

UNIVERSIDADE LUTERANA DO BRASIL
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E EXTENSÃO
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO



ALEXANDRE DA SILVA QUARTIERO

**O DEVER DE FIDELIDADE E O DANO MORAL NA RELAÇÃO CONJUGAL:
UMA ANÁLISE À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PERSONALIDADE
E DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Canoas

2008

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

ALEXANDRE DA SILVA QUARTIERO

**O DEVER DE FIDELIDADE E O DANO MORAL NA RELAÇÃO CONJUGAL:
UMA ANÁLISE À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PERSONALIDADE
E DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade Luterana do Brasil como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direitos Fundamentais.

Orientador: Prof. Dr. Wilson Antônio Steinmetz

Canoas

2008

ALEXANDRE DA SILVA QUARTIERO

**O DEVER DE FIDELIDADE E O DANO MORAL NA RELAÇÃO CONJUGAL:
UMA ANÁLISE À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PERSONALIDADE
E DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade Luterana do Brasil como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovada em: 06/08/2008

Dr. Wilson Antônio Steinmetz
(Ulbra, Presidente e Orientador)

Dra. Maria Claudia Crespo Brauner
(UCS, Membro externo)

Dra Denise Estrella Tellini
(Ulbra)

Dr. Gerson Luiz Carlos Branco
(Ulbra)

AGRADECIMENTOS

Ao professor Dr. Wilson Antônio Steinmetz, pela dedicação e serenidade com que conduziu a orientação deste trabalho e, acima de tudo, pela competência profissional e acadêmica, meus sinceros agradecimentos pelo auxílio.

A todos os professores do programa de mestrado da Ulbra que contribuíram para o desenvolvimento deste estudo.

Ao advogado, professor e mestre Luís Antônio Longo, amigo e colega, que me conduziu à docência, pelo auxílio e apoio permanente. Creio que dificilmente poderei retribuir tamanha ajuda.

Ao meu pai, *in memoriam*, e à minha mãe pelo exemplo e pela formação que me proporcionaram. A minha irmã pelo carinho em momentos de dificuldade.

RESUMO

Este trabalho tem por objeto o dano moral na relação matrimonial, advindo do descumprimento do dever conjugal de fidelidade, sob a ótica dos direitos fundamentais da personalidade e do princípio da dignidade da pessoa humana, postulados que possibilitam a responsabilidade civil extrapatrimonial dos cônjuges, por atos de infidelidade. Para tanto, primeiramente, propõe-se fazer uma investigação dos direitos da personalidade e sua tutela no ordenamento jurídico brasileiro. São abordados os direitos fundamentais vinculados à moral e ao princípio da dignidade da pessoa humana, bem como os direitos da personalidade contidos no Código Civil. Faz-se uma análise da eficácia dos direitos fundamentais da personalidade nas relações conjugais. Examinam-se a evolução e alteração axiológicas provocadas pela funcionalização da família, fatores responsáveis pela tutela da personalidade do consorte. Procura-se, com isso, fundamentar o reconhecimento da responsabilidade civil extrapatrimonial, como uma solução civil e constitucional no âmbito da relação conjugal. Examina-se também o dever de fidelidade conjugal e os requisitos necessários para a configuração do dano moral, com base nos pressupostos da responsabilidade civil extracontratual. O objetivo principal deste trabalho é o de fundamentar a responsabilidade civil dos cônjuges por danos morais advindos da lesão à honra do consorte, por atos de infidelidade, o que se faz com fundamento na análise do conteúdo e eficácia dos direitos fundamentais ligados à personalidade e ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Dever de Fidelidade. Dano Moral. Direitos da Personalidade. Direitos Fundamentais. Dignidade da Pessoa Humana.

ABSTRACT

The present paper aims to study moral damage in the matrimonial relationship, coming out of the unaccomplishment of the conjugal duty of fidelity, under the optic of fundamental rights of personality and the principle of human being dignity, axioms which make possible the extrapatrimony civil responsibility of the spouses by infidelity acts. Then, firstly, it is proposed to make an investigation about personality rights and the tutelage in Brazilian juridical ordainment. In this way, the fundamental rights will be broached linked to moral and to the principle of human being dignity, as well as the rights of personality comprised at the Civil Code. In sequence, an analysis about the effectiveness of the fundamental rights of personality in the matrimonial relationship is done. In this analysis, the evolution and axiological changes which make the family functioning, are examined, factors which are responsible for the tutelage of the spouse personality. It is aimed to found the recognition of extrapatrimony civil responsibility as a civil and constitutional solution in the ambit of the conjugal relationship. The duty of conjugal fidelity and the necessary requirements for moral damage configuration are also examined with bases on presuppositions of extracontractual civil responsibility. The main objective of this paper is founding the spouses civil responsibilities by moral damages originated of a lesion to the spouses honour by infidelity acts, that is made with basis on the content analysis and effectiveness of the essential rights linked to personality and to the principle of human being dignity.

Keywords: Fidelity duty. Moral damage. Personality rights. Fundamental rights. Human being dignity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 Definição e Delimitação do Tema.....	9
2 Pertinência do Tema	10
3 Plano de Trabalho	12
1 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO ORDENAMENTO BRASILEIRO	14
1.1 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	18
1.1.1 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	19
1.1.1.1 <i>Conteúdo</i>	20
1.1.1.2 <i>Eficácia</i>	23
1.1.1.3 <i>A dignidade como núcleo dos direitos da personalidade</i>	24
1.1.2 Os direitos fundamentais da personalidade vinculados à moral	27
1.1.2.1 <i>O significado de direitos fundamentais</i>	27
1.1.2.2 <i>Os direitos fundamentais da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem da pessoa</i>	31
1.2 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO.....	34
1.3 A TUTELA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE	36
1.3.1 A sanção decorrente da violação dos direitos fundamentais ligados à personalidade	38
1.3.2 A sanção prevista no Código Civil	39
2 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PERSONALIDADE NAS RELAÇÕES CONJUGAIS	42
2.1 A EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA BRASILEIRA E A SUA ALTERAÇÃO AXIOLÓGICA	43
2.2 A FUNCIONALIZAÇÃO DA FAMÍLIA E A TUTELA DA PERSONALIDADE	47
2.3 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PERSONALIDADE NAS RELAÇÕES FAMILIARES.....	50
2.4 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PERSONALIDADE DOS CÔNJUGES	53
3 O RECONHECIMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRAPATRIMONIAL ENTRE CÔNJUGES	56
3.1 FUNDAMENTOS CONTRÁRIOS AO RECONHECIMENTO	58
3.2 FUNDAMENTOS FAVORÁVEIS AO RECONHECIMENTO	61
3.3 O RECONHECIMENTO DO DANO MORAL NA RELAÇÃO CONJUGAL COMO SOLUÇÃO CIVIL E CONSTITUCIONAL	63
4 A FIDELIDADE NA RELAÇÃO CONJUGAL	69
4.1 A FIDELIDADE COMO DEVER CONJUGAL.....	72
4.2 CONCEITO E ABRANGÊNCIA DO DEVER CONJUGAL DE FIDELIDADE	73
4.3 CARACTERÍSTICAS DO DEVER CONJUGAL DE FIDELIDADE.....	76
4.3.1 Dever Recíproco	76
4.3.2 Dever absoluto	78
4.3.3 Dever Permanente	80
4.4 SANÇÕES ADVINDAS DO DESCUMPRIMENTO DO DEVER CONJUGAL.....	82
5 A CONFIGURAÇÃO DO DANO MORAL COM BASE NO DESCUMPRIMENTO DO DEVER CONJUGAL DE FIDELIDADE	84
5.1 A INFIDELIDADE COMO ATO ILÍCITO	88

5.2 O DANO CAUSADO PELA INFIDELIDADE.....	92
5.2.1 A tutela da honra dos consortes.....	92
5.2.2 A prova do dano moral advindo da infidelidade.....	94
5.3 OUTROS FATORES QUE DEVEM SER CONSIDERADOS	97
CONCLUSÃO	101
REFERÊNCIAS.....	105

INTRODUÇÃO

1 Definição e Delimitação do Tema

O casamento, além de constituir a família e produzir efeitos jurídicos de natureza patrimonial, impõe aos consortes direitos e deveres tutelados pela ordem pública e pelo interesse social, tais como aqueles mencionados no Código Civil e caracterizados expressamente como deveres dos cônjuges.

Dentre o catálogo dos deveres expressos no art. 1566 do Código Civil, vislumbram-se deveres que, se não observados, atingem não somente a eficácia jurídica do matrimônio, como também a figura do próprio consorte, no que diz com a sua personalidade, como é o caso do dever de fidelidade.

O descumprimento do dever de fidelidade transcende a própria relação conjugal. Além de servir de fundamento para a dissolução do matrimônio, a infidelidade acarreta lesão significativa à figura do consorte ofendido.

Embora o sistema jurídico vigente determine o dever de reparação àqueles que praticam culposamente atos que causem danos a outrem, por meio do instituto da responsabilidade civil, não há no ordenamento civil, especificamente no direito de família, sanção expressa que tutele de forma efetiva o descumprimento do dever de fidelidade no casamento, mesmo quando este importe em danos à pessoa do consorte.

Se não bastasse a ausência de dispositivo legal, o instituto da responsabilidade civil, quando ingressa no direito de família, sofre forte resistência quanto a sua própria aplicabilidade, tendo em vista o confronto de valores que o entrelaçamento por eles produzido ocasiona. A resistência ainda é maior quando se fala em dano moral no direito de família.

O reconhecimento do dano moral como espécie de reparação civil, no direito de família, entre cônjuges na relação matrimonial, é objeto de dissensos

jurisprudenciais e doutrinários, fundados em posições antagônicas, respaldadas por fundamentos jurídicos igualmente sustentáveis.

O estudo do dano moral no direito de família, no que diz com o descumprimento do dever de fidelidade dos cônjuges, passa pela averiguação do conteúdo e eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana, como defensor da tutela dos direitos fundamentais da personalidade, expressos na Constituição Federal, frente a qualquer agressão ou violação da pessoa, o que impulsiona e leva a responsabilidade civil a figurar no direito de família.

A eficácia e o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana como verdadeiro guardião dos atributos fundamentais da personalidade, conduz ao reconhecimento de que o cônjuge ofendido possui direito fundamental de ser reparado. Na esteira de tais constatações, há que se fundamentar e reconhecer a infidelidade como ato ilícito a ensejar a responsabilidade civil extrapatrimonial na relação conjugal. Delinear e estabelecer parâmetros para a sua configuração, em consonância com os pressupostos da responsabilidade civil assentes em nosso ordenamento, é caminho que não pode deixar de ser explorado.

Portanto, o reconhecimento e a caracterização dos requisitos para a configuração e reparação do dano moral no âmbito conjugal, advindo do descumprimento do dever conjugal de fidelidade, é o objeto deste trabalho.

2 Pertinência do Tema

O trabalho do advogado, na seara familiar, bem como o magistério acadêmico daqueles que vivenciam o direito de família, revela o quanto nefastos e significativos são os danos causados pela infidelidade no casamento.

Por muito tempo, a infidelidade no matrimônio foi acobertada em nome do fortalecimento da entidade familiar, como se a relação matrimonial tivesse o condão de apagar ou tornar lícito aquilo que é ilícito, curar ou afastar a lesão efetivamente

configurada. Não que o interesse preponderante consubstanciado na entidade familiar não fosse nobre e não tivesse suas justificativas à época, mas, visivelmente, percebem-se alterações significativas no nosso ordenamento jurídico.

O direito civil constitucionaliza-se mercê das inúmeras disposições contidas na Carta. Nessa linha, o direito de família revela uma tendência, notadamente em relação ao tema, fundamentada na dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, na tutela da personalidade, de deslocar o interesse preponderante da entidade familiar para a pessoa.

Esses renovadores ares não foram suficientes para que o legislador infraconstitucional disciplinasse normas que pudessem proteger os cônjuges na relação matrimonial. Sem olvidar da possibilidade de perda do nome e da redução quanto à pretensão alimentar, em desfavor do cônjuge culpado pela separação, o que se tem são deveres desprovidos de sanção efetiva, ante o seu descumprimento, o que revela a necessidade de averiguar a possibilidade de reparação.

Com efeito, a investigação do dano moral no matrimônio, advindo do descumprimento do dever de fidelidade, tem valia, na medida em que o reconhecimento da sua possibilidade jurídica e a verificação de seus requisitos para configuração possibilitem uma sanção ao cônjuge ofensor e, mais importante, uma reparação efetiva ao cônjuge ofendido.

Assim, a pertinência do tema impõe-se, uma vez que a lacuna legislativa verificada no direito de família, ao não prescrever sanções efetivas às condutas ilícitas e lesivas aos direitos da personalidade, na seara familiar, não pode servir de palco para que a personalidade e a dignidade da pessoa sejam vilipendiadas. E é justamente na dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais que residem os fundamentos basilares que amparam a possibilidade de reconhecimento do dano moral no casamento, advindo do descumprimento do dever de fidelidade.

3 Plano de Trabalho

O presente estudo visa a considerar o dano moral na relação matrimonial entre cônjuges, advindo do descumprimento de dever ligado à personalidade, qual seja, o dever de fidelidade, verificando quais seriam os requisitos que fundamentam a sua configuração, através de um método sistemático-dedutivo, com base no princípio da dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais da personalidade, em harmonia e coerência com as normas atinentes ao direito de família e ao instituto da responsabilidade civil.

O trabalho começa tratando do dano moral na relação conjugal, no sentido de reconhecer juridicamente a sua viabilidade, já que a matéria é ainda controvertida, tanto na doutrina como na jurisprudência.

Para tanto, examinam-se, no primeiro capítulo, os direitos da personalidade no sistema jurídico brasileiro, em uma abordagem constitucional e civil, demonstrando conteúdo, eficácia e a tutela dos mesmos, por meio da reparação moral. Na seara constitucional, de acordo com o ordenamento jurídico positivo, foram destacados o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais ligados à personalidade. No Código Civil, analisa-se a novidade legal inserida na parte geral, que é a tutela civil da personalidade.

O segundo capítulo tem como objeto a incidência dos direitos fundamentais da personalidade na relação conjugal e a sua consequência, consubstanciada na alteração axiológica da família contemporânea, permitindo assim que os direitos da personalidade sejam também direitos dos cônjuges, o que, logicamente, atrai a incidência da tutela por meio do dano moral.

No terceiro capítulo, busca-se demonstrar a viabilidade jurídica do dano moral na relação conjugal. A abordagem volta-se de forma direta e específica para a conclusão acerca da possibilidade da reparação moral, que se dá através de uma

construção constitucional e civil, fundada em postulados devidamente eleitos de acordo com as necessidades do tema.

Após a conclusão de que a responsabilidade civil extrapatrimonial tem assento civil e constitucional na relação conjugal, o trabalho se volta especificamente para a averiguação do dever de fidelidade e a configuração do dano moral pelo seu descumprimento.

No quarto capítulo, analisa-se o dever de fidelidade, no que diz com seu conceito, abrangência, características e sanções que derivam de seu descumprimento.

Finalmente, no quinto capítulo, atacando o tema de forma direta, analisam-se os requisitos para a configuração do dano moral no âmbito conjugal, sinalando requisitos específicos, em cotejo com o sistema da responsabilidade civil, relacionados ao descumprimento do dever conjugal de fidelidade.

1 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

A categoria dos direitos da personalidade, tal como essa se concebe hoje em nosso ordenamento civil e constitucional, fundada no Cristianismo e nas declarações de direitos, constitui-se em construção recente, fruto de elaborações doutrinárias – germânicas e francesas – da segunda metade do século XIX, embora seja perfeitamente possível se vislumbrarem, em tempos anteriores, medidas de proteção do homem, porém, de natureza diversa.

A evolução dos direitos do homem, segundo Norberto Bobbio, dá-se na era moderna, com a “difusão das doutrinas jusnaturalistas, primeiro, e das declarações dos Direitos do Homem, incluídas nas Constituições dos Estados liberais, depois” (1992, p. 49), passando da esfera nacional para a internacional, após a Segunda Guerra Mundial.

Com efeito, não obstante as doutrinas e os eventos históricos que refletiram reivindicações de caráter político incorporadas ao Direito Público¹, verificadas em épocas mais distantes, os direitos da personalidade são conquistas da Idade Moderna. É neste período que se percebe uma evolução significativa no trato desses direitos, como verdadeiros direitos subjetivos², em que se passou a considerar a defesa da pessoa, não somente frente ao Estado, mas também a sua proteção contra a ação dos particulares e do poder econômico.

Originalmente, os direitos humanos eram restritos ao Direito Público, focados na defesa dos direitos da pessoa frente à intervenção estatal. Já os direitos da personalidade, tal como eram concebidos, considerando a personalidade apenas como reflexo dos direitos objetivos, eram tratados pelo direito privado³.

¹ Assim foram as conquistas representadas pelo Cristianismo, pela Escola do Direito Natural e principalmente os sentimentos da Revolução Francesa, que acabaram por se caracterizar em reivindicações políticas, incorporando-se ao direito público, voltadas principalmente à defesa da pessoa frente à intervenção estatal.

² “Siempre que un interés se halla protegido jurídicamente y el interesado mismo es autorizado para el ejercicio de esa protección, se habla de un derecho subjetivo del interesado” (OERTMANN, 1933, p. 48)

³ Em dado momento da evolução, os direitos da personalidade eram somente os direitos de alguém sobre a sua própria pessoa, o que, “de acordo com esse pensamento, não se constituem os direitos da personalidade em direitos subjetivos, mas sim em meros efeitos reflexos do direito objetivo,

Essa dicotomia do público-privado, com origens nos movimentos oitocentistas de codificação e constitucionalismo, ruiu na medida em que as relações privadas se tornaram mais complexas. Não bastavam mais, para consolidar os valores humanos, a família, a propriedade e a intervenção de autoridades políticas e religiosas.

O direito passa a ter o papel de mediador e fiscalizador em uma sociedade que necessita, pela evolução e pela marca da igualdade, até então apenas formal, ver tutelados direitos ligados à pessoa. Conforme Pontes de Miranda, essa evolução faz com que os sistemas jurídicos, pressionados politicamente, insiram em seus ordenamentos os direitos da personalidade:

Os direitos de personalidade não são impostos por ordem sobrenatural, ou natural, aos sistemas jurídicos; são efeitos de fatos jurídicos, que se produziram nos sistemas jurídicos, quando, a certo grau de evolução, a pressão política fez os sistemas jurídicos darem entrada a suportes fáticos que antes ficavam de fora, na dimensão moral ou religiosa (1955, p. 7).

Nesse contexto, e em especial no pós-guerra, é que os direitos da personalidade começam a ter a feição de direitos essenciais de desenvolvimento humano⁴. Referida evolução possibilitou a descoberta da personalidade humana, como fator inerente à natureza da pessoa, donde se construíram os conceitos e as características que se prestam a defender a sua dignidade, não somente contra o Estado, não se falando mais apenas em proteção da pessoa humana pelo direito público e pelo direito privado, mas em proteção da pessoa humana pelo direito.

Compreende-se, assim, segundo Gustavo Tepedino, “sob a denominação de direitos da personalidade, nesta visão moderna, os direitos atinentes à tutela da pessoa humana, considerados essenciais a sua dignidade e integridade” (2004, p. 24).

Na visão de Adriano De Cupis, os direitos da personalidade se revelam subjetivos e imprescindíveis. São “àqueles direitos subjetivos cuja função,

onde ser concedida uma certa proteção jurídica a determinadas radiações da personalidade” (TEPEDINO, 2004, p. 26).

⁴ “Significativo es el hecho de que el grandioso momento de constituir una permanente y orgánica Unión de Estados, al fin de la segunda guerra mundial, se inició afirmando solemnemente la fe en los fundamentales derechos humanos, en la dignidad y en el valor de la persona, sin distinción de raza, sexo, lengua o religión” (DEL VECHIO, 1957, p. 357).

relativamente à personalidade, é especial, constituindo o minimum necessário e imprescindível ao seu conteúdo” (1961, p. 19).

Ao tratar dos direitos da personalidade, Pontes de Miranda assevera que “os direitos, as pretensões e ações que dêle se irradiam são irrenunciáveis, inalienáveis e irrestringíveis. São direitos irradiados dêle os de vida, liberdade, saúde (integridade física e psíquica), honra, igualdade” (1970, p. 162, t. I).

Classificados como direitos de natureza não patrimonial, os direitos da personalidade, segundo Miguel Maria de Serpa Lopes, “visam categorias especiais de direito, como os inerentes as condições de existência e de desenvolvimento do indivíduo no meio social, de onde se haver proposto a denominação de direitos de cada um sôbre a sua própria pessoa” (1960, p. 247).

Para Luís Cabral de Moncada, os direitos da personalidade refletem uma “posição fundamental do homem perante a ordem jurídica, que esta expressamente reconhece” (1995, p. 250).

Constituem-se os direitos da personalidade, na visão de Carlos Alberto da Motta Pinto, “um círculo de direitos necessários; um conteúdo mínimo da esfera jurídica de cada pessoa”, só podendo sofrer alguma atenuação no respeitante ao nome. Esse autor refere que direitos da personalidade incidem “sobre a vida da pessoa, a sua saúde física, a sua integridade física, a sua honra, a sua liberdade física e psicológica, o seu nome, a sua imagem, a reserva sobre a intimidade da sua vida privada” (1999, p. 87).

São essas concepções, tendo a pessoa humana como valor universal, que fizeram com que os ordenamentos jurídicos passassem a conter dispositivos adaptados a esse sentimento, realizando a defesa dos direitos da personalidade e agregando conteúdo aos mesmos. Daí decorre seu caráter absoluto⁵, na medida em que detém oponibilidade *erga omnes*, fundamentando um dever jurídico e geral de abstenção de qualquer ato ou conduta capaz de lesá-los.

⁵ Quanto ao caráter absoluto dos direitos subjetivos, Gonçalves, leciona: “Sob o ponto de vista das relações com as outras pessoas, os direitos subjectivos são absolutos ou relativos. São absolutos os que podem ser opostos a tôda e qualquer pessoa, cuja obrigação é negativa ou de abstenção, pois, consiste em não lesar, não perturbar o exercício dêles” (1951, p. 63).

No sistema jurídico brasileiro, essa recente evolução resta evidenciada na medida em que o reconhecimento formal pelo ordenamento jurídico, somente se deu com o advento da Constituição Federal de 1988 e com o novo Código Civil.

A forma com que os direitos foram concebidos no sistema jurídico brasileiro, embora presente a tipificação de alguns direitos, evidencia que o Brasil fez opção por um direito geral de personalidade, que tutela a pessoa em todas as situações necessárias, não somente naquelas situações objetivamente previstas na norma⁶.

A opção pelo direito geral de personalidade é sustentada por Erouths Cortiano Júnior:

Não podem restar dúvidas que o Brasil fez a opção pelo direito geral de personalidade (ao lado da proteção tipificada, seja em leis esparsas, seja no projeto do Código Civil, em trâmite administrativo): o preâmbulo constitucional é taxativo ao afirmar que a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça são os valores supremos de nossa sociedade, assegurados pelo Estado de Direito. Além disso, a dignidade da pessoa humana é fundamento da República (art. 1) e é garantida a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (2000, p. 47).

Assim, a tutela da personalidade no direito brasileiro se opera mediante dispositivos tipificados na legislação constitucional ou infraconstitucional e pela proteção genérica conferida pelo direito geral de personalidade, reconhecidamente adotado pelo sistema jurídico. Não obstante essa proteção genérica, a Constituição Federal e o novo Código Civil trazem dispositivos que tutelam a personalidade, caracterizando-os como essenciais ao estudo que visa à averiguação do dano moral

⁶ Durante a evolução dos direitos da personalidade que culminou no seu reconhecimento, surgiram duas teorias, uma tipificadora e outra não, que versavam acerca da técnica de inserção dos direitos da personalidade no ordenamento jurídico: “A tipificação dos direitos da personalidade pareceu uma solução teórica bastante viável para muitos autores. Por ela, eram identificados alguns direitos da personalidade presentes no ordenamento, como o direito ao nome ou a inviolabilidade da correspondência, por exemplo, e utilizava-se a técnica de tutela de direitos subjetivos. Por outro lado, a crescente necessidade de proteção da pessoa humana, pela qual faziam pressão as instâncias superiores do ordenamento, fez com que ganhassem força as teorias que apontavam pela necessidade da proteção da personalidade não através de um conjunto de direitos tipificados, mas, porém, por uma regra geral que englobasse todos os casos nos quais estivessem em questão bens da personalidade. Tal doutrina teve origem na Alemanha, com o reconhecimento da existência de um direito geral de personalidade a tutelar a pessoa em todas as situações necessárias” (DONEDA, 2002, p. 43). Para Tepedino, que critica as teorias pluralistas e monistas, o que existe no sistema jurídico brasileiro é uma “cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo do ordenamento jurídico” (2004, p. 44-5).

advindo do descumprimento do dever conjugal da fidelidade e, por isso, serão enfrentados de forma sistêmica e individualizada.

1.1 Os direitos da personalidade na Constituição de 1988

Na Constituição Federal, a tutela dos direitos da personalidade encontra fundamento no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, formalmente considerado no inciso III do art. 1º, e em alguns dos incisos do art. 5º, caracterizados como direitos fundamentais.

O critério que permite catalogar os dispositivos legais pertinentes se assenta na lição de J.J. Gomes Canotilho, de que nem todos os direitos fundamentais são direitos à personalidade:

Os direitos de personalidade abarcam certamente os direitos de estado (por ex.: direito de cidadania), os direitos sobre a própria pessoa (direito à vida, à integridade moral e física, direito à privacidade), os direitos distintos da personalidade (direito à identidade pessoal, direito à informática) e muitos dos direitos de liberdade (liberdade de expressão). Tradicionalmente, afastam-se dos direitos da personalidade os direitos fundamentais políticos e os direitos a prestações, por não serem atinentes ao ser como pessoa (1996, p. 520).

Com efeito, tendo em vista a temática proposta, consubstanciada na lesão da personalidade, no âmbito do matrimônio, advindo do descumprimento do dever de fidelidade, há ainda que se realizar uma especificação, no sentido de considerar pertinente o exame apenas dos direitos da personalidade ligados à própria pessoa, no aspecto moral⁷, que se consubstancia formalmente no texto constitucional do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e do direito fundamental de garantia de inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas.

⁷ No que diz com os direitos da personalidade, a doutrina em geral busca classificá-los quanto ao aspecto físico (direito à vida e ao corpo); aspecto intelectual (liberdade de pensamento e expressão) e aspecto moral (direito à honra, à imagem e à vida privada).

Dessa forma, a tutela da personalidade no âmbito constitucional, para fins de exame acerca do tema proposto, sem embargo de seus desdobramentos e reflexos, concentra-se no inciso III do art. 1º e no inciso X do art. 5º.

