

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Bruna Lavarda Soares

RESPONSABILIZAÇÃO POR DANO MORAL NA RUPTURA DA
SOCIEDADE CONJUGAL

Passo Fundo
2010

Bruna Lavarda Soares

RESPONSABILIZAÇÃO POR DANO MORAL NA RUPTURA DA
SOCIEDADE CONJUGAL

Monografia apresentada ao curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção de aprovação do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas, sob a orientação do professor Me. Vitor Ugo Oltramari.

Passo Fundo
2010

Aos meus pais, Floreni e Leonilse,
pelo incentivo, em especial a minha mãe
pela compreensão no dia a dia.
Ao meu irmão Luan e a meu noivo Márcio,
pela paciência, carinho e incentivo
proporcionados.
A minha avó Mafalda,
pelas palavras sábias e amorosas.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela saúde e força que me foram concedidos em toda minha vida, em especial para a realização deste trabalho.

Ao Prof. Orientador, Me. Vitor Ugo Oltramari, pela atenção e aprendizado concedidos.

A todos que de alguma forma contribuíram para a realização deste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a reparação por dano moral quando há o término da sociedade conjugal em razão do descumprimento dos deveres matrimoniais ou de convivência, devidos reciprocamente, estabelecidos no Código Civil brasileiro. O assunto ainda é palco de discussões, tanto doutrinária, quanto jurisprudencial, pois a maioria dos posicionamentos reza que a culpa não pode ser alvo de ação de indenização por dano moral, mas há doutrinadores que defendem essa possibilidade. Alega a jurisprudência majoritária que deve haver nexo de causalidade entre a conduta ofensiva praticada pelo cônjuge e o dano sofrido pelo outro para, então, haver a possibilidade de reparação civil por dano moral, com base na culpa do cônjuge que deu causa à ruptura da sociedade conjugal. Entretanto, a possibilidade existe com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, preceito assegurado constitucionalmente, marco teórico deste trabalho e que ganha respaldo no Direito das Obrigações, pois todo aquele que tiver direito seu violado, mesmo que exclusivamente moral, deve ser reparado. Por fim, para a realização do trabalho, utilizou-se o método bibliográfico, sendo realizado através de pesquisa doutrinária e jurisprudencial, além do método dialético, com o objetivo de verificar a possibilidade de reparação moral do cônjuge lesado, através do Direito das Obrigações, já que no Direito de Família, desde a publicação da Constituição Federal de 1988, não se discute mais a culpa. De tudo se concluiu que, aplicando o princípio da dignidade da pessoa humana com base nos fundamentos do Direito das Obrigações, é possível o reconhecimento do dano moral no rompimento das relações conjugais e/ou afetivas, desde que reste devidamente caracterizada a ilicitude do comportamento do consorte ou companheiro faltoso, pois a dignidade humana deve ser resguardada com mais razão ainda, nas relações familiares, por ser um ambiente de afeto e respeito.

Palavras-chave: Culpa conjugal. Dano moral na ruptura da sociedade conjugal. Rompimento conjugal. Ruptura da sociedade conjugal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	06
1 A FAMÍLIA: BASE DA SOCIEDADE	09
1.1 Conceituação e evolução	09
1.2 Deveres e obrigações dos cônjuges	19
1.3 Algumas considerações quanto aos deveres e obrigações dos companheiros	24
2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL	32
2.1 Breve análise da responsabilidade civil contratual	34
2.2 Responsabilidade civil extracontratual	37
2.2.1 Conduta	39
2.2.2 Nexo causal	43
2.2.3 O dano	44
3 A RUPTURA DA SOCIEDADE CONJUGAL FUNDADA NA CULPA	58
3.1 A ideia da culpa na ruptura	62
3.2 Breve análise evolutiva das sanções positivadas	72
3.3 A responsabilidade civil e o dano moral na ruptura	75
3.4 Visão jurisprudencial do problema	81
CONCLUSÃO	88
REFERÊNCIAS.	90
ANEXO A – Apelação Cível nº 7002655177 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul	96
ANEXO B – Recurso Especial nº 37051 do Superior Tribunal de Justiça	106
ANEXO C – Apelação Cível nº 70037440005 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul	125

INTRODUÇÃO

O presente estudo visa analisar a reparação por dano moral em razão do sofrimento causado por um cônjuge ao outro, como consequência da ruptura da relação conjugal, em razão de ilicitudes e do descumprimento dos deveres impostos pelo regime do casamento, regulados pelo Código Civil. Buscar-se-á, nesse contexto, visualizar o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento basilar da Constituição Federal, e que por essa razão, poderá ser reparado quando atingido, mesmo que o fato ocorra no seio familiar.

Essa pesquisa fundamenta-se no fato de que nas relações familiares, principalmente no seio da relação conjugal, podem ocorrer danos causados por ilicitudes, sendo que as regras do Direito de Família não garantem, de maneira efetiva, o seu devido sancionamento. Dessa forma, no primeiro capítulo, será analisado em que consiste a família, quais são os deveres e obrigações dos cônjuges; além desses conceitos, abordar-se-á a ruptura da sociedade conjugal (casamento ou união estável), fundada na culpa, de acordo com o posicionamento da Constituição Federal, do Código Civil, bem como de doutrinadores que tratem do assunto e jurisprudência correspondente ao tema trabalhado.

A importância deste capítulo está no fato de o instituto da família ser considerado como centro formador do indivíduo, por isso a base da sociedade por excelência. Sua evolução ocorreu ao longo dos anos, a fim de atender as necessidades apresentadas pela sociedade. Tendo como motivação a Revolução Industrial, momento em que a mulher deixou de ser submissa ao marido. Tais fatos foram absorvidos pela Constituição Federal em 1988 e adequadas pelo Código Civil em 2002.

Assim, homem e mulher passaram a ser iguais, tendo os mesmos deveres e obrigações a partir do matrimônio, ou mesmo da constituição da união estável, que também é reconhecida como entidade familiar. Nesse caminho, pode o consorte ou o companheiro, que teve sua dignidade atingida pelo outro, buscar reparação moral, através de indenização pecuniária.

É nesse sentido que será abordada a responsabilidade civil, a fim de esclarecer o que é, e seus pressupostos consistentes na conduta do agente, o nexo de causalidade e dano causado, os quais devem estar presentes e devidamente caracterizados, além do dano moral, que se expande em todos os ramos do Direito. Não pode assim, o Direito de Família ficar excluído

desse processo de inclusão da dignidade da pessoa humana, fundamento da nossa República, marco teórico deste trabalho monográfico.

A alteração do estado civil de solteiro para casado não quer dizer que, só pelo fato de encontrar-se nessa situação, que a pessoa perderá sua individualidade. É nessa senda que será demonstrado que o dano moral pode surgir para dirimir as ilicitudes dentro das relações afetivas, que infrinjam a dignidade humana, e que por esse fato deverá ser ressarcida quando restar prejudicada.

E, por último, no terceiro capítulo, será realizada a abordagem do tema em si, ou seja, a proposta do presente estudo, que é o dano moral causado quando da ruptura da sociedade conjugal ou da união estável. Assim, demonstrar-se-á a evolução das sanções positivadas para tais casos, desde o Código Civil de 1916, passando pela Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77) até chegar ao Código Civil de 2002.

O dano moral ganhou força com a vigência da Constituição Federal em 1988, mesmo que seu texto não delimite as hipóteses em que o indivíduo deve ser indenizado. Ele pode ocorrer, com ainda mais razão, no seio familiar, principalmente nas relações conjugais, onde o afeto deve prevalecer acima de todos os valores. Como nos demais ramos do Direito, dá-se conta que o dano deve ser reparado em razão do princípio da dignidade da pessoa humana, preceito assegurado constitucionalmente que está inteiramente ligado à reparação moral.

Por fim, identificar-se-á que a maioria dos julgados não tem admitido a hipótese do ressarcimento. Como há poucas decisões jurisprudenciais favoráveis ao assunto, por se entender que nas reparações de união estável não se indeniza a culpa e por mais que o posicionamento dominante da jurisprudência seja pelo não reconhecimento, não se deve deixar abater a proposta, pois é a forma mais viável para compensar o sofrimento experimentado pela vítima com o dano causado pela ruptura culposa da sociedade conjugal, além de ser o único meio que, de certa forma, vise punir o ofensor pela prática cometida.

Com base no mencionado, constatar-se-á que o assunto ainda tem grande relevância e deve ser debatido, pois as questões existem e precisam ser solucionadas para atender aos anseios da sociedade.

Dessa forma, para a construção e resolução de tais casos, será utilizado o método bibliográfico, que se desenvolverá através de pesquisa doutrinária e jurisprudencial, adotando-se em especial o método dialético, para a conclusão do projeto. Parte-se da ideia geral apresentada para, então, ser constatado que há possibilidade de um parecer positivo.

A presente monografia é composta de três capítulos. O primeiro capítulo visará esclarecer a importância da família, além dos deveres e obrigações dos cônjuges ou companheiros que devem ser respeitados. Nesse ínterim, o segundo capítulo demonstrará a responsabilidade civil, em especial abordará o dano moral como forma de reparação da dor e do vexame sofridos pela vítima no seio familiar pela conduta ilícita cometida por qualquer dos cônjuges ou companheiros, que venha atingir o âmago de seu consorte e que, por derradeiro, acarrete na ruptura da relação.

Assim, na busca do devido reconhecimento do ressarcimento por dano moral na ruptura da sociedade conjugal, o terceiro capítulo demonstrará que por mais que não haja legislação que vise punir efetivamente o cônjuge ofensor, essa poderá ser reconhecida através do Direito das Obrigações, pois a possibilidade ainda é debatida e merece destaque.

1 FAMÍLIA: BASE DA SOCIEDADE

A família, como bem define o caput do artigo 226 da Constituição, é a base da sociedade, é a célula social por excelência, pois é o núcleo formador de toda pessoa. É na família que a pessoa recebe educação, sustento, assistência, amor, ou seja, desenvolve a sua personalidade e se estrutura para atingir seus objetivos e, também, para conviver em sociedade.

Ressalta-se que a família deixou de ser, essencialmente, um núcleo econômico e de reprodução. Hoje, ela é muito mais um espaço de afeto, de companheirismo, de solidariedade e de amor, sendo a principal fonte para a formação da personalidade do sujeito, bem como de sua dignidade.¹

Maria Helena Diniz afirma que, em sentido técnico, família “é o grupo fechado de pessoas, composto dos pais e filhos, e, para efeitos limitados, de outros parentes, unidos pela convivência e afeto numa mesma economia e sob a mesma direção”.² Sendo “regida por normas jurídicas cujo conjunto constitui o Direito de Família”.³

Diante de tal afirmação, cumpre ser realizado um estudo da família em seu contexto, buscando um entendimento relevante sobre ser ela a base da sociedade.

1.1 Conceituação e evolução

É de suma importância esclarecer o conceito ou sentido de família abordado pelos autores. Em sentido amplo (*latu sensu*), a família abrange todos os indivíduos que estiverem ligados pelo vínculo da consanguinidade e afinidade, mas também envolve os parentes em linha reta e colateral, num sentido mais limitado. Já em um sentido restrito (*stricto sensu*), a família não é apenas um conjunto de pessoas unidas pelos laços do matrimônio, união estável e da filiação, ou seja, unicamente os cônjuges, companheiros e prole, mas também a

¹ GROENINGA, Giselle Câmara. Generalidades do direito de família. Evolução histórica da família e formas atuais de constituição. In: BARBOSA, Águida Arruda; VIEIRA, Cláudia Stein (Coords.). *Direito de família: direito civil*. v. 7, com orientação de Giselda M. F. Novaes Hironaka. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 27-30.

² DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 24. ed. refor. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 12.

³ Idem.

comunidade formada por qualquer dos pais e descendentes, como referem os parágrafos 3º e 4º do artigo 226 da Constituição Federal, independentemente de existir o vínculo conjugal que a originou.⁴

O *status familiae* (o estado familiar), é um dos predicados da personalidade das pessoas e de acordo com Sílvio de Salvo Venosa

[...] o estado de família apresenta características distintas que se traduzem em:

1. *Intransmissibilidade*: esse *status* não se transfere por ato jurídico, nem entre vivos nem por causa da morte. É personalíssimo, porque depende da situação subjetiva da pessoa com relação à outra. Como consequência da intransmissibilidade, o estado de família também é intransigível;
2. *Irrenunciabilidade*: ninguém pode despojar-se por vontade própria de seu estado. O estado de filho ou de pai depende exclusivamente da posição familiar. Ninguém pode renunciar ao pátrio poder, agora denominado poder familiar, por exemplo;
3. *Imprescritibilidade*: o estado de família, por sua natureza, é imprescritível, como decorrência de seu caráter personalíssimo. Não se pode adquirir por usucapião, nem se perde pela prescrição extintiva;
4. *Universalidade*: é universal porque compreende todas as relações jurídico-familiares;
5. *Indivisibilidade*: o estado de família é indivisível, de modo que será sempre o mesmo perante a família e a sociedade. Não se admite, portanto que uma pessoa seja considerada casada para determinadas relações e solteira para outras;
6. *Correlatividade*: o estado de família é recíproco, porque se integra por vínculos entre pessoas que se relacionam. Desse modo, ao estado de marido antepõe-se o de esposa; ao de filho, o de pai, e assim, por diante;
7. *Oponibilidade*: é oponível pela pessoa perante todas as outras. O casado assim é considerado perante toda a sociedade.⁵ (grifos do autor).

Em suma, a família sempre foi vista como a margem da “formação social”, sendo “merecedora de tutela constitucional porque apresenta as condições de sentimento, de estabilidade e responsabilidade social necessárias ao desenvolvimento da personalidade de seus membros e à execução da tarefa de educação dos filhos”.⁶

Corroborando neste sentido, José Sebastião de Oliveira, o qual afirma

⁴ DINIZ, Maria Helena. *Direito civil brasileiro: direito de família*, p. 09-10.

⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 10. ed., v. VI. São Paulo: Atlas, 2010, p. 18-19.

⁶ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso de direito de família*. 4. ed. (ano 2001), 5. tir. atual. Curitiba: Juruá, 2005, p. 20.

[...] que a família na sociedade destaca-se para o homem como o seu mais importante elo de ligação no relacionamento social, pois é no seio dela que ele surge, recebe a proteção indispensável para a continuidade da vida e se prepara para os embates que o futuro lhe reserva em termos de subsistência, evolução pessoal e material que a humanidade busca sem cessar, como fator de seu desenvolvimento e progresso contínuo.⁷

Em síntese, pode-se mencionar que, independentemente da época, religião ou país, a família é o centro basilar da formação do indivíduo, contribuindo para que possa manter relações positivas com os demais entes da sociedade ou da comunidade da qual faz parte. Isso, em razão do sistema de boa convivência, ou seja, para se manter “a paz e a harmonia de forma duradoura entre eles e de se ter condições de propiciar os elementos fundamentais para o funcionamento dos sistemas produtivo e reprodutivo indispensáveis à continuidade da vida em sociedade [...]”.⁸

Conclui-se, dessa forma, que para se manter bom relacionamento dentro das relações sociais diárias, é necessário, antes de tudo, ter adquirido no seio familiar ensinamentos sobre as regras de boa conduta, vez que a família exerce grande influência para com seus membros.

1.1.1 Evolução da família e relação conjugal

O contexto da família depende muito de época em que se vive, das culturas, crenças e religiões de cada povo, de cada sociedade, de cada país. E, conforme as alterações sociais, decorrentes da globalização ou da evolução do pensamento humano, os ideais e modos de boa convivência alteram-se, a fim de atender a essas mudanças.

Com relação às formas diversas de constituição de família, ampliando a sua extensão, encontra-se o acórdão nº 70012836755, da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, julgado em 21 de dezembro de 2005, que teve por relatora a Desembargadora Maria Berenice Dias e que assim dispõe:

⁷ OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 20.

⁸ *Ibidem*, p. 21.

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE.

É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre duas mulheres de forma pública e ininterrupta pelo período de 16 anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetua através dos séculos, não mais podendo o Judiciário se olvidar de emprestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. **A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de sexos. É o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações homoafetivas constitui afronta aos direitos humanos por ser forma de privação do direito à vida, violando os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Negado provimento ao apelo. (grifou-se).**

Corroborando com o exposto na citação anterior, Adriana Mendes Oliveira de Castro, a qual relata que

Desde os tempos remotos da humanidade, a família – na concepção jurídica – vem sendo tida como a base da sociedade, pressupondo quer um núcleo de poder, fosse ele religioso, político, econômico; quer o líder centrado em uma pessoa, o chefe da família, a quem era concedido o poder sobre aqueles que estavam inseridos na estrutura familiar.

O conceito de família tem sofrido variações, e a configuração da estrutura familiar tem se modificado, acompanhando a evolução da realidade social.

Geralmente associamos a idéia de família a um vínculo matrimonial. Família e casamento são instituições simbioticamente ligadas.⁹

O casamento é a forma mais clara de se verificar a afirmação descrita, pois em épocas passadas era, praticamente, uma “fase” obrigatória e só poderia ser dissolvido com a morte de qualquer um dos cônjuges. Por mais que a mulher não gostasse do marido, ela mantinha o casamento para não ser discriminada perante a sociedade, para preservar os bons costumes da época e para garantir o próprio sustento, já que o homem detinha o patrimônio e a renda familiar.

Porém, frente às mudanças sociais e às dissoluções frequentes das relações conjugais, além da busca dos sujeitos de constituir novo casamento, surgiu a necessidade de a separação ser amparada por lei. Contudo, antes da aprovação da Lei do Divórcio, em 1977, havia apenas o desquite, ou seja, apenas a dissolução da sociedade conjugal. Dessa forma, não podiam mais constituir novo casamento.

⁹ CASTRO, Adriana Mendes Oliveira de. A família, a sociedade e o direito. In: ELESBÃO, Elisita Collor (Coord.). *Pessoa, Gênero e Família: uma visão integrada do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 87.

Nos dias de hoje, a família não é mais formada apenas pelo casamento, mas também pela afinidade ou afeto que une essas pessoas que, via de regra, residem no mesmo domicílio, estabelecendo regras de convívio mútuo, tendo também esses direito à proteção do Estado, como bem assegura a Constituição em seu artigo 226.

Antigamente, a família era sempre composta por grande número de indivíduos para que pudessem trabalhar na lavoura, produzindo os alimentos necessários para sua própria subsistência e para realizar as trocas daqueles que não produziam em suas terras; além disso, os familiares precisavam, também, cuidar dos animais.¹⁰

Com a Revolução Industrial, muitas famílias deixaram as fazendas no interior, buscando emprego fixo nas empresas, a fim de ter todo mês o salário certo, na esperança de aumentar seu capital. Em consequência, o número dos componentes das famílias começou a diminuir gradativamente. Como se disse antes, as famílias eram mais numerosas para haver mais pessoas ajudando na atividade laboral do dia a dia no campo. Com a industrialização, não era mais necessário grande número de pessoas, pois o trabalho era individualizado. Tal mudança contribuiu para a aproximação dos membros componentes da família, sendo dada mais ênfase ao afeto.¹¹

Tantas alterações influenciaram na mudança do próprio contexto de família, a qual passou de patriarcal, na qual a figura da mulher era submissa, para a família afetiva que introduz a figura da mulher participativa. O casamento, entretanto, era considerado como a forma de concretização da felicidade e união de afetos.

Nos primórdios, os casamentos eram arranjados pelos pais; e a mulher, em decorrência do casamento, passava a ser patrimônio do marido, ou seja, a ser relativamente incapaz, e todos os bens que viesse a ganhar por herança ou doação de seu pai, também passavam a ser do patrimônio dele. A mulher dependia de autorização do marido para a prática de qualquer ato, até mesmo para exercer profissão ou para ingressar em juízo. Interessante ainda que, para casar, o pai da noiva tinha que dar, obrigatoriamente, o dote. Contudo, tal prerrogativa encontra-se em desuso, sendo conservado em alguns sistemas mais tradicionalistas que

¹⁰ SANTOS, Jonabio Barbosa dos; SANTOS, Morgana Sales da Costa. Família monoparental brasileira. *Revista jurídica: Brasília*. v. 10, n. 92, p. 01-30, out./2008 a jan./2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/Artigos/PDF/JonabioBarbosa_Rev92.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2010, p. 03-05.

¹¹ *Ibidem*, p. 05.

preservam os costumes, passados de geração em geração, principalmente pelos países orientais.¹²

A mulher desempenhava atividades domésticas, cuidando dos filhos e das demais atividades do lar. Em razão de ser submissa ao marido, deveria obedecê-lo sem a possibilidade de questionar qualquer assunto que lhe interessasse. Já o homem, chefe da família, promovia seu sustento, devendo para tanto os filhos ajudarem no labor, formando assim um centro econômico e de reprodução, em que a união de todos fazia promover, além do sustento próprio, a comercialização da sua produção.

Por muito tempo, a ideia de família esteve centrada na felicidade, ou seja, só era feliz aquela pessoa que tinha um companheiro e com ele pudesse ter filhos. Nesse sentido, encontra-se o pensamento de Maria Berenice Dias, a qual assegura que,

[...] a própria organização da sociedade dá-se em torno da estrutura familiar, e não em torno de grupos outros ou de indivíduos em si mesmos. A sociedade, em determinado momento histórico, institui o casamento como regra de conduta. Essa foi a forma encontrada para impor limites ao homem, ser desejante que, na busca do prazer, tende a fazer do outro um objeto. É por isso que o desenvolvimento da civilização impõe **restrições à total liberdade**, e a lei jurídica exige que ninguém fuja dessas restrições.¹³ (grifos da autora).

A família não surge apenas do afeto, pois antes de existir qualquer tipo de conceito de uma entidade familiar, a prerrogativa era a propagação da espécie como refere Maria Berenice Dias, ao afirmar que “vínculos afetivos não são uma prerrogativa da espécie humana. O **acasalamento** sempre existiu entre os seres vivos, seja em decorrência do **instinto de perpetuação** da espécie, seja pela verdadeira aversão que todas as pessoas têm à **solidão**”.¹⁴ (grifos da autora).

Diante da realidade da economia do século XXI, as pessoas que se unem programam quando vão ter filhos e quantos vão ter, pois, na linguagem popular, torna-se muito caro criar/cuidar de vários filhos e eles optam por ter um ou dois filhos apenas, a fim de lhes proporcionar mais conforto e estudo melhor, como cursos e faculdade que virão a necessitar.

¹² SANTOS, Jonabio Barbosa dos; SANTOS, Morgana Sales da Costa. Família monoparental brasileira, p. 03-05.

¹³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 27.

¹⁴ Idem.

1.1.2 A família do século XXI

No âmbito do Direito de Família houve significativa mudança nas legislações que já regulavam suas diretrizes. Tais alterações podem ser notadas em razão da ampla proteção que o Estado assegura, através da Constituição Federal, aos indivíduos, pois todos são iguais perante a lei, devendo o Estado proporcionar educação, segurança, saúde, lazer etc, com o fim de fazer crescer o interesse de todos pela evolução da sociedade.

A própria Constituição de 1988 é exemplo referencial de tantas alterações, vez que foi ela quem introduziu a igualdade entre os cônjuges, revogando parte considerável dos dispositivos do Código Civil de 1916 e contendo em seu elenco de artigos um capítulo especial que trata “Da família, da criança, do adolescente e do idoso”.

Outra inovação trazida por sua alteração é o reconhecimento da união estável como entidade familiar, assegurando que a lei deva facilitar sua conversão em casamento.¹⁵ Em relação a este último pode ser afirmado, com certeza, que prevendo tal possibilidade, o legislador quis dizer que os institutos do casamento e da união estável não são idênticos, razão pela qual a lei facilita sua conversão em casamento.

Fazendo uma análise conjunta do parágrafo terceiro e do *caput*, ambos do artigo 226 da Constituição, chega-se à conclusão de que “para efeitos de proteção do Estado, o constituinte não discriminou nem deu maior importância a uma espécie de família em detrimento da outra; todas constituem base da sociedade e são merecedoras de proteção estatal”.¹⁶ Mas é certo que

a união estável e o casamento são institutos distintos, mas as sequelas de ordem patrimonial identificam-se. Com o casamento ocorre a alteração do estado civil dos noivos, que passam à condição de casados. Já a união estável, em geral, não tem um elemento constitutivo definindo seu início, mas nem por isso deixa de produzir conseqüências jurídicas desde sua constituição. Basta lembrar que os bens adquiridos durante a convivência passam, necessariamente, a pertencer ao par, por presunção legal.¹⁷

¹⁵ BRASIL. Constituição Federal, 1988. Artigo 226, parágrafo 3º.

¹⁶ OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*, p. 178.

¹⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, p. 174.

Hoje, a família não é mais constituída apenas pelo casamento. Porém, observa-se que nem sempre o propósito da união é constituir família. Não há mais a preocupação da perpetuação da espécie, mas algumas vezes, encontros para satisfação sexual, o que desconfigura o entendimento que se tem de família como base formadora da sociedade.

Em sua obra 'Fundamentos Constitucionais do Direito de Família', José Sebastião de Oliveira complementa o entendimento, alegando que “a constituição da família, hodiernamente, através do ato do casamento ou de outras uniões, não se resume a apenas uma satisfação sexual a dois, e sim através do consenso, do amor, do respeito recíproco, da harmonia e da paridade entre os dois sexos opostos”.¹⁸

Segundo Marlene Simionato e Raquel Gusmão Oliveira, no contexto atual:

[...] As famílias se distinguem pela ênfase que dão ao processo de individualização. O elemento central não é mais o grupo reunido, mas os membros que a compõem. A família se transforma em um espaço privado a serviço dos indivíduos. Razão pela qual a família pode ser caracterizada como “relacional e individualista”. O próprio casamento, no lugar de compromissos, obrigações e saber ceder, pode se tornar uma maneira de autossatisfação, um meio para se ter vantagens próprias apenas.¹⁹

Diante de tal afirmação, conclui-se, portanto, que há casamentos que surgem em razão da satisfação de interesses pessoais, não se referindo ao amor, ao afeto etc. O que traz proveito para ambos é o caráter econômico que fará surgir com a provável relação amorosa.

Nobre pensamento é exposto por Leonardo Barreto Moreira Alves, em comentário ao artigo 1.723, no “Código de Famílias, Comentado”, de acordo com Projeto de Lei do Estatuto das Famílias, nº 2.258, de 2007, em relação à diversidade de sexos, referindo que

¹⁸ OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*, p. 22.

¹⁹ SIMIONATO, Marlene Aparecida Wischral; OLIVEIRA, Raquel Gusmão. *Funções e transformações da família ao longo da história*. Disponível em: <<http://www.abpp.com.br/abppmorte/pdf/a07Simionato03.pdf>>. Acesso em: 28 mai. 2009.

O Código civil reconheceu somente a possibilidade da existência de união estável entre homem e mulher, a demonstrar um acentuado ranço moralista e preconceituoso. Há que se considerar que o Direito de Família de vanguarda cuida notadamente de preservar o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, não devendo o Estado se utilizar de regra de exclusão de direitos, quando o sentido teleológico que se deva dar é justamente o contrário. A própria Constituição Federal apenas enumerou a união estável como entidade familiar não excluindo as relações homoafetivas.²⁰

Em seguimento ao pensamento, o autor apontado destaca que o artigo 226 da CF “assegurar a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, não fazendo menção se esta família é ou não formada por pessoas do mesmo sexo”. Ou seja, o estado promoverá a assistência a todas as famílias independentemente da opção sexual de seus indivíduos componentes.

Preleciona, nessa visão, o artigo 3º, em seu inciso IV, da Constituição que é um dos “objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] promover o bem estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, **sexo**, cor, idade e quaisquer outras formas de discernimento”.²¹ (grifou-se).

Nessa mesma linha, é importante ressaltar o entendimento de Paulo Lôbo, o qual faz apurada conceituação da união estável, referindo ser uma

Entidade familiar constituída por homem e mulher que convivem em posse do estado de casado, ou com aparência de casamento (*more uxorio*). É um estado de fato que se converteu em relação jurídica em virtude de a Constituição e a lei atribuírem-lhe dignidade de entidade familiar própria, com seus elencos de direitos e deveres. Ainda que o casamento seja sua referência estrutural, é distinta deste; cada entidade é dotada de estatuto jurídico próprio, sem hierarquia ou primazia.²² (grifos do autor).

Afirma ainda o artigo 226 da Constituição Federal, como terceiro tipo de família, “a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”, ou seja, a família monoparental. Assim, não há mais necessidade de haver uma família completamente formada,

²⁰ ALVES, Leonardo Barreto Moreira (Coord. e coautor). *Código de famílias comentado*: de acordo com o estatuto das famílias (PLN n. 2.285/07). Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 571.

²¹ BRASIL. Constituição da República Federativa, 1988. Artigo 3º, inciso IV.

²² LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 148.

ou seja, que haja o pai, a mãe e filhos. Tal preceito também encontra respaldo no artigo 25, da Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).²³

Jonabio Barbosa dos Santos e Morgana Sales da Costa Santos definem como família monoparental aquela “entidade familiar compreendida por um único progenitor que cria e educa sozinho seus filhos, sendo esta unidade decorrente de uma situação voluntária ou não”²⁴, ou seja, pode ser em decorrência de viuvez, separação, divórcio ou, até mesmo, ‘produção independente’.

Dando seguimento ao entendimento, os autores apontados complementam afirmando que, diferentemente da entidade familiar formada pela instituição do casamento ou da união estável, a estrutura da família monoparental é formada por

[...] apenas um dos genitores e sua prole. O genitor guardião deve suprir tanto as necessidades econômicas, quanto as afetivas. Isto acaba por sobrecarregar o adulto. Os filhos, pertencentes a esta entidade, são obrigados a conviver, diariamente, sem a presença contínua de um dos pais. E, também, com a discriminação social, hoje muito mais branda. O fator determinante desta família não é o casamento e sim, na sua maioria a ruptura deste, seguido dos outros fatores determinantes, como a união livre e as mães solteiras.²⁵

A discriminação que havia tinha raízes no Código Civil de 1916, o qual previa apenas como entidade familiar aquela formada pelo casamento entre homem e mulher. As pessoas que não eram casadas não eram reconhecidas como família, além de serem chamados de “pai solteiro” ou “mãe solteira”,²⁶ em razão da supremacia que, por muito tempo, foi dada ao casamento. Como se demonstrou, com a alteração da Constituição Federal, em 1988, foram enumerados os três tipos de entidade familiar, quais sejam a formada pelo casamento, da união estável e a monoparental, sendo todas merecedoras da proteção do Estado.

²³ BRASIL. Lei nº 8.069, 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente. Artigo 25. Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes. Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.

²⁴ SANTOS, Jonabio Barbosa dos; SANTOS, Morgana Sales da Costa. Família monoparental brasileira, p. 9.

²⁵ Idem.

²⁶ SANTOS, Magda Raquel Guimarães Ferreira dos. “Mãe solteira” ou “pai solteiro”: quando a família é formada por um dos pais e o filho. Disponível em: <<http://www.clubedobebe.com.br/Palavra%20dos%20Especialistas/df-08-04.htm>>. Acesso em: 28 abr. 2010.

1.2 Deveres e obrigações dos cônjuges

Com o casamento, homem e mulher assumem deveres e obrigações, sendo que seus efeitos e normas se encontram estabelecidos em lei. Pode-se dizer que é um estatuto preestabelecido, ao qual os nubentes aderem com a realização do matrimônio. Não é apenas um contrato, pois as partes não dispõem da possibilidade de alterar ou adotar qualquer dever ou obrigação. Casando, submetem-se como instituição, ao regramento definido pelo sistema.

Maria Helena Diniz refere em sua obra que:

O casamento produz várias consequências que se projetam no ambiente social, nas relações pessoais e econômicas dos cônjuges e nas relações pessoais e patrimoniais entre pais e filhos, dando origem a direitos e deveres que são disciplinados por normas jurídicas.

Esses direitos e deveres constituem os efeitos do matrimônio por vincularem os esposos nas suas mútuas relações, demonstrando que o casamento não significa simples convivência conjugal, mas uma plena comunhão de vida ou uma união de índole física e espiritual.²⁷

O entendimento referido deve também ser estendido à união estável, porque por mais que não haja o vínculo do casamento entre os companheiros deve haver o cumprimento dos deveres de lealdade, respeito e assistência moral e material recíproca,²⁸ bem como a guarda, sustento e educação dos filhos.²⁹

Ao estabelecer que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações,³⁰ a Constituição consolidou a dignidade humana. Esse princípio se repete no parágrafo 5º do artigo 226 da Constituição Federal, o qual assegura a isonomia entre os cônjuges. Na mesma linha, há os artigos 1.565 a 1570 do Código Civil.³¹

²⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*, p. 128.

²⁸ BRASIL. Lei nº 9.278, 1996. Artigo 2º, inciso II, institui os direitos e deveres dos conviventes.

²⁹ BRASIL. Código Civil, 2002. Artigo 1.724.

³⁰ BRASIL. Constituição Federal, 1988. Artigo 5º, inciso I.

³¹ BRASIL. Código Civil, 2002. Artigo 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

§ 1º Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescer ao seu o sobrenome do outro.

§ 2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.

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

Mas nem sempre foi assim, pois só a partir da vigência do Estatuto da Mulher Casada, em 1962, a mulher ganhou mais autonomia, caindo o preconceito da superioridade do homem como chefe da sociedade conjugal, passando o comando a ser exercido com a colaboração da mulher.

Menciona Arnoldo Wald, em referência ao Direito de Família, que

Importante diploma legislativo referente ao Direito de Família é a Lei n. 4.121, de 27-8-1962, que emancipou a mulher casada, reconhecendo-lhe, na família, direitos iguais aos do marido e situação jurídica análoga, restaurando, outrossim, o pátrio poder (poder familiar) da mulher bínuba. A mencionada lei modificou os princípios básicos aplicáveis em matéria de regime de bens e de guarda de filhos.³²

Reza o artigo 1.565 do Código Civil que “pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família”. Fundado no princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana, é assegurado a qualquer dos nubentes acrescerem ao seu o sobrenome do outro. Com base no princípio da mínima intervenção do Estado, o planejamento familiar é de livre decisão do casal, devendo o Estado proporcionar os recursos educacionais e financeiros, sendo vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.³³

O artigo 1.566, como recém transcrito, relaciona os deveres dos cônjuges, como se passa a examinar detalhadamente.

A **fidelidade recíproca** é o princípio que rege a origem do Direito de Família, sendo passível a imposição de sanções quando da sua transgressão. A quebra do dever de fidelidade

Artigo 1.567. A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos.

Parágrafo único. Havendo divergência, qualquer dos cônjuges poderá recorrer ao juiz, que decidirá tendo em consideração aqueles interesses.

Artigo 1.568. Os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, para o sustento da família e a educação dos filhos, qualquer que seja o regime patrimonial.

Artigo 1.569. O domicílio do casal será escolhido por ambos os cônjuges, mas um e outro podem ausentar-se do domicílio conjugal para atender a encargos públicos, ao exercício de sua profissão, ou a interesses particulares relevantes.

Artigo 1.570. Se qualquer dos cônjuges estiver em lugar remoto ou não sabido, encarcerado por mais de cento e oitenta dias, interditado judicialmente ou privado, episodicamente, de consciência, em virtude de enfermidade ou de acidente, o outro exercerá com exclusividade a direção da família, cabendo-lhe a administração dos bens.

³² WALD, Arnoldo. *O novo direito de família*. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 22.

³³ BRASIL. Código Civil, 2002. Artigo 1.565, parágrafos 1º e 2º.

