

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE – UNESC
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU*

DAIANE PERUCCH DE OLIVEIRA

**DO DANO MORAL ENTRE CÔNJUGES PELA RUPTURA DOS
DEVERES MATRIMONIAIS.**

CRICIÚMA, NOVEMBRO DE 2010.

DAIANE PERUCCH DE OLIVERA

**DO DANO MORAL ENTRE CÔNJUGES PELA RUPTURA DOS
DEVERES MATRIMONIAIS.**

Monografia apresentada à Diretoria de Pós-graduação da Universidade do Extremo Sul Catarinense- UNESC, para obtenção do título de especialista *Lato Sensu*.

Orientadora: Prof. Esp. Adriane Bandeira Rodrigues

CRICIÚMA, NOVEMBRO DE 2010.

Agradeço ao apoio e ao amor incondicional dos meus pais e marido, e sobretudo à Deus pela força e proteção.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, por todo amor, carinho, ensinamentos e todas as oportunidades que me proporcionaram.

Ao esposo Augusto, que é a luz na minha vida, por toda sua paciência, respeito e amor.

E sobretudo a Deus, por ter colocado todas estas pessoas maravilhosas na minha vida.

**“Nós não somos o que gostaríamos de ser.
Nós não somos o que ainda iremos ser.
Mas, graças a Deus, não somos mais quem nós
éramos”.**

Martin Luther King

RESUMO

Esta pesquisa possui como tema o dano moral entre cônjuges pela ruptura dos deveres matrimoniais. Trata-se de trabalho monográfico, através de pesquisa bibliográfica, com consulta a livros e material coletado via “internet”, pesquisa legal e jurisprudencial, na qual se adotou o método dedutivo. No primeiro capítulo analisou-se a família, que desempenha um papel relevante na sociedade, pois é em decorrência dela que se tem as primeiras bases de educação e respeito. Tanto é a importância da família que a Constituição Federal lhe conferiu uma especial proteção, seja ela advinda do casamento ou da união estável. Já o Código Civil Brasileiro disciplinou uma série de deveres para os cônjuges e companheiros, tais como, fidelidade recíproca, respeito e consideração mútuos, com o propósito de preservar a família. Ocorre que tais deveres são frequentemente desrespeitados, eis que a única punição é o ensejo da separação por culpa. Dessa forma, no segundo capítulo, buscou-se uma análise do entendimento da doutrina acerca da possibilidade de responsabilizar o cônjuge que deu causa a dissolução do vínculo conjugal ao pagamento de indenização por danos morais ao seu consorte. E ainda, no terceiro capítulo, averiguou-se o que o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo nessas situações, analisando os pedidos de indenização correspondentes ao período de 2001 a 2010. Por fim, concluiu-se que a jurisprudência e a doutrina, com fundamento no instituto da responsabilidade civil, vêm admitindo frequentemente a responsabilização do cônjuge que gravemente viola os deveres matrimoniais.

Palavras-chave: Dano Moral. Família. Deveres Matrimoniais.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 A CONSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA.....	11
2.1 O Casamento e a União Estável Frente à Legislação em Vigor	11
2.2 Princípios Constitucionais da Família.....	13
2.2.1 Princípio da Igualdade entre Homem e Mulher na Constância do Casamento	14
2.2.2 Princípio da Solidariedade Familiar.....	14
2.2.3 Princípio da Liberdade.....	15
2.2.4 Princípio do Pluralismo Familiar.....	16
2.3 Deveres nas Relações Matrimoniais e Decorrentes da União Estável	17
2.3.1 Fidelidade Recíproca	20
2.3.2 Vida em Comum no Domicílio Conjugal.....	21
2.3.3 Mútua Assistência	22
2.3.4 Sustento, Guarda e Educação dos Filhos.....	22
2.3.5 Respeito e Consideração Mútuos.....	23
2.4 Dissolução Culposa	24
3 RESPONSABILIDADE CIVIL	27
3.1 Responsabilidade Civil nas Relações Afetivas	28
3.2 Repercussão da Sentença Penal Sobre a Responsabilidade Civil	33
4 DA ADMISSIBILIDADE DOS DANOS MORAIS E MATERIAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	37
4.1 Danos Morais e Materiais Decorrentes da Infração dos Deveres Matrimoniais.....	39

4.2 Hipóteses Ensejadoras de Indenização	42
4.2.1 Adultério.....	43
4.2.2 Injúria Grave	47
4.2.3 Sevícias.....	48
4.2.4 Ato Sexual Anormal	49
4.2.5 Recusa ao Ato Sexual.....	51
4.2.6 Ofensa à Honra.....	52
4.2.7 Abandono Injusto do Lar	53
4.2.8 Simulação de Gravidez	55
4.3 <i>Quantum</i> Indenizatório	55
4.4 Entendimento Jurisprudencial.....	57
5 CONCLUSÃO	63

1 INTRODUÇÃO

O legislador civil com o intuito de proteger o vínculo familiar elencou uma série de deveres no artigo 1.566, como sendo um efeito jurídico do casamento e que devem ser observados pelos cônjuges na constância da sociedade conjugal.

Estes deveres também atingem os companheiros, já que a Constituição Federal de 1.988 reconheceu a união estável como entidade familiar.

Com o intuito de zelar pelos institutos familiares, a lei civil trouxe algumas punições para os consortes que violarem o rol dos deveres, entre elas pode-se destacar a separação judicial com culpa e a perda do uso do sobrenome do cônjuge. Ocorre que tais punições nem sempre são impeditivas para a violação dos deveres.

Desta forma, com o objetivo de coibir o desrespeito aos valores impostos pelo casamento e pela união estável, a doutrina vem se firmando no sentido de responsabilizar àquele que causou dor, humilhação e sofrimento ao outro, e que acabou causando a ruptura culposa do vínculo matrimonial.

Entretanto, ressalta-se que não é apenas a violação dos deveres conjugais previstos no Código Civil que dá causa a indenização por dano moral e/ou material, pois há outros ilícitos praticados pelos cônjuges que são reconhecidos pela doutrina e jurisprudência como aptos a ensejar a obrigação de indenizar.

Por fim, a última discussão que ainda paira dúvidas é com relação ao *quantum* indenizatório que deve ser fixado nessas demandas, eis que a lei civil é omissa.

Dessa forma, será abordada no primeiro capítulo, a instituição do casamento através da sua definição frente ao Código Civil, e ainda, a união estável conforme previsão constitucional.

Analisar-se-á os princípios constitucionais que norteiam as relações familiares e os deveres matrimoniais arrolados no artigo 1566 do Código Civil.

E ainda, a dissolução culposa da sociedade conjugal com observância da Emenda Constitucional nº 66 de 2010.

O segundo capítulo tratará da conceituação da responsabilidade civil e a sua aplicação nas relações afetivas, bem como, a repercussão da sentença penal na esfera cível.

O último capítulo abordará a definição dos danos morais e materiais e a possibilidade de sua indenização nas relações afetivas quando houver descumprimento dos deveres matrimoniais. Tratar-se-á das hipóteses que ensejam ao cônjuge/companheiro culpado o dever de indenizar, e no caso do ressarcimento, o *quantum* indenizatório que deverá ser fixado.

Por fim, serão analisadas as decisões do Superior Tribunal de Justiça no período de 2001 a 2010 que versam sobre a admissibilidade da reparação de danos entre os cônjuges.

2 A CONSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA

A família, base da sociedade, tem especial proteção assegurada na Lei Maior.

Sabe-se que o modelo de família foi mudando ao longo do tempo, e atualmente, não somente o casamento, mas também a união estável - que antes da reforma civil de 2002 era considerada como concubinato -, é reconhecida como entidade familiar, gerando reciprocidade de direitos e deveres entre os companheiros.

2.1 O Casamento e a União Estável Frente à Legislação em Vigor

A Constituição Federal de 1967 considerava o casamento, no sentido de sociedade conjugal entre homem e mulher, como causa primária e única para constituir a família, digna da proteção especial pelo Estado. Entretanto, com o advento da Constituição de 1988 esse paradigma mudou, e a família foi considerada a base da sociedade e digna de proteção, reconhecendo-se a união estável entre homem e mulher como entidade familiar que merece igual proteção estatal (CAHALI, 2002, p. 17).

A lei civil para João Gisberto Franchini também mudou, ao deixar de lado a visão patriarcalista que inspirou o Código Civil de 1916. Para ele, hoje o enfoque é

outro, pois o casamento é conceituado como a comunhão plena de vida, com igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges (2004, p. 201).

Pela leitura do Código Civil de 2002 em seu artigo 1.511 tem-se que “o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”.

Entretanto, é a doutrina que traz o conceito de casamento:

O casamento é a união formal de duas pessoas de sexos diferentes, que têm em comum o objetivo de constituir uma família, compartilhar sua vida e seus interesses, acompanhar e suportar os momentos bons e ruins da vida, ajudar-se e socorrer-se, mutuamente (AZEVEDO, 2002, p. 117).

No mesmo sentido Sílvia Rodrigues conceitua o casamento como sendo “um contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência” (2002, p. 19).

Ainda, o casamento pode ser definido como “a união solene entre sujeitos de sexos diversos entre si, para a constituição de uma família e a satisfação dos seus interesses personalíssimos, bem como de sua eventual prole” (LISBOA, 2006, p. 83).

Sabe-se que a Constituição Federal de 1988 trouxe inovação no seu artigo 226, § 3º, ao reconhecer a união estável entre homem e mulher como entidade familiar.

Tal dispositivo teve sua regulamentação com a edição da Lei 9.278 de 1996, que conceituou em seu artigo 1º a união estável como entidade familiar de

“convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

No mesmo sentido, Maria Helena Diniz entende que a união estável é tida como uma convivência pública contínua e duradoura entre homem e mulher, vivendo ou não sob o mesmo teto, sem vínculo matrimonial, formado com o intuito de construir família, desde que não haja impedimento legal para a sua conversão em casamento (2005, p. 360).

Segundo a referida doutrinadora para se configurar a união estável é preciso que haja os seguintes elementos essenciais: diversidade de sexo, ausência de matrimônio civil válido e de impedimento matrimonial entre os conviventes, notoriedade de afeições recíprocas, honorabilidade, fidelidade, coabitação e por fim, a colaboração da mulher no sustento do lar (*op.cit.*, p. 363-369).

2.2 Princípios Constitucionais da Família

Os princípios constitucionais devem ser observados não apenas pelo legislador no momento da elaboração das normas jurídicas, como também, pela hermenêutica, quando da aplicação das demais normas constitucionais e infraconstitucionais (CASABONA, 2009, p. 353).

Há alguns princípios constitucionais que devem ser utilizados no âmbito do direito de família, a fim de trazer maior segurança jurídica no momento de aplicação da norma.