1.1.1 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da dignidade da pessoa humana revela-se como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, conforme o disposto no inciso III do art. 1º da Constituição Federal de 1988, ressaltando que foi a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha que por primeiro erigiu a dignidade da pessoa humana em direito fundamental expressamente estabelecido.

A técnica legislativa adotada pelo constituinte, que positivou o princípio da dignidade da pessoa humana no Título I, como Fundamento da República Federativa do Brasil, já dá a idéia de que existe uma precedência interpretativa desse, em relação aos demais capítulos constitucionais. Ainda, o próprio preâmbulo da Constituição, ao “instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais”, demonstra que o Estado tem por finalidade “propiciar condições para que as pessoas se tornem dignas”.

Com efeito, o princípio da dignidade da pessoa humana, como norma constitucional positiva, além de ser um enunciado aberto de princípios eticamente desejados, revela-se como princípio constitucional estruturante, com poder vinculativo a toda a atividade do Estado. Nesse sentido, conforme salienta Maria Del Carmen Barranco Avilés, “los derechos constituyen exigências de garantia de la dignidad” (2004, p. 260).

Acerca da importância do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana para o ordenamento jurídico, Ingo Wolfgang Sarlet, sustenta:

Consagrado expressamente, no título dos Direitos Fundamentais, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado Democrático (e social) de Direito (art. 1º, inc. III, da CF), o nosso Constituinte de 1988 – a exemplo do que ocorreu, entre outros países, na Alemanha –, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do

sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal (2006, p. 64).

Tratado como Fundamento da República Federativa do Brasil, José Afonso da Silva considera o princípio da dignidade da pessoa humana como um valor supremo:

Se é fundamento é porque se constituiu num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional (2006, p. 38).

Assim, balizada pela temática proposta, emerge a conclusão segura de que os direitos e as garantias da pessoa humana, notadamente aqueles ligados à personalidade, formalizados pelos direitos fundamentais da Constituição Federal e pelos direitos da personalidade elencados no Código Civil Brasileiro, decorrem do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, o que impulsiona a investigação do seu conteúdo e de seu papel como garantidor dos direitos da personalidade.

1.1.1.1 Conteúdo

A busca por um conceito que desvende o seu conteúdo e eficácia encontra dificuldade no dado objetivo de que as noções de pessoa e dignidade são preexistentes ao direito e se encontram colocadas em culturas distintas que serão recepcionadas de maneiras diversas.

Nesse sentido, José Afonso da Silva revela que “a dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos a priori, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana” (2006, p. 38).

Por isso, a dignidade da pessoa humana, tal como a mesma se concebe hoje, possui um longo percurso histórico que vai do estoicismo, com o reconhecimento de

direitos naturais, passando pelo cristianismo e pelo humanismo, reconhecidos pelos jusnaturalistas, bem como pelo desenvolvimento do conceito em Kant, baseado no respeito incondicional do ser humano através da tutela da liberdade, até chegar na afirmação desses conceitos, refletidos nos tratados internacionais, especialmente na declaração dos direitos do homem, de 1948.

Justamente por essa rica e permanente evolução histórica que, como bem salienta J.J. Gomes Canotilho, a literatura mais recente procura evitar um “conceito fixista” e “filosoficamente sobrecarregado” de dignidade da pessoa humana, sugerindo a adoção da teoria de cinco componentes:

Nesta perspectiva, tem-se sugerido uma integração pragmática, susceptível de ser condensada da seguinte forma:

(1) Afirmação da integridade física e espiritual do homem como dimensão irrenunciável da sua individualidade autonomamente responsável (CRP, arts. 24, 25, 26)

(2) Garantia da identidade e integridade da pessoa através do livre desenvolvimento da personalidade (cfr. refracção desta ideia no art. 73/2. da CPR).

(3) Libertação da angústia da existência da pessoa mediante mecanismos de socialidade, dentre os quais se incluem a possibilidade de trabalho e a garantia de condições existenciais mínimas (cfr. CRP, arts. 53. 58., 63., 64.)

(4) Garantia e defesa da autonomia individual através da vinculação dos poderes públicos a conteúdos, formas e procedimentos do Estado de Direito.

(5) Igualdade dos cidadãos, expressa na mesma dignidade social e na igualdade de tratamento normativo, (cfr. CRP, art. 13.), isto é, igualdade perante a lei” (1996, p. 263).

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, a dignidade da pessoa humana é

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (2006, p. 60).

Para Maria Berenice Dias, o princípio da dignidade da pessoa humana é um macroprincípio, “identificado como sendo o princípio de manifestações dos valores constitucionais, carregado de sentimentos e emoções” (2007, p. 59).

Ao identificar o conteúdo do direito fundamental da dignidade da pessoa humana, Wilson Steinmetz salienta:

Agora, então, já no plano da interpretação constitucional – opera-se, aqui, uma transposição-adequação de conteúdos da filosofia prática para o campo do direito constitucional, uma constitucionalização de conteúdos morais de um determinado conceito-, pode-se dizer que o princípio constitucional fundamental da dignidade da pessoa ordena: (i) o respeito a pessoa como ser autônomo, livre e valioso em si mesmo; (ii) o reconhecimento de cada pessoa, independentemente das particularidades (traços ou características) e vicissitudes pessoais e sociais, como ser singular, único e irrepetível; (iii) o reconhecimento de cada pessoa como uma manifestação concreta da humanidade; (iv) a criação de condições, oportunidades e instrumentos para o livre desenvolvimento da pessoa. Em contrapartida, o princípio constitucional da dignidade da pessoa proíbe: (i) a “coisificação” ou a “objetualização” da pessoa; (ii) a “funcionalização” (política, social, econômica, religiosa, científica e ética) da pessoa; (iii) a privação, da pessoa, de condições e de meios para a sobrevivência livre, autônoma e decente; (iv) humilhações ou vexações da pessoa; (v) a submissão da pessoa a uma posição servil; (vi) a eliminação total da vontade e da possibilidade de livre escolha da pessoa (2004, p. 116).

Em última análise, essa breve noção, desprovida de profundidade acerca do tema, até porque esse não é objeto direto desta investigação, presta-se para informar que o princípio da dignidade da pessoa humana é a própria história da luta pelo reconhecimento dos direitos fundamentais do homem. A importância da dignidade da pessoa humana reside no fundamental papel que possui para a concretização dos direitos fundamentais, progressivamente incorporados pelas constituições de diversos países, na busca de um direito justo⁸.

⁸ Com base na teoria desenvolvida por Karl Larenz, podemos considerar a dignidade da pessoa humana como premissa de um *derecho justo*, consubstanciado no *respeto recíproco*, que deve nortear as relações jurídicas entre os homens. Com a finalidade de resguardar a *dignidad personal* Larenz assevera: “El hombre tiene derechos y deberes y está en relaciones jurídicas con los demás hombres, porque es persona, esto es, un ser capaz de actuar con autonomía, que está colocado bajo unas exigencias, experimenta unos deberes y soporta por ello unas responsabilidades. Solo un ser así puede establecer sus relaciones con los otros sobre la base del reconocimiento recíproco y por ello del derecho. El principio fundamental de Derecho, del cual arranca toda regulación, es el respeto recíproco, el reconocimiento de la dignidad personal del otro y, a consecuencia de ello, de la indemnidad de la persona del otro en todo lo que concierte a su existencia exterior en el mundo visible (vida, integridad física, salubridad) y en sua existencia como persona (libertad, prestigio personal)”. (1993, p. 57-8).

1.1.1.2 Eficácia

Para José Afonso da Silva, o princípio da dignidade da pessoa humana “não admite discriminação alguma e não estará assegurada se o indivíduo for humilhado, discriminado, perseguido e depreciado” (2006, p. 39).

O princípio da dignidade da pessoa humana encerra valor espiritual e moral inerente à pessoa, resguardando a ela o exercício de seus direitos fundamentais, assegurando que os mesmos não sejam vulnerados. Assim, a dignidade da pessoa humana, no plano jurídico e abstrato, impede a realização de atos que importem à “funcionalização” ou “coisificação” da pessoa⁹.

Conforme Ingo Wolfgang Sarlet, o referido princípio fundamental possui alcance de modo a respeitar a existência digna:

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio de injustiças (2006, p. 59).

Segundo Luiz Edson Fachin, o princípio da dignidade da pessoa é princípio emancipatório que norteia o ordenamento jurídico:

A dignidade da pessoa é princípio fundamental da República Federativa do Brasil. É o que chama de princípio estruturante, constitutivo e indicativo das idéias diretivas básicas de toda ordem constitucional. Tal princípio ganha concretização por meio de outros princípios e regras constitucionais formando um sistema interno harmônico, e afasta, de pronto, a idéia de predomínio do individualismo atomista no Direito. Aplica-se como leme a todo ordenamento jurídico nacional compondo-lhe o sentido e fulminando de inconstitucionalidade todo preceito que com ele conflitar (2001, p. 191).

A extensão desse princípio fundamental alcança o legislador, vinculando à edição normativa, neste âmbito, ao conteúdo que exsurge do princípio. Estando qualquer norma de direito dissociada do conteúdo do princípio da dignidade da

⁹ Termos usados por Steinmetz quando trata do conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana (2004, p.116).

pessoa humana, tal norma estará caracterizada como inválida. Assim, o legislador está vinculado aos direitos fundamentais como limite formal e material a sua atividade. Existindo norma de natureza privada que não seja compatível com a constituição, estar-se-á diante de norma inconstitucional.

Da mesma forma acontece com a jurisdição que, necessariamente, deve estar em consonância com os direitos fundamentais e, com maior razão, com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Quanto à vinculação da jurisdição, leciona Gilmar Ferreira Mendes:

Também indiscutível se afigura a vinculação da jurisdição aos direitos fundamentais. Dessa vinculação resulta para o Judiciário não só o dever de guardar estrita obediência aos chamados direitos fundamentais de caráter judicial, mas também o de assegurar a efetiva aplicação do direito, em especial dos direitos fundamentais, seja nas relações entre os particulares e o Poder Público, seja nas relações tecidas exclusivamente entre particulares (2007, p. 118).

Em última análise, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana tem eficácia que vincula o legislador e a própria jurisdição, na medida em que se afigura como princípio fundamental da República, sustentáculo dos direitos fundamentais da personalidade.

1.1.1.3 A dignidade como núcleo dos direitos da personalidade

De acordo com o conteúdo da dignidade da pessoa humana, pode-se asseverar que o mesmo guarda estreita vinculação com os direitos da personalidade, caracterizando-se como fonte e instrumento de garantia de tais direitos. Segundo José Afonso da Silva “a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito a vida” (2006, p. 38).

Nesse sentido, as considerações de Antonio Enrique Pérez Luño acerca da filosofia Kantiana que considera a dignidade da pessoa humana como valor que fundamenta a personalidade:

Como se há tenido ocasión de indicar supra, el concepto de dignidad humana era para Kant el valor fundamentador de las nociones de persona y de personalidad. La dignidad implica, en la teoría Kantiana, la dimensión moral de la personalidad, que tiene por fundamento la propia libertad y autonomía de la persona. De ahí que la dignidad del hombre represente el principio legitimador de los denominados derechos de la personalidad (2001, p. 475).

Segundo Maria Del Carmen Barranco Avilés, a dignidade humana se revela como centro dos ordenamentos jurídicos, pois tem origem nos direitos humanos. Pela sua importância, destaca a função subjetiva dos direitos fundamentais para o desenvolvimento da dignidade humana, considerando-a como uma faceta ética:

Hasta aquí he desarrollado la idea de que los derechos sirven a la legitimidad del poder organizado como Estado de Derecho; es el momento de apuntar que esa función de legitimidad se atribuye a los derechos en tanto éstos se ordenan al desarrollo de la dignidad humana (2004, p. 113).

A dignidade da pessoa humana foi catalogada pela Constituição Federal como referência constitucional dos direitos fundamentais. No que diz com os direitos da personalidade, também considerados direitos fundamentais, funciona como uma garantia a fim de assegurar uma existência digna. Ao tratar da dignidade da pessoa humana, Luiz Edson Fachin, ao considerá-la referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, refere:

Os direitos fundamentais, que o art. 5º da constituição federal de 1988 considera invioláveis, são inerentes à dignidade humana, neles se traduzem e concretizam as faculdades que são exigidas pela dignidade, assim como circunscrevem o âmbito que se deve garantir à pessoa para que aquela se torne possível (2001, p. 193).

A dignidade da pessoa humana afirma-se como valor supremo da ordem jurídica, atuando como princípio capaz de integrar todo o ordenamento jurídico, operando, principalmente, a concretização e o reconhecimento dos direitos fundamentais ligados à personalidade. Por isso, não é demais considerá-la como núcleo dos direitos fundamentais.

De acordo com o sistema jurídico constitucional brasileiro, Alexandre de Moraes afirma que “o direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, entre outros, aparece como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil” (2004, p. 129).

A relevante importância do princípio fundamental da dignidade humana encontra amparo na lição de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

É tão importante esse princípio que a própria CF 1. III o coloca como um dos fundamentos da República. Esse princípio não é apenas uma arma de argumentação, ou uma tábua de salvação para a complementação de interpretações possíveis de normas postas. Ele é a razão de ser do Direito. Ele se bastaria sozinho para estruturar o sistema jurídico. Uma ciência que não se presta para promover a sociedade de tudo o quanto é necessário para permitir desenvolvimento integral do homem, que não se presta para colocar o sistema a favor da dignidade da pessoa humana, que não se presta para servir ao homem, permitindo atingir os seus anseios mais secretos, não se pode dizer Ciência do Direito (2006, p.118).

Desse modo, os direitos e garantias fundamentais localizadas no art. 5º da Constituição Federal, incluídos aqui os ligados à personalidade, decorrem e possuem amparo e proteção específica na dignidade da pessoa humana. Pode-se assim, concluir, em relação aos direitos da personalidade com sede constitucional, que eles possuem uma dupla proteção constitucional: geral, amparada no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, como núcleo dos direitos e garantias do homem; específica, com base nos direitos fundamentais do art. 5º, notadamente aqueles formalizados no inciso X.

1.1.2 Os direitos fundamentais da personalidade vinculados à moral

Dentre os direitos e as garantias fundamentais do ser humano, localizadas no art. 5º da Constituição Federal, encontram-se aqueles direitos conexos à personalidade, que tutelam a integridade moral, nos quais a Constituição empresta importância, a ponto de considerá-los invioláveis.

Segundo o inciso X do art. 5º da Constituição Federal, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, são direitos invioláveis. Assim, a proteção constitucional da intimidade da vida privada, da honra e da imagem da pessoa, dá-se expressamente e está formalizada como direitos fundamentais do cidadão, ligados, inclusive, ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana.

Por isso, a tutela dos direitos da personalidade ligados à moral se realiza no ordenamento jurídico constitucional através da consagração dos mesmos como direitos fundamentais, o que reclama uma breve análise do que significa, na espécie, a qualificação de determinados valores como direitos fundamentais.

1.1.2.1 O significado de direitos fundamentais

Primeiramente, importa referir que a Constituição Federal se caracteriza por uma diversidade terminológica, mencionando expressões diversas quando pretende se referir aos direitos fundamentais. Aliás, a doutrina assim também procede, utilizando como sinônimos de direitos fundamentais, conforme refere Ingo Wolfgang Sarlet, termos como “direitos humanos”, “direitos do homem”, “direitos subjetivos públicos”, “liberdades públicas”, “direitos individuais”, “liberdades fundamentais” e “direitos humanos fundamentais” (2005, p. 33), o que demanda atenção quando da investigação conceitual, que, por consequência, revela conteúdo.

Feita essa ressalva, para uma objetiva definição acerca dos direitos fundamentais, conforme as necessidades da investigação proposta, impera,

primeiramente, avaliar o significado do que se entende por direitos humanos, isso porque o seu esclarecimento leva ao entendimento do que se considera Direito Fundamental.

Na busca de uma definição, Norberto Bobbio, embora refira que os mesmos incorrem em tautologia, dispara uma série de conceitos:

Direitos do homem são os que cabem ao homem enquanto homem [...]
Direitos do homem são aqueles que pertencem, ou deveriam pertencer, a todos os homens, ou dos quais nenhum homem pode ser despojado [...]
Direitos do homem são aqueles cujo reconhecimento é condição necessária para o aperfeiçoamento da pessoa humana, ou para o desenvolvimento da civilização, etc. (1992, p. 17)

Quanto ao conteúdo, Norberto Bobbio pondera que “os direitos do homem constituem uma classe variável” (1992, p. 18), uma vez que se modificam de acordo com as alterações das condições históricas, o que revela que eles devem ser analisados de forma relativa e temporal.

Por isso, é a evolução da humanidade e suas conquistas que caracterizam o reconhecimento de valores perseguidos como direitos humanos. Referidas evoluções e conquistas são marcadas, ao longo da história, por declarações, ou seja, documentos que versavam sobre reivindicações de uma sociedade.

Não obstante a existência de outras declarações, tais como a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, que por primeiro, em sentido moderno, tratou de direitos do homem, a que possui maior relevância é a Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão, adotada pela Assembléia Constituinte Francesa em 1789. Referida declaração, consubstanciada em 17 artigos, proclama os princípios da liberdade, da igualdade, da propriedade, da legalidade e as garantias individuais, o que nos dá idéia do conteúdo dos direitos humanos contemporâneos.

Da mesma forma, os direitos fundamentais também evoluem. De acordo com Norberto Bobbio, “o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas em outras culturas” (1992, p. 19). Justamente por isso, os direitos fundamentais são tratados e

estudados consoante perspectivas sociais, delimitadas pelo tempo, consideradas pelos estudiosos como dimensões (fases ou gerações)¹⁰.

Assim, além de possuírem a mesma natureza jurídica, os direitos humanos e os direitos fundamentais possuem o mesmo titular, que é o próprio ser humano, o que autoriza a conclusão de que todos os direitos fundamentais são também direitos humanos.

Nesse sentido, Luigi Ferrajoli leciona que “son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar” (2004, p. 37).

Da mesma forma, José Carlos Vieira de Andrade entende que

os direitos fundamentais, tais como entendemos, são verdadeiros direitos ou liberdades, reconhecidos em geral aos homens ou a certas categorias dentre eles, por razões de humanidade. São nessa medida direitos de igualdade e não direitos de desigualdade (1987, p. 26).

Todavia, o que diferencia os direitos fundamentais dos direitos humanos é o fato de que aqueles constituem preceitos constitucionais, ao passo que estes são padrões morais que devem ser submetidos a um sistema jurídico. Com efeito, a constitucionalização possui o condão de alterar a própria nomenclatura do direito, passando de direitos humanos para direitos fundamentais, conforme leciona Ingo Wolfgang Sarlet:

¹⁰ Sem a pretensão de aprofundar as diversas questões que podem advir da abordagem acerca das dimensões dos direitos fundamentais, até porque esse não é o objeto primordial da investigação, adequada se revela uma menção objetiva a esse aspecto. Ingo Wolfgang Sarlet relata que “os direitos fundamentais passaram por diversas transformações, tanto no que diz com seu conteúdo, quanto no que concerne à sua titularidade, eficácia e efetivação” (2005, p. 53), o que faz com que se fale na existência de três gerações de direitos, não obstante há quem defenda a existência de uma quarta dimensão (composta pelo direito à democracia, informação, pluralismo, defendida no direito pátrio por Paulo Bonavides e consubstanciada no resultado da globalização). Sarlet, ao tratar da temática, refere que os direitos fundamentais da primeira dimensão “são direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não-intervenção do Estado” (2005, p. 54-5), são direitos de cunho negativo. Os de segunda dimensão, são direitos sociais, econômicos e culturais, que atribuem “ao Estado um comportamento ativo na realização da justiça social” (2005, p. 55). Já os direitos de terceira dimensão, “tem como nota distintiva a titularidade coletiva” (ibidem, p. 57) consubstanciados, por exemplo, no direito à paz, ao meio ambiente, a comunicação, qualidade de vida e assim por diante.

Em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram, a validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional) (2005, p. 35).

Por isso, a diferenciação de direito humano de direito fundamental, consubstanciada em um processo de constitucionalização, conduz à constatação de que é a partir desse exercício que se chega ao entendimento do que são os direitos fundamentais. Assim, partindo-se desta premissa, de que os direitos fundamentais são direitos humanos considerados pelo legislador constitucional, podemos considerar a conceituação objetiva de Konrad Hesse, analisada por Paulo Bonavides, de que “direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais” (2003, p. 560).

De acordo com a teoria de Robert Alexy, tendo como ponto de partida as normas atributivas, os direitos fundamentais pressupõem a existência de uma norma que agregue sustentação:

Entre el concepto de norma de derecho fundamental y el del derecho fundamental existen estrechas conexiones. Siempre que alguien posee un derecho fundamentele, existe una norma válida de derecho fundamental que le otorga este derecho (2002, p. 47).

Por isso, Robert Alexy (2002) basicamente trabalha o conceito de direitos fundamentais, como aqueles direitos reconhecidos pela Constituição (no caso brasileiro, o Título II da Constituição Federal).

Com efeito, ao definir direitos fundamentais no ordenamento constitucional pátrio, Ingo Wolfgang Sarlet refere:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade

formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do catálogo) (2005, p. 89).

Assim, pode-se chegar à conclusão de que direitos fundamentais são valores humanos reconhecidos por uma Constituição. A simplicidade de tal conceito, além de bastar-se em si mesmo para a finalidade que a investigação se propõe, dá azo à importante constatação de que as constituições são caracterizadas e rotuladas de acordo com os direitos fundamentais então catalogados.

Destarte, direitos fundamentais são direitos constitucionais por natureza, recepcionados e ligados a uma Constituição que lhe confere este status e nomenclatura. Todavia, é prudente considerar que, em alguns sistemas legais, existem direitos fundamentais que não foram expressamente catalogados no texto constitucional, mas que são incluídos implícita e indiretamente como tais no ordenamento jurídico, o que implica o reconhecimento de que a fundamentalidade é extensiva e diretamente ligada e associada a valores constitucionais. Daí decorre a importância, para a presente investigação, do estudo dos direitos da personalidade contidos no Código Civil, uma vez que são dispositivos civis, oriundos de valores constitucionais.

1.1.2.2 Os direitos fundamentais da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem da pessoa

Com base em uma hermenêutica acerca das lições citadas, pode-se afirmar que é o legislador constitucional, amparado nos anseios de um Estado, que define os direitos fundamentais de uma sociedade, o que agrega, aos mesmos, uma carga de preponderância e eficácia privilegiadas no ordenamento jurídico. Nesse sentido, José Carlos Vieira de Andrade leciona que os direitos possuem maior “poder” quando estão constitucionalizados:

Os direitos fundamentais previstos na Constituição são, quanto ao seu conteúdo, mais concretos e específicos. A sua maior proximidade do real, pelo facto de serem normas de aplicação imediata, obriga a formulações

mais claras e de mais perfeita intencionalidade. Por outro lado, os direitos desdobram-se em novos aspectos ou mesmo em novos direitos perante a pressão das necessidades práticas de protecção jurídica dos particulares (1987, p. 32).

Notadamente, de acordo como o direito constitucional positivo vigente, os direitos fundamentais possuem protecção jurídica especial, no sentido de que possuem aplicabilidade imediata, por força do § 1º do art. 5º, excluindo o cunho programático. Essa protecção especial também está assente na impossibilidade de serem alvo de alterações ou supressões pelo poder constituinte derivado, na esteira do que dispõe o art. 60, § 4º, que regulamenta as cláusulas pétreas.

Daí que, por serem considerados direitos fundamentais, pois constam expressamente no catálogo constitucional, o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem da pessoa, são dotados de protecção jurídica especial.

Todavia, se parece claro que esses direitos da personalidade são fundamentais, não muito claro é a exata compreensão do que significam, o que impõe a averiguação do conteúdo desses direitos tutelados – intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas – com amparo e norteadas pelo texto constitucional e na realidade social brasileira.

Ao comentar o inciso X do art. 5º da Constituição, José Afonso da Silva salienta que a sua terminologia não é precisa, o que faz com que o autor use a expressão “direito à privacidade”, em sentido amplo, de modo a abarcar todas essas manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade, que o texto constitucional em exame consagrou, operando uma diferenciação entre esses e o direito à honra e à imagem das pessoas, que considera ligadas à dignidade da pessoa e, por isso, são tratados de forma apartada. Assim, refere, fazendo menção a outros autores¹¹, em relação à privacidade:

Toma-se, pois, a privacidade como conjunto de informações acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob o seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito. A esfera da inviolabilidade, assim, é

¹¹ Nessa citação o autor usa passagens de Matos Pereira (in: Direito de informação, p. 15) quanto ao conceito de privacidade e de Moacyr de Oliveira (in: Enciclopédia Saraiva de Direito, p. 100, v. XLVI) quanto à esfera da inviolabilidade.

ampla, abrange o modo de vida doméstico, nas relações familiares e afetivas em geral, fatos, hábitos, local, nome imagem, pensamento, segredos, e, bem assim, as origens e planos futuros do indivíduo (2006, p. 100).

O mesmo autor encerra seu comentário, tecendo considerações à honra e à imagem das pessoas, entendendo que “a honra é o conjunto de qualidades que caracterizam a dignidade da pessoa, o respeito dos concidadãos, o bom-nome, a reputação. É direito fundamental da pessoa resguardar essas qualidades” (ibidem, p. 101).

Seguindo a mesma linha, Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins realizam comentários apartados em relação aos valores constantes no inciso X do art. 5º. Em relação à honra, consideram que ela “consiste no direito de não ser ofendido ou lesado na sua dignidade ou consideração social. Caso ocorra tal lesão, surge o direito de defesa” (1989, p. 64). Já no que diz com a intimidade, referem:

O inciso oferece guarida ao direito à reserva da intimidade assim como ao da vida privada. Consiste na faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano (1989, p. 63).

Segundo Alexandre de Moraes, “o conceito de intimidade relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa humana, suas relações familiares e de amizade, enquanto o conceito de vida privada envolve todos os relacionamentos da pessoa” (2004, p. 224). Para o autor, deve-se ter uma interpretação ainda mais ampla de tais defesas, quando se trata da família:

No respectivo âmbito familiar, os direitos à intimidade e vida privada devem ser interpretados de forma mais ampla, levando em conta as delicadas, sentimentais e importantes relações familiares, devendo haver maior cuidado em qualquer intromissão externa (2004, p. 224).

Assim, a Constituição Federal consagrou o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, como direitos fundamentais, o que faz com que eles tenham proteção jurídica especial, consubstanciada em uma aplicabilidade imediata e na impossibilidade de serem alterados.