é o adultério que se consuma com a conjunção carnal com outra pessoa. Atos diversos do ato sexual podem caracterizar injúria grave, suficiente para ensejar pedido de separação.³⁴

Este pedido dever não trata apenas das relações sexuais do casal, diz respeito

[...] a intimidade e honra subjetiva dos cônjuges; com a garantia de sobrevivência da unidade afetiva do casal e com a prevenção do risco de prole e doenças adquiridas fora do casamento. [...] A amplitude que o dever legal de fidelidade sugere, engloba o dever de lealdade [...].³⁵

Sobre tal dever, assinala Maria Berenice Dias que “o dever moral e jurídico de *fidelidade mútua* decorre do caráter monogâmico do casamento e dos interesses superiores da sociedade, pois constitui um dos alicerces da vida conjugal e da família matrimonial.”³⁶ (grifos da autora).

Entende-se que o casamento passou a ser constituído em razão do sentimento que surgiu para ambos os nubentes, desde que a Lei de Divórcio foi aprovada, possibilitando a constituição de uma nova união, tendo como um de seus objetivos, o de construir uma família. É claro, que todos os deveres assumidos com a celebração do casamento,

[...] deverão perdurar enquanto subsistir a sociedade conjugal, ainda que os cônjuges estejam separados de fato, terminando apenas com a morte, nulidade ou anulação do matrimônio, separação (extrajudicial e judicial) e divórcio, hipóteses em que o consorte readquire, juridicamente, plena liberdade sexual.³⁷

O dever de **vida em comum no domicílio conjugal** é a consequência da união de corpo e de espírito. Podem os cônjuges fixar mais de um domicílio, em razão da profissão, por exemplo, vez que o domicílio do casal será escolhido por ambos, sendo possível a um ou outro cônjuge, ausentar-se para atender a encargos públicos, ao exercício de sua profissão, ou

³⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*, p. 147.

³⁵ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*. 7. ed. rev. ampl. e atual. até 25.8.2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 1119.

³⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*, p. 131.

³⁷ *Ibidem*, p. 133.

a interesses particulares relevantes,³⁸ mas tudo depende do bom senso, da confiança existente entre os dois.

Ademais, no entendimento de Nelson Nery Junior e de Rosa Maria de Andrade Nery, esse dever

[...] pressupõe a coabitação, a intimidade da convivência. O domicílio familiar é o lugar onde os cônjuges têm ocasião de vida em comum. Nada obsta que, por particularidades próprias do modo de vida do casal, mais de um seja o domicílio da família e que, excepcionalmente, haja mais de um espaço de convivência mútua. A lei pretende, entretanto, que a família forme uma unidade de pessoas, afetos e compromissos, de sorte que sejam compartilhados os momentos de ventura e desventura do casal. É em decorrência desse dever que os cônjuges se impõem o débito conjugal, expressão máxima da vida em comum.³⁹

O lar conjugal, dentro desse entendimento, será escolhido por ambos os cônjuges, com o fim de atender às suas necessidades, tanto existentes quanto as que poderão vir a surgir.

A **mútua assistência** diz respeito não só à obrigação de um cônjuge prestar alimentos ao outro,⁴⁰ não tendo apenas cunho econômico, mas compreendendo a própria assistência moral que se devem os cônjuges e para com todos os membros da família.

Sustento, guarda e educação dos filhos, neste dever é incluída a educação dada no lar, bem como a ministrada na escola, ou seja, é obrigação de ambos os pais o sustento, tanto material quanto moral aos filhos, dentro das possibilidades de que dispõem.

Completando o entendimento referido acima em relação ao dever de sustento, guarda e educação dos filhos, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery mencionam que

[...] os deveres dos cônjuges dirigem-se para a prole e para todos os que estão sob a guarda e proteção da família, inclusive os idosos e incapazes que dependem do arrimo do casal que os acolheu ou os sustenta. A guarda dos filhos menores ou incapazes, bem como de todos quantos – com ou sem o vínculo de sangue – estejam sob sua proteção e cuidado, na forma como a família entendeu lhes dedicar, tem relação com a proteção física e moral da pessoa. [...] A educação respeita a maneira com que o casal decide formar os filhos, dentro de suas condições e das escolhas dos critérios de conduta, em comum acordo.⁴¹

³⁸ BRASIL. Código Civil, 2002. Artigo 1.569.

³⁹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*, p. 1120.

⁴⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*, p. 149.

⁴¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*, p. 1119-1120.

E por fim, o dever de **respeito e consideração mútuos** foi acrescido na reforma do Código Civil de 2002, tendo em vista a lei que já regulamentava a união estável. Tal dever decorre da própria valorização da pessoa humana, já que no momento da celebração do casamento, os nubentes assumem o compromisso de aceitar um ao outro com seus ânimos, defeitos e riquezas. O casamento não deixa de ser um contrato, em que as partes contraentes, na busca de “prestações positivas de defesa de valores comuns, tais como a honra solidária, o bom nome familiar, o patrimônio moral comum”,⁴² precisam saber ceder.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, sobre esse dever, afirmam ser

[...] na verdade, a síntese do cumprimento de todos os outros, na medida em que o descumprimento dos demais pode ser considerado como ofensa à consideração que um cônjuge deve ao outro. Importante salientar que o descumprimento do dever de um cônjuge para com qualquer dos membros da família [...] pode ser causa de desconsideração ou de desrespeito violador deste dever de respeito e consideração mútuos.⁴³

O que mais pesa neste dever é a lealdade de um cônjuge para com o outro, incluindo-se o modo como eles delinearam as regras de convivência. O convívio “da família, seus hábitos, posturas, condições financeiras e culturais, credo religioso e trato social, darão a tônica para a compreensão exata do que se deve considerar como quebra do dever dos cônjuges, de “respeito e consideração mútuos.”⁴⁴

É certo que a efetivação do casamento não irá assegurar que ele sempre ficará como tudo começou, pois o que nasceu para ser um “mar de rosas” pode se transformar em um calvário de sofrimentos, em decorrência do descumprimento dos deveres inerentes ao casamento, ocasionando o seu rompimento. A prática de conduta desonrosa ou de qualquer ato que acarrete grave violação dos deveres do casamento, capaz de tornar insuportável a vida conjugal, gera a possibilidade da ocorrência de danos à dignidade da pessoa do outro cônjuge ou a qualquer dos direitos fundamentais que lhe são assegurados constitucionalmente.⁴⁵

⁴² LÔBO, Paulo Luiz Netto. *As vicissitudes da igualdade e dos deveres conjugais no direito brasileiro*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6929>>. Acesso em: 30 abr. 2010.

⁴³ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*, p. 1120.

⁴⁴ Idem.

⁴⁵ OLTRAMARI, Vitor Ugo. *O dano moral na ruptura da sociedade conjugal*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 53.

Por muito tempo, o adultério foi considerado como uma ofensa à moral para o cônjuge e já foi até capitulado no Código Penal como crime. A partir do momento que deixou de ser considerado como uma ofensa grave à sociedade, deixou de ser intitulado como crime. Contudo, não quer dizer que o adultério não seja uma ofensa. Deixou de ser capitulado como crime, mas a sua ocorrência trata-se de uma ofensa que atinge a moral do outro cônjuge.

Vitor Ugo Oltramari, a respeito, assegura, com base no pensamento de Sílvio Rodrigues, que “o adultério, dentro do conceito moral vigente, constitui séria injúria ao consorte”. E ainda refere que

[...] existindo afeto entre os cônjuges, no verdadeiro sentido do incondicional amor conjugal, não haverá infidelidade; a vida em comum será conseqüência prazerosa. Assim, também, natural e espontânea será a mútua assistência, tanto material como moralmente entendida, tudo consagrado na plenitude do compromisso assumido por ocasião do matrimônio, bem representado pela tradicional fórmula do companheirismo: “[...] na alegria e na tristeza, na saúde e na doença [...]”.⁴⁶

É evidente que, quando da ocorrência do descumprimento de algum dos deveres estabelecidos no artigo 1.565 do Código Civil, pode o outro cônjuge, ou seja, aquele que se sentiu lesado ou ofendido com o ocorrido, propor ação de divórcio, alegando a grave violação dos deveres do casamento, mas essa violação para ser alegada, deve acarretar a insuportabilidade da vida em comum.⁴⁷

1.3 Algumas considerações quanto aos deveres e obrigações dos companheiros

Antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, a união estável não era vista com bons olhos. Era tratada como relação concubinária, sofrendo cunho discriminatório, principalmente em relação à mulher. Mais tarde, como já visto, em decorrência da revolução feminista, houve mudança significativa dos costumes e a conseqüente decadência do patriarcalismo. E foi nesse contexto que a mulher conquistou lugar no mundo, sendo também considerada como sujeito de direitos.

⁴⁶ OLTRAMARI, Vitor Ugo. *O dano moral na ruptura da sociedade conjugal*, p. 53.

⁴⁷ BRASIL. Código Civil, 2002. Artigo 1.572, *caput*.

Diante de tais mudanças, surgiram os primeiros posicionamentos da jurisprudência, o que incentivou a construção da doutrina concubinária na década de 60, além de possíveis distinções entre “concubinato puro” e o “concubinato impuro”. O primeiro seria o concubinato propriamente dito, já o segundo, a união estável, nos termos atuais. Na época, para a solução de conflitos era aplicado o Direito das Obrigações. Contudo, somente com a Carta Magna de 1988 é que o concubinato passou a ser enfatizado como união estável, aplicando-se-lhe as regras do Direito de Família.

Anos mais tarde, com a reforma do Código Civil, depois do expresse reconhecimento constitucional, a união estável foi regulamentada no Livro IV, que trata ‘Do Direito de Família’, sendo abordada no Título III, pelos artigos 1.723 ao 1.727.⁴⁸ Aliás, desde antes da Constituição, já havia duas leis federais tratando sobre o assunto:

A **Lei 8.971/94** assegurou direito a **alimentos** e à **sucessão** do companheiro. No entanto, conservava ainda certo ranço preconceituoso, ao reconhecer como união estável a relação entre pessoas solteiras, judicialmente separadas, divorciadas ou viúvas, deixando fora, injustificadamente, os separados de fato. Também a lei fixou condições outras, só reconhecendo como estáveis as relações existentes há mais de **cinco anos** ou das quais houvesse nascido **prole**, como se tais requisitos purificassem a relação. Assegurou ao companheiro sobrevivente o **usufruto** sobre parte dos bens deixados pelo *de cuius*. No caso de inexistirem descendentes ou ascendentes, o companheiro (tal como o cônjuge sobrevivente) foi incluído na ordem de vocação hereditária como **herdeiro legítimo**.

A **Lei 9.278/96** teve maior campo de abrangência. Para o reconhecimento da união estável não quantificou **prazo de convivência** e albergou as relações existentes entre pessoas **separadas de fato**. Além de fixar a **competência** das varas de família para o julgamento dos litígios, reconheceu o **direito real de habitação**. Gerou a **presunção *juris et de jure*** de que os bens a título oneroso na constância da convivência são fruto do esforço comum, afastando questionamentos sobre a efetiva participação de cada parceiro para proceder à partilha igualitária dos bens.⁴⁹ (grifos da autora).

⁴⁸ BRASIL. Código Civil, 2002. Artigo 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. § 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente. § 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

Artigo 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

Artigo 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

Artigo 1.726. A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.

Artigo 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.

⁴⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, p. 169-170.

O artigo 1.724 do Código Civil traz o elenco dos deveres que devem ser seguidos pelos companheiros, compreendendo “lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos”.

O dever de lealdade previsto para os companheiros, em muito se parece com o dever de fidelidade previsto para os cônjuges. Ressalta-se que o dever de vida em comum imposto aos cônjuges não é requisito para os companheiros, pois esta será comprovada por meios diversos daquela da convivência em lar comum. É bem verdade que, mesmo para o casamento, a visão da vida em comum no domicílio conjugal tem outra conotação, não necessariamente debaixo do mesmo teto.

Corroborando, nesse sentido, o acórdão de nº 70027018738, da Sétima Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, julgado em 22 de julho de 2008, de que foi Relator o Desembargador Ricardo Raupp Ruschel e que assim dispôs:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL CUMULADA COM PARTILHA DE BENS. MARCO INICIAL DA UNIÃO ESTÁVEL. AUSÊNCIA DE COABITAÇÃO. IRRELEVÂNCIA NO CASO CONCRETO. A coabitação não constitui o único requisito à caracterização de uma entidade familiar, de maneira que, presentes os elementos caracterizadores da espécie, o reconhecimento do relacionamento se impõe. Inteligência do art. 1.723 do Código Civil e da Súmula 382 do Supremo Tribunal Federal. Assim, demonstrado nos autos a convivência pública, contínua e duradoura das partes, com assistência mútua e com objetivo de constituir família desde o ano de 2001, é de ser reconhecida a união estável, já que preenchidos os requisitos presentes no art. 1.723 do Código Civil [...]. (grifou-se).

O que se pode ressaltar com relação à citação acima é que, mesmo que não estejam morando sob o mesmo teto, é indispensável que haja entre os companheiros o intuito de constituir família. É certo que se for constatada a moradia comum, esta evidência será forte indicativo da união estável, pois dá conta do objetivo da constituição familiar e faz prova da união existente. Aliás, a Súmula 382, do Supremo Tribunal Federal (STF) refere que é dispensável a convivência *more uxorio* para os concubinos, mas não a exclui. Do mesmo modo, dependendo do caso concreto, a convivência pode ou não ser elemento caracterizador da efetiva união.

Em relação ao descumprimento de qualquer dos deveres previstos no Código Civil, ressalta-se que não acarreta a anulação ou nulidade da união. Poderá, porém, ser a causa para

a possível dissolução. Se houver deslealdade (relações externas diversas da união), será a causa do reconhecimento de adultério.⁵⁰

Tanto o instituto do casamento quanto o da união estável - salvo manifestação em contrário, por pacto no primeiro ou por simples contrato escrito no segundo - são regidos pelo regime da comunhão parcial de bens⁵¹. Contudo, diferem em alguns pontos, visto que o casamento para se constituir necessita da formalidade da celebração⁵², o que não ocorre na união estável.

Neste sentido estabelece o artigo 1.723 do Código Civil

É reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

A **convivência pública** refere-se à notoriedade da união, ou seja, baseia-se no fato de que é do conhecimento de todos, sendo demonstrado por ambos os conviventes que vivem como se fossem marido e mulher.

Desse entendimento também partilham Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery

O primeiro requisito é a publicidade dessa convivência. Isto pressupõe que os companheiros (homem e mulher) permitam que se torne conhecida de toda a gente a circunstância de que vivem como se marido e mulher fossem, e que essa convivência se destina ao fim de constituir família. A fama do casal é de que são companheiros e isso há de ser notório, de todos conhecido.⁵³

⁵⁰ OLIVEIRA, Euclides de. União estável: conceituação e efeitos jurídicos. In: BARBOSA, Águida Arruda; VIEIRA, Claudia Stein (Coords.). *Direito de família: direito civil*. v. 7, com orientação de Giselda M. F. Novaes Hironaka. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 157-158.

⁵¹ BRASIL. Código Civil, 2002. Artigos 1.640, *caput*; e, 1.725.

⁵² BRASIL. Código Civil, 2002. Artigo 1.514.

⁵³ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*, p. 1204.

Nessa mesma perspectiva da publicidade da convivência, é possível dizer, com José Sebastião de Oliveira, que os casais não precisam “se expor para ter reconhecida sua notoriedade. Basta que as pessoas do seu ambiente e do seu convívio possam atestar a vida em comum a dois. [...] basta que os parentes de ambos os companheiros, seus amigos e colegas de trabalho, pelo menos, tenham conhecimento da relação”.⁵⁴

A **convivência contínua** e a **convivência duradoura** dizem respeito à não interrupção e à não transitoriedade da relação. De mesma forma, dito autor menciona que

[...] o relacionamento deve ser duradouro. Vale dizer, não são simples encontros esporádicos e amorosos que alçarão o relacionamento à categoria de entidade familiar. A durabilidade é uma qualidade que só será sentida através do nível de tensão dos laços mantidos entre os companheiros. Se vivem juntos, partilham uma vida a dois em todos os momentos (bons e ruins), viajam juntos etc., ter-se-á grande probabilidade de a união ser reconhecida como duradoura.⁵⁵

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, nessa mesma perspectiva, complementam assegurando ser a continuidade uma

[...] característica decorrente da durabilidade. Contínua significa sem intervalos. Vale dizer, um relacionamento marcado por intensa conflituosidade, em que os interessados de tempo em tempo separam-se, unem-se, para pouco tempo depois separarem-se novamente, num eterno ciclo sem fim, não é estável aos olhos da Constituição nem da Lei.⁵⁶

Evidentemente, o dever de **convivência de homem e mulher para constituir família** deixa claro no seu próprio nome, pois além de estarem unidos pelo sentimento existente entre ambos, os dois (homem e a mulher) se unem com o propósito de procriar, ter filhos, a fim de lhes dividir o amor que sentem, além de ensinamentos para a construção de uma “família feliz”.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery explanam em comentário ao artigo 1.723, em seu Código Civil Comentado, que

⁵⁴ OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*, p. 188.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 187.

⁵⁶ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*, p. 1204.

A finalidade da convivência não é qualquer uma. É a que se qualifica pela disposição (pelo ânimo) de constituir família, de maneira duradoura, ou seja, de se prestar à mútua assistência, moral e material, um do outro, aos cuidados com a prole (prole comum e prole – principalmente os filhos menores – do outro), às exigências de lealdade ou de fidelidade entre os companheiros, à preservação da dignidade pessoal um do outro, dos filhos e daqueles que estão sob a dependência do par, à constituição e à preservação de patrimônio, comum e de cada qual, para favorecimento do bem viver da comunidade familiar e para garantia das vicissitudes da vida dos companheiros, seus filhos e dependentes. **Enfim: é a convivência que se destina à formação de um lar, para o desfrute dos bons momentos e para a repartição das dificuldades.**⁵⁷ (grifou-se).

Portanto, é evidente que tanto no casamento quanto na união estável, a união do homem e da mulher surge de forma sentimental, em que os ânimos (pensamentos) se encontram, sendo que a constituição da família com o surgimento dos filhos é a consequência, tornando-se assim uma convivência prazerosa.

Quanto à prova da união estável, nem o Código Civil, nem a Constituição Federal de 1988 estabelecem quanto tempo devem os conviventes permanecer juntos, exigindo subjetivamente, somente que seja duradoura. A Constituição, em seu artigo 226, parágrafo 3º, bem como o *caput* do artigo 1.723 do Código Civil referem apenas que a união estável será reconhecida desde que haja o objetivo de constituir família. Assim, não há que se falar em tempo necessário para se fazer a prova da união.

Esse ponto de vista é também defendido por Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, quando referem que

[...] apesar da disposição constitucional que prescreve equiparar-se a união estável ao casamento, em seus efeitos, a prova do casamento é mais fácil de ser feita, porque é legal. Assim, a simples apresentação da certidão de casamento prova sua existência e atualidade. Diversa situação ocorre com a união estável, em que a prova de fato pode ser feita por todos os meios e demanda a cognição do julgador.⁵⁸

⁵⁷ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*, p. 1204.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 1205.

Igualmente, é certo aludir que casamento e união estável, embora alguns aspectos especiais, se igualem como entidades familiares, pois ambos são institutos protegidos pelo Estado, desde 1988, através do preceito constitucional.

Além do mais, em diversos dispositivos do Código Civil, constata-se que embora havendo um título próprio tratando da União Estável com apenas cinco artigos, há diversos outros dentro do contexto do próprio código, referindo institutos e regras aplicáveis tanto aos cônjuges quanto aos companheiros, sem distinção. Nesse sentido, é certo referir que o instituto do casamento e o instituto da união estável se igualem, apesar do reconhecimento de posições contrárias.⁵⁹

Há também o Incidente de Inconstitucionalidade nº 70029390374, instaurado no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, na Oitava Câmara Cível, julgado em 09 de novembro de 2009, com ementa relatada pela Desembargadora Maria Isabel de Azevedo Souza, que demonstra muito bem o referido. Veja-se:

[...] Invoca-se muito o princípio da igualdade entre o casamento e a união estável. Eu gostaria que alguém me mostrasse onde, na Constituição, está escrito que casamento e união estável é a mesma coisa. O único dispositivo que trata do assunto é o § 3º do art. 226, que garante a proteção do Estado à união estável, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento, o que já por aí demonstra que não são iguais institutos [...] Ademais, convenhamos, o princípio da dignidade humana já está um tanto quanto gasto. Toda regra que alguém acha injusta, com a qual não concorda, invoca-se o princípio da dignidade da pessoa humana para dizer que ela, por ofender esse princípio basilar da Constituição, é inconstitucional. Ora, onde tudo é inconstitucional, nada o será, na verdade. Então, parece-me que o legislador infraconstitucional utilizou uma faculdade que é sua, de tratar diferentemente o que é diferente. União estável e casamento não são a mesma coisa, embora ambos sejam espécies do gênero entidade familiar, mas são espécies distintas, e deve ser preservada aos indivíduos que constituem essas diferentes unidades familiares a possibilidade de optar entre uma e outra, não se lhes impondo um tratamento absolutamente igualitário [...].

Como se pode notar, pela citação acima transcrita, é controvertida a questão da equiparação do casamento à união estável entre os tribunais estaduais. O posicionamento muito abordado pelos desembargadores se refere à conversão da união estável em casamento. Afirmam que, se a Constituição determina essa possibilidade, é porque não equipara os

⁵⁹ XAVIER, Fernanda Dias. Considerações sobre a impossibilidade de equiparação da união estável ao casamento. In: BASTOS, Eliane Ferreira; LUZ, Antônio Fernandes da (Coords.). *Família e jurisdição II*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 89-105.

institutos. Ainda referem que se a união estável fosse igual ao casamento, seria dizer que todas as pessoas que convivem são casadas.⁶⁰ Para tanto, se está à espera de um posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), para só então, consolidar a matéria sujeita ainda a muitas discussões.

⁶⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Arguição de inconstitucionalidade n. 70029390374**, da 8ª Câmara Cível. Relator(a): Des^a. Maria Isabel de Azevedo Souza. Porto Alegre, 09 de novembro de 2009. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 20 mai. 2010.

2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Em decorrência das relações do dia a dia, tanto conjugais quanto sociais, sempre surgem dissabores ou desacordos, sendo que esses podem ou não ser responsabilizados por aquele que os ocasionaram, tudo dependendo da relação existente entre o ato e o fato que gerou o desacordo.

Cumprir analisar os componentes que precisam ser avaliados quando ocorre a dissolução da sociedade conjugal, acerca da qual está sendo pleiteada indenização por dano moral. Ademais, o pedido pode estar relacionado ao sofrimento ou, até mesmo, ao descumprimento de alguma “norma” que ambos deveriam seguir, frente aos direitos e deveres impostos, tanto pelo vínculo do casamento como da união estável.

As relações que envolvem o direito estão baseadas em deveres que, conforme sua natureza, podem ser positivos, de dar e fazer, como negativos, de não fazer ou tolerar alguma coisa. Desse modo, incide nessas relações obrigacionais a responsabilização quando do seu não cumprimento. Isso porque a responsabilidade é a sombra da obrigação não cumprida, do descumprimento da norma imposta e, dessa maneira, o responsável por esse descumprimento deve ressarcir, ou seja, indenizar aquele que foi lesado com o ato que deu causa ao dano.

Nesse sentido, explana Roberto Senise Lisboa que “na sociedade pós-moderna, o instituto da responsabilidade civil possui papel fundamental para a resolução dos conflitos intersubjetivos e transindividuais, permitindo-se uma melhor compreensão da proteção do direito individual, coletivo e difuso”.⁶¹

A função principal da responsabilidade civil é restabelecer o equilíbrio jurídico-econômico entre o agente e a vítima, através da re colocação do *statu quo ante* (estado anterior). Para tanto, é fixada uma indenização na proporção do dano, o que geralmente sempre ocorre em pecúnia.

O interesse em restabelecer o equilíbrio, tanto material quanto moral, ocasionado pela conduta do agente é o próprio objetivo da responsabilidade civil. Complementa o exposto

⁶¹ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil: obrigações e responsabilidade civil*. 3. ed. rev. atual. e ampl. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 428.

Roberto Senise Lisboa ao relatar que “responsabilidade (*respondere*) é o dever jurídico de recomposição do dano sofrido, imposto ao seu causador direto ou indireto”.⁶²

Para o mesmo autor, a função da responsabilidade civil é de natureza dúplice, ou seja, primeiramente visa garantir a segurança jurídica à vítima, a fim de lhe possibilitar o ressarcimento pelos danos sofridos. Também, serve como espécie de sanção civil ao autor, em razão da ofensa à norma jurídica, importando em compensação, muitas vezes pecuniária, em favor da vítima lesada.⁶³

Sérgio Cavalieri Filho refere que

A violação de um dever jurídico configura o *ilícito*, que, quase sempre, acarreta dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano. Há, assim, um *dever jurídico originário*, chamado por alguns de primário, cuja violação gera um *dever jurídico sucessivo*, também chamado de secundário, que é o de indenizar o prejuízo.⁶⁴ (grifos do autor).

E complementa, estabelecendo breve distinção entre obrigação e responsabilidade, dizendo que

Obrigação é sempre um dever jurídico originário; *responsabilidade* é um dever jurídico sucessivo, conseqüente à violação do primeiro. Se alguém se compromete a prestar serviços profissionais a outrem, assume uma obrigação, um dever jurídico originário. Se não cumprir a obrigação (deixar de prestar os serviços), violará dever jurídico originário, surgindo daí a responsabilidade, o dever de compor o prejuízo causado pelo não-cumprimento da obrigação.⁶⁵ (grifos do autor).

Com relação à distinção entre obrigação e responsabilidade, o artigo 389 do Código Civil estabelece que “Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”. Tal dispositivo refere-se à obrigação sucessiva, ou seja, a responsabilidade.

⁶² LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil: obrigações e responsabilidade civil*, p. 427.

⁶³ *Ibidem*, p. 428.

⁶⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008, p. 02.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 275.

O não cumprimento da obrigação contratual, ou mesmo de um dever legal, poderá ensejar o desfazimento da relação jurídica estabelecida pelo contrato e, em consequência, acarretar perdas e danos ao inadimplente.

Há várias espécies de responsabilidade, porém na esfera cível ela divide-se em extracontratual e contratual. Em relação à matéria a ser estudada, cabe a análise apenas da responsabilidade civil extracontratual, porque é a que comporta o instituto do dano moral.

2.1 Breve análise da responsabilidade civil contratual

Esta modalidade surge da submissão das partes quando da realização da avença ou contrato, ou seja, decorre da própria vontade delas, já que por elas mesmas são estabelecidas as regras que deverão obedecer até o término da relação jurídica. Ficam estipuladas no próprio contrato, através das suas cláusulas, as consequências da responsabilidade do inadimplente.

É assim que, quando há a violação de uma norma preestabelecida entre as partes, referente ao comportamento a que estão adstritas, surge a responsabilidade contratual. Sérgio Cavalieri Filho afirma nesse sentido, apontando que “todas as vezes que o dever jurídico violado tem a sua fonte em um contrato, em um negócio jurídico pelo qual o próprio devedor se obrigou, teremos a responsabilidade contratual”.

O autor referido ressalta o exposto dizendo que

Na responsabilidade contratual, como já destacado, o dever jurídico violado pelo devedor tem por fonte a própria vontade dos indivíduos. São eles que criam, para si, voluntariamente certos deveres jurídicos. [...] Daí se conclui que, na responsabilidade contratual, antes de emergir a obrigação de indenizar, já existe uma relação jurídica previamente estabelecida pelas partes, fundada na autonomia da vontade e regida pelas regras comuns dos contratos.⁶⁶

Para a sua configuração é necessária a presença de alguns pressupostos, tais como: a existência de um contrato válido, a inexecução do contrato, o dano causado pela inexecução e o nexo causal entre um e outro.

⁶⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 275-276.

Observa-se que para o contrato ser válido ele deve obedecer aos requisitos do artigo 104 do Código Civil. Já a inexecução do contrato poderá ser total ou em parte. Deixando o devedor de cumprir o contrato total ou parcialmente, haverá o inadimplemento, mas se apenas demorar em praticar as disposições do contrato, culposamente ou não, ficará caracterizada a mora.⁶⁷

Com relação à culpa, Sérgio Cavalieri Filho assevera que se fosse necessária a observação da culpa, seria, portanto, elemento fundamental à caracterização da mora.⁶⁸ E complementa, relatando que “hoje – é de todos sabido –, boa parte da doutrina, à luz dos arts. 394 e 396 do Código Civil (correspondentes aos arts. 955 e 963 do Código revogado), não considera a culpa elementar na mora do credor”.⁶⁹ Conclui-se, dessa forma, que a mora deve ser avaliada em relação ao devedor.

Nesse sentido, encontra-se posicionamento de Nelson Nery Junior e de Rosa Maria de Andrade Nery, ao citarem que mora

É o descumprimento da prestação por culpa do devedor (mora *solvendi* ou mora *debitoris*) ou o seu não recebimento pelo credor (mora *accipiendi* ou mora *creditoris*), no tempo, lugar e forma convencionados. O conceito de mora não se aperfeiçoa com a simples constatação de retardamento da prestação por parte do obrigado: abrange hipóteses de *imperfeição no cumprimento da obrigação* (Agostinho Alvim. *Inexecução*, p. 11), circunstância que preferimos denominar de *violação positiva da obrigação* [...]. E, com relação ao devedor, pressupõe a existência do elemento subjetivo culpa (CC 396; CC/1916 963). A culpa, portanto, só é elementar no conceito de mora *solvendi*.⁷⁰ (grifos dos autores).

De acordo com o entendimento dos autores citados, alguns requisitos devem ser observados para a caracterização da mora do devedor como, por exemplo, existência de uma obrigação positiva e líquida, o vencimento dessa obrigação, a inexecução culposa, e que haja uma interpelação judicial ou extrajudicial.⁷¹

Embora se tenha referido que parte da doutrina não acredita ser necessária a verificação da culpa do credor, nada impede que ela seja caracterizada, porquanto, além da obrigação líquida e certa, há que se verificar que o devedor possua condições para cumpri-la e

⁶⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 281.

⁶⁸ Idem.

⁶⁹ Idem.

⁷⁰ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*, p. 500.

⁷¹ Idem.

se apresente, ante a negativa do credor em receber a prestação, com o fim de realizar o pagamento na data e local previamente estipulados.⁷²

Arnaldo Rizzardo menciona que a culpa será contratual quando o descumprimento estiver inteiramente ligado ao contrato; ela “nasce da violação dos deveres assumidos, como no desempenho do mandato recebido e do depósito, quando os titulares da obrigação não se esmeram em diligência e cuidado. São negligentes na defesa de interesses alheios, ou não se portam com a seriedade que revelariam se a coisa lhes pertencesse”.⁷³

Ademais, Sérgio Cavalieri Filho afirma que a diferença dessa modalidade está no ônus da prova, sendo que “a culpa, de regra, é presumida; inverte-se, então, o *ônus* da prova, cabendo ao credor demonstrar, apenas, que a obrigação não foi cumprida; o devedor terá que provar que não agiu com culpa, ou, então, que ocorreu alguma causa excludente do próprio nexo causal”.⁷⁴ (grifo do autor).

Desse entendimento também partilha Giselle Miranda Rattón Silva, aduzindo que

Não precisa o contratante provar a culpa do inadimplente, para obter reparação das perdas e danos, basta provar o inadimplemento. O ônus da prova, na responsabilidade contratual, competirá ao devedor, que deverá provar, ante o inadimplemento, a inexistência de sua culpa ou presença de qualquer excludente do dever de indenizar (Arts. 1056 CC). Para que o devedor não seja obrigado a indenizar, o mesmo deverá provar que o fato ocorreu devido a caso fortuito ou força maior (Art. 1058 CC).⁷⁵

Nessa mesma perspectiva, é possível dizer, com Sílvio de Salvo Venosa, que “na responsabilidade contratual, é dentro do contrato que se examina o direito violado, não se prescindindo do conceito de culpa”.⁷⁶

Destarte, essa modalidade em nada se parece com a responsabilidade extracontratual, pois esta não decorre da vontade das partes, já está estabelecida na lei, como será analisado a seguir, alinhando particularmente o objeto desta pesquisa.

⁷² NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*, p. 501.

⁷³ RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 06.

⁷⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 276.

⁷⁵ SILVA, Giselle Miranda Rattón. *Responsabilidade contratual e extracontratual*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/874/Responsabilidade-contratual-e-extracontratual>>. Acesso em: 12 jul. 2010.

⁷⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 7. ed. v. II. São Paulo: Atlas, 2007, p. 446.

2.2 Responsabilidade civil extracontratual

Esta espécie, como já referido, não é estabelecida por livre deliberação das partes; ao contrário, ela abrange a violação de um dever que já vem disposto na lei, por isso será um ilícito extracontratual. Aqui não há nenhuma relação jurídica “anterior entre o agente causador do dano e a vítima”.⁷⁷

No dizer de Arnaldo Rizzardo

[...] o dano extracontratual, ao contrário, consoma-se com a infração de um dever legal. Nele, a antijuridicidade se produz como consequência do ataque a um direito absoluto do prejudicado. Envolve o desrespeito à lei, às normas que traçam a conduta humana e está fundado na culpa aquiliana. Corresponde a qualquer desrespeito a um direito de um terceiro causador.⁷⁸

A responsabilidade civil extracontratual é abordada desde o Código Civil de 1916, no qual era tratada nos artigos 159, 160 além de 1.518 e seguintes. Diante da publicação do atual Código Civil, a responsabilidade civil extracontratual sofreu algumas alterações, sendo tratada de forma mais ampla, passando a compreender uma divisão, até então, desconhecida do legislador de 1916.

Com a reforma do código, passou a responsabilidade extracontratual a ser dividida em objetiva e subjetiva. A primeira foi admitida como a responsabilidade sem culpa, baseada na teoria do risco. Essa inovação ocorreu em razão da grande aplicabilidade na Itália, Bélgica e França.⁷⁹ Ao contrário desta, a segunda se baseia na conduta do ofensor, estando revestida de dolo ou culpa. Portanto, abrange os seguintes elementos: a conduta culposa do agente, o nexo causal e o dano.

Nesse sentido, ressalta Sérgio Cavalieri Filho que “a partir do momento em que alguém, mediante conduta culposa, viola direito de outrem e causa-lhe dano, está-se diante de

⁷⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 276.

⁷⁸ RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*, p. 19.

⁷⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 16-17.

um ato ilícito, e deste ato deflui o inexorável dever de indenizar, consoante o artigo 927 do Código Civil”.⁸⁰

Diz o “caput” do artigo 927, do Código Civil que “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery deixam bem claro o que envolve a responsabilidade civil em comentário ao artigo 927,

Dois são os sistemas de responsabilidade civil que foram adotados pelo CC: responsabilidade civil objetiva e responsabilidade civil subjetiva. O sistema geral do CC é o da *responsabilidade civil subjetiva* (CC 186), que se funda na *teoria da culpa*: para que haja o dever de indenizar é necessária a existência: a) do dano; b) do nexo de causalidade entre o fato e o dano; c) da culpa *latu sensu* (culpa – imprudência, negligência ou imperícia – ou dolo) do agente. O sistema subsidiário do CC é o da *responsabilidade civil objetiva* (CC 927 pr.ún.), que se funda na *teoria do risco*: para que haja o dever de indenizar é irrelevante a conduta (dolo ou culpa) do agente, pois basta a existência: a) do dano; e b) do nexo de causalidade entre o fato e o dano. Haverá responsabilidade civil objetiva quando a lei assim o determinar (v.g., CC 933) ou quando a atividade habitual do agente, por sua natureza, implicar risco para o direito de outrem (v.g., atividades perigosas).⁸¹ (grifos dos autores).

Pelo preceito estabelecido nesse artigo, subentende-se que o fato gerador da responsabilidade civil subjetiva é o ato ilícito. Portanto, diante da referência deste ao artigo 186 do mesmo diploma cumpre referir que em razão dos termos negligência e imprudência, a culpa também é um dos elementos da responsabilidade subjetiva.

Ademais, como se pode verificar, esse dispositivo reporta aos artigos 186 e 187, também do Código Civil, os quais dispõem:

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

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

⁸⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 18.