A seguir serão analisados alguns princípios constitucionais que regem as relações matrimoniais:

2.2.1 Princípio da Igualdade entre Homem e Mulher na Constância do Casamento

O constituinte foi explícito ao proclamar o princípio da igualdade quando dispôs que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações” (art. 5º, I). Reafirmando esse posicionamento no § 5º do art. 226 dispôs sobre a igualdade de direitos e deveres dos homens e mulheres na sociedade conjugal.

Com relação ao significado do princípio da igualdade, afirma o doutrinador Roberto Senise Lisboa:

Significa o fim do patriarcalismo e a emancipação da mulher, confere-se a ela a igualdade de direitos em relação ao seu marido, durante a constância do casamento. Isso significa que não há mais o estado de sujeição na qual a cônjuge virago se encontrava, podendo tomar as decisões em conjunto com seu consorte (2006, p. 48).

Atendendo aos dispositivos constitucionais, o Código Civil também consagrou o princípio da igualdade no âmbito das relações familiares.

Desta forma, a organização e direção da família estão ligadas ao princípio da igualdade de direitos e deveres dos cônjuges (art. 1511 do Código Civil), tanto que compete a ambos a direção da vida conjugal através da mútua colaboração (DIAS, 2010, p. 66).

2.2.2 Princípio da Solidariedade Familiar

Tal princípio está consagrado na Constituição Federal, estabelecendo que constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inc. I).

Segundo Marcial Casabona, “o princípio da solidariedade familiar implica cooperação, respeito e consideração mútuos em relação aos membros da família” (2009, p. 358).

Entende-se por solidariedade o que cada um deve ao outro. Tal princípio tem fundamento constitucional já que seu preâmbulo assegura uma sociedade fraterna. E está ainda consagrado quando trata no artigo 229 que cabe aos pais o dever de assistência aos filhos, ou ainda, no dever de amparo às pessoas idosas (DIAS, 2010, p. 67).

Conclui ainda, a doutrinadora Maria Berenice Dias que o princípio da solidariedade foi consagrado pela lei civil ao dispor em seu artigo 1.511 que o casamento estabelece comunhão de vidas (*op.cit.*, p. *cit.*).

Dessa forma, percebe-se que é através do princípio da solidariedade familiar que se justificam algumas obrigações jurídicas, como por exemplo, o pagamento de pensão a título de alimentos entre cônjuges e parentes.

2.2.3 Princípio da Liberdade

A Constituição Federal de 1988 também consagrou o princípio da liberdade em seu artigo 3º, inciso I, bem como no *caput* do art. 5º.

Tal é a importância do referido princípio que o cidadão a fim de se ver protegido contra abusos e arbitrariedades, pode-se utilizar de remédios constitucionais, como o *habeas corpus* e o mandado de segurança para sanar os motivos que lhe deram causa.

Entretanto, o princípio da liberdade comporta restrições, por exemplo, no casamento e na união estável, quando a lei impõe deveres aos cônjuges e companheiros, bem como restrições quanto à alienação de alguns bens. Porém, a opção de se casar ou permanecer em união estável, é a própria característica da manifestação e expressão da liberdade do indivíduo (MOTTA, 2007, p. 221).

Consagrando o princípio da liberdade, o Código Civil prescreve que “é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão da vida instituída pela família” (art. 1513).

2.2.4 Princípio do Pluralismo Familiar

A Constituição Federal garante igualmente a proteção do Estado nas relações familiares derivadas da união estável entre homem e mulher, conforme redação do § 3º, art. 226.

Segundo a doutrinadora Maria Helena Diniz, o princípio do pluralismo familiar tem grande relevância, “uma vez que a norma constitucional abrange a família matrimonial e as entidades familiares (união estável e família monoparental)” (2005, p. 21).

Portanto, o casamento deixa de ser a única instituição protegida pelo direito de família, assegurando o reconhecimento de outras cuja tutela deve ser

concedida. Assim, a união estável surge como entidade familiar com direitos e deveres próximos aos das famílias que se constituem pelo casamento (LISBOA, 2006, p. 48).

Ocorre que o Código Civil de 2002 trouxe poucos artigos contemplando a união estável, outorgando-lhe alguns efeitos jurídicos, e olvidando de prever normas disciplinadoras da família monoparental, composta por um dos genitores e a prole, esquecendo que cerca de 26% dos brasileiros vivem nessa modalidade de entidade familiar (DINIZ, 2005, p. 21).

No mesmo sentido acrescenta Carlos Dias Motta:

“A família monoparental não foi, infelizmente, disciplinada especificamente pelo Código Civil de 2002, embora sua incidência no Brasil seja muito significativa” (2007, p. 255).

Conclui-se que qualquer que seja a forma de composição das famílias, seja através do matrimônio, união estável ou monoparental, devem ser respeitadas as relações existentes através da igualdade, solidariedade, entre outros.

2.3 Deveres nas Relações Matrimoniais e Decorrentes da União Estável

O legislador civil ao redigir o Código Civil de 2002 não trouxe o conceito de família ou casamento, entretanto estabeleceu uma série de direitos e deveres que devem ser observados na constância da sociedade conjugal.

Segundo o artigo 1.566 do CC 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.

O doutrinador Eduardo de Oliveira Leite explica os deveres arrolados no art. 1566:

São deveres de ordem pessoal e deveres recíprocos. De ordem pessoal, porque fazem do casamento um modo de vida; porque regulamentando a vida conjugal, a unidade do lar se cumpre na fidelidade e na assistência. São deveres recíprocos, porque pesam igualmente sobre os dois cônjuges; eles comprometem cada um em relação ao outro e vice versa (2005, p. 128).

Frisa-se que o referido artigo também se aplica aqueles que vivem em união estável, eis que o art. 226, em seu § 3º, da CF, também estendeu a proteção estatal nestas hipóteses (FRANCHINI, 2004, p. 216).

Sendo assim, o casamento válido cria a família legítima; os nubentes adquirem o estado conjugal, sem olvidar que a Constituição dá a mesma proteção estatal à união estável entre homem e mulher, compondo entidade familiar (CAHALI, 2005, p. 53).

Neste sentido leciona João Gisberto Franchini:

Os direitos e deveres dos conviventes na união estável assemelham-se àqueles existentes na união matrimonializada. Assim, as conseqüências, nesse caso, como naquele, apresentam semelhanças, vez que a união estável possui o mesmo *status* do casamento matrimonializado, conforme o novo Código (2004, p. 215).

Ao adquirirem o estado conjugal, “os nubentes colocam-se como partícipes necessários e exclusivos da sociedade que se constitui”. E é daí que advêm os direitos e deveres que se fundam não só na lei como também nos princípios do bem-agir, que influem a religião, o costume e a moral (CAHALI, 2005, p. 53).

Além dos efeitos jurídicos gerados pela sociedade conjugal ou pela união estável, disciplinados no art. 1.566, o Código Civil trouxe outros efeitos implícitos, como por exemplo, o vínculo de afinidade entre cada cônjuge e os parentes do outro (art. 1.595); direito hereditário ao cônjuge sobrevivente (1.829); a emancipação do cônjuge menor pelo casamento (5º, § 1º, II), o direito de qualquer dos nubentes acrescentar o sobrenome do outro (§ 1º, 1.565), entre outros (*op.cit.*, p. 57).

Ocorre que a doutrina também reconhece a existência de outros deveres matrimoniais que não foram mencionados no art. 1.566 e nem contemplados em artigos esparsos do Código Civil, tais como, o dever de sinceridade, de respeito pela honra e dignidade própria e da família, de não expor o outro cônjuge a companhias degradantes, de não conduzi-lo a ambientes de baixa moral (CARVALHO NETO, 2002, p. 102).

Além dos deveres explicitados no art. 1566 do CC como próprios da sociedade conjugal, “a jurisprudência projetou reflexivamente um rol de direitos e deveres outros que também resultam do matrimônio e cuja violação pode constituir, as olhos dos tribunais, uma injúria grave causadora de sua dissolução” (CAHALI, 2005, p. 57).

Por fim, entende o referido doutrinador que a indicação do art. 1566 “[...] não é exaustiva e outros deveres há, vinculados aos usos e costumes, à religião, às convenções sociais, à moral, e que igualmente devem ser respeitados” (2005, p. 23).

A seguir serão abordados os deveres relacionados no rol do art. 1566 do Código Civil:

2.3.1 Fidelidade Recíproca

O dever de fidelidade advém da organização monogâmica da família, e o seu descumprimento caracteriza o adultério, ensejador da ruptura conjugal por iniciativa do cônjuge enganado (RODRIGUES, 2002, p. 129).

Para Gonçalves, a infração ao dever de fidelidade caracteriza o adultério, porque resulta de “conjunção carnal entre duas pessoas de sexo diferente, praticado em geral às escondidas” (1999, p. 73).

De acordo com o entendimento de Inácio de Carvalho Neto, só se caracteriza o adultério através da conjunção carnal, ou seja, a ocorrência do coito vaginal. Qualquer outro modo de relação amorosa não se tratará de adultério, e sim de injúria grave, que também é infração do dever de fidelidade recíproca (2002, p. 104).

Neste sentido Marcos Azevedo, dispõe que o dever de fidelidade:

Consiste na proibição de os cônjuges manterem relações sexuais extraconjugais, tratando-se, pois, de obrigação de não fazer, devendo cada cônjuge abster-se de praticar relações sexuais com terceiro, que não seja o seu consorte (2002, p. 128).

Desta forma fica evidenciado que a prática do adultério durante a constância do casamento ou sociedade conjugal dá direito ao cônjuge enganado de propor o divórcio culposo.

2.3.2 Vida em Comum no Domicílio Conjugal

É da essência do casamento a vida em comum no domicílio conjugal. Sem essa coabitação não há lar apto a abrigar a família (MONTEIRO, 2001, p. 119).

Na visão de Venosa, tal dever é decorrente da união de corpo e de espírito. E apenas em situações excepcionais é que se admite a quebra desse preceito (2005, p. 166).

Neste sentido nos esclarece o doutrinador Washington de Barros Monteiro: “a lei impõe aos cônjuges vida em comum no domicílio conjugal; entretanto, muitas vezes, impossibilitar-se-á a coabitação sob o mesmo teto, sem que isso importe violação a questionado dever” (2001, p. 120).

A fim de exemplificar essa situação, o referido doutrinador coloca a seguinte situação: se o marido devido às suas ocupações é obrigado a deslocar-se constantemente, permanecendo longo tempo afastado do lar; ou se por motivo de moléstia grave um dos cônjuges é segregado da sociedade. Em nenhuma dessas duas hipóteses haverá a quebra do dever da vida em comum (*op.cit.*, p. *cit.*).