1.2 Os direitos da personalidade no Código Civil brasileiro

O novo Código Civil brasileiro destacou um capítulo, tratando exclusivamente “dos direitos da personalidade” (Capítulo II do Livro I da Parte Geral), catalogando alguns atributos especiais da pessoa.

A matéria não era tratada sistematicamente no Código Civil de 1916, haja vista que foi somente nas últimas décadas do século XX que o direito privado passou a voltar mais detidamente sua atenção aos direitos da personalidade.

O primeiro Anteprojeto do novo Código Civil, datado de 1963¹², já vinha sendo elaborado em torno da importância da personalidade, calcada no respeito à pessoa humana. Orlando Gomes, autor desse anteprojeto, sinalou em sua apresentação:

O primeiro e dos mais importantes objetivos do Anteprojeto é o de preservar um dos valores fundamentais de nossa civilização: o respeito à pessoa humana. Os códigos individualistas, voltados inteiramente para o indivíduo, esqueciam à pessoa, omitindo-se diante de direitos sem os quais a personalidade do homem não encontra terreno propício à sua livre e necessária expansão (1985, p. 17).

Atualmente, a questão da personalidade é tratada do ponto de vista civil-constitucional, visto que a fonte normativa da matéria se encontra na Constituição Federal de forma mais abrangente e eficaz, não obstante o legislador ordinário civil estivesse, mesmo antes de 1988, condicionado e empenhado axiologicamente a prestigiar os direitos da personalidade.

A primeira constatação que deflui da introdução dos direitos da personalidade na seara civil é a de que o legislador não disciplinou a matéria de forma exaustiva. Não há na norma rol taxativo ou valores fechados, o que demonstra que o papel da

¹² O anteprojeto de Código Civil de 1963 não chegou a ser objeto de apreciação legislativa. Em 1969, o Poder Executivo ordenou a elaboração de um novo anteprojeto, a cargo de uma comissão supervisionada por Miguel Reale, que resultou, após longa tramitação, no Código Civil de 2002. Porém, esse anteprojeto que foi aprovado, na parte geral, foi redigido por José Carlos Moreira Alves, que seguiu o caminho anteriormente trilhado por Orlando Gomes.

jurisprudência, condicionada aos valores constitucionais, foi considerado para fins de tutela da personalidade na ordem civil¹³.

O legislador civil estruturou legalmente os direitos da personalidade, sob cinco valores, que demonstram a concepção desses direitos: vida/integridade física, nome, honra, imagem e intimidade.

Desta maneira, os direitos da personalidade referem-se, de um lado, à pessoa como ente individual, com seu patrimônio físico e intelectual, e de outro, a sua posição perante a sociedade, representando o seu modo de ser e suas projeções como ente social.

Nos artigos 11 e 12, trata-se da natureza e da tutela dos direitos da personalidade. Todos os demais referem-se, especificamente, a direitos da personalidade: direitos à integridade psico-física (arts. 13 a 15), o direito ao nome e ao pseudônimo (arts. 16 a 19), o direito à imagem (art. 20) e o direito à personalidade (art. 21).

Os direitos à incolumidade física, situados nos artigos 13 a 15, expressam a vedação do ordenamento a atos de disposição do corpo, quando esses ocasionarem diminuição ou atentarem contra a integridade física. Contudo, ressalva-se a hipótese de necessidade médica e a autonomia do paciente para fins de tratamento.

O direito pessoal à identidade é disciplinado nos artigos 16 a 18, que asseguram que toda pessoa tem direito ao nome e ao pseudônimo, sendo os mesmos expressamente tutelados quanto ao seu emprego por terceiros.

Já os direitos à honra e à imagem foram objetos do art. 20. Também denominado direito à integridade moral ou à reputação, o direito à honra tutela o

¹³ Em relação a essa conclusão extraída das normas contidas no Capítulo II da Parte Geral (Dos Direitos da Personalidade), de que a tutela da personalidade está estruturada em valores constitucionais (vida/integridade física, honra, imagem, nome e intimidade) importante a ressalva de Maria Helena Diniz: “Apesar da grande importância dos direitos da personalidade, o Código Civil, mesmo tendo dedicado a eles um capítulo, pouco desenvolveu sobre tão relevante temática, embora, com o objetivo primordial de preservar o respeito a pessoa e aos direitos protegidos constitucionalmente, não tenha assumido o risco de uma enumeração taxativa prevendo em poucas normas a proteção de certos direitos inerentes ao ser humano, talvez para que haja, posteriormente, desenvolvimento jurisprudencial e doutrinário e regulamentação por normas especiais” (2008, p. 123, v. I).

respeito, a consideração, a boa fama e a estima de que a pessoa desfruta nas relações sociais. Toda pessoa, por mais que se conduza de modo não ético, desfruta desse direito, em grau maior ou menor, a depender de seu comportamento moral e da comunidade em que vive ou atua.

O direito à privacidade é referido no art. 21, demonstrando que o ordenamento civil impede a violação da privacidade, considerando-a como direito inerente à personalidade.

Assim, de acordo com a nova ordem adjetiva civil, os direitos da personalidade são os que resguardam a dignidade humana e possuem, de acordo com o art. 11 do Código, as características da intransmissibilidade, irrenunciabilidade e indisponibilidade. Ainda que o texto da norma contida no citado art. 11 pareça ficar restrita à intransmissibilidade, irrenunciabilidade e indisponibilidade, Gustavo Tepedino pondera os demais atributos inerentes ao direito da personalidade:

Assim sendo, considerados como direitos subjetivos privados, os chamados direitos da personalidade possuem, como característicos, no dizer da doutrina brasileira especializada, a generalidade, a extrapatrimonialidade, o caráter absoluto, a inalienabilidade, a imprescritibilidade e a intransmissibilidade (2004, p. 33).

De tudo isso se extrai que os direitos da personalidade foram devidamente prestigiados pelo legislador civil, não de forma exaustiva, fazendo com que o intérprete se valha de valores e princípios constitucionais que complementam a tutela da personalidade.

1.3 A tutela dos direitos da personalidade

A Constituição Federal, por meio de princípios e garantias fundamentais, sobretudo o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da república brasileira, conferiu proteção genérica aos direitos da personalidade.

Na esteira da orientação constitucional, o legislador civil dedicou um capítulo exclusivo aos direitos da personalidade, reconhecendo a integridade física, moral e intelectual como valores fundamentais para o desenvolvimento da sociedade.

A par do ordenamento jurídico vigente, os direitos da personalidade passaram a ser um bem juridicamente protegido, o que impulsionou o dano moral a ser considerado como forma de reparação as lesões praticadas contra a personalidade. Neste sentido, Judith Martins-Costa refere a natureza dos danos à pessoa, quanto a sua reparação, como de ordem extrapatrimonial:

Se, ao contrário, em primeiro plano está a pessoa humana valorada por si só, pelo exclusivo fato de ser pessoa – isto é, a pessoa em sua irreduzível subjetividade de dignidade, dotada de personalidade singular e por isso mesmo titular de atributos e de interesses não mensuráveis economicamente –, passa o Direito a construir princípios e regras que visam tutelar essa dimensão existencial, surgindo, assim, a responsabilidade extrapatrimonial (2001, 21).

Com efeito, é imperativa a constatação de que ordenamento jurídico vigente institui a forma ressarcitória como instrumento de tutela da personalidade. A tutela ressarcitória, sem prejuízo ou quando não haja lugar a reconstituição natural do bem lesionado, reveste-se principalmente da indenização por danos morais, na forma pecuniária¹⁴, pois como bem salienta Rui Stoco, “as ofensas a bens imateriais, anímicos e integrantes da personalidade da pessoa, como a honra, a imagem, o bom nome e outras, causam prejuízo moral ou interno” (2004, p. 1617).

Sem olvidar do entendimento de parte considerável da doutrina que considera que a tutela dos direitos da personalidade, no plano da responsabilidade civil, no que diz com a proteção desses direitos e sua reparação moral, não é específica nem sistemática no ordenamento jurídico brasileiro¹⁵, tanto o inciso X do art. 5º da Constituição Federal, bem como o art. 12 do Código Civil, são normas que

¹⁴ Souza (1995, p. 463-68), em sua obra *O Direito Geral de Personalidade*, ao tratar das “modalidades da obrigação de indenização em caso de violação aos direitos da personalidade” refere que existem como modalidades de obrigação de indenizar os atos lesivos à personalidade, à reconstituição natural e à indenização em dinheiro. Pondera que, quando não haja a possibilidade de reconstituição natural, a obrigação de indenizar se reveste da forma de indenização em dinheiro que, ainda, deve se distinguir em danos patrimoniais e não patrimoniais.

¹⁵ Stoco pondera que não há regulamentação especial e específica regulamentando os direitos da personalidade: “Cabe observar, porém, que a tutela dos direitos de personalidade, sob o plano da responsabilidade civil – quer material ou moral – não é específica nem sistemática” (2004, p. 1615).

estabelecem a reparação moral em face de atos atentatórios aos direitos da personalidade, e por isso devem ser destacadas.

1.3.1 A sanção decorrente da violação dos direitos fundamentais ligados à personalidade

Embora a Constituição Federal, no inciso X do art. 5º, declare a inviolabilidade dos direitos fundamentais ligados à privacidade e à honra das pessoas, a segunda parte do dispositivo cuida de assegurar o direito à indenização por danos morais e materiais decorrentes da violação.

A importância desse dispositivo é sinalada por Judith Martins-Costa (2001, p. 30), que registra que após a Constituição Federal de 1988, em razão da expressa previsão contida nos incisos V e X, do art. 5º, desenvolveu-se com intensidade a admissibilidade dos danos morais à pessoa.

José Afonso da Silva, ao comentar a norma do art. 5º, inciso X, chama atenção para o fato de que, além dos ilícitos penais, há ainda o dever expresso indenizatório, de natureza patrimonial e extrapatrimonial:

A violação da privacidade, portanto, encontra no texto constitucional remédios expeditos. Essa violação em algumas hipóteses já constitui ilícito penal. Além disso, a Constituição foi explícita em assegurar ao lesado direito a indenização por dano material ou moral decorrente da violação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas - em suma, do direito à privacidade (2006, p. 102).

No mesmo sentido, Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, acerca da variedade de fatores desencadeantes da violação, assim se posicionam:

A segunda parte do dispositivo cuida de assegurar um direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. É óbvio que a Constituição não quis excluir outras formas de punição também compatíveis com a lesão a estes direitos, haja vista a existência dos crimes contra a honra. O que ela quis deixar certo é que além da responsabilização administrativa, quando for o caso, cabe também uma responsabilização de natureza civil (1989, p. 65).

Ainda em relação à indenização pela violação dos direitos fundamentais constantes do dispositivo comentado, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery relatam a responsabilidade objetiva: "A ofensa à honra, liberdade ou intimidade das pessoas enseja indenização por dano moral e patrimonial. Trata-se de hipótese de responsabilidade objetiva, porquanto a norma não prevê conduta para que haja o dever de indenizar (2006, p. 129).

Da mesma forma acontece no direito português, quando, segundo Carlos Alberto da Motta Pinto, o descumprimento dos direitos da personalidade acarreta ilícitos penais e civis:

O direito protege os vários modos de ser físico ou morais da personalidade. A violação de alguns desses aspectos da personalidade é até um facto ilícito criminal, que desencadeia uma punição estabelecida no Código Penal em correspondência com o respectivo tipo legal de crime (v. g., homicídios, ofensas corporais, difamação, calúnia, injúria, cárcere privado). Nessas hipóteses, bem como naquelas em que, por não assumir o facto um especial relevo para a colectividade, a violação não corresponde a um ilícito criminal, existe um facto ilícito civil. Este facto ilícito civil, traduzido na violação de um direito de personalidade, desencadeia (n. 2 do art. 70.) a responsabilidade civil do infractor (obrigação de indemnizar os prejuízos causados), bem como certas providências não especificadas e adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida (v. g., apreensões, publicação da sentença em jornais, supressão de passagens de um livro, etc.) (1999, p. 87).

A inclusão expressa e formal da reparação moral frente à violação dos direitos à privacidade e à honra se consubstancia em um reforço substancial que serve para intimidar qualquer lesão aos direitos ligados à personalidade, independentemente de onde essa ocorra.

1.3.2 A sanção prevista no Código Civil

O Código Civil ao tratar dos direitos da personalidade, inseriu no seu Capítulo II da Parte Geral duas cláusulas gerais que tutelam a personalidade, veiculadas nos artigos 12 e 21, fornecendo instrumentos eficazes para a tutela dos direitos da personalidade, que vão da tutela inibitória até perdas e danos, sem prejuízo de

haver cumulação de ambos¹⁶. Gustavo Tepedino, ao tratar dessas cláusulas gerais, refere que os dispositivos terão significado se interpretados de acordo com o princípio da dignidade humana:

Ambos os dispositivos, lidos isoladamente no âmbito do corpo codificado, não trazem grande novidade, sendo certo que os dispositivos constitucionais mencionados já traziam previsão geral a esse respeito. Os preceitos ganham contudo algum significado se interpretados como especificação analítica da cláusula geral de tutela da personalidade prevista no Texto Constitucional no art. 1º, III (a dignidade humana como valor fundamental da República). A partir daí, deverá o interprete afastar-se da ótica tipificadora seguida pelo Código Civil, ampliando a tutela da pessoa humana não apenas no sentido de contemplar novas hipóteses de ressarcimento mas, em perspectiva inteiramente diversa, no intuito de promover a tutela da personalidade mesmo fora do rol de direitos subjetivos previstos pelo legislador codificado (2004, p. 27).

Essa hermenêutica constitucionalizada dos instrumentos legais inseridos no Código Civil conduzem à certeza de que a tutela reparatória à personalidade, contida na expressão legal “perdas e danos” e “sem prejuízo de outras sanções previstas em lei” do art. 12 do Código Civil, abarca os danos morais à pessoa¹⁷.

Com efeito, verificada uma lesão a um dos direitos da personalidade, impõe-se o dever reparatório, na forma pecuniária, advinda dos dispositivos legais inseridos no Código Civil, que possibilitam a função satisfatória ou compensatória ao lesado.

Nesse sentido, leciona Rabindranath Valentino Aleixo de Souza, ao tratar da responsabilidade civil e obrigação de indenizar por ato ilícito, violadores da personalidade:

Dado que a personalidade humana do lesado não integra propriamente o seu patrimônio, acontece que da violação da sua personalidade emergem directa e principalmente danos não patrimoniais ou morais, isto é, prejuízos

¹⁶ “Como se vê, destinam-se os direitos da personalidade a resguardar a dignidade humana, mediante sanções, que devem ser suscitadas pelo ofendido ou pelo lesado indireto (art 12 e parágrafo único do CC). Essa sanção deve ser feita por meio de pedido de antecipação de tutela (CPC, art. 273) ou de medidas cautelares (CPC, arts. 796-889) que suspendem os atos que ameaçam ou desrespeitam a integridade física, intelectual e moral, movendo-se, em seguida, uma ação que irá declarar ou negar a existência da lesão, que poderá ser cumulada com ação ordinária de perdas e danos a fim de ressarcir danos morais e patrimoniais” (DINIZ, 2008, p. 135-6, v. I).

¹⁷ “Aquele que for ameaçado ou lesado em seus direitos da personalidade poderá exigir que cesse a ameaça ou a lesão e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções, como dispõe o art. 12. Nesse prisma, a indenização por danos morais assume importante relevância” (VENOSA, 2004, p. 152, v.I).

de interesse de ordem biológica, espiritual, ideal ou moral, não patrimonial, que, sendo insuscetíveis de avaliação pecuniária, apenas podem ser compensados, que não exactamente indemnizados, com a obrigação pecuniária imposta ao agente. É o caso da perda da vida e da saúde, das dores e incomodidades físicas, dos sofrimentos, constrangimentos e desgostos morais e afectivos, dos complexos e frustrações de ordem estética e psicológica, dos vexames e humilhações, da privação ou redução de liberdade, da perda ou diminuição do bom nome, do prestígio, da reputação e consideração social, das contrafacções da identidade e da imagem (1995, p. 458).

Dessa forma, não há dúvida de que, não obstante os obstáculos quanto à quantificação da reparação moral que a forma pecuniária revela, ante a lesão praticada aos direitos da personalidade, a tendência é o ressarcimento pelo dano moral. Essa tendência, verificada em nossa constituição, como não poderia deixar de ser, foi seguida pelo legislador infraconstitucional, especificamente no art. 12 do Código Civil de 2002¹⁸.

¹⁸ Em sentido contrário, Stoco nega que o art. 12 do Código Civil contenha previsão atinente ao dano moral como tutela reparatória aos direitos da personalidade: “Lamenta-se, apenas que as disposições tenham sido um pouco tímidas, pois se, por um lado, assegurou a inviolabilidade desses direitos, não assegurou, do mesmo modo, a consequência dessa violação, ou seja, a reparação (melhor dizer compensação) do dano moral” (2004, p. 1617).

2 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PERSONALIDADE NAS RELAÇÕES CONJUGAIS

A construção jurídica de que os direitos da personalidade vinculados à moral são também direitos fundamentais dos cônjuges, aplicando-se a eles a sua tutela, e isso inclui o direito à reparação moral pelas lesões sofridas no âmbito do matrimônio, passa pela averiguação da incidência desses direitos da personalidade nas relações familiares, vinculando dessa maneira os cônjuges, o que atrai as normas que disciplinam a reparação moral.

Notadamente, tais constatações emanam de uma seqüência lógica e escalonada de postulados, advindos de uma hermenêutica constitucional do direito civil, especificamente dos valores e princípios constitucionais incidentes no direito de família. É preciso compartilhar da idéia de que os direitos da personalidade são direitos tutelados pela reparação moral, e que os mesmos possuem eficácia direta nas relações familiares.

Não há dúvida de que essa construção só é possível devido ao quadro de intensas alterações axiológicas ocorridas no âmbito do direito de família, que levaram à sua funcionalização, tutelando a personalidade dos que a formam, alterando o escopo das entidades familiares¹⁹.

O reconhecimento do dano extrapatrimonial na relação conjugal não é uma simples “evidência civil-constitucional”²⁰. É mais do que isso. É uma construção

¹⁹ “A Constituição de 1988 expande a proteção do Estado à família, promovendo a mais profunda transformação de que se tem notícia, entre as constituições mais recentes de outros países. Alguns aspectos merecem ser salientados: a) a proteção do Estado alcança qualquer entidade familiar, sem restrições; b) a família, entendida como entidade, assume claramente a posição de sujeito de direito e obrigações; c) os interesses das pessoas humanas, integrantes da família, recebem primazia sobre os interesses patrimonializantes; d) a natureza socioafetiva da filiação torna-se gênero, abrangente das espécies biológica e não biológica; e) consuma-se a igualdade entre os gêneros e entre os filhos; f) reafirma-se a liberdade de constituir, manter e extinguir entidade familiar e a liberdade de planejamento familiar, sem imposição estatal; g) a família configura-se no espaço de realização pessoal e da dignidade humana de seus membros” (LÔBO, 2008, p. 6).

²⁰ Ao tratar da justificação constitucional da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, Steinmetz menciona o método que elegeram para chegar à solução: “Sem solução constituinte textualmente expressa, a resposta ao problema não é uma evidência constitucional imediatamente observável. Assim, argumentos textuais – remissíveis direta e imediatamente a disposições

dogmática advinda da incidência dos direitos da personalidade vinculados a moral na relação familiar, o que somente é possível devido ao câmbio de valores que a Constituição inseriu no ordenamento jurídico brasileiro, notadamente por meio do princípio da dignidade da pessoa humana.

A reflexão e a definição acerca dos efeitos da alteração de paradigma no âmbito civil e constitucional, relacionados à família²¹, tornam-se indispensáveis para se atribuir uma eficácia imediata aos direitos fundamentais da personalidade nas relações familiares, o que possibilita a existência da reparação na espécie moral, neste ramo do direito.

2.1 A evolução da família brasileira e a sua alteração axiológica

O direito de família deve necessariamente ser analisado sob o prisma da Constituição Federal, observando-se os parâmetros constitucionalmente estabelecidos, cuidando que seus efeitos repercutam na sociedade familiar.

Essa indispensável análise constitucional do direito de família, porém, é exigência atual²². Antes da Constituição Federal promulgada em 1988, o direito de família era regulamentado pelo Código Civil e pela legislação civil especial²³.

constitucionais (texto e norma) – são insuficientes, porque a solução possível só pode resultar de construções dogmáticas relativamente complexas” (2004, p. 97).

²¹ “Estos nuevos paradigmas que cambian la concepción del mundo son transformaciones radicales de criterio, liberación de esquemas superados, apertura hacia nuevos modelos de convivencia, que demandan nuevas respuestas jurídicas y un repensamiento de los valores tradicionales y de los instrumentos jurídicos (o sea situaciones jurídicas subjetivas) para sua satisfacción. El cambio es tanto en los institutos, entendidos como articulaciones de normas, como en las instituciones que, además de su configuración jurídica, ofrecen una estructura social (como la familia)” (VARGAS, 2000, p. 240).

²² “No plano constitucional, o Estado, antes ausente, passou a se interessar de forma clara pelas relações de família, em suas variáveis manifestações sociais. Daí a progressiva tutela constitucional, ampliando o âmbito dos interesses protegidos, definindo modelos, nem sempre acompanhados pela rápida evolução social, a qual engendra novos valores e tendências que se concretizam a despeito da lei” (LÔBO, 2008 p. 1).

²³ Foi somente na Constituição de 1934 que a família passou a ser objeto de referência expressa, sob o título “Da Família, da Educação e da Cultura”, sem, contudo, ter abrangência e importância quanto aos seus efeitos.

O Código Civil brasileiro de 1916, considerado como a Constituição do Direito Privado, assumia o papel monopolizador das relações jurídicas privadas, sendo complementado através de leis extravagantes que visavam a contemporizar os conflitos sociais.

O direito de família seguiu esse sistema jurídico. As relações familiares eram regidas exclusivamente pelo Código Civil, que, com o passar do tempo, perdeu essa exclusividade, compartilhando seu espaço com normas especiais relativas a temas que exigiam novas regulamentações.

Quando da sua promulgação, o Código Civil de 1916 dispunha que o único meio de se constituir a família era pelo casamento, contraído por compromisso público e solene, em que o casal unido pelo matrimônio assumia um novo estado.

Os efeitos da constituição da família pelo casamento eram definidos pelo Estado e pela Igreja que, sob o fundamento de manter os padrões culturais e morais, regulamentavam as relações afetivas²⁴. Maria Berenice Dias descreve algumas das características e valores da família consagrada pelo Código de 1916, sob essas influências:

A família tinha viés patriarcal, e as regras legais refletiam esta realidade. Somente era reconhecida a família unida pelos sagrados laços do matrimônio. Não havia outra modalidade de convívio aceitável. O casamento era indissolúvel. A resistência do Estado em admitir relacionamentos outros era de tal ordem, que a única possibilidade de romper com o casamento era o desquite, que não dissolvia o vínculo matrimonial e, com isso, impedia novo casamento (2007, p. 137).

Notadamente, a legislação demonstrava os valores que a sociedade, influenciada pela religião, emprestava à família²⁵. Segundo a norma, as únicas relações afetivas aceitáveis eram aquelas decorrentes do casamento, sacramento indissolúvel.

²⁴ Quanto à interpretação das regras de direito matrimonial, Pontes de Miranda identificava as influências que norteavam o casamento: “Assim, em nenhum ramo do direito civil se encontra maior coeficiente de sugestões que vêm de outras dimensões sociais. Principalmente, sugestões religiosas e éticas” (1955, p. 212).

²⁵ O Código de Direito Canônico contempla o princípio da preservação do casamento, o que demonstra e retrata os valores e influência da Igreja junto ao legislador. Dispõe o Cân. 1060: “O matrimônio goza do favor do direito; portanto, em caso de dúvida, deve-se estar pela validade do matrimônio, enquanto não se prova o contrário”.

Nesse sentido, Clóvis Beviláqua, na obra clássica de direito da família, considerava o casamento como única forma de constituição da família, conceituando-o “como contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolúvelmente, legalizando por ele suas relações sexuais, estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e interesses” (1976, p. 34).

Em síntese, conforme as lições de Luiz Edson Fachin (1999, p. 308), o Código Civil de 1916 adotou o modelo unitário e indissolúvel de família, caracterizado por ser matrimonializado e patriarcal.

Assim, o direito tutelava a continuidade da entidade familiar matrimonializada, o que claramente colocava em segundo plano a própria pessoa que compunha essa entidade. A família era entidade transpessoal, uma vez que o valor maior a ser considerado e defendido era a instituição casamento e não a pessoa de seus membros²⁶.

Em nome da preservação do casamento como símbolo da família, muitos direitos foram suprimidos. O casamento muitas vezes funcionava como verdadeira excludente de ilicitude, no que diz com as lesões praticadas entre cônjuges na relação matrimonial.

Todavia, em 1988, nova realidade se impôs. A Constituição Federal consagrou inúmeros direitos e garantias fundamentais, centralizando e incorporando modificações conquistadas pela jurisprudência e por leis esparsas, dentre eles direitos modernamente considerados da personalidade, tais como os direitos à integridade física e psicológica, à inviolabilidade da intimidade, à vida privada, à honra e à imagem. Com isso, antigos valores do direito de família foram aniquilados,

²⁶ Ney de Mello Almada relata a preponderância da instituição casamento em face dos cônjuges: “Por apreciável tempo, desfrutou o casamento de prestígio institucional incontestado, ante os padrões culturais que regiam a vida brasileira, mais ainda, alicerçado pelo fato de consubstanciar um dogma da religião dominante. Até aproximadamente a Segunda Guerra Mundial, era notoriamente atestada sua estabilidade, ainda que, em casos similares, pudesse a constância matrimonial cobrar sacrifícios, prestados por cônjuges decepcionados com a união, que mantinham, todavia em obséquio ao voto místico prestado, sobre temerem a repressão social, que decerto sucederia à dissolução do conúbio” (1995, p. 206).

remodelando esse ramo jurídico a partir de princípios constitucionais que passaram a influenciar o direito civil²⁷.

Nesse sentido, Ruy Rosado de Aguiar Júnior identifica esse processo de alteração no direito civil, com base na Constituição Federal:

Como se percebe das alterações do nosso ordenamento nos últimos quinze anos, o Direito Civil cada vez mais se constitucionaliza, mercê das inúmeras disposições inseridas na Carta, cujos muitos princípios, regras e políticas dizem diretamente com o direito privado. Nessa linha, o Direito de Família se abre a considerações de ordem social e mostra uma tendência à “sociabilidade”, de que nos fala o Mestre Reale. Porém, o ordenamento tende a deixar cada vez mais a critério das pessoas a decisão sobre o casamento e sua dissolução, amplia o direito do filho, e nesses pontos reforça o individualismo e a autonomia de vontade; o interesse predominante passa a ser o da pessoa, não o da entidade familiar (2004, p. 361).

