também fazem parte das relações civis, portanto, quando há lesão ao patrimônio haverá dano material, o qual se desdobra em: dano emergente e lucro cessante. Já foi sumulado pelo próprio STJ que uma mesma conduta pode a um só tempo gerar dano patrimonial e moral, Súmula 37 -. No mesmo caminho, a Corte Superior, editou a Súmula 387 no sentido de também ser possível a cumulação de dano moral com outro dano moral, ou seja, dano moral a honra, com dano à integridade física. Por fim, vale ressaltar que a jurisprudência do STJ é pacífica quanto à cumulabilidade das diferentes categorias de dano moral.

Mediante a adoção da teoria do risco puro na responsabilidade civil, pela qual passou a ser objetiva em diversos casos e não mais somente subjetiva, o instituto da restituição acendeu como uma garantia pelo risco, criado como uma forma de restituir, ou trazer ao *status quo* anterior, os atingidos pelo danoso evento. Como resposta à necessidade urgentes da atual sociedade.

Passo importante nesta caminhada histórica foi entender que, a observação da responsabilidade civil, que por sua vez é pautada pelo princípio da restituição integral ganhou ao longo dos tempo nova roupagem no sentido de indenização. Giovanna Visintini, em seu Tratado *de la Responsabilidad Civil*, comenta no capítulo IX sobre a delimitação das consequências danosas passíveis de reparação. A autora faz referência ao artigo 2.056 do Código Civil italiano que dispõe acerca do ressarcimento devido à pessoa que sofreu um dano por um ato ilícito e os parâmetros para a determinação do dano reparável pelo credor pelo descumprimento das obrigações ¹⁶⁵.

Tal fato insculpiu-se no princípio geral dos ordenamentos jurídicos, pretérito e atual pelo qual o ressarcimento deve ser integral e abarcar tanto as perdas como o que se deixou de ganhar. Entretanto é necessário avaliar o dano derivado do descumprimento, que sempre será oriundo de um ato contratual, vez que o ato ilícito, será advindo do fato extracontratual, o que em linhas gerais significa identificar o dano, ou seja, *an debeatur* e convertê-lo em valor monetário equivalente, isto é, o *quantum debeatur*¹⁶⁶.

Embora existam diversos tipos de danos reparáveis, conforme os diferentes ordenamentos jurídicos, nos ateremos a ideia de discutir os danos patrimoniais, Conforme observa Pontes de Miranda “dano patrimonial é o dano que atinge o patrimônio do ofendido”¹⁶⁷.

¹⁶⁵ VISINTINI, Giovanna. *Tratado de la Responsabilidad Civil*. Vol. II. Ed. Astrea. Ciudad de Buenos Aires, 1999. (Cap. IX – págs. 200/224).

¹⁶⁶ Esclarecimentos do autor. O *an debeatur* é um termo em latim que expressa o reconhecimento de uma obrigação a ser indenizada. Enquanto o termo *quantum debeatur* serve para expressar o valor exato a ser indenizado por aquele que cometeu o ato ilícito, e ou o dano.

¹⁶⁷ MIRANDA. Pontes. Op. Cit. Tratado de direito privado, XXVI, pág. 30.

Quanto ao dano patrimonial, Giovanna Visintini ¹⁶⁸, comenta que o Código Civil italiano, expressa uma clara diretiva de que a reintegração do patrimônio lesionado tanto por descumprimento ou por ato ilícito deve ser integral. Pode-se entender que o mesmo se aplica ao nosso sistema legal uma vez que o artigo 944 do Código Civil dispõe que “A indenização mede-se pela extensão do dano”¹⁶⁹.

Verifica-se, então, que a indenização, no que toca à sua valoração, deverá ser medida de acordo com a própria extensão do dano experimentado e comprovado pela vítima. Ai surge a necessidade de uma reparação efetiva, e ou, integral do dano.

3.2 O dano e sua reparação efetiva no ordenamento jurídico pátrio.

O desenvolvimento social trouxe consigo os conflitos entre os indivíduos, que extrapolavam a esfera patrimonial, chegando a ofender direitos pessoais, tais como dignidade, honra, intimidade, e os demais direitos de personalidade todos estes já defendidos e protegidos pelo direito canônico antes mesmos da defesa civilista.

Diante das ofensas imateriais, o legislador pátrio passou a valorar tal situação, desta forma, para amparar as vítimas dos danos morais, as legislações começaram a introduzir a reparação não mais restrita ao dano patrimonial, mais também ao dano extrapatrimonial.

Como já vimos o dano moral, tem suas raízes nas mais remotas civilizações, bem como seu disciplinamento advindo do direito Canônico, o que conseqüentemente, influenciou o nosso legislador para implantar o instituto da reparabilidade ao dano imaterial em nosso ordenamento jurídico.

Na época em que o Brasil era colônia de Portugal, eram as Ordenações do Reino que apresentavam normas para regularizar as relações sociais, ou seja,

¹⁶⁸ VISINTINI, Giovanna. Op Cit. pág., 204.

¹⁶⁹ BRASIL, Código Civil, art. 944.

tais ordenações eram um conjunto de normas que regulavam o direito comercial, civil, processual entre outros, que deveria ser aplicado na coroa portuguesa e em suas colônias.

Tais ordenações já previam a possibilidade da reparação ao dano extrapatrimonial, como bem assevera Claudia Regina Bento de Freitas:

Talvez uma das mais antigas referências à indenização por dano moral, encontrada historicamente no direito brasileiro, está no Título XXIII do Livro V das Ordenações do Reino (1603), que previa a condenação do homem que dormisse com uma mulher virgem e com ela não se casasse, devendo pagar um determinado valor, a título de indenização, como um “dote” para o casamento daquela mulher, a ser arbitrado pelo julgador em função das posses do homem ou de seu pai.¹⁷⁰

O que já era previsto na Bíblia, código de honra e lei em sentido amplo dos judeus, reverbera no ordenamento jurídico pátrio, da mesma forma como influencia o direito canônico.

As Ordenações do Reino sendo uma das mais antigas leis da história legislativa brasileira, muito influenciou nas legislações posteriores. Neste sentido temos o Código Penal brasileiro de 1890, que trouxe consigo a possibilidade do ressarcimento ao prejuízo moral.

O Código Penal de 1890, o qual foi decretado por Manoel Deodoro da Fonseca, em seu Título XI, trouxe previsão para os crimes que atentem contra a honra e a boa fama dos indivíduos, podemos citar o artigo 316 do código ora em questão, apresentando a seguinte redação:

Art. 316. Si a calúnia for commettida por meio de publicação de pamphleto, impresso ou lithographado, distribuido por mais de 15 pessoas, ou affixado em logar frequentado, contra corporação que exerça autoridade publica, ou contra agente ou depositario desta e em

¹⁷⁰ FREITAS, Claudia Regina Bento de. **O Quantum Indenizatório em Dano Moral: Aspectos Relevantes para a sua Fixação e suas Repercussões no Mundo Jurídico.** [dissertação]. Rio de Janeiro. Escola de Magistratura do Estado do Rio Janeiro. 2009. disponível em http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7053, acesso em 20/07/2014.

razão de seu officio: Penas – de prisão cellular por seis mezes a dousannos e multa de 500\$ a 1:00000\$.¹⁷¹

Vislumbrou-se que o retro citado artigo, em consonância moderna com o artigo 944 do Código Civil pátrio, visa punir aquele individuo que deprecie a honra de outrem, desta forma fica clara a preocupação do Código Penal de 1890 com o bem imaterial do individuo, ou seja, a honra, aplicando ao autor do dano pena de prisão e multa como uma restituição ao dano causado e ao instituto lesionado.

Porém em relação à gênese do dano e sua indenização no ordenamento jurídico brasileiro, percebe-se que o Código Civil de 1916, foi o percussor da origem do instituto da reparabilidade em nossa legislação pátria. Tal Código apresentava a possibilidade da reparação ao dano moral, o que consequentemente daria força para as demais leis brasileiras trazerem em seu texto a reparação exclusiva ao dano moral, pois tal dano naquele momento estava ligado ao dano material.

Ao longo do tempo, as leis brasileiras passaram a perceber o dano moral de forma autônoma, separando-o da ofensa material, desta forma o dano imaterial passou a ser previsto nas mais variadas legislações, tais como a Constituição Federal de 1998, o Código de Defesa do Consumidor editado em 1990 o Código Civil de 2002, entre outras, garantindo desta forma, a presença do instituto da reparação ao dano mora de forma independente.

3.3 O dano imaterial nas legislações pátria brasileira, embriões para a restituição integral.

O pretérito Código Civil Brasileiro de 1916, elaborado pelo ilustre jurista Clóvis Beviláqua, compilou normas para regular as relações privadas entre os

¹⁷¹ BRANDÃO, C. R. C.; O dano moral e sua breve história desde o antigo Código Civil Brasileiro (Lei nº 3.071/1916). **Jus Navigandi**. Teresina, n. 2356, 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14015>>. Acesso em: 04 de maio de 2011.

indivíduos, e dentre estas normas, o referido Código apresentou a possibilidade para a reparação ao dano imaterial.

O artigo 1.547 do código supra citado, trouxe em sua redação a ideia da reparação ao dano extrapatrimonial, dispondo que: “A indenização por injúria ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.”¹⁷². O dano supracitado, orbitava a esfera psicológica, pois calúnia ou injúria, é algo que abala de regra o bem estar do ofendido, em virtude de ter sua honra atingida. Contudo não só se ateve tal artigo apenas a ideia da reparação moral, vez que, faz uma interpretação mais extensiva do dano.

Tal fato comprova-se com a simples leitura e interpretação do artigo ora em questão, pois a possibilidade de uma reparação ao dano imaterial, que neste caso o bem atingido seria a honra da vítima. O artigo 76 e seu parágrafo único, do revogado Código de 1916, trouxeram como dos pressupostos para a legitimidade da ação, o interesse moral do postulante, senão vejamos:

Art. 76. Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral.

Parágrafo único. O interesse moral só autoriza a ação quando toque diretamente ao autor, ou à sua família.¹⁷³

Ficando possível entender que o artigo supra, permitia ao indivíduo, postular em juízo uma ação movido apenas pelo o interesse moral, sendo possível compreender que se o dano é imaterial, o diploma de 1916, permite sua reparação, basta para tanto, o indivíduo sofrer dano que afete a sua moral.

Em suma, e pelo o exposto, compreendeu-se que indiscutivelmente o código de 1916, trouxe a possibilidade da reparação ao dano imaterial, o que certamente direcionaria os legisladores brasileiros a ver este instituto de forma

¹⁷² Para maiores informações vide código Civil Brasileiro de 1916. Artigo 1.547. É de bom, alvitre informar que este código foi revogado pela Lei 10.406 de 11/01/2002. Tendo como equivalente o artigo 953, que assim aduz: A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido. Parágrafo único. Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso.

¹⁷³ Código Civil Brasileiro, artigo 76. este código foi revogado pela Lei 10.406 de 11/01/2002, e hoje não tem correspondente no atual código.

diferente, e obviamente fortalecê-lo em outros diplomas legais e atuais como em nossos dias.

Podemos destacar que posterior ao código de 1916, diversos outros ordenamentos jurídicos surgiram para reparar o dano de forma integral a guisa pode-se citar a lei de falências, o Código Brasileiro de Telecomunicações, o Código Eleitoral. Não restando dúvidas que aquele que provocar dano, mesmo de caráter imaterial teria o dever de indenizar e a reparação deste dano abrangeria uma noção generalizadora.

Tal fato de restituição ao dano toma tal vulto que é elevado ao patamar constitucional em 1988, em virtude de sua proteção aos direitos fundamentais dos indivíduos, trouxe em seu texto, previsão legal para garantir os direitos individuais dos cidadãos brasileiros, desta forma o artigo 5º, incisos V e X, trás a seguinte disposição acerca da reparabilidade da lesão a moral, senão vejamos:

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;
X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação;¹⁷⁴

Para o professor Caio Mario da Silva Pereira, a Constituição brasileira de 1988, encerrou definitivamente as discussões acerca da possibilidade da reparação do dano exclusivamente imaterial, atribuindo ao magistrado brasileiro, a aplicação de uma indenização visando a reparação do dano imaterial, senão vejamos:

Constituição Federal de 1988 veio pôr uma pá de cal na resistência à reparação do dano moral. [...] E assim, a reparação do dano moral integrase definitivamente em nosso direito positivo. [...] Com as duas disposições contidas na Constituição de 1988 o princípio da reparação do dano moral encontrou o batismo que a inseriu em a canonicidade de nosso direito positivo. Agora, pela palavra mais firme e mais alta da norma constitucional, tornou-se princípio de natureza cogente o que estabelece a reparação por dano moral em nosso direito.¹⁷⁵

¹⁷⁴ BRASIL. Constituição Federal da Republica Federativa do Brasil. Artigo 5 Incisos V e X. 1988.

¹⁷⁵ PEREIRA. Caio Mário da Silva; op. Cit. pág. 58.

Desta feita evidenciou-se que a reparação ao dano imaterial, vez que pacificado era o dano material deste os primórdios romanos, apareceu de forma taxativa na Constituição Federal de 1988, tal previsão, traz a forma de reparação da lesão ao dano unicamente extra patrimonial. Com o amparo constitucional este enraizou-se de forma definitiva em nosso ordenamento jurídico exigindo daqueles que cometiam atos lesivos o dever da integralização da indenização.

O hodierno Código Civil, concatenando o ideal constitucional, trouxe em sua redação, a possibilidade da reparação ao dano moral, ganhando ainda mais força em nosso ordenamento jurídico. A grande novidade que trouxe o Código de 2002, foi à expressão “exclusivamente moral”, pois sacramentou de forma bem clara, que se alguém sofresse um dano exclusivamente moral, teria o direito de receber indenização.

O artigo 186 ¹⁷⁶ do vigente e referido Código, deixa explícita a obrigação da reparação ao dano imaterial, Assim não restam dúvidas que quando o legislador de 2002 utilizou a expressão “ainda que exclusivamente moral”, somente ratificou a existência da reparação do dano moral, que já estava presente no artigo 5º da constituição pátria, que trata sobre os direitos e garantias fundamentais e o dever da indenização de maneira integral aquele que comete um ato lesionador aos direitos alheios.

Diante do exposto fica claro que o ordenamento jurídico brasileiro, admite a reparação ao dano extra patrimonial tutelando da mesma forma que o material com a obrigação de reparação, pois os princípios norteadores do Direito Canônico de reparação de forma holística vem sendo aplicado em nosso ordenamento jurídico pátrio até os dias atuais.

¹⁷⁶ Código Civil vigente artigo 186 “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

3.4 A anulação da sentença como fator de restituição integral.

A cultura jurídica, como é apresentado hoje, surgiu com os canonistas que tornaram-se a primeira classe de juristas profissionais. Eles foram os responsáveis por formalizar e racionalizar o direito, já que foi a Igreja que inventou o direito como disciplina oficial dentro das universidades, principiado em face do direito canônico, que passou a influenciar seculares e eclesiásticos, sendo, assim, difundido com maior avidez ¹⁷⁷.

Vê-se também no desenvolvimento do direito processual uma enorme influência do Direito Canônico. Visto que havia no direito romano, a existência do processo, contudo, com o declínio daquele passou a ocorrer um total descrédito populacional, a “organização propiciada pelo Estado e isto foi benéfico a ascensão do direito canônico, que passou a exercer grandiosa implicação nas relações sociais vigentes” ¹⁷⁸.

Na Idade Média tiveram-se documentos promulgados ou adotados pelo poder eclesiástico que são prolores dos albores processuais, como o Decreto de Graciano, de enorme contribuição para uniformização do estudo jurídico e os posteriores *Decretais*, que foi o ajuntamento, de responsabilidade do Papa Gregório IX, das leis eclesiásticas que sucederam o supramencionado Decreto. “As decretais de Gregório IX exerceram grande influência nas legislações laicas e eram utilizadas nos juízos temporais, em face de sua unidade, garantia e segurança, características do Direito Canônico”¹⁷⁹.

Percebe-se, portanto, a variedade de conceitos herdados, pelo direito moderno, advém de varias forma do direito canônico. Como afirma Sampel: “se fôssemos discorrer a respeito de todas as notáveis influências que o direito

¹⁷⁷ Para maiores informações verificar o texto do Dr. Francisco Caetano Pereira: subsídios canônicos ao direito processual disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/18015-18016-1-pb.pdf>.

¹⁷⁸ NAVARRO, Luiz George. A defesa do réu na história do processo. São Paulo, 1994. Tese de Mestrado Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.ufcg.edu.br/~historia/iiclh/portugues/filestodownload/IICIH-CadernoDeResumos.pdf>.

Acesso em 05/08/2014.

¹⁷⁹ Idem pag. 56.

processual civil moderno sofreu do direito canônico, teríamos de dedicar uma tese unicamente para este objetivo”¹⁸⁰.

Desta feita como início de uma restituição plena do direito, e a possibilidade de se devolver ao réu, a quem de direito a integralidade da oportunidade, nasce a probabilidade de ser instituída a *querela nullitatis*¹⁸¹ sendo parte integrante do regime das nulidades do processo, posto que concebida exatamente como forma de correção destas falhas.

Assim, torna-se impraticável termos em vista tal instituto se não entendêssemos, conjuntamente, como eram concebidas as nulidades “lato sensu” no direito canônico. Que por sua vez trouxe a influencia ao direito romano, e pari passo ao ordenamento jurídico pátrio, origem deste meio de impugnação tanto no período das “legis actiones” quanto no da “ordo judiciorum privatorum”¹⁸², as sentenças no período ante pretoriano romano, eram irrecorríveis e as nulidade de direito material operavam-se “pleno iure”, não havendo necessidade de declaração.

Já no período formulário¹⁸³, por conta da atividade do pretor, houve uma depuração do conceito de nulidade, posto que a mesma seria uma sanção aos atos não realizados de acordo as regras vigentes. A contribuição do direito canônico, com o CIC - *Codex Iuris Canonici*¹⁸⁴, expressamente prevê, para as causas relativas às coisas espirituais e com elas conexas; e para as que apurem

¹⁸⁰ SAMPEL, Edson Luiz. Op cit. pág., 65.

¹⁸¹ Querela nullitatis é uma expressão latina que significa nulidade do litígio. No universo processual jurídico, esta indica o mecanismo criado e utilizado desde a idade média, para impugnar sentenças, independentemente de recurso, sendo, então, apontada como a origem direta das ações autônomas de impugnação.