Portanto, fica evidenciado que o desrespeito ao dever de vida em comum no domicílio conjugal caracteriza abandono do lar. No entanto, exige-se para que se configure tal infração os seguintes requisitos: a voluntariedade, o ânimo e a intenção de não mais regressar ao lar comum (GONÇALVES, 1999, p. 74).

2.3.3 Mútua Assistência

A mútua assistência consiste nas obrigações recíprocas entre os cônjuges de prestarem socorro de cunho material e moral.

No mesmo sentido nos esclarece o doutrinador Marcos Villaça Azevedo:

[...] deve existir mútua assistência, material e imaterial, entre os cônjuges, sendo que cada qual deve colaborar, economicamente, para suprir as despesas e gastos do consorte, bem como dar apoio moral e ser solidário, em todos os momentos da vida em comum, prestar socorro e amparo, nos momentos de enfermidade, zelar pela saúde e pela vida do consorte e abster-se de práticas que impliquem lesões aos direitos do esposo (2002, p. 128).

Para Inácio de Carvalho Neto o dever assistencial material deve ser respeitado por ambos os cônjuges, já que não é apenas dever do marido manter a família, devendo a mulher também contribuir. Obviamente, tal contribuição será proporcional aos recursos que cada cônjuge possuir (2002, p. 126).

2.3.4 Sustento, Guarda e Educação dos Filhos

Além dos deveres dos cônjuges entre si, há também aqueles relacionados com a sua prole. Tais deveres tem expressa previsão nos artigos 226 e 227 da Constituição Federal.

Para Washington de Barros Monteiro aos pais incumbe velar pela sorte dos filhos, criando, amparando e preparando-os para as dificuldades da vida (2001, p. 123).

O doutrinador Yussef Said Cahali nos esclarece a importância do dever de sustento, guarda e educação dos filhos:

Visando à preservação e à integridade da família, impõe o Código, a cada um dos cônjuges, e a ambos simultaneamente, deveres para com os filhos, coibindo o abandono que possa ser praticado com o descumprimento da obrigação que daí resultam: são deveres que lhes incumbem, por natural afeição, por dever moral e por obrigação jurídica de sustentar aqueles a que deram o ser, velar cuidadosamente por eles, dirigi-los, defendê-los e prepará-los para a vida; daí o dever de sustento, guarda e educação da prole (2005, p. 56).

Sílvio Rodrigues faz a seguinte distinção, na qual o sustento e a educação são deveres típicos que competem aos pais; já a guarda trata-se mais de um direito do que uma obrigação (2002, p. 131).

2.3.5 Respeito e Consideração Mútuos

Esse preceito se justifica em razão da comunhão de vida gerado pelo casamento, de modo que “o distanciamento por falta de diálogo, a frieza no trato pessoal e outras falhas de comunicação podem afetar aquela convivência, motivando, com isso, novas figuras de quebra do dever conjugal” (FRANCHINI, 2004, p. 28).

Tendo por base os deveres conjugais acima expostos, é válido ressaltar que os mesmos somente se extinguem com a dissolução da sociedade conjugal. Assim é o entendimento de Inácio de Carvalho Neto:

Em suma: todos os deveres do casamento, sejam os explicitados no art. 1566 do Código Civil, sejam os deveres ditos implícitos, encerram-se com a dissolução da sociedade conjugal por qualquer forma, inclusive a separação

judicial. A partir desta podem surgir outras obrigações, como a alimentar, que não se confundem com aqueles deveres, e não são continuação deles (2002, p. 131).

É importante mencionar que “a transgressão dos deveres conjugais pode gerar danos indenizáveis ao cônjuge inocente” (VENOSA, 2005, p. 169).

Desta forma, percebe-se que, não raramente, os deveres acima relacionados são desrespeitados e a sua violação além de causa geradora de divórcio contencioso, cria ao cônjuge culpado o dever de indenizar.

2.4 Dissolução Culposa

Primeiramente, é mister esclarecer que a partir do dia 13 de julho de 2010 passou a vigorar a Emenda Constitucional nº 66 que alterou a redação do § 6º do art. 226, da Constituição Federal, passando a seguinte redação: “O casamento civil poder ser dissolvido pelo divórcio”.

Desta forma, as restrições antes impostas à concessão do divórcio, quais sejam: ter ocorrido a separação judicial há mais de um ano ou estarem os cônjuges separados de fato há pelo menos dois anos, foram excluídas.

Ocorre que a referida Emenda já causa discussões na doutrina no que tange a sua eficácia, formando assim, duas correntes: aqueles que defendem que o texto da Emenda contém uma norma de eficácia mediata, e por outro lado, aqueles que consideram de eficácia imediata, e que por isso revogou o direito infraconstitucional.

A primeira corrente, defendida pelo juiz e mestre em Direito Público, Gilberto Schäfer, entende que a Emenda Constitucional apenas eliminou os requisitos constitucionais para o divórcio, dando liberdade de o legislador dispor sobre o assunto (SCHÄFER, 2010).

Adota o mesmo entendimento o juiz Fernando Henrique Pinto que esclarece que a emenda não trouxe nenhuma alteração na lei civil, pois para ele, a separação com seus requisitos, e o divórcio com seus prazos continuam existindo, pois a nova norma constitucional não os revogou – expressa ou tacitamente -, e não é incompatível com a lei anterior e nem tampouco regulou a matéria (PINTO, 2010).

Por outro lado, a doutrinadora Maria Berenice Dias defende a segunda corrente, ao lecionar que todos os dispositivos da legislação infraconstitucional referentes à separação “restaram derogados e não mais integram o sistema jurídico. Logo, não é possível buscar em juízo a decretação de rompimento da sociedade conjugal” (DIAS, 2010).

Apesar de haver acirradas discussões no âmbito jurídico acerca dessa temática, o Supremo Tribunal Federal ainda não se posicionou a respeito da eficácia da Emenda Constitucional nº 66, de 2010.

Segundo a redação do artigo 1.571 do atual Código Civil a sociedade conjugal termina: pela morte de um dos cônjuges; nulidade ou anulação do casamento; separação judicial ou pelo divórcio.

Uma das formas de separação judicial é a litigiosa, proposta por qualquer dos cônjuges, imputando ao outro qualquer ato que acarrete grave violação dos deveres do casamento e que torne insuportável a vida em comum (*caput*, art. 1572 do CC).

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves, a modalidade de separação acima descrita é denominada pela doutrina de separação-sanção, pois “um dos cônjuges atribui culpa ao outro, aplicando-se sanções ao culpado” (1999, p. 71).

Segundo Caio Mário da S. Pereira, “dá-se a separação judicial contenciosa a pedido de qualquer dos cônjuges e qualquer que seja o tempo de casamento, mediante processo contencioso (2002, p. 156).

Conclui o doutrinador Yussef Said Cahali para que o cônjuge infrator “dos deveres conjugais possa sujeitar-se às sanções legais, ao cônjuge inocente só resta a via da separação judicial litigiosa com causa culposa para depois convertê-la em divórcio” (2005, p. 301).

Pode-se concluir que tanto as graves violações dos deveres matrimoniais descritas no art. 1566, como as causas que impossibilitam a vida em comum são justificadoras de ação de separação litigiosa.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL

A expressão “responsabilidade” origina-se do latim *respondere*, responder a alguma coisa, garantindo a restituição ou compensação de um bem sacrificado; significa imputar a alguém as consequências de atos por ele praticados. A responsabilidade civil requer um prejuízo a terceiro e tem como causa geradora o interesse de restabelecer o equilíbrio jurídico alterado, buscando-se a recomposição do *status quo ante* ou numa importância em dinheiro (FRANCHINI, 2004, p. 203).

Neste sentido, indenizar significa “ressarcir o prejuízo, ou seja, tornar indene a vítima, cobrindo todo o dano por ela experimentado. Esta é a obrigação imposta ao autor do ato ilícito em favor da vítima” (RODRIGUES, 2003, p. 185).

Maria Helena Diniz é quem nos traz o conceito de responsabilidade civil:

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou simples imposição legal (2004, p. 40).

Já para Sílvio Rodrigues, a responsabilidade civil é conceituada como “a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam” (2003, p. 06).

Conforme Rui Stoco, os casos de responsabilidade civil obedecem às seguintes exigências comuns: a) o dano, que deve ser certo, podendo, entretanto, ser material ou moral; b) a relação de causalidade entre o fato gerador e o dano; c) a força maior e a exclusiva culpa da vítima tem efeito preclusivo sobre a

responsabilidade civil; d) as autorizações judiciais e administrativas não constituem meios de exoneração da responsabilidade civil (2001, p. 96).

De um modo geral, a responsabilidade civil tem várias funções, sendo a mais importante a ressarcitória, destinada a eliminar um dano, seja através de sua restauração natural ou mediante o equivalente indenizatório; já nos danos não patrimoniais, utiliza-se a via compensatória (FRADA, 2006, p. 64).

3.1 A Responsabilidade Civil nas Relações Afetivas

No entanto, uma questão bastante atual é a discussão acerca da possibilidade de indenização decorrente da responsabilidade civil nas relações afetivas. A doutrina não é ainda pacífica sobre o assunto, mas a grande maioria entende pela admissibilidade da indenização.

Disciplina Rui Stoco, que a responsabilidade civil gerada pela infração dos deveres conjugais decorrentes da separação culposa, do divórcio ou do “rompimento das relações concubinárias informais e, ainda, da união estável, não é a seara de suave colheita, tantas são as implicações e variantes que o tema sugere” (2004, p. 833-834).

Desta forma, entende o referido doutrinador que não há dúvidas de que tais questões se incluem nas cláusulas gerais de responsabilização disciplinadas no Código Civil, pois o sistema estabelecido neste Estatuto para os ilícitos e para a obrigação de indenizar constitui um sistema aberto, de modo que não há figuras preestabelecidas ou padrões de comportamentos considerados como modelos-padrão (*op.cit.*, p. 834).

Nas palavras de Inácio de Carvalho Neto é “perfeitamente cabível a indenização dos danos causados pelo ato culposo do cônjuge condenado na ação de separação litigiosa culposa”. Para ele, os pressupostos da obrigação estão todos preenchidos: há a ação ou omissão do agente; está presente o dolo ou culpa deste; houve um dano à vítima, e por fim, há a relação de causalidade entre o ato culposo e o dano gerado. Sendo assim, a consequência será a obrigação de reparar o dano (2004, p. 246).