Há de se concluir que as alterações introduzidas pela Constituição Federal acarretaram mudanças valorativas no direito de família, podendo se falar atualmente em função serviente da família, na medida em que a mesma se presta para a realização pessoal daqueles que a integram. Verifica-se com isso, que o centro da tutela constitucional se desloca do casamento para a pessoa, detentora de direitos vinculados a personalidade, sujeito de direito que compõe a relação familiar.

Gustavo Tepedino, no que diz com as alterações axiológicas introduzidas pela Constituição Federal, nas relações familiares, salienta:

Verifica-se, do exame dos arts. 226 a 230 da Constituição Federal, que o centro da tutela constitucional, se desloca do casamento para as relações familiares dele (mas não unicamente dele) decorrentes; e que a milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar a tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos (2004, p. 397).

²⁷ Maria Cláudia Crespo Brauner, ao analisar a reinvenção da família, conclui: “O Código Civil deixou de ser a Constituição do Direito Privado. Assim, a constitucionalização do Direito Civil vem assegurar a supremacia da Constituição e, conseqüentemente, a codificação deverá ser lida à luz da Constituição Federal de 1988, por ter tratado, de forma inovadora, das relações familiares” (2004, p. 276).

Essa alteração de paradigma, segundo Belmiro Pedro Welter, está ligada à secularização da família, o que culmina na prevalência dos interesses daqueles que constituem a relação familiar:

Faz algum tempo que prevalecia o princípio da unidade familiar em detrimento do princípio da prevalência dos interesses dos cônjuges, companheiros e filhos. Entretanto, a contar do texto constitucional de 1988, houve a inversão desses princípios, isto é, prepondera o princípio da prevalência dos interesses dos cônjuges, companheiros e dos filhos, mesmo em prejuízo dos interesses do casamento e da entidade familiar (união estável e comunidade formada por qualquer dos pais e o filho). Exemplificando, quando estiverem em conflito os princípios constitucionais de proteção dos interesses dos companheiros e dos filhos e os da unidade familiar (casamento e união estável), o texto constitucional não opta mais pela manutenção do casamento e da união estável em prejuízo do bem-estar, da felicidade, do afeto, da solidariedade dos cônjuges, companheiros e filhos, pelo contrário, nesse caso, ocorre a relativização do princípio da unidade familiar, preferindo-se, se for o caso, a extinção do casamento ou da união estável, para manter-se incólume os interesses dos cônjuges e conviventes (2004, p. 99).

Como se percebe, à luz de uma perspectiva civil-constitucional do direito de família atual, pode-se afirmar que, na atualidade, o bem a ser tutelado na relação familiar é a dignidade da própria pessoa que a compõe, não se podendo mais admitir que ofensas ou lesões sejam praticadas no âmbito da relação familiar, sob o pretexto da continuidade dessas relações²⁸.

2.2 A funcionalização da família e a tutela da personalidade

A dignidade da pessoa humana, como princípio fundamental da República, nos termos do art. 1º, inciso III, impõe-se como critério para a valoração e compreensão de todo o sistema jurídico vigente.

Desse modo, o princípio da dignidade da pessoa humana toma forma expansiva, projetando-se por todos os ramos do direito, de maneira a vincular todo o ordenamento jurídico e a atividade jurisdicional, num dever expresso de proteção à

²⁸ Ruy Rosado de Aguiar Júnior, ao tratar do princípio da dignidade da pessoa humana e seus reflexos no direito de família, salienta: “O principal enunciado da Constituição hoje não enaltece a subordinação da pessoa aos interesses da família, mas sim realça o valor da pessoa humana que participa da família, os cônjuges, companheiros, pais, filhos, parentes, ainda que isso possa afrouxar o laço familiar” (2004, p. 362).

pessoa humana e de promoção das condições para o efetivo exercício de seus direitos fundamentais.

Esse dever de proteção e promoção dos direitos fundamentais possui especial eficácia e substancial desdobramento no direito de família. Por ser o ramo mais humano do direito, o direito de família está diretamente correlacionado com o princípio da dignidade da pessoa humana que, conforme refere Maria Berenice Dias, “encontra na família o solo apropriado para florescer” (2007, p. 60).

De fato, é essa relação direta entre família e dignidade da pessoa humana que acarreta substancial mudança valorativa no direito de família. A partir daí, a família passa a ter papel funcional, servindo de instrumento de promoção da dignidade da pessoa humana. A funcionalização da família nada mais é do que considerá-la como instrumento de desenvolvimento da personalidade dos sujeitos que a integram. Nisso consiste a concepção eudemonista da família, na qual é a entidade familiar que existe em função da pessoa, para propiciar o seu desenvolvimento²⁹.

Conforme Gustavo Tepedino, a pessoa, devido aos valores constitucionais vigentes, é o pressuposto finalístico da família brasileira:

À família, no direito positivo brasileiro, é atribuída proteção especial na medida em que a Constituição entrevê o seu importantíssimo papel na promoção da dignidade humana. Sua tutela privilegiada, entretanto, é condicionada ao atendimento desta mesma função. Por isso mesmo, o exame da disciplina jurídica das entidades familiares depende da concreta verificação do entendimento desse pressuposto finalístico: merecerá tutela jurídica e especial proteção do estado a entidade familiar que efetivamente promova a dignidade e a realização da personalidade de seus componentes (2004, p. 373).

Por isso, a proteção especial à família, contida no *caput* do art. 226 da Constituição Federal, deve ser interpretada como instrumento a concretizar os direitos da personalidade do sujeito, assegurando, na esteira do que dispõe o § 8º

²⁹ “A Constituição proclama como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito e da ordem jurídica “a dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III). No capítulo destinado à família, o princípio fundamenta as normas que cristalizaram a emancipação de seus membros, ficando explícitos em algumas (arts. 226, § 7º; 227, *caput*, e 230). A família, tutelada pela Constituição, está funcionalizada ao desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas que a integram. A entidade familiar não é tutelada para si, senão como instrumento de realização existencial de seus membros” (LÔBO, 2008, p. 39).

do mesmo artigo, a “assistência a família na pessoa de cada um dos que a integram”.

Nesse sentido, Orlando Gomes, com exatidão, pondera a intervenção do Estado na família e a função realizadora da personalidade da instituição:

À vista da importância que a organização da família tem para a comunidade, o Estado restringe a autonomia privada, limitando o poder da vontade dos indivíduos, mas com essa intervenção não sacrifica o propósito primeiro da disciplina, que é o de propiciar e fomentar o desenvolvimento da personalidade do indivíduo (2002, p. 7).

Nessa perspectiva civil-constitucional, a interpretação e concretização da família na sociedade brasileira exigem o acompanhamento e intervenção estatal para efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana dos constituintes da entidade familiar.

Ao tratar do tema da tutela da personalidade nas relações familiares, Clayton Reis sinala essa alteração de paradigma no direito de família:

Esse caminho diferenciado da família tem como proposta a reconstrução dos seus valores, bem como, de repensar o cenário em que se desenrola o espetáculo das cenas cotidianas da família, voltada para uma nova ordem jurídica em que predomine o respeito aos direitos da personalidade das pessoas envolvidas nesse processo de convivência (2005, p. 34).

Em virtude disso, a relação familiar, inclusive e principalmente o casamento, revela sua concepção eudemonista, na medida em que tem como escopo o respeito e a realização pessoal de seus componentes, e sua natureza funcional, como instrumento de estruturação e desenvolvimento da personalidade de seus membros.

Conclui-se, dessa maneira, que a família tal como concebida no direito brasileiro atual, como se viu, eudemonista e funcional, tutela a personalidade dos que a integram. Dessa conclusão emana a certeza de que o direito geral de personalidade, fundado em direitos fundamentais e na dignidade da pessoa humana, incide na relação familiar, tutelando a personalidade dos que a integram, na forma reparatória e, inclusive, de natureza moral.

2.3 A eficácia dos direitos fundamentais da personalidade nas relações familiares

A posição da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, juntamente com o reconhecimento constitucional dos direitos da personalidade como direitos fundamentais do cidadão e a consolidação dos mesmos na esfera civil, conduzem ao reconhecimento de que há, efetivamente, no sistema jurídico brasileiro, um direito geral de personalidade, nos moldes similares àqueles constituídos nas Constituições da Alemanha e Portugal.

Esse direito geral de personalidade representa, segundo Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Souza, uma cláusula geral da personalidade humana, juridicamente tutelada:

Adentro do direito civil, retira-se da precedente exposição uma noção comparada do direito geral de personalidade como o direito de cada homem ao respeito e à promoção da globalidade dos elementos, potencialidades e expressões da sua personalidade humana bem como da unidade psico-físico-sócio-ambiental dessa mesma personalidade humana (v.g da sua dignidade humana, da sua individualidade concreta e do seu poder de autodeterminação), com a conseqüente obrigação por parte dos demais sujeitos de se absterem de praticar ou de deixar de praticar actos que ilicitamente ofendam ou ameacem ofender tais bens jurídicos da personalidade alheia, sem o que incorrerão em responsabilidade civil e/ou na sujeição às providências cíveis adequadas a evitar a consumação da ameaça ou a atenuar os efeitos da ofensa cometida. Noção esta em que assume particular relevância o facto de estarmos aí perante um verdadeiro direito subjectivo, ou seja, face a um autêntico poder de exigir de outras pessoas um comportamento positivo ou negativo, normativamente determinado, com a possibilidade de recurso aos tribunais para a instauração de providências coactivas, caso tal comportamento não se verifique. Simplesmente, o objecto tutelado por tal direito envolve a compreensão de uma cláusula geral, a personalidade humana, juridicamente tutelada (1995, p. 93).

Para Gustavo Tepedino, no caso brasileiro, “os princípios adotados pelo texto maior configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo do ordenamento” (2004, p. 50).

Por essa peculiaridade, os direitos da personalidade, caracterizados como direitos fundamentais e sustentados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, possuem extensão ampla, transcendendo limites, abarcando todas as relações

privadas. Quanto à amplitude dos efeitos que irradiam do direito geral de personalidade, Elimar Szaniawski assevera:

Os direitos e garantias individuais arrolados na Constituição são direitos de personalidade que já foram consagrados, tendo sido alçados à categoria de princípios constitucionais. Os direitos de personalidade tutelados no art. 5 da Constituição Federal não protegem apenas o indivíduo dos ataques praticados pelo Estado. Não há qualquer limite imposto nos textos nesse sentido. A tutela é ampla, dirigida tanto ao Estado, que deve respeitar os direitos de personalidade das pessoas que estão no seu território, bem como aos particulares, entre si, nas suas relações a cada momento. Não há na Constituição a tutela de um direito de personalidade público, mas, ao contrário, vislumbramos a tendência de uma proteção geral da personalidade, ainda não como na Alemanha ou Suíça, mas uma proteção no sentido penal, civil e administrativo, ampla (1993, p. 93).

A tutela da personalidade, no âmbito das relações entre particulares, representa a defesa da pessoa contra atos praticados por outra pessoa, lesivos a sua personalidade. Na verdade, a cláusula geral, inserta no ordenamento jurídico brasileiro, tutela os direitos fundamentais da personalidade, extensivamente às relações privadas e de forma direta.

A eficácia direta dos direitos fundamentais é uma teoria que parece estar consolidada no sistema jurídico brasileiro, que estabeleceu no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, que as normas devem ter aplicação imediata³⁰.

Sem adentrar na discussão acerca da aplicabilidade das teorias relativas à eficácia dos direitos fundamentais, não se pode perder de vista que os direitos da personalidade, tais como concebidos, são direcionados aos particulares, o que justifica e sustenta ainda mais a sua aplicabilidade imediata. É o caso típico do

³⁰ Em relação à eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, a eficácia imediata dos direitos fundamentais é uma das teorias existentes. Essa teoria, também denominada de teoria da eficácia direta, segundo Steinmetz propõe “a aplicação direta de normas de direitos fundamentais nas relações entre particulares. Postula-se por uma eficácia não condicionada à mediação concretizadora dos poderes públicos, isto é, o conteúdo a forma e o alcance da eficácia jurídica não dependem de regulações legislativas específicas, nem de interpretação e de aplicações judiciais, conforme aos direitos fundamentais, de textos de normas imperativas de direito privado, de modo especial, daqueles portadores de cláusulas gerais” (2004, p. 167). Em contraposição à teoria imediata dos direitos fundamentais, existe a teoria mediata, conhecida ainda como teoria da eficácia indireta, também referida por Steinmetz que parte da premissa de que pelo fato de todos os particulares serem possuidores de direitos fundamentais, “as normas de direitos fundamentais não podem e não devem produzir eficácia imediata nas relações entre particulares” (2004, p.140), devendo produzir efeitos por meio de intervenção dos poderes públicos, através de mediações.

direito à indenização moral contida na norma do inciso X do art. 5º da Constituição Federal³¹. Tal norma, por esse motivo, vincula os particulares, inclusive os cônjuges.

Tangenciando a problemática acerca da terminologia das teorias relativas a eficácia dos direitos fundamentais, Ingo Wolfgang Sarlet, ao referir a ampliação dos direitos fundamentais, deixando estes de serem apenas direitos de defesa contra ingerências dos poderes públicos, salienta a perspectiva jurídico-objetiva dos mesmos, que imprime a eles uma defesa geral de seus preceitos:

É neste contexto que assume relevo a assim denominada (e já analisada) perspectiva (ou dimensão) jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, de acordo com a qual estes exprimem determinados valores que o Estado não apenas deve respeitar, mas também promover e zelar pelo seu respeito, mediante uma postura ativa, sendo, portanto, devedor de uma proteção global dos direitos fundamentais (2005, p. 374).

Especificamente, no direito de família, os argumentos para a eficácia dos direitos fundamentais da personalidade são ainda mais convincentes, conforme refere Sumaya Saady Morhy Pereira:

No âmbito das relações familiares, são ainda maiores os argumentos favoráveis à aplicação imediata dos direitos fundamentais, considerando a peculiaridade do tratamento dispensado pela Constituição Federal à proteção da família. No capítulo VII, do Título VIII ("DA ORDEM SOCIAL"), a Constituição não apenas apresentou novo perfil às entidades familiares mas, principalmente, reforçou os princípios e direitos fundamentais enunciados nos títulos I e II, o que nos permite afirmar também o caráter fundamental dos direitos inseridos, expressa e implicitamente, nos artigos 226 e seguintes da Constituição Federal (2007, p. 107).

Como se sabe, a consagração do princípio da dignidade humana pela Constituição Federal acarretou a verdadeira valorização da pessoa na família, no sentido de que o direito deve intervir para que a dignidade de seus membros seja respeitada, o que se almeja através da tutela da personalidade dos seus integrantes.

³¹ Ingo Sarlet ao delimitar o problema da denominada eficácia privada dos direitos fundamentais, exclui da discussão aqueles direitos fundamentais dirigidos diretamente aos particulares, reconhecendo assim a sua aplicabilidade imediata: "De outra banda, o problema poder-se-á considerar parcialmente resolvido no caso dos direitos fundamentais que, em virtude de sua formulação, se dirigem (ao menos também) diretamente aos particulares, tais como o direito à indenização por dano moral ou material no caso de abuso do direito de livre manifestação de pensamento (art. 5º IV e V, da CF), o direito à inviolabilidade do domicílio (art 5º. XI, da CF) e o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas (art. 5º, XII, da CF)" (2005, p. 373).

Nesse contexto, os direitos da personalidade incidem diretamente nas relações familiares de modo a permitir que seus integrantes busquem na família ambiente propício para o desenvolvimento de suas personalidades. Nesse aspecto, a eficácia dos direitos fundamentais é instrumento para uma sociedade livre, justa e solidária, como refere Wilson Steinmetz, o que transcende a própria argumentação jurídica:

Por óbvio, uma sociedade livre, justa e solidária é uma sociedade na qual os direitos fundamentais são dotados de eficácia jurídica e tendentes, em grau ótimo, à efetividade, tanto no plano das relações verticais (indivíduo-Estado) como no das relações horizontais (particular-particular) (2004, p. 91).

No que diz especificamente com o tema, a demonstrada vinculação imediata dos cônjuges aos direitos da personalidade acarreta a incidência do direito geral da personalidade ou da cláusula geral de tutela da personalidade, no sentido de que os direitos da personalidade são direitos fundamentais dos cônjuges, que não podem ser vilipendiados pelo descumprimento dos deveres conjugais, principalmente o de fidelidade.

A aplicação imediata dos direitos fundamentais, na espécie, àqueles fundamentais da personalidade, vistos no capítulo primeiro, permite e reforça a tese do dano moral no casamento, mormente porque ali está contido o dever de inviolabilidade dos direitos da personalidade ligados à honra, que são atingidos no caso de infidelidade, e sua tutela expressa por meio do dano moral.

2.4 Os direitos fundamentais da personalidade dos cônjuges

Os direitos da personalidade, como valor jurídico a ser tutelado, devem ser promovidos com base nos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade substancial. Tais princípios, incidentes na relação conjugal, operam efeitos que conduzem à efetivação e proteção dos direitos da personalidade dos cônjuges.

Com efeito, a Constituição de 1988, que, além dos princípios gerais de que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” e de que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações [...]”, previstos no art. 5º, *caput* e inciso I, estabeleceu, expressamente, no art. 226, § 5º, que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

O novo Código Civil, adequado ao princípio constitucional da igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges, com a conseqüente preservação da dignidade das pessoas casadas, estabelece, expressamente, como dever oriundo do casamento, o dever de fidelidade e respeito e consideração mútuos (art. 1566, incisos I e V), que têm como objeto os direitos da personalidade dos cônjuges.

Esses deveres conjugais são mandamentos que visam a estabelecer um dever de respeito e proteção aos direitos da personalidade dos cônjuges, criando um verdadeiro direito fundamental da personalidade do consorte. Nesse sentido, poder-se-á sustentar que os cônjuges possuem direitos da personalidade que vinculam a conduta do seu consorte a não praticar atos atentatórios a sua dignidade.

Tal constatação se revela possível na medida em que, pela incidência dos direitos fundamentais da personalidade na relação conjugal, aliado ao princípio da dignidade humana, estabelece-se um dever de proteção aos direitos fundamentais do cônjuge, por meio da atuação Estatal, tal como revela Gilmar Ferreira Mendes, de forma genérica:

A concepção que identifica os direitos fundamentais como princípios objetivos legitima a idéia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa – *abwehrrecht*), mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (*Schutzpflicht des staats*) (2007, p. 11).

A Constituição Federal no § 8º, do art. 226, reconhece a possibilidade e a necessidade de assistir, cada um dos integrantes da família, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito das relações, o que significa dizer que a personalidade daqueles que formam a família deve obrigatoriamente ser tutelada.

A tutela da personalidade dos cônjuges, por meio dos direitos fundamentais, está consubstanciada em um dever geral de respeito a esses direitos, na espécie, por parte do consorte. Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet chama a atenção para a eficácia externa dos direitos fundamentais, que cria o denominado dever de respeito:

Assim, reconhece-se, no âmbito da perspectiva jurídico positiva dos direitos fundamentais, que todos, Estado e particulares, se encontram a estes vinculados por um dever geral de respeito, situação que costuma ser identificada com uma eficácia externa dos direitos fundamentais, na qual os particulares assumem a posição de terceiros relativamente à relação indivíduo-poder, na qual está em jogo determinado direito fundamental (2005, p. 376).

Especificamente em relação aos direitos da personalidade dos cônjuges, Paulo Luiz Netto Lôbo afirma que o mesmo subsiste no matrimônio, gerando um dever de abstenção, fundado no respeito que deve reinar na relação conjugal, a fim de preservar a honra dos consortes e da própria família:

A comunhão de vida, a célula de companheirismo, não elimina a personalidade dos cônjuges. O dever de respeito abrange a integridade física e moral do outro cônjuge, preservando-se sua saúde, honra e bom nome. Mas não é só um dever de abstenção, porque impõe a defesa positiva de valores integrados, e a sociedade conjugal engendra uma honra solidária, um bom nome familiar, um patrimônio moral comum. A agressão a um cônjuge, nestes valores, também atinge o outro (1997, p. 231).

Assim, por incidirem diretamente na relação conjugal, os direitos fundamentais ligados à personalidade também são direitos fundamentais dos cônjuges, o que cria, na mesma proporção e medida, a tutela da personalidade dos mesmos, concebendo-se a indenização moral como reparação às ofensas praticadas à dignidade do consorte ofendido.

3 O RECONHECIMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRAPATRIMONIAL ENTRE CÔNJUGES

A responsabilidade civil no direito de família, quanto à possibilidade de reconhecimento da reparação, é tema polêmico, marcado por posições doutrinárias e jurisprudenciais antagônicas. Apesar de a maioria da doutrina ser favorável à indenização por dano moral, a jurisprudência pátria³² se revela bastante tímida e receosa quanto a essa possibilidade de espécie reparatória.

Como bem salienta Ruy Rosado de Aguiar Júnior, há três correntes acerca da possibilidade de indenização no casamento:

- os que admitem amplamente a responsabilização por danos materiais e morais causados pelo cônjuge contra o outro, seja por ofensas anteriores à separação, seja pelo dano que decorre da separação ou do divórcio;
- os que negam peremptoriamente a possibilidade dessa ação;
- em posição intermediária, há os que admitem a responsabilidade por ato do cônjuge, com restrições quanto à natureza, ao fato gerador e à gravidade do prejuízo (2004, p. 363).

Tais correntes refletem o posicionamento da doutrina e da jurisprudência quanto à responsabilidade civil no direito de família, considerando o dano material e moral. Devido ao tema e aos limites desse trabalho, é preciso direcioná-lo a fim de que seja analisado somente o cabimento da reparação moral, pois é o seu

³² Na esfera jurisprudencial, é digno de registro o pioneirismo do voto, embora vencido, do então Desembargador Athos Gusmão Carneiro, da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, na apelação cível n. 36.016, de 17.03.1981, que, ao reconhecer a possibilidade de o cônjuge inocente postular indenização a ser prestada pelo cônjuge culpado, constituiu-se em um verdadeiro marco das decisões judiciais no direito brasileiro. O voto, fundamentado em decisões e doutrina, foi no seguinte sentido: “Rogo vênias para julgar procedente em parte a apelação. E o faço porque me parece que, em princípio, nos casos de separação judicial contenciosa, é possível ao cônjuge inocente postular indenização a ser prestada pelo cônjuge culpado, quando os motivos da dissolução da sociedade conjugal são de molde a causar ao cônjuge inocente um grave dano moral. Tenho reiteradas vezes me manifestado favoravelmente à indenização do dano moral, do dano moral puro, eis que não há discrepância maior a respeito da indenizabilidade do dano moral com reflexos patrimoniais” (RT 560/182).

Mais recentemente, cabe referir a ementa do *leading case* do STJ, no Recurso Especial n. 37.051/SP, 3ª Turma, rel. Min. Nilson Naves, julgado em 17.04.2001: “Separação judicial. Proteção da pessoa dos filhos (guarda e interesse). Danos morais (reparação). Cabimento [...] 2. O sistema jurídico brasileiro admite, na separação e no divórcio, a indenização por dano moral. Juridicamente, portanto, tal pedido é possível: responde pela indenização o cônjuge responsável exclusivo pela separação. 3. Caso em que, diante do comportamento injurioso do cônjuge varão, a Turma conheceu do especial e deu provimento ao recurso, por ofensa ao art. 159 do Código Civil, para admitir a obrigação de se ressarcirem os danos morais.”

reconhecimento que leva a uma conclusão acerca do reflexo da infidelidade no casamento.

De qualquer sorte, parece tranqüila a conclusão de que o dano material sofrido pela pessoa, quer em meio a uma relação conjugal ou não, deve ser alvo de reparação. Não se pode crer que alguém seja agredido fisicamente, por exemplo, sem ser reparado, se dano material houve e se eficaz o instituto da responsabilidade civil na legislação brasileira. Yussef Said Cahali, ao mesmo tempo em que considera a ausência de dispositivo legal que trate da reparação moral no direito de família, considera “certo que pelo menos os danos materiais que resultam do ato culposos que serviu de base para a separação litigiosa comportam ser indenizados, no elastério que ainda tem prevalecido do art. 927 do Código Civil (art. 159 do Código revogado)” (2005, p. 821).

Assim, o direcionamento do tema evidencia que o caminho a ser trilhado é revestido de maior complexidade e polêmica, haja vista que a problemática da responsabilidade civil está verdadeiramente focada no ressarcimento moral.

Valendo-se das linhas de posicionamento anteriormente citadas, adaptando-as às necessidades da investigação proposta, ou seja, direcionando-as para o dano moral na relação conjugal, chega-se à conclusão de que duas são as correntes existentes em relação ao tema: uma denegatória e outra concessiva.

A tomada de posição acerca da possibilidade do dano moral na relação conjugal, embora esse trabalho já tenha se posicionado pela sua possibilidade, inclusive como premissa para a sua oportunidade, passa pela análise dos fundamentos que embasam e sustentam ambas as correntes.

3.1 Fundamentos contrários ao reconhecimento

Segundo Ruy Rosado de Aguiar Júnior, os que se filiam à corrente denegatória da indenização sustentam sua posição conforme os seguintes argumentos:

- não há previsão legal para esse tipo de imputação;
- a tendência do Direito de Família é a de reservar a dissolução do casamento à livre disposição das partes, o que seria contrariado com a condenação de um deles pelos danos causados ao outro;
- a preocupação com a negociação entre as partes envolvidas com as questões de família fica comprometida com o incentivo à ação indenizatória;
- a tese afirmativa em nada contribui para a melhoria das relações familiares, não elimina nem diminui o número de separações, não beneficia os filhos;
- ao contrário, a sua aceitação seria motivo de discórdia entre os casados, entre pais e filhos, contribuindo para o esfacelamento da harmonia familiar;
- a violação dos deveres familiares gera sanções específicas, previstas no âmbito do Direito de Família, sendo-lhe inadequada a extensão das posições sobre responsabilidade civil;
- o casamento é uma instituição, e como tal não se afeiçoa à aplicação analógica de normas do direito das obrigações;
- há preceito ético que afasta a possibilidade de o cônjuge atingido pelo adultério do outro procurar ressarcimento para “cobrar-se do preço de sua honra”;
- não cabe indenização pela dissolução do casamento porque no sistema que o admite amplamente, a hipótese é sempre uma alternativa a considerar por quem pretende se casar, pelo que não pode depois pleitear indenização pelo que o ordenamento prevê e admite como solução adequada para vencer a crise conjugal;
- o casamento existe em razão de uma relação afetiva, cujo rompimento não pode ser objeto de indenização pecuniária;
- a infração do cônjuge às regras do casamento pode ser a consequência de causas de ordem afetiva e psicológica postas pelo outro, sendo absolutamente inconveniente que o direito ingresse nessa seara de ordem pessoal e íntima para avaliar danos e ressarcir-los com pecúnia (2004, p 366-67).