¹⁸² Para um maior esclarecimento vide: ALVIM, Arruda, PINTO, Teresa Arruda. Ação Rescisória: Repertório de Jurisprudência e Doutrina. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

¹⁸³ Vide GOLDSCHMIDT, James. Direito Processual Civil. 1. ed. vol. I. São Paulo: Bookseller, 2003, pág. 25. Período formulário: Nesta fase as relações jurídicas se tornaram mais complexas em virtude do avanço do Império Romano por grandes territórios. Esta etapa é caracterizada pela presença de árbitros privados. Entretanto, a sentença era imposta pelo Estado às partes. O procedimento era ainda semelhante ao da fase anterior, com algumas modificações, quais sejam: havia a intervenção de advogados, e eram observados os princípios do livre convencimento do juiz ademais do contraditório das partes. Assim define Hespanha em relação ao princípio do livre convencimento do juiz "atribui ao pretor a possibilidade de redigir uma fórmula, espécie de programa de averiguação dos fatos e de sua valorização".

¹⁸⁴ CIC atual promulgado pelo papa João Paulo II em 25 de janeiro de 1983,

a violação de leis eclesíásticas e atos caracterizados como pecado, no que se refere à determinação da culpa e imposição de penas eclesíásticas, a utilização da querela de nulidade contra sentença.¹⁸⁵

Neste viés, impende esclarecer que no direito canônico, a regra geral, é que o Juiz de 1º grau é o Bispo diocesano¹⁸⁶, o qual, no julgamento das demandas, prolata sentenças definitivas ou interlocutórias¹⁸⁷, Destarte, necessário se faz ressaltar que no CIC, em seu título IX do caso julgado e da restituição “in integrum” o Cânon 1.641,¹⁸⁸ existe a previsão de quatro hipóteses pelas quais as sentenças podem transitar em julgado:

- A "Duplex conformis";
- B reclusão dos prazos processuais;
- C Perempção ou renúncia em grau de apelação;
- D Inadmissibilidade de recurso.

Mormente, com relação ao direito processual civil brasileiro, com exceção da primeira hipótese, as demais são conhecidas. Ademais disto, a coisa julgada no direito canônico está associada também, à noção de estabilidade e faz direito entre as partes e proporciona a ação de julgado e exceção de coisa julgada, que o juiz pode declarar também ex officio, para impedir nova introdução da mesma causa.

¹⁸⁵ Somente aplicado a quelela nulitates no Direito Canônico, pois para ao Direito processual civil aplica-se a ação rescisórias.

¹⁸⁶ Cân. 1419 § 1. Em cada diocese, e para todas as causas não exceptuadas expressamente pelo direito, o juiz de primeira instância é o Bispo diocesano, que pode exercer o poder judicial por si mesmo ou por meio de outros, em conformidade com os cânones seguintes.

§ 2. Se se tratar de direitos ou de bens temporais de pessoa jurídica representa da pelo Bispo, julga em primeiro grau o tribunal de apelação.

¹⁸⁷ Vide Cân. 1.607 A causa tratada judicialmente, se for principal, é decidida pelo juiz mediante a sentença definitiva; se for incidental, por sentença interlocutória, sem prejuízo do prescrito no cân. 1589, § I. sendo estas reguladas pelos Cânones 1.607 ao 1.617, destacando-se como requisitos formais os Cânones 1.611 e 1.612.

¹⁸⁸ Vide Cân. 1641 Sem prejuízo do prescrito no cân. 1643, há caso julgado: 1.º se houver duas sentenças conformes entre as mesmas partes, sobre a mesma petição e feita pela mesma causa de pedir; 2.º se não se interpuser apelação contra a sentença dentro do prazo útil; 3.º se, no grau de apelação, houver perempção da instância ou a ela se tiver renunciado; 4.º se se tiver dado sentença definitiva da qual não há apelação, nos termos do cân. 1629.

Nos conformes do CIC, as sentenças podem ser atacadas pela querela nullitatis; *restitutio in integrum*; e pela apelação. Em face do próprio objetivo do escrito, nos ateremos apenas a analisar a segunda destas hipóteses. A *restitutio in integrum* que é regulada pelo Código Canônico nos Cânones 1.645 ao 1.648 e é reservada aos casos de sentença e decisões interlocutórias nulas ou anuláveis, diferentemente da apelação que são manejados contra sentenças válidas e invalidas.

Trata-se de um meio extraordinário de impugnação da sentença definitiva, ou da decisão interlocutória com força de definitiva, eivada de vício de nulidade. A propósito, cumpre esclarecer que o remédio especial que a querela nullitatis previsto no CIC não encontra similitude com outro, quer no direito contemporâneo, quer no direito romano. A querela, na legislação canônica atual, provém da *exceptio nullitatis* das Decretais e da *actio nullitatis* do direito processual medieval.

A regra, portanto, é que as nulidades que versam sobre bens particulares devem ser impugnadas até o momento de prolação da sentença, sob pena de preclusão, no entanto, nos casos expressamente reservados pelo Código Canônico em que há vícios insanáveis ou vícios sanáveis enumerados, é passível o ajuizamento da querela de nulidade como preceituado no cân. 1.620.¹⁸⁹

De acordo com o *Codex Canonici*, ainda, a querela pode ser proposta tanto por via de exceção como de ação; neste último caso, diante do juiz que proferiu a sentença no prazo de dez anos desde sua publicação. Por outro lado, de acordo com o mesmo instituto e fulcrado no cânone 1.622, a sentença for viciada de

¹⁸⁹ Vide a inteligência do dos Cânones. 1620 e subsequentes apontam os casos em que a sentença é viciada por nulidade insanável: a) foi proferida por juiz absolutamente incompetente; b) foi proferida por alguém destituído do poder de julgar no tribunal em que a causa foi definida; c) o juiz proferiu a sentença coagido por violência grave; d) o juízo foi feito sem a petição judicial, ou não foi instaurado contra alguma parte demandada; e) foi proferida entre partes, das quais, ao menos um não tinha capacidade de estar em juízo; f) alguém agiu em nome de outro sem mandato legítimo ;g) foi negado a alguma das partes o direito de defesa; h) a controvérsia não foi definida sequer parcialmente

nulidade sanável, nesses casos, a querela somente pode ser proposta no prazo de três meses após a notícia da publicação da sentença¹⁹⁰.

Percebeu-se, assim, que o rigorismo sistemático, que era aplicado no direito europeu no passado, e da mesma forma em que concebida a querela em parte dos estatutos italianos do século XII, mesclam-se causas de nulidade, umas mais graves absolutas, outra nem tanto relativas. E mais. Junto às causas de anulabilidades, há hipóteses claras de inexistência da sentença.

Por fim, mas não menos importante, se faz necessário asseverar que, nos moldes do cân. 1.626, §2º, do CIC, destaque-se que a legitimidade para aforamento da querela de nulidade é, além das partes prejudicadas pela nulidade, o promotor e o defensor do vínculo nas causas em que atuam.

Todavia, mister se faz conformar previamente o prisma da hipótese supra mencionada, verifica-se, também, que o réu não citado, por não ter sido prejudicado pelos efeitos decorrentes daquele processo, careceria de interesse de agir para a propositura da *querela nullitatis*.

Importante notar-se que, concomitantemente ao atendimento do princípio de “*Pas de Nullité Sans Grief*”¹⁹¹, extrai-se o interesse de agir e a legitimidade para a propositura da *actio nullitatis*. Afinal, aquele que foi prejudicado pelo ato inválido poderá levar a juízo sua pretensão, posto que este é detentor de vínculo direto com a situação jurídica eivada de mácula. Necessitando ser restituído, mesmo que para tal necessário seja a anulação da sentença e novo ato judicante segundo o cân 1.645, tal entendimento embolsa-se no CIC¹⁹².

¹⁹⁰ Os vícios sanáveis segundo o direito canônico são as sentença que foram proferida por número não legítimo de juízes; b) não contém os motivos ou as razões da decisão; c) não traz as assinaturas prescritas pelo direito; d) não traz a indicação do ano, mês, dia e lugar em que foi proferida; e) está baseada em ato judicial nulo, cuja nulidade não tenha sido sanada; f) foi proferida contra uma parte legitimamente ausente.

¹⁹¹ Tradução livre do autor: **Não há nulidades sem prejuízo.**

¹⁹² Preceitua o Capítulo II DA RESTITUIÇÃO "IN INTEGRUM" que, será interposta ação segundo o **Cân. 1645** § 1. Contra uma sentença que tenha passado em julgado, contanto que conste manifestamente da sua injustiça, dá-se a restituição in integrum. § 2. Não se considera que consta manifestamente da injustiça, a não ser que: 1º- a sentença se baseie de tal modo em provas, que depois se descubra serem falsas e que, sem elas, a parte dispositiva da sentença não possa sustentar-se; 2º- tenham sido descobertos posteriormente documentos que provem fatos novos e

Neste compasso, saliente-se que, desde que não tenha sido também interposto recurso de apelação, o juiz que lavrou a sentença viciada por nulidade poderá, de ofício, e dentro dos prazos fixados para o socorro da querela de nulidade, com fulcro no §2º do cânone 1.626, do CIC, emendar a sentença. Tal prerrogativa se dá face sua competência para o julgamento da *actio nullitatis*, salvo a exceção de suspeição, prevista no cânone 1.624. Neste caso, haverá sua substituição por outro juiz ou delegado, da mesma sede do tribunal.

Contudo, convém destacar que, apesar desta deficiência nos estudos pátrios e falta de evidencia do tema, seu sustentáculo jurídico encontra-se arrimado, em pareceres de estudiosos em cima dos anais da ciência jurídica, mais especificamente com relação ao direito romano e canônico que influenciaram diversos institutos no direito civil, inclusive a restituição integral do danos com as perdas e danos mais o lucro cessante.

Neste lanço, verifica-se que tal composição ganhou relevância jurídica através do sistema histórico-evolutivo, ou teleológico de interpretação, onde há uma substituição do processo introspectivo, do exame do interior da lei, por outro, externo, no qual, sem menosprezo da letra, busca-se fecundar a lei em sua imobilidade, adaptá-la, ajusta-la aos devidos fins sociais que seria a restituição plena de um direito lesado, ou lesionado por outrem.

exijam indubitavelmente uma decisão contrária; 3º- a sentença tenha sido proferida por dolo de uma parte em prejuízo da outra; 4º- tenha sido evidentemente negligenciada alguma prescrição, não meramente processual, da lei; 5º- a sentença se oponha a uma decisão anterior que já tenha passado em julgado. **Cân. 1646** § 1. A restituição in integrum pelos motivos mencionados no cân. 1645, § 2, n. 1-3, deve ser pedida ao juiz que proferiu a sentença, dentro do prazo de três meses, a serem computados a partir da data do conhecimento desses motivos. § 2. A restituição in integrum, pelos motivos mencionados no cân. 1645 § 2, n.4 e 5, deve ser pedida ao tribunal de apelação, dentro do prazo de três meses desde a notícia da publicação da sentença; e no caso mencionado no cân. 1645 § 2, n.5, se for obtida mais tarde a notícia da decisão precedente, o prazo decorre a partir dessa notícia. § 3. Enquanto o prejudicado for menor de idade, os prazos acima referidos não decorrem. **Cân. 1647** § 1. O pedido de restituição in integrum suspende a execução da sentença ainda não começada. § 2. Contudo, se por indícios prováveis houver suspeita de que a petição foi feita para retardar a execução, o juiz pode decretar a execução da sentença, dando porém a devida garantia ao que pediu a restituição, de que será indenizado, caso venha a ser concedida a restituição in integrum. **Cân. 1648** Concedida a restituição in integrum, o juiz deve pronunciar-se a respeito do mérito da causa.

Por conseguinte, extraiu-se do direito romano e do direito canônico, a atual ação de restituição completa, plena, que é, hodiernamente, o instrumento adequado para efetivar no mundo jurídico aqueles que são, ou, estejam sendo lesados por alguma mácula que comprometa sua constituição, ante a ausência de verificação e prudência e ou mesmo culpa em sentido lato deverão serem restituídos dos danos que sofreram. Desta forma preceitua o atual ordenamento jurídico brasileiro.

3.5 A restituição integral o principio da *restitutio in integrum*.

É muito bom alvitre aduzir que a nomenclatura e significado desta entidade, *restitutio in integrum*, é uma expressão em latim que teria um significado mais próximo, restaurar à condição original. É um dos princípios-guia primários por trás da compensação de danos por conta da negligência de alguém. A regra geral do princípio é que a quantia a título de compensação restitua ao queixoso a posição na qual ele se encontrava antes que o ato doloso tivesse sido cometido.

Portanto, o querulo deve ser compensado por despesas diretas, tais como despesas médicas ou decorrentes da reparação de bens móveis ou imóveis, bem como por lucros cessantes atribuíveis ao dano, o que nem sempre é simples de atribuir.

Embora a compensação monetária não possa ser diretamente igualada às privações de caráter físico, é geralmente aceito que a compensação seja também cabível para as chamadas perdas de amenidades¹⁹³, que implicam no decréscimo dos padrões de qualidade de vida sofridos por danos físicos ou morais. A compensação monetária se justifica nesses casos por se constituir na via mais praticável para endereçar tais questões.

¹⁹³ Ponderações do autor. Estas perdas são caracterizadas pela impossibilidade de uso, e ou sua diminuição, características da propriedade real que reforcem a sua atratividade e aumente a satisfação do ocupante ou usuário de um imóvel, mesmo que o recurso não seja essencial para o uso da propriedade (por exemplo, uma piscina).

É inegável que o vigente Código Civil brasileiro trouxe importantes inovações no tratamento da reparabilidade civil. A começar pelo aspecto do assunto, que foi distendida em dois capítulos, sendo o primeiro cultivado às hipóteses em que será deflagrada a obrigação de indenizar inculpidas nos artigos. 927 a 943 do Código Civil brasileiro, e o segundo momento anunciado ao estabelecimento dos critérios para a efetivação da indenização do dano, de sorte que são encontrado nos artigos 944 a 954 do mesmo instituto legal.

Esta nova disposição da matéria por certo não é aleatória, antes concede novo sustento à divisão do estudo da reparabilidade civil em dois momentos, a saber, o *an debeatur* e o *quantum debeatur*. Já minuciado acima. Não é, porém, só do ponto de vista formal que o vigente ordenamento Civil pátrio inova.

De sorte que, em cada uma das duas áreas podem ser observadas novas disposições, em especial a consagração de uma cláusula geral de responsabilidade objetiva, conforme preceitua o artigo 927, paragrafo único in verbis:

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

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

Corroborando com esta afirmação da responsabilidade civil, surge a imputação desta aos incapazes, tal fato é notório pelo entendimento do artigo 928 do mesmo diploma legal. Verifica-se que em relação, ao plano da quantificação do dano, há possibilidade de redução equitativa da des afronta, sendo plenamente possível tendo em vista a exegese do artigo 944, paragrafo único¹⁹⁴.

¹⁹⁴ BRASIL Código Civil Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes. Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem. Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”.

Pela abstração semântica e vernácula e ao mesmo tempo o alcance da culpa, torna-se quase impossível idealizar uma única definição conceitual sobre a mesma, entretanto nos dizeres do Mestre Caio Mário ao pontificar sobre o tema aduz:

.....diante desta floresta de definições, que mais extensa fora, quanto mais longe levasse a pesquisa, pode-se conceituar a culpa como um erro de conduta, cometido pelo agente que, procedendo contra direito, causa dano a outrem, sem a intenção de prejudicar, e sem a consciência de que seu comportamento poderia causá-lo¹⁹⁵.

Clarividenciou-se na doutrina não ser possível à formulação de um singular conceito para culpa. Os doutrinadores, ao aplicar-se ao desenho da responsabilidade civil, costumam adicionar determinados elementos ao seu conceito de culpabilidade. De plano inicial tal concepção beira a ideia de reprovação moral da conduta. Deste modo, avaliados subsídios do seu estado de ânimo e sua concepção psicológica.

Tal entendimento, que preteritamente denominou-se de subjetiva, tem o condão de induzir o culpado a ter a palpável noção do erro em que incidiu ao agir ou se omitir. Todavia a nefasta consequência, e causadora de uma maior dificuldade, para a vítima, na demonstração da culpa, a qual assume os contornos de verdadeira *probatio diabolica*¹⁹⁶.

Percebe-se a necessidade de mudança que orientou a doutrina a caminhar para a atual concepção deste instituto. Esta nova visão foi sendo forjada no sentido de ser a culpa apreciada em abstrato, traduzindo-se assim, num erro de conduta, de tal modo, poderia ser cometida por um homem médio ainda que prudente nas circunstâncias do caso concreto. Pontes de Miranda já lecionava no sentido de que:

....a regra é que a culpa se aprecia *in abstracto*, isto é, sem se atender ao estado psicológico do agente. A culpa *in concreto* é exceção, Sabemos que subjetivamente, e não só objetivamente, o dano é relativo (...). Também o é no caso de *diligência*: quando se diz que há de ser a

¹⁹⁵ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Op. Cit. pág., 69.

¹⁹⁶ A referência a esta concepção da culpa pode ser vista em Anderson Schreiber, Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil – Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos, São Paulo, Atlas, 2007, págs. 11-18.

diligência média (termo bem vago), têm-se em mira os casos ordinários, em que as circunstâncias não exigem do agente outros cuidados. O motorista do caminhão deve ser mais prudente que o cocheiro do carro. A culpa *in abstracto* seria impossível, praticamente¹⁹⁷.

Tem-se, assim, um entendimento dito objetivo, ou derivado da norma, a qual abandona o estado de ânimo do agente ao praticar o ilícito, centrando-se, simplesmente, no desvio a um padrão de conduta que deveria ter sido observado nas mesmas circunstâncias.¹⁹⁸ Inquestionável que prevaleceu na doutrina contemporânea, brasileira tal entendimento.

O ordenamento pátrio adotou a concepção objetiva, dos graus da culpa, em que pese, não poder mais ser referidos à maior ou menor condenação psicológica da conduta, mas se forem considerados devem ter como referência o maior ou menor desvio, externo, do comportamento. Tal aspecto é corretamente destacado pelo professor Anderson Schreiber, ao afirma:

....Se é certo que tal classificação jamais foi reconhecida como incontestável, a consagração da culpa normativa veio advogar pela sua absoluta inutilidade diante de uma concepção mais técnica, e menos moral, da responsabilidade civil. De fato, embora a concepção psicológica da culpa pudesse recomendar que o grau de negligência fosse levado em consideração, a fim de sancionar o agente na exata medida da reprovabilidade moral da sua conduta, o mesmo não ocorre em uma visão objetiva ou normativa da culpa. A dissociação entre a culpa e a moral veio impor a prevalência, mesmo na responsabilidade subjetiva, da função reparatória sobre qualquer função sancionatória ou dissuasiva que pudesse ser desempenhada pelo instituto. Não tendo a intensidade da culpa qualquer influência sobre o valor do dano, despiendo se torna tomar sua gravidade em consideração (*standard*)¹⁹⁹.