⁸¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*, p. 383.

Sobre esse enfoque, faz-se necessário referir que são pressupostos da responsabilidade civil extracontratual: a conduta, ou seja, a ação que ocasionou o dano; o nexo causal, que nada mais é do que o liame existente entre a conduta do agente e o dano que resultou, ou seja, a causa e o efeito; e por fim, o dano que

[...] é a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral.⁸²

Portanto, torna-se imperativa a análise de cada um dos elementos, o que se passa a fazer, pela razão que eles desempenham, cada qual, um papel significativo na configuração da responsabilidade civil extracontratual.

2.2.1 Conduta

A conduta nada mais é do que a ação ou omissão voluntária desenvolvida pelo agente. No dizer de Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho, conduta é “o elemento nuclear. É ela que, quando revestida com as características da culpa, causa dano a outrem e enseja a obrigação de repará-lo”.⁸³

Os mencionados autores fazem profunda distinção entre conduta e ação. Para eles deve-se entender “por conduta o comportamento humano voluntário que se exterioriza por meio de uma ação ou omissão, produzindo conseqüências jurídicas. A ação ou omissão é o aspecto físico, objetivo, da conduta, e a vontade, o seu aspecto psicológico ou subjetivo”.⁸⁴

Já em relação à ação, os autores dizem ser

⁸² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 71.

⁸³ DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo código civil: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios*. v. XIII (Arts. 927 a 965). Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 61.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 62.

A forma mais comum de exteriorização da conduta porque, fora do domínio contratual, as pessoas estão obrigadas a se abster da prática de atos que possam lesar o seu semelhante, de sorte que a violação desse *dever geral de abstenção* se obtém por intermédio de um fazer. Consiste, portanto, a ação em um movimento corpóreo comissivo, um comportamento positivo, como a destruição de uma coisa alheia, a morte ou lesão corporal a alguém, e assim por diante. Já a omissão, forma menos comum de comportamento, caracteriza-se pela *inatividade*, abstenção de alguma coisa devida.⁸⁵ (grifos dos autores).

Dessa forma, quanto à omissão, pode-se dizer que só será responsabilizado civilmente aquele que tinha o dever jurídico de agir, ou seja, tinha o dever de impedir o resultado. Cita-se como exemplo, o médico particular de um paciente, contratado com o fim especial de prestar atendimento. Se, por eventualidade, o paciente vier a falecer, o médico pode ser responsabilizado por não ter tentado evitar o evento morte.

Complementa Maria Helena Diniz, dizendo que “a omissão é a não observância de um dever de agir ou da prática de certo ato que deveria realizar-se. A omissão é, em regra, mais frequente no âmbito da inexecução das obrigações contratuais”.⁸⁶

Destarte, de nada adianta omissão se a conduta não estiver revestida do elemento subjetivo que é a culpa. Se não há culpa na conduta do agente, não há que se falar em obrigação de indenizar.

Arnaldo Rizzardo, com relação à culpa, explana seu entendimento dizendo que

[...] a culpa no sentido estrito equivale à ação ou omissão involuntária que causa danos, e que se dá por negligência, no que se expande em sentidos equivalentes, como descuido imperícia, indolência, desatenção e leviandade. No sentido lato, abrange o dolo, isto é, a ação ou omissão voluntária, pretendida, procurada, almejada, que também traz danos.⁸⁷

Todos os indivíduos, dentro das relações em sociedade, devem observar as regras de boa conduta, a fim de não ferir ou atingir bem jurídico de outrem. A partir do momento que certo indivíduo não toma esse cuidado, ele pratica uma conduta culposa ou dolosa.

⁸⁵ DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo código civil: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios*, p. 62.

⁸⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 17. ed. aum. e atual. v. 7. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 40.

⁸⁷ RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*, p. 28.

Sendo a conduta uma ação voluntária, em pouco importa a distinção de dolo ou culpa. Mas para não deixar de referir, salienta-se o pensamento exposto pelos autores Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavaliere Filho:

Tanto no dolo quanto na culpa há conduta voluntária do agente, só que no primeiro caso a conduta já nasce ilícita, porquanto a vontade se dirige à concretização de um resultado antijurídico, o dolo abrange a conduta e o efeito lesivo dele resultante, enquanto que no segundo a conduta nasce lícita, transmudando-se em ilícita, na medida em que se desvia dos padrões socialmente adequados. O juízo de valor no dolo incide sobre a conduta, ilícita desde a sua origem; na culpa, incide apenas sobre o resultado.⁸⁸

A ação nada mais é do que o fato gerador da responsabilidade, sendo que esta pode ser revestida ou não de ilicitude. Quando se fala em responsabilidade decorrente de um ato ilícito, se está referindo à culpa. Diz, ainda, o artigo 186, que o ato ilícito pode tanto ser uma ação quanto uma omissão.

Com relação aos artigos 186 e 187 do Código Civil, que tratam sobre o ato ilícito, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery afirmam

[...] que o ato ilícito descrito no CC 186 enseja reparação dos danos que ensejou, pelo regime da responsabilidade subjetiva, sendo requisitos necessários para que haja o dever de indenizar: a) o ato; b) o dano; c) o nexo de causalidade entre o ato e o dano; d) o dolo ou a culpa do agente causador do dano. [...] O ato ilícito descrito no CC 187 enseja reparação por danos que causou, pelo regime da responsabilidade objetiva, desnecessária a demonstração da conduta do agente (dolo ou culpa), de sorte que são requisitos necessários para que haja o dever de indenizar: a) o ato; b) o dano; c) o nexo de causalidade entre o ato e o dano.⁸⁹

Dessa forma, pode-se dizer que o ato ilícito referido na letra do código, não é específico a determinadas causas; todo aquele que praticar uma conduta que importe em ato ilícito, deve reparar aquele que se tornou lesado com o ato praticado. Assim, conclui-se que é revestido da culpa do agente.

⁸⁸ DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo código civil: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios*, p. 74.

⁸⁹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*, p. 383.

Bem disse Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos Santos que em face das “exigências naturais da vida em sociedade, diante de uma ação ou omissão lesiva a interesse moral ou material, surge a necessidade de reparação dos danos acarretados ao lesado, porque cabe ao Direito preservar a integridade das pessoas, a fim de que se restabeleça o equilíbrio pessoal e social”.⁹⁰

A conduta, como já foi referido é a ação que deu causa ao dano. Corroborar no entendimento Sérgio Cavaliere Filho ao referir que

[...] a ação é a forma mais comum de exteriorização da conduta, porque, fora do domínio contratual, as pessoas estão obrigadas a abster-se da prática de atos que possam lesar o seu semelhante, de sorte que a violação desse *dever geral de abstenção* se obtém através de um fazer. Consiste, pois a ação em um movimento corpóreo comissivo, um comportamento positivo, como a destruição de uma coisa alheia [...]. Já a omissão, forma menos comum de comportamento, caracteriza-se pela *inatividade*, abstenção de alguma conduta devida.⁹¹ (grifos do autor).

Também partilha desse entendimento, Rodrigo Mendes Delgado, como se transcreve:

Nada acontece por acaso. Toda consequência possui um móvel que a produziu. Deve haver uma relação de causa e efeito. Se há um efeito e, portanto, um resultado, é porque houve uma causa anterior que atuou, que foi posta em movimento para que o resultado se verificasse. [...] Dentro do âmbito da responsabilidade civil a ação é a atitude comissiva ou omissiva do agente que causou o dano. Sem sua participação, o dano não se teria verificado.⁹²

Ainda, cumpre referir que a ação do agente pode ser positiva ou negativa. Será positiva quando o agente praticar uma ação que venha a prejudicar outrem, causando-lhe dano, e será negativa quando o agente for omissivo; ele não agiu da forma como deveria ter agido.

⁹⁰ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação civil na separação e no divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 130.

⁹¹ CAVALIERE FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 24.

⁹² DELGADO, Rodrigo Mendes. *O valor do dano moral: como chegar até ele; teoria e prática*. São Paulo: JH Mizuno, 2003, p. 58-59.

2.2.2 Nexa causal

O dever de indenizar não surgirá com a simples realização da conduta ilícita se esta não possuir ligação direta com o dano. Nesse sentido, afirmam Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho, que

[...] não basta que alguém tenha praticado uma conduta ilícita, tampouco que a vítima tenha sofrido um dano. É preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente, que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeito. Em síntese, é necessário que o ato ilícito seja a causa do dano, que o prejuízo sofrido pela vítima seja resultado desse ato, sem o que a responsabilidade não correrá a cargo do autor material do fato.⁹³

Arnaldo Rizzardo complementa a citação acima alegando que,

[...] para ensejar e buscar a responsabilidade, é preciso que haja ou se encontre a existência de um dano, o qual se apresenta antijurídico, ou que não seja permitido ou tolerado pelo direito, ou constitua espécie que importe em reparação pela sua mera verificação, e que se impute ou atribua a alguém que o causou ou ensejou a sua efetivação.⁹⁴

Portanto, a indenização surge somente a partir do momento em que fica evidenciado o nexa de causalidade entre a ação praticada pelo agente e o prejuízo sofrido pela vítima. Dessa forma, como preceitua Sílvio de Salvo Venosa, se a vítima não identificar o nexa causal que conduz ao ato lesivo, não há possibilidade de ser ressarcida, por tratar-se de elemento indispensável da obrigação de indenizar.⁹⁵

Com a alteração do Código Civil, foi retirada a previsão de regra sobre o nexa causal, o que difere do Código Penal, o qual disciplina a matéria em seu artigo 13.⁹⁶

⁹³ DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo código civil: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios*, p. 77.

⁹⁴ RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*, p. 71.

⁹⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 10. ed., v. IV. São Paulo: Atlas, 2010, p. 56.

⁹⁶ BRASIL. Código Penal, 1940. Artigo 13. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Havia no Código anterior, o artigo 1.060 que dispunha: “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato”. Hoje tal dispositivo encontra-se em vigor, mas no artigo 403 do Código Civil.

Para tanto, a chamada teoria da causalidade adequada tenta explicar o nexo causal seguindo o disposto no artigo 403 do Código Civil. Foi criada por Von Kries conforme assinala Sérgio Cavalieri Filho, explicando que causa é o antecedente mais adequado à produção da prova.⁹⁷ Tem por objetivo chegar à condição mais concreta para a produção do resultado.

Sérgio Cavalieri Filho assegura que o problema está em verificar qual é a causa mais adequada. E complementa mencionando que tudo dependerá do caso concreto, devendo, para tanto, atender “a realidade fática, com bom senso e ponderação”.⁹⁸

É nesse sentido que o juiz, diante do caso concreto, deverá retroceder “ao momento da conduta, colocar-se no lugar do agente e, com base no conhecimento das leis da natureza, bem como na situação particular em que se encontrava o agente, emitir o seu juízo sobre a idoneidade da causa para a ocorrência do dano”.⁹⁹

2.2.3 Dano

Por fim, o último elemento da responsabilidade civil extracontratual: **o dano**.

No dizer de Rodrigo Mendes Delgado “o dano é pressuposto do dever de reparar. Havendo dano, estaremos diante de algo concreto, real, um evento que, uma vez produzido, altera todo o mundo material, ou moral”.¹⁰⁰

Se não houvesse dano, não teria que se falar em vítima, muito menos em indenização. Sérgio Cavalieri Filho aponta que “pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano”.¹⁰¹

⁹⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 48.

⁹⁸ Idem.

⁹⁹ DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo código civil: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios*, p. 81.

¹⁰⁰ DELGADO, Rodrigo Mendes. *O valor do dano moral: como chegar até ele; teoria e prática*, p. 57-58.

¹⁰¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 70.

Destarte, se não houvesse dano a ser indenizado caracterizar-se-ia enriquecimento ilícito para a pessoa que estivesse recebendo os valores fixados em determinação judicial, e pena àquele que os pagasse, porquanto, como já exposto, o objetivo da indenização não é só aplicar uma pena ao ofensor, mas sim reparar o prejuízo constatado pela vítima.¹⁰²

É nesse sentido que Michel Mascarenhas assevera que o dano deve ser efetivo, real existente, mensurável pela pessoa mediana, pois se não contiver essas características não será considerado dano para efeito de responsabilidade civil¹⁰³. E acrescenta que

Não se pode admitir que alguém pretenda ser indenizado por capricho, por fatos que somente a ele se enquadra como danoso, por razão que não caracteriza a existência de qualquer prejuízo. Danos ou prejuízos que cabem apenas no imaginário da suposta vítima não podem ser indenizados, sob pena de se cometer uma injustiça e se beneficiar o pedinte com um enriquecimento indevido.¹⁰⁴

Com o fim de obter melhor esclarecimento acerca do que seja efetivamente o dano, cumpre referir conceitos apresentados por alguns doutrinadores, como se passa a fazer.

Para Maria Helena Diniz, dano é um dos pressupostos da responsabilidade civil, tanto contratual como extracontratual, pois segundo a autora não poderá haver ação de indenização sem a existência de um prejuízo.¹⁰⁵

Sílvio de Salvo Venosa diz que “dano consiste no prejuízo sofrido pelo agente. Pode ser individual ou coletivo, moral ou imaterial, ou melhor, econômico e não econômico”. Explica, ainda, que a noção de dano foi objeto de muitas discussões, ressaltando, no entanto, que sempre esteve ligado à noção de prejuízo.¹⁰⁶

Antônio Jeová Santos também considera o dano como um prejuízo que causa diminuição do patrimônio ou detrimento às afeições legítimas. Acrescenta alegando que,

¹⁰² CHAMONE, Marcelo Azevedo. *O dano na responsabilidade civil*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11365>>. Acesso em: 13 jul. 2010.

¹⁰³ MASCARENHAS, Michel. *A responsabilidade civil no rompimento do casamento e da união estável*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 54-55.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 54.

¹⁰⁵ DINIZ, Maria Helena. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*, p. 64.

¹⁰⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*, p. 39.

Todo ato que diminua ou cause menoscabo aos bens materiais ou imateriais, pode ser considerado dano. O dano é um mal, um desvalor ou contravalor, algo que se padece com dor, posto que nos diminui e reduz; tira de nós algo que era nosso, do qual gozávamos ou nos aproveitávamos, que era nossa integridade psíquica ou física, as possibilidades de acréscimos ou novas incorporações [...].¹⁰⁷

Não se pode deixar de colacionar o conceito exposto por Sérgio Cavalieri Filho:

Conceitua-se, então, o dano como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral.¹⁰⁸

Nessa perspectiva, Humberto Theodoro Júnior também assevera que

[...] por dano, para fins de responsabilidade civil, entende-se a redução ou subtração de um bem jurídico, que pode afetar o patrimônio do ofendido, ou sua personalidade (honra, imagem, integridade física, liberdade, etc.). Dano, assim, é a lesão de bem jurídico, seja patrimonial ou moral.¹⁰⁹

Como amplamente mencionado, dano, então, é a lesão a um bem material, contudo pode ser também imaterial, ou seja, quando se referir à moral, ao íntimo da pessoa.

E, cada vez que uma pessoa sofre um dano, merece amparo, a fim de ver sua dor minimizada, pois “a lesão é sempre suscetível de indenização”.¹¹⁰

¹⁰⁷ SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2001, p. 75.

¹⁰⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 71.

¹⁰⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo código civil: dos efeitos do negócio jurídico ao final do livro III*. v. II, tomo II (Arts. 185 a 232). Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 34.

¹¹⁰ SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*, p. 56.

2.2.3.1 *Dano material ou patrimonial*

O dano material ou patrimonial atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima, ou seja, todo o conjunto de bens suscetíveis de uma avaliação pecuniária e que pode ser reparado através de restauração ou reconstituição da situação anterior à lesão, qual seja, indenizando pecuniariamente.

Entende-se por dano, portanto, o prejuízo, lesão ao ato de outrem e que, por consequência, envolve a ideia de patrimônio.

Esse dano, por sua vez, deve ser emergente, isto é, deve surgir no momento da conduta e que importe em efetiva e imediata diminuição do patrimônio da vítima, decorrente do ato ilícito.

De acordo com Maria Helena Diniz “o dano patrimonial vem a ser a lesão concreta, que afeta um interesse relativo ao patrimônio da vítima, consistente na perda ou deterioração, total ou parcial, dos bens materiais que lhe pertencem, sendo suscetível de avaliação pecuniária e de indenização pelo responsável”.¹¹¹

Ademais, com a ocorrência do dano poderão ser alegados pela vítima os lucros cessantes, os quais constituem a perda do ganho esperável ou futuro, se não tivesse ocorrido a diminuição do potencial de seu patrimônio.

Nesse sentido, o artigo 402 do Código Civil refere que “salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”.

Para tanto, aplica-se o princípio da razoabilidade. Esse princípio refere-se ao que a vítima lucraria se não tivesse ocorrido a situação fática concreta. Relaciona-se diretamente com o lucro cessante e a perda de uma chance, hipóteses em que não se discute o prejuízo, mas o que a vítima poderia ter ganho caso não tivesse ocorrido a ilicitude.

A perda de uma chance surge a partir do momento em que a conduta do agente faz desaparecer as possibilidades de benefício que a vítima poderia alcançar no futuro. Assim,

¹¹¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*, p. 64.

Sérgio Cavaliéri Filho observa que se deve “entender por *chance* a probabilidade de se obter um lucro ou de se evitar uma perda”.¹¹² (grifo do autor).

Cáio Mário da Silva Pereira, citado por Sérgio Cavaliéri Filho, assegura que “a reparação da perda de uma chance repousa em uma probabilidade e uma certeza; que a chance seria realizada e que a vantagem perdida resultaria em prejuízo”, ou seja, a chance perdida da qual se busca a reparação deve ser séria e que tenha resultado em prejuízo material ou imaterial.¹¹³

Destarte, se a ação estiver baseada em mero dano hipotético não haverá direito à reparação. Dessa forma, “a indenização pecuniária deve ser medida pela *diferença* entre a *situação real* em que o ato ilícito deixou o lesado e a *situação em que ele se encontraria* sem o dano sofrido, atendendo ao curso normal das coisas”.¹¹⁴ (grifos do autor).

De outra parte, no que se refere à quantificação da indenização nas hipóteses de perda de uma chance, Sílvio de Salvo Venosa constata que

Quando vem à baila o conceito de chance, estamos em face de situações nas quais há um processo que propicia uma oportunidade de ganhos a uma pessoa no futuro. Na perda da chance ocorre a frustração na percepção desses ganhos. **A indenização deverá fazer uma projeção dessas perdas, desde o momento do ato ou fato jurídico que lhe deu causa até um determinado tempo final, que pode ser uma certa idade para a vítima, um certo fato ou a data da morte.**¹¹⁵ (grifou-se).

Nesse sentido preceitua Maria Helena Diniz:

O dano patrimonial mede-se pela diferença entre o valor atual do patrimônio da vítima e aquele que teria, no mesmo momento, se não houvesse a lesão. O dano, portanto, estabelece-se pelo confronto entre o patrimônio realmente existente após o prejuízo e o que provavelmente existiria se a lesão não se tivesse produzido.¹¹⁶

¹¹² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 74-75.

¹¹³ *Ibidem*, p. 75.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 73.

¹¹⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*, p. 42.

¹¹⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*, p. 65.

Sérgio Cavaliéri Filho entende que o lucro cessante e a perda de uma chance são semelhantes, porém, o lucro cessante é a perda do lucro esperado, e como consequência, ele acarreta a diminuição do patrimônio em razão da conduta praticada pelo agente.¹¹⁷

Essa conduta “pode decorrer não só da paralisação da atividade lucrativa ou produtiva da vítima, como, por exemplo, a cessação dos rendimentos que alguém já vinha obtendo da sua profissão, como também, da frustração daquilo que era razoavelmente esperado”.¹¹⁸

Por conseguinte, o cálculo contábil deverá ser preciso para não caracterizar enriquecimento ilícito; por isso, aplica-se o princípio da razoabilidade, ou seja, quantificar apenas o que razoavelmente deixou de lucrar.¹¹⁹

Em suma, como referido, o dano material é aquele que atinge a massa patrimonial da vítima, e é passível de avaliação pecuniária, através da reposição em dinheiro, por um ou outro dos métodos apontados.

2.2.3.2 Dano Moral

O dano moral atinge o íntimo da pessoa. O seu conteúdo não é dinheiro, mas busca-se através da indenização pecuniária reparar a dor, o sofrimento causado com a ofensa, a humilhação à vítima. Portanto, é lesão a direito personalíssimo produzida ilicitamente por outrem.¹²⁰

Em sentido estrito, o dano moral pode ser conceituado como violação à dignidade da vítima. Assim, a Constituição em seu artigo 5º, incisos V e X¹²¹, inseriu a reparação do dano moral, e, com fulcro nesta disposição a jurisprudência tem entendido que sempre que houver agressão à dignidade da pessoa humana constitui o dano moral, por isso, passível de indenização.

¹¹⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 72.

¹¹⁸ Idem.

¹¹⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*, p. 45.

¹²⁰ AMARAL, Francisco. *Direito civil, introdução*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 544.

¹²¹ BRASIL. Constituição Federal, 1988. Artigo 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem; [...]

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação [...].

Já em sentido mais amplo, o dano moral abrange os direitos da personalidade, tais como: “a imagem, o bom nome, a reputação, sentimentos, relações afetivas, aspirações, hábitos”.¹²²

Sílvio de Salvo Venosa também entende assim. Veja-se:

Dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. [...] O dano moral abrange também e principalmente os direitos da personalidade em geral, direito à imagem, ao nome, à privacidade, ao próprio corpo etc. Por essas premissas, não há que se identificar o dano moral exclusivamente com a dor física ou psíquica. Será moral o dano que ocasiona um distúrbio anormal na vida do indivíduo [...].¹²³

É por essas razões que o dano moral é também chamado de imaterial, vez que ele não é susceptível de avaliação pecuniária. O que pode haver é uma compensação através de uma imposição pecuniária ao causador do dano.

Segundo Vitor Ugo Oltramari, quase toda a doutrina, reconhece que

[...] o dano material atinge a pessoa no que ela tem, ao passo que o moral, no que ela é. Por isso, o bem jurídico atingido é a própria pessoa da vítima, seus valores imateriais e seus sentimentos; sua vida, honra, imagem, sua afeição e reconhecimento social; sua liberdade e integridade física e psíquica. Em decorrência, é causa de mal-estar, transtornos e desgostos, insatisfação e, muitas vezes, desespero. Afeta sentimentos, vulnera afeições legítimas e rompe o equilíbrio espiritual, produzindo angústia, humilhação, dor.¹²⁴

Estudiosos e pensadores como Yussef Said Cahali e Von Ihering afirmam que a responsabilidade existe desde a época do Direito Romano, verificando-se sempre que a conduta importasse em difamação e injúria, ou seja, em condutas que importassem na diminuição do conceito de pessoa íntegra e zeladora de seus deveres, como por exemplo, a mulher adúltera. Por isso, havia várias penalidades e tudo dependia da gravidade da injúria e da difamação que atingiu a vítima.¹²⁵

¹²² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 81.

¹²³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*, p. 49-50.

¹²⁴ OLTRAMARI, Vitor Ugo. *O dano moral na ruptura da sociedade conjugal*, p. 04.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 07-09.

O Direito Canônico, por sua vez, influenciou muito na reparabilidade do dano moral. Foi através dele que o “pré-codificado brasileiro adotou o princípio da reparabilidade pelo não cumprimento da promessa de casamento, vigente no eclesial. Não obrigava a casar, mas impunha a reparação das perdas e danos decorrentes pelo descumprimento do prometido”.¹²⁶

Havia as arras esponsalícias que

[...] funcionavam como verdadeira cláusula penal. Todas as penalidades canônicas estavam nitidamente vinculadas à fé religiosa e à atividade administrativa da Igreja, e a sentença declaratória da infâmia garantia o cumprimento das penalidades. Quanto à penal, não ultrapassava a pessoa do ofensor, por influência do que, no nosso direito sucessório, também não ultrapassam aquelas aplicadas ao herdeiro indigno ou deserddado.¹²⁷

Essa penalidade, imposta à época, centrava-se na ideia de responsabilizar o noivo que terminasse o noivado, rompendo com a promessa do futuro casamento. Destaca-se, porém, que hoje não há mais a aplicabilidade, ficando de forma livre a deliberação de duas pessoas em contraírem o noivado e, conseqüentemente, o futuro casamento.

Em um primeiro momento, recusava-se a ressarcibilidade do dano moral, pois se considerava imoral estabelecer um preço para reparar a dor. Mas, aos poucos, foi evidenciado que não se tratava de *pretium doloris* (o preço do sofrimento), mas de simples compensação, pela tristeza injustamente infligida à vítima, vez que todo

[...] aquele que sofre um dano moral deve ter direito a uma satisfação de cunho compensatório. Diz-se compensação, pois o dano moral não é propriamente indenizável; “indenizar” é palavra que provém do latim, “*in dene*”, que significa devolver (o patrimônio) ao estado anterior, ou seja, eliminar o prejuízo e suas conseqüências – o que, evidentemente, não é possível no caso de uma lesão de ordem extrapatrimonial. Prefere-se, assim, dizer que o dano moral é *compensável*, embora o próprio texto constitucional, em seu artigo 5º, X, se refira à *indenização* do dano moral.¹²⁸ (grifos da autora).

¹²⁶ OLTRAMARI, Vitor Ugo. *O dano moral na ruptura da sociedade conjugal*, p. 09.

¹²⁷ Idem.

¹²⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 145.

O pensamento contrário da época referia que em relação ao que não se pode medir não se poderia, portanto, indenizar, por ser a indenização a própria medição do dano. E dessa forma, “tanto do ponto de vista moral quanto do ponto de vista dos instrumentos jurídicos disponíveis, a reparação do dano moral parecia impraticável”.¹²⁹ Todavia, numa segunda fase, houve a admissão do ressarcimento por dano moral, momento em que passou a ser alegado que além de sofrer um dano patrimonial, a vítima também sofria um dano moral.

Nesta senda, há o exemplo citado por Sérgio Cavalieri Filho, da morte de um chefe de família em acidente de trânsito, que demonstra o exposto: “quem pode negar que, além do aspecto patrimonial decorrente dessa morte, representada pela perda do amparo material (alimentos, habitação, o sustento de modo geral), a esposa e os filhos da vítima sofrem também profundo, intenso sofrimento pelo trágico desaparecimento do esposo e pai”.¹³⁰

Em situações como esta é concedida a indenização pelos danos patrimoniais sofridos, porém ela não atinge o dano moral, pois cada qual produz efeitos diferentes, e por consequência, não há que se falar em absorção do primeiro pelo segundo.¹³¹

Antônio Jeová Santos complementa dizendo que

A perda da vida causa um *dano moral*, em princípio. Porém, se o falecido sustentava a família ou se era criança, mas havia a possibilidade de, mais tarde, ajudar os pais, é nítido o prejuízo material aos familiares. Neste caso, a indenização é dupla. Portanto, cada bem lesionado é uma entidade própria e merece integral reparação.¹³² (grifos do autor).

A jurisprudência brasileira, por muito tempo, foi contrária à reparabilidade do dano moral em tal hipótese, porém mudou a sua posição, sumulando a sua teoria na Súmula n.º 491 do Supremo Tribunal Federal (STF) cujo enunciado se transcreve: “É indenizável o acidente que causa morte do filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado”.

Assim, o ressarcimento do dano moral não se trata apenas de restituição do dano causado, mas tem um cunho satisfatório à vítima, pois através dele se busca algo que recompense o sofrimento ou a humilhação sofrida.¹³³

¹²⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, p. 146.

¹³⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 82.

¹³¹ Idem.

¹³² SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*, p. 40.

¹³³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 81.

Ante o exposto, conclui-se que o primeiro objetivo da satisfação do dano moral “não é impor uma pena, mas compensar o dano sofrido”¹³⁴. Contudo, não deixa de ser uma pena, considerando que visa reprimir o autor, a fim de desaconselhá-lo a repetir tal conduta em outra situação. O dinheiro tem a função de amenizar a situação moral para, ao menos, diminuir o sofrimento causado à vítima. É certo que o valor não fará retornarem as coisas ao estado anterior do fato danoso, mas permitirá o seu restabelecimento espiritual, amenizando a dor e os sofrimentos decorrentes.

O dano moral que se busca reparar tem que ser de grande relevância, a fim de ensejar a convicção do juiz. É evidente que caberá ao juiz fazer a análise de cada caso em concreto, seguindo uma lógica razoável, para atender aos anseios da vítima. Sílvio de Salvo Venosa reforça o exposto, dizendo que “ao analisar o dano moral, o juiz se volta para a sintomatologia do sofrimento, a qual, se não pode ser valorada por terceiro, deve, no caso, ser quantificada economicamente”.¹³⁵

Tratando-se o dano moral de uma ofensa à dignidade da pessoa humana, o seu objeto deve ser um ataque que cause dor, vexame, humilhação ou sofrimento, alterando profundamente o estado psicológico e social da vítima.

Para tanto, na busca pela sua reparação, o que irá mudar é o enfoque das provas, as quais serão baseadas em pressupostos diversos daqueles defendidos em sede de dano material ou patrimonial.¹³⁶ Portanto, para o dano material ou patrimonial, é exigida a prova concreta do prejuízo suportado pela vítima, já em sede de dano moral não há a necessidade de provar a dor ou sofrimento para ser caracterizada a responsabilidade civil, basta neste caso, a ofensa à personalidade da vítima.¹³⁷

Em síntese, a função do dano moral é amenizar a dor ou humilhação sofrida pela vítima através de uma indenização pecuniária.

Como visto, pode-se dizer que de um lado há uma função preventiva, para que não ocorram novas situações que ensejem a reparação por indenização e, por outro lado, possui uma natureza compensatória para a vítima, pois o montante que receberá com a indenização, poderá lhe proporcionar outros prazeres. Portanto, a natureza jurídica do dano moral além de

¹³⁴ OLTRAMARI, Vitor Ugo. *O dano moral na ruptura da sociedade conjugal*, p. 11.

¹³⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*, p. 50.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 52.

¹³⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, p. 158-159.

punitiva, é também satisfatória, pois é um meio de satisfazer a ordem intelectual, moral ou mesmo material.

Sílvio de Salvo Venosa refere que além dessas funções o dano moral não deixa de ter cunho educativo, didático ou pedagógico. Mas segundo o doutrinador, boa parte da doutrina ainda não aceita a função pedagógica da indenização.¹³⁸

Já Maria Helena Diniz constata que

A reparação do dano moral cumpre, portanto, uma função de justiça corretiva ou sinalagmática, por conjugar, de uma só vez, a natureza satisfatória da indenização do dano moral para o lesado, tendo em vista o bem jurídico danificado, sua posição social, a repercussão do agravado em sua vida privada e social e natureza penal da reparação para o causador do dano, atendendo a sua situação econômica, a sua intenção de lesar (dolo ou culpa), a sua imputabilidade etc.¹³⁹

Nessa trilha, o julgamento do magistrado deverá ter por base tanto as condições do ofensor quanto da vítima, para não ser caracterizado o enriquecimento ilícito, pois

A razão da indenização do dano moral reside no próprio ato ilícito. Deverá ser levada em conta também, para estabelecer o montante da indenização, a *condição social e econômica* dos envolvidos. O sentido indenizatório será mais amplamente alcançado à medida que economicamente fizer algum sentido tanto para o causador do dano como para a vítima. O montante da indenização não pode nem ser caracterizado como esmola ou donativo, nem como premiação.¹⁴⁰ (grifos do autor).

Assim sendo, quando se busca a indenização por dano moral, o magistrado, em análise do caso concreto, não poderá levar em conta apenas a situação financeira da vítima, muito menos do agente causador do dano. Não se pode dizer que o sofrimento do rico é maior do que daquele que possui poucos recursos financeiros. A vida não se mede através de valor

¹³⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*, p. 340.

¹³⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*, p. 99.

¹⁴⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*, p. 52.

pecuniário, senão seria afrontar o princípio da dignidade da pessoa humana consagrado no inciso III, do artigo 1º da Constituição Federal.¹⁴¹

Dessa forma, com relação à prova do dano moral, preleciona Sérgio Cavalieri Filho que

[...] o dano moral está insito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Em outras palavras, o dano moral existe *in re ipsa*; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que docorre das regras da experiência comum.¹⁴² (grifos do autor).

É nesse sentido que o parágrafo único do artigo 944 do Código Civil¹⁴³ se refere. Ele reafirma que, desse modo, se o grau de culpa do ofensor for leve e a extensão do dano for maior, o julgador deverá fazer uma correção para aplicar a regra de que a indenização se mede pela extensão do dano.

Ressalta-se que a prova deverá ser feita como em qualquer processo, ou seja, por todos os meios admitidos em direito para demonstrar, unicamente, a ocorrência do fato lesivo, como assinala Humberto Theodoro Júnior:

Daí porque não se exige do autor da pretensão indenizatória que prove o dano extrapatrimonial. Cabe-lhe apenas comprovar a ocorrência do fato lesivo, de cujo contexto o juiz extrairá a idoneidade, ou não, para gerar dano grave e relevante, segundo a sensibilidade do homem médio e a experiência da vida.¹⁴⁴

Desse entendimento, também, partilha Rodrigo Mendes Delgado, o qual garante que “a prova de sua existência, exsurge do arcabouço fático narrado pela vítima. Assim, pela

¹⁴¹ FONSECA, Guilherme de Martin Ramos da. *A reparação dos danos morais e seu quantum indenizatório em casos de morte: Existe enriquecimento ilícito? Há justiça na consideração do poder econômico do ofendido para fins de cálculo de seu arbitramento?* Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9010>>. Acesso em: 26 jul. 2010.

¹⁴² CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, p. 86.

¹⁴³ BRASIL. Código Civil, 2002. Artigo 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessivamente desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.

¹⁴⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil: dos efeitos do negócio jurídico ao final do Livro III*, p. 46.

análise da narração dos fatos, pode se perceber, por meio de um critério axiológico, que o magistrado deverá possuir, a existência do dano moral”.¹⁴⁵

Nessa mesma trilha, é possível concluir com Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavaliere Filho, que a realização da prova do dano moral não pode ser promovida da mesma forma que a do dano material ou patrimonial, pelo fato de ser impossível à vítima comprovar “a dor, a tristeza ou a humilhação com depoimentos, documentos ou perícias”.¹⁴⁶

Assim também entende Michel Mascarenhas ao aduzir que

Para o arbitramento do valor da indenização pelo dano moral não há dados ou números a serem calculados, sendo mais espinhoso o trabalho do julgador no momento de dizer o direito da vítima, relativo ao *quantum debeatur*. Afinal, a dor não tem preço. Diante dessa premissa, ressalta-se, por oportuno, que esse é o maior argumento daqueles que defendem a impossibilidade da reparação por dano moral.¹⁴⁷ (grifos do autor).

O autor acima citado é claro ao alegar que

Não se pode exigir que o magistrado verifique a dor psíquica, moral, pois não existem meios para essa avaliação. Do contrário, se essa análise fosse exigida, restariam sem proteção os direitos personalíssimos, já que a agressão a muitos deles não deixa marcas físicas, vistas a “olho nu”. O dano moral é interno, subjetivamente ligado aos sentimentos da vítima. Uma vez que não se pode adentrar a “psique” da pessoa, para a condenação basta o fato da violação a um direito de personalidade.¹⁴⁸

Alguns doutrinadores referem que, em se tratando de difícil comprovação da dor, o dano moral existe *in re ipsa*, ou seja, é presumível, pois “deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto*, está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras da experiência comum”.¹⁴⁹ (grifos do autor).

¹⁴⁵ DELGADO, Rodrigo Mendes. *O valor do dano moral: como chegar até ele; teoria e prática*, p. 235.

¹⁴⁶ DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo código civil: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios*, p. 107.

¹⁴⁷ MASCARENHAS, Michel. *A responsabilidade civil no rompimento do casamento e da união estável*, p. 59.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 59-60.

¹⁴⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*, p. 108.