Deflui da análise da lista de argumentos que sustentam a impossibilidade da reparação na relação conjugal, que os mesmos gravitam em torno de quatro fundamentos, que poderiam ser encarados como gêneros das espécies argumentativas citadas, sustentados pela doutrina denegatória, quais sejam: o

ressarcimento seria contrário à moral e aos bons costumes; não há disposição legal e expressa no direito de família que autorize a reparação; a indenização seria uma nova sanção ao cônjuge, visto que o culpado é sancionado pelo pensionamento alimentar; a indenização na relação conjugal acarretaria uma monetarização das relações afetivas³³.

Parece tomar vulto e ser juridicamente e moralmente sustentável, apenas o último e recente argumento de que o reconhecimento do dano moral acarretaria uma monetarização das relações conjugais. Isso porque os demais argumentos já se encontram superados pela própria legislação e pela hermenêutica emprestada a ela pela doutrina³⁴.

A previsão expressa da reparação moral na Constituição Federal de 1988, através do inciso X do art. 5º, bem como a incidência direta desse mandamento constitucional às relações particulares, aqui o casamento, tanto afastou a idéia de que a indenização a esse título seria contrária à moral, como também superou a ausência de legislação específica no direito de família³⁵. Nesse sentido, como restou demonstrado, principalmente no segundo capítulo, o inciso X do art. 5º, possui aplicabilidade imediata nas relações particulares, mormente naquelas de direito de família, o que dispensa a legislação específica e casuística, nestes casos.

³³ José de Castro Bigi (1995, p. 161), elege como argumentos contrários ao ressarcimento por danos morais decorrentes da separação e do divórcio: a imoralidade do ressarcimento moral, a ausência de dispositivo que regule a matéria e a violação do princípio do *non bis in idem*, na medida em que o cônjuge culpado já seria condenado à prestação alimentícia e aos honorários e custas processuais. O argumento contrário de que o dano moral acarretaria a monetarização das relações afetivas, está calcado na doutrina de Maria Berenice Dias, Rodrigo da Cunha Pereira e Sergio Gischkow Pereira.

³⁴ Não obstante, com os temperamentos que o tempo requer, importa referir Orlando Gomes: “A sanção prevista para o adultério é desquite. Em algumas legislações, admite-se indenização ao cônjuge inocente. Repelem nossos costumes esse modo de reparação, cujo a responsabilidade é delitual” (2002, p. 137).

³⁵ Oltramari ao rebater os fundamentos contrários à reparação moral no casamento, especificamente em relação ao argumento de que o ressarcimento seria contrário à moral e aos bons costumes, refere: “A primeira sustentação contrária, no sentido de que o ressarcimento contraria a moral e os bons costumes, é argumento geral e, por isso, é matéria vencida de longa data. Com a constitucionalização da indenizabilidade do dano moral em 1988 (art. 5º, X), não se admite mais a idéia de que a indenização por qualquer dano moral seja contrária a moral e aos bons costumes. Disso já nem se fala mais” (2005, p. 135). O mesmo autor, em relação à ausência de legislação específica, o que seria fundamento contrário a reparação por danos morais no casamento, rebate: “Já, quanto à alegada falta de disposição legal que autorize a concessão do dano moral, a matéria também se acha vencida. Com o reconhecimento constitucional expresso da indenizabilidade do dano moral (art. 5, X) e a extensão assegurada à regra geral da responsabilidade civil, inserida no novo Código Civil (arts. 186 e 927), não se faz necessária disposição expressa” (2005, p. 137).

No que diz com o argumento de que a indenização seria um *bis in idem* visto que o cônjuge culpado já teria sanção expressa na obrigação de prestar alimentos, Mario Moacyr Porto leciona que “qualquer outro prejuízo que efetivamente sofra o cônjuge inocente impõe ao cônjuge culpado a obrigação de indenizá-lo, e como são créditos diferentes, de origens diversas, nada impede a sua cumulação” (1983, p. 184).

Nesse sentido, quanto à diversidade da prestação alimentícia e da obrigação de indenizar, afastando o *bis in idem*, Regina Beatriz Tavares da Silva esclarece:

A prestação alimentícia, após a dissolução do casamento, tem caráter assistencial e não indenizatório, condicionando-se aos pressupostos da necessidade do credor e da possibilidade do devedor, podendo ser extinta a qualquer tempo, de modo que a condenação do convivente ao pagamento de pensão alimentícia e de indenização pelos danos acarretados pelo descumprimento de dever oriundo do casamento não se constitui *bis in idem* (2000, p. 138).

Assim, resta o argumento de que o reconhecimento da indenização moral na relação conjugal acarretaria a monetarização das relações conjugais, o que, pela doutrina, revela-se juridicamente sustentável e, por isso, reclama a análise mais aprofundada de seus argumentos, de acordo com aqueles que defendem esse posicionamento.

Rodrigo da Cunha Pereira sustenta que

o Direito enquanto ciência jurídica, não pode endossar punição, pagamento ou indenização pelo fim do amor, mesmo porque nenhum pagamento suprirá o desamparo deixado por uma separação. Dar e receber amor, essência da vida, é gratuito, não comporta indenização (1999, p. 335).

Na mesma linha, Maria Berenice Dias (2002, p.11), sustentando que o amor não tem preço, não reconhece o direito à indenização por dano moral, entendendo “descabida e retrógrada” a tentativa de inserir na lei obrigações dessa natureza. Aduz que o amor está virando um negócio em que o “querer bem” está sendo confundido com o “querer bens”.

Por sua vez e no mesmo sentido, Sérgio Gischkow Pereira, embora não negue peremptoriamente a indenização moral, alerta para o perigo da

monetarização das relações familiares, advindo dos exageros em matéria de pedidos de indenização:

O perigo da extensão da indenizabilidade está em deferi-la, indiscriminadamente, para as hipóteses em que somente entre cônjuges, ou entre quem – de uma forma mais genérica e abrangente – vivencia relações erótico-afetiva, possa ocorrer determinada atitude que se queira como geradora de dano moral, como se sucede nas infrações de deveres do casamento ou da união estável. A prosperar este exagero, praticamente toda a ação de separação judicial ensejaria pedido cumulado de perdas e danos morais, em deplorável e pernicioso monetarização das relações erótico-efetivas (2004, p. 81).

Colocados os argumentos que sustentam a corrente que nega a indenização por dano moral na relação conjugal, sinalando a importância e a sustentação apenas do argumento da monetarização das relações afetivas, impera que se analisem os fundamentos da corrente concessiva, para que, posteriormente, possa se chegar a uma conclusão civil-constitucional da possibilidade do dano moral na relação conjugal, amparada nos fundamentos até aqui apresentados.

3.2 Fundamentos favoráveis ao reconhecimento

Da mesma forma que catalogou os fundamentos contrários ao reconhecimento da indenização na seara familiar, Ruy Rosado de Aguiar Júnior descreve os argumentos favoráveis à reparação:

- o direito moderno preocupa-se como o respeito a pessoa humana e com a pronta responsabilização dos que a ofendem; para isso, a responsabilização civil é instrumento eficaz;
- a obrigação de indenizar é genérica, devendo ser reconhecida sempre que presentes seus pressupostos;
- o familiar não tem direito a uma posição privilegiada, ficando exonerado da reparação dos prejuízos que causar;
- a falta de previsão genérica para o Direito de Família não impede a incidência, além das regras específicas, do instituto da responsabilidade civil;
- a separação ou o divórcio pode ocasionar danos próprios, que não são ressarcidos com as conseqüências previstas no Direito de Família; a condenação em alimentos, que mais se aproxima dessa idéia, tem outro fundamento e diferente propósito;

- a indenização deve atender tanto aos danos ocorridos durante a convivência, dando causa à separação, como também aos provenientes da separação em si, com a dissolução do vínculo;
- a indenização deve contemplar, além do propósito reparatório, também a finalidade sancionadora (2004, p. 367).

A doutrina especializada concentra atenção aos argumentos que dizem com a necessidade da reparação pela ofensa jurídica ao bem protegido, que é a pessoa, enquanto titular dos direitos da personalidade, afastando a ausência de legislação, ponderando a relevância da unidade formal da família.

Mario Moacyr Porto, um dos pioneiros a sustentar a responsabilidade civil entre marido e mulher, defende seu entendimento rebatendo as teses contrárias:

Para um melhor esclarecimento, imaginemos a seguinte hipótese – o marido (e excepcionalmente a mulher) seveicia ou pratica uma lesão corporal ao parceiro, ofensa que ocasionou uma redução de sua capacidade de trabalho. O delito não justifica, apenas, a dissolução contenciosa da sociedade conjugal e a conseqüente fixação de uma “pensão” de alimentos (Lei do Divórcio, artigos 5º, *caput*, e 19). O cônjuge responsável responde, ainda, cumulativamente, pelo prejuízo à saúde do cônjuge agredido, nos termos do disposto nos artigos 159 e 1539 do Código Civil, além das sanções penais. Admitamos, ainda, o caso do cônjuge que difama o outro e a difamação se reflita, desastrosamente, na reputação do parceiro, em sua atividade profissional ou vida em sociedade. O ultraje justifica não apenas a separação judicial contenciosa e, se for o caso, a pensão de alimentos, como, ainda, uma indenização do dano resultante da injúria (CC, art. 1547). A ação fundamenta-se no art. 159 do Código Civil, e é independente da ação que visa à dissolução litigiosa da sociedade conjugal e ao chamado divórcio-sanção. As indenizações são, assim, cumuláveis. Os dois pedidos podem ser formulados em uma mesma demanda (CPC, art. 292). A indenização não tem, absolutamente, caráter alimentar, e se baseia nos pressupostos do direito comum, quanto ao ressarcimento do dano decorrente de um ilícito civil (1983, p. 180).

No mesmo sentido, Belmiro Pedro Welter, lançando a dignidade da pessoa humana daquele que foi ofendido, como fundamento para a configuração do dano moral:

No terceiro milênio, não se pode aplicar o princípio da efetividade do Direito com base em Lei elaborada há mais de um século, porque mudaram os tempos, transformaram-se os costumes, redefiniram-se novos valores éticos e morais, tendo-se abandonado o tempo em que a mulher absorvia silenciosamente as agressões físicas e morais de seu cônjuge, e tudo em nome do amor e da manutenção da unidade familiar. Por isso, não se pode comungar com o desmatamento do direito ao dano moral, em vista de importar pagamento do amor. Não se está reclamando pecúnia do amor, e sim pagamento contra aquele que se aproveitou da relação jurídica que envolvia o amor para causar graves ofensas delituosas, morais e dor

martirizante, justamente contra aquele que jurou amar, mas, ao contrário, com a sua conduta tóxica, confiscou-lhe a honra e a própria dignidade humana, princípio elevado à categoria de fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º, III, da CF) (2001, p. 131).

Para Yussef Said Cahali, o inciso X do art. 5º da Constituição Federal, não permite que haja dúvida em relação à reparabilidade do dano moral:

Hoje, aliás, consagrando a Constituição de 1988 (art. 5, V e X) o princípio da reparabilidade do dano moral, a extensão que o tema vem assumindo mais recentemente não permite dúvida quanto à indenizabilidade dos danos morais resultantes da infração dos deveres conjugais [...] (2005, p. 821).

Finaliza Caio Mário da Silva Pereira, no sentido de que não existe mais razão para o debate acerca da possibilidade do dano moral na separação judicial:

Concluindo, não mais se justifica eventual debate que afaste a possibilidade de reparação do dano moral no âmbito das relações conjugais e familiares. Há que se configurar a “ofensa a um bem jurídico”, ou seja, desde que se comprove ações, comportamentos e atitudes que tenham gerado dor ou sofrimento físico ou psicológico a qualquer de seus membros (2004, p. 305).

Assim, não se duvida de que a maioria da doutrina, ante a evolução dos direitos subjetivos e a constitucionalização da responsabilidade civil, reconhece a possibilidade do dano moral na relação conjugal³⁶.

3.3 O reconhecimento do dano moral na relação conjugal como solução civil e constitucional

Antes de se adentrar especificamente no tema da infidelidade e o dano moral na relação conjugal, indispensável que se trate, primeiramente, da viabilidade jurídica da reparação extrapatrimonial no matrimônio, simplesmente porque não se pode falar em infidelidade e dano moral no casamento, se não houver consenso

³⁶ Salienta-se que, entre outros, filiam-se à corrente majoritária pela reparação: Rolf Madaleno, *Divórcio e Dano Moral*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 2, p. 60-5; Carlos Alberto Bittar. *Reparação civil por danos morais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 188; Regina Beatriz Tavares da Silva, *Reparação civil na separação e no divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 153-4; José de Castro Bigi, *Dano Moral em Separação e Divórcio*. RT 679/47-61.

sobre a possibilidade de incidência do instituto da responsabilidade civil entre cônjuges.

O dano moral na relação conjugal não foi tratado casuisticamente pelo legislador civil³⁷. Porém, a ausência de legislação específica acerca de qualquer matéria de direito privado, não se consubstancia como obstáculo ao seu estudo ou reconhecimento. O que realmente se verifica, nesses casos, é a necessidade de uma construção jurídica, a partir de princípios e cláusulas gerais de direito, contidas no ordenamento³⁸.

Em relação às lacunas e incongruência, especificamente no que diz com os problemas enfrentados nas relações familiares, Maria Cláudia Crespo Brauner leciona:

Os princípios constitucionais, as cláusulas gerais deverão constituir os instrumentos para a interpretação e solução das lacunas e incongruências presentes na lei civil, levando ao abandono da tradição da técnica da codificação, na busca dos resultados sociais e, especialmente, da solução dos problemas enfrentados no âmbito das relações familiares, sendo a família concebida numa acepção plural (2004, p. 276).

Todavia, a ausência legislativa, se, por um lado, não obsta a análise da possibilidade da reparação moral no casamento, por outro, ocasiona acirrado embate doutrinário e jurisprudencial quanto ao seu reconhecimento, erigindo posicionamentos antagônicos, calcados em fundamentos igualmente sustentáveis.

Devido ao relevo e à importância dos fundamentos que amparam os posicionamentos divergentes, parece salutar e indispensável à eleição de um valor

³⁷ Cumpre ressaltar que está em andamento no Congresso Nacional o Projeto de Lei n 6.960/2002, para que se adicione o § 2º ao art. 927 do Código Civil, que terá a seguinte redação: “2. Os princípios da responsabilidade civil aplicam-se também as relações de família”.

³⁸ Nesse sentido, ao tratar da atividade interpretativa do civilista, que deve estar inserido dentro de uma perspectiva civil-constitucional, Tepedino refere: “[...] ainda no que tange à técnica interpretativa, não pode o operador manter-se apegado à necessidade de regulamentação casuística, já que o legislador vem alterando a sua forma de legislar, preferindo justamente as cláusulas gerais, como ocorre repetidas vezes na Constituição, no Código de Defesa do Consumidor, no Estatuto da Criança e do Adolescente e mesmo no Código Civil de 2002. Acostumado ao estilo linear e elegante do Código Civil de 1916, no qual todas as situações-tipo eram previstas pormenorizadas e detalhadamente, corre-se o risco de relegar a ineficácia as cláusulas gerais – não só aquelas introduzidas na Constituição, mas as inúmeras normas com a mesma técnica de que se valem os estatutos” (2004, p. 18-19).

maior que possa solucionar o problema criado em torno da possibilidade da responsabilidade civil extrapatrimonial³⁹.

Pode-se afirmar, com considerável margem de certeza, que o princípio da dignidade da pessoa humana, parâmetro para a interpretação de todo o sistema jurídico nacional, revela-se como o princípio devidamente apto a fundamentar uma tomada de posição acerca da possibilidade da reparação moral na relação conjugal⁴⁰.

A eleição do princípio da dignidade da pessoa humana é plenamente justificada diante do conteúdo do princípio e do problema a ser dirimido, diretamente ligado com a pessoa e seus direitos da personalidade.

Consoante a doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet, que considera a proteção à dignidade como tarefas e limites intransponíveis para a ordem jurídica, a eleição do princípio da dignidade da pessoa humana se justificaria tão-somente pelo seu conteúdo valorativo:

Seja qual for a via escolhida, verifica-se que as concepções sumariamente expostas convergem no sentido de admitir que a dignidade da pessoa humana (para além de sua dimensão jurídico-positiva) constitui o reduto intangível – pelo menos para a ordem jurídica que a consagra e busca proteger – de cada (e de todos) indivíduo e, nesta perspectiva, a última fronteira contra qualquer ingerência externa que se pretenda legítima. Em outras palavras, mesmo que não se possa desconsiderar a existência de violações concretas e reiteradas à dignidade pessoal, estas ofensas, em

³⁹ John Rawls (2002, p. 63), ao tratar de uma Teoria de Justiça, refere que a mesma “deve ser dividida em duas partes: (1) uma interpretação da situação inicial e formulação de vários princípios disponíveis para a escolha, (2) uma discussão estabelecendo qual desses princípios deveria, de fato, ser adotado”. A teoria de Rawls, pela sua importância e valia, tem sido adotada, não somente para a reflexão dos sistemas jurídicos, mas, sobretudo, com o intuito de obter resposta a inúmeros problemas jurídicos de nossos tempos. No caso, ela sustenta o entendimento de que, visando a uma conclusão justa acerca da possibilidade do dano moral na relação conjugal, deve-se eleger um valor maior que possa nortear o posicionamento a ser sustentado.

⁴⁰ Não se pode negar, ainda, que existem mais dois fatores que poderiam ser objeto de estudo, para a análise da responsabilidade civil extrapatrimonial na relação conjugal, quais sejam: primeiro, a cláusula geral da responsabilidade civil inserta no Código Civil, nos artigos 186 e 927, e a constitucionalização do instituto, o que permitiria estender as hipóteses de reparação, alçando o dano moral para o direito de família; segundo, a discussão acerca da natureza do matrimônio, se contrato ou instituição, o que poderia nortear a discussão quanto aos seus desdobramento na ruptura. Tais fatores foram, até o momento, suprimidos, porque o primeiro entende-se que se presta para balizar os requisitos para a reparação moral, sendo norteadores das situações em que a infidelidade será objeto de indenização moral, sendo analisado no capítulo quinto; o segundo, porque não possui relevo constitucional, o que torna discipienda a sua análise profunda, pelo fato de que a conclusão acerca da natureza do casamento, se instituição ou contrato, não ecoaria diante de princípios constitucionais e direitos fundamentais.

virtude da positivação da dignidade na condição de princípio jurídico-constitucional fundamental, não poderão encontrar qualquer tipo de respaldo na ordem jurídica que, pelo contrário, impõe ao Estado e particulares um dever de respeito, proteção e promoção da dignidade de todas as pessoas (2006, p. 137).

No que tange especificamente às relações familiares, quanto à adoção do princípio da dignidade da pessoa humana, Gustavo Tepedino assevera:

Pode-se afirmar, em propósito, que a dignidade da pessoa humana, alçada pelo art. 1, III, da Constituição Federal, a fundamento da República, dá conteúdo à proteção da família atribuída ao Estado pelo art 226 do mesmo texto anterior: é a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as normas do direito positivo, em particular aquelas que disciplinam o direito de família, regulando as relações mais íntimas e intensas do indivíduo no social. De se abandonar, portanto, todas as posições doutrinárias que, no passado, vislumbravam em institutos do direito de família uma proteção supra-individual, seja em favor de objetivos políticos, atendendo a ideologias autoritárias, seja por inspiração religiosa (2004, p. 372).

A Constituição de 1988, no que se refere aos direitos da personalidade, contemplou-os com a possibilidade de reparação, a partir do princípio contido no inciso X do art. 5º, assegurando o direito à indenização ao dano material ou moral por violação à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas. O princípio da dignidade da pessoa humana sustenta tais valores fundamentais, que são pela Constituição e pelo princípio maior, direito alçado à família, o que acarreta ao cônjuge o direito de ver sua personalidade tutelada e devidamente reparada, em casos de lesões no âmbito familiar.

O direito do cônjuge de ver tutelada a sua personalidade, torna-se intangível na medida em que esse direito está devidamente sustentado pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Significa dizer que qualquer lesão a personalidade do cônjuge ofendido é passível de reparação, haja vista que a dignidade, bem jurídico a ser tutelado, revela-se absoluto, irrenunciável e inalienável.

O direito deve e possui mecanismos, tanto para punir aquele que ocasiona dano a outrem, como também para reparar aquele que foi ofendido. Afastar a reparação pelo simples fato de que a ofensa se deu na seara familiar é injustificável

juridicamente. Mais do que isso, é moralmente insustentável. Nesse sentido, Paulo Lôbo assevera que a família não pode mais gerar imunidades:

Os danos morais e materiais (por exemplo, a doença de um provocada pela agressão do outro à honra) devem ser indenizados, segundo as regras comuns, além da sanção indireta da separação judicial. Não há mais imunidades especiais a disputas dentro da família (1997, p. 231).

Assim, os direitos fundamentais da personalidade, sustentados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, conduzem à conclusão juridicamente segura de que a personalidade da pessoa do consorte é tutelada pelo sistema jurídico civil e constitucional, por meio da reparação moral⁴¹.

Embora sustentáveis os argumentos contrários ao reconhecimento do dano moral na relação conjugal, sucumbem na medida em que se compreende o exato conceito do princípio da dignidade da pessoa humana e seus desdobramentos no direito de família, sinalados no primeiro e no segundo capítulo do trabalho.

Ainda, conforme Pontes de Miranda, o matrimônio “não é só relação jurídica, mas – e antes de tudo – relação moral” (1970, p. 105 t. VIII) e como tal deve ser analisada, o que conduz à proteção da pessoa, nos exatos valores axiológicos albergados na Constituição Federal.

Ninguém é obrigado a permanecer casado, mas enquanto assim estiver, deve respeitar a figura do seu consorte, nos termos dos deveres conjugais⁴². Em assim não agindo, estará cometendo ato ilícito e, por conseqüência, estará sujeito a ter que indenizar.

⁴¹ “Não obstante sua localização constitucional, os direitos da personalidade, ou fundamentais (segundo a terminologia publicista) produzem efeitos para o campo privado, pois a Constituição tem verdadeira “força geradora” de direitos de tal ordem. Uma vez violado um direito absoluto da personalidade, nada mais justo do que se aplicar ao ofensor a devida punição” (NALIN, 1996, p. 61).

⁴² “Aqueles que não têm capacidade e a inefável grandeza de viver a intensidade de uma relação exclusiva, que se afastem do casamento e vivam assumidos o celibato ou procurem o recurso das uniões livres” (LEITE, 1994, p. 57).

Ademais, conforme Eduardo Sambrizzi, “no resulta razonable admitir que un esposo pueda dañar al outro sin tener que resarcir con la pertinente indenización el daño que efectivamente lê haya causado” (2001, p. 146).

Em última análise, é importante referir que a conclusão pelo reconhecimento do dano moral na relação conjugal, embora sustentada juridicamente por meio de princípios e normas, transcende a fundamentação jurídica e encontra razão de ser na sociabilidade do homem, na condição que esse possui de relacionar-se com base no valor de sua personalidade. Esse fundamento norteia qualquer relação social, independentemente de regulamentação jurídica. Evidencia que a personalidade é inerente ao ser humano, estando os seus valores presentes em qualquer relação social, inclusive no casamento, o que ocasiona um dever geral de respeito à personalidade do consorte⁴³.

⁴³ “A sociedade, longe de constituir um valor originário e supremo, é condicionada pela sociabilidade do homem, isto é, por algo que é inerente a todo ser humano e que é condição de possibilidade da vida de relação. O fato de o homem só vir a adquirir consciência de sua personalidade em dado momento da evolução histórica, não elide a verdade de que o “social” já estava originariamente no ser mesmo do homem, no caráter bilateral de toda atividade espiritual: a tomada de consciência do valor da personalidade é uma expressão histórica da atualização do ser humano como um ser social, uma projeção temporal, em suma, de algo que se teria convertido em experiência social se não fosse inerente ao homem a condição transcendental de ser pessoa, ou, por outras palavras, de ser todo homem a priori uma pessoa” (REALE, 1998, p. 64).

4 A FIDELIDADE NA RELAÇÃO CONJUGAL

Não obstante a fidelidade tenha sido expressamente considerada como dever conjugal, o significado e os efeitos jurídicos que dela promanam são controvertidos, existindo corrente doutrinária que ataca o referido dever, no que diz com a sua oportunidade e efeitos jurídicos.

Neste plano, pode-se, inclusive, selecionar opiniões abalizadas que condenam a subsistência da fidelidade como dever jurídico e matrimonial.

Maria Berenice Dias refere que

como a fidelidade não é um direito exequível, e a infidelidade não mais serve como fundamento para a separação, inútil a previsão legislativa desse dever. Ninguém é fiel porque assim determina a lei ou deixará de sê-lo por falta de determinação legal (2007 p. 239).

Para Fábio Ulhoa Coelho, “a fidelidade é o menos importante dos deveres matrimoniais” (2006, p. 53), devendo, inclusive, “ser ignorado pela ordem jurídica, tanto no âmbito civil como criminal” (p. 54), haja vista que para a sociedade é indiferente se os casados estão ou não cumprindo o dever de fidelidade.

Por sua vez, Paulo Luiz Netto Lôbo, entende que a “tendência do Direito é a substituição do dever de fidelidade pelo dever de respeito e consideração, mais adequado aos valores atuais” (1997, p. 231).

No mesmo sentido, Guilherme F. Margadant, ao tratar da evolução e das perspectivas do aspecto jurídico do adultério, defende que a infidelidade vem sendo considerada como “una ayuda para el desarrollo espiritual del individuo” (2000, p. 29). Informa que, cada vez mais, no mundo ocidental, as pessoas perdoam a infidelidade, o que o leva a crer que existirá uma liberdade sexual, considerada como um direito humano:

De todos modos, el derecho a la salud, inclusive de la salud mental, y el derecho al pleno desarrollo de las posibilidades inatas de cada uno, se encuentran en el nivel de los derechos globalmente reconocidos – lo cual llevará, probablemente en un próximo futuro, al reconocimiento general de

dos derechos humanos ligados a nuestro tema, el derecho a la paternidad y a la maternidad, y el derecho a la vida sexual (2000, p. 31).

Em que pesem as opiniões que desprestigiam a juridicidade do dever conjugal da fidelidade, não se pode desconsiderar que, mesmo que não se leve em consideração a expressa eleição da fidelidade como dever conjugal, a mesma está totalmente em consonância com os valores da família brasileira.