Tal entendimento auferiu ainda mais força com a Carta Magna hodierna consagrando como o fundamento da República “a dignidade da pessoa humana”

¹⁹⁷ MIRANDA, Francisco Ponte de. Op. Cit. vol. LIII, pag. 50/51.

¹⁹⁸ Para maiores informações consultar No direito brasileiro a doutrina de Maria Celina Bodin de MORAES, *Danos à Pessoa Humana – uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 213. E mais Mauro BUSSANI, *As peculiaridades da noção de culpa – um estudo de direito comparado*, tradução de Helena Saldanha, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000, pp. 161-162. Ainda ver a obra de Geneviève VINEY e Patrice JOURDAIN, *Traité de Droit Civil – Les conditions de la responsabilité*, 2ª ed., Paris, LGDJ, 1998, pág. 361.

¹⁹⁹ SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil – da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos*. São Paulo: Atlas, 2007, pág. 42.

e como objetivo fundamental desta mesma República a construção de “uma sociedade livre, justa e solidária”²⁰⁰.

Assim, tornou-se corrente a afirmação, vez que na doutrina quanto na jurisprudência, do princípio da reparação integral do dano sofrido pela vítima²⁰¹. Referido princípio, vover tão vultoso que está consagrado na previsão normativa infraconstitucional civilista, penal, bem como na legislação ordinária difusa a guisa, temos o Código de Defesa do Consumidor, tal como se deduz do disposto nos seus artigos. 6º, VI, 25, *caput* e 51, I.

Ademais, apesar de não ter a previsão estritamente legal expressa, albergou-se no sistema legal o entendimento de que a reparação do dano, elastece em sua aplicação, pois necessitaria ressarcir, compensação à vítima. Bem como Convir, igualmente, de punição para o ofensor, ou, em uma expressão corrente, possuiria um caráter pedagógico, sendo um verdadeiro desestímulo à reiteração da conduta danosa. Tal afirmação é observada na doutrina pátria, como afirma Monteiro Filho:

....Por outro lado, se ilícita a conduta causadora do dano, ganha lugar a punição; de maneira que quanto maior o grau de culpa, ou mais forte a intensidade do dolo, maior deverá ser a sanção correspondente. É da própria essência da reparação do dano moral essa flexibilidade²⁰².

²⁰⁰ Dispõe o art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil: “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...); III – a dignidade da pessoa humana”. O art. 3º, por sua vez, afirma: “Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária.

²⁰¹ Esta mesma referência à reparação integral do dano consta do Enunciado n. 46, elaborado por ocasião da I Jornada de Direito Civil, realizada entre os dias 11 e 13 de setembro de 2002, evento promovido pelo Conselho da Justiça Federal e que teve a coordenação científica de Ruy Rosado de Aguiar Júnior, ex-Ministro do STJ. Afirma o Enunciado: “46 – Art. 944: a possibilidade de redução do montante da indenização em face do grau de culpa do agente, estabelecida no parágrafo único do art. 944 do novo Código Civil, deve ser interpretada restritivamente, por representar uma exceção ao princípio da reparação integral do dano, não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva”. Observa-se, no entanto, que a parte final deste enunciado foi suprimida por ocasião da IV Jornada de Direito Civil, realizada em 26 e 27 de outubro de 2006, sem que se alterasse, no entanto, a referência à reparação integral. Afirma, com efeito, o Enunciado n. 380, aprovado nesta última Jornada: “380 – Atribui-se nova redação ao Enunciado n. 46 da I Jornada de Direito Civil, com a supressão da parte final: ‘não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva. Disponível em www.jf.gov.br.

²⁰² MONTEIRO FILHO. Carlos Edison do Rêgo de. **Elementos de responsabilidade civil por dano moral**, Rio de Janeiro: Renovar. 2000, pág. 153.

Inúmeros doutrinadores reverberam tal entendimento, pois não é dissonante na doutrina, ou unívoro tal assento acima exposto. Corrobora com esta ideia o pensamento de Clayton Reis²⁰³, A referência ao caráter punitivo ou pedagógico na obra de Venosa²⁰⁴. Tal entendimento ultrapassou a barreira doutrina e alcançou a jurisprudência pátria²⁰⁵. Com a chamada “teoria do desestímulo”²⁰⁶, pois a reparação do dano deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante.

Notadamente para que fosse observado este último caráter, tornou-se usual a referência de outros critérios ao grau de culpa do ofensor ou mesmo das partes. Deste modo, como consequência do dever indenizatório, frisa-se que é no sentido do disposto artigo. 944 do vigente código civil, consagrando expressamente o princípio da reparação integral. Pois é fato que a pessoa humana cabe a proteção mais ampla, e que deve ser concedida a cada uma de suas características, peculiaridades, para a busca do instrumental que permitirá alcançar a reparação integral pelo dano sofrido.

Como princípio constitucional a reparação integral demonstra ser a medida, necessária e suficiente, para proteger os seres humanos nos aspectos que realmente a individualizam. De fato, considera-se “que a responsabilidade civil na atualidade tem como foco precípua a situação em que se encontra a vítima, visando recompor a violência sofrida em sua dignidade através da reparação integral do dano”²⁰⁷.

²⁰³ Vide obra de Clayton Reis. Dano Moral, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, pág. 99.

²⁰⁴ Para melhor compreensão vide: Silvo de Salvo Venosa. Direito Civil, 3ª ed., vol. IV, São Paulo: Atlas, 2003, pág. 24-25. Ainda vide, os comentários elaborados por Regina Beatriz Tavares da SILVA Novo Código Civil Comentado, coordenado por Ricardo Fiúza, São Paulo, Saraiva, 2002, pág. 842.

²⁰⁵ Enunciado n. 379, elaborado por ocasião da IV Jornada de Direito Civil, realizada nos dias 26 e 27 de outubro de 2006 e promovida pelo Conselho da Justiça Federal. Afirma referido enunciado: “379 – O art. 944, caput, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil”. Disponível em www.jf.jus.br.

²⁰⁶ Vide Projeto de Lei n. 6.960/2002, que propõe a transformação do atual parágrafo único do art. 944 do Código Civil em § 1º, inserindo-se, o § 2º.

²⁰⁷ MORAES. Maria Celina Bodin de Danos à Pessoa Humana, Op. cit., pág. 331-333.

3.6 Aplicação do artigo 944 do Código Civil para tutelar o patrimônio do lesado como restituição integral nas reparações do dano.

Com a aplicação da nova visão civilista de reparação de danos, ou seja, com a restituição integral ao lesado, pelos prejuízos suportados, entra em vigor um novo tópico na responsabilidade civil, para a efetivação da indenização plena. Destarte tal situação não se preconiza apenas e tão somente, à conclusão da reparação referente ao dano material, tendo em vista que neste se encontram e estão contempladas as espécies dos danos emergentes e dos lucros cessantes, como pontificados no artigo 402 da lei material civil pátria. Por assim dispor o vigente Código: “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”²⁰⁸.

Desta feita, entende-se por perdas e danos a indenização imposta ao devedor que não cumpriu a obrigação, total ou parcialmente que lhe era imputado. O dispositivo estabelece a extensão das perdas e danos, que devem abranger, o dano emergente, que é a diminuição patrimonial sofrida pelo credor, é aquilo que ele efetivamente perde, seja porque teve depreciado o seu patrimônio, seja porque aumentou o seu passivo. Bem como os lucros cessantes, consistindo na diminuição potencial do patrimônio do credor, pelo lucro que deixou de auferir, dado o inadimplemento do devedor. Assim percebeu-se que os lucros cessantes só são devidos quando previstos ou previsíveis no momento em que a obrigação foi contraída.

Inquestionável que a reparação do dano deve ser total, sem excluir as espécies de danos sejam elas material, ou moral, o certo é que uma vez que, naquele tal dano se indeniza, enquanto neste o dano, que se repara, desta forma efetiva-se a reparação integral do dano. Esta visão se justifica pelo fato de o vigente Código aplicar o princípio *restitutio in nitegrum* advindo do direito canônico como fator de reparação a vítima.

²⁰⁸ Brasil, Código Civil brasileiro artigo 402.

É fato que, em que pese, existir no atual código civil, tão somente um artigo, com grafia expressa à reparação do dano moral, a saber, o artigo. 186, o qual, como já recordado, consagra uma cláusula geral de responsabilidade e reparabilidade civil subjetiva, em nada obsta a aplicação da restituição integral ao lesionado.

Veja que, em um capítulo inteiro foi dedicado à indenização, preferindo o legislador utilizar expressão diversificada, tais como “outras reparações” encontrada no artigo. 948, *caput*, e mais “outro prejuízo” artigo. 949, além de admitir a reparação de um prejuízo que não seja “material” visto no artigo. 953, parágrafo único²⁰⁹ assim determinado.

Com fundamento acima exposto, é possível arrematar que o vigente diploma não ignora a reparação civil, pelo contrario levando-a a um patamar de restituição cabal, seja a responsabilidade subjetiva, que era no passado preconizada no revogado diploma legal, seja a hodierna legislação com empenho objetiva, que passam a contemplar as duas espécies de danos, e o dever de indenizar, tal entendimento é repousado na Súmula 37 do Colendo Superior Tribunal de Justiça²¹⁰.

Posto tais fundamentos, encontra-se uma consequência de raciocínio lógico no sentido de que o disposto do artigo, 944 do Código Civil Brasileiro são aplicados, seja na indenização do dano material, bem como na reparação do dano moral. Tal visão, legalmente defensável pela integração do princípio da dignidade da pessoa humana, e do vetor constitucional pátrio, albergado no

²⁰⁹ BRASIL, código Civil, vários artigos. Dispõe o art. 948 do Código Civil: No caso de homicídio, a indenização consiste, sem **excluir outras reparações**: I – no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família; II – na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima. O art. 949, por sua vez, afirma: No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de **algum outro prejuízo** que o ofendido prove haver sofrido. Finalmente, o art. 953, § único, reza que: “Art. 953. (*omissis*). Parágrafo único. Se o ofendido não puder provar **prejuízo material**, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso

²¹⁰ Neste sentido, é o disposto na súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça, Dispõe o referido verbete: 37 – São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.

dispositivo consagrado na expressão do princípio da reparação integral, já reconhecido pelo atual direito nacional.

Este é o fundamento de validade do artigo retro mencionado, pois corrobora que a vítima deve ser integralmente reparada, o que, como visto, decorre da própria necessidade de proteção à sua dignidade. Este entendimento encontra-se em consonância com a própria normativa constitucional e não está distante do que vem disposto nos diplomas civis referidos, uma vez que em todos eles fica evidente a necessidade de tal reparação de caráter integral.

No caso brasileiro, visto que a doutrina majoritária acompanha a solução preconizada pelo próprio Código Civil quando admitiu a reparação objetiva, subsidiária e equitativa dos danos causados a qualquer pessoa, física ou jurídica. Percebe-se que, a ponderação de interesses fora feita pelo legislador, vez que, considera relevante proteger a vítima contra os danos sofridos, entendendo ser necessário garantir a reparação patrimonial de quem suportou o ato lesivo a sua vida.

Na hipótese do badalado artigo 944, Civilista, em seu parágrafo único, apreender-se que a ponderação de interesses foi deixada ao prudente arbítrio do julgador, que sempre deverá considerar as circunstâncias do caso concreto, atuando com equidade, nos dizeres do Eminentíssimo Agostinho Alvim:

.... que, na equidade judicial, o magistrado atua dentro do direito, de forma que não cria o direito, antes o extrai do sistema e o revela. Igualmente, que as circunstâncias e informes que o juiz deverá levar em consideração, para resolver dado caso concreto, devem ser informes e circunstâncias que tenham valor perante o direito, circunstâncias que o legislador levaria em consideração, se legisse para o caso em apreço. É necessário que a solução se justifique em face do direito positivo e da moral positiva, para a qual a lei apela em certos casos ²¹¹.

Esta possibilidade da equidade na reparação, contudo, não se traduz em verdadeira faculdade atribuída ao magistrado, nada obstante os termos empregados pelo legislador, visto que como leciona o mestre Monteiro Filho:

²¹¹ ALVIM Agostinho, Da Equidade, in Revista dos Tribunais, vol. 797, São Paulo: Revista dos Tribunais, março de 2002, pág. 767-770.

Com efeito, não se pode mesmo estabelecer, em todos os casos, a facultatividade da aplicação da norma *tout court*. Se presentes certos fatores determinantes, o ordenamento todo estará a impor a aplicação do dispositivo para reduzir o valor da reparação do dano. Ou, por outra, se em jogo componentes tais como *dignidade humana*, *solidariedade*, e o reflexo no *patrimônio mínimo*, não poderá prevalecer a natureza aparentemente dispositiva da norma²¹².

Em verdade, constatando o julgador a necessidade da reparação integral, tendo em vista os dispositivos legais, e com a finalidade, mesmo que em uma ficção jurídica, de devolver o status quo anterior ao lecionado, deverá determinar sua aplicação equitativa, apresentando as razões de seu convencimento. Todavia, considerará que a aplicação deste dispositivo tem natureza excepcional, exigindo especial fundamentação por parte do julgador, uma vez que a regra, em tema de reparação dos danos, consta do *caput* do artigo 944 do presente código civil e se traduz no princípio da reparação integral.

Admitindo-se como apropriado tal raciocínio, é admissível afirmar que o disposto no referido artigo, terá lugar, seja na hipótese de responsabilidade e reparabilidade civil objetiva, seja no caso de responsabilidade subjetiva. Tendo em vista que trata-se, aqui não apenas da quantificação do dano, ou seja o *quantum debeatur*, bem como, dos fundamentos que é o imperativo para a existência da obrigação de reparar *an debeatur*, pois trata-se do princípio geral do Direito civil insculpido no seio de sua reparabilidade integral.

Pelo acima exposto, superada a dialética pretérita entre a importância distintiva dentre dano material e dano moral, equacionada pelo atual código civil, e legislação vigente inclusive constitucional, apontado que o julgador deve considerar o montante global da reparação para equitativamente realizar a justiça. Tal entendimento é esboçado na doutrina de Thomas Bustamante e Denis Franco Silva, ao qual afirmam:

Não se pode, nem mesmo ao argumento de se estar aplicando a 'equidade', permitir que alguém que cometeu ato ilícito tenha sua propriedade protegida contra as indenizações decorrentes da prática desse mesmo ato. A equidade possui, sempre, uma ligação com a justiça e, a justiça, no caso concreto, não se coaduna com a hipótese traçada no

²¹² MONTEIRO FILHO. Op. Cit. pág. 786.

dispositivo legal questionado, pois sequer existem fundamentos justificadores para a redução do quantum indenizatório. A regra constitucional é a da garantia de propriedade, e quando não há razões para solução diversa, *rules must be obeyed*²¹³.

Atitude diversa seria um incentivo ao descumprimento do dever legal de cada pessoa humana de porta-se sem interferir na vida e patrimônio alheio. E em se imiscuído no universo de outrem com culpa, nasce a necessidade de indenizar, no entanto, por força da tradição do direito canônico, que influenciou a reparação integral, arraigada no direito brasileiro, ou seja, a devolução na reparação do dano, seja ele patrimonial, seja de cunho moral.

Saliente-se, por fim, que o disposto no principio da reparação dos danos inculpidas no sistema jurídico pátrio, é claramente favorável a qualquer forma de punição do ofensor, no sentido de reparação da integralidade do dano, se prestando, assim, à reiterada afirmação do caráter pedagógico, e ou punitivo da reparação ao dano.

Arvora-se a dizer que todo o sistema do Código Civil não é refratário a este caráter, o qual, para o direito brasileiro, exigiu uma atuação do legislador com a finalidade de consagrar as hipóteses de sua observância e determinar a reversão do dano, com uma indenização, mesmo que apenas em pecúnia, todavia com uma visão de integral restituição, prevendo as garantias indispensáveis do obrigado à reparação, nesta esteira de pensamento doutrinário afirmar Maria Celina Bodin de Moraes, que:

Como hipótese excepcional, pode-se admitir uma figura semelhante à do dano punitivo quando for imperioso dar uma resposta à sociedade, tratando-se, por exemplo, de conduta particularmente ultrajante ou insultuosa em relação à consciência coletiva, ou, ainda, quando se der o caso, não incomum, de prática danosa reiterada. O interesse protegido, o bem-estar da coletividade, justificaria o remédio. (...). É de aceitar-se, ainda, um tipo de função punitiva na reparação de dano moral para situações potencialmente causadoras de lesões a um grande número de pessoas, como ocorre nos interesses difusos, tanto na relação de consumo quanto no direito ambiental. Aqui, a *ratio* será a função preventivo-precatória que a punição inegavelmente detém. Nesses casos, contudo, o

²¹³ BUSTAMANTE, Thomas e SILVA, Denis Franco. **Neminem Laedere**: o novo Código Civil brasileiro e a integral reparabilidade dos danos materiais decorrentes de ato ilícito, in Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 20, Rio de Janeiro, PADMA, out./dez. de 2004, pág. 247-258.

instituto não pode se equiparar ao do dano punitivo, como hoje é conhecido, porque o valor a maior da indenização, a ser pago 'punitivamente', segundo as previsões da Lei nº 7.347/85, servirá a beneficiar um número amplo de pessoas, através do depósito das condenações em fundos previamente determinados. conduta particularmente ultrajante ou insultuosa, permite afirmar, igualmente, a possibilidade de a eventual regulação específica da matéria contemplar a conduta *dolosa*, – e *não* simplesmente *culposa* –, do ofensor como hipótese de aumento do valor da reparação a ser paga por este.²¹⁴.

É irrefutável que o direito brasileiro no decorrer de sua historia sofreu influência de ordenamentos alienígenas, e mais clarividente ainda que pelo fato da nossa colonização ser massificante católica, este anexou, e em outros caso foi altamente influenciado pelo direito canônico. Caso este que se verificou na restituição integral do dano, conforme disposto entre outros dispositivos no artigo 944, do vigente código civil.

Este representa verdadeira inovação legislativa, sem dúvida uma das mais importantes no que diz respeito à responsabilidade civil. Contrariou-se, de fato, o sistema consagrado pelo diploma civil revogado e adotou-se uma formulação que encontra paralelo em outros ordenamentos jurídicos, particularmente daqueles que possam ter servido de inspiração ao legislador nacional.