Para o doutrinador Arnaldo Rizzardo, a infração dos deveres do casamento e da união estável enseja na separação judicial por culpa do cônjuge transgressor, que fica responsável por deveres de sustento, se o inocente não tiver meios próprios para a subsistência. O encargo alimentar em favor do inocente não afasta a indenização por ofensas ou descumprimentos do deveres que caracterizam como danos morais (2007, p. 694).

Também é favorável à reparação civil ao cônjuge prejudicado, o doutrinador Yussef Cahali:

Parece não haver a mínima dúvida de que o mesmo ato ilícito que configurou infração grave dos deveres conjugais, posto como fundamento para a separação judicial contenciosa, presta-se igualmente para legitimar uma ação de indenização de direito comum por eventuais prejuízos que tenham resultado diretamente do ato ilícito para o cônjuge afrontado (2002, p. 762).

Portanto, a possibilidade de um cônjuge ou convivente processar o outro tem fundamento no instituto da responsabilidade civil, que enfatiza o dever de indenizar sempre que os elementos que caracterizam o ato ilícito estiverem presentes. Se assim não fosse, a insuficiência de sanções previstas em lei, aplicáveis ao culpado pela dissolução da sociedade e do vínculo conjugal, serveria

para incentivar a violação dos deveres decorrentes do casamento e da união estável (FRANCHINI, 2004, p. 209).

Entendimento contrário tem a doutrinadora Maria Celina de Moraes, pois segundo ela na ponderação dos interesses contrapostos entre a solidariedade familiar e a autonomia individual, ou seja, entre a sociedade conjugal e as escolhas individuais de cada cônjuge, prevalecem os direitos do indivíduo e suas opções de vida, não se admitindo portando, que o seu descumprimento dê causa a ação de responsabilidade civil (2006, p. 189).

Completando a idéia, a referida doutrinadora entende que “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” (*op.cit.*, p. 191).

O doutrinador Moacir César Pena Júnior traz alguns argumentos contrários à responsabilidade civil nas relações conjugais:

1. Não deve haver indenização pecuniária pelo fim de uma relação de afeto. O amor não tem preço; 2. Já existe sanção específica para os casos onde haja violação aos deveres familiares; 3. Falta de previsão legal no nosso ordenamento jurídico para este tipo de conduta; 4. Falta de certeza quanto ao direito violado. A família preserva a sua intimidade; 5. Tanto o adultério como o fim do casamento são previsíveis numa relação a dois (2008, p. 27).

Mais tolerante, Maria Berenice Dias afirma que a violação dos deveres matrimoniais não constitui, por si só, a ofensa à honra e à dignidade, a ponto de gerar a obrigação de reparação civil. Mas ressalta que cabe ao magistrado ponderar os valores éticos em conflito, e havendo motivos suficientes é cabível uma indenização ao cônjuge ofendido (2010, p. 122).

O Promotor de Justiça do Rio Grande do Sul, Belmiro Welter entende que a responsabilidade civil na infração dos deveres do casamento e da união estável se tornam devidas, pois tipificam conduta delituosa a um dos cônjuges ou companheiros. Ao contrário, o simples fato de constituírem a ruptura das entidades familiares não gera o direito a indenização, visto que, mesmo fora dessas entidades estaria justificada a indenização pelo ato ilícito delituoso (2003, p. 02).

Entendimento semelhante tem o doutrinador Sílvio de Salvo Venosa que acredita que não há um direito específico indenizatório dentro do casamento, entretanto grande parte da doutrina entende que a simples ruptura da vida conjugal gera o dever de indenizar. Para ele, o casamento por si só apresenta uma série de vicissitudes que não exigem que mais um seja criado, ou seja, o dever de indenizar pela ruptura do vínculo. Entretanto, se dessa ruptura decorrerem fatos ou atos graves praticados por um dos cônjuges, aí sim, aplicar-se-ia os princípios gerais do dever de indenizar (2006, p. 268).

Com relação a possibilidade de indenização na separação já decidiu o egrégio Superior Tribunal de Justiça:

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. Caso em que, diante do comportamento injurioso do cônjuge varão, a Turma conheceu do especial e deu provimento ao recurso, por ofensa ao artigo 159 CC, para admitir a obrigação de se ressarcirem danos morais (STJ – 3ª Turma – Resp. 37.051 – Rel. Nilson Naves. Julgado em 17.04.2001. DJU 25.06.2001. Disponível em: <http://www.stj.jus.br> Acesso: 05 de jul. de 2010).

Buscando sanar a omissão da legislação frente a possibilidade de se buscar a indenização nas relações familiares, o Deputado Ricardo Fiuza editou um

Projeto de Lei de nº 6960/2002, acrescentando um parágrafo ao artigo 927 do Código Civil, que assim deveria vigorar:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

(...)

§ 2º Os princípios da responsabilidade civil aplicam-se também às relações de família.

O deputado justifica a inclusão do art. 927 no Código Civil, com base na sugestão dada pela professora Regina Beatriz Tavares da Silva. O argumento utilizado por ela e acolhido pelo deputado diz respeito a grande importância que a responsabilidade civil tem no centro do direito civil e nos demais ramos de direito, pois constitui-se de proteção à pessoa em suas mais variadas relações. E entre estas relações, podem-se destacar as familiares, às quais também devem ser aplicados os princípios da responsabilidade civil, como já reconhecem a doutrina e jurisprudência pátria (BRASIL, 2002).

Para a citada professora, os rompimentos são inevitáveis dentro das relações familiares, e nessas rupturas são inúmeras as situações em que os deveres de família são violados, gerando principalmente, desrespeito aos direitos de personalidade dos cônjuges envolvidos nessas relações (*op.cit.*).

Por fim, esclarece que os princípios de responsabilidade civil no Direito de Família tem respaldo constitucional, precisamente na cláusula geral de proteção à dignidade humana, prevista no artigo 1º, inciso III, e no artigo 226, § 8º, ambos da Constituição Federal.

Vale ressaltar que o Projeto de Lei em questão foi proposto no dia 12 de junho de 2002, e veio a ser arquivado em 17 de março de 2008.

3.2 Repercussão da Sentença Penal Sobre a Responsabilidade Civil

Sabe-se que em nosso ordenamento jurídico a responsabilidade pode ser obtida tanto na esfera cível quanto na criminal. Entretanto elas não se confundem, já que a responsabilidade criminal busca punir o infrator a fim de saciar os anseios de uma coletividade; já a responsabilidade civil é relacionada diretamente a um indivíduo ou a um determinado grupo, não tendo repercussões maiores na sociedade.

É válido esclarecer que existe entre a responsabilidade civil e a criminal uma independência, no entanto, ambas convivem e não se excluem. Nem todo ilícito penal caracteriza uma ilicitude civil, sendo o contrário igualmente válido. Desta forma, tem-se a possibilidade de apreciar um mesmo fato nos juízos civil e criminal, concomitantemente ou não, no entanto, a autoria e a materialidade descobertas na persecução penal vinculam a área cível (MATIELO, 2001 p. 190).

Também entende Schaefer que, via de regra, a responsabilidade civil não sofre nenhuma influência da responsabilidade criminal, mas poderá em alguns casos a sentença penal repercutir na esfera cível (2002, p. 91).

Com relação ao dano, somente terá importância ao Direito Penal se “provido de potencial lesivo, ocasião em que se desencadeará o mecanismo de recuperação dos males verificados ou o complexo repressivo e pretensamente ressocializador representado pela legislação criminal” (MATIELO, 2001, p. 11-12).

Neste sentido, Rui Stoco disciplina que:

A responsabilidade penal pressupõe uma turbação social, determinada pela violação da norma penal, sendo necessário que o pensamento exorbite do plano abstrato para o material, pelo menos em começo de execução (2001, p. 92).

Entretanto, esclarece o doutrinador acima citado, que a responsabilidade civil envolve, antes de mais nada, o prejuízo, o desfalque, o desequilíbrio ou a descompensação do patrimônio (*op. cit.*, p. 93).

As duas formas podem se reunir num só caso, porém não se fundem. O que pode acontecer é o autor ser obrigado a reparar os prejuízos e, além disso, ser penalizado criminalmente.

Dispõe o art. 935 do Código Civil Brasileiro:

Art. 935. “A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”.

O ofendido poderá propor a ação visando a reparação do dano, antes ou durante o trâmite do processo criminal, ou, aguardar o pronunciamento repressivo para então acionar o juízo cível (MATIELO, 2001, p. 190).

Isto nos faz concluir que a sentença criminal que considera o cônjuge culpado devido a sua conduta, poderá ser utilizada pelo cônjuge inocente como prova de fato, não sendo mais necessária a discussão de sua ocorrência no âmbito civil.

No mesmo sentido acrescenta o doutrinador Inácio de Carvalho Neto:

Assim, a condenação do cônjuge por adultério, por tentativa de homicídio, por lesões corporais, por maus-tratos etc. fará coisa julgada no cível, tornando certa a obrigação de indenizar a vítima. Ter-se-à, apenas, que liquidar a obrigação no juízo cível (2004, p. 256).

Entretanto, dispõe o Código de Processo Civil:

Art. 462 - Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença.

De acordo com esse dispositivo, se na busca da indenização do dano sobrevier sentença criminal a respeito do fato, deverá ser considerada como acontecimento superveniente, a fim de trazer mais segurança à Justiça.

E ainda, prevê o referido diploma legal que:

Art. 475-N: São títulos executivos judiciais:

[...]

II – a sentença penal condenatória transitada em julgado.

E ainda, dispõe o Código de Processo Penal:

Art. 63 – “Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros”.

Contudo, somente depois de transitada em julgado, que a sentença penal condenatória se constituirá em título executivo judicial, podendo somente ser executado aquele que foi condenado na sentença criminal, visto que a mesma é personalíssima.

Portanto, se provada a inexistência do fato que foi imputado ao réu, a sua absolvição com fundamento no art. 386, I, do Código de Processo Penal, impedirá qualquer pretensão reparatória ou indenizatória, não se discutindo na esfera cível a existência do fato, quando a questão houver sido decidida na criminal (MATIELO, 2001, p. 197).

4 DA ADMISSIBILIDADE DOS DANOS MORAIS E MATERIAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Sabe-se que apesar de o Código Civil elencar os deveres dos cônjuges durante a constância conjugal, os mesmos nem sempre são respeitados, e a sua violação além de causa geradora da separação judicial, pode criar ao cônjuge culpado o dever de indenizar.

Entende-se por dano “um dos pressupostos da responsabilidade civil, contratual ou extracontratual, visto que não poderá haver ação de indenização sem a existência de um prejuízo” (DINIZ, 2005, p. 64).

Desta forma, por ser o dano um pressuposto da responsabilidade civil, aquele que deu causa terá o dever de repará-lo, conforme nos leciona o artigo 186 do Código Civil Brasileiro, *in verbis*:

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”.