A obrigação dos cônjuges de serem fiéis decorre da própria natureza do casamento, na comunhão plena de vida e de interesses dos consortes, de modo que somente a exclusividade da relação conjugal, consubstanciada nos princípios da monogamia e da moral conjugal⁴⁴, revela-se compatível com esses propósitos. Por isso, nos dizeres de Rolf Madaleno, quebrar o dever de fidelidade, implica ofender a instituição jurídica do casamento:

No direito brasileiro, que segue a cultura ocidental, construída a luz dos costumes judeus cristão e que restringem as relações sexuais à figura dos cônjuges, quebrar o dever de fidelidade num relacionamento que deve ser eminentemente monógamo, é romper com um acordo conjugal que se sustenta no amor, na estima e no mútuo respeito, ofendendo, ademais, a instituição jurídica do casamento (2001, p. 149).

A fidelidade é da essência do matrimônio, pois integra a organização da família. Caio Mário da Silva Pereira, ao tratar do dever de fidelidade, salienta o seu tríplice caráter pedagógico, moral e determinante:

Em primeiro plano, assenta o Código o dever de fidelidade recíproca, como integrante da organização mesma da família. Assinala-se, nesta disposição, tríplice caráter: pedagógico, moral e determinante. Sendo a família ocidental monogâmica por tradição e por princípio, a lei enuncia o preceito com a finalidade originária de estabelecer a fidelidade com princípio ético. Mas não lhe falta o caráter de norma cogente, porque na sua infração pode um cônjuge fundamentar contra o outro procedimento judicial de separação. A norma tem inequívoco caráter moral e educativo, ditando o procedimento do casal, e não permite mesmo os atos que induzam “suspeita de violação do

⁴⁴ Em relação aos princípios que sustentam o dever de fidelidade no matrimônio, Carlos Dias da Motta refere: “Cumpra observar que o dever de fidelidade decorre não apenas do princípio da moral conjugal, mas também indiretamente do princípio da monogamia” (2007, p. 311). Para o referido autor, “o princípio da moral conjugal fundamenta, em alguma medida, todos os deveres conjugais” (2007, p. 309). No que diz com o princípio da monogamia, destaca: “Trata-se de princípio proveniente do direito romano, de grande destaque [...]. O princípio está positivado no art. 1521, VI, do CC, que proíbe o casamento de pessoas casadas, cominando o art. 1548, II, a pena de nulidade absoluta do segundo casamento. Além disso, conduta contrária ao princípio é tipificada como crime, contemplado no art. 235 do CP, que prevê pena de reclusão ao bigamo” (2007, p. 267).

dever jurídico". Mas também é jurídica em todo o sentido, dotada de obrigatoriedade e revestida de sanção (2004 p. 170-71).

Ainda, ressalta-se que a importância e efetividade do dever de fidelidade emanam, também, do próprio sistema jurídico civil e constitucional, que oferece proteção aos direitos da personalidade, com base no princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, Eduardo de Oliveira Leite refere que "a eleição moral e social não pode justificar a descaracterização do ilícito já que sua infração atinge o que há de mais importante no ser humano a dignidade" (1994, p. 56).

A fidelidade, então, além de estar devidamente prestigiada de forma expressa pela norma civil e por princípios que gravitam em torno da família monogâmica, encontra, indiretamente, fundamento constitucional, na medida em que a transgressão desse princípio possui potencial para lesionar a pessoa do cônjuge traído, o que é vedado pelos princípios e normas fundamentais que protegem a pessoa humana.

Talvez seja com base nesse fundamento, defendido ao longo dos primeiros capítulos, que resida hoje o principal alicerce que ainda sustenta incólume o dever de fidelidade em nosso ordenamento jurídico, ou seja, a proteção da pessoa⁴⁵.

Assim, por conseqüência, devido ao potencial ofensivo que o seu descumprimento acarreta, a possibilidade de reparação moral é sanção que deve ser considerada.

⁴⁵ "El ser humano, en cuanto sujeto del derecho, aprehendido desde una perspectiva ontológica, consiste en una unidad existencial. Situados en una vertiente axiológica, él se nos muestra como un valor en si mismo. Desde la dimensión formal-normativa se nos presenta como un centro ideal de imputación de situaciones jurídicas subjetivas. Esta existencia valiosa y unitaria, inescindible, no puede dejar de ser reconocida como tal por el ordenamiento jurídico normativo. La protección de la persona humana, proveniente de tal ordenamiento positivo, debe ser asumida en su plenaria unidad psicosomática" (SESSAREGO, 1993, p. 29).

4.1 A fidelidade como dever conjugal

Dentre os efeitos jurídicos do matrimônio, existem aqueles considerados pessoais, porque dirigidos aos consortes, denominados, segundo a tradução legislativa, deveres conjugais, tratados no art. 1566 do Código Civil⁴⁶.

Na visão de Eduardo de Oliveira Leite, deveres conjugais são restrições às liberdades dos cônjuges, que, obrigatoriamente, devem ser observadas:

Essas restrições à liberdade se explicam por duas idéias gerais. Uma advém dos direitos das obrigações: o casamento cria entre os esposos deveres recíprocos. A outra decorre do direito societário: o casamento cria entre os esposos uma espécie de unidade, que é o lar, ou ambiente familiar. O conjunto do sistema é de ordem pública; os esposos não poderiam derogar ou tentar imprimir uma outra estrutura privada à família que fundam. Isso é apanágio da lei que aqui não abre exceções (1994, p. 54).

O primeiro dos deveres conjugais é o da fidelidade, considerado o mais importante dos deveres, porque, segundo Clóvis Beviláqua, “representa a natural expressão da monogamia, não constituindo tão-somente um dever moral, sendo exigido pelo direito em nome dos superiores interesses da sociedade” (1917, p. 110).

Devido às constantes alterações sociais e às necessidades atuais do casamento, o conceito de fidelidade vem sendo ampliado. Hodiernamente, fala-se em infidelidade material e moral, bem como em infidelidade virtual, o que desvincula o adultério como forma exclusiva de infidelidade matrimonial.

Nesse contexto, o adultério passou a ser apenas uma das formas de infidelidade, devido à amplitude emprestada a esse dever conjugal. Yussef Said Cahali entende que “o dever de fidelidade não se esgota na abstenção do concúbito com estranho” (2005, p. 319).

⁴⁶ “Os deveres dos cônjuges listados pela lei são os de manter vida em comum, devotar respeito e consideração recíprocos, dar mútua assistência, sustentar, guardar e educar os filhos e, por fim, abster-se de manter relações sexuais fora do casamento” (COELHO, 2006, p. 53).

O dever de fidelidade não se encerra apenas no sentido de exclusividade do direito do cônjuge às relações sexuais. Nesse sentido, Arnaldo Rizzardo dá contornos bem mais amplos, com base nos tempos atuais, do dever de fidelidade:

Mas não se pode compreender a fidelidade recíproca no mero sentido de exclusividade do direito do cônjuge às relações sexuais. Se bem que ainda é forte a reação social contra e qualquer manifestação dos cônjuges com terceiros pessoas, embora a prática revele a infringência generalizada deste dever, o sentido de fidelidade recíproca envolve mais a dedicação exclusiva e sincera de um cônjuge em relação ao outro, ou um leal compartilhamento de vida, tanto na dimensão material como na espiritual. O casamento comporta a mútua entrega, de modo que haja uma comum vivência de lutas, esforços, interesses, colaboradores e idealização de vida. Deve haver, com justa razão, uma evolução de sentido, para conceber-se a fidelidade não só a dimensão meramente física, mas em uma noção que abranja a pessoa do outro cônjuge. Assim, há infringência deste dever, também, quando a conduta pessoal reflete uma gama de situações desrespeitosas e ofensivas à própria honra do cônjuge, como as atitudes licenciosas e levianas, o simples namoro, a ligação puramente sentimental com terceiro, as relações de natureza homossexual, a presença em ambientes impróprios, enfim, uma infidelidade na forma de agir inconveniente para pessoas casadas, o que enseja também o reconhecimento da ofensa ao inc. V do art. 1566 (2004, p. 170).

Assim, o dever de fidelidade, pela amplitude, reclama a análise de suas características e conceitos, de maneira que, somente dessa forma, pode-se desvendar o significado do referido dever conjugal.

4.2 Conceito e abrangência do dever conjugal de fidelidade

Consiste o dever conjugal de fidelidade na abstenção que recai sobre os cônjuges de desenvolverem relações com terceiros. Segundo De Plácido e Silva, fidelidade conjugal é “o dever recíproco, imposto aos cônjuges, de não praticarem o adultério ou manterem relações ou conjunções carnis com outras pessoas” (1998, p. 356).

O dever de fidelidade consubstancia-se em uma obrigação de não fazer dirigida aos cônjuges. Isso que o diferencia dos demais deveres conjugais, ou seja, o dever conjugal de fidelidade encerra um dever de abstenção, enquanto, notadamente, os demais deveres conjugais exigem prestações positivas dos

consortes. Nesse sentido, Augusto César Belluscio destaca o dever de fidelidade como prestações negativas:

Es característico del deber de fidelidad un contenido opuesto al de los otros deberes que derivan del matrimonio (cohabitación, asistencia), pues mientras éstos implican hechos o prestaciones positivas, aquél supone abstenciones o prestaciones negativas. No es correcta la opinión que cree ver en el deber de fidelidad, además de esse aspecto negativo [...] (1979, p. 332).

Justamente por isso, por encerrar um dever de abstenção, que a construção de um significado jurídico de fidelidade, passa, necessariamente, pela análise das condutas e atos que podem incorrer em ofensa a esse dever, ou seja, constrói-se o dever de fidelidade com base no que pode ser considerado infidelidade.

Não há dúvida de que o conteúdo do dever de fidelidade não se restringe apenas à abstenção do cônjuge da prática de adultério⁴⁷. Violam o dever de fidelidade não somente a relação sexual com terceiro, mas também atos que denunciem esse propósito ou que acarretam lesão à honra do consorte.

Essa é a lição de Orlando Gomes, ao definir que a infidelidade pode ser, nesta ordem, material ou moral:

A infidelidade pode ser material ou moral. Se consiste na prática de congresso sexual com terceiro, constitui adultério. Se não chega a esse extremo, concretizando-se em fatos que denunciam esse propósito ou constituem, sob esse aspecto, agravo a honra do outro cônjuge, qualifica-se como infidelidade moral, justificando o desquite, sob o fundamento de injúria grave (2002, p. 136).

Regina Beatriz Tavares da Silva comunga do entendimento de que o descumprimento do dever de fidelidade também é de ordem material e moral:

⁴⁷ “Está superada la concepción que identificaba la violación del deber de fidelidad con el adultério, es decir, con las relaciones sexuales de uno de los cónyuges con un tercero. Actualmente existe criterio coincidente en el sentido de que no sólo puede existir infidelidad material (adulterio) sino también infidelidad moral, la que se da cuando sin mediar relaciones sexuales extraconyugales se establece con una persona del otro sexo relación afectiva capaz de lesionar los sentimientos del otro cónyuge o de hacer presumir objetivamente la existencia de una relación amorosa, o, en otros términos, cuando hay una relación de intimidad o afectuosidad excesiva con persona de outro sexo, susceptible de lesionar la reputación o los sentimientos del outro cónyuge” (BELLUSCIO, 1979, p. 333).

Assim, o descumprimento desse dever pode ser de ordem material, caracterizado pelo adultério, quando um dos consortes tem relação sexual fora do casamento, e imaterial, configurado pelo quase-adultério, se o cônjuge pratica atos que com outra pessoa, que não chegam a cópula carnal, mas denuncia esse propósito (1995, p. 223).

O conteúdo do dever de fidelidade, porém, é ainda mais abrangente. Além do adultério e do quase-adultério, há outros atos praticados pelos cônjuges que podem atentar contra o dever de fidelidade, sendo caracterizados como atos de infidelidade.

Maria Helena Diniz define parâmetros para a definição de atos que violam o dever de fidelidade, exemplificando, inclusive, alguns deles:

É preciso não olvidar que não é só o adultério que viola o dever de fidelidade recíproca, mas também atos injuriosos, que, pela sua licenciosidade, com acentuação sexual, quebram a fé conjugal, p. ex.: relacionamento homossexual, namoro virtual, inseminação artificial heteróloga não consentida etc. (2008, p.131, v. 5).

Por isso, em consonância com a abrangência desse dever conjugal, mostra-se adequado e preciso o significado da fidelidade na relação conjugal, segundo Regina Beatriz Tavares da Silva, para quem o dever de fidelidade deve ser entendido como o “dever de lealdade, sob o aspecto físico e moral, de um dos cônjuges para com o outro, quanto a manutenção de relações que visem satisfazer o instinto sexual dentro da sociedade conjugal” (1990, p. 221).

Esse conceito traduz como deve ser entendido o significado do dever de fidelidade, ou seja, abrangente e revestido de um conceito aberto, que permita, em meio a uma determinada sociedade e em um determinado tempo, verificar na espécie, se atos praticados por consortes em meio à relação conjugal possuem o condão de violar o dever de fidelidade⁴⁸.

⁴⁸ Quando dos comentários ao Sermão da Montanha, o Frei João José P. de Castro, ao sinalar o que seria o adultério, na visão Católica contida no Novo Testamento, permite a conclusão de que a abrangência da infidelidade já estava a muito consolidada com a visão abrangente de adultério: “Jesus promulgou a lei muito mais perfeita do Novo Testamento, a qual proíbe mesmo os maus desejos voluntários e os considera iguais ao próprio adultério. Em sua linguagem proverbial ele emprega por “maus desejos” a palavra “olhar”; subentende-se que este seja acompanhado de más intenções. O que desagrade a Deus e o ofende é antes de tudo o “coração perverso”, do qual procedem as ações condenáveis” (1956, p. 152).

4.3 Características do dever conjugal de fidelidade

O dever conjugal de fidelidade possui características que propiciam o entendimento de como ele deve ser encarado na relação conjugal. Pode-se assim dizer que as características que emanam do dever de fidelidade norteiam o seu entendimento e aplicabilidade no casamento.

Daí a importância de definir e verificar as características da fidelidade conjugal, na medida em que se prestam para nortear a forma de como esse dever incide no casamento, balizando a conduta dos cônjuges na relação conjugal, já que não há na norma civil parâmetros objetivos para a sua implementação.

É a partir das características que se pode realizar um exame acerca dos atos e condutas que podem ensejar o seu descumprimento, agregando assim real efeito ao dever de fidelidade conjugal. Vislumbra-se, de acordo com o sistema jurídico pátrio, que o dever de fidelidade, basicamente, é recíproco, absoluto e permanente.

4.3.1 Dever Recíproco

Num primeiro plano, a norma contida no Código Civil, no inciso I do art. 1566, ao eleger a fidelidade como dever conjugal de ambos os cônjuges, expressamente refere que esse dever é recíproco.

Contudo, embora recíproco, Washington de Barros Monteiro (1962) e Maria Helena Diniz (2008), salientam que pode esse dever gerar efeitos psicológicos e sociais diversos, dependendo do consorte e da natureza do ato que ocasionar a infidelidade. Nesse aspecto, o entendimento doutrinário é de que psicologicamente e socialmente se revela mais grave o adultério da mulher, isso pelo fator sentimental que tal conduta acarreta e pela possibilidade de que esse ato venha a ocasionar a concepção da prole. Washington de Barros Monteiro refere:

Entretanto, do ponto de vista puramente psicológico, torna-se sem dúvida mais grave o adultério da mulher. Quase sempre, a infidelidade no homem é

fruto de um capricho passageiro ou de um desejo momentâneo. Seu deslize não afeta de modo algum o amor pela mulher. O adultério desta, ao invés, em demonstrar que se acham definitivamente rotos os laços afetivos que a prendem ao marido é irremediavelmente comprometida a estabilidade do lar. Para o homem, escreve SOMERSET MAUGHAM, uma ligação passageira não tem significação sentimental, ao passo que para a mulher tem (1962, p. 108).

Maria Helena Diniz, também faz essa ressalva, em relação ao adultério praticado pela mulher, no que diz com seu desdobramento social e psicológico:

Convém salientar que, sob o prisma psicológico e social, o adultério da mulher é mais grave que o do marido, uma vez que ela pode engravidar de suas relações sexuais extramatrimoniais, introduzindo prole alheia dentro da família ante a presunção da concepção de filho na constância do casamento prevista no art. 1597 do Código Civil, transmitindo ao marido enganado o encargo de alimentar o fruto de seus amores. E, além disso, pelo art. 1600 do Código Civil “não basta o adultério da mulher, ainda que confessado, para elidir a presunção legal da paternidade”. Tal fato demonstra estarem rotos os laços afetivos que a prendiam ao cônjuge, visto que essa ligação, embora passageira, em regra tem, para a mulher, significação sentimental. Já em relação ao adultério do marido, os filhos que este tiver com a amante ficarão sob o cuidado desta e não da esposa, e, além disso, pode ocorrer que a infidelidade do homem seja um desejo momentâneo ou mero capricho, sem afetar o amor que sente pela sua mulher (2008, p. 131, v. 5).

Todavia, os próprios autores relatam que, do ponto de vista jurídico e moral, o adultério, tanto do homem quanto da mulher, produz o mesmo efeito. Washington de Barros Monteiro refere que ambas as formas merecem idêntica reprovação, pois igualmente “atentam contra a lei, a moral e a religião, dissolvem o casamento e provocam a desagregação da família” (1962, p. 108). No mesmo sentido, Maria Helena Diniz: “Todavia sob o ponto de vista moral e jurídico, merecem reprovação tanto a infidelidade do marido com a da mulher, por ser fator de perturbação da estabilidade do lar e da família (2008, p. 131, v. 5).

Outra conclusão não é possível ante a expressa determinação legal contida no Código Civil e, principalmente, no princípio da isonomia entre homem e mulher, determinado pela Constituição Federal⁴⁹. Assim, a fidelidade deve ser igualmente e na mesma medida respeitada pelos cônjuges.

⁴⁹ Em relação à igualdade entre homens e mulheres, José Afonso da Silva refere: “Importa mesmo é notar que é uma regra que resume décadas das mulheres contra discriminações. Mais relevante ainda é que não se trata aí de mera isonomia formal. Não é igualdade perante a lei, mas igualdade em direitos e obrigações. Significa que existem dois termos concretos de comparação: homens de

4.3.2 Dever absoluto

Segundo José Náufel, o dever de fidelidade é uma “obrigação moral e jurídica que têm os cônjuges de não cometerem adultério, nem de terem relações íntimas com outras pessoas” (1997, p. 474). A obrigação moral e jurídica dos cônjuges sustenta o dever de fidelidade como um dever absoluto.

O caráter absoluto do dever conjugal de fidelidade, contido expressamente na norma cogente do inciso I do art. 1566 do Código Civil, revela que o dever de fidelidade é incondicional, não podendo ser afastado ou compensado.

Assim, embora o Código Civil não discipline de forma expressa o alcance do dever de fidelidade, o mesmo deve ser considerado incondicional pelos próprios fundamentos que amparam o sistema jurídico brasileiro. Nesse sentido, a lição de Yussef Said Cahali:

Portanto, perante o direito brasileiro, tal como na generalidade das legislações modernas, embora sem disposição expressa, a fidelidade é de ambos os cônjuges e incondicionada: o procedimento, o caráter, a conduta, os hábitos de um cônjuge não escusam ao outro o adultério; na ação de separação judicial inadmite-se a defesa fundada em compensação de adultério, ou de qualquer outra falta, devido a regra de que as culpas não se compensam – pelo que o adúltero demandado não pode alegar o desvio de conduta do outro cônjuge para liberar-se do dever de fidelidade e escapar da procedência da ação (2005, p. 316).

Com efeito, qualquer disposição realizada pelos cônjuges, no sentido de desconsiderar o dever de fidelidade, deve ser rechaçada e considerada nula de pleno direito, porque atenta contra norma de ordem pública, de que se revestem os deveres conjugais contidos no art. 1566 do Código Civil. Obviamente que, aqui, cabe fazer a distinção de que é possível não exigir o cumprimento desse dever nos casos em que há perdão de um cônjuge em relação a outro. O que não se admite, juridicamente, é a renúncia prévia ou contemporânea desse dever. Dessa forma,

um lado e mulheres de outro. Onde houver um homem e uma mulher qualquer tratamento desigual entre eles, a propósito de situações pertinentes a ambos os sexos, constituirá uma infringência constitucional” (1991, p. 193).

poderia o consorte não exigir a fidelidade, mas dela não poderia renunciar, devido ao caráter público e absoluto do dever conjugal⁵⁰.

Pontes de Miranda, embora considere incondicional o dever de fidelidade, pondera duas limitações a esse aspecto:

A fidelidade é de ambos e incondicional: o procedimento, o caráter e os costumes de um cônjuge não escusam ao outro o adultério. Essa regra sofre, no entanto, duas limitações; o adultério perde sua importância como causa bastante para a dissolução da sociedade conjugal (separação conjugal), em que pese a revogação do art. 319, I e II, e, bem assim, parágrafo único do Código Civil (cp.,e.g.,Código Penal, art. 240, par. 3, II, e 4, II) : a) se o autor houver concorrido para que o réu o cometesse; b) se o cônjuge inocente lhe houver perdoado (2001, p.31).

Da mesma forma, o dever de fidelidade é incompensável, ou seja, uma culpa ou uma infração não elimina a outra. Não é dado o direito a nenhum dos cônjuges de imputar a causa de sua infidelidade à conduta de seu consorte. Ou ainda, se um dos consortes infringe a fidelidade conjugal, nem por isso está autorizado o outro a praticar o mesmo ato ilícito. Por isso que se considera incompensável o ato de infidelidade praticado por um dos consortes.

A doutrina de Jorge Adolfo Mazzinghi pondera as causas que sustentam o caráter incompensável do dever de fidelidade, salientando a vedação de represálias por parte dos consortes:

Es una consecuencia del carácter recíproco del deber de fidelidad, y dada su índole, resultaría absurdo proceder como si en cualquier contrato sinalagmático mediara incumplimiento de una de las partes: El deber de fidelidad no está sometido al pacto comisorio. Si uno de los cónyuges lo viola, el otro debe procurar que se le aplique la sanción que la ley prevé, y no tomar una represalia inadmisibles, que lesiona directamente el interés familiar e indirectamente el interés público, identificado con el mantenimiento de la moral y buenas costumbres (1971, p. 56).

⁵⁰ Nesse sentido, Augusto César Belluscio, salienta que o dever de fidelidade, no ordenamento argentino, também possui caráter absoluto, que impede que o mesmo seja afastado da relação conjugal, por disposição dos cônjuges: “Por otra parte, la imperatividad de la disposición legal que consagra el deber de fidelidad implica que no pueda tener validez convención alguna por la cual uno de los esposos dispense al otro de su cumplimiento o ambos se lo dispense mutuamente, sea que vivan en común o que estén separados de hecho” (1979, p. 336).

O caráter absoluto que emana da norma cogente do Código Civil que trata dos deveres conjugais, bem como da natureza moral dos mesmos, fazem da fidelidade um dever incondicional, não podendo ser compensável ou afastado.

4.3.3 Dever Permanente

De acordo com o art. 1576 do Código Civil somente a separação judicial faz cessar o dever de fidelidade recíproca, o que atrela a permanência do dever de fidelidade ao comando sentencial oriundo do processo de separação ou, conforme a inovação trazida pela Lei n 11.441/2007⁵¹, a fidelidade perdura até a lavratura da escritura pública de separação.

As normas de direito de família nada dispuseram acerca da manutenção ou não do dever de fidelidade durante a separação apenas de fato dos cônjuges. Tal problema vem sendo enfrentado pela doutrina e pela jurisprudência, pelo índice de pessoas que se encontram casadas, porém faticamente separadas.

Para Yussef Said Cahali, “o dever de fidelidade não sofre modificação alguma durante o estado de separação de fato, nem mesmo se houve pacto entre os cônjuges, com a liberação recíproca da fidelidade, o que, aliás, seria de manifesta nulidade” (2005, p. 309).

No mesmo sentido, Washington de Barros Monteiro considera que “se os cônjuges se mantiverem apenas separados de fato, sem dissolução da sociedade conjugal, perdura o dever de fidelidade, em todo o seu vigor” (1962, p. 108).

Não obstante a abalizada corrente, fundamentada na norma contida no art. 1576 do Código Civil, que desconsidera a separação de fato como fator apto a fazer cessar o dever de fidelidade, entendimento contrário vem sendo recepcionado pela doutrina e jurisprudência.

⁵¹ Lei n. 11.441, de 4 de janeiro de 2007. Altera dispositivos da Lei n 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa.

Com efeito, a separação de fato denuncia o *animus* dos consortes de encerrar a relação conjugal, o que afastaria o dever de fidelidade. Ney de Mello Almada considera que a castidade não pode ser exigida quando não mais tem ensejo a prática sexual com o cônjuge, devido à separação de fato, que fulmina com os liames afetivos, base da união monógama:

A cisão conjugal acaba por erodir os liames afetivos, base da união monógama dentro na qual o monopólio sexual tem razão de ser. Ora, inconciliavelmente distanciados marido e mulher, não se vê a que título exigir-se fidelidade recíproca, no plano estritamente jurídico (1995, p. 215).

Parece ser esse o entendimento que o legislador civil pretendeu privilegiar ao admitir a união estável de pessoas que, embora casadas, estejam separadas de fato. É o que pondera Maria Helena Diniz:

Todavia, o novo Código Civil, no seu art. 1723, par. 1º, admite a união estável entre separados de fato, seguindo a esteira de alguns julgados que entendiam que, em caso de separação de fato, não haveria mais o dever de fidelidade (RT, 445:92, 433:87) e que o *animus* de terminar com a vida conjugal bastaria para fazer cessar a adulterinidade (2008, p. 131, v. 5).

Dessa maneira, extrai-se a existência de duas correntes acerca da separação de fato e o dever de fidelidade: uma que não atribui o efeito de extinguir o dever de fidelidade com a simples separação de fato, e outra que lhe confere tal consequência.

Em relação a elas, parece estar em melhor consonância com o ordenamento jurídico vigente o entendimento de Regina Beatriz Tavares da Silva, que sustenta que “por razões da própria natureza humana, numa separação de fato prolongada, não há como perdurar o dever de fidelidade” (1995, p. 236).

Assim, pode-se constatar que o caráter permanente do dever de fidelidade somente se extingue com a separação judicial ou extrajudicial do casamento, ressalvadas as separações de fato, devidamente caracterizadas pelo decurso de tempo e pela conduta das partes, que tenha o condão de demonstrar a falência da vida conjugal.

4.4 Sanções advindas do descumprimento do dever conjugal

O descumprimento do dever de fidelidade era dotado de sanção a ser aplicada na esfera penal, com a possibilidade de punição do infrator pelo crime de adultério, e de sanção civil, com a condenação do cônjuge nas cominações impostas pela culpa na separação judicial litigiosa.