Mas do que nunca se faz necessário interpretar o dispositivo da reparabilidade do dano à luz das normas constitucionais, tendo em vista que esta visa a integração e, sobretudo a dignidade da pessoa humana, sem desvaler a interpretação literal, fonte de inúmeros avanços legais. Neste sentido, o presente entendimento interpretativo da reparação integral do dano por parte do causador ao ofendido fornece argumentos para que novas reflexões sejam apresentadas a um debate que acaba de ser, simplesmente, iniciado.

²¹⁴ MORAES. Maria Celina Bodin de. Op. Cit. pág. 330-331.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Partindo da demonstração histórica das influências suportadas pelo ordenamento jurídico pátrio, ao longo dos tempos, particularizou-se o direito civilista e na espécie família, sobretudo o instituto do casamento como vetor exemplificativo, pois é incontestável que tal entidade foi influenciada pelas legislações judaicas, romanas e outras religiosas do passado. Para tal demonstrou-se sua forma e procedimentos que foram sendo absorvidos e aplicados e desenvolvidos no direito pátrio.

Em seguida, procurou-se evidenciar que as consequências das ações humanas são inerentes a todos os indivíduos, notadamente pela coexistência de pessoas na sociedade. Igualmente, o direito, como fenômeno histórico e cultural tem como finalidade a pacificação e harmonia de todos por meio de técnicas de solução de conflitos. Fato este que foi dulcificado pelo direito canônico, que durante milênios vem administrando a igreja.

Dentro deste contexto, por meio da presente pesquisa, objetivou-se a análise da evolução dos pressupostos da responsabilidade civil. Especialmente em relação aos conceitos gerais de responsabilidade civil, verifica-se que esta como integrante do direito obrigacional, segundo a qual a conduta humana vincula-se a seu fim, e, na eventualidade do descumprimento de uma obrigação, surge, então, o dever de compensar o dano causado por meio de uma indenização.

Por sua vez, esta evolução histórica da reparabilidade civil se deu de forma lenta, passando por diversos estágios, como a vingança coletiva, vingança privada, composição voluntária e obrigatória. Surge o aperfeiçoamento da responsabilidade civil e reparação do dano. Verifica-se também que a Idade Moderna foi marcada pela mudança de paradigma da culpa subjetiva para a objetiva em relação ao dano, em razão do surgimento da teoria do risco.

Os resultados obtidos desta evolução, e com as influências do direito canônico entre outros desembocaram na necessidade da reparação integral do dano, sua integração com o ramo obrigacional e a visão hodierna que induz a crença de que todo prejuízo efetivamente sofrido por alguém deve ser reparado de forma integral, pois afeta o equilíbrio existente entre as partes e entre estas e a sociedade, e, neste contexto é que a recomposição do *status quo ante* é a própria razão de existir do instituto.

No que tange aos pressupostos da responsabilidade civil, deve-se reconhecer que a doutrina especifica a ação ou omissão, o dano, o nexo de causalidade e a culpa como requisitos para a imposição do dever de indenizar. Como se vê, as disposições atinentes à historicidade e pressupostos da responsabilidade civil visam dar elementos para reconhecer que todo prejuízo deve ser indenizado, pois do contrário seria ineficaz toda a construção doutrinária erigida ao longo da história.

Procurou-se demonstrar que houve como há uma evolução histórica no conceito da restituição integral do dano, como preceitua o disposto na *restitutio in integrum*. Aquela parte da ciência jurídica que, sob os alicerces normativos constitucionais, tem por intenção promover o Princípio da Igualdade, em consonância com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, para ajustar as polaridades sociais e permitir que seja possível o exercício pleno da reparação de quaisquer danos sejam de caráter patrimonial, ou exclusivamente moral.

Destarte, estando delimitados: o problema, os fundamentos jurídicos e a demonstração das influências do direito canônico no atual ordenamento civilista pátrio, mais propriamente no dever da restituição integral do dano, entendeu-se pela comprovação da existência desta influência do *restitutio in integrum*, no atual direito civil pátrio. Agora, se tem a missão de por o assunto em outras pautas, discuti-lo e rediscuti-lo, promovendo a sua difusão e a efetivação, que novas reflexões sejam apresentadas a um debate que acaba de ser, simplesmente, iniciado.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A. Marzoa, J Miras R, Rodríguez-Ocaña. Comentário exegético Al Código de derecho Canônico, 5 vols. 2ª ed. EUNSA, Pamplona, 1991.

ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de filosofia. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
AGAR, José T. Martín de. **Indrucción al derecho Canônico**. Madri: Tecnos, 2002, (citando Josemaria Escrivã, El matrimonio vocación cristiana, es Cristo que pasa, 30ª ed. Rialp, Madri, 1994.

ALBERTARIO, Emilio .LA Definizion E dei Matrimônio Secondo Modestino ,in Studi in Memória di Aldo Albertoni, Padova,Cedam:1975.

ALMEIDA, João Ferreira. **Bíblia Sagrada. Livro do Êxodo** Cap. 22 Vvs 16-31. São Paulo: Editora Vida, 1999.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1965.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. O fim da culpa na separação judicial, uma perspectiva histórico-jurídica, Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ALVIM Agostinho, **Da Equidade**, in Revista dos Tribunais, vol. 797, São Paulo: Revista dos Tribunais, março de 2002.

ALVIM, Arruda, PINTO, Teresa Arruda. **Ação Rescisória: Repertório de Jurisprudência e Doutrina**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

BARBOZA, Heloísa Helena e MORAES, Maria Celina Bodin de e TEPEDINO, Gustavo *et al.*, **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, vol. II, 2006.

BUSSANI, Mauro, **As peculiaridades da noção de culpa – um estudo de direito comparado**, tradução de Helena Saldanha, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000.

BUSTAMANTE, Thomas e SILVA, Denis Franco. **Neminem Laedere**: o novo Código Civil brasileiro e a integral reparabilidade dos danos materiais decorrentes de ato ilícito, in Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 20, Rio de Janeiro, PADMA, out./dez. de 2004.

CAENEGEM, R. C. Van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A Culpa na Responsabilidade Civil – Estrutura e Função**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de Direito da Família e das Sucessões**. São Paulo: Editora Forense,1989.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CÓDIGO DE DIREITO CANÔNICO, promulgado pela constituição apostólica, 25 de janeiro de 1983.

COLOMA, Aurelia Maria Romero. Reclamaciones e indemnizaciones entre familiares em el marco de la responsabilidad civil, Barcelona: Bosch, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9ª ed. São Paulo: revistas dos tribunais. 2013.

FALCO, Mario. Introduzione allo studio del Codex Juris Canonici. Torino: Fratelli Bocca, 1925.

FULGÊNCIO, Tito. Do desquite, São Paulo: Livraria Acadêmica, Saraiva & Comp. Editores, 1923.

FUNARI, Pedro Paulo Abreu. **Cultura popular na antiguidade clássica**: grafites e arte, erotismo, sensualidade e amor, poesia e cultura. São Paulo: Contexto, 1996.

_____. **Grécia e Roma**. São Paulo: Editora Contexto, 2003.

GIORDANI, Mario Curtis. **Iniciação ao Direito Romano**. Rio de Janeiro. Editora Líder Júris, 1986.

GOLDSCHMIDT, James. **Direito Processual Civil**. vol. I. São Paulo: Bookseller, 2003.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. 11ª ed. Forense Rio de Janeiro, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 11. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONZÁLEZ, Maria Paz Sánchez. *La extinción del derecho a la pensión compensatória*, Granada: Editorial Comares, 2005.

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

GUSMÃO, Paulo Dourado, **Introdução ao estudo do Direito**, São Paulo: Forense, 33ª edição revista e ampliada, 2003.

HAMMAN, A. G. **Santo Agostinho e seu tempo**. Tradução Álvaro Cunha. São Paulo: Paulinas 1989.

LEÃO, Sinaide de Gregório. **A Influência do Direito Hebraico no Direito brasileiro**. Rio de Janeiro: LUMEM JURIS, 1998.

LIMONGI FRANÇA. **Enciclopédia saraiva de direito**. São Paulo: Saraiva, Vol. 65, 1977.

LLANO CIFUENTES, Rafael. **Relações entre a Igreja e o Estado**: a Igreja e o Estado à luz do Vaticano II, do Código de Direito Canônico de 1983 e da Constituição Brasileira de 1988. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: José Olympio, 1989.

LOMBARDÍA, Pedro. **Lições de direito canônico**. São Paulo: edições Loyola, 2008.

MORAES Maria Celina Bodin de, **Danos à Pessoa Humana – uma leitura civil-constitucional dos danos morais**, Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

MEIRELES Hadas Ledel. **Flávio Josejo: o judeu de Roma**. Rio de Janeiro: Editora Imago, 1991.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **TRATADO DE DIREITO DE FAMÍLIA**. São Paulo: Max Limonad Editor. 3º ed., Vol. I. 2010.

MODESTINO apud WALD, Arnaldo. **O Novo Direito de Família**. 14 ed. rev. atual. ampliada. São Paulo: Saraiva, 2002.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil Direito de Família**. 39º ed. São Paulo: Saraiva, 2010

MONTEIRO FILHO. Carlos Edison do Rêgo de. **Elementos de responsabilidade civil por dano moral**, Rio de Janeiro: Renovar. 2000.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito romano**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MOZO, Fernando Moreno. Cargas del matrimonio y alimentos, Granada: Editorial Comares, 2008.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**: fundamentos do direito das obrigações introdução á responsabilidade civil. Vol. I, São Paulo: Saraiva, 2007.

OLIVEIRA, José Lopes de. **CURSO DE DIREITO CIVIL- DIREITO DE FAMÍLIA**. São Paulo: Editora Sugestões Literárias. 3º ed., 1980.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, Vol. III. 2002.

REIS, Cleyton. **Dano Moral**, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

ROBERTO, Giordano Bruno S.-**Introdução à História do Direito Privado** Rio de Janeiro: Ed. Del Rey, 2003.

RODRIGUES, Silvio. Direito civil: **Responsabilidade civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SAMPEL, Edson Luiz. **Introdução ao Direito Canônico**. São Paulo: LTR, 2001.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil – da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos**. São Paulo: Atlas, 2007.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TARTUCE, Flávio, Organizador. **Responsabilidade Civil Objetiva e Risco: A Teoria do Risco Concorrente - Coleção Professor Rubens Limongi França - Vol. 10**. Editora Modena 2011.

TAVARES DA SILVA Regina Beatriz Novo **Código Civil Comentado**, coordenado por Ricardo Fiúza, São Paulo, Saraiva, 2002.

TUCCI, José Rogério Cruz e AZEVEDO, Luiz Carlos de, **Lições de Processo Civil Canônico**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

TUCCI, J.; AZEVEDO, L. **Lições de História do Processo Civil Romano**. Revista dos Tribunais, São Paulo. 1996.

VELASCO, Ignácio M. Poveda. **Os Esponsais no Direito Luso-Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latim do Brasil, 2007.

VENOSA ,Silvio de Salvo. Direito Civil: **Teoria Geral, direito de Família**. 6° ed. São Paulo: Atlas,1994.

VISINTINI, Giovanna. **Tratado de la Responsabilidad Civil**. Vol. II. Ed. Astrea. Ciudad de Buenos Aires, 1999.

FONTE INTERNET

BRANDÃO, C. R. C.; **O dano moral e sua breve história desde o antigo Código Civil Brasileiro** (Lei nº 3.071/1916). **Jus Navigandi**. Teresina, n. 2356, 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14015>>. Acesso em: 04 de maio de 2011.

CAETANO, Marcello, **Recepção e execução dos decretos do concílio de Trento em Portugal**, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa , vol. XIX, 1965. Disponível em <http://www.fd.ulisboa.pt/Biblioteca/PesquisaJur%C3%ADdica/BibliotecaDigital/Rep osit%C3%B3rioFDUL.aspx>. Acesso em 20/05/2014.

Francisco Caetano Pereira: subsídios canônicos ao direito processual disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/18015-18016-1-pb.pdf>. Acesso em 20/04/2014.

FREITAS, Claudia Regina Bento de. **O *Quantum* Indenizatório em Dano Moral: Aspectos Relevantes para a sua Fixação e suas Repercussões no Mundo Jurídico.** [dissertação]. Rio de Janeiro. Escola de Magistratura do Estado do Rio Janeiro. 2009. disponível em http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7053, acesso em 20/07/2014.

MADALENO Rolf. *Responsabilidade civil na conjugalidade e alimentos compensatórios.* *Revista brasileira de direito das famílias e sucessões*, v. 11, n. 13, p. 5-29, dez./jan. 2009/2010. Disponível em: <http://dirfam.blogspot.com.br/2014/03/pensao-compensatoria.html>. Acesso 20/10/14.

NAVARRO, Luiz George. **A defesa do réu na história do processo.** São Paulo, 1994. Tese de Mestrado Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.ufcg.edu.br/~historia/iiclh/portugues/filestodownload/IICIH-CadernoDeResumos.pdf>. Acesso em 05/08/2014.

RABELO, Cesar Leandro de Almeida. A dissolução do casamento e a responsabilidade civil. disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9275, acesso em 25/10/14.

ANEXOS: JURISPRUDÊNCIAS

Anexo 01 **RECURSO ESPECIAL Nº 742.137 - RJ (2005/0060295-2).**

Anexo 02 **Apelação Cível Nº 0277302-2 do TJPE.**

Anexo 03 **APELAÇÃO CÍVEL nº 361.324.4/7, da Comarca de São Paulo/F.R. Tatuapé, voto vencido, do Desembargador ÊNIO SANTARELLI ZULIANI, Relator Vencido**

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 742.137 - RJ (2005/0060295-2)

RELATORA : **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE : **P C H E OUTRO**
ADVOGADOS : **MARCELO FONTES CÉSAR DE OLIVEIRA**
EVANDRO PERTENCE E OUTRO(S)
RECORRENTE : **M L F DE B E OUTRO**
ADVOGADOS : **ROBERTO BENJÓ E OUTRO**
WALFREDO FREDERICO DE SIQUEIRA CABRAL DIAS E
OUTRO
ADVOGADOS : **CHRISTINA AIRES CORRÊA LIMA E OUTRO**
FÁBIO DE SOUSA COUTINHO E OUTRO(S)
RECORRIDO : **OS MESMOS**

EMENTA

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

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

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

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

- *A procedência do pedido de indenização por danos materiais exige a demonstração efetiva de prejuízos suportados, o que não ficou evidenciado no acórdão recorrido, sendo certo que os fatos e provas apresentados no processo escapam da apreciação nesta via especial.*

- *Para a materialização da solidariedade prevista no art. 1.518 do CC/16 (correspondência: art. 942 do CC/02), exige-se que a conduta do "cúmplice" seja ilícita, o que não se caracteriza no processo examinado.*

- *A modificação do valor compulsório a título de danos morais mostra-se necessária tão-somente quando o valor revela-se irrisório ou exagerado, o que não ocorre na hipótese examinada.*

Recursos especiais não conhecidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, após a renovação do julgamento, e, da ratificação dos votos dos Srs. Ministros Nancy Andrichi, Castro Filho, Humberto Gomes de Barros e Ari Pargendler, e do voto

Superior Tribunal de Justiça

do Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, convocado para compor quorum, por maioria, não conhecer do recurso especial de P C H E OUTRO, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Votaram vencidos os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros e Ari Pargendler. Os Srs. Ministros Castro Filho e Hélio Quaglia Barbosa votaram com a Sra. Ministra Relatora. Impedido o Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

Brasília (DF), 21 de agosto de 2007.(data do julgamento).

MINISTRA NANCY ANDRIGHI

Relatora



RECURSO ESPECIAL Nº 742.137 - RJ (2005/0060295-2)

RECORRENTE : P C H E OUTRO
ADVOGADO : BENEDICTO ULTRA ABICAIR E OUTROS
RECORRIDO : M L F DE B E OUTRO
ADVOGADOS : ROBERTO BENJO E OUTRO
WALFREDO FREDERICO DE SIQUEIRA CABRAL DIAS E
OUTRO
ADVOGADA : CHRISTINA AIRES CORRÊA LIMA E OUTRO

RELATÓRIO

RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

Dois recursos especiais, um interposto por P C H e I V H, com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional, e outro interposto por M L F de B e outro, com fundamento nas alíneas "a" e "c".

Ação: indenização por danos materiais e morais ajuizada pelos primeiros recorrentes, declinando, em síntese, como causas de pedir: (i) o descumprimento do dever conjugal de fidelidade e (ii) a omissão, durante aproximadamente vinte anos, sobre a verdadeira paternidade biológica dos dois filhos nascidos durante a constância do casamento de P C H com M L F de B.

Sentença: julgou improcedente o pedido em relação à I V H e parcialmente procedente em relação a P C H para condenar apenas M L F de B ao pagamento de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) a título de indenização por danos morais.

Acórdão: negou provimento aos recursos de apelação interpostos por ambas as partes, nos termos da ementa que se segue:

"Sofre dano moral o ex-marido que, vinte e cinco anos após, vem a descobrir que não são seus os filhos de sua ex-esposa.

Ausência de ilicitude na conduta do verdadeiro pai dos filhos e ausência denexo causal entre tal omissão e a impossibilidade de a atual mulher do ex-marido ser mãe.

*Linguagem da exordial que não ultrapassou os limites da lei.
Apelações a que se nega provimento" (fls. 492).*

Embargos de declaração: rejeitados.

Recurso especial interposto por P C H e I V H: alegou-se, em síntese, violação:

a) aos arts. 128, 458, II e III, 460, 515, § 1º e 2º do CPC, por entender que o Tribunal de origem deixou de apreciar uma das causas de pedir invocadas na petição inicial referente à "*prática de adultério*" como fato ensejador de indenização por dano moral;

b) aos arts. 231, I, 240 e 159 do CC/16, pretendendo indenização por dano moral "*em razão do adultério cometido pelos segundos recorrentes*";

c) ao art. 1.518, § único do CC/16, por não ter sido reconhecida a solidariedade entre os segundos recorrentes;

d) aos arts. 964 e 965, buscando indenização pelos prejuízos patrimoniais que sustentam ter suportado;

e) ao art. 159 do CC/16, por entender que a indenização por dano moral deveria ser majorada, considerando as peculiaridades descritas na petição inicial e reconhecidas pelo Tribunal de origem.

Recurso especial interposto por M L F de B e F de B: alegou-se violação ao art. 159 do CC/16 e dissídio jurisprudencial, pretendendo a redução do valor indenizatório.