De acordo com os ensinamentos de Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos Santos, há dois critérios a se considerar, a fim de identificar o dano moral ou imaterial. São eles: “1º) a verificação da origem do dano, relacionada ao bem violado e respectiva natureza; e 2º) a constatação dos efeitos do dano, referente à natureza das conseqüências ou dos reflexos produzidos na esfera jurídica violada”.¹⁵⁰

A mesma autora, dando continuidade ao pensamento, assevera que o primeiro critério envolve todos os tipos de dano. Nesse contexto, está inserido, conseqüentemente, o dano moral como “alteração no bem-estar psicofísico do indivíduo”.¹⁵¹ Já com relação ao segundo critério, diz-se que “o dano material tem como efeito um prejuízo econômico ou pecuniário, mensurável por cálculo aritmético, e o dano moral refere-se aos aspectos sentimental ou afetivo, intelectual ou social da personalidade do lesado”.¹⁵²

Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos Santos observa, com base no pensamento de Maria Helena Diniz, que “o direito não repara qualquer padecimento, dor ou aflição, mas aqueles que forem decorrentes da privação de um bem jurídico sobre o qual a vítima teria interesse reconhecido juridicamente”.¹⁵³ De permeio, incluem-se os direitos personalíssimos dotados de proteção constitucional.

Deveras, a construção da reparação moral teve larga discussão até o momento em que a Constituição Federal consolidou o seu reconhecimento como sendo a garantia dos direitos individuais, derrubando todos os posicionamentos contrários e atendendo aos clamores sociais da época.¹⁵⁴

Ademais, hoje não existem mais dúvidas da sua reparabilidade, pois sempre que houver ato ilícito, que provoque dano imaterial à vítima, haverá a reparação moral, a fim de satisfazer a ordem intelectual. Porém, as dificuldades ainda residem na sua quantificação, uma vez que é difícil estipular um valor à dor, à humilhação ou à ofensa da honra e dignidade da pessoa. Por essas razões, cabe somente ao juiz, segundo as peculiaridades do caso concreto, promover a estimativa do dano, atendendo os padrões da razoabilidade de modo a assegurar a dignificação da pessoa ofendida nos seus valores mais íntimos sem, contudo, proporcionar enriquecimento indevido.

¹⁵⁰ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação civil na separação e no divórcio*, p. 146.

¹⁵¹ SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*, p. 100.

¹⁵² SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação civil na separação e no divórcio*, p. 146.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 147.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 152.

3 A RUPTURA DA SOCIEDADE CONJUGAL FUNDADA NA CULPA

Como já exposto no decorrer do presente trabalho, a família é a base formadora da sociedade. Nesse contexto de família, estão incluídos os institutos do casamento e da união estável, os quais são regidos e se rompem por determinadas regras, de acordo com a moral e os bons costumes de cada época e lugar.

Assim, em determinada fase do desenvolvimento do pensamento da sociedade, foi instituído o desquite, marco histórico, que colocava fim à sociedade conjugal, mas mantinha íntegro o vínculo matrimonial, de modo que os desquitados não podiam contrair novas núpcias.

Gustavo Tepedino esclarece que

[...] à luz do Código Civil de 1916, inspirado na linha dominante da codificação europeia do século XIX, considerava-se o casamento indissolúvel e a separação, em regra, culposa, gerando um conjunto de sanções patrimoniais e não-patrimoniais contra o cônjuge faltoso: a noção de culpa identificava um comportamento causador de dano (por si só, necessariamente) injusto, ou seja, a dissolução do vínculo conjugal.¹⁵⁵

Nesta senda, complementa o autor afirmando que

Para o Código Civil, a família representava uma instituição fundada no casamento, e a este, portanto, inexoravelmente vinculada. [...] O casamento era assim valorado como um bem em si mesmo, necessário à consolidação das relações sociais, independentemente da realização pessoal de seus membros. O rompimento da sociedade conjugal, portanto, afigurava-se como o esfacelamento da própria família, reprovado socialmente, a despeito das causas subjetivas que o motivaram.¹⁵⁶

Entende-se, a partir do contexto, que o casamento deveria ser preservado mesmo contra a vontade dos cônjuges. Por isso, o desquite foi inserido no Código Civil de 1916, na tentativa de solucionar casos ditos anômalos, isto é, contrários à moral e aos bons costumes da

¹⁵⁵ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 384.

¹⁵⁶ Idem.

época.¹⁵⁷ No dizer de Maria Berenice Dias, desquite queria dizer que alguém estava em débito com a sociedade.¹⁵⁸

Maria Berenice Dias conclui, alegando que

Sob a égide de uma sociedade fortemente conservadora e influenciada pela igreja, justificava-se a concepção do casamento como instituição sacralizada. Quando da edição do Código Civil de 1916, o enlace juramentado era **indissolúvel**. A única possibilidade legal de romper com o matrimônio era o **desquite**, que, no entanto, não o dissolvia. Permanecia intacto o **vínculo conjugal**, a impedir novo casamento, mas não novos arranjos familiares, pois cessavam os deveres de fidelidade e de manutenção da vida em comum sob o mesmo teto. Remanescia, no entanto, a obrigação de mútua assistência, a justificar a permanência do encargo alimentar em favor do cônjuge inocente e pobre.¹⁵⁹ (grifos do autora).

Antes da aprovação da Emenda Constitucional nº 9/1977, que possibilitava o divórcio, o parágrafo 1º do artigo 175 da Constituição Federal de 1969 dizia que o casamento era indissolúvel. Mas, com o advento desta Emenda, em 28 de junho de 1977, o texto desse parágrafo foi alterado, dispondo o seguinte: “O casamento poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos”.

Diante das significativas mudanças realizadas para que a lei regulamentadora do divórcio pudesse ser aprovada, foram realizadas alterações em alguns dispositivos do Código Civil de 1916, o qual previa apenas o desquite. Para tanto, em 26 de dezembro de 1977 a Lei do Divórcio foi aprovada, e a nomenclatura “desquite” passou a ser chamada de “separação judicial”.¹⁶⁰

Dessa forma, a **separação judicial** continuou com a mesma função antes atribuída ao “desquite” que era a forma de **dissolver a sociedade conjugal**. Deve-se entender que estavam resolvidas apenas as questões da coabitação, de fidelidade recíproca, e a partilha dos bens adquiridos pelo casal.¹⁶¹

¹⁵⁷ PEREIRA, Áurea Pimentel. *Divórcio e separação judicial: comentários à lei 6.15/1977 à luz da constituição de 1988, com as alterações das leis 7.841 e 8.408-92*; doutrina, legislação, jurisprudência, direito comparado. 9. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 11.

¹⁵⁸ DIAS, Maria Berenice. Da separação e do divórcio. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *Direito civil e o novo código civil*. 4. ed. rev. e atual. 2. tir. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 62.

¹⁵⁹ Idem. *Manual de direito das famílias*, p. 292.

¹⁶⁰ Idem. Da separação e do divórcio, p. 62.

¹⁶¹ BRASIL. Lei nº 6.515, 1977. Artigo 3º. A separação judicial põe termo aos deveres de coabitação, fidelidade recíproca e ao regime matrimonial de bens, como se o casamento fosse dissolvido.

Já o **divórcio**, foi introduzido com função de **dissolver o vínculo conjugal**, o que, até então, somente era possível em caso de morte de um dos cônjuges ou pela nulidade ou anulação do casamento.

Essa distinção está presente no próprio Código Civil como destacam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, quando alertam que “fica evidenciado com clareza que a separação não põe fim ao casamento, mas apenas à sociedade conjugal. Enquanto perdura o vínculo matrimonial, permanece para o separado o impedimento de convolar novas núpcias. O divórcio põe termo ao casamento civil e aos efeitos civis do matrimônio religioso”.¹⁶²

Com a alteração do Código Civil, os institutos da separação judicial e do divórcio ganharam um capítulo próprio, nos artigos 1.571 ao 1.582. E é no artigo 1.573 que estão previstas as possibilidades que podem ocasionar a insuportabilidade da vida em comum e, conseqüentemente, o rompimento do enlace matrimonial. Veja-se:

Art. 1.573. Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos:

I - adultério;

II - tentativa de morte;

III - sevícia ou injúria grave;

IV - abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo;

V - condenação por crime infamante;

VI - conduta desonrosa.

Parágrafo único. O juiz poderá considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum.

O rol previsto neste artigo não é taxativo pois o legislador, além das causas elencadas, acresceu ao parágrafo único que o juiz pode considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum.

Dessa forma, pode-se dizer que “em linhas gerais, qualquer ato que implique violação do dever de fidelidade, mútua assistência e convivência poderá lastrear o pedido de separação, devendo o requerente comprovar que tal ato tornou a vida em comum insuportável”.¹⁶³

Das causas analisadas, interessa para o presente trabalho a elencada no inciso VI – *conduta desonrosa* ou *grave violação dos deveres do casamento*. Maria Helena Diniz entende que a dificuldade está em caracterizá-la. Contudo, a autora complementa aduzindo que cabe

¹⁶² NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*, p. 1122-1123.

¹⁶³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*, p. 193.

ao juiz analisar caso a caso, devendo considerar alguns elementos como, por exemplo, o ambiente familiar, a sensibilidade e grau de educação do cônjuge, dentre outros.¹⁶⁴

É nesse sentido que surgem as indenizações por danos morais, em razão de grave violação dos deveres do casamento. A infringência de qualquer deles (fidelidade recíproca, vida em comum no domicílio conjugal, mútua assistência, sustento, guarda e educação dos filhos, respeito e consideração mútuos)¹⁶⁵, “autoriza o inocente, ou seja, aquele que não concorreu para a sua prática, a requerer a separação, por se tornar insuportável a vida em comum”.¹⁶⁶

Há que se ressaltar que, na esfera matrimonial, “defende-se a indenização por dano moral decorrente da violação de direitos personalíssimos do cônjuge, diversos dos que decorrem do casamento (artigo 1.566, do Código Civil), embora haja controvérsia”.¹⁶⁷

Depreende-se da leitura do artigo 1.566 do Código Civil, relacionado com o artigo 1.573, que dispõe acerca das causas de dissolução do casamento, que havendo uma conduta que gere dano a outrem, mesmo dentro das relações familiares, em especial a conjugal, há possibilidade de reparação civil em razão do preceito constitucional estabelecido no artigo 5º, incisos V e X da Constituição Federal.

Além do mais, como já exposto, uma vez identificada a culpa ou o dolo na ação do agente, faz surgir o direito de reparação estabelecido no artigo 186 do Código Civil. Mas,

A subjetividade da questão merece provas robustas, pelo que, para se comprovar a ofensa moral é preciso identificar se realmente o desgaste entre cônjuges ultrapassa o limite da razoabilidade [...]. Mas não há dúvida de que, nos casos de ofensa moral entre cônjuges, a mesma pode ser entendida como aquela que desestabiliza emocionalmente o outro cônjuge, como por exemplo, um adultério, uma transmissão de doença venérea, o desprezo e o desrespeito da pessoa em público, etc, etc. São tantas as variações possíveis que os exemplos não têm fim, por isso o “etc”.¹⁶⁸

De acordo com Ana Laura González Poittevin, o pedido de indenização deve ser postulado juntamente com o pedido de dissolução (cumulação de pedido), ou posterior à

¹⁶⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*, p. 296.

¹⁶⁵ BRASIL. Código Civil, 2002. Artigo 1.566.

¹⁶⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*, p. 298.

¹⁶⁷ AMARAL, Francisco. *Direito civil – introdução*, p. 544.

¹⁶⁸ CHAMMA, Gladys Maluf. *Toda e qualquer ofensa ao ser humano é passível de indenização*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-jun-13/direito-civil-toda-qualquer-ofensa-humano-passivel-indenizacao>>. Acesso em: 19 jun. 2010.

separação, pois não pode haver indenização por danos morais em face da separação sem que ela tenha ocorrido de fato, sob pena de ser considerado perdoado o cônjuge que descumpriu com os deveres.¹⁶⁹

Com a aprovação da Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010, o parágrafo 6º do artigo 226 da Constituição Federal foi alterado, o que lhe traria novos rumos. O parágrafo passou a ter a seguinte redação: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”. Deixa, portanto, de referir a separação judicial como fase preliminar ao divórcio, tampouco refere sobre o prazo mínimo que os cônjuges devem estar casados para então buscar a dissolução do vínculo conjugal. Porém, a emenda não revogou expressamente os artigos do Código Civil que a disciplinam, o que vem causando sérias controvérsias.

Alguns autores entendem, desde logo, que o instituto da separação judicial não será mais utilizado em razão do novo preceito constitucional.¹⁷⁰ Ademais, não havendo mais prazo estipulado, o sacramento do casamento sofrerá banalizações, pois de acordo com a nova redação do parágrafo, o casamento pode ser desfeito no dia seguinte à sua realização.

Maria Berenice Dias expõe seu pensamento a respeito, afirmando que “com o fim da separação toda a teoria da **culpa** esvai-se, e não mais será possível trazer para o âmbito da justiça qualquer controvérsia sobre a postura dos cônjuges durante o casamento. Somente remanesce o instituto no âmbito da anulação do casamento”.¹⁷¹ (grifo da autora). Porém, há que se ressaltar que a discussão da culpa, está dentro do Direito das Obrigações, assim, ainda é possível a sua investigação.

3.1 A ideia da culpa na ruptura

Quando homem e mulher unem-se com o fim de constituir família, eles, conseqüentemente, assumem os deveres de fielmente se respeitarem, colaborando para a manutenção da sua família, cumprindo, dentre outras obrigações importantes, as que se encontram dispostas no artigo 1.566 do Código Civil. Inclui-se, nesse caso, a união estável, pois também é considerada pela Constituição como entidade familiar, para o que os direitos e

¹⁶⁹ POITTEVIN, Ana Laura González. Dano moral e infidelidade. In: MADALENO, Rolf (Coord.). *Ações de direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 19-20.

¹⁷⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, p. 294.

¹⁷¹ Idem.

obrigações que regulam essas relações estão dispostos no artigo 1.724, também do Código Civil.

Porém, na constância do casamento ou da união afetiva, podem surgir desentendimentos e brigas que tornam insustentável a permanência dessa relação. O que na verdade não deveria ocorrer, pois a família é vista “aos olhos da sociedade” como entidade harmônica e tranquila, porque se subentende que essa relação tem como base o amor, carinho e sentimentos afetivos.¹⁷²

Quando os deveres são violados, podem ser reparados pelo cônjuge que os transgrediu. Para tanto, deve estar configurado o “dano real e efetivo, pois abrange aspectos relacionados não só à proteção dos direitos e deveres familiares, mas também dos direitos de personalidade”.¹⁷³

Michel Mascarenhas afirma que a reparação desses danos, se dá pela aplicação dos ditames da responsabilidade civil. Isso porque, quando se infringe as obrigações matrimoniais, atinge-se também o âmago do consorte. Nesse sentido, se incluem os direitos da personalidade que são inerentes à pessoa humana e estão inteiramente ligados à sua dignidade.¹⁷⁴

Dessa forma, o autor ressalta que

*O fato de se estar convivendo debaixo do mesmo teto, não dá direito ao cônjuge ou companheiro(a) de violar a intimidade, a privacidade, a honra e a imagem de seu consorte, expondo-o ao ridículo ou a situações vexatórias. A impossibilidade de continuar a vida em comum não justifica a prática do ilícito. A violação de direitos do consorte, por sua vez pode dar ensejo ao rompimento do casamento ou da união estável e, se existir dano real e efetivo, terá cabimento a reparação civil por danos materiais, morais e estéticos, podendo, a nosso ver, ocorrer a condenação autônoma e cumulativa em danos morais e estéticos.*¹⁷⁵ (grifos do autor).

Vitor Ugo Oltramari observa que o Código Civil de 1916 enfatizava muito a ideia de culpa, o que não mudou com a criação da Lei do Divórcio. Porém, com a promulgação da

¹⁷² MASCARENHAS, Michel. *A responsabilidade civil no rompimento do casamento e da união estável*, p. 112-113.

¹⁷³ Ibidem, p. 114.

¹⁷⁴ Ibidem, p. 36.

¹⁷⁵ Ibidem, p. 41.

Constituição Federal de 1988 e posicionamentos, tanto da jurisprudência como da doutrina, a culpa foi deixada de lado.¹⁷⁶

O autor supracitado complementa o exposto, garantindo que hoje no Direito de Família não se investiga mais a culpa, sendo essa investigação possível apenas no Direito das Obrigações. Contudo, se for abordada a culpa em separação litigiosa, havendo a demonstração do nexo de causalidade entre o dano da ruptura conjugal e o ato praticado, será possível a busca de responsabilização por dano moral.¹⁷⁷

Maria Celina Bodin de Moraes assevera que há duas correntes que admitem a responsabilização dentro das relações conjugais. A primeira admite a responsabilização nos casos em que possa ser caracterizado o ilícito absoluto, de acordo com o artigo 186 combinado com o artigo 927, ambos do Código Civil. Já a segunda sustenta “a indenização tanto em casos gerais (regidos pela cláusula do art. 186) como em casos específicos, isto é, nas hipóteses de violação dos deveres conjugais, previstos, entre outros, pelo art. 1.566 do CCB”.¹⁷⁸

Parte da doutrina não aceita a reparação civil dentro das relações familiares, afirmando que se a Constituição garante o direito à liberdade de escolha, assim entende que o remédio para solucionar a insuportabilidade da vida em comum, frente à quebra do dever de fidelidade, por exemplo, é a separação. Nesse sentido, Maria Celina Bodin de Moraes aduz que

A relação de casamento é, juridicamente, uma relação simétrica, entre pessoas iguais, e dissolúvel. Se, por circunstâncias que não cabe ao Direito investigar, o que se espera de uma relação conjugal – como previsto nos deveres conjugais – não está ocorrendo, solução há e é a sua dissolução. De fato, o **único remédio razoável, e que serve como meio apaziguador do conflito, é a separação do casal em virtude da ruptura da vida em comum.**¹⁷⁹ (grifou-se).

Maria Aracy Menezes da Costa, ao contrário do já exposto, alega que a relação conjugal inicia pelo acordo de vontades, e “a partir do momento em que um dos partícipes

¹⁷⁶ OLTRAMARI, Vitor Ugo. *O dano moral na ruptura da sociedade conjugal*, p. 59-61.

¹⁷⁷ Ibidem, p. 61.

¹⁷⁸ MORAES, Maia Celina Bodin. Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *A ética da convivência e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 173.

¹⁷⁹ Ibidem, p. 191.

não mais participa desse acordo, não há condições de subsistir a sociedade conjugal”. Assim, a autora constata que “se não estão mais presentes o amor, a confiança, o respeito, o remédio jurídico é a separação”.¹⁸⁰ Se o remédio é a separação, onde residiria a possibilidade do consorte que sofreu com a ruptura do enlace amenizar sua dor?

De outra parte, Rolf Madaleno é categórico ao explicitar que

A indenização por dano moral dentro da separação judicial, busca compensar o real sofrimento do cônjuge judicialmente declarado vítima da separação litigiosa. Sua função é a de ressarcir a honra conjugal afetada e a integridade moral de que foi alvo o cônjuge ofendido. No Direito de Família, repara os danos morais causados pela violação a dever conjugal ou por conduta considerada desonrosa e que torne insuportável a vida em comum.¹⁸¹

Nesta senda, encontra-se Michel Mascarenhas refletindo que

De fato, a separação, o divórcio e a dissolução da união estável não mais são consideradas formas peremptórias de punição. Algo mais teve de ser possibilitado, pois o simples rompimento, que infelizmente, se tornou corriqueiro, não mais insere no infrator a sensação de ter sido efetivamente penitenciado. Acaso fosse perpetrada a idéia de que a punição se exaure com o rompimento, estar-se-ia fomentando, no seio das relações domésticas, a cultura da violência física e psíquica, e do desrespeito; a prática da infâmia, da injúria, da calúnia e da desonra; incentivando a desconsideração e a falta de carinho; a deslealdade e a intranquilidade; enfim, estaria aberta a porta para a total falência da entidade familiar.¹⁸²

O pensamento do autor vai mais além. Transcreve-se:

¹⁸⁰ COSTA, Maria Aracy Menezes da Costa. Responsabilidade civil no direito de família. In: MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PEREIRA, Sérgio Gischkow (Coord.). *Direito contemporâneo da família e das sucessões: estudos jurídicos em homenagem aos 20 anos de docência do professor Rolf Madaleno*. Rio de Janeiro: GZ, 2009, p. 150.

¹⁸¹ MADALENO, Rolf. O dano moral no direito de família. In: FILHO, Nagib Slagib; COUTO, Sergio (Coord.). *Responsabilidade civil: estudos e depoimentos no centenário do nascimento de José de Aguiar Dias*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 346.

¹⁸² MASCARENHAS, Michel. *A responsabilidade civil no rompimento do casamento e da união estável*, p. 99.

A separação e o divórcio foram banalizados, sendo aceitos pela sociedade com naturalidade, encarando-se como evento “normal”. A expressão religiosa “até que a morte os separe” virou jargão que recebe pouca ou nenhuma atenção por parte dos envolvidos no enlace matrimonial ou no enlace estável, não recebendo a devida reflexão.

No mundo atual não se pode dizer que a separação, o divórcio e a dissolução da união estável tenham o condão de dar ao lesante a sensação de ter sido efetivamente punido.¹⁸³

Ressalta-se que no momento que homem e mulher assumem as responsabilidades de família devem respeitar, além dos deveres conjugais, os direitos personalíssimos de ambos. E a partir do momento que as rupturas são encaradas como “as únicas formas de punição implica a abertura negativa para que os membros da família se tornem alvos de agressões, transformando os deveres conjugais em meras recomendações e o princípio da proteção à dignidade da pessoa humana inaplicável no âmbito familiar”.¹⁸⁴ Deveras, conclui o autor que tais institutos são apenas meios legais de se finalizar a sociedade conjugal, não sendo meios eficazes de punição dos danos morais advindos da relação.¹⁸⁵

Belmiro Pedro Welter concorda com a indenização de dano moral em razão da infração dos deveres do casamento ou da união estável com culpa, porém refere ser necessária a observância de alguns elementos, para a ação ser cumulada.¹⁸⁶ Assim, o pedido de dissolução do casamento ou da união estável deve ser ajuizado:

- logo após a ocorrência da conduta culposa, pois senão será considerado como perdão do cônjuge ofensor, o que impossibilita o pedido indenizatório;
- a ação deve ser proposta exclusivamente pelo cônjuge ou companheiro inocente, mas ressalta que se a culpa for recíproca o pedido se torna inviável, em razão de ambos terem parcela de culpa;
- o pedido, contudo, só é possível em sede de separação judicial ou dissolução de união estável litigiosa e com culpa;
- e, a conduta do cônjuge culpado deve ser tipificada como crime, que ofenda à integridade moral da vítima, produzindo dor martirizante e profundo mal-estar e angústia.¹⁸⁷

¹⁸³ MASCARENHAS, Michel. *A responsabilidade civil no rompimento do casamento e da união estável*, p. 99.

¹⁸⁴ *Ibidem*, 100.

¹⁸⁵ *Idem*.

¹⁸⁶ WELTER, Belmiro Pedro. *Direito de família: questões controvertidas*. Porto Alegre: Síntese, 2000, p. 17.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 17-19.

Assim, a ação deve ser proposta tão logo ocorram as ofensas, sob pena de ser caracterizado o perdão do consorte ofensor.¹⁸⁸ Nesse sentido, preleciona Inácio de Carvalho Neto que

O perdão concedido em relação a um fato não autoriza o perdoado a repeti-lo ou a praticar outras condutas que justifiquem a separação culposa. Assim, se um dos cônjuges tem, v.g., seu adultério perdoado pelo outro, praticando ele outro adultério posteriormente, ou outro fato que importe em grave violação dos deveres do casamento, não pode invocar o perdão anteriormente concedido para justificá-lo.¹⁸⁹

Com relação à caracterização da conduta do cônjuge culpado em crime, Bernardo Castelo Branco relata que esse posicionamento é adotado pela maioria da jurisprudência e doutrina brasileiras. Porém, não é o que entendem os defensores da reparação por danos morais nas relações conjugais, pois seria reafirmar a responsabilidade civil *ex delicto*.¹⁹⁰

Referido autor conclui destacando que

A infração aos deveres do casamento, vista como fenômeno isolado, não se mostra por si só capaz de evidenciar a presença de dano moral indenizável, uma vez que este somente se perfaz quando o comportamento adotado, além de autorizar a dissolução do casamento, trazer ao cônjuge inocente inegável sensação de dor, aflição, humilhação, sentimentos de desamor que de forma nítida influenciaram negativamente na relação de vida.¹⁹¹

Não se poderia deixar de citar o exemplo trazido por Bernardo Castelo Branco que demonstra as possibilidades de indenização nas relações afetivas. Transcreve-se:

¹⁸⁸ WELTER, Belmiro Pedro. *Direito de família: questões controvertidas*, p. 13.

¹⁸⁹ CARVALHO NETO, Inácio de. *Responsabilidade civil no direito de família*. v. IX. Curitiba: Juruá, 2002, p. 272.

¹⁹⁰ BRANCO, Bernardo Castelo. *Dano moral no direito de família*. São Paulo: Método, 2006, p. 58.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 66.

Se um dos cônjuges deixa de prover adequadamente o sustento do lar, gastando a maior parte de seus rendimentos com vícios de toda sorte, estará privando seu consorte do direito à mútua assistência (art. 1.566, inciso III, do CC), que, embora não se resuma ao aspecto material, também contempla a obrigação de contribuir com as necessidades de subsistência da família. Examinada aquela conduta, conclui-se aprioristicamente que poderia levar o cônjuge ofendido a buscar separação por culpa do violador porquanto este tornou, com seu comportamento, insuportável a vida em comum. [...] De outro lado, se, em idêntica situação, o cônjuge ofendido, impossibilitado de prover o sustento próprio e da família, se vê impelido a socorrer-se de vizinhos e amigos, submetendo-se a situação vexatória para suprir as necessidades básicas de sobrevivência sua e de seus filhos, passando a viver da caridade alheia por conta do descaso do violador do dever de assistência, infligindo àquele indiscutível constrangimento social, além da evidente perturbação de ordem espiritual, afetando-o na sua dignidade, tem-se como presentes os elementos necessários à configuração do dano moral, porquanto houve, neste caso, a produção de efeitos danosos decorrentes de comportamento que em tal hipótese afigura-se como lesivo aos direitos da personalidade.¹⁹²

Destarte, Rolf Madaleno constata que a maioria dos doutrinadores entende que a lei especifica quais as punições que o cônjuge declarado culpado pela ruptura da sociedade conjugal pode sofrer, tais como: “a prestação de alimentos ou perda do crédito alimentar se o culpado necessita de pensão, além da perda do apelido de casada e do pagamento de custas processuais, e dos honorários advocatícios oriundos da sucumbência, se amargou a derrota da demanda judicial”.¹⁹³ Sustentam ainda, que se houve culpa no término da relação conjugal, essa não pode ser atribuída a apenas um dos cônjuges, pois se um consorte falta com a fidelidade, por exemplo, é porque o amor e o carinho deixaram de existir.¹⁹⁴

Para Francisco Tiago Dutra Stockinger “a responsabilização de um dos cônjuges, em outros termos, prestará tão-somente para desgastar as partes [...]”¹⁹⁵. E ainda refere que é

Extremamente difícil o exame da culpa no momento em que relação já se encontra deteriorada, pois, nesta situação, o que comumente ocorre é que a culpa de um encontra a ressonância na de outro. Sob este aspecto, a culpa, verificada isoladamente, significa apenas a obtenção da causa imediata da ruptura, desconsiderando todas as causas anteriores.¹⁹⁶

¹⁹² BRANCO, Bernardo Castelo. *Dano moral no direito de família*, p. 67.

¹⁹³ MADALENO, Rolf. O dano moral no direito de família, p. 349-350.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 350.

¹⁹⁵ STOCKINGER, Francisco Tiago Duarte. Família constitucional, separação litigiosa e culpa. In: PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel (Orgs.). *Tendências constitucionais no direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 120.

¹⁹⁶ *Idem*.

Dentro desse sentido, Inácio de Carvalho Neto aponta que é preciso que o ato praticado importe em grave violação do casamento, para se poder ver condenado o cônjuge culpado. Veja-se:

O término do amor, por si só, não pode justificar a decretação da separação culposa, mas tão-somente a separação por ruptura da vida em comum, se for o caso. E se a falta de amor vier acompanhada de ato que importe em grave violação dos deveres do casamento ou conduta desonrosa, será esta, ou aquele, que justificará a decretação da separação, não a perda da *affectio*. O mesmo se deve dizer da incompatibilidade de gênios.¹⁹⁷ (grifo do autor).

Dito autor, citado por Rolf Madaleno, ainda afirma que

Qualquer ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência que violar direito ou causar prejuízo a outrem haverá de gerar a responsabilidade civil, indiferentemente à existência de regra específica contida no livro do Direito de Família, até porque **será ato culposo qualquer conduta conjugal desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento, sendo suficiente este enquadramento para produzir a motivação causal da sentença separatória** e, conforme a maior ou menor gravidade do fato, a eventual indenização do agravo moral causado.¹⁹⁸ (grifou-se).

Nesse contexto, Rolf Madaleno entende que o dano deve ser reparado com base no artigo 927 do Código Civil, posto que o Direito de Família é aplicado e interpretado em conjunto com as demais ramificações do Direito pátrio.

Complementa o entendimento, Belmiro Pedro Welter aduzindo que “o fato de não haver disposição expressa em lei não impede o reconhecimento do dano moral, porque a Justiça não pode aguardar a boa vontade do legislador, cabendo à doutrina e à jurisprudência acompanharem as transformações sociais”.¹⁹⁹

E não se diga que os alimentos indenizam tais danos. Ao contrário daqueles que defendem que os alimentos possuem caráter indenizatório nas relações familiares, Rolf Madaleno ressalta que

¹⁹⁷ CARVALHO NETO, Inácio de. *Responsabilidade civil no direito de família*, p. 258.

¹⁹⁸ MADALENO, Rolf. O dano moral no direito de família, p. 350.

¹⁹⁹ WELTER, Belmiro Pedro. *Direito de família: questões controvertidas*, p. 19.

Os alimentos não se constituem em uma indenização ao cônjuge inocente, tanto que sua fixação judicial tem por motivação a necessidade e não a culpabilidade, devendo ser lembrado que a inocência gera o direito alimentar, desde que associado à real necessidade e à impossibilidade de prover a sua própria manutenção. Não pode ser afirmado que a culpabilidade gera o dever alimentar para o cônjuge inocente, especialmente frente ao atual Código Civil que desvincula, do direito à pensão, a presunção de inocência, pois de acordo com o § 2º, do artigo 1.694, mesmo sendo responsável pela separação judicial poderão ser fixados alimentos indispensáveis à subsistência do consorte culpado.²⁰⁰

Em verdade, os alimentos não possuem caráter indenizatório, pois é dever dos cônjuges prestarem-no um ao outro, mesmo após a dissolução da sociedade conjugal. Porquanto, deverá estar presente o binômio “necessidade e possibilidade”, ou seja, se o ex-cônjuge vier a necessitar de alimentos para sua sobrevivência, o outro, tendo condições, deverá contribuir. Tal fato decorre do princípio da solidariedade familiar²⁰¹ presente no Direito de Família pelo artigo 1.694 do Código Civil, mesmo porque não se exige a perquirição da culpa para serem devidos; basta estar configurada a necessidade.²⁰²

Nessa perspectiva, é possível dizer com Maria Berenice Dias,

Não se pode confundir obrigação alimentar com indenização por danos morais. A obrigação de pagamento de alimentos, que subsiste após o rompimento do casamento e da união estável, não dispõe de natureza indenizatória, ainda que o *quantum* da verba alimentar esteja condicionado à identificação da culpa do credor (CC 1.694 § 2º). [...] Mesmo que haja alguma relação entre alimentos e culpa, em termos de valores, o reconhecimento da obrigação alimentar não é condenação por danos morais. **Os alimentos são devidos não pelo fato da culpa, pois o próprio “culpado” tem direito a alimentos. Trata-se de encargo que tem como causa a necessidade, ou seja, a ausência de condições de prover por si a própria subsistência.** Tanto é assim que, se o “inocente” não tiver necessidade, não perceberá alimentos do “culpado”.²⁰³ (grifou-se).

²⁰⁰ MADALENO, Rolf. O dano moral no direito de família, p. 351-352.

²⁰¹ MARQUES, Suzana Oliveira. *Princípios do direito de família e guarda dos filhos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 38.

²⁰² BRASIL. Código Civil, 2002. Artigo 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação. § 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada. § 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.

²⁰³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, p. 122.

Da mesma maneira ocorre em relação à guarda, antes considerada como punição. Hoje prevalece entendimento de que a guarda dos filhos menores ou incapazes será concedida em razão do melhor interesse da criança. Nesta senda, há o acórdão nº 3658, da 6ª Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, julgado em 23 de junho de 1999, de que foi relator o Desembargador Accácio Cambi, que assim dispôs. Veja-se:

MENOR - GUARDA - AUSÊNCIA DE ACORDO ENTRE OS PAIS - PREVALÊNCIA

Na solução do conflito entre os pais, quanto à guarda dos filhos menores, o Juiz deve dar primazia ao interesse dos menores. Não havendo possibilidade de acordo entre os pais, o interesse do menor deve ser auferido, pelo Juiz, sobretudo, através da análise dos sentimentos expressados pelas crianças e pela pesquisa social, desenvolvida por psicólogos e assistentes sociais, que, com as demais provas trazidas aos autos, permitem avaliar a qualidade das suas relações afetivas, o seu desenvolvimento físico e moral, bem como a sua inserção no grupo social.²⁰⁴

De fato, o Estatuto da Criança e do Adolescente no decorrer de seus dispositivos estabelece, implícita e explicitamente, que o bem-estar do menor deve prevalecer, em razão do princípio do melhor interesse da criança.²⁰⁵ Dessa forma, até mesmo o cônjuge declarado culpado pelo término da relação conjugal pode ficar com a guarda dos filhos.

²⁰⁴ SOUZA, Euclides de. Jurisprudências "melhor interesse da criança". Disponível em: <<http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextId=-236521748>>. Acesso em: 08 out. 2010.

²⁰⁵ BRASIL. Lei nº 8.069, 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente. Artigo 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

Artigo 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

§ 1º Toda criança ou adolescente que estiver inserido em programa de acolhimento familiar ou institucional terá sua situação reavaliada, no máximo, a cada 6 (seis) meses, devendo a autoridade judiciária competente, com base em relatório elaborado por equipe interprofissional ou multidisciplinar, decidir de forma fundamentada pela possibilidade de reintegração familiar ou colocação em família substituta, em quaisquer das modalidades previstas no art. 28 desta Lei.

§ 2º A permanência da criança e do adolescente em programa de acolhimento institucional não se prolongará por mais de 2 (dois) anos, salvo comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse, devidamente fundamentada pela autoridade judiciária.

§ 3º A manutenção ou reintegração de criança ou adolescente à sua família terá preferência em relação a qualquer outra providência, caso em que será esta incluída em programas de orientação e auxílio, nos termos do parágrafo único do art. 23, dos incisos I e IV do caput do art. 101 e dos incisos I a IV do caput do art. 129 desta Lei.

Artigo 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

§ 1º Sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada.

§ 2º Tratando-se de maior de 12 (doze) anos de idade, será necessário seu consentimento, colhido em audiência.

§ 3º Na apreciação do pedido levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida. [...]

3.2 Breve análise evolutiva das sanções positivadas

Tendo em vista a divergência existente a respeito da reparação moral nas relações afetivas, tanto na doutrina quanto na jurisprudência brasileiras, torna-se imperioso a análise da legislação brasileira com o fim de verificar sanções e sua evolução.