No mesmo sentido, prevê o artigo 927 do referido diploma legal:

Art. 927. “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

O doutrinador Yussef Cahali conceitua o dano moral como sendo “tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores

fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado” (2005, p. 22).

Acrescenta ainda o referido doutrinador que o dano moral evidencia-se:

[...] na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade; no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, nas situações de constrangimento moral (*op.cit.*, p. 22-23).

Venosa considera o dano moral um “prejuízo que afeta o psíquico, moral intelectual da vítima. Sua atuação é dentro dos direitos de personalidade” (2006, p. 35).

É necessário ainda, fazer uma distinção entre a dor moral e a física:

Há um estado interior que atinge o corpo ou espírito, isto é, fazendo a pessoa sofrer porque sente dores no corpo, ou porque fica triste, ofendida, magoada, deprimida. A dor física é a que decorre de uma lesão material ao corpo, que fica com a integridade dos tecidos ou do organismo humano ofendida; a moral ou do espírito fere os sentimentos, a alma, com origem em uma causa que atinge as idéias (RIZZARDO, 2007, p. 19).

Já o dano material ou patrimonial é “aquele suscetível de avaliação pecuniária, podendo ser reparado por reposição em dinheiro, denominador comum da indenização” (VENOSA, 2006, p. 32).

Nas palavras da doutrinadora Maria Helena Diniz tal dano vem 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 (2005, p. 70).

Desta forma, os danos materiais compreendem “os danos emergentes e os lucros cessantes, ou seja, o que a pessoa lesada efetivamente perdeu e o que razoavelmente deixou de lucrar” (AZEVEDO, 2002, p. 162).

Hoje não há mais discussões acerca da admissibilidade de indenizações decorrentes de dano moral ou material, eis que ambos foram devidamente reconhecidos pela Constituição Federal de 1988 no artigo 5º, incisos V e X, *in verbis*:

V- é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X- são invioláveis a intimidade, a vida, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

O Superior Tribunal de Justiça também manifestou seu posicionamento acerca das indenizações decorrentes de danos e entendeu possível que do mesmo fato possam ser pleiteados conjuntamente o dano moral e material. Assim prevê a Súmula 37:

STJ 37. “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

4.1 Danos Morais e Materiais Decorrentes da Infração dos Deveres Matrimoniais

Uma questão que vem sendo muito discutida na atualidade refere-se à possibilidade da concessão de danos morais/materiais nas ações que envolvam a dissolução da sociedade conjugal ou o término da união estável em decorrência da grave violação dos deveres conjugais.

Segundo João Gisberto Franchini, há nos dias de hoje, “orientação doutrinária dominante que é favorável ao ressarcimento de danos morais entre cônjuges ou conviventes” (2004, p. 209).

O doutrinador Inácio de Carvalho Neto também tem entendido no sentido da admissibilidade dessa indenização:

“É possível concluirmos com segurança ser perfeitamente cabível a indenização dos danos causados pelo ato culposos de cônjuge condenado na ação de separação litigiosa culposa” (2004, p. 218).

Para João Gisberto Franchini, “os danos reparáveis em caso de ruptura do casamento são aqueles decorrentes direta e imediatamente da violação do dever conjugal” (2004, p. 218).

Na visão de Rui Stoco, a falta de previsão no Código Civil da responsabilidade civil dos cônjuges ou conviventes não significa que a pessoa lesada em decorrência das relações matrimoniais formais ou relações informais não receberá proteção legal e nem poderá buscar a reparação por danos morais ou materiais. Para o referido doutrinador, o legislador agiu corretamente ao “não particularizar, pois tal previsão seria desnecessária e inútil, na medida em que os acontecimentos do mundo exterior são dinâmicos e o direito não consegue acompanhá-lo com simultaneidade” (2004, p. 834).

Sendo assim, provado que a separação se deu por ato injusto do outro cônjuge, e que acarretou danos materiais ou morais ao inocente, a indenização pode ser pleiteada porque *legem habemus*: o art. 186 do Código Civil (*op.cit.*, p. 835).

No mesmo sentido disciplina Maria Helena Diniz:

“A dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pode acarretar dano moral e patrimonial, gerando responsabilidade civil e, conseqüentemente, indenização pecuniária” (2007, p. 177).

Contudo, é importante distinguir entre os danos gerados pelo descumprimento dos deveres conjugais e os prejuízos ocasionados com o término conjugal. Os primeiros derivam da violação do dever conjugal, razão pelo qual são chamados “imediatos”. Estes danos podem ser de cunho moral ou material. Apresentam-se como danos morais imediatos os que atingem a personalidade do cônjuge lesado, causando-lhe sofrimento que são derivados do descumprimento dos deveres de fidelidade, coabitação, mútua assistência e de sustento, guarda e educação dos filhos (CARVALHO NETO, 2004, p. 249).

Tais situações podem ensejar concomitantemente, danos morais e patrimoniais, como por exemplo, no caso de lesão corporal, que além dos danos morais, o cônjuge culpado fica também com o encargo dos prejuízos econômicos decorrentes do tratamento médico (*op. cit.*, p. *cit.*).

Já os danos que decorrem do rompimento do matrimônio, são os denominados “mediatos”, pois não tem ligação direta com o descumprimento do dever conjugal. Estes danos quase sempre têm caráter patrimonial, como é o caso dos prejuízos gerados pela liquidação da sociedade através da partilha de bens. Porém, os danos mediatos poderão ser também de ordem moral, se referentes ao

sofrimento gerado pelo rompimento do casamento, portanto, indenizáveis (*op. cit.*, p. 250).

Entretanto, há uma minoritária parte na doutrina que considera inadmissível a aplicação de danos morais e materiais na infração dos deveres conjugais (CAHALI, 2002, p. 766).

Neste sentido, dispõe Maria Celina de Moraes:

No que tange, pois, ao desrespeito dos deveres conjugais, quais sejam, a fidelidade, a coabitação, a assistência e o respeito mútuos, previstos no art. 1566 do Código Civil, na ponderação dos interesses contrapostos entre a solidariedade familiar e a autonomia individual, ou seja, entre a sociedade conjugal e as escolhas individuais de cada cônjuge, prelavecem, segundo a doutrina mais atenta, os direitos do indivíduo e suas próprias opções de vida, não se admitindo que o seu descumprimento dê causa, com êxito, a ação de responsabilidade civil (2006, p. 189).

Contudo, fica evidente que é perfeitamente cabível que o cônjuge infrator dos deveres matrimoniais e, portanto, responsável pela ruptura do vínculo matrimonial possa ser responsabilizado também pelo pagamento de indenização a título de danos morais ou materiais ao cônjuge inocente.

4.2 Hipóteses Ensejadoras de Indenização

Como visto anteriormente, o Código Civil Brasileiro traz um rol de deveres matrimoniais que devem ser respeitados pelos cônjuges e companheiros na constância conjugal.

Da inobservância e desrespeito a esses deveres, surge para o cônjuge culpado o dever de indenizar, seja através de danos morais e/ou materiais.

De um modo geral, a doutrina vem considerando que o dano moral deve ser indenizado na constância do casamento e da união estável nos seguintes casos: crimes de homicídio; contra a honra; lesões corporais; contaminação pelo vírus da AIDS; falta do dever de assistência material; lesão deformante; adultérios; maus-tratos; transmissão de doenças venéreas; sevícias, difamação e injúria, entre outros (WELTER, 2003, p. 02).

No mesmo sentido leciona Arnaldo Rizzardo:

Em síntese, as injúrias, humilhações, sevícias, infidelidade, condutas inapropriadas e toda sorte de acintes à pessoa, além de ensejarem a separação com base na culpa, abrem ensachas para a ação indenizatória por dano moral, e mesmo material se comprovados os prejuízos (2007, p. 695).

A doutrinadora Maria Helena Diniz nos traz outras situações aptas a ensejar danos aos cônjuges ou companheiros na dissolução da sociedade ou vínculo conjugal. Eis alguns dos exemplos mencionados pela referida doutrinadora: dissabor por impotência *coeundi*; sadismo erótico, prática sexual anormal ou vexatória; recusa infundada ao débito conjugal; revelação de fatos ou segredos pessoais; exposição do cônjuge a companhias degradantes; não-cumprimento dos deveres conjugais lesivo ao direito da personalidade do cônjuge, causando-lhe desonra, humilhação ou, ainda, lesão na sua saúde física e mental; privação de convivência com os filhos, etc (2005, p. 177-178).

A seguir passa-se a analisar algumas situações ensejadoras e justificadoras de uma eventual ação de indenização proposta pelo cônjuge lesado.

4.2.1 Adultério

O adultério é considerado a mais grave forma de violação do dever de fidelidade, que é um dos pilares do casamento. Por isso a sua violação gera, em regra, indiscutivelmente, dano moral indenizável, principalmente quando vem a conhecimento público (CARVALHO NETO, 2004, p. 257).

No mesmo sentido Caio Mário Pereira considera também a infidelidade conjugal como “a mais grave das faltas, tendo em vista a constituição da família, a legitimidade dos filhos, o regime monogâmico” (2002, p. 157).

Desta forma, a infração do dever de fidelidade além de ser causa motivadora da separação, gera ao cônjuge adúltero o dever de indenizar por via do dano moral, pelo fato de expor seu parceiro a situações constrangedoras.

Neste sentido, acrescenta Franchini:

“As consequências da traição resultarão em dano moral se levar o nome do traído a situações embaraçosas, vexatórias; se a presença do ofendido provocar zombarias, menosprezo” (2004, p. 219).

Concluindo, ressalta o citado doutrinador que com o advento da AIDS, a fidelidade deixou de ser apenas uma obrigação moral para se converter também em ato de respeito à própria vida, tendo em vista os riscos envolvidos (*op.cit. p.cit.*).

Desse modo, o cônjuge que em virtude de infidelidade contrai o vírus da AIDS, e que, posteriormente mantém relações sexuais com seu parceiro, transmitindo-lhe a doença, atinge direitos de personalidade de seu consorte, dando causa à dissolução da sociedade conjugal, por culpa, e sujeitando-se ao ressarcimento dos danos que o lesado veio a sofrer (AZEVEDO, 2002, p. 129).

Portanto, a transmissão do vírus da AIDS, por meio de relações sexuais pode ser comparada por analogia à transmissão de moléstia grave, pelo fato de

atingir a incolumidade física da pessoa. Ocorre que, no caso da AIDS, agrava-se a situação do cônjuge contaminado por culpa do outro, pois ainda não há cura para essa doença fatal, e os tratamentos existentes são muito lesivos à saúde da pessoa a ele submetida (*op. cit. p.cit.*).