Os recursos não foram admitidos na origem, tendo sido interpostos agravos de instrumento, aos quais dei provimento determinando a subida de ambos os recursos especiais.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 742.137 - RJ (2005/0060295-2)

RELATORA : **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE : **P C H E OUTRO**
ADVOGADO : **BENEDICTO ULTRA ABICAIR E OUTROS**
RECORRIDO : **M L F DE B E OUTRO**
ADVOGADOS : **ROBERTO BENJO E OUTRO**
WALFREDO FREDERICO DE SIQUEIRA CABRAL DIAS E
OUTRO
ADVOGADA : **CHRISTINA AIRES CORRÊA LIMA E OUTRO**

VOTO

RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

1. Do recurso especial interposto por P C H e I V H

a) Da alegada violação aos arts. 128, 458, II e III, 460, 515, § 1º e 2º do CPC

Sustentam os recorrentes que o Tribunal de origem deixou de apreciar uma das causas de pedir invocadas na petição inicial referente à alegada prática de adultério pelos recorridos.

Contudo, da leitura do acórdão recorrido depreende-se que a questão foi discutida pelo Tribunal de origem, contudo, a solução apresentada no acórdão recorrido foi diversa da pretendida pelos recorrentes. Confira-se:

"(...) o que se pune aqui não é o adultério da ré. Este foi inegavelmente perdoado pelo autor, tanto que passados mais de 17 anos da separação do casal, confessando o autor na exordial que dele teve conhecimento quando da separação, tendo sido sua razão. Tanto mais ainda que, na separação, obrigou-se o autor a prestar alimentos à ré" (fls. 494).

Com isso, inviável reconhecer a invocada omissão no acórdão recorrido.

b) Da pretendida indenização por dano moral em decorrência do descumprimento do dever de fidelidade conjugal - arts. 231, I, 240 e 159 do CC/16

Conforme é possível observar do trecho do acórdão recorrido transcrito no ponto anterior, o Tribunal de origem apresentou um único fundamento para afastar a responsabilidade civil dos recorridos em relação ao descumprimento do dever conjugal de fidelidade, qual seja: a ocorrência de perdão tácito.

O Tribunal de origem entendeu que, em razão do decurso do tempo e do fato de o recorrente ter se obrigado, na época da separação consensual, a prestar alimentos à recorrida, seria inviável acolher o pedido indenizatório pela prática do alegado adultério.

No entanto, constata-se que o recorrente deixou de impugnar este único fundamento apresentado no acórdão recorrido, atraindo, portanto, a incidência do óbice da Súmula 283/STF.

Neste ponto do recurso especial, alegou-se apenas que o descumprimento do dever conjugal de fidelidade configurava ato ilícito, capaz de ensejar reparação indenizatória, entretanto, não foi discutida a questão referente à ocorrência de perdão tácito, reconhecida pelo Tribunal de origem.

Assim, não há como analisar a pretensão do recorrente apresentada neste item do recurso especial.

c) Da solidariedade - art. 1.518, § único do CC/16

Com o recurso especial, pretende-se a aplicação do art. 1.518 do CC/16, para que o segundo recorrido, F de B, responda solidariamente pelos danos morais suportados pelo primeiro recorrente.

Na petição inicial, conforme já esclarecido, foram declinadas duas causas de pedir: (i) infidelidade da primeira recorrida e (ii) omissão, durante aproximadamente vinte anos, sobre a verdadeira paternidade biológica dos dois filhos nascidos durante a constância do casamento de P C H com M L F de B.

Superior Tribunal de Justiça

Considerando que foi afastado, pelo Tribunal de origem, o cabimento de reparação de danos em decorrência da infidelidade, a possibilidade de aplicação do art. 1.518 do CC/16 deve ser analisada somente em relação à segunda causa de pedir.

Neste sentido, confira-se os argumentos apresentados no acórdão recorrido para deixar de reconhecer a solidariedade pretendida pelos recorrentes:

"No entanto, por esta omissão e como bem decidido pela d. magistrada, não responde o réu. E não responde porque não tinha o dever jurídico de aclarar ao autor a situação, de revelar ao autor que o mesmo não era pai dos filhos de sua amante. Não há, em assim decidindo-se, ofensa ao art. 1.518, § único, CC 1916, porquanto só há solidariedade entre os autores do ato ilícito, ou seja, só haveria solidariedade se o réu tivesse praticado ato ilícito, o que não se verificou" (fls. 495).

Carvalho Santos, em seus comentários ao parágrafo único do art. 1.518 do CC/16 esclarece ser necessária a "*colaboração culposa*" para qualificação da figura do "*cúmplice*". Registre-se:

"Perante o Direito Civil, a responsabilidade é igual: autores e cúmplices acham-se na mesma plana, em pé de igualdade. Duas razões de vária natureza ditam o preceito: A cooperação culposa para a consumação do ato ilícito; desde que alguém foi considerado cúmplice, é que concorreu para o dano, e nesta cooperação houve culpa. – Deve responder pelo dano, pela totalidade do dano, pois, ainda que o seu auxílio haja sido dispensável, ainda que a cumplicidade seja posterior ao ato delituoso; a outra razão é maior possibilidade de ressarcimento do prejuízo"

Considerando estes fundamentos, de fato, na hipótese sob julgamento não há como ser atribuída responsabilidade solidária ao segundo recorrido em relação aos danos morais decorrentes da omissão do fato de o primeiro recorrente não ser o pai biológico dos dois filhos da primeira recorrida, pois inexistem elementos nos autos que demonstrem "*colaboração culposa*" do segundo recorrido na causação do evento danoso.

Ademais, para configuração da solidariedade prevista no referido dispositivo legal exige-se que a conduta do "*cúmplice*" seja ilícita, contudo, no processo em exame, não se verifica qualquer descumprimento de um dever jurídico ou legal por

parte do segundo recorrido.

Até seria possível vislumbrar descumprimento de um dever moral de sinceridade e honestidade, considerando ser fato incontroverso nos autos a amizade entre o primeiro recorrente, P C H, e o segundo recorrido, F de B. Entretanto, a violação a um dever moral não justificaria o reconhecimento da solidariedade prevista no art. 1.518 do CC/16.

Assim, sob este aspecto, não há reforma a ser promovida no acórdão recorrido.

d) Dos danos materiais - arts. 964 e 965 do CC

Para julgar procedente o pedido de indenização por danos materiais, seria necessária a demonstração efetiva dos prejuízos suportados. Contudo, na hipótese sob julgamento, o Tribunal de origem reconheceu que estes não foram comprovados, o que inviabiliza a procedência do pedido indenizatório.

Observe-se trecho do acórdão recorrido:

"Não há prova dos danos materiais alegados pelo autor. A uma porque, como já pontuado, o ato ilícito aqui punido não foi o adultério, mas a omissão e desta omissão não resultou quaisquer dos prejuízos informados na exordial. A prova testemunhal é ainda no sentido de que, separados, levou o autor uma vida agradável, usufruindo de sua razoável condição sócio-econômica até o acidente automobilístico, este sim causador da derrocada sofrida pelo autor. A impugnação à venda do apartamento na Barra, da casa em Angra, etc. deve ser objeto de irresignação própria, não comprovado nestes autos qualquer vício de vontade"(fls. 495).

Com isso, não há como reconhecer a pretensão do primeiro recorrente apresentada neste ponto do recurso especial, pois implicaria reexame de fatos, o que é vedado a este Tribunal.

e) Do valor da indenização por dano moral - art. 159 do CC/16

Superior Tribunal de Justiça

Pretende o recorrente seja majorado o valor indenizatório fixado a título de dano moral pelo ato omissivo praticado pela primeira recorrida.

Este Tribunal tem entendido que o bom êxito da inconformidade com o valor arbitrado a título de indenização por danos extrapatrimoniais ocorre, em sede de recurso especial, quando o valor fixado destoa daqueles fixados em outros precedentes deste Tribunal, ou revela-se irrisório ou exagerado, o que não ocorreu na hipótese em exame.

O Tribunal de origem manteve o valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) arbitrados na sentença, apresentando as seguintes justificativas:

"O valor indenizatório está fixado em consonância com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Não se pode olvidar, a uma, a duração da ofensa - 25 anos. O autor pensou durante 25 anos que fosse pai de Patrícia e Pedro, este com seu próprio nome. Não o era. Leva-se ainda em consideração a situação sócio-econômica dos envolvidos. O autor não mais pode ter filhos. Assim, quer parecer-me que até na fixação do valor indenizatório decidiu com inegável acerto a d. magistrada" (fls. 495).

Sendo assim, considerando a observância do princípio da razoabilidade pelo Tribunal de origem, não deve ser modificado o valor fixado a título de danos morais pela omissão verificada na hipótese, vigorando a correção monetária desde a sentença e os juros desde a citação.

2. Do recurso especial interposto por M L F de B e F de B - violação ao art. 159 do CC/16 e dissídio jurisprudencial

Da leitura do recurso especial interposto por M L F de B e F de B, depreende-se que a irresignação dos recorrentes é restrita ao valor da indenização arbitrado em primeiro grau de jurisdição e mantido pelo Tribunal de origem.

Na tentativa de reduzir o valor indenizatório fixado em R\$ 200.000,00, apontam violação ao art. 159 do CC/16 e dissídio jurisprudencial, alçando a paradigma três julgados deste Tribunal, quais sejam: Resp 348072/SP, de minha relatoria, pub. no DJ de 18.02.2002; Resp 507120, da relatoria da e. Min. Eliana Calmon, pub. no DJ de 10.11.2003 e Resp 412684, da relatoria do e. Min. Ruy Rosado de Aguiar, pub. no DJ de

25.11.2002.

Em relação à alegada divergência jurisprudencial, constata-se que inexistente similitude fática entre as hipóteses confrontadas.

Os dois primeiros acórdãos acima referidos discutiram hipótese diversa da ora examinada, tendo tratado de indenização por dano moral em razão do falecimento de um ente familiar, o que, por si, inviabiliza a análise do apontado dissídio.

Quanto ao terceiro paradigma colacionado pelos recorrentes (Resp 412684), não obstante tenha discutido hipótese análoga - indenização por dano moral pela omissão em relação a verdadeira paternidade do filho nascido na constância do casamento, a Quarta Turma deste Tribunal, naquela oportunidade, não debateu a possibilidade de alteração do valor indenizatório por entender que incidia na espécie o óbice da Súmula 7/STJ.

Assim, também mostra-se inviável apreciar a alegada divergência jurisprudencial em relação a este julgado trazido pelos recorrentes.

Resta, portanto, discutir a alegada violação ao art. 159 do CC/16, suscitada neste segundo recurso especial, para averiguar eventual exorbitância do valor indenizatório fixado na origem.

Conforme delimitado na sentença e no acórdão recorrido, o fundamento que justificou a responsabilidade civil imputada à primeira recorrente foi a ausência de informação acerca da verdadeira paternidade.

No sistema da responsabilidade civil extracontratual, para configuração da obrigação de indenizar exige-se a prática de violação a um dever jurídico, que muitas vezes não se encontra, expressamente, indicado na lei, mas que, nem por isso, impede a caracterização de ato ilícito ensejador da responsabilidade pelos danos causados.

Observa-se que "*respeito e consideração mútuos*" só foram incluídos como deveres conjugais no CC/02. No entanto, considerando as modificações pelas quais passou o direito de família e levando em conta a disposição constitucional acerca do dever de respeito à pessoa, é perfeitamente possível compreender, de forma extensiva, o dever de fidelidade, constante do art. 231 do CC/16, e concluir que cabe aos cônjuges também a observância do dever, implícito, de lealdade e sinceridade recíproca.

Superior Tribunal de Justiça

Assim, após sopesar o relacionamento conjugal e observar a nova disposição legal, não há dúvida que a recorrente, M L F de B, transgrediu o dever de sinceridade, ao omitir, deliberadamente, a verdadeira paternidade biológica dos filhos, mantendo o recorrido na ignorância de um dos mais relevantes fatos da vida de uma pessoa que é a paternidade.

O desconhecimento do recorrido, P C H, por mais de vinte anos, do fato de não ser o pai biológico dos filhos gerados durante o casamento com a recorrente, M L F de B, atinge, sem dúvida a dignidade da pessoa, toca e fere a auto-estima e gera sentimentos de menosprezo e traição, violando, em última análise, a honra subjetiva: que é o apreço que a pessoa tem sobre si mesma, conduzindo à depressão e à tristeza vivenciadas pelo recorrido.

Neste contexto, consideradas as peculiaridades da hipótese sob julgamento, entendo ter sido razoável a fixação de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) a título de indenização pelos danos morais suportados pelo recorrido, não havendo motivos para a redução do *quantum* indenizatório.

Forte em tais razões, não conheço de ambos os recursos especiais.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 2005/0060295-2

REsp 742137 / RJ

Números Origem: 20012090015045 200413708492 200500125924

PAUTA: 03/08/2006

JULGADO: 03/08/2006

Relatora

Exma. Sra. Ministra **NANCY ANDRIGHI**

Ministro Impedido

Exmo. Sr. Ministro : **CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **CASTRO FILHO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MAURÍCIO DE PAULA CARDOSO**

Secretária

Bela. **SOLANGE ROSA DOS SANTOS VELOSO**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : P C H E OUTRO

ADVOGADOS : BENEDICTO ULTRA ABICAIR E OUTROS

EVANDRO PERTENCE E OUTROS

RECORRENTE : M L F DE B E OUTRO

ADVOGADOS : ROBERTO BENJO E OUTRO

WALFREDO FREDERICO DE SIQUEIRA CABRAL DIAS E OUTRO

ADVOGADA : CHRISTINA AIRES CORRÊA LIMA E OUTRO

RECORRIDO : OS MESMOS

ASSUNTO: Civil - Responsabilidade Civil - Indenização - Ato Ilícito - Dano Moral

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto da Sra. Ministra relatora, não conhecendo de ambos os recursos especiais, pediu vista o Sr. Ministro Castro Filho. Aguardam os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros e Ari Pargendler.

Impedido o Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

Brasília, 03 de agosto de 2006

SOLANGE ROSA DOS SANTOS VELOSO

Secretária

RECURSO ESPECIAL Nº 742.137 - RJ (2005/0060295-2)

RELATORA : **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE : **P C H E OUTRO**
ADVOGADOS : **MARCELO FONTES CÉSAR DE OLIVEIRA**
EVANDRO PERTENCE E OUTROS
RECORRENTE : **M L F DE B E OUTRO**
ADVOGADOS : **ROBERTO BENJO E OUTRO**
WALFREDO FREDERICO DE SIQUEIRA CABRAL DIAS E
OUTRO
ADVOGADA : **CHRISTINA AIRES CORRÊA LIMA E OUTRO**
RECORRIDO : **OS MESMOS**

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO FILHO: - As partes interpuseram recurso especial contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, envolvendo questões relacionadas à indenização por prejuízos de ordem moral e material, ajuizada pelos primeiros recorrentes, tendo como causas de pedir: a) a infidelidade da primeira recorrida na constância do matrimônio; b) a descoberta, após aproximadamente vinte e cinco anos, que o primeiro recorrente não é o pai biológico dos filhos nascidos na constância do matrimônio; c) os prejuízos advindos da partilha por ocasião da separação; d) a impossibilidade da segunda recorrente de ter filhos e, por fim, e) a responsabilidade do segundo recorrido por não ter informado ao primeiro recorrente sobre a verdadeira paternidade biológica dos seus filhos.

Por sua vez, o segundo recurso especial busca a redução da condenação por danos morais, fixada em R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), pelo fato de haver a primeira recorrida, ora também recorrente, omitido ao autor sobre a paternidade dos filhos nascidos na constância do matrimônio.

A ilustre Ministra Nancy Andrichi, quanto ao recurso dos autores, afastou a alegada ofensa aos artigos 128, 458, II e III, 460 e 515, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil, ressaltando haver o tribunal *a quo* discutido as questões suscitadas

Superior Tribunal de Justiça

pelas partes, pronunciando-se acerca dos fundamentos suficientes à prestação jurisdicional invocada.

No tocante à alegada violação aos artigos 231, I, 240 e 159 do Código Civil de 1916, quanto à pretensão por dano moral em decorrência do descumprimento do dever de fidelidade conjugal, reconheceu a aplicação do enunciado 283 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

Entendeu ainda que, quanto ao artigo 1.518, parágrafo único, do mesmo diploma legal, correta a conclusão do acórdão, uma vez que não há falar em 'cúmplice', quando afastou-se a existência do ilícito.

Por fim, não vislumbrou qualquer modificação à exclusão dos danos materiais, aplicando o enunciado 7 da Súmula desta Corte, bem como manteve a condenação dos danos morais, pela razoabilidade.

Quanto ao segundo recurso, esclareceu não estar o alegado dissídio pretoriano devidamente comprovado, uma vez que não há similitude fática dos arestos trazidos à divergência, nos moldes dos artigos 541, parágrafo único, do Cód. de Proc. Civil e 255, § 2º, do Regimento Interno deste Tribunal. Por fim, reiterou a posição da razoabilidade do valor da condenação, afastando a violação ao artigo 159 do Código Civil revogado.

Pedi vista para melhor estudar a questão, que é bastante singular.

Analisei, detidamente, todo o quadro fático construído. Examinando o acórdão proferido na apelação, integrado pelos dos embargos de declaração, chamou-me à atenção a exclusão da reparação pelos danos morais sofridos pelo autor, em decorrência da infidelidade, do adultério. Essa foi a razão principal do pedido de vista, pois, inquestionavelmente, é a infidelidade conjugal gravame de ordem imaterial dos mais sérios.

Superior Tribunal de Justiça

E isso é histórico; é tão antigo como o próprio adultério. Como tive oportunidade de rememorar, no momento do julgamento, o grande *Homero*, em sua clássica *Odisséia*, narra uma assembléia de deuses pagãos, em que se discutia sobre adultério de Afrodite com Ares, apanhados em flagrante, o que acabou por gerar condenação a indenização.

Entretanto, apesar de estar convencido de que há prejuízo de ordem moral a ser reparado, por infidelidade matrimonial, acompanho a ilustre Ministra relatora, neste caso, uma vez que, para afastar tal pretensão, o tribunal estadual reconheceu a existência do perdão tácito, exercido pelo autor. E, no ponto, não houve impugnação recursal. Correta, pois, a aplicação do enunciado 283 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, por analogia.

Ademais, há de se reconhecer que a condenação em decorrência da omissão quanto à verdadeira paternidade biológica dos filhos nascidos na constância do casamento, engloba, de forma indireta, os prejuízos de ordem moral sofridos pelo marido enganado.