Nos dizeres de Caio Mário da Silva Pereira, poderia ser dupla a sanção dirigida ao cônjuge infrator do dever de fidelidade: “o infrator pode ser criminalmente punido pelo crime de adultério; e civilmente condenado em ação de separação com as cominações impostas ao cônjuge culpado” (2004, p. 171).

Todavia, com a revogação do art. 240 do Código Penal, não mais vigora o crime de adultério, subsistindo apenas a sanção na esfera civil, advinda da culpa na separação judicial litigiosa.

Assim, na eventualidade de descumprimento do dever de fidelidade, considerando que não se vislumbra a hipótese de se pleitear judicialmente a condenação do cônjuge a fim de que o mesmo cumpra com esse dever, como se fosse uma obrigação de não fazer, embora expresso o dever de abstinência sexual extrapatrimonial, a única sanção é a separação judicial, com as cominações impostas ao cônjuge culpado⁵².

De acordo com a legislação civil vigente, o descumprimento do dever conjugal de fidelidade é fundamento bastante para a separação litigiosa, baseada na culpa, conforme art. 1572 do Código Civil, podendo o cônjuge ser condenado na perda do nome e na impossibilidade de pleitear alimento em face do cônjuge inocente.

⁵² Nesse sentido, quanto à impossibilidade da exigibilidade do dever de fidelidade, Maria Berenice Dias: “Ainda assim, na eventualidade de um ou de ambos os cônjuges não cumprirem o dito “sagrado dever”, não se rompe o casamento. Mesmo sendo uma obrigação imposta por lei, para vigorar durante sua vigência, não há como exigir, em juízo, o seu adimplemento na constância do vínculo patrimonial. Ao menos não se tem notícia de algum cônjuge traído haver proposto ação pleiteando o cumprimento do dever de fidelidade. Tratar-se-ia de execução de obrigação de não fazer? E, em caso de procedência, de que poderia ser executada a sentença que impusesse a abstinência sexual extrapatrimonial ao demandado? Seria o caso de imposição de astreinte, devendo o infiel pagar por cada traição? A infidelidade serve, tão-só, de fundamento para o cônjuge enganado buscar a separação (CC 1573, I)” (2007, p. 239).

Quanto à perda do nome, a sanção vem disciplinada no art. 1758 do Código Civil, que refere que o “cônjuge declarado culpado na ação de separação judicial perde o direito de usar o sobrenome do outro”. Tal sanção somente será aplicada se requerida pelo cônjuge inocente e se a alteração não acarretar, segundo os incisos do referido diploma: “evidente prejuízo para a sua identificação, manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida, e dano grave reconhecido na decisão judicial”.

No que diz com os alimentos, conforme os artigos 1694, 1702 e 1704 do Código Civil, o cônjuge declarado culpado, ainda assim, poderá requerer alimentos ao cônjuge inocente, desde que comprove que não possui outros parentes em condições de prestar, nem aptidão para o trabalho, situação em que receberá, a título de alimentos, valor indispensável para a sua sobrevivência.

Sendo somente essas as sanções de natureza civil, que hipoteticamente podem alcançar ao cônjuge que praticar atos de infidelidade, não há como deixar de reconhecer que elas se revelam desprovidas de qualquer efetividade, podendo ainda se dizer que, não obstante a imperatividade e importância da norma que estatui o dever de fidelidade, a mesma está desprovida de efetiva sanção que possa exercer caráter pedagógico e ressarcitório⁵³.

Por isso, denota-se que o direito de família não oferece sanção que puna adequadamente o cônjuge que desconsidera o dever conjugal de fidelidade, havendo que se considerar a necessidade de reconhecer, no âmbito familiar, o dano moral que a infidelidade ocasiona ao consorte lesado, com base nos direitos fundamentais da personalidade e no princípio da dignidade da pessoa humana.

⁵³ “O descumprimento desses deveres, no entanto, não tem nenhuma consequência relevante. O casamento poderá ser desfeito a pedido do cônjuge inocente, mas o culpado não perde seus direitos relativos aos filhos, bens e, necessitando, ao uso do sobrenome do outro” (COELHO, 2006, p. 53).

5 A CONFIGURAÇÃO DO DANO MORAL COM BASE NO DESCUMPRIMENTO DO DEVER CONJUGAL DE FIDELIDADE

Com o reconhecimento jurídico da possibilidade de ocorrência do dano moral na relação conjugal, revela-se perfeitamente possível que o descumprimento do dever de fidelidade seja fundamento bastante para a indenização extrapatrimonial, uma vez que a lesão ao direito da personalidade da pessoa do cônjuge, ocasionada pela humilhação e pelo sofrimento, deve ser reparada.

Por não ter o direito de família disciplinado expressamente a indenização em caso de descumprimento do dever de fidelidade, a matéria deve ser analisada com base nos direitos fundamentais da personalidade e no princípio da dignidade da pessoa humana, que, por seu conteúdo, faz com que a personalidade do cônjuge seja devidamente protegida, possibilitando assim, a indenização por dano moral a toda lesão a honra das pessoas, inclusive dos cônjuges.

A reparação dos danos causados à pessoa encontra fundamento na própria dignidade da pessoa humana, devendo, segundo a lição de Carlos Fernández Sessarego, com base em uma concepção personalista do direito, serem todos devidamente reparados, independentemente de haver ou não conseqüências patrimoniais:

Una concepción personalista del derecho, que reivindica el valor de la persona humana como centro y eje del derecho, parte del supuesto de que cualquier daño que se le cause, tenga o no consecuencias patrimoniales, no puede dejar de ser adecuadamente reparado. Para ello, simplemente se debe tener en cuenta su naturaleza de ser humano. Esta reparación, como se há expressado, se fundamenta siempre y en cualquier caso, en la propia dignidad de la persona (1993, p. 66).

O inciso X do art. 5º da Constituição Federal assegura o direito à indenização por dano moral por violação à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas. Nesse aspecto, conforme a lição de José Afonso da Silva, o respeito à integridade moral da pessoa assume feição de direito fundamental:

A vida humana não é apenas um conjunto de elementos materiais. Integram-na, outrossim, valores imateriais, como os morais. A Constituição empresta muita importância à moral como valor ético-social da pessoa e da

família, que se impõe ao respeito dos meios de comunicação social (art. 221, IV). Ela, mais que as outras, realçou o valor da moral individual, tornando-a mesmo um bem indenizável (art. 5, V e X). A moral individual sintetiza a honra da pessoa, o bom nome, a boa fama, a reputação que integram vida humana como dimensão imaterial. Ela e seus componentes são atributos, sem os quais a pessoa fica reduzida a uma condição animal de pequena significância. Daí que o respeito à integridade moral do indivíduo assume feição de direito fundamental (1991, p. 179).

Daí decorre a certeza da indenização por danos morais que, por força dos direitos fundamentais ligados à personalidade e do princípio da dignidade da pessoa humana, é alçado ao direito de família, especificamente, na relação conjugal.

No entanto, quanto aos parâmetros para a configuração, deve-se atentar para os dispositivos legais que tratam da responsabilidade civil, especificamente os artigos 186 e 927 do Código Civil, isso porque a responsabilidade do cônjuge pelos danos causados ao outro, na constância do casamento, deve ser analisada à luz de uma relação contratual *sui generis*, ou seja, uma relação especial e de direito de família⁵⁴.

Com efeito, não se discute mais que o casamento não se traduz em uma simples relação contratual, o que faz com a análise da reparação entre cônjuges não esteja simplesmente atrelada à responsabilidade contratual. Pelo contrário, ante a especialidade do contrato de direito de família, a responsabilidade deve estar assente no sistema da responsabilidade civil⁵⁵.

Segundo Augusto César Belluscio, o caráter da responsabilidade por danos advindos da ruptura do casamento é de ordem extracontratual:

⁵⁴ Em relação aos princípios da responsabilidade civil, Rui Stocco observa a sua aplicabilidade na relação conjugal: "Portanto, e como ressuma óbvio, as relações entre cônjuges merecem e necessitam da proteção dos princípios que regem a responsabilidade civil" (2004, p. 836).

⁵⁵ Quanto à natureza do casamento, destaca-se o posicionamento de Washington de Barros Monteiro e Orlando Gomes, que descartam a pura natureza contratual do mesmo: "Tomando partido nessa contenda, entendemos que o casamento é uma instituição. Reduzi-lo a simples contrato será equipará-lo a uma venda ou a uma sociedade, relegando-se para segundo plano suas nobres e elevadas finalidades. Ademais, repousa o contrato, precipuamente, no acôrdo de vontades, ao passo que no casamento não basta o elemento volitivo, tornando-se igualmente necessária a intervenção da autoridade eclesiástica, se religioso, ou da autoridade civil, se meramente laico, para sancionar e homologar o acôrdo livremente manifestado pelos nubentes" (MONTEIRO, 1962, p. 10-11).

"Trata-se, porém, de contrato de feição especial, a que não se aplicam disposições legais dos negócios de direito patrimonial que dizem respeito: a) à capacidade dos nubentes; b) aos vícios de consentimento; c) aos efeitos. Aplicam-se à relação patrimonial, no entanto, as regras de interpretação dos contratos de direito privado" (GOMES, 2002, p. 60).

Es indudable que, por lo menos en principio, la responsabilidad por los daños y perjuicios derivados de los hechos constitutivos de las causales do divorcio, o del divorcio en si, es extracontractual. Aunque que se trate del incumplimiento de deberes derivados del matrimonio, éste no es un contrato (1983, p. 28).

Conforme Eduardo Sambrizzi, há consenso na doutrina argentina em relação à responsabilidade extracontractual que emana dos danos advindos do matrimônio:

Existe consenso en la doctrina en considerar que la responsabilidad de que se trata, o sea, la derivada de los daños causados por uno de los esposos al outro con motivo de los hechos constitutivos de las causales de divorcio, como también del divorcio en sí mismo, no es de carácter contractual sino extracontractual, pues el matrimonio – del que derivan deberes cuyo incumplimiento da lugar a las causales de divorcio establecidas en la ley – es un contrato cuyo incumplimiento dé lugar a la responsabilidad contractual (2001, p. 160).

No mesmo sentido, a lição de José de Castro Bigi que, ao considerar o casamento como contrato *sui generis*, descarta a responsabilidade contratual na espécie, no direito pátrio:

E por último, é preciso deixar claro que essas ações de ressarcimento por dano moral ou material originam-se de culpa extracontractual, culpa aquiliana. Não decorrem de culpa contratual, já que o matrimônio, embora muitos o consideram um contrato, é contrato *sui generis*. Inclino-me, mais, a apresentá-lo como Planiol e Ripert, como uma instituição [...]. Mas, mesmo que se admita a natureza de contrato de direito de família, *sui generis*, a culpa decorre da prática de um ato antijurídico, produzindo consequência não decorrentes do contrato (1995, p. 168).

Dessa forma, a configuração do dano moral na relação conjugal está vinculada às normas que estabelecem a responsabilidade civil. O artigo 186 do Código Civil prevê que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Por sua vez, configurado o ato ilícito, resta a obrigação de indenizar, nos termos do art. 927 do Código Civil.

Portanto, o art. 927 institui o princípio de que somente quando houver prática de ato ilícito e, deste, resultar dano a outrem, é que nasce o dever de indenizar. Rui Stoco observa que o Código Civil manteve o binômio ato ilícito e dano, herdado da teoria clássica da responsabilidade civil:

Importante observar que o art. 927, *caput*, tem estreita e umbilical relação com o art. 186, constituindo consectário lógico deste. Primeiro o art 186 definiu o que seja ato ilícito. Em seguida, estabeleceu-se o nascimento da obrigação de indenizar, que ocorrerá quando o agente praticar um ato ilícito definido no referido art. 186 e dessa prática resultar dano a outrem.

É que, segundo a doutrina e jurisprudência pacíficas, não basta o ato ilícito. Dele deve decorrer um dano, seja de ordem material, como moral (2004, p. 164).

Ao tratar dos pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, Sergio Cavalieri Filho sintetiza o sistema, com base no ordenamento jurídico brasileiro:

Portanto, a partir do momento em que alguém, mediante conduta culposa, viola direito de outrem e causa-lhe dano, está-se diante de um ato ilícito, e deste ato deflui o inexorável dever de indenizar, consoante art. 927 do Código Civil. Por violação de direito deve-se entender todo e qualquer direito subjetivo, não só os relativos, que se fazem mais presentes no campo da responsabilidade contratual, como também e principalmente os absolutos, reais, personalíssimos, nestes incluídos o direito à vida, à saúde, à liberdade, à honra, à intimidade, ao nome, e à imagem (2007, p. 18).

Embora sejam os citados pressupostos uma unanimidade quando se trata de responsabilidade civil, como sugere a indenização por danos morais por atos de infidelidade ocorridos no matrimônio, o caso em exame deve ser analisado com temperamento, pela importância e peculiaridade dos valores juridicamente protegidos. Aliás, essa é a ressalva realizada por Ruy Rosado de Aguiar Júnior, quando da análise da matéria:

A existência do conflito de princípios exige que essa regra geral de responsabilidade seja aplicada com temperamento no âmbito do Direito de Família, de modo a não destruir os outros valores em voga, que são os da proteção da família, da intimidade dos cônjuges, de respeito aos interesses dos filhos (2004, p. 370).

Assim, na hipótese de dano moral por quebra do dever de fidelidade, caracterizado como uma lesão ao direito da personalidade do cônjuge, deve-se analisar, na espécie, além da infidelidade como ato ilícito e o dano ocasionado pela mesma, outros fatores específicos que também devem concorrer para a configuração do dano moral.

5.1 A infidelidade como ato ilícito

Para a configuração do dever de indenizar, de acordo com os ditames da responsabilidade civil no direito brasileiro, é indispensável a presença da ilicitude do ato praticado pelo ofensor.

O ato ilícito, em sentido amplo, é um comportamento que infringe um dever jurídico. Sergio Cavalieri Filho conceitua de forma simples e precisa o conceito de ato ilícito:

Em sentido amplo, o ato ilícito indica apenas a ilicitude do ato, a conduta humana antijurídica, contrária ao Direito, sem qualquer referência ao elemento subjetivo ou psicológico. Tal como o ato ilícito, é também uma manifestação de vontade, uma conduta humana voluntária, só que contrária a ordem jurídica (2007, p. 10).

Ao criticar a redação do art. 186 do Código Civil, Rui Stoco define o que considera ato ilícito:

É que a só violação do direito já caracteriza o ato ilícito, independentemente de ter ocorrido o dano. Ou seja, o ato ilícito é aquele praticado com infração de um dever legal ou contratual.

Violar direito é cometer ato ilícito. A ilicitude está na só transgressão da norma (2004, p. 124).

Daí que, sendo o ato ilícito a transgressão de uma norma, facilmente se percebe que os atos de infidelidade, assim devem ser considerados, uma vez que o dever conjugal de fidelidade vem expressamente disposto em norma cogente, conforme art. 1566, inciso I, do Código Civil.

Corroborando a ilicitude da infidelidade conjugal, a lição de José de Aguiar Dias, que, ao observar a existência de espécies de ilicitude, conforme a regra violada, dentre elas a que contraria a lei, as habilidades e atos contra a honestidade, já considera como ilícita a violação das obrigações oriundas do casamento, como conduta violadora da honestidade, independentemente da existência de norma expressa:

Atos contra a honestidade se definem aqueles que constituem tanto o delito penal como, de maneira geral, os que traduzem deslealdade ou desonestidade, estejam, ou não, catalogados na lei penal: a máxima eis a forma que abrange com exatidão todo o alcance da idéia. Assinala-se, notadamente, nessa espécie de atos ilícitos, a cumplicidade na violação do contrato, a sedução e a violação de obrigações oriundas do casamento. A violação das obrigações derivadas do casamento é, indubitavelmente, falta contra a honestidade (2006, p. 570).

Ainda, em última análise, partindo-se da premissa de que os atos de infidelidade atentam contra a honra do consorte, tais atos se caracterizam como ilícitos absolutos, justamente porque ocasionam uma lesão a esse direito fundamental. A propósito, esta é a lição de Pontes de Miranda:

A dignidade pessoal, o sentimento e consciência de ser digno, mais a estima e consideração moral dos outros, dão o conteúdo do que se chama honra. Há direito de personalidade à honra, o que faz as lesões à honra serem atos ilícitos absolutos. O direito à honra é direito absoluto, público, subjetivo (1955, p. 44).

A dificuldade, então, reside na caracterização dos atos que atentam contra o dever de fidelidade, para que se tenha, com exatidão, o que possa ser considerado, na espécie, como ato ilícito⁵⁶. Tal dificuldade foi tratada no capítulo anterior, no qual foi definido que o dever de fidelidade é um dever de abstenção dos cônjuges de desenvolverem relações com terceiro, caracterizado como recíproco, absoluto e permanente⁵⁷.

Todavia, importa referir, ainda, as formas pós-modernas de infidelidade, consubstanciadas nas traições virtuais e nas relações sexuais extraconjugais com pessoas de mesmo sexo.

No tocante às denominadas relações homoafetivas, não restam dúvidas de que essas acarretam o descumprimento do dever conjugal de fidelidade, ante o

⁵⁶ Ao definir os predicativos do cônjuge fiel, Fábio Ulhoa Coelho caracteriza o dever de fidelidade: “O dever de fidelidade corresponde ao de exclusividade de relacionamento sexual. Fiel é o cônjuge que se abstém de qualquer relação sexual fora do casamento, bem como de quaisquer atos que sugiram o interesse em vivenciar a experiência” (2006, p. 53).

⁵⁷ A relação ato ilícito e fidelidade na relação conjugal é tratada por Eduardo de Oliveira Leite: “No casamento há uma promessa. A vida em comum é da essência da relação marido e mulher. Se o Direito não dispõe de elementos para manter os cônjuges na promessa e fazê-los cumprir a intenção de vida comum, ao Direito pertence, entretanto, o poder de proibir que os cônjuges se afastem do prometido diante da lei. Tal é o significado do dever de fidelidade. A violação, quer material, quer moral, deve ser juridicamente sancionada” (1994, p. 57).

abandono da máxima de que somente o adultério, caracterizado pela efetiva e tradicional relação física, tem o condão de violar o referido dever. Como se viu, o quase adultério também deve ser encarado como ato de infidelidade, sendo as relações homoafetivas, na pior das hipóteses, assim consideradas como atos dessa natureza.

Ademais, em relação à infidelidade ocasionada por relações de pessoas de mesmo sexo, cabe a assertiva de que esses relacionamentos são hoje uma realidade juridicamente considerada, inclusive, para fins de formação de família, o que faz com que sejam tais relações verdadeiros fatos sociais merecedores de tutela jurisdicional. Por isso, se juridicamente consideradas, devem produzir efeitos em todas as searas, inclusive para gerar atos ilícitos, como a infidelidade.

No que diz com o que se chama de “infidelidade virtual”, na qual, conforme Caio Mário da Silva Pereira, (certamente por observação da atualizadora da obra – Tânia da Silva Pereira) “os relacionamentos extramatrimoniais dão-se no universo da informática, especialmente via internet, o que não deixa de caracterizar uma atitude de efetivo desrespeito ao outro cônjuge” (2004, p. 171).

Para Maria Berenice Dias, a comunicação mantida pela internet não configura afronta ao dever de fidelidade, pois “ninguém pode ser impedido de sonhar”, sendo considerado culpado por se relacionar virtualmente com pessoa invisível, em campo imaginário:

Não cabe nominar de descumprimento do dever de fidelidade a relação erótico-afetiva quando inexistir qualquer postura que afronte o dever de respeito que deve reger as relações interpessoais. Ora, não há como falar em traição quando alguém se relaciona com outro exclusivamente por meio de trocas virtuais. Não se pode confundir o mero ciúme do cônjuge, que se considera preterido pelo momento prazeroso desfrutado pelo parceiro, com infidelidade ou adultério. Ninguém pode ser considerado culpado por fazer uso de um espaço imaginário e se relacionar com uma pessoa invisível (2007, p. 241).

Não obstante o posicionamento daqueles que entendem não serem as relações desenvolvidas na internet conduta que possa atingir o dever de fidelidade, a chamada infidelidade virtual deve ser considerada quando existirem relações humanas virtualmente estabelecidas, que tenham potencial de atingir a honra do

consorte⁵⁸, sendo descartado do plano da infidelidade o acesso a produtos adultos por meio da internet, que, desde que não se revelem lesivas e constrangedoras, dizem com a liberdade de cada cônjuge dentro da relação matrimonial.

Coaduna do entendimento de que em havendo relações humanas virtualmente estabelecidas, estar-se-ia diante de um ato de infidelidade, Fábio Ulhoa Coelho sustenta que “o chamado sexo virtual, em que os parceiros trocam mensagens eróticas via internet, é exemplo de infidelidade” (2006, p. 53), ante o reconhecimento de que o “quase-adultério” configura descumprimento do dever conjugal de fidelidade.

Nesse sentido, Ana Cecília de Paula Soares Parodi afirma que somente as relações virtualmente estabelecidas é que se traduzem em verdadeiras traições:

Concentra-se, então, a investigação acerca da infidelidade, nas relações humanas virtualmente estabelecidas, caracterizadas pela contratação de serviços telefônicos destinados à aproximação pessoal de indivíduos, com finalidade de amizade e namoro, vindo a se estabelecer um vínculo continuado, com uma ou mais pessoas, ou, notadamente pela voga, conservações permanentemente mantidas com parceiro de internet, trocando-se mensagens de conteúdo afetivo, romântico e/ou erótico (2007, p. 432).

Por conseguinte, o dever de fidelidade, reconhecido como um dever de abstenção que recai sobre os cônjuges de desenvolverem relações com terceiros, conforme o conceito aberto e abrangente faz com que qualquer ato que venha a ocasionar lesão à honra do consorte, atingindo a sua personalidade, seja considerado ato ilícito, possível de ensejar a reparação moral.

⁵⁸ Em recente decisão da justiça do Distrito Federal (processo n. 2005.01.1.118170-3), foi condenado por danos morais o cônjuge que estabeleceu relações pela internet, com outra pessoa na constância do casamento. Essas relações foram consideradas como adultério virtual, ocasionando a condenação por danos morais, com fundamento jurídico na quebra do dever de fidelidade, contido no art. 1566, inciso I, e na caracterização de conduta ilícita, prevista no art. 186, ambos do Código Civil. A sentença foi assim ementada: “Direito Civil – Ação de Indenização – Dano Moral – Descumprimento dos Deveres Conjugais – Infidelidade – Sexo Virtual (Internet) – Comentários Difamatórios – Ofensa à Honra Subjetiva do Cônjuge Traído – Dever de Indenizar – Exegese dos arts. 186 e 1566 do Código Civil de 2002 – Pedido Julgado Procedente”.

5.2 O dano causado pela infidelidade

O dano é elemento essencial e indispensável para a configuração do dever de indenizar. Não se pode, por consequência, falar em indenização se não houver a caracterização, no caso concreto, do prejuízo suportado pela pessoa titular do direito de reparação.

José de Aguiar Dias salienta a necessidade do dano, observando que esse é o elemento que menos gera controvérsias:

O dano é, dos elementos necessários à configuração da responsabilidade civil, o que suscita menos controvérsia. Com efeito, a unanimidade dos autores convém em que não pode haver responsabilidade sem a existência de um dano, e é verdadeiro truísmo sustentar esse princípio, porque, resultando a responsabilidade civil em obrigação de ressarcir, logicamente não pode concretizar-se onde nada há que reparar. (2006, p. 969)

Todavia, quanto à questão do dano, impera que sejam analisados o bem juridicamente lesado e a questão da prova, como fatores a serem considerados para fins de configuração do dano moral advindo da infidelidade matrimonial.

5.2.1 A tutela da honra dos consortes

Conforme os novos valores da família e dos direitos fundamentais da personalidade, bem como do princípio da dignidade da pessoa humana, a ofensa à honra praticada por um dos cônjuges contra o outro deve ser alvo de reparação, na forma de dano moral⁵⁹.

⁵⁹ “Quando ao dano não correspondem as características do dano patrimonial, dizemos que estamos em presença do dano moral. A distinção, ao contrário do que parece, não decorre da natureza do direito, bem ou interesse lesado, mas do efeito da lesão, do caráter da sua repercussão sobre o lesado. De forma que tanto é possível ocorrer dano material em consequência de lesão a um bem não patrimonial. Releva observar, ainda, que a inestimabilidade do bem lesado, se bem que, em regra, constitua a essência do dano moral, não é critério definitivo para a distinção, convindo, pois, para caracterizá-lo, compreender o dano moral em relação ao seu conteúdo, [...]” (DIAS, José de Aguiar, 2006 p. 992).

Sem embargo da clara possibilidade de ocorrência de danos materiais suportados pelo consorte traído, é o dano de ordem moral, por excelência, que se configura na espécie, isso porque a infidelidade no matrimônio tem como efeito uma lesão à honra do consorte, por isso, sendo o dano que ela acarreta de natureza moral⁶⁰.

Segundo o ordenamento jurídico brasileiro, toda pessoa é titular do direito à honra, não importando em que relação ela esteja inserida e em que situações ela necessite de proteção⁶¹.

Por ter sido a proteção à honra, primeiramente, instrumentalizada no direito penal, que a tutela contra a calúnia, difamação e injúria, a sua análise, quanto à definição e aspectos deve estar em consonância com esse ramo do direito.

Assim, segundo o penalista Edgard Magalhães Noronha, a honra “pode ser considerada como o complexo ou conjunto de predicados ou condições da pessoa que lhe conferem consideração social e estima própria” (1996, p. 116).

A honra, como direito moral da personalidade, pode ser considerada sob dois aspectos: o objetivo e o subjetivo⁶².

Damásio E. de Jesus, ao reconhecer que a honra pode ser encarada sob esses dois aspectos, procede à definição com base em um critério distintivo:

Honra subjetiva é o sentimento de cada um a respeito de seus atributos físicos, intelectuais, morais e demais dotes da pessoa. É aquilo que cada um pensa a respeito de si mesmo em relação a tais atributos. Honra objetiva é a reputação, aquilo que os outros pensam a respeito do cidadão no tocante a seus atributos físicos, intelectuais, morais etc. (1993, p. 396).

⁶⁰ “Acréscete-se e enfatize-se que, entre as características dos direitos da personalidade, realça-se sua extrapatrimonialidade. Realça-se, portanto, que na grande maioria dos casos concretos, o que caracteriza o prejuízo nas ofensas à honra é muito mais amplamente o dano moral e não o dano material, que pode ocorrer, mas não é essencial no caso” (VENOSA, 2004, p. 276, v. IV).

⁶¹ “Reconhecidamente a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem se afiguram como direitos individuais amparados pela Constituição, assegurando o texto a correspondente indenização pela desobediência ao respeito” (NALIN, 1996, p. 61).