Assim, em primeiro plano, o Código Civil de 1916, trazia de forma incisiva, em seu texto, a ideia de culpa no rompimento das relações conjugais. Logo após, passou-se à Lei de Divórcio, a qual trouxe algumas inovações, e por fim o Código Civil de 2002, que, apesar de, surpreendentemente, ter mantido a noção da culpa nos seus artigos 1.572 e 1.573 não traz em seus dispositivos, qualquer sanção que vise punir efetivamente o cônjuge ou companheiro ofensor, nas perspectivas de Direito de Família.

3.2.1 No Código Civil de 1916

Como visto, o Código Civil de 1916 previa apenas o desquite, bem como suas sanções que eram regulamentadas nos artigos 320, 321, 324 e 326,²⁰⁶ as quais foram todas revogadas com a Lei do Divórcio em 1977.

A mulher só tinha direito à pensão alimentícia se fosse inocente e pobre ficando, assim, condicionada à prova de sua necessidade. O cônjuge culpado seria obrigado a contribuir para a criação e educação dos filhos, mediante quota fixada pelo juiz.

Quanto à “perda do direito ao uso do nome do marido era consequência da condenação da mulher na ação de desquite; o mesmo ocorria com relação à guarda dos filhos menores, que ficavam com o cônjuge inocente, sem qualquer ressalva quanto aos seus interesses”.²⁰⁷

Constata-se, portanto, que as regras ditadas pelo Código Civil de 1916 eram poucas, mas possuíam grande relevância frente aos costumes da sociedade na época, quando o casamento era único e indissolúvel, sendo que os relacionamentos fora dele eram verdadeiros

²⁰⁶ BRASIL. Código Civil, 1916. Artigo 320. No desquite judicial, sendo a mulher inocente e pobre, prestar-lhe-á o marido a pensão alimentícia, que o juiz, fixar.

²⁰⁷ OLTRAMARI, Vitor Ugo. *O dano moral na ruptura da sociedade conjugal*, p. 63.

escândalos, ao ponto de serem tipificados como crime de adultério, hoje já afastado do ordenamento penal.

3.2.2 Na Lei de Divórcio

A criação da Lei de Divórcio não trouxe maiores inovações, pois repetia, basicamente, todas as sanções impostas no Código Civil de 1916, tais como, a retirada do nome de família do consorte, guarda dos filhos menores ao cônjuge inocente, bem como o pensionamento que antes era só destinado à mulher por ser inferior, mas com a vigência desta lei passou a ser obrigação do cônjuge culpado.

Em 1992, foi editada a Lei número 8.408 a qual, trazia inovações para a Lei do Divórcio, passando a ser uma exceção a manutenção do nome de casada pela mulher. Ela devia retornar ao nome de solteira, salvo se com a retirada do nome de família do cônjuge lhe acarretasse evidentes prejuízos para sua identificação, distinção evidente entre o seu nome de família e o dos filhos havidos na união dissolvida ou de grave dano reconhecido em decisão judicial. Mas essa inovação já vinha sendo aplicada, aos poucos, pelos novos consortes. Hoje, essa tendência, por parte da mulher, em não adotar o sobrenome do marido é cada vez maior para manter a individualidade e identidade de cada um.²⁰⁸

Em relação à guarda, dispunha o parágrafo 1º, do artigo 10 da dita lei que “os filhos menores ficarão em poder da mãe, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles”. Porém, na hipótese em que nenhum dos genitores estivesse em condições de exercer a guarda, o parágrafo 2º do mesmo artigo mencionava que o deferimento da guarda seria feito à pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges.

Por fim, a questão dos alimentos ficou estabelecida no artigo 19, dispondo que “o cônjuge responsável pela separação judicial prestará ao outro, se ele necessitar, a pensão que o juiz fixar”.

Nota-se, diante do exposto, que a evolução da legislação foi significativa, pois o casamento deixou de ser perpétuo e abriu a possibilidade da dissolução do vínculo conjugal

²⁰⁸ OLTRAMARI, Vitor Ugo. *O dano moral na ruptura da sociedade conjugal*, p. 65.

através do divórcio, para o qual desde a Constituição Federal, a exigência passou a ser meramente temporal.

3.2.3 No Código Civil de 2002

O Código Civil, não se podendo desconsiderar o entendimento que a Emenda Constitucional 66, do divórcio direto, afastou a separação, em análise evolutiva, como se vem fazendo; continua abordando alguma ideia de culpa, mas de forma mais branda, em especial, porque tanto a doutrina como a jurisprudência, há muito tempo, já afastaram a sua investigação. O artigo 1578 define que o cônjuge declarado culpado na separação judicial só perderá o direito de utilizar o sobrenome do outro cônjuge, desde que manifestamente requerido pelo inocente e se a alteração não acarretar, como já previa o artigo 25 da Lei do Divórcio, evidente prejuízo para a sua identificação, manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida ou dano grave reconhecido na decisão judicial.²⁰⁹

Já a definição da guarda, quando ocorre a dissolução do casamento, será decidida em função do melhor interesse da criança, e será concedida ao genitor que dispuser de melhores condições para exercer a criação dos filhos. Também dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente, que sempre deve ser pesado o bem-estar dos filhos menores.

É nesse sentido, que os artigos 1.584 e 1.586 do atual Código, revogados ou não pela Emenda Constitucional 66, prescrevem que quando ocorre a dissolução da sociedade conjugal, havendo filhos menores, deve-se sempre decidir em favor do melhor interesse deles. Assim, é dever de ambos os cônjuges colaborar na criação e educação de seus filhos, mesmo depois da separação.

Em relação aos alimentos, disposto no artigo 1.694, como referido anteriormente, não serão obrigatórios, mas deverão ser prestados ao cônjuge ou companheiro que pleitear, desde que ele esteja em necessidade. A ação de alimentos pode ser requerida por qualquer dos

²⁰⁹ OLTRAMARI, Vitor Ugo. *O dano moral na ruptura da sociedade conjugal*, p. 67.

cônjuges em função do princípio da isonomia e do dever de mútua assistência, assim qualquer deles que pedir deverá o outro prestá-la.²¹⁰

Como se pode notar, o Direito de Família não oferece qualquer tipo de sanção que, de fato, venha a punir o cônjuge culpado. Porém a discussão é possível em razão do princípio da dignidade da pessoa humana, assegurado constitucionalmente como direito e garantia fundamental em qualquer tipo de relação no campo do Direito das Obrigações.

3.3 A responsabilidade civil e o dano moral na ruptura

Conforme visto no capítulo anterior, o dano moral, dentro da responsabilidade civil, é o meio pelo qual todas as pessoas podem buscar a reparação de tudo que fere a sua dignidade.

No dizer de Michel Mascarenhas, “o prejuízo moral ADVÉM DA AGRESSÃO A UM DIREITO DE PERSONALIDADE, subjetivamente inerente ao indivíduo, bastando, para o dever de indenizar, o *fato da violação*”.²¹¹ (grifos do autor).

Essas ofensas à dignidade humana ocorrem também no âmbito familiar e, exatamente por isso, merecem ainda maior atenção. Mesmo porque não se pode negar que um cônjuge possa responsabilizar seu consorte em razão de ofensas que denegriram a sua imagem.

Tal ocorre, pois o artigo 5º, incisos V e X, da Constituição Federal, asseguram essa possibilidade sem fazer distinção, ou seja, não estipulam que a reparação civil possa ocorrer apenas em relações sociais. Com ainda mais razão, subentende-se ser aplicado dentro das relações familiares.

Nesse sentido, discorre Michel Mascarenhas. Transcreve-se:

²¹⁰ OLTRAMARI, Vitor Ugo. *O dano moral na ruptura da sociedade conjugal*, p. 77.

²¹¹ MASCARENHAS, Michel. *A responsabilidade civil no rompimento do casamento e da união estável*, p. 59.

Mesmo dentro do ambiente familiar, o indivíduo possui todas as garantias e direitos assegurados pela Constituição Federal, pois o ordenamento não faz distinção quanto a circunstâncias, ao estado civil ou à situação social da pessoa. O mesmo ocorre com os direitos à intimidade e à vida privada. O fato de se estar convivendo debaixo do mesmo teto, não dá direito ao cônjuge ou companheiro(a) de violar a intimidade, a privacidade, a honra e a imagem de seu consorte, expondo-o ao ridículo ou situações vexatórias.²¹² (grifos do autor).

Complementa o autor, confirmando que “a personalidade, a dignidade e os direitos são do indivíduo, não da família. Casar ou ingressar numa união estável não retira da pessoa esses direitos garantidos pelo Texto Maior”²¹³ (grifos do autor).

A dignidade é o valor maior assegurado a todos pela Carta Magna de 1988, e não deve ser deixada de lado por se ter alterado o estado civil de casado. Isso porque, como já explanado, todos têm o direito de ser ressarcidos por um dano que lhe foi causado, mesmo que exclusivamente moral.

Ana Carolina Brochado Teixeira afirma que a partir do momento que a dignidade de uma pessoa é abalada por ato de terceiro deve ser reparada, sob pena de ocorrer um desequilíbrio na própria ordem jurídica.²¹⁴ Entende-se, nesse caso, que como terceiro também pode ser incluído o cônjuge, porque mais do que em qualquer relação, é na família que a pessoa precisa ser dignificada.

Dessa forma, sempre que houver ofensa aos direitos personalíssimos assegurados pela própria Constituição Federal e que condizem para uma vida digna, cumpre adentrar na esfera do princípio da dignidade da pessoa humana.

Antes de tudo, os princípios norteiam a regulamentação jurídica, pois além de estarem acima das regras, constituem a base para a sua formação orientando as relações em sociedade.

Maria Berenice Dias a seu respeito ressalta que

O ordenamento jurídico positivo compõe-se de princípios e regras cuja diferença não é apenas de grau de importância. Acima das regras legais, existem princípios que incorporam as exigências de justiça e de valores éticos que constituem o **suporte axiológico**, conferindo coerência interna e estrutura harmônica a todo o sistema jurídico.²¹⁵ (grifos da autora).

²¹² MASCARENHAS, Michel. *A responsabilidade civil no rompimento do casamento e da união estável*, p. 41.

²¹³ Ibidem, p. 41-42.

²¹⁴ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Responsabilidade civil e ofensa à dignidade humana. *Revista brasileira de direito de família*, Porto Alegre, n. 32, v. 7, out./nov. 2005, p. 138-158.

²¹⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, p. 58.

Menciona, ainda, Maria Berenice Dias que

Como os juízes têm o dever de outorgar aos direitos fundamentais a maior eficácia possível, passaram a aplicar diretamente os princípios constitucionais, abandonando a concepção estritamente positivista da função judicial, que pregava um sistema de regras neutro. Os direitos fundamentais podem ser considerados parâmetros materiais e limites para o desenvolvimento judicial do direito.²¹⁶

Em síntese, os princípios atuam como verdadeiros orientadores das normas jurídicas, sendo que logo após serem criados, são aplicados de forma imediata, além de servirem como orientadores dos direitos inerentes a todos os indivíduos.

A partir do momento que as pessoas passaram a ser tratadas como sujeitos de direitos e, portanto, merecedoras de proteção estatal, foi constatada a necessidade da construção de princípios e regras para uma efetiva proteção da personalidade humana. Por isso, nesse quadro, merece destaque o princípio da dignidade da pessoa humana, assegurado no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal.²¹⁷

Desde então, quando a Constituição consagrou a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, afirmou-o como a base de todos os valores morais, estando nele englobadas a honra, a intimidade, o nome, a privacidade e a liberdade, direitos estes de toda pessoa humana. Assim, deixou claro que sendo essas garantias fundamentais protegidas por ela, são passíveis de ressarcimento.

Nessa perspectiva, é possível dizer com Antônio Jeová Santos que “[...] num sistema que coloca o homem como epicentro do Direito, o reconhecimento do *dano moral*, como entidade passível de gerar indenização, é o coroar do reconhecimento dos direitos da personalidade”.²¹⁸ (grifos do autor).

²¹⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, p. 58.

²¹⁷ BRASIL. Constituição Federal, 1988. Artigo 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – dignidade da pessoa humana; [...].

²¹⁸ SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*, p. 61.

Consagra Francisco Amaral, que os direitos fundamentais ou personalíssimos são direitos subjetivos e que envolvem os bens e valores de pessoa para pessoa, tanto em seu aspecto físico ou moral.²¹⁹

E, complementando, Maria Berenice Dias é clara ao aduzir que o princípio da dignidade da pessoa humana “é o **mais universal de todos** os princípios. É um **macroprincípio** do qual se irradiam todos os demais: liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade, uma coleção de princípios éticos”.²²⁰ (grifos da autora).

Os direitos da personalidade são essenciais, permanentes, intransmissíveis e surgem com o nascimento da pessoa se prolongando no tempo até a ocorrência do seu falecimento. Além do mais, são garantidos desde a concepção, em decorrência do direito à vida. Conclui-se, portanto, que são “absolutos, indisponíveis, irrenunciáveis, imprescritíveis extrapatrimoniais”.²²¹

Aparecida Amarante assenta que, tanto nas relações sociais, quanto nas relativas à vida privada, a honra possui o mesmo conceito e tratamento único. Assim, havendo ofensa à moral de qualquer indivíduo, este pode recorrer à ação de danos morais,²²² vez que sendo um princípio, ele possui força normativa.²²³

Nesta trilha, não se pode deixar de observar o ensinamento de Clayton Reis, citado por Claudete Carvalho Canezin

[...] A família é um grande organismo natural, em cujo ambiente predomina os contornos de uma relação democrático-afetiva, sedimentado na ética e na moral social. [...] As ofensas praticadas pelos cônjuges no ambiente familiar contra o seu consorte são, no geral, pautadas por graves fissuras na intimidade das pessoas matrimonializadas. As agressões verbais perpetradas pelo cônjuge, que conhece a intimidade, os pontos fragilizados, os desvios de conduta e as inseguranças do seu consorte, atingem de forma visceral a intimidade do outro. [...] Nesse caso, os danos morais levados a efeito nessas condições, são de grande magnitude. É comum, no ambiente hostil que se consumam essas agressões, o apelo à reação violenta realizada pela pessoa atingida. [...] O dano moral é o resultado consequente dessa gama de situações lamentáveis, quando restarem devidamente demonstradas que as ofensas foram a causa geradora de calúnia, injúria ou difamação.²²⁴

²¹⁹ AMARAL, Francisco. *Direito civil – introdução*, p. 247.

²²⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, p. 62-63.

²²¹ AMARAL, Francisco. *Direito civil – introdução*, p. 250.

²²² AMARANTE, Aparecida I. *Responsabilidade civil por dano à honra*. 5. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 114.

²²³ MARQUES, Suzana Oliveira. *Princípios do direito de família e guarda dos filhos*, p. 35.

²²⁴ CANEZIN, Claudete Carvalho. Da responsabilidade civil na violação da dignidade da pessoa humana na sociedade conjugal. *Revista IOB de direito de família*, Porto Alegre: Síntese, ano XI, n. 54, v. 12, jun./jul. 2009, p. 94.

Dessa forma, constata-se que o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser tratado com grande cuidado e importância, por envolver os próprios conceitos morais que a pessoa tem de si mesma. A partir do momento em que a sua honra for violada ou ferida, surgirá o Direito para estabilizar a ordem, bem como para reparar a dor, sofrimento ou vexames sofridos pela vítima.

É nesse sentido, que a Constituição se refere, ao assegurar a reparação moral para tais casos e até mesmo dentro das relações afetivas, pois antes de serem marido e mulher, são pessoas sujeitas de direitos, merecedoras de respeito.

Pois bem, a maioria da doutrina e da jurisprudência não admite a indenização por dano moral na dissolução do casamento ou da união estável, pois o Direito de Família, como exposto, não possui qualquer sanção que vise punir o cônjuge que descumpriu os deveres do casamento. Em razão disso, a guarda dos filhos e a retirada do nome de família do marido, dependem de outros fatores estranhos à culpa, assim como a questão dos alimentos.

Ao contrário, a dissolução da sociedade conjugal não gera dever de indenizar, mas poderá acarretar perdas e danos ao cônjuge que sofreu humilhações e agressões constantes, ou que se sentiu lesado com o término do casamento, sempre que com base nos fundamentos do Direito das Obrigações provar a ilicitude do comportamento do consorte e o dano moral em decorrência causado.

Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos Santos vai mais longe e demonstra que nesse contexto há os danos morais mediatos e imediatos. Os mediatos “derivam dos fatos constitutivos das causas do rompimento matrimonial, ou seja, da violação a dever conjugal”, enquanto que os imediatos são

[...] aqueles que atingem a esfera da personalidade do cônjuge lesado, causando-lhe sofrimento, dentre os quais estão oriundos do descumprimento do dever de fidelidade, por adultério ou pela prática de ato que demonstre a intenção de satisfação do instinto sexual fora do tálamo; do dever de coabitação assistência imaterial, pela prática de tentativa de morte, de sevícias e de injúrias graves.²²⁵

²²⁵ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação civil na separação e no divórcio*, p. 153.

Dessa forma, a partir do momento que o cônjuge tenha a sua imagem atingida por atos e fatos ocasionados pelo seu consorte e que venha a se sentir prejudicado por isso, a responsabilidade civil surge para dirimir essas questões, através da ação indenizatória. É de salutar importância a ideia exposta de Claudete Carvalho Canezin, que resume o que se busca alcançar com o presente trabalho. Veja-se: “a violação da dignidade da pessoa humana pode ocorrer de diversas formas, dada a criatividade das mentes criminosas, e em todos os casos em que a dignidade for infringida caberá a indenização por danos morais.”²²⁶

Na verdade, é nas relações familiares que se concentra a necessidade de observância desse princípio, pois a família deve ser o centro de preservação da pessoa, para então, ser considerada como célula da sociedade.²²⁷

A indenização por dano moral, como bem destacado no segundo capítulo, não tem apenas cunho patrimonial, possui também caráter pedagógico, pois é através da diminuição do patrimônio do ofensor, neste caso, o cônjuge declarado culpado, que o inocente poderá usufruir algum conforto, mesmo que passageiro, em razão da dor sofrida pelo término de seu casamento. É uma forma de abrandar, diminuir a dor causada.

Já a função pedagógica da indenização está baseada na efetiva função do Estado. Ora, se o Estado indeniza aquele que descumpre os deveres assumidos no dia do enlace matrimonial, é sinal que ele não tolera ofensa à honra de qualquer indivíduo.

Portanto, a indenização por dano moral não tem como objetivo vingar o traidor, ainda mais com o apoio da Justiça, é apenas um direito assegurado constitucionalmente àquele que sofreu dano moral.²²⁸

Muitos autores relatam que seria injusto àquele que deixou de amar ou que deixou de gostar do outro ter que indenizar e ser declarado culpado. O casamento surge do afeto, do amor existente entre essas pessoas, porém a hipótese de indenização é real, e tudo dependerá do caso concreto.

Assim, quando um dever ou responsabilidade é quebrado de maneira ilícita, envolvendo a dignidade da pessoa ofendida, a possibilidade de indenização deve ser admitida.

²²⁶ CANEZIN, Claudete Carvalho. Da responsabilidade na violação da dignidade da pessoa humana na sociedade conjugal, p. 112.

²²⁷ Ibidem, p. 115.

²²⁸ BRASIL. Constituição Federal, 1988. Artigo 5º. [...] X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, sendo que cabe direito de indenização por dano, tanto moral quanto material, se ocorrer a violação desses direitos.

Mesmo porque, qualquer outro ramo do Direito assegura a reparação, tanto moral quanto a material, como um procedimento normal.

Portanto, se conclui que tal previsão também deve ser estendida ao Direito de Família,²²⁹ em particular às relações conjugais, cuja prática de ilicitudes ou violação dos deveres conjugais ensejam a reparação moral, tendo em vista o preceito assegurado constitucionalmente como direito e garantia fundamental, que é a dignidade da pessoa humana.

3.4 Visão jurisprudencial do problema

O assunto, da mesma forma que na doutrina, jurisprudencialmente é controverso. Há algum tempo, a jurisprudência, em especial a do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, tem se manifestado contra a indenização por danos morais na dissolução da sociedade conjugal, demonstrando ser ela irrelevante, e por acarretar em deduções que só fazem aumentar os ressentimentos.

Ainda, referem que a prática de conduta desonrosa por um dos cônjuges é apenas um sintoma do fim do amor. Destaca bem o exposto, o acórdão nº 70026555177, da Oitava Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, prolatado em 3 de outubro de 2008, tendo por Relator o Desembargador Claudir Fidélis Faccenda, do qual se transcreve a ementa, cujo inteiro teor está no Anexo A:

AÇÃO ORDINÁRIA DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PRÁTICA DE ADULTÉRIO. RECONHECIMENTO DA CULPA AFASTADA. DANO MORAL.

A orientação da jurisprudência gaúcha é no sentido da irrelevância da aferição da culpa quando da separação judicial, uma vez que a eventual infração cometida por um dos cônjuges decorre da natural deteriorização da relação conjugal.

A prática de adultério por qualquer dos cônjuges gera tão somente a dissolução da sociedade conjugal, com os seus reflexos, não gerando dano moral indenizável à parte ofendida.

APELO NÃO PROVIDO.

²²⁹ SILVA, Andréa Cristina Lacerda. *O dano moral na ruptura da sociedade conjugal*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/4421/O-dano-moral-na-ruptura-da-sociedade-conjugal>> Acesso em: 11 mai. 2009.

Outro exemplo é o acórdão de nº 70019515592, da Sétima Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, julgado em 27 de junho de 2007, de que foi Relator o Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. Transcreve-se a ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. CASAL SEPARADO JUDICIALMENTE. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ALEGAÇÃO DE ADULTÉRIO. PRECEDENTES.1. A ruptura de um casamento, qualquer que seja o fato motivador, gera mágoa, raiva, sensação de abandono, frustração, etc. e estes sentimentos serão intensos e profundos. Pretensões de natureza indenizatória estão usualmente associados a tais ressentimentos – sobras de um casamento que termina. 2. Não é por meio da fixação de uma indenização que se dará a catarse emocional da recorrente para expurgar de si qualquer ressentimento pelo desenlace matrimonial porque não há reparação econômica possível para curar estas dores. **NEGARAM PROVIMENTO, À UNANIMIDADE.**

Corrobora, neste sentido, a decisão da apelação n.º 70022449771, também da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, de 25 de junho de 2008, cujo relator, o Desembargador Ricardo Raupp Ruschel, refere que:

[...] não há como se definir, através da lide, o verdadeiro culpado pela deterioração da relação. A desilusão dos amantes não se resolve em perdas e danos, pois é a frustração dos sentimentos que acarreta a dissolução. Também não se pode esquecer que todo desengano resulta da errônea e fantasiosa percepção da realidade, para qual ambas as partes contribuem. A dor e a angústia daquele que ama são consequências do término da relação, das agruras da vida, não se prestando o Judiciário a vingar a ausência da reciprocidade de afeto e respeito, indenizando aquele que se sentiu traído. Ademais, não há justificativa a sustentar a necessidade de atribuição de culpa a um dos cônjuges. A relação marital se forma a dois, com o par se dá a concepção de uma família e também é a partir de ambos que, às vezes muito sub-repticiamente, surgem fissuras no relacionamento, chegando ao ponto de não ser possível preservar a convivência harmoniosa [...].

É notável em vários julgamentos, o entendimento de que devem ser efetivamente provados os prejuízos decorrentes do descumprimento dos deveres do casamento. Assim, o Superior Tribunal de Justiça negou provimento ao Recurso Especial nº 742137, da Terceira Turma, julgado em 21 de agosto de 2007, de que foi Relatora a Ministra Nancy Andrighi, pois no entender da julgadora não ficaram devidamente provados os danos morais. Veja-se:

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

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

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

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

- A procedência do pedido de indenização por danos materiais exige a demonstração efetiva de prejuízos suportados, o que não ficou evidenciado no acórdão recorrido, sendo certo que os fatos e provas apresentados no processo escapam da apreciação nesta via especial.

Tal entendimento não difere no âmbito do rompimento de união estável como se pode verificar na decisão que negou a reparação moral, por falta dos requisitos necessários para caracterizar o nexo de causalidade entre a conduta ilícita do ofensor e o dano sofrido pela vítima. Assim, dispõe a decisão da Apelação Cível nº 70029108222, da Oitava Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, julgada em 09 de julho de 2009, cujo relator, o Desembargador Claudir Fidélis Faccenda, afirmou o seguinte:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA DE BENS. ALIMENTOS. DANOS MORAIS.

A fixação dos alimentos deve levar em consideração as necessidades do alimentado e as possibilidades do alimentante.

Os valores sacados pelo varão durante a união estável não são passíveis de partilha, pois presumida a sua utilização em prol da família.

A responsabilidade civil, no Direito de Família, é subjetiva, somente surgindo o dever de indenizar quando evidenciado o agir com dolo ou culpa, restando caracterizada a ilicitude da conduta, bem como o nexo de causalidade entre a conduta e o dano sofrido. Ausente um dos elementos ensejadores da responsabilidade civil, inexistente o dever de indenizar.

RECURSO IMPROVIDO.

Mesmo predominando esse entendimento, se tem notícia de que o Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido o dever de indenizar moralmente com base nos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil. Neste sentido, há o Recurso Especial nº 37051, da Terceira Turma,

julgado de 17 abril de 2001, de que foi Relator o Ministro Nilson Naves, do qual foi extraída a ementa, constando no Anexo B seu inteiro teor. Veja-se:

Ementa: Separação judicial. Proteção da pessoa dos filhos (guarda e interesse). Danos morais (reparação). Cabimento. 1. O cônjuge responsável pela separação pode ficar com a guarda do filho menor, em se tratando de solução que melhor atenda ao interesse da criança. Há permissão legal para que se regule por maneira diferente a situação do menor com os pais. Em casos tais, justifica-se e se recomenda que prevaleça o interesse do menor. 2. O sistema jurídico brasileiro admite, na separação e no divórcio, a indenização por dano moral. Juridicamente, portanto, tal pedido é possível: responde pela indenização o cônjuge responsável exclusivo pela separação. 3. Caso em que, diante do comportamento injurioso do cônjuge varão, a Turma conheceu do especial e deu provimento ao recurso, por ofensa ao art. 159 do Cód. Civil, para admitir a obrigação de se ressarcirem danos morais.

Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos Santos concorda ao referir que são perfeitamente aplicáveis os princípios da responsabilidade civil à reparação de danos na separação judicial, pelo fato de o casamento ser um contrato, embora especial e de Direito de Família.²³⁰

Contudo, os preceitos da responsabilidade civil poderão ser aplicados “desde que o cônjuge vitimado prove a violação a dever conjugal e não seja comprovada a ausência de culpa pelo lesante. Estabelece-se o efeito da responsabilidade do faltoso, principalmente no campo dos danos morais, eis que os danos patrimoniais necessitam de comprovação precisa”.²³¹

O exposto pode ser verificado na apelação cível nº 2007.026464-3, do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, julgada em 05 de novembro de 2008, de que foi relator o Desembargador Luiz Carlos Freyesleben, o qual dispôs o seguinte:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. OFENSAS PROFERIDAS EM PÚBLICO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO PELO RÉU. FATOS INCONTROVERSOS. EXEGESE DOS ARTS. 334, III, E 302 DO CPC. DANO MORAL CARACTERIZADO. DEVER DE INDENIZAR. CRITÉRIOS PARA ARBITRAMENTO DA VERBA. RAZOABILIDADE. REFORMA DA SENTENÇA PARA JULGAR PROCEDENTE O PEDIDO. RECONVENÇÃO. CABIMENTO NA HIPÓTESE.

²³⁰ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação civil na separação e no divórcio*, p.166.

²³¹ *Ibidem*, p.169.

DANOS MATERIAIS PROVADOS PELO RECONVINTE. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO INDENIZATÓRIO. SENTENÇA MANTIDA NESSE TOCANTE.

[...] A autora narrou, na exordial, haver sido ofendida verbalmente pelo réu, que, diante de várias pessoas, proferiu-lhe os seguintes dizeres: "puta, uma vagabunda, não presta" (fl. 3).

O proferimento de ofensas verbais tais como as narradas pela apelante dá azo, sem dúvida, ao reconhecimento de danos morais indenizáveis. E, ainda que a autora não tenha logrado provar a narrativa exordial, como ressaltou o Dr. Juiz de Direito, o fato é que o réu não impugnou a assertiva. Em face disso, atraiu para si a aplicação do artigo 334, III, cumulado com o artigo 302, ambos do Código de Processo Civil, ou seja, trata-se de fato incontroverso porquanto não impugnado especificamente pelo demandado.

Diante disso, incontroversas as ofensas verbais proferidas pelo apelado diante de inúmeras pessoas, nos termos da legislação supracitada, não há como afastar a responsabilidade do réu pelos danos morais causados à autora, que se presumem.

Sabe-se que a responsabilidade civil, no direito pátrio, repousa em três pressupostos essenciais: o dano sofrido por quem pretende a indenização, a culpa do agente e o nexo causal entre o dano objeto de ressarcimento e a conduta culposa daquele a quem se atribui a responsabilidade [...] (Ap. Cív. n. 2001.010160-2, de Ponte Serrada, Rel. Des. Orli Rodrigues, j. 05/04/2005). Como, na hipótese, encontram-se presentes os requisitos da indenização, impõe-se reformar a sentença nesse tocante, para julgar procedente o pedido indenizatório por danos morais.

[...] O apelo de Ivanuza Cristina Rostirola deve ser conhecido e parcialmente provido para julgar procedente o pedido indenizatório exordial e condenar o réu ao pagamento de uma indenização por danos morais que fixo em R\$ 1.000,00 [...].

Várias são as possibilidades ou exemplos que podem ser citados como causas que importem no rompimento da sociedade conjugal por culpa, tais como os casos de maus-tratos, que geralmente são realizados contra a companheira ou esposa, hoje amparados por lei federal.

Contudo, a frustração da expectativa criada com o início do relacionamento a dois, na maioria das vezes, traz ressentimentos profundos, e que devem ser reparados, com fundamento no Direito das Obrigações. Assim, pois, todo aquele que tiver direito seu violado, pode e deve ser reparado, com mais razão nas relações familiares, onde a importância do afeto como valor jurídico prepondera.

É certo que o fim do amor não gera o dever de indenizar, mesmo que houvesse a transgressão aos deveres conjugais, faz-se necessária a prova da culpa. O mesmo ocorre nas relações advindas da união estável, conforme se verifica em decisão preferida na Apelação Cível nº 70013037882, da Sétima Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, julgada em 07 de junho de 2006, tendo por Relator o Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, o qual refere que

APELAÇÃO CÍVEL. ALEGAÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. VARÃO CASADO. FIXAÇÃO DE ALIMENTOS AO FILHO COMUM. PEDIDO DE ARBITRAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL EM FACE DE ABANDONO E ESTADO DEPRESSIVO.

1. Antes da averiguação da existência de convivência pública, contínua, duradoura e com o objetivo de constituição de família, a alegação de união estável esbarra em impedimento legal que veda o reconhecimento da formação desta entidade familiar se não houver prova de que a pessoa, embora casada, estava separada (judicialmente ou de fato). 2. O cotejo das possibilidades do varão com as demandas da criança de tenra idade, cujas necessidades são presumidas, demonstra a adequação dos alimentos fixados em valor correspondente a dois salários mínimos. 3. **A atribuição de cominação indenizatória não se justifica quando há rompimento de relações amorosas, pois as mágoas e sensações de perda e abandono são custos que fazem parte da existência pessoal. Não constituem suporte fático a autorizar a reparação pecuniária.** 4. A possibilidade de indenização surgiria se caracterizado ato ilícito de extrema gravidade, cuja indenizabilidade seria cabível independentemente do contexto da relação afetiva entretida pelas partes. **NEGARAM PROVIMENTO A AMBAS AS APELAÇÕES, À UNANIMIDADE.** (grifou-se)

Destarte, o acórdão da Apelação Cível nº 70021802244, da Sétima Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, julgado em 05 de novembro de 2008, de que foi Relator o Desembargador André Luiz Planella Villarinho, mesmo não reconhecendo a indenização por dano moral, destaca a possibilidade da reparação moral, desde que restem devidamente provados os danos sofridos. Veja-se:

[...] O art. 186 do CC/02 dispõe que, *sic*: “*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito*”.

Os cônjuges, nos termos do art. 1.566, incisos I e V do CC/02, possuem *direitos e deveres* que decorrem do matrimônio, que, se violados e causarem dano, podem caracterizar ato ilícito passível de indenização, dentre eles: a *fidelidade recíproca*, o *respeito* e a *consideração mútuos*.

Para tanto, exige-se a violação de um direito da parte, a comprovação dos fatos, dos danos sofridos e do nexo de causalidade entre a conduta desenvolvida e o dano sofrido [...].

São tímidas ainda, as decisões que, assim como no rompimento do casamento, dão provimento ao pedido de dano moral com base no rompimento da união estável. Nessa linha encontra-se a decisão da Apelação Cível nº 70037440005, da Oitava Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, com decisão de 05 de agosto de 2010, relatada pelo Desembargador Rui Portanova, o qual reconhece a reparação moral, com base no constrangimento causado pelo companheiro à companheira perante a sociedade, o qual

mentiu quanto as suas condições financeiras, causando-lhe, com isso, prejuízos. Transcreve-se a ementa do acórdão, constando no Anexo C seu inteiro teor. Veja-se:

APELAÇÃO. DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA. DíVIDAS. DANO MORAL. CARACTERIZAÇÃO.

De rigor excluir dívidas reconhecidas como sendo comuns pela sentença – porquanto não comprovado que foram contraídas no curso da união estável e/ou em prol do casal.

Adequada a condenação do apelante ao pagamento de indenização por dano moral em prol da apelada – na medida em que demonstrado que mentiu a respeito de condições pessoais e profissionais suas, e por suas condutas, colocou a apelada em situações de constrangimento e prejuízo.

DERAM PARCIAL PROVIMENTO.

Portanto, restando configurada a violação do dever conjugal, bem como preenchidos os requisitos de sua gravidade e que resulte na insuportabilidade da vida em comum, poderá ser requerida a dissolução da sociedade conjugal, fundada na culpa do ofensor, sendo facultado ao inocente ou vítima, pedir a reparação dos danos que sofreu, tanto os morais quanto os materiais, desde que restem devidamente provados.

É certo que mesmo não havendo previsão legal que vise punir o cônjuge culpado pelo rompimento do casamento, tal pode ocorrer em face do preceito estabelecido nos artigos 186, 187 e 927 todos do Código Civil, já transcritos no decorrer deste trabalho. Razão pela qual, é direito de todos pretenderem a reparação de seus direitos quando transgredidos, em face do princípio da dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

Em todos os ramos do direito, sempre que se ouve falar em culpa há a reparabilidade, seja através do ressarcimento, seja por dano moral etc. E sobre esse ponto de vista, no Direito de Família não deveria ser diferente, quando houvesse culpa por parte de um dos cônjuges; porém, não é o que acontece.

No Direito de Família sempre existiu alguma forma de punição ao cônjuge que não cumprisse seus deveres. Cita-se como exemplo o crime de adultério, já extinto há alguns anos. Contudo, o Código Civil não prevê em seus dispositivos a responsabilização advinda de culpa de um dos cônjuges ou companheiros. As sanções que são oferecidas pelo próprio Código Civil (alimentos, guarda dos filhos e nome) não visam punir, efetivamente, o cônjuge ou companheiro declarado culpado pela dissolução do casamento ou da união estável, pois para sua aplicação influem outros requisitos estranhos à culpa.

Sobre esse enfoque, aplica-se o princípio da dignidade da pessoa humana, pois a responsabilidade civil deve estar presente com mais razão ainda nas relações familiares, por ser a família o ambiente de afeto, consideração e respeito por excelência. Essa possibilidade está presente no próprio texto da Carta Magna, quando assegura que os interesses da pessoa devem ser protegidos, por ser a figura excelsa do sistema.