Feitas essas considerações, e verificada a integral procedência das conclusões da brilhante relatora, para ambos os recursos, acompanho-a integralmente.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 2005/0060295-2

REsp 742137 / RJ

Números Origem: 20012090015045 200413708492 200500125924

PAUTA: 03/08/2006

JULGADO: 07/11/2006

Relatora

Exma. Sra. Ministra **NANCY ANDRIGHI**

Ministro Impedido

Exmo. Sr. Ministro : **CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **CASTRO FILHO**

Subprocurador-Geral da República
(AUSENTE)

Secretária

Bela. **SOLANGE ROSA DOS SANTOS VELOSO**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : P C H E OUTRO
ADVOGADOS : MARCELO FONTES CÉSAR DE OLIVEIRA
EVANDRO PERTENCE E OUTROS
RECORRENTE : M L F DE B E OUTRO
ADVOGADOS : ROBERTO BENJÓ E OUTRO
WALFREDO FREDERICO DE SIQUEIRA CABRAL DIAS E OUTRO
ADVOGADA : CHRISTINA AIRES CORRÊA LIMA E OUTRO
RECORRIDO : OS MESMOS

ASSUNTO: Civil - Responsabilidade Civil - Indenização - Ato Ilícito - Dano Moral

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Castro Filho, não conhecendo de ambos os recursos especiais, pediu vista, o Sr. Ministro Ari Pargendler. Aguarda o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros.

Ausente, justificadamente, nesta assentada, o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros.
Impedido o Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

Brasília, 07 de novembro de 2006

SOLANGE ROSA DOS SANTOS VELOSO
Secretária

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 742.137 - RJ (2005/0060295-2)

TERCEIRA TURMA - 06.03.2007

VOTO-VISTA

EXMO SR. MINISTRO ARI PARGENDLER:

Nos autos de "ação de reparação de danos" proposta por P C H e I V H (fl. 02/10), a MM. Juíza de Direito Suimei Meira Cavaliere julgou procedente em parte o pedido "com relação aos danos morais, arbitrados em R\$ 200.000,00, somente em relação à segunda ré" (fl. 352, 2º vol.).

O tribunal a quo, relator o Juiz de Direito Substituto de Desembargador Horácio dos Santos Ribeiro Neto manteve a sentença, destacando-se no acórdão os seguintes trechos:

"Observa-se - e este é um ponto essencial - que o que se pune aqui não é o adultério da ré. Este foi inegavelmente perdoado pelo autor, tanto que passados mais de 17 anos da separação do casal, confessando o autor na exordial que dele conheceu quando da separação, tendo sido sua razão. Tanto mais ainda que, na separação, obrigou-se o autor a prestar alimentos à ré.

O que aqui se pune, o que aqui revelou-se ilícito é a omissão dolosa da ré em esconder do autor de que não era ele pai de seus filhos. Este é o ato ilícito ensejador da indenização e que evidentemente causou ao autor graves danos morais.

E este ato, concessa venia, não há civilização antiga ou moderna, ocidental ou oriental, cristã ou muçulmana, que o contemple, que lhe dê guarida. Não há tampouco, quanto a este, ordenamento jurídico antes da CF, ou depois da CF, que o repute lícito e de acordo com o Direito.

Não violou a sentença, portanto, quaisquer dos preceitos da CF invocados na apelação dos réus. O princípio da afetividade certamente, como já visto, não ampara a conduta da ré, por mais infeliz que tenha sido em seu casamento com o autor.

No entanto, por esta omissão e como bem decidido pela d. magistrada, não responde o réu. E não responde porque não tinha o dever jurídico de aclarar ao autor a situação, de revelar ao autor que o mesmo não era pai dos filhos de sua amante.

Não há, em assim decidindo-se, ofensa ao art. 1.518,

Superior Tribunal de Justiça

parágrafo único, CC 1916, porque só há solidariedade entre os autores do ato ilícito, ou seja, só haveria solidariedade se o réu tivesse praticado ato ilícito, o que não se verificou.

Também decidiu bem a d. magistrada ao afastar a pretensão indenizatória da autora. A autora não é mãe porque o autor teria sido enganado pela ré. A Autora não é mãe porque se casou com um homem que fez vasectomia. Esta é a causa de a autora não ter filhos. Não há nexos de causalidade entre a omissão da ré e a falta de filhos da autora" (fl. 494/495, 3º vol.).

M L F B e F B interpuseram recurso especial (fl. 519/536, 3º vol.).

P C H e I V H opuseram embargos de declaração (fl. 498/500, 3º vol.), rejeitados (fl. 503/504), renovaram-os (fl. 506/512, 3º vol.) sem sucesso (fl. 515/517, 3º vol.), e interpuseram recurso especial (fl. 580/593, 3º vol.).

A relatora, Ministra Nancy Andrighi, votou pelo não conhecimento dos recursos especiais. Em voto vista, o Ministro Castro Filho concluiu no mesmo sentido.

Pedi vista dos autos para examinar o recurso especial interposto por P C H (não o de I V H, embora embutido na mesma peça) quanto à abrangência do dano moral e à respectiva indenização, bem quanto à responsabilidade de Félix de Bulhões.

A relatora, Ministra Nancy Andrighi, excluiu a indenização do dano moral resultante da infidelidade porque o tribunal a quo decidiu no pressuposto de que o adultério foi perdoado, sem que esse fundamento fosse impugnado no recurso especial, *in verbis*:

"Conforme é possível observar do trecho do acórdão recorrido transcrito no ponto anterior, o Tribunal de origem apresentou um único fundamento para afastar a responsabilidade civil dos recorridos em relação ao descumprimento do dever conjugal de fidelidade, qual seja: a ocorrência de perdão tácito.

O Tribunal de origem entendeu que, em razão do decurso do tempo e do fato de o recorrente ter se obrigado, na época da separação consensual, a prestar alimentos à recorrida, seria inviável acolher o pedido indenizatório pela prática do alegado adultério.

No entanto, constata-se que o recorrente deixou de impugnar este único fundamento apresentado no acórdão recorrido, atraindo, portanto, a incidência do óbice da Súmula

Superior Tribunal de Justiça

283, STF.

Neste ponto do recurso especial, alegou-se apenas que o descumprimento do dever conjugal de fidelidade configurava ato ilícito, capaz de ensejar reparação indenizatória, entretanto, não foi discutida a questão referente à ocorrência de perdão tácito, reconhecida pelo Tribunal de origem”.

As razões do recurso especial dizem, a propósito, o seguinte:

“O v. acórdão embargado, complementado pelos julgados de fl. 503/504 e 515/517, afirmou textualmente, às fl. 516, que o ponto essencial da demanda e punido pelo Órgão Colegiado, se constituía na omissão dolosa da Recorrida em esconder do Recorrente, de que este não era pai de seus filhos, estando o adultério perdoado por aquele.

A fim de motivar a decisão ora vergastada, fundamentou, ainda, a douta Câmara Isolada, às fl. 516, por ocasião da oposição dos competentes embargos de declaração, verbis:

“Mais uma vez, reitera-se que o ato ilícito praticado pela embargada, e aqui causa da indenização fixada, foi a omissão em dizer-se ao embargante que não eram seus filhos os da embargada, exclusivamente. O adultério, repete-se, foi perdoado pelo embargante, tanto mais que confessa na exordial que desde a separação dele tinha conhecimento e tanto mais que se obrigou a pagar alimentos à embargada, conduta absolutamente incompatível com inexistência de perdão. O embargado é co-autor do adultério, conduta que nestes autos não se constitui em causa da condenação da embargada. Não tinha o embargado o dever jurídico de externar ao embargante que não era pai de Patrícia e Pedro” (fl. 585, 3º vol.).

Data maxima venia, o v. acórdão recorrido utilizou-se de premissas mais do que equivocadas, a fim de desprezar uma das causas de pedir formuladas na presente ação, inobstante a ausência de qualquer fundamentação jurídica na análise da matéria colocada sob a égide da douta Câmara, pelo que se observa dos critérios subjetivos utilizados a fim de afastar do Estado a devida tutela jurisdicional pleiteada.

Não se pode, obviamente, admitir que, ao ingressar, os Recorrentes, com a presente demanda, elencando todas as mazelas sofridas, e constando as mesmas do pedido por estes formulados e rechaçado durante todo o curso do feito, que a douta Câmara deixe de apreciar integralmente e com fundamentação legal, todas as questões suscitadas no processo.

Se afigura inadmissível que o douto órgão colegiado, à margem do que consta dos autos, não analise, de forma

Superior Tribunal de Justiça

fundamentada, o ato ilícito consistente na prática de adultério praticado pela Recorrida, com a co-autoria do Recorrido, uma vez que tal pedido integrou a peça inicial" (fl. 585, 3º vol.).

Salvo melhor juízo, as razões do recurso especial atacaram o acórdão na parte em que excluiu o adultério como causa de dano moral, nada importando que o tenha feito sob o viés de normas processuais; articulado embora em capítulos, o recurso especial é um só e disse violados os arts. 159 e 1.518, parágrafo único, do Código Civil.

Se assim é, o desate desse recurso especial deve ser outro, porque não obstante seja do tribunal a quo a competência para identificar os fatos, a valoração destes constitui questão jurídica passível de revisão nesta instância.

Um fato é o adultério; outro fato é a existência de filhos adulterinos.

O adultério, com todos os reflexos, teria sido evidentemente perdoado, se P C H fosse informado, no momento da separação, de que os filhos registrados em seu nome haviam nascido de relação de sua mulher com outrem.

Mas a filiação adulterina foi, segundo o acórdão, escondida durante 25 (vinte cinco) anos (fl. 492, 3º vol.).

Nessas condições, o perdão resultou de erro de fato, escusável, que não pode ser valorizado no contexto que se seguiu à descoberta da adulterinidade dos filhos.

P C H não poderia ter perdoado o que desconhecia.

O acórdão deixou implícito o fato de que F B sabia da paternidade adulterina; corolário disso é o de que sua cumplicidade implica a responsabilidade prevista no art. 1.518, parágrafo único, do Código Civil.

Aliás, fosse de outro modo, o acórdão proferido pelo tribunal a quo poderia ficar sem execução, à míngua de bens penhoráveis de M L F B, porque segundo o art. 263 do Código Civil são excluídos da comunhão: VI - as obrigações provenientes de atos ilícitos (arts. 1.518 a 1.532).

Voto, por isso, no sentido de conhecer do recurso especial interposto por P C H e outro e de dar-lhe provimento para estender os efeitos do acórdão a F B, explicitando que a indenização, arbitrada em R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), está sujeita à correção monetária desde a data da sentença, e deve ser acrescida de juros desde a citação; e de não conhecer do recurso especial interposto por M L F de B e outro.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 2005/0060295-2

REsp 742137 / RJ

Números Origem: 20012090015045 200413708492 200500125924

PAUTA: 03/08/2006

JULGADO: 06/03/2007

Relatora

Exma. Sra. Ministra **NANCY ANDRIGHI**

Ministro Impedido

Exmo. Sr. Ministro : **CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **CASTRO FILHO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MAURÍCIO DE PAULA CARDOSO**

Secretária

Bela. **SOLANGE ROSA DOS SANTOS VELOSO**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : P C H E OUTRO

ADVOGADOS : MARCELO FONTES CÉSAR DE OLIVEIRA
EVANDRO PERTENCE E OUTROS

RECORRENTE : M L F DE B E OUTRO

ADVOGADOS : ROBERTO BENJÓ E OUTRO
WALFREDO FREDERICO DE SIQUEIRA CABRAL DIAS E OUTRO

ADVOGADA : CHRISTINA AIRES CORRÊA LIMA E OUTRO

RECORRIDO : OS MESMOS

ASSUNTO: Civil - Responsabilidade Civil - Indenização - Ato Ilícito - Dano Moral

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Ari Pargendler, conhecendo e dando provimento ao recurso especial de P C H E OUTRO, e, não conhecendo do recurso especial de M L F DE B E OUTRO, pediu vista o Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros. Impedido o Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

Brasília, 06 de março de 2007

SOLANGE ROSA DOS SANTOS VELOSO
Secretária

RECURSO ESPECIAL Nº 742.137 - RJ (2005/0060295-2)

VOTO-VISTA

MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Os fatos estão bem narrados nos votos precedentes.

P C H foi casado com M L F de B. Separaram-se, ao que consta dos autos, em razão de adultério cometido pela esposa, que rompeu seu dever de fidelidade ao envolver-se com F de B.

Passados muitos anos do divórcio, P C H soube que não eram seus os filhos gerados por M L F de B na constância do casamento.

Inconformado, pediu indenização por danos morais e materiais, em razão do adultério e da omissão da ex-esposa em informar-lhe que não eram seus os filhos.

A atual esposa de P C H, I V H, também pediu indenização.

Ao cabo dos recursos ordinários, foi este o resultado: a ex-esposa M L F de B foi condenada a indenizar PCH por danos morais.

Não foi condenado, porém, F de B, que cometeu adultério com M L F de B e com ela hoje é casado.

Para a eminente Ministra Nancy Andrighi, Relatora, F de B não teria responsabilidade pelo fato de M L F de B ter omitido de P C H a verdadeira paternidade dos filhos gerados na constância do casamento.

Já o eminente Ministro Ari Pargendler divergiu da ilustre Relatora, para condenar solidariamente F de B.

Sua Excelência bem afastou a incidência da Súmula 283/STF ao caso concreto.

Antecipando vênias à Relatora, acompanharei a divergência. Justifico.

A presunção de que o recorrente P C H teria perdoado o adultério não pode conduzir à desconsideração das causas de pedir expostas na inicial.

O autor, ora recorrente, pediu indenização porque:

1) sofreu danos decorrentes do adultério; e

Superior Tribunal de Justiça

2) acreditou durante duas décadas que era pai de Pedro e Patrícia, enganado pelos réus.

São dois os motivos que sustentaram a pretensão indenizatória. Ambos devem, portanto, ser considerados.

Como bem lembrou o eminente Ministro Ari Pargendler, se perdão houve, resultou de erro de fato absolutamente escusável. Ao "perdoar" a traição da esposa, desconhecia a verdadeira paternidade dos filhos que acreditava seus.

Além disso, o suposto perdão - se existiu - foi dado apenas à esposa, não a F de B.

Tanto a esposa como seu concubino concorreram para a existência do adultério. E não se nega que adultério seja ato ilícito (até porque, à época dos fatos, encontrava tipicidade no Código Penal).

Mesmo hoje, descriminalizada a conduta, o adultério no casamento continua sendo reprovável, especialmente no âmbito civil, porque revela desrespeito a um dos deveres do matrimônio.

Ambos os participantes do adultério, ex-esposa e seu concubino, têm responsabilidade pelos danos causados ao recorrente em razão daquele ato ilícito. Não é possível condenar apenas a ex-esposa e ignorar a participação de seu concubino.

Peço vênia à eminente Ministra Nancy Andrichi para acompanhar integralmente o voto do eminente Ministro Ari Pargendler, provendo o recurso de P C H para estender os efeitos da condenação a F de B, solidariamente com M L F de B.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 2005/0060295-2

REsp 742137 / RJ

Números Origem: 20012090015045 200413708492 200500125924

PAUTA: 03/08/2006

JULGADO: 27/03/2007

Relatora

Exma. Sra. Ministra **NANCY ANDRIGHI**

Ministro Impedido

Exmo. Sr. Ministro : **CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **CASTRO FILHO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **PEDRO HENRIQUE TÁVORA NIESS**

Secretária

Bela. **SOLANGE ROSA DOS SANTOS VELOSO**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : **P C H E OUTRO**

ADVOGADOS : **MARCELO FONTES CÉSAR DE OLIVEIRA
EVANDRO PERTENCE E OUTROS**

RECORRENTE : **M L F DE B E OUTRO**

ADVOGADOS : **ROBERTO BENJÓ E OUTRO
WALFREDO FREDERICO DE SIQUEIRA CABRAL DIAS E OUTRO**

ADVOGADA : **CHRISTINA AIRES CORRÊA LIMA E OUTRO**

RECORRIDO : **OS MESMOS**

ASSUNTO: Civil - Responsabilidade Civil - Indenização - Ato Ilícito - Dano Moral

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros, a Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial de **M L F DE B E OUTRO**, e verificou-se empate no julgamento do recurso especial de **P C H E OUTRO**. A questão será submetida novamente à apreciação com convocação de um Ministro da Quarta Turma.

Impedido o Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

Ausente, justificadamente nesta assentada, o Sr. Ministro Ari Pargendler.

Brasília, 27 de março de 2007

SOLANGE ROSA DOS SANTOS VELOSO
Secretária

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HÉLIO QUAGLIA BARBOSA (Relator):

1. Examinados os autos, para prolação de voto-desempate, hei por bem tecer as seguintes considerações, que me conduzem a acompanhar o voto da Relatora, Ministra NANCY ANDRIGHI e do que se lhe seguiu, da lavra do Ministro CASTRO FILHO, no sentido de não conhecer de ambos os recursos especiais, com as vênias devidas aos votos discordantes, na ordem de sua prolação, da lavra dos Ministros ARI PARGENDLER e HUMBERTO GOMES DE BARROS.

A dissonância é, a rigor, pontual, circunscrevendo-se à possível responsabilização solidária de F.B., pela indenização outorgada, a título de danos morais, decorrendo estes de relação adúlterina entre os réus, advindo prole comum, que o autor varão, insciente da paternidade alheia, a reputou, durante longos anos, como composta por filhos seus.

De rigor, para tal decretação, fora identificado o cometimento de ato ilícito por F.B., suscetível de gerar obrigação de indenizar.

Com vista a tal identificação, forçoso considerar que, na Corte de origem, foram discriminadas condutas efetivamente distintas, nada obstante entrelaçadas, porquanto a ulterior, consistente na ocultação da paternidade real dos filhos, que P.C.H. havia como seus, resultara objetivamente da antecedente, configurada na relação adúlterina, que mantiveram os réus.

Ora, se com vista à precedente violação do dever conjugal de fidelidade, o Tribunal *a quo* afastou, calcado na prova colhida e tendo em conta o reconhecimento de perdão tácito, inferido a partir do tempo decorrido até a separação consensual e da disposição do marido a prestar alimentos à separanda, como encartado no voto da eminente Relatora, não há como possa ser o seu cúmplice no adultério alcançado pela responsabilização civil, em caráter solidário, na medida em que não fora sua parceira tampouco afetada por esse encargo, limitado que foi o ressarcimento imposto, por danos morais, única e exclusivamente pelo fato da ocultação renitente da paternidade

real dos filhos, que o separando supunha biologicamente como seus.