⁶² “A honra sempre foi tutelada pelo direito de todos os povos, por se tratar de direito da personalidade, quer no aspecto subjetivo, quer no objetivo. Daí a distinção entre honra subjetiva como sentimento de nossa dignidade própria, e honra objetiva, que se refere ao respeito e apreço de que somos merecedores na sociedade em que vivemos” (NOGUEIRA, 1995, p.10).

Com efeito, a honra objetiva está ligada à reputação da pessoa, ou seja, àquilo que as outras pessoas pensam. É a visão externa da sociedade. Por isso, para que seja caracterizada a lesão à honra objetiva, é necessário que o ato que venha a ser danoso à moral, seja divulgado para que terceiros tenham conhecimento.

Já a honra subjetiva é o sentimento íntimo que cada um possui acerca de seus atributos. É aquilo que cada pessoa pensa de si mesma em relação a suas condições físicas, intelectuais e morais. Dessa forma, a lesão à honra subjetiva dispensa o conhecimento de terceiros para que seja configurada.

Em relação à honra, conforme Patrícia Pimentel de Oliveira, “é possível que a violação da honra atinja os dois aspectos acima mencionados, ou tão somente um deles” (2001, p. 339).

Então, a infidelidade pode ocasionar um dano à honra objetiva e à honra subjetiva da pessoa, ou apenas a uma delas, dispensando assim a prova de que o ato de infidelidade seja amplamente conhecido pela sociedade, para o deferimento da reparação moral, bastando apenas o conhecimento do consorte traído, desde que demonstre, superficialmente, esta lesão a sua honra subjetiva.

Assim, na hipótese de ocorrência de atos de infidelidade conjugal, o bem lesado é a honra, bem que compõe os direitos da personalidade, e que, por isso, possui especial proteção. O conhecimento do ato de infidelidade que viole a honra, quer pelo próprio cônjuge atingido, quer por terceiros, enseja a reparação moral, devendo, apenas, quantificá-la, de acordo com a potencialidade da lesão ocorrida.

5.2.2 A prova do dano moral advindo da infidelidade

O dano moral advindo da lesão à honra do consorte, ocasionada pelo descumprimento do dever de fidelidade, deve ser encarada como uma lesão ao direito da personalidade do cônjuge ofendido.

Com efeito, ao estabelecer um liame entre a lesão à honra do cônjuge, advinda do descumprimento do dever de fidelidade, com a lesão a um direito da personalidade, a exigibilidade da prova do dano, em ambas as hipóteses, deve ser similar.

Assim, no tocante à lesão aos direitos da personalidade, Paulo Luiz Netto Lôbo assevera que a simples lesão acarreta a responsabilidade direta de indenizar, dispensando a prova do dano ou prejuízo:

A responsabilidade opera-se pelo simples fato da violação (*damnu in re ipsa*); assim, verificada a lesão a direito de personalidade, surge a necessidade de reparação do dano moral, não sendo necessária a prova do prejuízo, bastando o nexo de causalidade (2001, p. 80).

No plano da responsabilidade civil extrapatrimonial, Paulo Roberto Ribeiro Nalin, ao tratar da prova do dano moral, sustenta que deve existir presunção a favorecer o atingido em seus direitos personalíssimos:

Uma vez sendo impossível ao prejudicado externar o dano moral puro, e mesmo outros tantos danos extrapatrimoniais, e em sendo mais inviável ainda quantificar tal dano, parece ser razoável a aceitação da presunção como mecanismo hábil a superar a questão da carga probatória originalmente estabelecida em desfavor do autor (1996, p. 103).

Em relação à dispensabilidade da prova do dano, observa Carlos Roberto Gonçalves, com amparo na lição de Mario Moacyr Porto, que “o dever de reparar assume, ainda que raramente, o caráter de uma pena privada, uma sanção pelo comportamento ilícito do agente”, o que dispensaria a prova do dano, com base na lição de que “as ofensas aos direitos da personalidade autorizam uma reparação pecuniária mesmo que nenhum prejuízo material advenha das ofensas” (2007, p. 35).

Dessa maneira, a indenização pelos danos morais advindos do descumprimento do dever conjugal de fidelidade, por acarretar lesão à

personalidade do cônjuge, deve ser analisada como se fosse uma pena privada, na qual a prova do dano deve ser dispensável⁶³.

Com efeito, Caio Mário da Silva Pereira destaca que “no âmbito das relações conjugais não é necessário provar previamente os danos específicos, devendo ser levada ao julgador a prova do fato que gerou a dor, sofrimento e sentimento íntimos que o ensejam” (2004, p. 303).

Com base na lição de Regina Beatriz Tavares da Silva, em se tratando de dano moral advindo do descumprimento do dever de fidelidade, a prova do dano é dispensável:

Por ser o casamento um contrato, embora especial e de Direito de Família, a responsabilidade civil nas relações conjugais é contratual, de forma que a culpa do infrator emerge do descumprimento do dever assumido, bastando ao ofendido demonstrar a infração e os danos oriundos para que se estabeleça o efetivo, que é responsabilidade do faltoso. Na demonstração dos danos, não olvidamos que, sendo morais, surgem da própria ofensa, desde que grave e apta a produzi-los. Porém, os danos indenizáveis na responsabilidade contratual são aqueles decorrentes direta e imediatamente da inexecução do dever preestabelecido, de forma que os danos mediatos, que derivam do rompimento do matrimônio e somente têm ligação indireta com o descumprimento de dever conjugal, não são reparáveis no direito posto (1999, p. 184).

Assim, sendo a infidelidade um ato ilícito que atenta contra a honra do consorte ofendido, a configuração do dever de indenizar dispensa a prova do dano, que exsurge da própria ofensa a personalidade e dignidade da pessoa humana.

⁶³ A chamada pena privada vem sendo considerada, principalmente, pelos doutrinadores italianos, para fins de indenização contra atos lesivos a personalidade, considerados extrapatrimoniais. Conforme Paolo Gallo, a evolução da responsabilidade civil faz com que “il danno non costituisce infatti un presupposto essenziale” para a obrigação de indenizar os danos extrapatrimoniais: “Levoluzione della responsabilità civile nos si è però fermata a questo punto; dopo aver condotto ad eliminare in um crescente numero di ipotesi uno dei presupposti cardine pe la applicazione dell istituto, vale a dire la colpevolezza, há condotto ad uma crescente attenuazione della necessita stessa di provare um danno di fini dell operare dell istituto” (1996, p. 8).

5.3 Outros fatores que devem ser considerados

Mesmo diante da conduta ilícita, consubstanciada na infidelidade do consorte, a configuração do dano moral deve ainda estar ligada à análise de outros fatores.

Essa exigência emana da própria complexidade do tema e do cuidado que a doutrina e os tribunais devem ter a fim de evitar a monetarização das relações familiares, com o deferimento das indenizações⁶⁴.

Primeiramente, é preciso esclarecer e realizar a distinção entre o dano decorrente da dissolução da sociedade conjugal e dano resultante da quebra do dever de fidelidade. Uma coisa é a solidão e o sofrimento que a separação, quer litigiosa ou consensual, acarreta, e situação diferente é a do cônjuge traído, que passa humilhação e sofrimento de ver ou saber que seu consorte mantém relações físicas ou morais com outra pessoa.

Essa distinção entre os danos oriundos da separação e os danos oriundos da quebra do dever de fidelidade foi identificada por Regina Beatriz Tavares da Silva, que considerou aqueles como danos mediatos e estes imediatos, aptos a gerar o dever de indenizar⁶⁵.

Por isso, há que se ter presente que a indenização por danos morais não contempla a simples dissolução da sociedade conjugal, mesmo que litigiosa, em favor do cônjuge inocente.

⁶⁴ Sergio Gischkow Pereira alerta para o perigo da monetarização das relações familiares, que emana da possibilidade do dano moral no direito de família. Para ele, simplesmente transportar a idéia, hoje excessiva, de indenização por danos morais, para a família, acarretaria a monetarização das relações familiares. Quanto aos efeitos dessa monetarização, o autor pondera a sua preocupação: “Transportar esta visão para o mundo erótico-afetivo, é terminar com a paixão, é liquidar com o amor, é aprisionar a libido, é abafar a força do sexo, é implantar manuais vitorianos para regerem a conduta sexual e amorosa, é impor em puritanismo retrógrado, é querer um direito para santos e anjos e não para seres humanos, é calar os poetas, é concretizar a pior, mais cruel e mais profunda das censuras, é medir sentimentos com parâmetros lógico-formais e legalistas!” (2004, p. 82).

⁶⁵ “Porém, os danos indenizáveis na responsabilidade contratual são aqueles decorrentes direta e imediatamente da inexecução do dever preestabelecido, de forma que os danos mediatos, que derivam do rompimento do matrimônio e somente têm ligação indireta com o descumprimento de dever conjugal, não são reparáveis no direito posto” (SILVA, Regina Beatriz Tavares da, 1999, p. 184).

É necessário que haja o descumprimento do dever conjugal, aqui considerado como a quebra do dever de fidelidade, capaz de ensejar o dever de indenizar.

Nesse sentido, há que se estabelecer a relação causal entre o ato de infidelidade, que acarreta lesão a honra do consorte, e o sofrimento (honra subjetiva) e humilhação (honra objetiva) por ele suportado, para que se configure o dever de indenizar.

Caio Mário da Silva Pereira sinala a necessidade da relação causal:

Também no âmbito do casamento para que se concretize a responsabilidade, é indispensável que se estabeleça uma interligação entre a ofensa entre o bem jurídico e o prejuízo sofrido, de tal modo que se possa afirmar ter havido o dano porque o agente procedeu contra o Direito. Mesmo que haja culpa e dano, não existe obrigação de reparar se entre ambos não se estabelecer a relação causal (2004 p. 301-02).

Sendo assim, não se pode perquirir da hipótese de indenização pela simples dissolução da sociedade conjugal. Somente se vislumbra a reparação moral, quando o sofrimento e a humilhação forem ocasionados pela quebra do dever de fidelidade.

Complementa essa idéia de causalidade o elemento culpa, que deve ser considerado⁶⁶. Para que se possa conceder o dano moral é indispensável que haja a manifesta culpa do cônjuge pelo rompimento do casamento, fundada na conduta ilícita, caracterizada pela infidelidade. É necessário que, em meio ao casamento, o cônjuge pratique atos que atentem contra os deveres conjugais, como no caso, pratique atos de infidelidade, causado pelo seu comportamento culposos.

A responsabilização deve advir do exame da culpa, no sentido de considerar a conduta infiel do cônjuge, consubstanciada na potencialidade de ela ocasionar o rompimento da sociedade conjugal. Isso leva à constatação de que, se mesmo que praticada a infidelidade culposa, não ocasione a instauração da dissolução conjugal, não se pode perquirir da indenização.

⁶⁶ Augusto César Belluscio, ao tratar da relação de causalidade entre a culpa e o dano, salienta: "entre la culpa y el dano debe haber relación de causalidad; sobre este punto se aplican los principios generales de la responsabilidad civil" (1983, p. 36).

Por isso se considera, ainda, que essa dissolução deve ser imediata, ou seja, há que se ter a imediata reação do consorte traído para que se possa analisar o cabimento do dano moral. É que o decurso do tempo age em desfavor do cônjuge lesionado que, ao não ingressar com as medidas cabíveis e necessárias para a reparação de sua honra, faz presumir seu desinteresse pela reparação, demonstrando que a infidelidade não ocasionou abalo suficiente para lesar a sua personalidade.

Outro fator importante é a inexistência do perdão conjugal. Aparecida Amarante obtempera que “o perdão do cônjuge apaga os efeitos daquelas condutas desonrosas já que consiste em renúncia ao direito de invocar aquelas culpas” (1991, p. 206).

Por isso, em tese, não se pode falar em dano moral, quando há, na espécie, a manutenção da coabitação posterior à infidelidade ou à retomada da relação conjugal, fatores que podem levar ao entendimento de que o cônjuge infiel obteve um perdão pela sua conduta.

Em relação ao perdão, Paulo Dourado de Gusmão, quando da conceituação da infidelidade como causa do divórcio, ainda sob a égide de legislações anteriores, destaca que o perdão, além de poder ser tácito, acarreta a impossibilidade de que a quebra do referido dever seja considerada como causa do divórcio:

Mas é passível de perdão, que pode ser tácito, isto é, presumido, se o cônjuge inocente, depois de ter ciência do adultério, continua a coabitar com o cônjuge adúltero. Nesse caso, não pode ensejar ação de desquite, por não tornar insuportável a vida em comum [...]. O perdão tácito do adultério impede seja o mesmo argüido como causa de divórcio (1987, p. 25).

Destarte, além dos requisitos considerados para a caracterização da responsabilidade civil, há ainda que se observar outros fatores, tais como a relação causal que demonstre ser a infidelidade o fator desencadeador do sofrimento ou da humilhação, a reação do ofendido, que deve ser imediata e a inexistência de um perdão conjugal, seja ele tácito ou expresso.

Por derradeiro, em relação à configuração, cabe sinalar a precisa lição de Ruy Rosado de Aguiar Júnior, para quem “a ação somente será cabível quando demonstrada a gravidade da ofensa” (2004, p. 370). E, sendo assim, em algumas relações, nada pode ser mais grave do que a infidelidade conjugal.

CONCLUSÃO

A análise do dever de fidelidade e o dano moral na relação conjugal, sob a ótica dos direitos fundamentais da personalidade e do princípio da dignidade da pessoa humana, conduz a duas conclusões que emanam da hermenêutica desses postulados no ordenamento jurídico brasileiro.

A primeira assenta-se na possibilidade de o dano moral figurar na relação conjugal, sobretudo quando da ruptura do casamento, ensejando um dever de indenizar, que recai sobre o cônjuge que ofende, com sua conduta, os direitos da personalidade do consorte inocente.

A segunda conclusão é a de que o descumprimento do dever de fidelidade conjugal possui potencial ofensivo capaz de fundamentar a indenização por danos morais, considerando os atos de infidelidade como atos ilícitos.

Embora distintas as conclusões, ambas estão intimamente ligadas e encontram fundamentos similares que as sustentam.

Pelo fato de o direito de família não regulamentar a reparação moral na relação conjugal, bem como não explicitar sanção ao cônjuge infiel, as conclusões que esse trabalho expõe estão calcadas na exegese constitucional e civil de que os direitos fundamentais da personalidade e o princípio da dignidade da pessoa humana possuem aplicabilidade imediata no âmbito da relação matrimonial.

A construção jurídica de que os direitos da personalidade são direitos fundamentais dos cônjuges, aplicando-se a eles a sua tutela, e isso inclui o direito à reparação moral pelas lesões sofridas, seguramente sustenta que a infidelidade, por causar lesão à honra do consorte ofendido, é fundamento bastante para a indenização extrapatrimonial.

É necessário e indispensável que se analise a pessoa humana em toda sua dimensão ontológica e não como simples sujeito de relação jurídica. A pessoa

humana deve ser colocada como centro das destinações jurídicas. Há que se imprimir efetividade ao postulado, aplicando-o nas relações públicas e particulares.

Daí a necessidade da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais, instrumentos capazes de concretizarem essa expectativa. Na espécie, toda a fundamentação visa a demonstrar que tais valores são imediatamente aplicáveis na relação familiar.

Nesse aspecto, o que parece simples se revela complexo. Não pela ausência de valores e instrumentos legais, mas sim pela resistência que ainda existe em manter-se como paradigma a família matrimonializada, soberana em face das pessoas que compõem a entidade familiar.

A incidência dos direitos fundamentais da personalidade, impulsionados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, levou à funcionalização da família e à tutela da personalidade do consorte. Essa relação direta entre família e dignidade da pessoa humana faz com que a entidade familiar exista para propiciar o desenvolvimento da pessoa, tutelando sua personalidade.

A primazia da pessoa, nas relações de família, na garantia da realização e proteção dos direitos da personalidade, é a condição primeira de adequação do direito à realidade. A eficácia e o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, como verdadeiro guardião dos atributos da personalidade, conduzem ao reconhecimento de que o cônjuge ofendido possui direito fundamental de ser reparado, caso exista lesão praticada pelo seu consorte na relação conjugal.

A infidelidade, isso ninguém duvida, em condições normais, possui real potencial ofensivo que atinge a honra do consorte, o que deve ser tutelado por meio de reparação, ante a incidência dos direitos da personalidade nas relações conjugais.

A configuração do dano ocasionado pela infidelidade do consorte está delimitada, quanto aos seus requisitos, nos princípios gerais da responsabilidade

civil, pela relação extracontratual advinda do casamento que, embora tenha características contratuais, é *sui generis* e de direito de família.

Além de fatores específicos que devem ser observados, ante a peculiaridade da matéria, verifica-se que a infidelidade é ato ilícito, e o dano que dela resulta é presumido, dispensando a sua prova. A culpa, por sua vez, deve ser averiguada como fundamento da dissolução conjugal, o que também dá a idéia da causalidade, exigida como fator desencadeador do sofrimento e humilhação. Esses, resumidamente, e para fins de considerações acerca da configuração da obrigação de indenizar, acredita-se, serem o bastante para nortear as conclusões que a investigação se propôs, nesse ponto.

Ressalta-se, a fim de evitar ilações que não condizem com as linhas do trabalho: ninguém é obrigado a casar e, tão pouco, a manter-se no matrimônio. O que, todavia, deve ser considerado é que, enquanto assim estiver, estará no dever de respeitar seu consorte. A separação, nesse sentido, por si só, nunca deve gerar a reparação moral.

Na vida, assim como no direito, nem sempre o que deve ser efetivamente assim o é. Na vida, o casamento deveria ser palco de felicidades e de formação de entidade familiar propícia ao desenvolvimento de seus integrantes. Nem sempre o é. No direito, a infidelidade deveria ser sancionada com instrumentos capazes de demonstrar que a sociedade desabona tal conduta extremamente lesiva. Assim, não o é.

Todavia, cabe ao jurista considerar a realidade dos fatos e ponderar as ausências legislativas, com instrumentos que a ordem jurídica oferece para a resolução de problemas sociais. E isso a Constituição Federal e o próprio Código Civil propiciam.

E foi assim, com essa idéia, que nasceu a oportunidade e vontade de desenvolver este trabalho, impulsionado e fundamentado na possibilidade da reparação moral no casamento, advinda da infidelidade conjugal, como uma solução civil e constitucional ao problema que se acredita existir e precisar de uma resposta.

REFERÊNCIAS

AMARANTE, Aparecida. *Responsabilidade Civil por Dano à Honra*. Belo Horizonte: Del Rey, 1991.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almeida, 1987.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. (Trad. de Ernesto Garzón Valdés). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. Título Original, "Theorie der grundrechte", 1986.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade Civil no Direito de Família. In: MADALENO, Rolf Hanssen; WELTER, Belmiro Pedro (Coord). *Direitos Fundamentais do Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

ALMADA, Ney de Mello. Separação de Fato. In: ALVIM, Teresa Arruda. *Direito de Família. Aspectos Constitucionais, Cíveis e Processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. v. II.

BARRANCO AVILÉS, María Del Carmen. *La Teoría Jurídica de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro Bastos; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2.

BELLUSCIO, Augusto César. *Derecho de Familia*. Buenos Aires: Desalma, 1979. t. II

_____. Daños Y Perjuizos Derivados Del Divorcio Y De La Anulación del Matrimonio. In: BELLUSCIO, Augusto César; CARLUCCI, Aída Kemelmajer de; ZANNONI, Eduardo (Coord). *Responsabilidad Civil en el Derecho de Familia*. Buenos Aires: Hamurabi, 1983.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1917. v. 2.

_____. *Direito de Família*. 7 ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

BIGI, José de Castro. Indenização por Rompimento de Casamento. In: ALVIM, Teresa Arruda. *Direito de Família. Aspectos Constitucionais, Cíveis e Processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. v. II.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. (Tradução de Carlos Nelson Coutinho). Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. O Pluralismo no Direito de Família Brasileiro: Realidade Social e Reivenção da Família. In: MADALENO, Rolf Hanssen; WELTER, Belmiro Pedro (Coord). *Direitos Fundamentais do Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e Separação*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1996.

CASTRO, João José P. de. *O Sermão da Montanha*. (Traduzido e comentado). Rio de Janeiro: Editora Livraria José Olympio, 1956.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CORTIANO JÚNIOR, Erouths. Alguns Apontamentos sobre os Chamados Direitos da Personalidade. In: Fachin, Luiz Edson (Coord). *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar. 2000.

DE CUPIS, Adriano. *Os Direitos da Personalidade*. Lisboa: Moraes, 1961.

DEL VECHIO, Jorge. *Persona, Estado Y Derecho*. Madri: Instituto de Estudios Políticos, 1957.

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIAS, Maria Berenice. O amo tem preço? *Boletim do IBDFAM*, n. 15, ano 2, jun./jul. 2002; *Jornal Zero Hora*, Porto Alegre, 07/01/2002.

_____. *Manual de Direito das Famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria Geral do Direito Civil*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.

_____. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v.5.

DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord). *A parte geral do novo Código Civil. Estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. *Elementos Críticos do Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *Estatuto Jurídico do Patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías*. Madri: Trotta, 2004.

GALLO, Paolo. *Pene Private e Responsabilità Civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1996.

GOMES, Orlando. *Código Civil: Projeto Orlando Gomes*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

_____. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Princípios de Direito Civil Luso-Brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1951.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Dicionário de Direito de Família*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

JESUS, Damásio E. *Código Penal Anotado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

LARENZ, Karl. *Derecho Justo. Fundamentos de Etica Juridica*. Madrid: Editorial Civitas, S. A., 1993.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Temas de Direito de Família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Igualdade conjugal - Direitos e Deveres. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). *Direito de Família Contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 221-36.

_____. Danos Morais e Direitos da Personalidade. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, n. 6, p. 73-89, abr./jun. 2001.

_____. *Direito Civil. Famílias*. São Paulo: Saraiva: 2008.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Historia de los derechos fundamentales*. Madri: Dykinson, 2001, t.II.

MADALENO, Rolf. *A infidelidade e o mito causal da separação*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 11, p. 148-160, out./dez. 2001.

MARGADANT, Guillermo F. Evolución y perspectivas de los aspectos jurídicos del adulterio. In: CARLUCCI, Aída Kemelmarjer de (Coord). *El Derecho de Familia Y los nuevos Paradigmas*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores: 2000. t. II.

MARTINS-CONSTA, Judith. Os Danos à Pessoa no Direito Brasileiro e a Natureza da sua Reparação. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 789, p. 21-47, jul. 2001.

MAZZINGHI, Jorge Adolfo. *Derecho de Familia*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1971. t. II.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MONCADA, Luís Cabral de. *Lições de Direito Civil*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1962.

MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais. Garantia Suprema da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MOTTA, Carlos Dias. *Direito Matrimonial e seus princípios jurídicos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. *Responsabilidade Civil. Descumprimento do Contrato e Dano Extrapatrimonial*. Curitiba: Juruá, 1996.

NÁUFEL, José. *Novo Dicionário Jurídico Brasileiro*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Anotado e Legislação Extravagante*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Em Defesa da Honra*. São Paulo: Saraiva, 1995.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 2.

OERTMANN, Paulo. *Introducción al Derecho Civil*. (Tradução de Luis Sancho Seral). Barcelona: Labor, 1933.

OLIVEIRA, Patricia Pimentel de Oliveira. Da Possibilidade de Indenização entre Cônjuges por Dano à Honra. In: BUCCI, Mário César (Coord). *Responsabilidade Civil*. Campinas: Mizumo, 2001. v. 1.

OLTRAMARI, Vitor Ugo. *O Dano Moral na Ruptura da Sociedade Conjugal*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PARODI, Ana Cecília de Paula Soares. *Responsabilidade Civil nos Relacionamentos Afetivos Pós-Modernos*. Campinas: Russell Editores, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 5 v.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A Culpa no Desenlace Conjugal. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvin; LEITE, Eduardo de Oliveira. *Repertório de doutrina sobre direito de família*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1999. v.4.

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

PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. *Direitos Fundamentais e Relações Familiares*. Porto Alegre: Livraria do Avogado, 2007.

PINTO, Carlos Alberto da Motta. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

PONTES DE MIRANDA. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Pimeta de Mello & C., 1928.

_____. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. t. VII.

_____. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. t. I, VIII.

_____. *Tratado de Direito de Família*. Campinas: Bookseller, 2001. v. II.

PORTO, Mario Moacyr. Responsabilidade Civil entre Marido e Mulher. *Revista Ajuris*. Porto Alegre: *Ajuris*, v. 28, ano X, p. 173-187, jul. 1983.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. (Tradução de L. M. Rimoli Esteves). São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE, Miguel. *Pluralismo e Liberdade*. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 1998.

REIS, Clayton. *O Dano Moral como Tutela aos Direitos de Personalidade nas Relações Familiares*. Revista Jurídica Cesumar, v. 5, n. 1, p. 31-50, 2005.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apel Civ. n. 36.016, 1 Cam. Civ., Rel Des. Athos Gusmão Carneiro, j. 17.03.1981. Revista dos Tribunais, n. 560, jun 1982.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SAMBRIZZI, Eduardo. *Daño em el Derecho de Familia*. Buenos Aires: La Ley, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. Poto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 4. ed. Poto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SESSAREGO, Carlos Fernández. Protección a La Persona Humana. In: GUERSI, Carlos A. *Daño y Protección a la Persona Humana*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1993, p. 21-80.

SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Dever de Assistência Imaterial entre Cônjuges*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

_____. Causas Culposas da Separação Judicial. In: ALVIM, Teresa Arruda. *Direito de Família. Aspectos Constitucionais, Cíveis e Processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. v. II.

_____. *Reparação Civil na Separação e no Divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Responsabilidade civil dos cônjuges. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A Família na Travessia do Milênio. *Anais do II Congresso Brasileiro do Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM: OAB/MG: 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

_____. *Comentário Contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. *O direito geral da personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de Personalidade e sua Tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

STEINMETZ, Wilson. *A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. *A parte Geral do Novo Código Civil. Estudos na perspectiva civil-constitucional*. TEPEDINO, Gustavo (Coord). Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VARGAS, Víctor Pérez. Los Nuevos Paradigmas y Los Derechos del Concebido como Persona. In: CARLUCCI, Aída Kemelmarjer de (Coord). *El Derecho de Familia Y los nuevos Paradigmas*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2000. p. 233/264. t. II.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. IV.

_____. *Direito Civil: Parte Geral*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. I.

WELTER, Belmiro Pedro. *A Secularização do Direito de Família*. In: MADALENO, Rolf Hanssen; WELTER, Belmiro Pedro (Coord). *Direitos Fundamentais do Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 87-102.

_____. *Dano Moral na Separação Judicial, Divórcio e União Estável*. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 775. 2001.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)