Inexistindo lei que ampare a proposta de responsabilização, estimulada pela doutrina, entra a jurisprudência na tentativa de uniformizar as questões decorrentes. O entendimento majoritário ainda reza pela não concessão de dano moral, pois entendem autores e tribunais, que o rompimento de qualquer relação conjugal deixa marcas, sofrimentos e ressentimentos para as partes, casos em que não há porque se discutir a culpa, pois o desamor, a infidelidade, o desrespeito são apenas sintomas do fim do afeto e, por isso, do casamento ou da união estável.

Poucos são os julgados que já concederam reparação para esses casos com base nos preceitos da responsabilidade civil. Porém, não é porque não há previsão legal que o assunto deve ser deixado de lado. Nesse sentido, cabe ao julgador, em análise de caso a caso, a solução do tema, aplicando outros preceitos, já que inexistente legislação expressa.

De fato, a união de duas pessoas, seja ela constituída pelo matrimônio ou pela união estável, representa o amor existente entre elas, subentendendo-se que um complementa o

outro, sendo essa relação baseada na confiança, respeito, afeto, carinho e consideração mútuos. E a partir do momento em que esses princípios, basilares da relação conjugal deixam de existir, surge o desrespeito que pode levar ao dano moral, na hipótese de estar presente a ilicitude, pois cada qual tem direito de ser reparado, através de indenização pecuniária, sempre que atingido a sua dignidade.

Ressalta-se que não há pretensão de discutir a culpa na ruptura, pelo contrário, busca-se a reparação moral pela humilhação, vexame e dor sofridos pela vítima em decorrência do rompimento da relação, desde que reste caracterizado que o ato praticado pelo ofensor estava revestido de ilicitude, além da demonstração efetiva dos danos decorrentes.

Fosse seguir apenas os ditames do Código Civil referentes ao Direito de Família, o cônjuge culpado não sofreria nenhuma sanção. Para tanto, a fim de assegurar o princípio da dignidade humana, aplica-se o disposto no artigo 186, que define o ato ilícito, pois, se há ressarcimento por culpa nas relações sociais, porque não aplicar esses mesmos preceitos às relações conjugais?

Nesse sentido, conclui-se que mesmo não havendo disposição expressa para punir o cônjuge ou companheiro culpados pela ruptura da sociedade conjugal, nada impede que restando caracterizada a conduta ilícita, ou seja, a culpa e o dano, seja então, deferido o dano moral, a fim de amenizar a dor, o vexame e a humilhação sofrida. E a forma de se dignificar a pessoa humana, valor supremo do sistema, ainda mais nas relações familiares, pois não é porque está na condição de casado ou em união estável, que se deixa de ser sujeito de tais direitos.

REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira (Coord. e coautor). *Código de famílias comentado: de acordo com o estatuto das famílias (PLN n. 2.285/07)*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

AMARAL, Francisco. *Direito civil – introdução*. 6. ed. rev. atual. e ampl. de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

AMARANTE, Aparecida I. *Responsabilidade civil por dano à honra*. 5. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

BRANCO, Bernardo Castelo. *Dano moral no direito de família*. São Paulo: Método, 2006.

BRASIL. *Código Civil, 1916*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L3071.htm>>. Acesso em: 10 set. 2010.

BRASIL. *Código Civil, 2002*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 11 mar. 2010.

BRASIL. *Código Penal, 1940*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 07 jun. 2010.

BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 mar. 2010.

BRASIL. *Lei n. 6.515, de 22 de dezembro de 1977*. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências (Lei do Divórcio). Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 14 set. 2010.

BRASIL. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 abr. 2010.

BRASIL. *Lei n. 9.278, de 10 de maio de 1996*. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 07 mai. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 37051*. Relator: Ministro Nilson Naves. Brasília, DF, 17 abril de 2001. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 26 set. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 742137*. Relator: Ministra Nancy Andrighida. Brasília, DF, 21 de agosto de 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 26 set. 2010.

CANEZIN, Claudete Carvalho. Da responsabilidade civil na violação da dignidade da pessoa humana na sociedade conjugal. *Revista IOB de direito de família*, Porto Alegre: Síntese, ano XI, n. 54, v. 12, jun./jul. 2009. p. 91-118.

CARVALHO NETO, Inácio de. *Responsabilidade civil no direito de família*. v. IX. Curitiba: Juruá, 2002.

CASTRO, Adriana Mendes Oliveira de. A família, a sociedade e o direito. In: ELESBÃO, Elsitá Collor (Coord.). *Pessoa, Gênero e Família: uma visão integrada do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 87-102.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008.

CHAMMA, Gladys Maluf. *Toda e qualquer ofensa ao ser humano é passível de indenização*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-jun-13/direito-civil-toda-qualquer-ofensa-humano-passivel-indenizacao>>. Acesso em: 19 jun. 2010.

CHAMONE, Marcelo Azevedo. *O dano na responsabilidade civil*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11365>>. Acesso em: 13 jul. 2010.

COSTA, Maria Aracy Menezes da Costa. Responsabilidade civil no direito de família. In: MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PEREIRA, Sérgio Gischkow (Coords.). *Direito contemporâneo da família e das sucessões: estudos jurídicos em homenagem aos 20 anos de docência do professor Rolf Madaleno*. Rio de Janeiro: GZ, 2009. p. 145-158.

DELGADO, Rodrigo Mendes. *O valor do dano moral: como chegar até ele; teoria e prática*. São Paulo: JH Mizuno, 2003.

DIAS, Maria Berenice. Da separação e do divórcio. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *Direito de família e o novo código civil*. 4. ed. rev. e atual. 2. tir. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 61-82.

_____. *Manual de direito das famílias*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 24. ed. refor. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 17. ed. aum. e atual. v. 7. São Paulo: Saraiva, 2003.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo código civil: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios*. v. XIII (Arts. 927 a 965). Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FONSECA, Guilherme de Martin Ramos da. *A reparação dos danos morais e seu quantum indenizatório em casos de morte: Existe enriquecimento ilícito? Há justiça na consideração do poder econômico do ofendido para fins de cálculo de seu arbitramento?* Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9010>>. Acesso em: 26 jul. 2010.

GROENINGA, Giselle Câmara. Generalidades do direito de família. Evolução histórica da família e formas atuais de constituição. In: BARBOSA, Águida Arruda; VIEIRA, Claudia Stein (Coords.). *Direito de família: direito civil*. v. 7, com orientação de Giselda M. F. Novaes Hironaka. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 19-32.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil: obrigações e responsabilidade civil*. 3. ed., rev. atual. e ampl. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *As vicissitudes da igualdade e dos deveres conjugais no direito brasileiro*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6929>>. Acesso em: 30 abr. 2010.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MADALENO, Rolf. O dano moral no direito de família. In: FILHO, Nagib Slagib; COUTO, Sérgio (Coords.). *Responsabilidade civil: estudos e depoimentos no centenário do nascimento de José de Aguiar Dias*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MARQUES, Suzana Oliveira. *Princípios dos direito de família e guarda dos filhos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

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

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Danos morais em família? Conjugalidade, parentalidade e responsabilidade civil. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *A ética da convivência e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 171-201.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*. 7. ed. rev. ampl. e atual. até 25.8.2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Euclides de. União estável: conceituação e efeitos jurídicos. In: BARBOSA, Águida Arruda; VIEIRA, Cláudia Stein (Coords.). *Direito de família: direito civil*. v. 7, com orientação de Giselda M. F. Novaes Hironaka. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 150-169.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso de direito de família*. 4. ed. (ano 2001), 5. tir. atual. Curitiba: Juruá, 2005.

OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLTRAMARI, Vitor Ugo. *O dano moral na ruptura da sociedade conjugal*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA, Áurea Pimentel. *Divórcio e separação judicial: comentários à lei 6.15/1977 à luz da constituição de 1988, com as alterações das leis 7.841 e 8.408-92; doutrina, legislação, jurisprudência, direito comparado*. 9. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

POITTEVIN, Ana Laura González. Dano moral e infidelidade. In: MADALENO, Rolf (Coord.). *Ações de direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 11-23.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação cível n. 70019515592*, da 7ª Câmara Cível. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 27 de junho de 2007. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 26 set. 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação cível n. 70022449771*, da 7ª Câmara Cível. Relator: Des. Ricardo Raupp Ruschel. Porto Alegre, 25 de junho de 2008. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 26 set. 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação cível n. 70026555177*, da 8ª Câmara Cível. Relator: Dese. Claudir Fidélis Faccenda. Porto Alegre, 3 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 26 set. 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação cível n. 70012836755*, da 7ª Câmara Cível. Relator: Des^a. Maria Berenice Dias. Porto Alegre, 21 de dezembro de 2005. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 30 abr. 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação cível n. 70013037882*, 7ª Câmara Cível. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 07 de junho de 2006. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 26 set. 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação cível n. 70021802244*, da 7ª Câmara Cível. Relator: Des. André Luiz Planella Villarinho. Porto Alegre, 05 de novembro de 2008. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 26 set. 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação cível n. 70027018738*, da 7ª Câmara Cível. Relator: Des. Ricardo Raupp Ruschel. Porto Alegre, 22 de julho de 2008. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 20 mai. 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação cível n. 70029108222*, da 8ª Câmara Cível. Relator: Des. Claudir Fidélis Faccenda. Porto Alegre, 09 de julho de 2009. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 19 out. 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação cível n.º 70037440005*, da 8ª Câmara Cível. Relator o Desembargador Rui Portanova. Porto Alegre, 05 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 19 out. 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Incidente de Inconstitucionalidade n. 70029390374*, da 8ª Câmara Cível. Relator: Des^a. Maria Izabel de Azevedo Souza. Porto Alegre, 09 de novembro de 2009. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 20 mai. 2010.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. *Apelação cível n. 2007.026464-3*. Relator: Des. Luiz Carlos Freyesleben. Chapecó, 05 de novembro de 2008. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br>>. Acesso em: 26 set. 2010.

SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2001.

SANTOS, Jonabio Barbosa dos; SANTOS, Morgana Sales da Costa. Família monoparental brasileira. *Revista jurídica*: Brasília. v. 10, n. 92, p. 01-30, out./2008 a jan./2009. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/Artigos/PDF/JonabioBarbosa_R ev92.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2010.

SANTOS, Magda Raquel Guimarães Ferreira dos. “Mãe solteira” ou “pai solteiro”: quando a família é formada por um dos pais e o filho. Disponível em: <<http://www.clubedobebe.com.br/Palavra%20dos%20Especialistas/df-08-04.htm>>. Acesso em: 28 abr. 2010.

SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação civil na separação e no divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999.

SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati. *Normas técnicas para confecção de trabalhos científicos*. Passo Fundo: Universidade de Passo Fundo – Faculdade de Direito, 2008.

SILVA, Andréa Cristina Lacerda. *O dano moral na ruptura da sociedade conjugal*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/4421/O-dano-moral-na-ruptura-da-sociedade-conjugal>>. Acesso em: 12 jul. 2010.

SILVA, Giselle Miranda Ratton. *Responsabilidade contratual e extracontratual*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/874/Responsabilidade-contratual-e-extracontratual>>. Acesso em: 12 jul. 2010.

SIMIONATO, Marlene Aparecida Wischral; OLIVEIRA, Raquel Gusmão. *Funções e transformações da família ao longo da história*. Disponível em: <<http://www.abpp.com.br/abppprnorte/pdf/a07Simionato03.pdf>>. Acesso em: 28 mai. 2009.

SOUZA, Euclides de. *Jurisprudências "melhor interesse da criança"*. Disponível em: <<http://www.pailegal.net/chicus.asp?rvTextoId=-236521748>>. Acesso em: 08 out. 2010.

STOCKINGER, Francisco Tiago Duarte. Família constitucional, separação litigiosa e culpa. In: PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel (Orgs.). *Tendências constitucionais no direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 117-126.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Responsabilidade civil e ofensa à dignidade humana. *Revista brasileira de direito de família*, Porto Alegre, n. 32, v. 7, out./nov. 2005. p. 138-158.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil: dos efeitos do negócio jurídico ao final do Livro III*. v. II, tomo II (Arts. 185 a 232). Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 10. ed., v. VI. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. *Direito civil: responsabilidade civil*. 10. ed., v. IV. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 7. ed., v. II. São Paulo: Atlas, 2007.

WALD, Arnaldo. *O novo direito de família*. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.

WELTER, Belmiro Pedro. *Direito de família: questões controvertidas*. Porto Alegre: Síntese, 2000.

XAVIER, Fernanda Dias. Considerações sobre a impossibilidade de equiparação da união estável ao casamento. In: BASTOS, Eliane Ferreira; LUZ, Antônio Fernandes da (Coords.). *Família e jurisdição II*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 89-107.

ANEXO A – Apelação Cível nº 7002655177 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em negar provimento ao apelo.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário (Presidente), os eminentes Senhores **DES. JOSÉ ATAÍDES SIQUEIRA TRINDADE E DES. ALZIR FELIPPE SCHMITZ.**

Porto Alegre, 30 de outubro de 2008.

**DES. CLAUDIR FIDÉLIS FACCENDA,
Presidente e Relator.**

R E L A T Ó R I O

DES. CLAUDIR FIDÉLIS FACCENDA (PRESIDENTE E RELATOR)

Elaine B. P. Carpenedo, nos autos da ação ordinária de indenização por danos morais, que move contra Mauro C. C., apela da r. sentença de fls. 185 a 194 que julgou improcedente o pedido indenizatório.

Apela, em razões de fls. 196 a 205, postulando a reforma da sentença para que seja fixada indenização pelo dano moral advindo pela infração ao deveres do casamento.

Alega que o apelado abandonou a família bem como faltou como respeito mútuo, o que acabou por abalar profundamente a recorrente.

Aduz que a prova dos autos, tanto documental como testemunhal é clara em comprovar que o recorrido freqüentava casa de programas sexuais, quando ainda convivia com a recorrente.

Alega, dessa forma, que existem elementos suficientes para ensejar a condenação do requerido, “pois existe no bojo dos autos provas que conduzem a afirmação de que o apelado agia de forma desonrosa durante o casamento, (...)”

Postula, ao final, a reforma da sentença com a total procedência do pedido, condenando o apelado ao pagamento de indenização por dano moral em valor a ser arbitrado.

Contra-razões, fls. 211 a 217.

Em decisão monocrática, fls. 219 a 220, o e. Des. Artur Arnildo Ludwig, declinou da competência para uma das Câmaras integrantes do 4º Grupo Cível.

Parecer do Ministério Público, fls. 221, pela não intervenção.

Registro que foi observado o disposto nos artigos 549, 551 e 552 do Código de Processo Civil, tendo em vista a adoção do sistema informatizado.

É o relatório.

V O T O S

DES. CLAUDIR FIDÉLIS FACCENDA (PRESIDENTE E RELATOR)

Apesar dos argumentos tecidos pela recorrente, tenho que o apelo não procede, devendo ser mantida a bem lançada sentença de fls. 185 a 194 que julgou improcedente o pedido indenizatório diante da ausência de prova do dano moral alegado pela demandante/recorrente.

No caso dos autos, pelo que se verifica do exame das alegações da partes, percebe-se o grande desgaste da relação do casal ao longo dos anos, e que as intrigas já existiam no início do casamento, sendo a prática do adultério uma consequência desse desgaste, e não a sua causa.

Sabe-se que embora haja previsão legal a respeito do tema, na forma dos arts. 1.572 e 1.573 do Código Civil, modernamente, a tendência da doutrina e da jurisprudência pátria, especialmente pela orientação desta Corte de justiça, nas ações de separação judicial não cabe mais perquirir a culpa dos cônjuges pela dissolução do casamento.

Efetivamente, a moderna orientação da justiça gaúcha é no sentido de que a aferição da culpa pela separação do casal por qualquer um dos consortes é irrelevante, sobretudo quando inexistente efeito prático ou legal para o processo, como é o caso dos autos.

O pedido de indenização de dano moral formulado na inicial está calcado à prática de adultério cometido pelo varão, fato que restou reconhecido na sentença frente à prova coligida pela autora e pela admissão de relação extraconjugal do apelado.

Como leciona Maria Berenice Dias ²³² “...a lei não contempla a única causa que pode tornar insuportável a vida em comum. Nenhuma das diversas hipóteses ressuscitadas pelo novo Código Civil permite a identificação de um culpado. O que elenca a lei são meras consequências de uma única causa. Somente comete adultério, tenta matar, ou age da forma preconizada no art. 1573, quem não ama mais. O exaurimento do vínculo de afetividade é a única causa que leva alguém a agredir, abandonar, manter conduta desonrosa. Tais atitudes são meros reflexos do fim do amor.

A perquirição da culpa, além de ser de todo impertinente, tem seqüelas perversas. Evidencia que o interesse do legislador é simplesmente a manutenção dos sagrados laços do matrimônio, punindo quem dele quer se afastar. O culpado perde a própria identidade, pois o uso do nome depende da benemerência do inocente (art. 1.578). Ainda que

²³² (Artigo publicado no Boletim do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, nº 22, set./out. de 2003; no site Instituto de Estudos Jurídicos da ULBRA - Santa Maria, 18 nov. 2003. Disponível em: <<http://www.iejulbra-sm.com/7artigo.html>>. Acesso em: 18 nov. 2003, e no site da ADVOG Consultoria. Disponível em: <http://www.advogconsultoria.com.br/convidados/ler_noticia.php?id=24>. Acesso em: 04 out. 2004).

não mais seja condenado a morrer de fome [1], o responsável pela separação irá receber alimentos tão-só para assegurar a sobrevivência (art. 1.704, parágrafo único). Afora tal, a inocência do cônjuge sobrevivente garante-lhe direitos sucessórios ainda que separado de fato há dois anos (art. 1.830).

Já FRANCISCO JOSÉ CAHALI, atualizador da obra de SÍLVIO RODRIGUES, ao comentar o art. 1.572 do CPC, adverte que “... se o casamento facilmente pode ser desfeito pelo divórcio, e sempre sem discussão da culpa, incoerente será oferecer resistência exagerada à etapa mais branda, consistente na dissolução apenas da sociedade conjugal por meio da separação judicial. O direito não tem meios para unir almas que se repudiam ou exigir falsos sentimentos. Daí encontramos nesse novo dispositivo a solução para as hipóteses em que se verifique, pelos infortúnios do caminho de um casal, a ruptura da *affectio maritalis*, ou a simples incompatibilidade de gênios, sem tormentos e nefasta discussão a respeito de quem teria dado causa a essa indesejada situação”.²³³

Como observou o Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, no julgamento da Apelação Cível n. 70020744959, “...o exame da culpa na separação judicial deve ser evitado sempre que possível, pois, em regra, cuida-se apenas da causa imediata da ruptura da vida em comum, desconsiderando-se que esse rompimento é, na verdade, o resultado de uma sucessão de acontecimentos e desencontros próprios do convívio diuturno, em meio também às próprias dificuldades pessoais de cada um. No caso, o exame da culpa não produzirá qualquer seqüela para as partes.”

A saber:

“SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. ALIMENTOS PARA EX-MULHER E FILHAS MENORES. ADEQUAÇÃO DO QUANTUM. PROVA. DESCABIMENTO DO EXAME DA CULPA PELO TÉRMINO DO CASAMENTO. VALOR DA CAUSA. SUCUMBÊNCIA. HONORÁRIOS. COMPENSAÇÃO. 1. Sendo a separanda mulher jovem, saudável, capaz, apta ao trabalho e advogada, que exerce cargo público, descabe fixar alimentos em favor dela, pois não necessita do amparo do varão para manter-se. 2. A lei contempla o dever de mútua assistência e não o direito de um cônjuge de ser sustentado pelo outro. 3. O sustento dos filhos menores constitui obrigação decorrente do poder familiar e esse encargo é, por igual, de ambos os

²³³ RODRIGUES, Sílvio. *Direito de Família*. 3.3d. São Paulo: Saraiva, 1973; 6.ed., 1978; 28. ed. Atual. Francisco José Cahali, 2004, p. 230/232.

genitores, devendo cada um concorrer na medida da própria disponibilidade, de forma a assegurar à prole condições de vida compatíveis com aquelas que desfrutam. 4. As regras que delimitam o valor da causa são de ordem pública, pois toda causa deve ter um valor certo, ainda que sem conteúdo econômico imediato, sendo que, quando a causa tem conteúdo econômico claro, o valor da causa deve corresponder a ele, aplicando-se as regras do art. 259 do CPC. 5. Descabe discutir a culpa pela ruptura da vida conjugal quando dela não resultar seqüelas jurídicas para as partes. 6. Decaindo ambos os litigantes de parte das suas respectivas pretensões, é cabível a distribuição igualitária dos ônus sucumbenciais. 7. Sendo ambos os litigantes vencedor e vencido, cabível a compensação dos honorários advocatícios sucumbenciais. Súmula 306 do STJ. Recurso da autora desprovido e provido em parte o do réu. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70020744959, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 21/11/2007).”

Conquanto se saiba que o adultério importe em grave violação dos deveres do casamento, produzindo, na maioria das vezes, sofrimento, decepção e, quase sempre, fracasso da relação conjugal, não se pode esquecer que a inviabilidade da manutenção de uma vida em comum pode estar configurada muito tempo antes da ocorrência de uma relação extraconjugal ou de uma separação fática (invariavelmente é o que acontece), porque o sentimento amoroso, assim como não se inicia de forma instantânea, não se encerra de inopino, de modo que os envolvidos, muito tempo antes do reconhecimento do insucesso de seu relacionamento, têm plena ciência de que o amor acabou – e, com ele, todos os sentimentos anexos: respeito, consideração etc. –, apenas não adotando uma postura formal de encerramento do relacionamento em face ou das razões emocionais que os envolvem, ou das diversas conveniências sociais, familiares.

E, no caso dos autos, foi o que aconteceu. Vejamos um excerto da. r. sentença, fls. 171 e seguintes:

“Dessa forma, percebe-se que o grande desgaste da relação do casal ao longo dos anos, e que as intrigas já existiam no início do casamento, sendo a prática do adultério uma consequência desse desgaste, e não sua causa.

Entretanto, mesmo que o demandado tenha admitido a relação extraconjugal, a Autora não providenciou qualquer medida a demonstrar o pretendido abalo, uma vez que sequer partiu dela a iniciativa do divórcio (processo nº 028/1.07.0001774-6 em apenso).

(...)

Assim, não há nos autos prova do dano moral alegado pela autora, seja pelo fato dela continuar recebendo o demandado em sua casa, mesmo após a separação de fato, ocorrida em abril de 2006, seja pela falibilidade da prova testemunhal.” (grifei)

Na prática, pode-se dizer que o adultério não eventual é muito mais uma conseqüência do desgaste da relação do que uma causa da ruptura da sociedade conjugal. A jurisprudência atualizada da Corte é francamente nesse sentido, acolhendo a tese do “Princípio da Ruptura das Relações Conjugais”, a exemplo das seguintes ementas:

“APELAÇÕES CÍVEIS. SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. PARTILHA. Descabe a divisão dos bens, se não há pedido de partilha exposto na petição inicial, ou na reconvenção. CULPA. Descabe a atribuição de culpa a qualquer um dos cônjuges pelo rompimento da relação, aplicando-se o princípio da ruptura das relações conjugais. Precedentes. ALIMENTOS. Mantém-se a verba alimentar fixada na sentença em favor da separanda - cuja necessidade sequer é questionada -, se adequada, por ora, para suprir suas necessidades. Apelações de ambas as partes desprovidas” (AC nº 70014047310, 8ª CC, Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade, j. em 09/03/2006).”

“AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO A AGRAVO DE INSTRUMENTO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE. MANUTENÇÃO. A Corte não tem viabilizado a discussão da culpa na separação, mesmo que seja para fins de fixação de alimentos. O princípio da ruptura se sobrepõe ao princípio da culpa. Seja como for, aqui não há elementos suficientes para imputar culpa a um ou ao outro cônjuge. Logo, a fixação de alimentos depende da existência de necessidades (possibilidades aqui não estão em discussão). A separanda tem necessidade de receber auxílio alimentar do separando. Durante os mais de 20 anos de casamento ela sempre se dedicou ao lar. NEGARAM PROVIMENTO” (AI nº 70013119466, 8ª CC, Rel. Des. Rui Portanova, j. em 17/11/2005).”

A propósito, também já se pronunciou o STJ:

“SEPARAÇÃO JUDICIAL. PEDIDO INTENTADO COM BASE NA CULPA EXCLUSIVA DO CÔNJUGE MULHER. DECISÃO QUE ACOLHE A PRETENSÃO EM FACE DA INSUPORTABILIDADE DA VIDA EM COMUM, INDEPENDENTEMENTE DA VERIFICAÇÃO DA CULPA EM RELAÇÃO A AMBOS OS LITIGANTES. ADMISSIBILIDADE.

– A despeito de o pedido inicial atribuir culpa exclusiva à ré e de inexistir reconvenção, ainda que não comprovada tal culpabilidade, é possível ao Julgador levar em consideração outros fatos que tornem evidente a insustentabilidade da vida em comum e, diante disso, decretar a separação

judicial do casal. (...) Embargos de divergência conhecidos, mas rejeitados” (REsp 466.329/RS, Rel. Min. Barros Monteiro, 2ª Seção, j. em 14.09.2005).

Mais:

“SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. CULPA. Já se encontra sedimentado o entendimento de que a caracterização da culpa na separação mostra-se descabida, porquanto seu reconhecimento não implica em nenhuma seqüela de ordem prática. REGIME DA COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS. ALIMENTOS PROVISÓRIOS À MULHER POR ESTAR ALIJADA DO PATRIMÔNIO COMUM. Estando a mulher residindo no imóvel comum e o varão administrando a empresa da qual detém 50% da participação societária, não se visualiza a necessidade de concessão de alimentos provisórios à mulher, com fundamento no parágrafo único do art. 4º da Lei de Alimentos. ALIMENTOS DEVIDOS AOS FILHOS. Revela-se impositiva a majoração da verba alimentar quando presumidas as necessidades dos filhos menores e evidenciada a possibilidade do genitor de arcar com alimentos superiores aos fixados na sentença. Apelo provido em parte. (Apelação Cível Nº 70009746082, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Desa. Maria Berenice Dias, Julgado em 01/12/2004).”

“SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. VIOLAÇÃO DOS DEVERES CONJUGAIS. CULPA. PROVA. DESCABIMENTO. DANO MORAL. IMPOSSIBILIDADE, EMBORA ADMITIDO PELO SISTEMA JURÍDICO. É remansoso o entendimento de que descabe a discussão da culpa para a investigação do responsável pela erosão da sociedade conjugal. A vitimização de um dos cônjuges não produz qualquer seqüela prática, seja quanto à guarda dos filhos, partilha de bens ou alimentos, apenas objetivando a satisfação pessoal, mesmo por que difícil definir o verdadeiro responsável pela deterioração da arquitetura matrimonial, não sendo razoável que o Estado invada a privacidade do casal para apontar aquele que, muitas vezes, nem é o autor da fragilização do afeto. A análise dos restos de um consórcio amoroso, pelo Judiciário, não deve levar à degradação pública de um dos parceiros, pois os fatos íntimos que caracterizam o casamento se abrigam na preservação da dignidade humana, princípio solar que sustenta o ordenamento nacional. Embora o sistema jurídico não seja avesso à possibilidade de reparação por danos morais na separação ou no divórcio, a pretensão encontra óbice quando se expurga a discussão da culpa pelo dissídio, e quando os acontecimentos apontados como desabonatórios aconteceram depois da separação fática, requisito que dissolve os deveres do casamento, entre os quais o da fidelidade. Não há dor, aflição ou angústia para indenizar quando não se perquire a culpa ou se define o responsável pelo abalo do edifício conjugal. Apelação desprovida. (Apelação Cível Nº 70005834916, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 02/04/2003).”

Evidentemente que não se pode “fechar os olhos” para a prova produzida pela autora quanto ao comportamento extraconjugal do varão, conforme revelam os documentos acostados. No entanto, a par de a conduta do recorrente ser violadora de um dos deveres do casamento, como a da *fidelidade recíproca*, nos termos do inc. I do art. 1.566 do CC, autorizando o pedido de dissolução da sociedade conjugal, descabe declarar a sua ruptura com base na culpa, como anteriormente referido, creditando-se muito mais a fragilização do afeto e ao desgaste da relação marital, revelando-se a prática do adultério por qualquer dos cônjuges, mera conseqüência, e não a causa precípua do desenlace. Dessa forma, descabe também o pedido de indenização por dano moral.

Portanto, tenho que não procede a pretensão da recorrente, devendo ser mantida a sentença que julgou improcedente o pedido.

É a jurisprudência:

*APELAÇÃO CÍVEL. SEPARAÇÃO LITIGIOSA. AUSÊNCIA DE ASSINATURA DO PROCURADOR DO AUTOR NA PETIÇÃO RECURSAL. IRREGULARIDADE NÃO SUPRIDA. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO. Ausente assinatura do Procurador do autor na petição do recurso adesivo, não suprida com intimação própria, o corolário é o não conhecimento da peça. PEDIDO DE ATRIBUIÇÃO DE CULPA AO MARIDO PELA SEPARAÇÃO E CAUSADOR DE DANOS FÍSICOS E PSÍQUICOS. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO DE **DANO MORAL**. DESCABIMENTO. **Na falência das relações conjugais não se pode atribuir, de forma simplista, culpa a quem quer que seja, porque a corrosão dos relacionamentos se dá a partir de uma série de complexos fatores comportamentais que não cabem na singela divisão maniqueísta entre inocentes e culpados. O fim do casamento, qualquer que seja o motivo, gera intensos e profundos sentimentos. Todavia, não há reparação possível, de ordem econômica, para curar estas dores. O fato gerador da obrigação indenizatória há que ser a prática de uma ilicitude que gere lesão ao outro, sendo que o registro policial representa o exercício de um direito. O fato em si da comunicação não gera, por si só, lesão a ser indenizada. (...)** (Apelação Cível N° 70022449771, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 25/06/2008) grifei*

*INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. ABALO MORAL. UNIÃO ESTÁVEL. INFIDELIDADE DO COMPANHEIRO. ANÁLISE DA CULPA PARA APLICAÇÃO DO INSTITUTO. USO DE APARATO ELETRÔNICO PARA FLAGRANTE DE **ADULTÉRIO**. PROVA ILÍCITA. É duvidosa a licitude da prova produzida pela autora. Não cabe, aqui, valer-se do critério da proporcionalidade no intuito de aproveitamento desta, uma vez que não consistia no único meio capaz de demonstrar a transgressão do companheiro.*

*Quanto ao mérito, para a concessão do pleito indenizatório é indispensável adentrar-se no exame da culpabilidade. E, seguindo a tendência moderna de interferência mínima do Estado nas relações familiares, é posicionamento já pacificado deste Colegiado o de ser desnecessária a identificação do responsável pelo término da relação, quer se trate de união estável, quer seja hipótese de casamento civil. Sendo assim, não há como se definir, através da lide, o verdadeiro culpado pela deterioração do enlace. A desilusão dos amantes não se resolve em perdas e danos, pois é a frustração dos sentimentos que acarreta a dissolução. Também não se pode olvidar que todo desengano resulta da errônea e fantasiosa percepção da realidade para qual ambos os conviventes contribuem. A dor e a angústia daquele que ama são conseqüências do término do consórcio, das agruras da vida, não se prestando o Judiciário a vingar a ausência da reciprocidade de afeto e respeito, indenizando aquele que se sentiu traído. Demais, a união estável é uma situação de fato, que pode esboroar-se livremente, sem as obrigações impostas pela natureza também contratual do casamento. Muito embora a - lealdade-constitua gênero mais abrangente que a - fidelidade -, que não se prescreve como no matrimônio, mas que deve existir para a honorabilidade desta entidade familiar, embora sem ter a feição que desfruta, como causa, para o rompimento do casamento. De outra monta, descabe a indenização quando não resta comprovado o abalo moral alegado na exordial - ônus que competia à autora, a teor do disposto no artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil. Na hipótese em tela, não há a prova do dano propriamente dito, seja pela proximidade de um novo relacionamento, seja pela falibilidade da prova testemunhal. Igualmente indemonstrada a perda salarial decorrente da diminuição do ritmo de trabalho. Destarte, ainda que admitisse o **dano moral** no âmbito do Direito de Família, imprescindível seria a comprovação da lesão ensejadora do abalo emocional - o que, frisa-se, não há. Apelo desprovido. (SEGREDO DE JUSTIÇA). (Apelação Cível N° 70006974711, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 17/12/2003)*

Assim, entende-se que desfeita a união em razão de fato de adultério, a conseqüência jurídico-legal não passa da dissolução da sociedade conjugal, não gerando dano moral indenizável. Não comprovado o nexos causal entre o fato do adultério e os demais fatos lesivos sofridos pela requerida, isto é, culpa do autor pelas enfermidades psíquicas que ela enfrenta, não há falar em indenização por dano moral.

Em relações que se assentam no afeto, a dor emocional é algo inerente e inevitável, frente às rupturas, não podendo dar ensejo a indenizações.

A decepção amorosa no âmbito das relações é uma possibilidade perfeitamente previsível e que pode ocorrer a qualquer tempo no curso do relacionamento conjugal. Da mesma forma, a prática do adultério é um comportamento que permeia toda e qualquer

sociedade conjugal, não estando quaisquer dos cônjuges livre de experimentar a infidelidade do parceiro. Todavia, as desilusões no restrito campo dos sentimentos, que pode gerar, inclusive, depressão, não me parece ter a gravidade suficiente para gerar indenização por abalo moral.

Isso posto, nego provimento ao apelo.

DES. JOSÉ ATAÍDES SIQUEIRA TRINDADE (REVISOR) - De acordo.

DES. ALZIR FELIPPE SCHMITZ - De acordo.

DES. CLAUDIR FIDÉLIS FACCENDA - Presidente - Apelação Cível nº 70026555177, Comarca de Santa Rosa: "NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. UNÂNIME."

Julgador(a) de 1º Grau: LUIS FRANCISCO FRANCO

ANEXO B – Recurso Especial nº 37051 do Superior Tribunal de Justiça**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, "Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Menezes Direito, a Turma, por maioria, vencido o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento". Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Waldemar Zveiter e Menezes Direito.

Brasília (DF), 17 de abril de 2001 (data do julgamento).

Ministro Ari Pargendler
Presidente

Ministro Nilson Naves
Relator

Documento: 207586 Inteiro Teor do Acórdão - DJ: 00//2/25/6

RECURSO ESPECIAL Nº 37051 - SP (1993/0020309-6)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES:

Em caso de ações judiciais de separação e de ações cautelares (separação de corpos, posse provisória de filhos menores, arrolamento de bens e alimentos provisionais), eis o dispositivo da sentença (do Juiz Ricardo Anders de Araujo, da comarca de Araraquara):

"XIII- Em face do exposto, bem como pelo mais que dos autos consta, julgo procedente a ação de separação judicial proposta por Pauline Dib Khairallah contra Hanna Sabeh Harb, e improcedente idêntica ação proposta por este contra aquela, decretando em consequência a separação judicial do casal por culpa exclusiva do marido. Como cônjuge inocente, à mulher é confiada a guarda dos filhos comuns. Desde que seja conveniente para estes, poderão receber visitas do pai, com as restrições impostas na fundamentação deste decisório. A partilha de bens, a ser efetuada oportunamente nestes autos, deverá realizar-se de acordo com os dispositivos legais, que regulamentam o regime da comunhão parcial de bens. Pagará o varão à mulher e aos filhos, alimentos no valor de Cr\$70.000,00 (setenta mil cruzeiros) mensais, com reajuste monetário equivalente às variações do salário mínimo, dos quais 50% à primeira e 25% para cada um dos últimos. Responde ainda o varão, por indenização a título de dano moral, em favor da mulher, no importe de Cr\$1.260.000,00 (um milhão, duzentos e sessenta mil cruzeiros), com correção monetária a partir desta data e juros de mora desde a citação realizada no processo respectivo. Como consequência do acolhimento das ações cautelares propostas pela mulher contra o marido: a) fica prejudicada a medida cautelar deferida liminarmente e a final no feito 30890, desta Vara, entre as mesmas partes, substituída que é

por outras medidas aqui determinadas; b) a separação de corpos se fará mediante o afastamento gradativo do marido do lar conjugal, para onde retornará a mulher, operando-se concomitantemente a reversão, em favor desta última, da guarda provisória dos filhos comuns, mediante o acompanhamento que se fizer necessário por profissionais habilitados nomeados pelo Juízo; c) o arrolamento de bens liminarmente defendo prevalecerá até julgamento da partilha; d) os alimentos provisionais são majorados, doravante, para valor equivalente ao dos definitivos, observando-se quanto ao percentual devido aos filhos, a evolução paulatina da reversão da guarda.