Em suma: que do ilícito consubstanciado no adultério foi agente F.B. não sobra dúvida, mas se a co-partícipe não foi por aquele responsabilizada civilmente, falta suporte para que tal responsabilidade, máxime a título solidário, se possa atribuir ao cúmplice varão.

A indenização concebida e decretada, a título de danos morais, o foi, restritamente, em razão de ocultada a verdadeira paternidade dos filhos havidos por M.L.F. de B., ocultada por esta, conscientemente, do então marido, por anos a fio, o que, de sua parte, e só de sua parte, consistia em séria infração a dever conjugal.

A seu parceiro, no referido contexto, não incumbia, como proclamou a Corte de origem, “o dever jurídico de aclarar ao autor a situação, de revelar ao autor que o mesmo não era pai dos filhos de sua amante” (fl. 495); quanto a esse desdobramento, pois, não houve detectada infração a dever jurídico que coubesse a F.B. e, conseqüentemente, se não diagnosticou, no ponto, ato ilícito de que houvesse participado, mesmo que por omissão de conduta.

Não quadra descartar a consistência de menoscabo a dever moral, de maltrato aos princípios de honestidade e de sinceridade, de censurável descompromisso com a verdade, também de parte de F.B.; o que, porém, não permite identificação com o descumprimento de dever jurídico, porquanto a este não estava jungido o réu varão, no que concerne à causa de pedir agasalhada na instância de origem.

Dessa forma, falece espaço para a responsabilidade solidária, frente à obrigação civil de indenizar, para o indigitado cúmplice, na medida em que sua parceira apenas foi responsabilizada por infração a dever jurídico que não o alcançava, jamais pelo ilícito pretérito, configurado no adultério, alforriada que fora com o perdão tácito outorgado, assim reconhecido na instância recursal originária.

2. Por tais fundamentos, gizados pelas linhas que traçaram a divergência instaurada, acompanho a eminente Relatora, homenageando embora os respeitáveis votos dissonantes, e, nesses termos, não conheço de ambos os recursos especiais.

É como voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 2005/0060295-2

REsp 742137 / RJ

Números Origem: 20012090015045 200413708492 200500125924

PAUTA: 16/08/2007

JULGADO: 21/08/2007

Relatora

Exma. Sra. Ministra **NANCY ANDRIGHI**

Ministro Impedido

Exmo. Sr. Ministro : **CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **CASTRO FILHO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO DIAS TEIXEIRA**

Secretária

Bela. **SOLANGE ROSA DOS SANTOS VELOSO**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : P C H E OUTRO
ADVOGADOS : MARCELO FONTES CÉSAR DE OLIVEIRA
EVANDRO PERTENCE E OUTRO(S)
RECORRENTE : M L F DE B E OUTRO
ADVOGADOS : ROBERTO BENJÓ E OUTRO
WALFREDO FREDERICO DE SIQUEIRA CABRAL DIAS E OUTRO
ADVOGADOS : CHRISTINA AIRES CORRÊA LIMA E OUTRO
FÁBIO DE SOUSA COUTINHO E OUTRO(S)
RECORRIDO : OS MESMOS

ASSUNTO: Civil - Responsabilidade Civil - Indenização - Ato Ilícito - Dano Moral

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após a renovação do julgamento, e, da ratificação dos votos dos Srs. Ministros Nancy Andrighi, Castro Filho, Humberto Gomes de Barros e Ari Pargendler, e do voto do Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, convocado para compor quorum, a Turma, por maioria, não conheceu do recurso especial de P C H E OUTRO, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Votaram vencidos os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros e Ari Pargendler. Os Srs. Ministros Castro Filho e Hélio Quaglia Barbosa votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Impedido o Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília, 21 de agosto de 2007

SOLANGE ROSA DOS SANTOS VELOSO
Secretária





5ª CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0277302-2

APELANTE: LUZINETE GOMES DO NASCIMENTO

APELADO: SEVERINO FRANCISCO RUFINO DA SILVA e LILIANE DENISE DOS ANJOS

Relator substituto: Janduhy Finizola da Cunha Filho

EMENTA: INDENIZAÇÃO. DIFAMAÇÃO. IMPUTAÇÃO DE ADULTÉRIO. REVELIA. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE. BOA FAMA E REPUTAÇÃO. DIREITO À HONRA. DANO MORAL *IN RE IPSA*. PROCEDÊNCIA.

- 1- É notório que a pública exposição da mulher ao ridículo, a quem se imputa a prática de adultério, figura já banida do nosso ordenamento jurídico, com o evidente propósito de comprometer a sua idoneidade moral perante a vizinhança, colegas de trabalho e familiares, é motivo bastante a causar ofensa moral passível de ser reparada civilmente.
- 2- O valor a ser arbitrado a título de indenização por dano imaterial deve levar em conta o princípio da proporcionalidade, bem como as condições da ofendida, a capacidade econômica do ofensor, além da reprovabilidade da conduta ilícita praticada. Por fim, há que se ter presente que o ressarcimento do dano não se transforme em ganho desmesurado, importando em enriquecimento ilícito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os Excelentíssimos Senhores Desembargadores que compõem a Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, por unanimidade de votos, em NEGAR PROVIMENTO ao recurso, tudo nos termos dos inclusos relatório e voto, que integram este acórdão.

Recife,


Janduhy Finizola da Cunha Filho
Relator convocado



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
Gabinete Desembargador José Fernandes de Lemos

5ª CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0277302-2

APELANTE: LUZINETE GOMES DO NASCIMENTO

APELADO: SEVERINO FRANCISCO RUFINO DA SILVA e LILIANE DENISE DOS ANJOS

Relator substituto: Jandúhy Finizola da Cunha Filho

RELATÓRIO

Trata-se de ação de indenização por Perdas e Danos, movida pela autora LUZINETE GOMES DO NASCIMENTO, em face de FRANCISCO RUFINO DA SILVA, E LILIANE DENISE DOS ANJOS.


A autora, em meados de Janeiro de 2011, foi surpreendida na comunidade onde reside - Eng. Pau Sangue, Município dos Palmares - Pernambuco, com boatos de que a mesma estava traindo seu esposo, que por coincidência é irmão da segunda apelada, LILIANE DENISE DOS ANJOS. Segundo relata a autora, os boatos haviam sido espalhados pelos réus.

A sentença foi favorável a autora, julgando procedente o pedido formulado na inicial, para fim de condenar os réus a pagarem a autora, *cada um*, dado o valor de indenização pelo dano imaterial sofrido, a importância correspondente a um salário mínimo, corrigido monetariamente, a partir do arbitramento, e acrescido de juros de mora, de 1% (um por cento) ao mês, ao contar da citação.

Insatisfeita com o valor arbitrado na sentença, a autora interpôs recurso de apelação. Requer preliminarmente, que a recorrente seja considerada pobre na forma da Lei (Declaração de Pobreza nos autos), sendo dispensada ao pagamento de quaisquer custas processuais, emolumentos e honorários advocatícios.

É o relatório. Inclua-se em Pauta.

Recife,


Jandúhy Finizola da Cunha Filho
Relator substituto



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
Gabinete Desembargador José Fernandes de Lemos

5ª CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0277302-2

APELANTE: LUZINETE GOMES DO NASCIMENTO

APELADO: SEVERINO FRANCISCO RUFINO DA SILVA e LILIANE DENISE DOS ANJOS

Relator substituto: Janduhy Finizola da Cunha Filho

VOTO

A discussão envolve a apelante LUZINETE GOMES DO NASCIMENTO, propondo Ação de Indenização por Perdas e Danos, em face de FRANCISCO RUFINO DA SILVA E LILIANE DENISE DOS ANJOS, ambos residentes e domiciliados no Eng. Pau Sangue, Município dos Palmares - Pernambuco.

A apelante é casada e convive naquela comunidade a mais de dez anos, não existindo nada que desabone sua conduta moral. Vive em uma comunidade pequena, e as calúnias, injúrias e difamações levantadas pelos apelados vem ao longo do tempo causando constrangimento, além de abalar a moral dela apelante junto a sua família, amigos e parentes, ao ponto de fazer com que a mesma perdesse sua tranquilidade e procurasse a autoridade policial para tomar as providências cabíveis. (Anexo boletim de ocorrência de nº 11E0160000084/ 18 de Janeiro de 2011).

Ocorre que a apelante em decorrência do fato acima citado, sofreu um dano irreparável ou de difícil reparação, pois encontra-se falada no engenho onde reside, e os apelados continuam mantendo a acusação de que a autora continua traindo seu esposo.

A sentença foi favorável a autora, julgando procedente o pedido formulado na inicial, para fim de condenar os réus a pagarem a autora, *cada um*, dado o valor de indenização pelo dano imaterial sofrido, a importância correspondente a um salário mínimo, corrigido monetariamente, a partir do arbitramento, e acrescido de juros de mora, de 1% (um por cento) ao mês, ao contar da citação.

Insatisfeita com o valor arbitrado na sentença, a autora interpôs recurso de apelação. Requer preliminarmente, que a recorrente seja considerada pobre na forma da Lei (Declaração de Pobreza nos autos),



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
Gabinete Desembargador José Fernandes de Lemos

sendo dispensada ao pagamento de quaisquer custas processuais, emolumentos e honorários advocatícios.

No que tange ao dano moral, resta este configurado quando viola direito extra patrimonial de um indivíduo alcançando os aspectos mais íntimos da personalidade humana, no qual se ressalta os efeitos maléficos causados pela dor e pelo sofrimento, que acarretam o padecimento íntimo, a humilhação, a vergonha, o constrangimento de quem é ofendido em sua honra ou dignidade.

Como toda lesão a qualquer direito traz como consequência a obrigação de indenizar, não poderia deixar de ser indenizado o indivíduo que sofresse danos morais.

Presentes os pressupostos da responsabilidade civil, resta analisar a fixação do *quantum* indenizatório. Sabe-se que tal deve ter em conta os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, além de obedecer a critérios recomendados pela doutrina e jurisprudência pátrias, tais quais: os referentes à situação pessoal e ao status social, econômico e intelectual do ofendido, à intensidade do constrangimento, ao porte econômico do ofensor, ao grau de culpa e à gravidade da ofensa. Com isto, visa-se também a desestimular a prática de novos atos ilícitos, bem como ofertar conforto ao ofendido, de modo que a quantia arbitrada não seja tão irrisória, que nada represente; nem tão exagerada a ponto de implicar sacrifício demasiado para o demandado ou enriquecimento ilícito para a outra parte.

Diante das balizas já indicadas, mantenha-se a sentença fixada pelo MM. Juiz de Direito, que sentenciou, de forma justa e levando em conta os quesitos que citei anteriormente, a verba indenizatória no valor de um salário mínimo, *cada um*, tendo em vista a dupla finalidade de indenização: servir como compensação e como desestímulo à prática ilícita por meio da punição. Não se pode exorbitar da compensação efetivamente devida, para não restar configurado o enriquecimento sem causa. Assim, dadas as nuances do caso concreto, tem-se que o arbitramento no valor de um salário mínimo, *cada um*, satisfaz os parâmetros indicados.

Isso posto, nego provimento ao recurso. É como voto.



17

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

4ª Câmara de Direito Privado

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA
REGISTRADO(A) SOB Nº



01719316

ACÓRDÃO

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

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CÍVEL nº 361.324.4/7, da Comarca de São Paulo/ F.R. Tatuapé, em que é apelante Elizeo Ribeiro (e outra) e outro, sendo apelada Vera Lucia Ribeiro (AJ) e outro:

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por maioria de votos, dar provimento ao recurso dos réus, prejudicado o da autora.

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença que julgou procedente ação de indenização por danos morais decorrentes do fato de os réus, seu ex-marido e sua ex-melhor amiga, terem cometido adultério e passado a viver juntos, condenando-os ao pagamento de R\$5.000,00.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

4ª Câmara de Direito Privado

Este é o relatório.

O recurso dos réus merece provimento.

Ainda que se traduza o adultério em violação aos deveres do casamento, impondo ao cônjuge inocente o desgosto e a desilusão da traição, a realidade é que o adultério, apenas em si mesmo, não caracteriza dano moral indenizável.

Se é verdade que a conduta irregular do cônjuge no casamento, saindo para relacionamentos extraconjugais, pode ferir sentimentos importantes do cônjuge traído, verdade também é que, nas relações sentimentais que se ligam ao matrimônio, não se traduz o adultério, na atualidade, em ofensa moral que ultrapassa o sentimento pessoal de desilusão e ocasione o dever de indenizar.

O contexto sentimental que une as pessoas, no casamento ou na união estável, tem como base a sua continuidade ao longo do tempo. Pode ou não persistir por tempo pequeno, médio ou grande, mas de modo algum se pode considerá-lo, em princípio, como permanente a ponto de não se sujeitar à ruptura pelos mais variados motivos. O relacionamento extraconjugal é apenas a consequência de uma união cujos sentimentos iniciais não perduraram no tempo, dando ensejo a que outros se sobrepusessem e levassem algum dos cônjuges ou companheiros à relação afetiva com outras pessoas.

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

Nesse sentido já decidiu este Egrégio Tribunal de Justiça, pela sua Colenda 6ª Câmara de Direito Privado, em acórdão relatado pelo Desembargador Sebastião Carlos Garcia, em 17.02.2005, com valiosas considerações e importantes lições doutrinárias, que ficam adotadas como razão de decidir. O v. acórdão ficou assim ementado: "*SEPARAÇÃO JUDICIAL - Adultério - Indenização - Dano moral - Causa determinante para a decretação da dissolução da sociedade conjugal - Verba devida ao cônjuge inocente*"



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
4ª Câmara de Direito Privado

somente se a violação do dever de fidelidade extrapolar a normalidade genérica, sob pena de bis in idem - Voto Vencido" (RT 836/173).

Na hipótese, malgrado se trate de pessoas amigas, não se vislumbra situação excepcional a justificar a indenização pretendida. E a tanto não se chega pelo fato de se cuidar do relacionamento do ex-marido com a sua antiga melhor amiga. Se desonra houver (*circunstância altamente discutível no mundo moderno do século XXI*) no relacionamento extraconjugal ela normalmente não recai no traído, mas naquele que se revela desleal com o compromisso de fidelidade assumido no início do relacionamento.

Pouco importa, é bom salientar, a justificativa apresentada pelos envolvidos, na medida em que o novo relacionamento acontece porque o conjunto de sentimentos que motivou a união não perdurou o suficiente para evitar que outro relacionamento sobreviesse para qualquer dos cônjuges.

Não se vislumbra, enfim, no relacionamento extraconjugal do cônjuge ou companheiro, salvo excepcionalidade incorrente na espécie, conduta que ocasione lesão à honra suficiente para ensejar o dano moral indenizável. O mundo moderno e as novas relações humanas, em especial aquelas que se ligam ao casamento, mostram a necessidade de nova visão sobre fatos do cotidiano oriundos da mutação dos tempos, sob pena de incompreensão das suas conseqüências no momento da aplicação da norma jurídica genérica ao caso concreto atual.

O casamento e a união estável dependem das afinidades sentimentais que os cônjuges ou companheiros possuam e consigam manter durante o relacionamento, revelando-se, hoje, muito mais sujeitos às intempéries das novas relações por força da própria vida mais participativa em sociedade. O fim do relacionamento pelo fato de algum dos cônjuges ou companheiros encontrar outra pessoa é não só previsível como de pouca importância do ponto de vista moral. Não se trata de banalizar a união ou a família, mas de adequá-la ao mundo moderno que não se compadece moralmente com o término só porque um deles encontrou outra pessoa com quem se envolveu sentimentalmente.

Em palavras finais, a conduta irregular dos réus não se traduziu em ato ilícito capaz de ensejar a conduta típica referida no preceito de responsabilidade civil em geral de que cuidam os arts. 186 e 927 do Código Civil de 2002, daí a improcedência da ação.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

4ª Câmara de Direito Privado

Em sendo assim, é de rigor o provimento do recurso dos réus para julgar improcedente a ação, invertida a sucumbência e prejudicado o recurso da autora.

Pelo exposto é que, por maioria de votos, dá-se provimento ao recurso dos réus, prejudicado o da autora.

Participaram do julgamento os Desembargadores Teixeira Leite (Presidente e 3º Juiz) e Ênio Zuliani (Relator sorteado e voto vencido).

São Paulo, 27 de março de 2008.

MAIA DA CUNHA
RELATOR DESIGNADO



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
QUARTA CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

Apelação Cível nº 361.324.4/7- São Paulo
Apelantes: ELIZEO RIBEIRO (E OUTRA) E VERA LÚCIA RIBEIRO
Apelados: ELIZEO RIBEIRO (E OUTRA) E VERA LÚCIA RIBEIRO

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

Silvio Rodrigues, ao tratar da questão da responsabilidade em indenizar por rompimento de noivado, cita v. acórdão (RT473/213), iniciado com a frase, “quem exerce direito seu não pratica ilícito algum” (pág.39, Responsabilidade Civil, edição Saraiva 2006).

No caso em apreço, a indenização concedida pelo MM. Juiz, foi mantida pelo e. relator sorteado porquanto o marido manteve um “affaire oculto” com a melhor amiga da esposa, sem “prepará-la” para a decisão de conviver com sua amante, daí resultando em indesejável surpresa e, conseqüentemente, acentuado prejuízo de ordem moral por esse abandono.

Contudo, e tal, como explicado no voto divergente pelo e.revisor, além do adultério ser um fato previsível em toda e qualquer relação afetiva, tem-se que, na espécie, isso não só ocorreu, como ainda se transformou em nova união desse marido. Assim, sentimentos, e nada mais do que isso, motivaram uma e outra conduta, muito embora a última em detrimento das não menos justas



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
QUARTA CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

expectativas, de esposa e amizade que se mantinha com a nova parceira do antigo marido.

Ou seja, desde a perda da esposa, até o surgimento da outra mulher, tudo surgiu dentro de um contexto de normalidade em relacionamento humano, e, a despeito das prestigiosas e judiciosas razões expostas pelo Dês. Enio Zuliani, com ousadia e respeito penso que isso não representa ilícito algum.

Cogita-se, é certo, de uma indesejável surpresa, forte e suficientemente significativa a ponto de se traduzir em traumas e frustrações para que experimenta desse abandono. Porém, em se tratando de uma outra questão a envolver a intimidade de um casal e com a dúvida enfrentada a respeito da ruptura do casamento, ou, de uma família, em busca de afetividade com uma nova companheira, e o que se consolidou, é evidente que isso reclama não só um tempo, desde a descoberta desse novo sentimento e até a decisão, como também um proceder, um agir.