Concluindo, a transmissão do vírus da AIDS de um cônjuge ao outro, deve ser visto como causa de dissolução da sociedade conjugal, impondo-se ao cônjuge culpado, o dever de ressarcir os danos causados, tanto os materiais, abrangendo “todas as despesas com o tratamento e os alimentos previstos na legislação específica, como, também, os danos morais, decorrentes de sua atuação” (*op.cit.*, p. 130-131).

Importante ressaltar que nos casos de transmissão de doenças veneras entre cônjuges, por exemplo, a AIDS, a indenização somente terá cabimento se houver a intenção dolosa ou culposa do cônjuge.

Entendimento semelhante tem o mestre Inácio de Carvalho Neto que leciona que se ao cônjuge portador de doença não se puder atribuir sequer conduta no mínimo culposa, não se poderá falar em obrigação de indenizar, eis que não se configura neste caso responsabilidade objetiva. O autor traz os seguintes exemplos no qual não haverá indenização: o caso do cônjuge que adquiriu AIDS num consultório odontológico, e desconhecendo tal fato, transmitiu-a a seu consorte; ou ainda, no caso do cônjuge adquirir o vírus em transfusão de sangue em intervenção cirúrgica (2004, p. 262).

Outra questão suscitada pelo doutrinador acima mencionado é a possibilidade do comparsa do cônjuge adúltero pagar indenização ao cônjuge inocente. Segundo ele, em recente decisão a Justiça americana condenou o amante

a pagar ao marido traído, a importância de 1.400.000,00 (um milhão e quatrocentos mil dólares) a título de indenização (*op.cit.*, p. 259).

No Brasil, o Deputado Federal Paes de Lira propôs o projeto de Lei nº 6.433/2009 que tramita no Congresso Nacional e que tem por objetivo atribuir àquele que concorreu para a culpa por injúria ou infidelidade, de um dos cônjuges, determinante da separação, a obrigação de pensioná-lo caso não possa o mesmo subsistir por conta própria após a separação judicial (BRASIL, 2009).

Neste sentido, o nobre deputado propõe que seja acrescentado ao artigo 1.704 do Código Civil o seguinte parágrafo, *in verbis*:

§1º Quando a renúncia a alimentos, na separação consensual, der-se para fazer sucumbir a apuração litigiosa da culpa de um dos cônjuges por injúria ou infidelidade, o terceiro à sociedade conjugal que tenha concorrido será obrigado a prestá-los em lugar do outro cônjuge, na forma do *caput*.

Para o deputado a justificativa do projeto de Lei reside nos casos de relacionamentos extraconjugais, onde terceiros aventuram-se em comunhões de vidas alheias, concorrendo no rompimento de lares e na desestrutura familiar. E após a descriminalização do adultério, o Código Civil não impõe contra eles qualquer obrigação legal, nem mesmo a de prestar o mínimo de apoio material à pessoa com quem se relacionou ilicitamente (*op.cit.*).

Na realidade, o que se busca com essa alteração na Lei Civil é acabar com a insegurança jurídica do cônjuge inocente na separação. O que vem ocorrendo é o cônjuge culpado renunciar direito aos alimentos na separação consensual para não ficar com sua imagem de adúltero, por exemplo, exposto nos autos da

separação. E o cônjuge inocente acaba renunciando à discussão sobre a causa da separação.

No entanto, o cônjuge culpado pode desconstituir a cláusula exoneratória de alimentos acordada anteriormente, tendo em vista que já precluiu o direito do inocente de demonstrar a culpa da parte contrária, acarretando assim, injustos e maiores prejuízos à parte que de boa-fé fez o acordo confiando na Justiça.

4.2.2 Injúria Grave

Não é somente através do adultério que se pode infringir o dever de fidelidade. Até porque a configuração do adultério é restrito à conjunção carnal entre pessoas de sexos opostos, sendo assim, os demais casos que não se enquadram nesse conceito são considerados injúria grave.

Entende-se por injúria grave “todo ato que implique em ofensa à integridade moral do cônjuge. Em termos gerais, é a ofensa à honra, portanto, conduta desonrosa” (PEREIRA, 2002, p. 159).

Dentro deste contexto o doutrinador Franchini traz as seguintes situações que se enquadram na figura genérica da injúria grave, por ocasionar ao cônjuge culpado profunda dor moral: relacionamento homossexual, relacionamentos extraconjugais íntimos (abraços, beijos, etc), infidelidade virtual (2004, p. 219).

Para ele, são todos motivos que apesar de não se enquadrarem como adultério, podem gerar dano moral, já que atinge a reputação do cônjuge.

Entendimento semelhante tem Inácio de Carvalho Neto, que traz o seguinte exemplo: “se um dos cônjuges mantém relacionamento homossexual com terceiros, tal fato pode ocasionar em seu cônjuge profunda dor moral, a justificar a condenação daquele em indenizá-lo” (2004, p. 259).

Na visão de Caio Mário Pereira a injúria grave nesses casos não coincide sua conceituação com a figura criminal, ela é apenas o molde a fundamentar a dissolução da sociedade conjugal (2002, p. 159).

Mas, acrescenta o citado doutrinador que a injúria grave se justifica também em gestos ultrajantes; ofensas à respeitabilidade do outro cônjuge; imputação caluniosa de adultério; nas práticas homossexuais; no crime infundado, ou seja, todos aqueles atos que agravam a honra, a boa fama, a dignidade do cônjuge ou que lhe tragam situação vexatória ou humilhante no seu meio familiar ou social (*op.cit. p.cit.*).

Desta forma, resta demonstrado que quando ocorre o término da sociedade conjugal devido ao comportamento injurioso grave de um dos cônjuges, o mesmo fica responsável pelo ressarcimento dos danos morais causados ao cônjuge inocente.

4.2.3 Sevícias

Nas palavras de Caio Mário da S. Pereira, “sevícias são os maus-tratos, ofensas físicas, agressão, toda espécie de atentado à integridade corporal do outro cônjuge” (2002, p. 159).

A denominada “sevícia (agressão física, pancada), constitui infração ao dever de respeito à integridade física do outro cônjuge, com negação do dever de mútua assistência” (GONÇALVES, 1999, p. 75).

Assim, as sevícias além de justificarem a separação litigiosa por culpa, e além da possível ação penal por crime de lesões corporais, poderão configurar também obrigação de indenizar pelos danos, tanto materiais como morais sofridos pelo cônjuge vítima (CARVALHO NETO, 2004, p. 264).

No mesmo sentido leciona Cahali:

Não há dúvidas de que o cônjuge agredido em sua integridade física ou moral pelo outro tem contra este ação de indenização, com fundamento no art. 927 do CC, sem embargo de representar aquela ofensa como causa que legitima uma separação judicial contenciosa em que os alimentos lhe seriam concedidos (2002, p. 763).

Para Carvalho Neto, toda sevícia acarreta, necessariamente, um dano moral e físico, que o simples pagamento de pensão alimentícia não indeniza, até porque, tais práticas saem da esfera civil para se constituírem ilícitos penais (2004, p. 265).

Sabe-se que apesar do dever de respeito mútuo que deve prevalecer entre os casais, ainda são frequentes na sociedade as ofensas físicas e o atentado à integridade corporal do consorte, principalmente da mulher. Entretanto, o que não pode ocorrer é o Judiciário deixar de condenar, tanto civil como criminalmente o cônjuge transgressor, para não deixar a vítima a mercê de verdadeiros criminosos.

4.2.4 Ato Sexual Anormal

Estão enquadradas neste conceito a prática de coito anal e demais práticas sexuais ditas anormais (sodomia, sadomasoquismo, etc), que inclusive podem dar margem à obrigação de indenizar (CARVALHO NETO, 2004, p. 261).

Desta forma, as práticas sexuais anormais não correspondem ao débito conjugal, não podendo assim, afirmar que os cônjuges (especialmente a mulher) estão a elas obrigados (*op.cit. p.cit.*).

Acerca desta temática doutrina Cahali:

Em função do respeito que deve prevalecer entre marido e mulher na constância do casamento, afirma-se também a existência de limites que devem ser observados na prestação do débito conjugal, configurando-se como ato ilícito o assédio à esposa para a prática de atos sexuais anômalos, a se permitir a ocorrência de atentado ao pudor ou ofensa à honra da mulher (2002, p. 757).

Segundo Carvalho Neto, somente o coito anal praticado contra a vontade da mulher pode ensejar dano moral e, eventualmente material, se houver lesão. Se houver o consentimento para a prática não há que se falar em obrigação de indenizar. O mesmo se pode afirmar com relação as outras práticas anormais de sexo, sendo que, em regra, somente o dissenso expresso com a prática dá margem à obrigação de reparar o dano (2004, p. 261).

Importante mencionar que o doutrinador Yussef Said Cahali traz em sua obra uma decisão da 8ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que julgou no seguinte sentido:

O coito anal, embora inserido dentro da mecânica sexual, não integra o débito conjugal, porque este se destina à procriação. A mulher somente está sujeita à cópula vaginica e não a outras formas de satisfação sexual, que violentem sua integridade física e seus princípios morais (2002, p. 757).

Portanto, resta evidenciado que a prestação do débito conjugal se configura apenas com a conjunção carnal. Todas as demais formas de satisfação sexual que não se enquadram nesse conceito, como por exemplo, o sexo anal ou práticas sadomasoquistas, que de qualquer forma causarem dor ou constrangimento a um dos cônjuges, podem dar causa a separação com culpa cumulada pela reparação de danos morais ou materiais, se da violência resultar lesão.

4.2.5 Recusa ao Ato Sexual

A lei dispõe aos cônjuges o dever de coabitação, ou seja, a convivência no lar conjugal para que possam compartilhar os momentos da vida conjuntamente, em um ambiente familiar. Além dessa companhia recíproca, é imposto ainda o relacionamento sexual entre os cônjuges, visando à satisfação das necessidades fisiológicas que naturalmente existem (AZEVEDO, 2002, p. 125).

Assim como existe a obrigação de realização sexual entre os cônjuges, há também o direito de um dos consortes exigir do outro o cumprimento de tal obrigação. Ressalta-se que a recusa injustificada da relação sexual pode constituir grave violação do dever de coabitação, ensejando inclusive o término da sociedade conjugal.

No mesmo sentido leciona Marcos de Almeida Azevedo:

A recusa injustificada à convivência e à realização sexual constitui grave violação do dever de coabitação, que autoriza a dissolução da sociedade conjugal, por meio de ação de separação judicial, fundada no art. 5º da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, demonstrada a insuportabilidade da vida em comum para o cônjuge inocente (*op.cit.*, p. 126).

Há ainda um forte posicionamento doutrinário que entende que além de ser causa ensejadora de separação, a recusa sexual pode caracterizar indenização por danos morais para o cônjuge que se sentiu rejeitado.