Condeno o varão a pagar as custas processuais, honorários da perita tradutora que fixo em Cr\$ 8.000,00 (fls. 95), da perita responsável pelo estudo social que arbitro em Cr\$20.000,00 (fls. 104/106) e da assistente técnica da parte contrária, que fixo em Cr\$30.000,00 (fls. 141/148), e em honorários advocatícios de 15% do que for apurado em liquidação de sentença."

A sentença foi em parte reformada pelo acórdão (da 4ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça, relatado pelo Desembargador Cunha de Abreu), conclusivamente:

"A R. sentença atacada fica aperfeiçoada para dela se extrair a condenação indenizatória, para manter a guarda dos filhos com o réu, sem embargo que vencido, para amenizar a condenação alimentar no tocante aos filhos, para estabelecer o regime de visitas da mulher e para fixar os honorários únicos do advogado do pólo vencedor, que não mais estarão jungidos a liquidação futura.

Os tópicos não expressamente alterados e que não sé choquem com o que aqui ficou decidido, ficam mantidos por seus fundamentos.

Rejeita-se o agravo retido aqui erigido em preliminar de mérito e dá-se parcial provimento a ambos os recursos."

Foram interpostos dois recursos pela autora da ação de separação julgada procedente pela sentença (um endereçado ao Supremo e o outro ao Superior Tribunal), sobre os quais assim se pronunciou o Desembargador Youssef Cahali:

"1. Cuida-se de recursos extraordinário e especial, fundados, respectivamente, nos arts. 102, III, a e 105, III, a e c da Constituição Federal, contra acórdão da 4ª Câmara Civil, na parte em que acolheu parcialmente a apelação do varão, para afastar a condenação indenizatória e para manter a guarda dos filhos com o pai.

No recurso extraordinário, a alegação é de que o aresto feriu os arts. 5º, V e X e 226, § 8º e 227 da Carta Magna, ao negar à recorrente o direito à indenização dos danos morais que lhe infligiu o marido, e ao deferir a guarda dos filhos menores do casal ao marido.

Ocorre que a decisão recorrida não cuidou dos dispositivos constitucionais invocados, de sorte que falta o necessário prequestionamento, viabilizador do acesso à superior instância.

De outro lado, não basta alegação de violação reflexa à Constituição, decorrente de pretensa contrariedade à lei. A violação há de ser direta e frontal, para autorizar o apelo extremo (RTJ 105/1.279). Se, para provar ofensa à Constituição, tem-se, antes, que demonstrar infringência à lei ordinária, é esta que conta para a admissibilidade do recurso (RTJ 94/462).

Quanto ao recurso especial, alega a recorrente que o acórdão, além de divergir de decisões da Suprema Corte, contrariou: o art. 159 do Código Civil, pois mesmo reconhecendo a injúria e a

culpa do recorrido para conceder a separação, negou-se a responsabilizá-lo pela reparação do dano moral decorrente do mesmo comportamento; os arts. 10 e 13 da Lei 6.515/77, de acordo com os quais os filhos menores devem ficar sob a guarda do cônjuge inocente, salvo motivos graves.

Na espécie, estão presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso pela alínea a do permissivo constitucional, pois as questões jurídicas suscitadas devem ser submetidas à apreciação do Superior Tribunal de Justiça, a quem compete velar pela uniformidade de interpretação da legislação federal ordinária.

A matéria foi bem exposta na petição de interposição e devidamente examinada pelo acórdão, estando atendido, assim, o requisito do prequestionamento, não incidindo os demais vetos regimentais ou sumulares.

No que tange à alegada divergência jurisprudencial, não foi comprovado o dissídio, pois os arestos apontados como paradigmas não guardam relação de exata similitude com a hipótese dos autos.

Em tais condições, indefiro o recurso extraordinário e dou seguimento ao recurso especial pela alínea a."

Admitido que foi o recurso especial pelo fundamento da alínea a, o Ministério Público Federal emitiu, aqui no Superior Tribunal, parecer pelo conhecimento e provimento, ao entender, de um lado, que se ofendeu o art. 159 do Código Civil, haja vista que "O ressarcimento autônomo do dano moral, em matéria de separação judicial, é admitido pela melhor doutrina", de outro, que se ofenderam os arts. 10 e 13 da Lei nº 6.515/77, haja vista "a conveniência da mãe ter a guarda dos filhos, até em atenção às necessidades impostas por suas idades".

Vieram-me os autos por conclusão em 17.6.96, e em 19.9.97 pedi dia para julgamento.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 37051 - SP (1993/0020309-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NILSON NAVES:

De acordo com o relatório, trata-se de especial fundado nas alíneas a e c, mas admitido, na origem, pelo fundamento da alínea a. Efetivamente, dissídio não existe, nem sequer fora demonstrado consoante as recomendações de praxe. A propósito, bem anotou o Subprocurador-Geral Leal Chaves, no parecer de fls. 334/343, verbis: "12. Quanto ao dissenso denunciado, claudica a recorrente em sua comprovação, seja pela singeleza no apresentar os RR. precedentes, alguns indicados apenas pelos repositórios onde se acham estampados (fls. 309, primeiro parágrafo), seja pela ausência de semelhança entre o assentado no R. acórdão recorrido e o contido nos excertos vertidos nas razões. Dessarte, despido do necessário suporte o apelo, enquanto buscando assento no permissivo da alínea c, e, por isso, incognoscível se apresenta com base no alardeado dissídio jurisprudencial". Por isso ao recurso falta cabimento, no atinente ao alegado dissídio.

2. A respeito da alínea a do permissivo, o recurso, tocantemente à Lei nº 6.515, também não

procede. Aduz a recorrente várias razões no sentido de que o acórdão estadual teria ofendido os arts. 10 e 13, ao deixar os filhos em companhia do cônjuge varão, que foi, em boa verdade, considerado culpado. Sucede, todavia, que a espécie recomenda que assim seja, verbis:

"Os filhos hoje estão com o varão, cônjuge culpado da ruptura. Sentem-se bem ali e a própria assistente social que levantou o prudente estudo de fls. 104/106 é enfática em recomendar a manutenção dessa situação, verbis: ... Face ao desejo das crianças em permanecer na companhia do genitor, a adaptação constatada, o distanciamento e a rejeição manifestada à figura materna, fundamento parecer favorável para que a guarda das crianças Nazira Hanna Harb e Hanna Sabeh Harb Filho, de respectivamente 9 e 7 anos de idade permaneça com o requerido Hanna Sabeh Harb.

Ora, nos casos em que se examina a situação de menores, sobre qualquer outro aspecto se agiganta aquele da maior vantagem ou menor prejuízo para eles. Nesse palco não está em sopesamento o sentimento de qualquer dos pais mas sim, repita-se, aquele das crianças e suas vantagens. Hoje parece que as crianças estão melhor com seu pai. Com ele devem permanecer até que o contrário se afigure melhor ou mais oportuno, se alteradas as condições hoje vigentes.

A mulher porém evidentemente poderá visitar as crianças e na medida do possível e desejável, reconquistar seu afeto e confiança.... "

Decidiu a 4ª Turma que "A mulher culpada pela separação do casal pode ficar com a guarda do filho menor, se assim for julgado mais conveniente aos interesses da criança, que é o valor fundamental a preservar" (REsp-9.389, Ministro Ruy Rosado, DJ 10.10.94). Em tal aspecto, o varão também há de poder ficar com a guarda do filho, se assim for julgado conveniente, como aqui o foi. Ora, o caminho que sobe e o caminho que desce, segundo velho fragmento, são um único e mesmo. Se a mulher pode, por que o homem não há de poder ficar com a guarda? Observe, conforme se lê no acórdão paulista, que as crianças encontram-se bem acomodadas com o pai. É o bastante para que se não altere a situação, pois, em casos dessa ordem, o interesse maior é o do menor, acima de todo e qualquer outro interesse. É inviável, por conseguinte, neste ponto, o recurso.

3. Sobre a indenização por dano moral (o outro ponto do especial), alega a recorrente que, negando-se-lhe o direito (embora se tenha reconhecido que foi o marido quem dera causa à separação), o acórdão "contrariou o artigo 159 do Código Civil, que obriga à reparação do dano aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem. Dano esse tanto de ordem material como de ordem moral. E, se houve injúria por parte do marido, como expressamente reconheceu o acórdão recorrido, tem a vítima direito à indenização nos termos da lei civil".

Disse o juiz, como se viu, que o varão responderia pelo dano moral, "em favor da mulher, no importe de Cr\$ 1.260.000, 00 (um milhão, duzentos e sessenta mil cruzeiros), com correção monetária a partir desta data e juros de mora desde a citação realizada no processo respectivo", isto porque, de acordo com os fundamentos da sentença,

"Os vexames impostos pelo marido à mulher, inclusive em público, durante longo período, são atestados pela prova colhida na instrução, conforme frisado. Os danos morais decorrem no caso não só das sevícias praticadas, como da humilhação a que a mulher precisou se submeter quando precisou sobreviver às custas da caridade de amigos, tão logo deixou o lar

conjugai por temer por sua integridade física.

A dificuldade prática para a fixação de indenização do dano moral, observada na maioria das vezes, não se apresenta na hipótese. Deverá corresponder ao período presumível de tramitação do processo até definitiva solução... "

Mas o acórdão da 4ª Câmara Civil assumiu posição diversa, nestes termos:

"Feitas essas considerações, correta a separação a débito do varão.

Extrai-se-lhe, porém o travo de ilicitude informador do pleito e condenação ao pagamento de indenização.

Neste caso de desamor não se vislumbra qualquer diferença de tantos outros que atapetam os foros. O casal contraiu núpcias, tentou fazer sobreviver à relação, mas fracassou. Fosse o marido mais cordato é ocidentalizado e porventura teria o casamento, chances. Por outro lado também importante mencionar-se que a mulher - dotada de maior sensibilidade - não precisaria esperar o transcurso de todos os anos da vida em comum para só então separar-se.

Expunge-se o R. decreto do tópico que finca indenização."

Enfático e peremptório o acórdão não foi quanto a que não caberia, em casos tais, reparação por danos morais. Entendeu o Tribunal estadual, pelo que me foi possível extrair da decisão ali proferida, tratar-se, o caso em comento, de simples caso de desamor, donde então se não justificaria a indenização a tal título. É de indagar, e me parece que isso seja necessário para o deslinde deste litígio, da possibilidade de se compor dano moral na separação e no divórcio.

Em trabalho publicado na RT-679 (maio de 1992), escreveu José de Castro Bigi:

"A doutrina pouco cuida do assunto. Nesse campo, devemos ressaltar os excelentes trabalhos de Wilson Mello da Silva citando os ensinamentos de Amílcar de Castro e Pedro Lessa - ambos favoráveis à reparação do dano moral. Mais recentemente o magistrado Yussef Said Cahali, neste sentido: 'Admitida a infração dos deveres conjugais como causa da separação judicial (Lei 6.515 de 26.12.77, art. 5º), tem-se preconizado que, para além da dissolução - sanção da sociedade conjugal - o cônjuge culpado deve responder igualmente por danos morais conseqüentes da separação'.

Também Caio Maria da Silva Pereira, versando os efeitos do desquite, leciona: 'Afora os alimentos, que suprem a perda da assistência direta, poderá ainda ocorrer a indenização por perdas e danos (dano patrimonial e dano moral), em favor do prejuízo sofrido pelo cônjuge inocente'.

Na esfera jurisprudencial temos apenas o acórdão já mencionado do TJRS, com o notável voto do então Des. Athos Gusmão Carneiro, hoje Ministro do STJ. " (pág. 48)

O voto do Desembargador e depois Ministro Athos Carneiro ficara vencido naquela ocasião, conforme se vê da publicação inserta na RT-560 (junho de 1982). Dele recolho os seguintes trechos:

"Rogo vênua 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 a 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.

A respeito devo reportar-me ao magnífico trabalho de Wilson Mello da Silva, 'O Dano Moral e sua Reparação' (Forense, 1955), onde o tema é amplamente versado. No n. 156 da obra o autor cita o magistério do saudoso e grande Amílcar de Castro, trazendo à baila trecho de um acórdão pelo mesmo relatado, com a seguinte passagem:...

.....

“Passando especificamente à reparação de danos morais em vinculados à separação de cônjuges, em consequência dos fatos que deram origem à dissolução da sociedade conjugal, acho adequado reportar-me à jurisprudência francesa, que, sabidamente, tem sido pioneira em matéria de responsabilidade civil. Tal jurisprudência admitia a indenização, com base na regra geral do art. 1.382 do CC francês, já muito antes da legislação que expressamente veio a coroar e a consagrar essa jurisprudência.”

.....

“A regra da atual legislação francesa é o art. 301 do CC, alínea 2^a, introduzida por Lei de 2.4.41, reafirmada por Ordonnance de 12.4.45, e dispõe o seguinte (traduzo): 'Independentemente de todas as outras reparações devidas pelo esposo contra o qual o divórcio foi pronunciado, os juizes poderão conceder ao cônjuge que obteve o divórcio as perdas e danos pelo prejuízo material ou moral a ele causado pela dissolução do casamento.’”

.....

“No Direito Brasileiro, as referências doutrinárias não são muitas. O Professor e Magistrado Yussef Said Cahali, na obra já mencionada (n. 22, p. 109), refere que, 'admitida a infração dos deveres conjugais como causa da separação judicial (Lei 6.515, de 26.12.77, art. 5^o), tem-se preconizado que, para além da dissolução - sanção da sociedade conjugal - o cônjuge culpado deve responder igualmente por danos morais consequentes da causa da separação'. Traz à baila as posições de Ripert, Demogue, Brebbia, Minozzi e Gabba e termina dizendo:...”

.....

“Limite, pois, a indenização ao dano moral, a ser liquidado por arbitramento, nos termos do art. 1553 do CC” (págs. 182 a 186).

Ao que parece, vige hoje na França a Lei de 11 de julho de 1975, estando o art. 266 do Código Civil assim redigido:

“Art. 266. Quand le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l'un des époux, celui-ci peut être condamné à des dommages-intérêts en réparation du préjudice matériel ou moral que la dissolution du mariage fait subir à son conjoint.

Ce dernier ne peut demander des dommages-intérêts qu'à l'occasion de l'action en divorce.”

Observam Raymond Lindon e Philippe Bertin:

"C'est là un rappel de l'ancien article 301, paragraphe 2, mais qui inspire trois observations.

- D'abord, on notera que ces dommages-intérêts ne sont prévus que quand il y a des torts exclusifs de l'un des époux.

- Ensuite, le texte exige, ce que ne fait pas, explicitement au moins, l'ancien article 301, que la demande de dommages-intérêts soit formée à l'occasion de l'action en divorce (rappelons que rien de pareil n'est dit pour la prestation compensatoire: v. ci-dessus n° 198).

210 - Enfin, on peut se demander si ces dommages-intérêts se confondent avec la prestation compensatoire ou s'en distinguent. Certes, les causes respectives de ces deux sortes de réparation sont bien proches. L'article 266 (dommages-intérêts) vise, en effet, 'le préjudice matériel ou moral que la 'dissolution du mariage fait subir au conjoint, et l'article 270 (prestation compensatoire) vise la compensation 'autant qu'il est possible' de 'la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives'. Mais elles sont tout de même différentes. C'est ainsi que la demande en dommages-intérêts est écartée par le partage des torts, alors que le droit à prestation compensatoire ne l'est pas..." ("Divorce 76 - Loi du 11 juillet 1975...", Librairies Techniques, Paris, 1976, pág. 66).

É certo que, lá, existem dois fundamentos para a reparação, um assentado no indicado art. 266, de ordem moral, e o outro fundado no art 1.382, de aspecto moral ou material, verbis:

"2o Seulement, en vertu du principe général de responsabilité civile, il est toujours permis à un époux de demander la condamnation de son conjoint à lui verser des dommages-intérêts en réparation d'un préjudice autre que celui résultant du prononcé du divorce. Ainsi, les violences physiques, les injures, l'abandon du domicile conjugal, l'adultère, le refus de contribuer aux charges du mariage peuvent engendrer un préjudice moral ou matériel dont la réparation peut toujours être demandée. Pour des raisons évidentes, de telles actions ne sont guère concevables pendant le cours du mariage. Elles sont en fait exercées à l'occasion d'une rupture. Mais elles sont alors comme absorbées par l'instance en divorce, et sont en conséquence peu fréquentes. La distinction, quoique difficile à cerner, porte sur le régime de(l'indemnisation" (Patrick Courbe, Le divorce, 2a ed., Dalloz, Paris, págs. 81/2).

Seja lá como for, acho eu que, à vista do sistema brasileiro, o pedido aqui também é juridicamente possível. Compartilho o modo de compreensão exposto pelo então Desembargador Athos Carneiro. À semelhança da lei francesa, se a separação é pronunciada por culpa exclusiva de um dos esposos, o culpado responderá pela obrigação de ressarcir danos morais, desde, obviamente, que satisfeitos os pressupostos da reparação. Parece-me que tal não desavém da orientação do Superior Tribunal, daqueles pronunciamentos que deram origem à Súmula 37, ao ver dos acórdãos que lhe servem de referência. Por exemplo, confira-se esse tópico da ementa que o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, na condição de Relator designado, escreveu para o REsp-4.236: "Os termos amplos do artigo 159 do Código Civil hão de entender-se como abrangendo quaisquer danos, compreendo, pois, também os de natureza moral. O título VIII do Livro III do Código Civil limita-se a estabelecer parâmetros para alcançar o montante das indenizações. De quando será devida indenização cuida o art. 159. Não havendo norma específica para a liquidação, incide o art. 1.553" (DJ de 1º.7.91). Ainda da jurisprudência do Superior, a propósito da interpretação do indigitado art. 159, é bom e eficaz o registro, já antigo, dos REsp's 3.229 e 3.604, DJ's de 5.8.91 e 22.10.90.

Ora, no caso em exame, ficou assentado, indubitavelmente, que a separação judicial foi pronunciada por culpa exclusiva do cônjuge varão. Em sua sentença, o juiz, como se viu, sublinhou a culpa, emprestando-lhe realce maior para, daí, impor ao cônjuge culpado a obrigação de reparar o dano moral (falou-se da prática de sevícias e se disse a respeito da humilhação sofrida pela mulher; portanto, de grave violação dos deveres do casamento), mas o acórdão, pela palavra do Tribunal de Justiça, de certa forma mitigou a culpa do varão, porquanto "Aqui porém há que temperar o julgamento do caráter do varão com o travo da sua origem oriental. É que opostamente a tradição que se pode referir como européia, onde a mulher tende a receber maior dose explícita de mimos, no oriente persistia e ainda persiste o modo hoje conhecido como 'machista', com a mulher relegada a função inferior e subalterna".

Quero crer, no entanto, que, em face da realidade dos autos, não se justifica o fundamento empregado pelo acórdão, para excluir a indenização pelo dano moral. A melhor das indicações é a de que houve comportamento injurioso. Ainda que se possa ter alguma dúvida relativamente a algum aspecto do fato da causa - isto porque, enquanto a sentença e a Procuradoria-Geral de Justiça têm como provadas as sevícias, o acórdão entende que a respeito delas aqui se comentou sem maior dose de certeza (ver pela ordem fls. 197, 320/1 e 277) -, tal fato, por si só, enquadra-se, a meu juízo, para fins de indenização, no art. 159 do Cód. Civil, que compreende, pelas lembranças feitas, também o dano de natureza moral, motivo por que, conhecendo em parte do recurso especial, dou-lhe nessa parte provimento, a fim de, reformando o acórdão, manter a indenização a título de dano moral.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA TURMA

Nº. Registro: 93/0020309-6RESP 37051/SP

PAUTA: 14/10/1997 JULGADO: 18/11/1997

Relator

Exmo. Sr. Min. NILSON NAVES
Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Min. COSTA LEITE
Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. WASHINGTON BOLIVAR JUNIOR
Secretário (a)

LEILA MARIA PEDROSA ROGGIA
AUTUAÇÃO

RECTE:PAULINE DIB KHAIRALLAH
ADVOGADO:LUIZ FABIANO CORREA E OUTRO
RECDO:HANNA SABH HARB
ADVOGADO:MARCOS VALERIO MURAD E OUTRO

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Após o voto do Sr. Ministro Relator, conhecendo do recurso especial e lhe dando provimento, solicitou vista dos autos o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro. Aguardam os Srs. Ministros Waldemar Zveiter, Menezes Direito e Costa Leite. "

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 18 de novembro de 1997

LEILA MARIA PEDROSA ROGGIA
SECRETÁRIO (A)

RECURSO ESPECIAL Nº 37.051 SP

RELATOR: SR. MINISTRO NILSON NAVES
VOTO VISTA

O SR MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: - Pretende a recorrente tenha havido infração ao disposto no artigo 10 da Lei 6.515/77, uma vez que, reconhecida a culpa do varão, a ele deferiu-se, não obstante, a guarda dos filhos.

A questão a isso pertinente não deve ser encarada colocando-se em relevo o que pudesse ser considerado uma punição, a ser aplicada ao cônjuge culpado pela separação, devendo antes prevalecer o interesse dos menores. Isso o que efetivamente importa; não, sancionar a conduta de um dos pais. E o artigo 13 da mesma lei admite que de outro modo se possa regular a guarda dos filhos quando concorram motivos graves. Considero, assim como o Relator, que suficientes os declinados no julgamento recorrido. E se bastam para justificar a incidência dessa última norma, não há ilicitude a corrigir. O que não se pode, em sede do especial, é revolver provas para, eventualmente, estabelecer, como premissa para a decisão, fatos diversos dos considerados pelo julgado recorrido.

Outro ponto do recurso diz com a reparação por danos morais, decorrentes do mau tratamento que à recorrente teria infligido o recorrido.

No plano estritamente jurídico não há maior divergência. Tenho como assente, tal entendeu o eminente Relator, que, ocorrendo tal fato, pode resultar obrigação de ressarcir. Parece-me certo, entretanto, que se há de exigir alguma gravidade. Nesse sentido, aliás, o citado voto do então Desembargador Athos Carneiro. Teve como possível a indenização, "quando os motivos da dissolução da sociedade conjugai são de molde a causar ao cônjuge inocente um grave dano moral".

Creio que esse entendimento se justifica perante nosso direito, em que, note-se, não existe norma assemelhada à acolhida na legislação francesa. Não será qualquer procedimento menos adequado, capaz de causar alguma moléstia a um dos cônjuges, que justificará o pedido de indenização. Certo que a incidência do artigo 5º já supõe seja grave a violação dos deveres do casamento. Isso, entretanto, tem graus. Cabe ao juiz avaliar se, além da separação, ainda se justifica o questionado ressarcimento. Vale assinalar que a dissolução da sociedade e do

próprio vínculo já se encontra hoje bastante facilitada. Basta a separação de fato por dois anos, não sendo mister cogitar de culpa. Isso induz a uma menor exigência, no sopesar a gravidade dos motivos capazes de propiciar a separação. O fato de se reconhecer deva haver a separação, ainda que com base no artigo 5º, não conduzirá sempre à obrigação de ressarcir danos morais.

Cumpra examinar os fatos, tidos como certos pelo acórdão, para verificar se se revestem da reclamada gravidade, de maneira a ensejar acolhimento da pretensão de que haja indenização.

Consoante o julgado recorrido, o relacionamento conjugal sempre foi tenso, sendo que as testemunhas enfatizam a atitude dominadora do varão "que intervinha e censurava o relacionamento social da mulher, imiscuia-se no trato desta com os filhos comuns e de modo geral tratava-a com brusquidão e aspereza, alçando-lhe a voz, etc."

Até aí não me parece que apontadas razões capazes de justificar a pretendida indenização. Descreve-se alguém com personalidade difícil, podendo ser classificado como grosseiro e dominador. Não mais que isso.

Prossegue o acórdão, assinalando que se comentou batesse o marido na mulher. Consignou, entretanto, que a ocorrência de tal fato carecia de maior dose de certeza, "tudo se limitando a fofocas e alusões por ouvir dizer". Admite, entretanto, que tudo refletia "o ambiente hostil implantado no lar pelo marido", havendo declarado uma testemunha que o marido disse que sua mulher seria louca.

Essa afirmação se reveste de alguma gravidade, até certo ponto explicável, entretanto, pelo fato de que a mulher não apresentava "índice alto de estabilidade psíquica, sujeitada a tentativas de suicídio, crises de choro, saídas intempestivas do lar, etc."

Assevera, ainda, o aresto em exame ser forçoso concluir "tivessem tais instabilidades origem e fulcro nas atitudes dominadoras do marido, porventura desvestidas de maior sensibilidade, desvelo e carinho".

De tudo isso fica para mim a conclusão de que, nos termos do acórdão, e a ele haveremos de ater-nos quando se trate de matéria fática, o marido era pessoa áspera e dominadora. Não se apontou, entretanto, fato que justificasse a conclusão de que seu comportamento representasse ofensa grave, de maneira a ensejar reparação por dano moral.

Considero, pois, não haver lugar para a indenização e, não demonstrado dissídio jurisprudencial, peço vênias para não conhecer do recurso.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA TURMA

Nº. Registro: 93/0020309-6RESP 00037051/SP

PAUTA: 14/10/1997 JULGADO: 18/08/1998

Relator.

Exmo. Sr. Min. NILSON NAVES
Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Min. COSTA LEITE
Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. WASHINGTON BOLIVAR JUNIOR
Secretário (a)

LEILA MARIA PEDROSA ROGGIA
AUTUAÇÃO

RECTE: PAULINE DIB KHAIRALLAH
ADVOGADO: LUIZ FABIANO CORREA E OUTRO
RECDO: HANNA SABH HARB
ADVOGADO: MARCOS VALERIO MURAD E OUTRO

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, não conhecendo do recurso especial, solicitou vista dos autos o Sr. Ministro Waldemar Zveiter. Aguardam os Srs. Ministros Menezes Direito e Costa Leite."
O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 18 de agosto de 1998

LEILA MARIA PEDROSA ROGGIA
SECRETÁRIO (A)

RECURSO ESPECIAL N. ° 37.051 - SÃO PAULO

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO WALDEMAR ZVEITER:

Trata-se de ação de separação judicial litigiosa (apensada à cautelar de separação de corpos) ajuizada por PAULINE DIB KHAIRALLAH contra seu marido HANNA SABH HARB. A sentença de fls. 181/201 reconheceu a procedência do pedido para decretar a separação judicial por culpa exclusiva do marido, fixada a pensão alimentícia e a guarda dos filhos menores.

A decisão de primeira instância foi reformada em parte pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o qual negou o direito da esposa à indenização por danos morais (fls. 273/281).

Contra esta decisão, insurge-se a autora através do presente recurso especial. Suscita dissídio pretoriano e aponta violação ao art. 159 do Código Civil e arts. 10 e 13 da Lei nº 6.515/77 (Lei do Divórcio).

O prazo para contra-razões transcorreu *in albis* (certidão de fls. 313).

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opina pelo conhecimento e provimento do recurso (parecer de fls. 334/343).

Após o voto do Eminentíssimo Ministro Nilson Naves, relator do processo, reconhecendo o direito da recorrente à indenização por danos morais, dele divergiu o Ilustre Ministro Eduardo Ribeiro, entendendo incabível o ressarcimento.

Solicitei vista dos autos para melhor exame da matéria. Feito tal exame, peço respeitosa vênua ao Sr. Min. Eduardo Ribeiro para dele dissentir.

Longe de incorrer no reexame de matéria fática, discute-se aqui questão eminentemente jurídica, concernente ao direito da esposa em haver indenização por danos morais, quando decretada a separação judicial por culpa exclusiva do marido (art. 5º da Lei nº 6.515/77).

Após árdua batalha legislativa, foi promulgada, em 1977, a Lei nº 6.515 que introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a dissolução do casamento através do divórcio. A nova lei substituiu a palavra "desquite" pela expressão "separação judicial", estabelecendo duas modalidades de separação.

Além da separação consensual, pedido judicial requerido por ambos os cônjuges (se casados, há mais de 2 anos), poderá haver separação judicial litigiosa requerida por um só deles, quando imputar ao outro, conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum.

A separação litigiosa prevista no caput do art. 5º da Lei nº 6.515/77 é chamada pela doutrina de "separação sanção" porque pode haver declaração de culpa de um dos cônjuges, com a conseqüente aplicação das seguintes sanções: perda do direito a alimentos, perda da guarda dos filhos menores e do direito de conservar o nome do outro.

Não há que se confundir, todavia, as penalidades advindas da separação judicial com a indenização por dano moral decorrente da responsabilidade civil.

A responsabilidade civil enfatiza o dever de indenizar sempre que os elementos caracterizadores do ato ilícito estiverem presentes. A teoria da responsabilidade civil está construída sobre a reparação do dano. Tal princípio emerge do art. 159, do Código Civil Brasileiro: "aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência violar direito ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano".

O dano moral, como é cediço, é a lesão praticada contra os direitos de personalidade, considerados essenciais à pessoa humana (integridade física e moral, nome, fama, dignidade, honradez, imagem, liberdade, intimidade). Tamanha é dimensão e a relevância desses direitos, que sua tutela jurídica foi elevada ao patamar constitucional. Isto porque, a par do ressarcimento de natureza material o indivíduo é titular de direitos integrantes de sua personalidade, não podendo a ordem jurídica conformar-se que tais garantias sejam

impunemente atingidas.

Modernamente, verificamos que o dano morai não corresponde à dor, mas ressalta efeitos maléficis marcados pela dor, pelo sofrimento. São a apatia, a morbidez mental, que tomam conta do ofendido. Surgem o padecimento íntimo, a humilhação, a vergonha, o constrangimento de quem é molestado em sua honra ou dignidade, o vexame e a repercussão social pela ofensa a um direito de personalidade.

Para que se amenize esse estado de melancolia, de desânimo, há de se proporcionar o ressarcimento adequado para a recuperação da vítima. Não se está pagando a dor, nem lhe atribuindo um preço e sim aplacando o sofrimento da vítima. Assim, a condenação do ofensor por danos morais implica em reparar o necessário para que se propicie os meios de atenuar o sofrimento experimentado pela vítima.

Como se observa, são duas hipóteses juridicamente discrepantes (sanções decorrentes da separação judicial e indenização por dano moral), que partem de pressupostos diferentes. A importância pecuniária, recebida pelo cônjuge inocente, a título de alimentos, por exemplo, não tem a finalidade de reparar as ofensas físicas e psíquicas sofridas pela esposa. Isto porque os alimentos, além de serem arbitrados em função do binômio: possibilidade do alimentante/necessidade do alimentado, tem a finalidade única de prover a subsistência do alimentante, e não a de ressarcir o dano moral.

Com efeito, são situações não excludentes entre si, sendo perfeitamente cumulável, na ação de separação litigiosa, o pedido de indenização por danos morais, sem que haja bis in idem (art. 292 do CPC). O art. 266 do Código Civil Francês é expresse em autorizar o ressarcimento decorrente do dano moral, nos casos de separação ou divórcio por culpa exclusiva de um dos cônjuges¹.

¹ *Traité de Droit Civil, Dissolution de la famille; LGDJ; Paris 1991; p. 416. " Aux termes de article 265 du Code Civil, quand le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l'un des époux, celui-ci peut- être condamné à des dommages-intérêts en réparation du préjudice matériel ou moral que la dissolution du mariage fait subir à son conjoint"*

Possibilitada a cumulação de pedidos, resta saber se estão presentes, na espécie, os pressupostos que autorizam a indenização por dano moral. É que, na avaliação do dano moral, o juiz deve medir o grau de seqüela produzido, que diverge de pessoa a pessoa. A humilhação, a vergonha, as situações vexatórias, a posição social do ofendido e a repercussão negativa causada pela ofensa devem ser os elementos balizadores para que o magistrado saiba dosar com justiça a condenação do ofensor. Sob esse prisma, a ofensa insignificante não é capaz de dar ensejo à indenização por dano moral. Todavia, este não é o caso que ora se examina.

A hipótese em tela versa sobre um casal de libaneses, residentes no Brasil desde o nascimento do primeiro filho em 1981. Segundo consignou o acórdão recorrido (fls. 275/276): “a separação litigiosa requerida pela mulher baseou-se na insuportabilidade da vida em comum, adjetivado o comportamento do marido como violento, irascível, tirânico, autoritário e ameaçador, proclamando ela seu fundado temor de ver-se objeto de violências físicas além das psíquicas já infligidas”.

Ao que se extrai dos autos, resta evidenciado o grave sofrimento moral causado à recorrente que chegou ao extremo de tentar, por várias vezes, o suicídio (fls. 177/179; 189/193).

No ponto que interessa à solução do litígio, o acórdão recorrido afirma que:

“há que se temperar o julgamento do caráter do varão, com o travo de sua origem oriental. E que opostamente a tradição que se pode referir como européia, onde a mulher tende a receber maior dose explícita de mimos, no oriente persistia, e ainda persiste o modo hoje conhecido como "machista", com a mulher relegada à função inferior e subalterna. (fl. 278).

Admitindo-se, tão só por amor ao debate, que tais fundamentos se apresentassem corretos, é de acentuar que o recorrido reside no Brasil há quase vinte anos, lapso de tempo razoável para que pudesse, ao menos, assimilar a cultura ocidental. Segundo a Lei de Introdução ao Código Civil, art. 3º "Ninguém se escusa de cumprir a lei alegando que não a conhece." Cuida-se de preceito originário do Direito Romano revelado na expressão *Nemo Jus Ignorare Consetur*. É uma presunção *juris tantum*, imposta pela ordem jurídica, sem a qual a vida em sociedade seria inviável. Conforme preleciona Maria Helena Diniz²³⁴:

“O significado do art. 3º seria afirmar a segurança jurídica: a ignorância ou erro de direito não impedirá os efeitos da norma, nem livrará da responsabilidade seu infrator.”

A 65ª SURATA do Alcorão,²³⁵ que dispõe sobre o divórcio, há muito, trazia em seu conteúdo a noção de mútua assistência, prescrevendo o versículo 6, o seguinte:

“6. Instalai-as (as divorciadas) onde habitais segundo vossos recursos, e não as prejudiqueis, para restringí-las. Se estiverem grávidas, mantende-as até que tenham dado à luz. Se amamentam vossos filhos, pagai-lhes sua recompensa e aconselhai-vos cordialmente. ”

Assim, atendo-me às peculiaridades do caso, forçoso é concluir que os valores orientais não podem servir de escusa para a prática de uma conduta contrária ao ordenamento jurídico brasileiro.

Como bem dizia o profeta, personificado na filosofia libanesa de Gibran Khalil Gibran²³⁶ "Se um dentre vós põe em julgamento a esposa infiel, que pese também na balança o coração de seu marido e lhe meça a alma com cuidado."

Ante o exposto, é que, reiterando vênias ao Sr. Min. Eduardo Ribeiro, conheço do recurso, e lhe dou provimento, para reconhecer o direito da recorrente à indenização por danos morais.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 37051 - SP (1993/0020309-6)

VOTO VISTA

²³⁴ Maria Helena Diniz; Lei de Introdução ao Código Civil Interpretada, Saraiva; 4ª ed. 1988; p. 87

²³⁵ Os Significados dos Versículos do Alcorão Sagrado; tradução de Samir El Hayek, Centrais impressoras Brasileiras LTDA, São Paulo, p. 455

²³⁶ Khalil Gibran, O Profeta, tradução de Mansour Challita, ACIGI, Rio de Janeiro, p. 39.