E, nesse rumo, responsabilizar o marido que omitiu da esposa o que se passava e daí culpá-lo também por não encerrar seu casamento de um outro modo, é se afastar da relatividade que é inerente a essas questões, mesmo porque não se pode exigir muita razoabilidade no decorrer desse tipo de conduta. Em outras palavras, uma regra ou um modelo a ditar o que vem desses acontecimentos, dos sentimentos, de um e outro lado. A propósito, o que se deve esperar de uma esposa ao ser informada da paixão surgida entre sua melhor amiga e seu marido, paixão essa cujos efeitos ainda se ignora.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
QUARTA CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

Aliás, ainda que assim não fosse, nem sempre é seguro avaliar elegância em matéria de sentimentos, comportamentos e atitudes de um casal às portas de uma separação, ou muito próximo dela. Momentaneamente alguma coisa pode ser desconsiderada, por homens e mulheres.

Por outro lado, se a esposa optou por não intentar ação de separação judicial contra o marido, mais se afasta qualquer objetividade acerca da causa, dimensão e conseqüências da violação do dever de fidelidade por parte dele.

Assim, também por esses motivos, endosso o voto do Dês.Maia da Cunha.

São Paulo, 01 de abril de 2008.


TEIXEIRA LEITE

3º Juiz



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO Nº 12665

APELAÇÃO Nº: 361.324-4/7

COMARCA: SÃO PAULO

APTES.: ELIZEO RIBEIRO [E OUTRA] E OUTRO

APDOS.: VERA LÚCIA RIBEIRO E OUTRO

Declaração de voto vencido

Preparei a seguinte ementa para sintetizar a proposta de provimento, em parte, do recurso da autora e não provimento do recurso dos requeridos:

"Responsabilidade civil – Adulterio do marido praticado com mulher do relacionamento social da familia e que motiva o abandono abrupto do lar, desestruturando a vida da mulher abandonada, tanto no aspecto financeiro como na administração dos interesses comuns, especialmente por testemunhar o filho mais novo ser tomado pelo vicio das drogas – Ato ilícito que ultrapassa os limites do Direito de Família e que provoca lesão a direitos da personalidade, justificando a indenização por danos morais, admitida a solidariedade da amante, pela maneira maliciosa de agir – Não provimento do recurso dos requeridos, com provimento, em parte, do recurso da autora, majorando o quantum para R\$ 20.000,00."

Os meus ilustres colegas não comungam do mesmo entendimento e interpretaram como fato não indenizável a ocorrência. Os argumentos deduzidos na sessão de conferência de votos são respeitáveis, mas não me convenceram, pelo que declaro as razões de minha dissidência:

O douto Juiz de Direito da 2ª Vara Cível do Foro Regional do Tatuapé emitiu r. sentença acolhendo, em parte, ação promovida por VERA LÚCIA RIBEIRO e, em consequência, condenou o marido da autora, ELIZEO RIBEIRO e a companheira dele, NOELY OLIVEIRA SIQUEIRA MESTRE, ao pagamento de uma indenização [arbitrada em R\$ 5.000,00], pelas consequências do adultério perpetrado em plena constância do matrimônio.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Vera Lúcia e Elizeo se casaram em 27.5.1978 [fl. 12] e tiveram dois filhos [Elizeo Ribeiro Filho, nascido em 22.12.1978 e Adalton Antônio Ribeiro, nascido em 9.10.1981]. Segundo consta dos autos, a coabitação foi rompida no dia 23.12.1998, ocasião em que se lavrou BO para certificar que Elizeo saiu de casa em companhia de Noely, identificada como a melhor amiga de Vera [fl. 15].

Apurou-se que Elizeo prestava serviços de motorista ao marido de Noely e, devido a essa proximidade e à insatisfação que sentiam com seus casamentos, resolveram viver juntos. Os requeridos recorrem da r. sentença e argumentam que não foi demonstrado o dano moral. A autora interpôs recurso adesivo em busca de majoração do quantum [na inicial, ela pediu valor até 500 salários, sendo que, no recurso adesivo, sugere que a cifra se aproxime de 200 salários], fundamentando com dois fatos confirmados pela prova, quais sejam, os apuros financeiros que passou após a separação, embora tenha ajuizado ação de alimentos e a desestruturação da família diante do envolvimento do filho caçula com drogas.

É o relatório.

Para ARNOLDO WALD o adultério "é na vida conjugal a maior das injúrias de um cônjuge em relação ao outro" [*Do desquite*, Editora Nacional de Direito, RJ, 1959, p. 114]. Quando há traição, quer pelo marido, quer pela esposa, emprega-se um componente físico [a cópula com outrem] para confirmação de ruptura total do dever de fidelidade. Segundo TITO FULGÊNCIO, não cabe diferenciar a dor masculina da feminina, "tão viva é a ferida no coração da mulher quanto a do marido enganado pela esposa" [*Do desquite*, Saraiva, 1923, p. 31]. O adultério é uma infração que desonra os compromissos matrimoniais e constitui causa para a separação porque a coabitação passa ser insuportável [artigo 5º, caput, da Lei 6515/73 e artigo 1573, I, do CC, de 2002].



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Os Juízes sabem que o adultério, mesmo reprovado pelo Direito e pela moral, continua sendo um acontecimento social que destrói os lares. Há quem sustente que a cirurgia plástica surgiu há 2000 anos, devido ao adultério, porque os hindus cortavam o nariz do culpado. Consta da obra de RICHARD GORDON [*A assustadora história da medicina*, tradução Aulyde Soares Rodrigues, Ediouro, 2002, p. 232]:

“A deformação social e facial era reparada com a pele da face ou da testa, cortada como se corta uma folha e costurada sobre o orifício. A operação foi aperfeiçoada em Bolonha, em 1597, por Gasparo Tagliacozzi (1546-1599), que soltava três lados de um pedaço de pele do braço, prendia o braço sobre o nariz e, quando o enxerto pegava, soltava o braço, cortando a parte da pele ainda presa a ela”.

O adultério de Elizeo com Noely é fato incontroverso, pois eles assumem o relacionamento extraconjugal. Ocorre que não se discute o efeito jurídico da conduta para resolver questões de separação ou divórcio, mas, sim, para reconhecimento do dever de reparar os danos morais da mulher traída, o que exige que o Tribunal explore tema recheado de divergências, pela polêmica tese de cabimento de indenização pela forma como se desfaz o casamento ou a união estável.

Não há, no sistema jurídico brasileiro, regra específica sobre a matéria, o que não impede que o juiz, aplicando as normas dos artigos 186 e 927, caput, do CC, mande reparar os danos patrimoniais ou morais derivados da separação provocada por ato injusto do cônjuge [CARLOS ROBERTO GONÇALVES, *Responsabilidade civil*, 10ª edição, Saraiva, 2007, p. 86], o que, aliás, está em consonância com a firme posição de REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA, assumida em respeitada e inédita monografia [*Reparação civil na*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

separação e no divórcio, Saraiva, 1999, p. 71] e nos comentários contemporâneos [*Novo Código Civil Comentado*, coordenação de Ricardo Fiúza, 5ª edição, Saraiva, 2006, p. 744], quando informa a tramitação de Projeto de Lei 6960/2002, para acrescentar o § 2º ao artigo 927, do CC, com a seguinte redação: “os princípios da responsabilidade civil aplicam-se também às relações de família”.

Recentemente [DJU 29.10.2007, p. 218] o colendo STJ admitiu a indenização, por danos morais, ao cônjuge que foi vítima de deslealdade e traição que, no caso, foi agravada com o silêncio doloso sobre a verdadeira paternidade biológica dos filhos, mantendo o consorte na ignorância, considerado pelos Ministros, por unanimidade, um menoscabo a dever moral, de maltrato aos princípios de honestidade e de sinceridade, de censurável descompromisso com a verdade, conforme anotou o Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, em voto vencedor. O quantum foi fixado em R\$ 200.000,00, tendo como relatora a Ministra NANCY ANDRIGHI [Resp. 742.137 RJ, in *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, edição da Magister e Ibdfam, vol. 1, p. 84].

O casamento é eterno enquanto durar o amor, porque quando o desamor irrompe, a união só fica de pé quando os cônjuges sacrificam a felicidade individual em prol de uma convivência sem graça, o que é raro. Isso explica as constantes e intermináveis trocas de parceiros, impulso do ser humano e causa maior das separações e divórcios. Há, portanto, situações em que os interessados se envolvem “em golpes inevitáveis do destino” [Ênio Santarelli Zuliani, “Aguiar Dias e a evolução da responsabilidade civil no Direito brasileiro”, série *Grandes Temas da Atualidade*, coordenação de Eduardo de Oliveira Leite, Forense, vol. 6, 2006, p. 209]. A retirada honrosa por desaparecimento do afeto não é indenizável. São indenizáveis os efeitos das traições indigestas “porque cometidas com desprezo pela figura do cônjuge, parecendo que são realizadas apenas para afrontar, humilhar e reduzir a estima do outro. A descrença ultrapassa a amargura das brigas conjugais e contunde a alma. Esse é o dano injusto que



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

compensa atenuar com a expressão em dinheiro, servindo a moeda como antídoto dos males do engano” [Énio Santarelli Zuliani, ob.cit., p. 209].

A experiência da autora da ação poderá ser classificada como traumática, pois foi surpreendida pela escolha feita pelo marido de viver com a mulher do patrão dele, um affaire oculto que progrediu com lances dissimulados e que teriam ocorrido em sua própria casa. A autora fez queixa de abandono pelo esposo com aquela que seria “a sua melhor amiga”, valendo acrescentar que embora Noely negue amizade íntima, confessou que visitava a autora [pelo menos três vezes], quando falaram dos maridos, cada qual com suas reclamações conjugais [fl. 101].

Os requeridos não fizeram prova de a autora ter sido preparada para a decisão que os amantes tomaram quando se juntaram, e isso anima acreditar que não foram explicadas as causas reais do rompimento. A empregada doméstica da autora confirma que a patroa e o marido brigavam, sem que se referir ao relacionamento dele com a co-requerida. A serviçal também confirmou que Noely, em pelo menos uma oportunidade, participou da vida do casal [fl. 102].

O fato é que a autora testemunhou a fuga dos requeridos [foram para o Paraná e se deixaram fotografar como namorados felizes – fl. 18] e, a partir daí, ingressou com ação de alimentos, para si e para os dois filhos menores, conforme ação protocolizada em novembro de 1998 [fl. 58]. Recorde-se que o abandono do lar se deu em outubro de 1998. Posteriormente e porque o alimentante sempre opôs resistência, inclusive interpôs agravo para obter exoneração em relação aos filhos [maioridade], é de se afirmar que a mulher vivenciou, sozinha, as agruras do mundo das drogas pelo qual se enveredou o filho caçula [fato incontroverso].



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A r. sentença acertou em acolher a ação. A responsabilidade civil não admitia a indenização por adultério e, conforme as hipóteses, permitia a anulação do casamento, como no caso da fuga da noiva logo após o casamento, em companhia de seu antigo namorado, o que, para os Desembargadores desse Tribunal, representou um “procedimento aviltante” [ALÍPIO SILVEIRA, *Desquite e anulação de casamento*, 2ª edição, EUD, 1972, p. 64]. A situação da autora não é espetacularmente dramática, o que não atenua a nocividade da exteriorização do romance clandestino, cuja publicidade era capaz de provocar choque emocional, mesmo em uma mulher de pulso firme, diante das armadilhas do cotidiano.

O eminente RUI STOCO adverte que a indenização que se deve destinar ao cônjuge desrespeitado não guarda vínculo com as sanções que a lei reserva como consequência da infração ao dever de fidelidade matrimonial [Tratado de responsabilidade civil, 7ª edição, RT, 2007, título III, Capítulo VIII, nota 9.00, p. 809]. Assim, o fato de o Judiciário ter deferido alimentos à autora não exonera o marido de compensar à esposa pelo agravo moral imposto pela infidelidade. Os alimentos foram necessários para suprir a carência imposta pela dependência econômica; a indenização por dano moral visa contemporizar a tristeza, revolta, angústia, vergonha e humilhação, advindas da severidade do abandono.

Vale lembrar uma circunstância importante: a autora não promoveu ação de separação litigiosa para que fosse reconhecida a culpa do marido. Embora recomendável que a parte lesada ajuíze ação de separação e, cumulativamente, requeira a indenização por danos morais, não há obrigatoriedade para que se proceda dessa maneira, porque a ordem jurídica não impõe essa conduta como dever para procedibilidade da ação por danos morais. O artigo 1792, do Código Civil de Portugal, admite a indenização em caso de danos não patrimoniais e, no item 2, dispõe que “o pedido de indenização deve ser deduzido na própria ação de divórcio”. A nossa Constituição Federal, todavia,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

permite o amplo acesso ao Poder Judiciário [artigo 5º, XXXV] e não há por que restringir o conhecimento do pedido autônomo, como ocorreu.

O nosso sistema legal não é diferente do que existe na Argentina, onde não há, igualmente, previsão específica para a indenização por danos derivados da separação e do divórcio. Isso não impediu que os juristas argentinos desenvolvessem a tese de que é cabível a indenização não porque é uma ofensa ao cônjuge, mas, sim, porque caberia a indenização, pela lesão cometida, a qualquer pessoa [PIZARRO, *Daño moral*, 2ª edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, p. 588 e CECILIA GROSMAN, "Daños derivados del proceso de divorcio", in *Los nuevos daños*, 2ª edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2002, p. 451].

O que se passou com a autora ofende os mais comezinhos princípios da dignidade humana [artigo 1º, III, da CF], porque, de forma abrupta, foi impelida a buscar proteção alimentar contra o cônjuge adúltero, sofrendo com as dificuldades financeiras e de relacionamento, tanto que o lar desestruturado culminou com a desgraça das drogas acometendo o filho do casal. Não se trata de indenizar a perda do afeto do marido, mas, sim, a conduta deste e que constitui verdadeiro abuso do eventual direito de terminar o relacionamento [artigo 187, do CC]. O marido abandonou a mulher sem resolver as pendências urgentes, o que terminou precipitando o caos concretizado pela revolta dos familiares abandonados. Elizeo não deve pagar por trair a mulher, mas, sim, pela maneira desajustada e danosa com que abandonou o lar, transferindo encargos extraordinários para a esposa. Esse é um ilícito que não se explica, ainda que o casamento estivesse em crise.

O artigo 1565, do CC, de 2002, estabelece que "pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

companheiros e responsáveis pelos encargos da família". Os requeridos agiram contra esse preceito quando, pela fuga, transferiram à autora, sem recursos, todos os múnus familiares. O artigo 67, do Código Civil da Espanha, diz que "los cónyuges deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia". Embora se reconheça que a família não depende do casamento, como afirmou ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO [*Dever de coabitação*, José Bushatsky, 1976, 280], jamais poderá ser legalizado o abandono material e afetivo. As sanções legais, inclusive a indenização por danos morais, reforçam a ideologia da participação leal dos cônjuges, especialmente quando do encerramento da vida em comum.

O Tribunal não ignora a advertência do jurista português [FERNANDO PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Almedina, 1999, p. 300] no sentido de configurar "solução perigosíssima" a liberdade dada ao juiz para classificar o que seria tutelável em termos de ofensa aos direitos de personalidade, de modo, que ao referendar o julgado que ora se reexamina, atua consciente de que não está fabricando sentença para atenuar dores de paixões mal resolvidas. PESSOA JORGE diz que se admite considerar danos morais indenizáveis quando, "em face da consciência jurídica dominante, esses bens mereçam tutela autônoma e a ofensa, pela sua gravidade ou anormalidade, se deva considerar excluída dos riscos próprios da vida em comunidade" [ob.cit., p. 300].

A evolução da responsabilidade civil indica que determinadas condutas, mesmo assimiladas pela tolerância social com frivolidades, são questionadas pelos resultados adversos. Há uma tendência natural de se imporem deveres paralelos para os donos de corações volúveis, o que não implica imiscuir-se em assuntos relacionados com escolhas dos parceiros certos; a instabilidade emocional que gera o adultério continua previsível e não há solução preventiva para tranquilizar cônjuges e companheiros desses riscos. O que não se admite é a



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

gravidade da infração matrimonial e a maneira como os amantes lidam com o cônjuge traído, de sorte que, quando o adultério se exterioriza de forma a menoscabar e humilhar aqueles que dependiam da solidariedade familiar, está caracterizada uma ofensa inexplicável de valores morais.

O padecimento da autora dispensa a prova de fatos concretos. Presume-se o sofrimento da mulher diante da fuga do lar pelo marido com aquela que lhe freqüentava a casa, e ainda por ser esposa do patrão dele. A requerida Noely assume a titularidade passiva [solidariedade] por ter agido de maneira maliciosa, conspirando contra a autora de forma dissimulada, disfarçando interesse e amizade pela sorte do casamento. A conduta da amante impulsionou o gesto final de Eliseo e, no momento de se avaliar como as coisas ocorreram, a vítima não poderia deixar de sentir um amargor por ter confidenciado segredos da alcova a quem se intitulava amiga e parceira da má sorte com os respectivos maridos. Não se descarta, inclusive, o peso do menoscabo pela justa desconfiança de a traição ter, eventualmente, se perpetrado "entre quatro paredes". A ilicitude não é exclusiva do varão, mas, sim, compartilhada, o que justifica o reconhecimento da solidariedade prevista no artigo 942, do CC, de 2002.

O recurso dos requeridos fica rejeitado, mantido o dever de indenizar, por ofensa aos predicados da honra da mulher ultrajada pela traição que fez ruir os alicerces de seu lar, perturbando a vida familiar [artigo 5º, V e X, da CF]. O recurso da autora será provido em parte, por se considerar que o valor de R\$ 5.000,00 não se justifica diante do grau de culpa dos requeridos e da intensidade da repercussão nociva. De acordo com as diretrizes do artigo 944, do CC, de 2002, a Turma Julgadora arbitra o quantum em R\$ 20.000,00 [vinte mil reais], considerando que esse valor poderá permitir que a autora financie projetos para recuperar a qualidade de vida prejudicada, inclusive com investimentos em prol da recuperação do filho, o que, sem dúvida, poderá minimizar os malefícios da conduta dos requeridos.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Isso posto, nego provimento ao recurso dos requeridos e dou provimento, em parte, ao recurso da autora, fixando a indenização em R\$ 20.000,00, com correção monetária a partir do presente julgado, mantida, no mais, a r. sentença.

Assinatura manuscrita de Ênio Santarelli Zuliani, realizada com uma caneta escura, apresentando traços fluidos e uma assinatura fechada à direita.

ÊNIO SANTARELLI ZULIANI
Relator vencido