Na visão de Inácio de Carvalho Neto, “a recusa ao ato sexual, como infração ao débito conjugal, ocasiona, frequentemente, sérios problemas psicológicos na vítima” (2004, p. 260).

Acrescenta o referido doutrinador que o cônjuge ao se recusar injustamente ao ato sexual, além de dar causa à separação culposa por infringir o dever de vida em comum no domicílio conjugal, pratica também ato ilícito, podendo ser obrigado a reparar eventuais danos gerados a seu consorte (*op.cit.*, p. 261).

Esse também é o entendimento de João Gisberto Franchini:

Relacionada ao dever de vida em comum, no domicílio conjugal, a recusa injusta ao ato sexual também é entendida como apta a ensejar a separação culposa, quanto também ao ato ilícito que pode gerar danos a serem ressarcidos (2004, p. 220).

Para Franchini, a reparação dos danos é possível porque “o ato sexual é reconhecido como uma necessidade fisiológica para ambos da relação, sua falta pode ocasionar problemas e distúrbios psicológicos” (*op.cit. p.cit.*).

4.2.6 Ofensa à Honra

Todo indivíduo é titular do direito à honra, seja nas relações de direito civil em geral, seja nas relações de âmbito familiar. Não é pelo simples fato de que

duas pessoas levam uma vida íntimo-amorosa que o direito positivo devesse excluí-las do atentado à honra (FRANCHINI, 2004, p. 223).

Enquadram-se na definição de ofensa à honra, a injúria, a difamação e a calúnia, ou seja, toda violação à consideração das pessoas.

Com relação à possibilidade de indenização por fatos ofensivos à honra, explica Franchini:

A ofensa à honra praticada por um dos cônjuges ou companheiros contra o outro, perante o direito positivo, pode ser fundamento da declaração da separação ou divórcio, com apreciação da culpa, condenando o cônjuge culpado na prestação de alimentos, como também objeto de apreciação em ação de indenização própria (*op.cit.*, p. 223).

Um exemplo de situação que gera ofensa à honra é a mulher que, por exemplo, espalha perante a sociedade que o marido é impotente ou que não é o verdadeiro pai de seus filhos (CARVALHO NETO, 2004, p. 267).

Desta forma, conclui-se que “a falta de respeito e consideração por parte de um dos consortes também pode gerar situações de transtorno ou constrangimento que desembocam nos danos morais” (VENOSA, 2005, p. 169).

4.2.7 Abandono Injusto do Lar

Para Marcos de Almeida Azevedo, no relacionamento conjugal deve prevalecer a mútua assistência, material e imaterial, entre os cônjuges, sendo que cada um deve colaborar, economicamente, para suprir as despesas, dando ainda, apoio moral e solidário em todos os momentos da vida em comum (2002, p. 128).

Por isso, o abandono imotivado do lar, deixando o consorte ou companheiro desprovidos do necessário para o seu sustento, pode caracterizar danos morais, e principalmente, materiais.

Sem falar que o Código Penal Brasileiro tipifica o abandono material no seguinte sentido:

Art. 244 - Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País.

Assim, entende Carvalho Neto que “independentemente de se tratar do cônjuge que mantém a família materialmente, frequentemente o abandono provocará danos morais indenizáveis” (2004, p. 260).

Ressalta ainda que a ação de alimentos pode afastar a necessidade, mas até ela ser proposta, vários danos já poderão ter se configurado, sendo portanto, irressarcíveis somente com o pagamento dos alimentos (*op.cit. p.cit.*).

Já Carlos Roberto Gonçalves acrescenta que o abandono injusto do lar, caracteriza também na infração do dever de sustento, guarda e educação dos filhos, podendo configurar, em tese, os crimes de abandono material e intelectual, sendo que a consequência além da separação judicial com culpa é também a perda do poder familiar (1999, p. 75).

Por fim, entende Venosa que não é toda situação de abandono do lar conjugal que implica no dever de indenizar por danos morais. Mas acrescenta que a

sua posição vem sendo cada vez mais criticada por vasta parte da doutrina que considera que a simples transgressão do dever conjugal faz presumir a existência do dano moral (2005, p. 169).

4.2.8 Simulação de Gravidez

De acordo com o doutrinador Franchini outra causa ensejadora de separação e reparação por danos morais é a simulação da mulher do estado de gravidez, perante o cônjuge e a sociedade. Segundo ele, tal situação pode causar ofensa à honra, já que perturba os sentimentos e os afetos do homem, afetando-lhe os direitos de personalidade (2004, p. 223).

No mesmo sentido é o entendimento de Inácio de Carvalho Neto: “a simulação de gravidez por parte da mulher pode realmente gerar dano moral indenizável” (2004, p. 270).

4.3 *Quantum* Indenizatório

Como já visto anteriormente, é possível o ressarcimento por danos morais e materiais no âmbito familiar. Entretanto, uma questão que gera várias dúvidas é com relação à quantificação do dano moral, eis que não há leis que prevêem limites para a sua fixação.

Desta forma, “um dos grandes desafios da ciência jurídica é o da determinação dos critérios de quantificação do dano moral, que sirvam de

parâmetros para o órgão julgante na fixação do *quantum debeatur*” (DINIZ, 2005, p. 100).

Com relação aos danos materiais, o Código Civil nos traz em seu artigo 402, o seu desdobramento em danos emergentes e lucros cessantes:

Art. 402. “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”.

Desta forma, se houver na demanda o pedido de indenização por danos materiais, o valor será fixado com base nos prejuízos materiais, danos emergentes, lucros cessantes, entre outros. Entretanto, nos pedidos referentes a danos morais, o valor deve ser atribuído de forma equivalente ao que o autor achar que deva receber, mesmo que estimativamente (SCHAEFER, 2002, p. 94).

Já para Venosa, quando o dano for apenas moral, a discricionariedade do juiz torna-se mais ampla, devendo basear-se em critérios objetivos. E a jurisprudência fica encarregada de estabelecer parâmetros para indenização, eis que é impossível que o legislador regule todas as hipóteses (2006, p. 284).

Neste sentido, a indenização por dano moral, diferentemente do que ocorre no dano material, não se funda no princípio *restitutio in integrum*, já que é impossível repor o estado anterior à lesão. No dano moral, a indenização deve servir para compensar a sensação de dor experimentada pela vítima, possuindo caráter meramente compensatório (FRANCHINI, 2004, p. 208).

Segundo Marcos de Almeida Azevedo, a indenização de danos morais deve compreender um valor que sirva como um desestímulo a novos atos de irresponsabilidade, coibindo também, as agressões aos direitos de personalidade

dos indivíduos. E de outro lado, proporcionará um conforto à pessoa lesada, de modo que se possa abrandar os sofrimentos e abalos por ela experimentados (2002, p. 166).

Desta forma, o referido doutrinador entende que a reparação dos danos morais deve atingir três objetivos, que são essenciais para desencorajar novas agressões a direitos de personalidade: sanção do lesante, compensação justa do lesado e exemplo para a sociedade (*op.cit.*, p. 167).

Portanto, sempre que alguém causar um abalo moral a *outrem*, terá o dever de repará-lo. O que não pode ocorrer é a fixação desse valor a título indenizatório de forma excessivamente onerosa a uma das partes, gerando inclusive, enriquecimento ilícito para a vítima. Ou ainda, essa reparação ser tão ínfima que não cumpra seu caráter compensatório e punitivo.

Contudo, constata-se que cabe ao magistrado no momento que for fixar o valor correspondente aos danos morais, a utilização do bom senso, fazendo a ponderação entre o abalo sofrido pelo autor e a responsabilidade do causador da situação.

4.4 Entendimento Jurisprudencial

A legislação brasileira não possui permissivo legal expresso que determine a indenização por danos morais e materiais no direito de família.

Entretanto, como já visto anteriormente, a doutrina é majoritária ao considerar a responsabilidade civil nas relações conjugais, entendendo que o

cônjuge culpado tem o dever de indenizar pelos sofrimentos causados no seu consorte.

Ocorre que não há muitos julgados acerca desta temática, tendo em vista que a discussão acerca da admissibilidade de danos entre cônjuges ainda é recente.

Para Cahali, “diante de tão expressivas manifestações doutrinárias, certamente os nossos tribunais acabarão se sensibilizando pela tese de reparabilidade dos danos morais resultantes da dissolução da sociedade conjugal” (2002, p. 766).

Desta forma, será feita uma análise nos acórdãos no período de 2001 a 2010, para se ter uma maior compreensão de como os Tribunais do país, mais precisamente o Superior Tribunal de Justiça, vem tratando a questão da responsabilidade civil na separação culposa.

Na decisão abaixo, entendeu o Ministro Relator Nilson Naves que é cabível a condenação do cônjuge varão por dano moral, tendo em vista a humilhação que a mulher passou quando sobreviveu às custas de caridade de amigos, já que precisou deixar o lar conjugal por temer agressões físicas. Eis a ementa do acórdão:

SEPARAÇÃO JUDICIAL. PROTEÇÃO DA PESSOA DOS FILHOS (GUARDA E INTERESSE). DANOS MORAIS (REPARAÇÃO). CABIMENTO.

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.

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 (REsp. nº 37051/SP (1993/0020309-6), Min. Relator: Nilson Naves, julgado em 17/04/2001). Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=37051&&b=A COR&p=true&t=&l=10&i=2>>. Acesso em: 02 de jul. 2010.

Na decisão a seguir, também do STJ, a mulher foi condenada a pagar ao cônjuge varão uma importância de 200.000,00 (duzentos mil reais) a título de danos morais, por ter escondido durante 25 anos a verdadeira paternidade dos filhos nascidos na constância do casamento.

Segundo a Ministra Relatora Nancy Andrichi, o desconhecimento do cônjuge varão, por mais de 20 anos, do fato de não ser o pai biológico dos filhos gerados durante o casamento, atinge a dignidade da pessoa, toca e fere a auto-estima e gera sentimentos de menosprezo e traição. A seguir, a ementa do acórdão:

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.

- 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 (REsp. nº 742.137/RJ (2005/0060295-2) , Min. Relatora Nancy Andrichi, julgado em 21/08/2007). Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200500602952&dt_publicacao=29/10/2007>. Acesso em: 04 de jul. 2010.

No terceiro julgado do STJ, o cônjuge varão recorreu da decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que condenou a sua consorte ao pagamento de 100 (cem) salários mínimos a título de danos morais, por ter escondido a verdadeira paternidade da filha do casal. Segundo o cônjuge varão o valor fixado não foi suficiente para indenizá-lo do constrangimento gerado pelo adultério de sua esposa. E ainda, não indenizou as despesas, desde o nascimento até o pensionamento feito

à filha do casal, eis que posteriormente fora evidenciado que era filha de outro homem.