O EXMO. SR. MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO:

A recorrente ajuizou ação ordinária de separação, alegando que casou com o réu no Líbano, vindo depois para o Brasil; que o réu sempre a tratou como escrava, praticando violências físicas e fazendo ameaças de morte; que tomou os seus documentos pessoais e proibiu que fizesse contatos com outras pessoas; que diante de tais fatos pede a separação judicial, com alimentos, e a indenização civil. A sentença considerou indubitosa a prática "de maus tratos do marido contra a mulher" e julgou procedente, decretando a separação por culpa exclusiva do marido, fixando alimentos, a guarda e a visitação, e impôs a indenização por dano moral no valor de Cr\$ 1.260.000,00, com correção monetária da data da sentença, 17/5/91, e juros de mora da citação. O Tribunal de Justiça de São Paulo reformou a sentença. Considerou o Acórdão recorrido que havia, de fato, tensão na vida matrimonial, reconhecendo que a instabilidade no comportamento da mulher tem "origem e fulcro nas atitudes dominadoras do marido, porventura desvestidas de maior sensibilidade, desvelo e carinho", para, em seguida, entender que "há que temperar o julgamento do caráter do varão com o travo da sua origem oriental. É que opostamente a tradição que se pode referir como européia, onde a mulher tende a receber maior dose explícita de mimos, no oriente persistia e ainda persiste o modo hoje conhecido como 'machista', com a mulher relegada à função interior e subalterna". Para o Acórdão recorrido foi "correta a separação a débito do varão", afastando, contudo "o travo de ilicitude informador do pleito e condenação no pagamento de indenização". A guarda das crianças ficou com o pai, segundo o Acórdão recorrido em razão da manifesta vontade delas e do laudo da assistente social, podendo a mãe visitar os filhos em finais de semana alternados, podendo vê-los diariamente se quiser, pelo prazo de 30 minutos, desde que não haja interferência com as atividades escolares, com o que fica afastado o pensionamento aos filhos, mantida a da mulher em dois salários mínimos vigentes na data do pagamento, permanecendo o varão no lar conjugal.

O ilustre Relator, Senhor Ministro Nilson Naves, conheceu e proveu o especial para restabelecer a indenização por dano moral, destacando que, "no caso em exame, ficou assentado, indubitavelmente, que a separação judicial foi pronunciada por culpa exclusiva do cônjuge varão. Em sua sentença, o juiz, como se viu, sublinhou a culpa, emprestando-lhe realce maior para, daí, impor ao cônjuge culpado a obrigação de reparar o dano moral (falou-se da prática de sevícias e se disse a respeito da humilhação sofrida pela mulher; portanto, de grave violação dos deveres do casamento), mas o acórdão, pela palavra do Tribunal de Justiça, de certa forma mitigou a culpa do varão, porquanto 'Aqui porém há que temperar o julgamento do caráter do varão com o travo da sua origem oriental. É que opostamente a tradição que se pode referir como européia, onde a mulher tende a receber maior dose explícita de mimos, no oriente persistia e ainda persiste o modo hoje conhecido como 'machista', com a mulher relegada a função inferior e subalterna". Quero crer, no entanto, que, em face da realidade dos autos, não se justifica o fundamento empregado pelo acórdão, para excluir a indenização pelo dano moral. A melhor das indicações é a de que houve comportamento injurioso. Ainda que se possa ter alguma dúvida relativamente a algum aspecto do fato da causa - isto porque, enquanto a sentença e a Procuradoria-Geral de Justiça têm como provadas as sevícias, o acórdão entende que a respeito delas aqui se comentou sem maior dose de certeza (ver pela ordem fls. 197, 320/1 e 277) -, tal fato, por si só, enquadra-se, a meu juízo, para fins de indenização, no art. 159 do Cód. Civil, que compreende, pelo visto, também o dano de natureza moral, motivo por que, conhecendo em parte do recurso especial, dou-lhe nessa parte provimento, a fim de, reformando o acórdão, manter a indenização a título de dano moral".

O Senhor Ministro Eduardo Ribeiro divergiu nos termos que se seguem:

"Cumpre examinar os fatos, tidos como certos pelo acórdão, para verificar se se revestem da reclamada gravidade, de maneira a ensejar o acolhimento da pretensão de que haja indenização.

Consoante o julgado recorrido, o relacionamento conjugal sempre foi tenso, sendo que as testemunhas enfatizam a atitude dominadora do varão 'que intervinha e censurava o relacionamento social da mulher, imiscula-se no trato desta com os filhos comuns e de modo geral tratava-a com brusquidão e aspereza, alçando-lhe a voz, etc.'

Até aí não me parece que apontadas razões capazes de justificar a pretendida indenização. Descreve-se alguém com personalidade difícil, podendo ser classificado como grosseiro e dominador. Não mais que isso.

Prossegue o acórdão, assinalando que se comentou batesse o marido na mulher. Consignou, entretanto, que a ocorrência de tal fato carecia de maior dose de certeza, 'tudo se limitando a fofocas e alusões por ouvir dizer'. Admite, entretanto, que tudo refletia 'o ambiente hostil implantado no lar pelo marido', havendo declarado uma testemunha que o marido disse que sua mulher seria louca.

Essa afirmação se reveste de alguma gravidade, até certo ponto explicável, entretanto, pelo fato de que a mulher não apresentava

'índice alto de estabilidade psíquica, sujeitada a tentativas de suicídio, crises de choro, saídas intempestivas do lar, etc.'

Assevera, ainda, o aresto em exame ser forçoso concluir 'tivessem (ais instabilidades origem e fulcro nas atitudes dominadoras do marido, porventura desvestidas de maior sensibilidade, desvelo e carinho'.

De tudo isso fica para mim a conclusão de que, nos termos do acórdão, e a ele haveremos de ater-nos quando se trate de matéria fáctica, o marido era pessoa áspera e dominadora. Não se apontou, entretanto, fato que justificasse a conclusão de que seu comportamento representasse ofensa grave, de maneira a ensejar reparação por dano moral."

Em voto vista, o Senhor Ministro Waldemar Zveiter acompanhou o Senhor Ministro Nilson Naves, com as razões que se seguem:

"Possibilitada a cumulação de pedidos, resta saber se estão presentes, na espécie, os pressupostos que autorizam a indenização por dano moral. É que, na avaliação do dano moral, o juiz deve medir o grau de seqüela produzido, que diverge de pessoa a pessoa. A humilhação, a vergonha, as situações vexatórias, a posição social do ofendido e a repercussão negativa causada pela ofensa devem ser os elementos balizadores para que o magistrado saiba dosar com justiça a condenação do ofensor. Sob esse prisma, a ofensa insignificante não é capaz de dar ensejo à indenização por dano moral. Todavia, este não é o caso que ora se examina.

A hipótese em tela versa sobre um casal de libaneses, residentes no Brasil desde o nascimento do primeiro filho em 1981. Segundo consignou o acórdão recorrido fls. 275/276): 'a separação

litigiosa requerida pela mulher baseou-se na insuportabilidade da vida em comum, adjetivado o comportamento do marido como violento, irascível, tirânico, autoritário e ameaçador, proclamando ela seu fundado temor de ver-se objeto de violências físicas além das psíquicas já infligidas'.

Ao que se extrai dos autos, resta evidenciado o grave sofrimento moral causado à recorrente que chegou ao extremo de tentar, por várias vezes, o suicídio (fls. 177/179; 189/193).

No ponto que interessa à solução do litígio, o acórdão recorrido afirma que:

'há que se temperar o julgamento do caráter do varão, com o travo de sua origem oriental. E que apostamente a tradição que se pode referir como européia, onde a mulher tende a receber maior dose explícita de mimos, no oriente persistia, e ainda persiste o modo hoje conhecido como 'machista', com a mulher relegada à função inferior e subalterna. (fls. 278)'

Admitindo-se, tão só por amor ao debate, que tais fundamentos se apresentassem corretos, é de acentuar que o recorrido reside no Brasil há quase vinte anos, lapso de tempo razoável para que pudesse, ao menos, assimilar a cultura ocidental. Segundo a Lei de Introdução ao Código Civil, art. 3º 'Ninguém se escusa de cumprir a lei alegando que não a conhece'. Cuida-se de preceito originário do Direito Romano revelado na expressão *Nemo Jus Ignorare Consetur*. É uma presunção *juris tantum*, imposta pela ordem jurídica, sem a qual a vida em sociedade seria inviável. Conforme preleciona Maria Helena Diniz:

'O significado do art. 3º seria afirmar a segurança jurídica: a ignorância ou erro de direito não impedirá os efeitos da norma, nem livrará da responsabilidade seu infrator. '

A 65ª SURATA do Alcorão, que dispõe sobre o divórcio, há muito, trazia em seu conteúdo a noção de mútua assistência, prescrevendo o versículo 6, o seguinte:

'6. Instalai-as (as divorciadas) onde habitais segundo vossos recursos a não as prejudiqueis, para restringi-las. Se estiverem grávidas, mantende-as até que tenham dado à luz. Se ornamentam vossos filhos, pagai-lhes sua recompensa e aconselhai-vos cordialmente.'

Assim, atendo-me às peculiaridades do caso, forçoso é concluir que os valores orientais não podem servir de escusa para a prática de uma conduta contrária ao ordenamento jurídico brasileiro.

Como bem dizia o profeta, personificado na filosofia libanesa de Gibran Khalil Gibran 'Se um dentre vós põe em julgamento a esposa infiel, que pese também na balança o coração de seu marido e lhe meça a alma com cuidado'.

Ante o exposto, é que, reiterando vênias ao Sr. Min. Eduardo Ribeiro, conheço do recurso, e lhe dou provimento, para reconhecer o direito da recorrente à indenização por danos morais."

Como já visto, e não há divergência no ponto, possível é a indenização em casos como o presente. A relação matrimonial não desautoriza o deferimento da indenização por dano moral, desde que presentes os seus pressupostos.

A sentença afirmou, com apoio na prova dos autos, que a "prática de maus tratos do marido contra a mulher é indubitosa" (fls. 187), e, ainda, que o "gênio violento, possessivo,

dominador, de doentio ciúmes, atribuído pela mulher ao marido, foi bem retratado pelas provas" (fls. 188), para concluir que "o desfacelamento da vida em comum ocorreu exclusivamente por culpa do marido, que dirigia contra a mulher toda a espécie de maus tratos, de violência física à psicológica, mantendo-a em verdadeiro cárcere privado" (fls. 189). O Acórdão recorrido, na verdade, não espancou o comportamento hostil do marido nem a responsabilidade pela ruptura do casamento, reconhecendo, também, que "pelo padrão brasileiro (leia-se europeu) de comportamento se detecte injúria no comportamento do réu em relação a sua mulher", aliviando a ilicitude porque "tudo se passou entre orientais que provavelmente - e nomeadamente o marido — comportaram-se como seus ancestrais".

Com todo o maior respeito à interpretação oferecida pelo Acórdão recorrido, não creio que se deva aceitar a excludente apresentada. Se existe um comportamento injurioso diante da lei brasileira, causando a ruptura do casamento, diante das atitudes dominadoras do marido que provocaram a instabilidade psíquica da mulher, a indenização é cabível. O comportamento dito injurioso é, a meu sentir, no cenário dos autos, suficiente para lastrear a condenação por dano moral, que não se pode afastar em razão do "travo da sua origem oriental".

Com tais razões, pedindo vênias ao eminente Senhor Ministro Eduardo Ribeiro, eu acompanho o voto do ilustre Relator, o Senhor Ministro Nilson Naves.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA TURMA

Número Registro: 1993/0020309-6RESP 37051/SP

PAUTA: 14/10/1997 JULGADO: 17/04/2001

Relator

Exmo. Sr. Ministro: NILSON NAVES
Presidente

Exmo. Sr. Ministro: CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO
Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr.: HENRIQUE FAGUNDES
Secretário

Bela: SOLANGE ROSA DOS SANTOS VELOSO
AUTUAÇÃO

RECORRENTE: PAULINE DIB KHAIRALLAH
ADVOGADO: LUIZ FABIANO CORREA E OUTRO
RECORRIDO: HANNA SABH HARB
ADVOGADO: MARCOS VALERIO MURAD E OUTRO
CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão

realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Menezes Direito, a Turma, por maioria, vencido o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento. "

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Waldemar Zveiter e Menezes Direito.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 17 de Abril de 2001

SOLANGE ROSA DOS SANTOS VELOSO

Secretária

ANEXO C – Apelação Cível nº 70037440005 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em dar parcial provimento ao apelo.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores **DES. LUIZ ARI AZAMBUJA RAMOS (PRESIDENTE) E DES. CLAUDIR FIDÉLIS FACCENDA.**

Porto Alegre, 05 de agosto de 2010.

DES. RUI PORTANOVA,
Relator.
portanova@tj.rs.gov.br

RELATÓRIO

DES. RUI PORTANOVA (RELATOR)

Ação de dissolução de união estável cumulada com partilha e pedido de indenização por dano moral ajuizada por CARMEM contra RODRIGO.

E reconvenção oferecida por RODRIGO contra CARMEM, buscando a condenação dela ao pagamento de indenização por dano moral.

Ao final, a ação foi julgada parcialmente procedente, para o fim de declarar a dissolver a união estável, determinar a partilha de dívidas, e condenar RODRIGO ao pagamento de indenização por dano moral, no valor de R\$ 10.000,00.

A reconvenção foi julgada improcedente.

Apelou RODRIGO. Aduziu descabida as determinações sentencias sobre a partilha das dívidas. Disse ser descabida sua condenação ao pagamento de indenização à apelada. Referiu que ela deve ser condenada a lhe pagar indenização. Pediu a reforma da sentença.

Vieram contrarrazões, postulando a manutenção da decisão.

O Ministério Público deixou de ofertar parecer.

Registro que foi observado o disposto nos artigos 549, 551 e 552, do Código de Processo Civil, tendo em vista a adoção do sistema informatizado.

É o relatório.

V O T O S

DES. RUI PORTANOVA (RELATOR)

Dívidas.

A sentença reconheceu diversas dívidas em nome de CARMEM como sendo comuns, e por isso condenou RODRIGO a pagar para a ex-companheira metade do valor total de tais dívidas.

Em seu apelo, RODRIGO questionou o reconhecimento de que as dívidas seriam comuns.

Convém enfrentar cada uma das dívidas em separado.

AFFURI:

A sentença determinou a partilha do valor de R\$ 4.002,92, descontado do contracheque de CARMEM em outubro de 2006 (mês posterior ao fim da união estável, tal qual declarado pela sentença).

Para tanto, a sentença considerou que o desconto realizado em outubro de 2006, era relativo a despesas do mês anterior, no qual ainda havia união estável.

“Data venia”, cumpre destacar que o valor de R\$ 4.002,92 foi pago em outubro de 2006. Ou seja, depois do fim da união estável – que segundo declaração sentencial, se encerrou em setembro de 2006.

Note-se que o desconto dos R\$ 4.002,92 no contracheque de CARMEM para pagamento da AFFURI indica apenas que tal desconto se deu em outubro de 2006.

Mas não indica precisamente o período – se referente ao mês anterior de setembro, ou se referente ao uso do próprio mês de outubro, ou ainda se referente ao uso em um período que abrangia alguns dias em setembro e alguns dias em outubro.

“Data maxima venia”, a falta dessa indicação precisa do período exato que gerou a cobrança impede o reconhecimento de que seja dívida comum.

Não fosse por isso, tomo em consideração que o demonstrativo de fl. 25 indica que as despesas que geraram a cobrança são decorrentes de gastos de gás, em posto de gasolina, em farmácia, dentre outros.

Ou seja, despesas que não se pode presumir tenham sido feitas em prol do casal.

Logo, não há razão para compelir RODRIGO a ressarcir a ex-companheira por metade de tais despesas.

Assim, o desconto de R\$ 4.002,92 em prol da AFFURI vai afastado da partilha.

Celular:

A sentença reconheceu que o valor de R\$ 688,91 descontado do contracheque de CARMEM pelo uso de celular, em outubro de 2006, seria representativo de uma dívida comum.

Penso, porém, que não há como reconhecer a comunicabilidade desse pagamento.

Isso porque o telefone celular é um aparelho de uso pessoal de cada um. E sendo assim, o que cada um dos ex-companheiros deve e paga pelo uso de seu próprio telefone celular, não pode ser comunicado e dividido.

Ao depois, vale destacar a mesma questão já destacada quando da apreciação da questão relativa ao desconto em prol da AFFURI.

A saber: que o valor de R\$ 688,91 foi pago em outubro de 2006. Ou seja, depois do fim da união estável – que segundo declaração sentencial, se encerrou em setembro de 2006.

Note-se que o desconto dos R\$ 688,91 no contracheque de CARMEM para pagamento de celular indica apenas que tal desconto se deu em outubro de 2006.

Mas não indica precisamente o período – se referente ao mês anterior de setembro, ou se referente ao uso do próprio mês de outubro, ou ainda se referente ao uso em um período que abrangia alguns dias em setembro e alguns dias em outubro.

Também a falta dessa indicação precisa do período exato que gerou a cobrança impede o reconhecimento de que seja comum.

Por isso, o pagamento de R\$ 688,91 pelo uso de telefone celular vai afastado da partilha.

Infração de trânsito:

A sentença determinou a partilha de uma infração de trânsito no valor de R\$ 53,20.

E tal decisão é adequada.

Isso porque a infração ocorreu em meio à união estável, e é advinda de um carro registrado em nome de CARMEM, mas dirigido por RODRIGO no momento da infração (pela indicação do condutor no auto de infração; fl. 49).

Por isso, adequada a determinação de partilha do valor da infração.

Débito de R\$ 3.188,00:

A sentença determinou a partilha de R\$ 3.188,00, por reconhecer ser pagamento feito por CARMEM, de dívidas de RODRIGO.

E tal entendimento é adequado.

Veio declaração do credor (fl. 185), dando conta de que os cheques de CARMEM que estão em fls. 50/52 – e que apontam o débito de R\$ 3.188,00 – serviram para pagar débito contraído por RODRIGO.

Essa declaração do credor sequer foi impugnada por RODRIGO – pelo que sequer há cogitar não seja representativa da verdade.

Logo, adequada a determinação de partilha dos R\$ 3.188,00.

IPTU:

A sentença determinou a partilha de uma dívida de IPTU, referente aos meses de abril a setembro de 2006 – o período reconhecido pela sentença como sendo o de duração da união estável.

Mas tal determinação não pode subsistir.

É que o IPTU em questão é relativo a um imóvel que pertence exclusivamente à CARMEM.

Logo, o débito de IPTU – e ainda que referente a período em meio à união estável – não foi contraído em benefício de RODRIGO ou do casal.

Ao contrário, o débito foi contraído apenas em favor da própria CARMEM – a proprietária exclusiva do imóvel.

“Data venia”, não há falar ou cogitar em comunicabilidade de dívidas contraídas apenas por um, mas não em benefício do casal, e sim apenas de quem contraiu a dívida.

Logo, é somente CARMEM quem deve arcar com a dívida de IPTU, que assim vai excluída da partilha.

Banco do Brasil:

A sentença determinou a partilha de 02 débitos junto ao Banco do Brasil, em valores de R\$ 36,74 e R\$ 7.800,23.

E baseou tal determinação no documento de fl. 106.

Trata-se de um comunicado do Banco do Brasil e dirigido à CARMEM, informando o vencimento de cada uma das dívidas, respectivamente, em 18/03/2006 e 15/04/2006 – ou seja, datas em meio à união estável (que pela sentença, teve como marco inicial em 08 de março de 2006).

Penso, porém, que tal determinação não pode subsistir.

É que o comunicado do Banco do Brasil que consta em fl. 106 é absolutamente expreso em apontar que as datas de 18/03/2006 e 15/04/2006 são as datas de vencimento das dívidas – mas não as datas em que tais dívidas foram contraídas.

A verdade é que nada no documento de fl. 106 indica ou demonstra quando as dívidas junto ao Banco do Brasil foram contraídas – e não veio nenhum outro elemento aos autos, para fazer tal comprovação.

Vale notar, aliás, que o mesmo comunicado de fl. 106 informa que as dívidas são renegociadas.

Ou seja, as datas de vencimento apontadas no documento de fl. 106 são, respectivamente, março e abril de 2006; e tais datas de vencimento são consequência, muito possivelmente, de renegociação das dívidas.

Isso permite aventar a perspectiva de que essas dívidas tenham sido na realidade contraídas antes da união estável – já que as datas de vencimento depois da

renegociação (março e abril de 2006) eram bem próximas ao marco inicial da união (08 de março de 2006).

Seja como for, uma coisa se pode afirmar: não se sabe de forma certa e segura quando as dívidas em questão foram contraídas.

Ao depois, não há nestes autos absolutamente nenhuma prova da origem das dívidas – ou seja, do fato ou circunstância que levou CARMEM a contraí-las.

Assim, não se sabe se as dívidas para com o Banco do Brasil apontadas no documento de fl. 106 foram contraídas em prol do casal, ou se apenas em prol de CARMEM.

“Data maxima venia”, não há como determinar partilha de dívida em nome de apenas um dos ex-companheiros, mas sem que se saiba exatamente quando foi contraída, e sem que se saiba com certeza que foi contraída em prol do casal.

Por isso, a dívida apontada no documento de fl. 106 deve ser excluída da partilha.

Cartão de crédito:

A sentença determinou a partilha de débitos junto ao cartão de crédito do Unibanco de CARMEM, no valor de R\$ 3.318,26.

E baseou tal determinação no documento de fl. 115.

Trata-se de um comunicado do SERASA e dirigido à CARMEM, informando a inscrição do nome dela no cadastro de inadimplentes, em 06/06/2006 – ou seja, data em meio à união estável (que pela sentença, teve como marco inicial 08 de março de 2006).

Penso, porém, que tal determinação não pode subsistir.

A rigor, a solução aqui é exatamente igual a solução dada ao ponto anterior – e pelas exatas e mesmas razões.

Com efeito, o comunicado do SERASA aponta apenas a data da inscrição do nome de CARMEM no banco de dados – mas não aponta a data em que contraído o débito.

E nada mais nos autos veio para fazer tal comprovação.

Ademais, não há prova da origem da dívida com o cartão de crédito, e que levou à inscrição do nome de CARMEM no SERASA.

Assim, não se sabe se a dívida que ensejou a inscrição de CARMEM no SERASA foi contraída em prol do casal, ou se apenas em prol de CARMEM.

E como dito no ponto anterior, não há como determinar partilha de dívida em nome de apenas um dos ex-companheiros, mas sem que se saiba exatamente quando foi contraída, e sem que se saiba com certeza que foi contraída em prol do casal.

Por isso, a dívida apontada no documento de fl. 1115 deve ser excluída da partilha.

Cheques:

A sentença determinou a partilha dos valores de R\$ 1.400,00, R\$ 300,00, R\$ 1.000,00 e R\$ 1.000,00.

Tais valores estão representados por cheques passados por CARMEM a RODRIGO, e descontados por ele em meio à união estável (fls. 228, 229 – o segundo cheque, 230 e 232).

Penso, porém, que a determinação de partilha de tais valores não pode permanecer.

Note-se, os valores referidos nos cheques em questão não são representativos de nenhuma dívida de CARMEM, de RODRIGO, ou do casal.

Ao contrário, são cheques que CARMEM passou em prol de RODRIGO na vigência da união estável, e descontados por ele na vigência da união estável.

Contudo, não há absolutamente nenhuma prova a demonstrar a origem de tais valores; a razão pela qual CARMEM os repassou a RODRIGO; ou mesmo a destinação dada por ele, após o levantamento.

“Data venia”, não havendo uma dívida do casal, mas apenas o repasse de valores de um para o outro – e em meio à união estável – não há nada a ser partilhado.

Nada prova que os valores repassados eram exclusivos de CARMEM (pois podiam muito bem ser comuns ou até exclusivos de RODRIGO); e nada prova a razão do repasse ou o destino dado aos valores.

Por isso, os valores de R\$ 1.400,00, R\$ 300,00, R\$ 1.000,00 e R\$ 1.000,00, representados pelos cheques que estão em fls. 228, 229 (o segundo cheque), 230 e 232, devem ser afastados da partilha.

Aluguéis:

A sentença determinou a partilha de valores de aluguel pagos por CARMEM entre abril e setembro de 2006 – o período reconhecido como sendo o de duração da união estável.

Mas determinação não pode subsistir.

Ao primeiro, porque não se trata de dívida, mas sim de valores que eram devidos em meio à união estável, e que foram pagos em meio à própria união estável.

“Data maxima venia”, não há como determinar partilha de dívidas pagas na constância da união – porque assim como se projeta que a dívida era comum, se faz a mesma projeção para concluir que os valores utilizados no pagamento eram igualmente comuns.

Ao depois, é curial destacar que o aluguel era decorrente de contrato firmado em nome próprio por CARMEM, e relativo a imóvel no qual ela própria permanece residindo (conforme indicação na petição inicial).

Convenhamos, sequer seria justo que RODRIGO fosse compelido a ressarcir a ex-companheira por despesas de aluguel já pagas, mas sem que se saiba se ele mesmo já não contribuiu para o pagamento; e principalmente, por serem despesas relativas ao imóvel que foi CARMEM – e não RODRIGO – que alugou, e no qual ela permanece residindo.

Assim, as despesas de aluguel pagas por CARMEM entre abril e setembro de 2006 devem ser afastadas da partilha.

Resumo:

Enfim, vão afastadas da partilha as seguintes dívidas:

- o desconto de R\$ 4.002,92 em prol da AFFURI;
- o pagamento de R\$ 688,91 pelo uso de telefone celular;
- a dívida de IPTU, no valor de R\$ 298,27;
- as dívidas de 36,74 e R\$ 7.800,23 apontadas no documento de fl. 106;
- a dívida de R\$ 3.318,23 apontada no documento de fl. 115;
- os valores de R\$ 1.400,00, R\$ 300,00, R\$ 1.000,00 e R\$ 1.000,00, representados pelos cheques que estão em fls. 228, 229 (o segundo cheque), 230 e 232; e

- as despesas de aluguel, no valor total de R\$ 2.500,00, entre abril e setembro de 2006.

Por consequência, permanece o reconhecimento de que são comuns as seguintes dívidas:

- a dívida decorrente da infração de trânsito, no valor de R\$ 53,20; e
- o débito de R\$ 3.188,00, apontado nos cheques de fls. 50/52.

Assim, RODRIGO deve pagar a CARMEM a metade do valor obtido através da soma dessas dívidas reconhecidas como sendo comuns.

Esclareço, apenas, que a atualização do valor devido se dará da mesma forma como determinado pela sentença – porquanto sobre isso não há recurso de qualquer das partes.

Dano Moral e Reconvenção.

CARMEM pediu a condenação do ex-companheiro ao pagamento de indenização por dano moral.

E RODRIGO, em sua reconvenção, pediu a condenação da ex-companheira ao pagamento de indenização por dano moral.

A sentença acatou o pedido de CARMEM, e condenou RODRIGO ao pagamento de indenização no valor de R\$ 10.000,00, corrigidos pelo IGP-M desde a publicação da sentença, acrescidos de juros de mora desde a citação.

Com isso, o pedido de RODRIGO foi indeferido.

É ele – RODRIGO – quem apela quanto ao ponto.

Ele quer o afastamento da condenação a ele imposta, e a condenação da ex-companheira ao pagamento de indenização por dano moral.

Pelo ligação entre os dois temas, enfrento ambos de forma conjunta.

E adiante, a condenação de RODRIGO ao pagamento por dano moral é adequada – o que significa que os pedidos dele, no ponto, não merecem acolhida.

Com efeito, a prova dos autos demonstra com clareza que RODRIGO mentiu a respeito de qualificações pessoais e profissionais suas, e por suas condutas colocou CARMEM em situações e constrangimento e prejuízo que estão a exigir reparação.

Vale a pena repetir os termos da sentença, nesse ponto:

“Quanto ao dano moral, verifico que está configurado no caso em tela, mas não no patamar indicado na exordial.

Os documentos de fls. 123, 177/178 (repetidos às fls. 214/215), e as fotografias de fls. 131/134, 254/279, somados ao teor dos depoimentos prestados pelas testemunhas ouvidas, corroboram os fatos narrados na inicial quanto à derrocada financeira da autora durante o seu envolvimento com o réu e, ainda, sobre o seu comportamento naquele período.

A propósito dos depoimentos colhidos, destaco as seguintes passagens, bastante elucidativas quanto à personalidade do requerido.

DEPOIMENTO DE RUDINEI SOMAVILLA (fls. 322/326):

‘Procuradora da autora: *Tem conhecimento da profissão do senhor Rodrigo?*

Testemunha: *Olha, primeiramente, a primeira vez que eu e ele nos encontramos na garagem ele me disse que era médico.*

(...)

Procurador do requerido: De que forma ele teve conhecimento de que os problemas financeiros, apesar de a Carmen não ter falado pra ele, tinham sido motivados pelo Rodrigo?

Testemunha: Quando eu ia falar de condomínio, sobre isso a gente não conversou, mas outras conversas.

Procurador do requerido: Com outros?

Testemunha: Com a Carmen mesmo, em outras, não na hora de cobrar o condomínio, **ela só me dizia 'tô com problemas financeiros'**, foi em outras conversas.

Procurador do requerido: Em outras conversas ela lhe disse o quê, pessoalmente?

Testemunha: Não, **que tinha passado por um período de crise financeira com o atual, na época era atual, eu não sei como que é hoje, o atual marido... Isso aí.**

DEPOIMENTO DE LUCIA TERESINHA DOS ANJOS MACHADO (fls. 327/331):

Procuradora da autora: Deu para perceber enquanto ele estava lá, que os gastos da dona Carmen eram superiores para viver?

Informante: Sim, bastante.

Procuradora da autora: As despesas, ela teve maiores dificuldades enquanto ele estava morando?

Informante: (Sim).

Procuradora da autora: E deu para sentir depois que ele saiu que aliviou as despesas?

Informante: Sim, bastante.

Procuradora da autora: Houve, inclusive, alguma situação que causasse constrangimento à dona Carmen pelo número elevado de dívidas, como não poder andar de veículo, como ficar com o telefone cortado, por não poder fazer pagamentos naquele período?

Informante: Sim.

Procuradora da autora: Ela reclamava da impossibilidade de fazer os pagamentos?

Informante: Sim, reclamava.'

O testemunho mais pungente, contudo, é o de Carmen Gasparetto, também ex-namorada do réu:

DEPOIMENTO DE CARMEN GASPARETTO (fls. 341/343):

(...)

Testemunha: Isso. E no período de dezembro de 2005 até esse período de 2006, maio ou junho de 2006, quando eu registrei a primeira ocorrência, em doze de junho, já estava tentando romper essa relação. E durante esse período, mais ou menos depois do natal, que eu fui pra praia e ele foi atrás, apareceu com um carro, um Fiat. **Em outros momentos também ele andava com o Fiat, com cartões de crédito também, da Carmem, e ele dizia que estava trabalhando na Selsoy e que a Carmem seria a pessoa que, digamos assim, estaria empregando ele. Então ele prestava serviço pra Carmem e por isso que ele estava com o carro e com os cartões de crédito dela. Telefone, inclusive, também, eu até comentava que estranhava que ele gastava tanto em telefone, ele ficava ligando horas e horas e ele dizia que era por conta da empresa e que tinha créditos, que ele podia gastar. Não tinha controle. Outras vezes a gente também viajou à Passo Fundo, diversas vezes e ele comprava roupa e pagava com cartões de crédito em nome da Carmem.**

(...)

E num determinado momento eu liguei pra Carmem, avisando ela que ele estava gastando o dinheiro, os cartões, que era pra ela cuidar.

(...)

E uma coisa também que eu gostaria de frisar que na época que eu tava com o Rodrigo, a gente não faz por livre e espontânea vontade de dar os cartões pra ele. Que ele comete tortura com as mulheres, psicológica, física, inclusive tem ocorrências minhas, mais de cinco ocorrências minhas, de agressão física, agressão moral, que eu tive que andar um mês com segurança, pra poder, digamos assim, ter uma liberdade de poder circular na cidade.

(...)

Eu comentei com ela alguma coisa a respeito dos gastos. Como ele tava gastando com os cartões dela. E quanto às atitudes eu lembro que eram normal do Rodrigo se aproximar das mulheres e

tentar tirar delas o que elas tinham de dinheiro e outras coisas mais.

Notadamente, conluo que o réu perseguiu, agrediu, e ofendeu por reiteradas vezes a autora, além de tê-la ludibriado quanto a predicados que jamais possuiu (como, por exemplo, a de que seria médico), envolvendo-a em situações que efetivamente causaram-lhe perdas financeiras e incômodos que extrapolam o limite da razoabilidade, devendo a conduta do réu ser punida proporcionalmente aos prejuízos provocados.

Não há dúvida de que a autora sofreu abalos psicológicos causados pelo comportamento do autor. Além das provas antes mencionadas, os atestados e documentos de fls. 100/105, 119, 212/213 bem demonstram a fragilidade de sua condição e a propagação das angústias e preocupações sofridas mesmo após o encerramento da relação.

O réu, por sua vez, se limitou a negar que tenha maculado a honra da autora através de agressões verbais ou denegrindo sua imagem perante terceiros. Porém, além de não ter produzido prova documental coerente com suas alegações, suas testemunhas em nada colaboraram para elucidar a controvérsia posta.

Dessa forma, considerado o contexto probatório dos autos, forçoso reconhecer a violação aos direitos de personalidade da autora. Contudo, inobstante o reconhecimento do dano moral, o montante por ela reclamado destoa dos precedentes verificados em casos análogos a este.

Não ignoro que a demandante já fosse madura à época do início do relacionamento, não sendo possível creditar a um grau de ingenuidade incompatível com a sua formação pessoal razão suficiente para justificar ter-se deixado levar por um relacionamento destrutivo como o que manteve com o réu.

Outrossim, filiando-me às decisões que reconhecem o direito à reparação moral em hipóteses análogas ao caso concreto e pautando-me no caráter reparador e punitivo da indenização – considerando ainda as características pessoais da autora e do réu –, tenho que deva ser fixada em R\$ 10.000,00, montante suficiente para ressarcir os prejuízos causados à demandante.

Destaco que esse valor fica bastante próximo do apurado na partilha de débitos do casal, de modo a atender, de certa forma,

o pedido de que fosse equivalente a 50% do total das dívidas contraídas.

Reconvenção.

O réu propôs ainda reconvenção, transferindo à autora acusações de que teria sido ele vítima de calúnias e difamações em razão do destempero da ex-companheira, a quem procurou atribuir a pecha de pessoa descontrolada emocionalmente e perdulária. Razão alguma lhe assiste.

Como bem destacou o ilustre membro do Ministério Público em seu parecer de fls. 364/375, o reconvinte não conseguiu se desincumbir do ônus de provar tivesse a reconvida praticado qualquer ato ilícito indenizável. Ao contrário: a prova produzida acudiu sempre em favor da ex-companheira, sendo de todo improcedente a pretensão do reconvinte.” (fls. 393/395)

Assim , no ponto, o apelo de RODRIGO vai desprovido.

ANTE O EXPOSTO, dou parcial provimento ao apelo, apenas para o fim de excluir da partilha as dívidas referidas na fundamentação retro.

Sem reflexo na sucumbência – já rateada pela metade, no que diz com a ação; e já atribuída por inteiro a RODRIGO, no que diz com a reconvenção.

DES. CLAUDIR FIDÉLIS FACCENDA (REVISOR) - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. LUIZ ARI AZAMBUJA RAMOS (PRESIDENTE) - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. LUIZ ARI AZAMBUJA RAMOS - Presidente - Apelação Cível nº 70037440005, Comarca de Santo Ângelo: "DERAM PARCIAL PROVIMENTO. UNÂNIME."

Julgador (a) de 1º Grau: FERNANDA AJNHORN