Na decisão do Superior Tribunal de Justiça, o Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, entendeu em não majorar o valor fixado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. Para o Ministro Relator, a reparação não foi arbitrada para refazer o patrimônio, tendo em vista que este não foi diminuído, mas sim, para dar à pessoa lesada uma satisfação, que lhe é devida, por uma sensação dolorosa que sofreu ao descobrir o adultério da ex-mulher, que teve um filho com terceiro na constância do casamento. Eis a ementa:

RESPONSABILIDADE CIVIL. Dano moral. Marido enganado. Alimentos. Restituição.

- A mulher não está obrigada a restituir ao marido os alimentos por ele pagos em favor da criança que, depois se soube, era filha de outro homem.

- A intervenção do Tribunal para rever o valor da indenização pelo dano moral somente ocorre quando evidente o equívoco, o que não acontece no caso dos autos. Recurso não conhecido (REsp. nº 412.684/SP (2002/0003264-0), Min. Relator: Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 20/08/2002). Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200200032640&dt_publicacao=25/11/2002>. Acesso em: 01 de set. 2010.

No caso acima exposto, ficou claro que o STJ não concedeu a majoração porque o valor arbitrado já era suficiente para compensar o dano sofrido, muito embora tenha entendido ser cabível a indenização.

No último julgado do Superior Tribunal de Justiça, a mulher pleiteia danos morais do seu ex-consorte, alegando que a ruptura da vida em comum se deu devido o adultério praticado pelo mesmo. Neste caso, o Ministro Relator Jorge Scartezzini entendeu por indeferir o pedido da autora, pois não há provas produzidas que demonstrem a prática do adultério, e segundo o Ministro, a obrigação de

indenizar só tem cabimento quando a situação se enquadra no art. 159 do Código Civil, o que não é o caso dos autos. Segue a ementa:

CIVIL - PROCESSUAL CIVIL - DIREITO DE FAMÍLIA – RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL - PROCEDÊNCIA - LEI 6.515/77, §§ 1º E 3º, DO ART. 5º - INAPLICABILIDADE DO § 3º, DO ART. 5º, DA LEI 6.515/77- ART. 159 DO CÓDIGO CIVIL - DANOS MORAIS - NÃO COMPROVAÇÃO -IMPROCEDÊNCIA - SÚMULA 07/STJ.

Tratando-se de separação judicial sem culpa, não há falar de indenização por dano moral, com base no art. 159, do Código Civil. Mesmo se assim não fosse, concluir de forma distinta do Tribunal de origem demandaria reexame dos fatos analisados nas instâncias ordinárias, providência inviável na via do especial: óbice da Súmula 07/STJ (REsp. 302930/SP (2001/0014205-2), Min. Relator: Jorge Scartezini, julgado em: 05/10/2004). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200100142052&dt_publicacao=06/12/2004>. Acesso em: 10 de out. 2010.

Por fim, é importante trazer à baila um julgado no Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina que também considera cabível a indenização por danos morais decorrentes do descumprimento dos deveres matrimoniais. Na decisão a seguir exposta, o Desembargador Relator Luiz Carlos Freyesleben, entendeu que o cônjuge varão ao descumprir o dever matrimonial da fidelidade, acarretou dor moral ao cônjuge enganado, ensejando a condenação do consorte infiel ao pagamento de indenização por danos morais no montante de 500,00 (quinhentos) reais.

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. SEPARAÇÃO LITIGIOSA. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. NÃO CONHECIMENTO EM RAZÃO DA INCOMPATIBILIDADE DE RITOS. PROCEDIMENTO ORDINÁRIO. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO (CPC, ART. 292, § 2º). CULPA PELA SEPARAÇÃO DO VARÃO. ADULTÉRIO COMPROVADO. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR CARACTERIZADA.

A desobediência ao dever de fidelidade recíproca acarreta dor moral ao cônjuge enganado, autorizando a condenação do consorte infiel ao pagamento de indenização por danos morais.

O valor da indenização do dano moral deve ser arbitrado pelo juiz de maneira a servir, por um lado, de lenitivo para a dor psíquica sofrida pelo lesado, sem importar a ele enriquecimento sem causa ou estímulo ao abalo suportado; e, por outro, deve desempenhar função pedagógica e séria reprimenda ao ofensor, a fim de evitar a recidiva (Apelação cível n.

2004.012615-8, de Palhoça, Des. Relator: Luiz Carlos Freyesleben, julgado em 05/05/2005). Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br>>. Acesso em: 01 de set. 2010.

Dessa forma, pode-se perceber que o Egrégio Superior Tribunal de Justiça vem entendendo em grande parte de seus julgados a possibilidade de indenização por danos morais quando um dos cônjuges, ao infringir um dos deveres, matrimoniais causar abalo moral ao seu consorte.

5 CONCLUSÃO

No ordenamento jurídico brasileiro não há expressa previsão legal sobre a admissibilidade da reparação de danos morais e/ou materiais na ação de separação judicial com culpa.

Sabe-se que a condenação em alimentos, apesar do caráter indenizatório, não é suficiente para reparar integralmente o dano causado pelo cônjuge culpado.

Entretanto, a jurisprudência e a doutrina mais atenta, com fundamento no instituto da responsabilidade civil, vêm admitindo frequentemente a responsabilização do cônjuge que gravemente viola os deveres matrimoniais.

Através de uma análise dos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça que versam sobre a possibilidade de o cônjuge ser responsável pelo pagamento de danos morais ao seu consorte, verificou-se que é pacífico o entendimento do referido Tribunal no sentido da reparação dos danos, e a indenização muitas vezes somente não é concedida por falta de provas da conduta culposa na relação.

Frisa-se que não são apenas os deveres elencados no artigo 1.566 do Código Civil que são aptos a ensejar a reparação, pois a doutrina e jurisprudência vem considerando outras situações, como por exemplo, nos casos em que há ofensa à honra, abandono injusto do lar, sevícias, recusa ao ato sexual, entre outros.

Contudo, verifica-se necessária uma alteração na lei civil, na mesma linha do Projeto de Lei de nº 6960/2002, de iniciativa do Deputado Ricardo Fiúza (que lamentavelmente restou arquivado), acrescentando a possibilidade de indenização por danos entre cônjuges, tendo em vista que com o avanço da sociedade a legislação precisa ser modificada a fim de atender seus anseios.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Marcos de Almeida Villaça. **AIDS e responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2002. 176 p.

BRASIL. **Código Civil**. SABATOVSKI, Emilio; FONTOURA, Iara Purcote (Org.). Curitiba: Juruá, 2002. 197 p.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 6.960, de 2002**. Deputado Ricardo Fiuza. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=56549>. Acesso em: 17 set. 2010.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 6.433, de 2009**. Deputado Federal Paes de Lira. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=460295>. Acesso em: 02 out. 2010.

BRASIL. **Recurso Especial nº 37051/SP**. Terceira Turma. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Nilson Naves. Julgado em: 17 de abril de 2001. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=37051&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>>. Acesso em: 02 de jul. 2010.

BRASIL. **Recurso Especial nº 412684/SP**. Quarta Turma. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ruy Rosado de Aguiar. Julgado em: 20 de agosto de 2002. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200200032640&dt_publicacao=25/11/2002>. Acesso em: 01 de set. 2010.

BRASIL. **Recurso Especial nº 302930/SP**. Quarta Turma. Superior Tribunal de Justiça. Relator: Jorge Scartezzini. Julgado em: 05 de out. de 2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200100142052&dt_publicacao=06/12/2004>. Acesso em: 10 de out. 2010.

BRASIL. **Apelação Cível nº 2004.012615-8**. Segunda Câmara Cível. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Relator: Luiz Carlos Freyesleben. Julgado em: 05 de maio de 2005. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br>>. Acesso em: 01 de set. 2010.

BRASIL. **Recurso Especial nº 742137/RJ**. Terceira Turma. Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Nancy Andrighi. Julgado em: 21 de agosto de 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200500602952&dt_publicacao=29/10/2007>. Acesso em: 04 de jul. 2010.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 3. ed. rev., ampl. e atual. conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. 832 p.

_____. **Divórcio e Separação**. 11. ed. rev. ampl. e atual. conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. 1243 p.

CARVALHO NETO, Inácio de. **Responsabilidade civil no direito de família**. Curitiba: Juruá, 2002. 573 p.

_____. **Reparação civil na separação litigiosa culposa**. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (coord). Temas atuais de direito e processo de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. 646 p.

CASABONA, Marcial Barreto. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (org.). **Responsabilidade Civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 575 p.

COLANI, Camilo. **Casamento – Conceito e Natureza Jurídica no Novo Código Civil**. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (coord). Temas atuais de direito e processo de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. 646 p.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6ª.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 672 p.

_____. **EC 66/10 – e agora?** Disponível em:
<[http://www.mariaberenice.com.br/uploads/ec_66_-_e_agora\(1\).pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/ec_66_-_e_agora(1).pdf)>. Acesso em: 25 out. 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. vol. 7. 18. ed. ver., aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. vol. 7. 19. ed. rev., aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2005.

FRANCHINI, João Gisberto. Revista Jurídica Cesumar, vol. 4, n. 1, 2004. p.199-227.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005. 3v.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 1999.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado: direito de família**. vol.5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Responsabilidade civil do médico**. 2.ed. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2001. 289 p.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MOTTA, Carlos Dias. **Direito matrimonial e seus princípios jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 430 p.

PENA JUNIOR, Moacir César. **Direitos das pessoas e das famílias: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2008. 384 p.

PEREIRA, Cáo Mário da Silva. **Instituições do direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 256 p.

PINTO, Fernando Henrique. **Divórcios da nova lei poderão ser anulados**. Revista Consultor Jurídico, 20 de jul. 2010. Disponível em: <<http://conjur.com.br/2010-jul-20/divorcios-baseados-lei-anulados>>. Acesso em: 25 de out. 2010

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 953 p.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2002. 4v.

_____. **Responsabilidade Civil**. 20 ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003.

SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade civil do médico & erro de diagnóstico**. Curitiba, PR: Juruá, 2002. 231 p.

SCHÄFER, Gilberto. **A Emenda Constitucional nº 66 e o divórcio no Brasil**. Jus Navegandi, Teresina, ano 15, n. 2591, 5 agos. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/17125>>. Acesso em: 25 out. 2010.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil : responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial**. 5.ed São Paulo Revista dos Tribunais, 2001. 1853 p.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 5. ed. 7v. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

WELTER, Belmiro Pedro. **A secularização da culpa no Direito de Família.**
Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Publicado em: 22 de set. de 2003. Acesso em: 05 de jun. 2010.