

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
GRADUAÇÃO EM DIREITO

VINÍCIUS DE OLIVEIRA JORGE

**REPARAÇÃO CIVIL POR DANO MORAL NA SEPARAÇÃO
JUDICIAL**

MARÍLIA
2008

VINÍCIUS DE OLIVEIRA JORGE

**REPARAÇÃO CIVIL POR DANOS MORAIS NA SEPARAÇÃO
JUDICIAL**

Trabalho de Curso apresentado ao Curso de Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador:
Prof. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Junior

MARÍLIA
2008

JORGE, Vinícius de Oliveira.

Reparação civil por dano moral na separação judicial. / Vinícius de Oliveira Jorge; orientador: Prof. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Junior. Marília, SP: [s.n.], 2008.

50f.

Trabalho de Conclusão de curso - Graduação em Direito, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM.

1. Responsabilidade Civil 2. Dano moral 3. Separação judicial

CDD: 342.1121



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"

MANTENEDORA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
Curso de Direito

Vinicius de Oliveira Jorge

RA: 32622-4

REPARAÇÃO CIVIL POR DANO MORAL NA SEPARAÇÃO JUDICIAL

Banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Graduação em Direito da UNIVEM, F.E.E.S.R., para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Nota: 9,5


ORIENTADOR(A):


Teófilo Marcelo de Azeiteiro Leão Júnior

1º EXAMINADOR(A):


Luciano Henrique Diniz Ramires

2º EXAMINADOR(A):


Larissa Benez Laraya

Marília, 15 de outubro de 2008.

Aos meus pais e avós, pelo que sou.

À minha esposa Ana Paula, pelo amor e carinho dedicados.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos colegas, que acabaram por se tornarem amigos, pela ajuda e companheirismo presentes durante toda a jornada deste Curso.

Agradeço de modo particular:

Aos meus avós, Onofre e Maria José, que foram fundamentais para a realização deste Curso.

Aos meus pais, por encorajar, em todos os momentos, os filhos a buscarem o sucesso através dos interesses intelectuais.

Ao professor Teófilo, orientador que com o auxílio eficaz e sério, conduziu este Trabalho.

JORGE, Vinícius de Oliveira. **Reparação civil por dano moral na separação judicial**. 2008. 50 f. Trabalho de Curso Bacharelado em Direito – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2008.

RESUMO

Esta pesquisa tem como objetivo o estudo da responsabilidade civil por dano moral dentro da separação judicial, determinando o dever de indenizar para o cônjuge que, durante o casamento, violar os deveres do matrimônio ou cometer ato ilícito, causando prejuízos de ordem material e moral para o seu consorte, como a responsabilidade por dano material já possui artefatos que garantam sua fácil aplicação dentro do universo jurídico, o presente estudo procurou defender a compensação ao cônjuge lesado para reparar as ofensas morais que sofreu, defendendo a teoria do dano moral e o princípio dos direitos da personalidade, através da interpretação das normas, da doutrina, da jurisprudência e da analogia, este trabalho buscou uma solução para a ausência de leis que tratam deste assunto, mas que por sua importância merece todo respaldo jurídico e a atenção dos operadores do direito.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Dano moral. Separação Judicial.

JORGE, Vinícius de Oliveira. **Reparação civil por dano moral na separação judicial**. 2008. 50 f. Trabalho de Curso Bacharelado em Direito – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2008.

ABSTRACT

This research has as objective the study of civil responsibility caused by moral damage in judicial separation, determining the obligation to indemnify, when the bridegroom, during the marriage, breaks the obligations of the marriage or commit illicit act, providing material and moral prejudice to his consort, as civil responsibility of material damage has already artifacts that easily can be applicable in law, the study presented searched to defend a compensation to the hurt consort, to repair the moral offenses which were victim, defending the moral damage theory and the principle of the personality rights, through the interpretation of laws, doctrine, jurisprudence and analogy, this work searched a solution for the lack of laws that treat this subject, which, with its importance, deserves all of the judicial care and the attention of all the law operators.

Keywords: Civil responsibility. Moral damage. Judicial separation.

JORGE, Vinícius de Oliveira. **Reparação civil por dano moral na separação judicial**. 2008. 50 f. Trabalho de Curso Bacharelado em Direito – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2008.

RESUMEN

Esta pesquisa tiene como objetivo el estudio de la responsabilidad civil por el daño moral dentro de la separación judicial, determinando lo deber de compensar para el nubente que, durante el casamiento, viola los deberes del matrimonio o practica acto ilícito, provocando daños de orden material y moral para su cónyuge, como la responsabilidad por daño material ya tiene maneras que garantizan su aplicación con facilidad en el universo jurídico, el presente estudio buscó la defensa de una compensación para el nubente lesionado, para reparar las ofensas morales que sufrió, defendiendo la teoría del daño moral y el principio de los derechos de la personalidad, por medio de la interpretación de las leyes, de la doctrina, de la jurisprudencia y de la analogía, este trabajo buscó una solución para la falta de leyes que tratan de este asunto, mas que por su importancia merece todo el respaldo jurídico y la atención de los operadores del derecho.

Palabras-llave: Responsabilidad civil. Daño moral. Separación judicial.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
CAPÍTULO 1 – DEVERES DO CASAMENTO.....	11
CAPÍTULO 2 – SEPARAÇÃO JUDICIAL.....	17
2.1 Separação consensual.....	17
2.2 Separação litigiosa.....	19
2.2.1 Separação-sanção.....	19
2.2.1.1 Violação dos deveres do casamento.....	19
2.2.1.2 Insuportabilidade da vida em comum.....	21
2.2.1.3 Separação por culpa recíproca.....	23
2.2.1.4 Separação de corpos.....	23
2.2.2 Separação-falência.....	24
2.2.3 Separação-remédio.....	24
CAPÍTULO 3 – RESPONSABILIDADE CIVIL.....	25
CAPÍTULO 4 – DO DANO.....	30
CAPÍTULO 5 – REPARAÇÃO CIVIL POR DANO MORAL NA SEPARAÇÃO JUDICIAL.....	35
CONCLUSÃO.....	46
REFERÊNCIAS.....	48

INTRODUÇÃO

Neste trabalho jurídico-científico, foi realizado um estudo da aplicação da responsabilidade civil por dano moral na separação judicial, examinando a possibilidade para este tipo de reparação dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

A pesquisa em tela possui caráter inovador dentro do direito, buscando mostrar a aplicabilidade desta espécie de responsabilidade civil dentro do Direito de Família, com o fim de proteger o cônjuge lesado.

Vale também destacar que a escolha do presente tema se deu pela observação do total desamparo do ordenamento jurídico a este respeito, o que se configurou inaceitável e muito injusto, uma vez que ao adquirir o matrimônio, ambos os cônjuges assumem um compromisso para respeitar as normas da sociedade conjugal, que expressamente atribui direitos e deveres aos nubentes, entretanto caso houver algum desrespeito, a norma não estabeleceu nenhum tipo de sanção, cabendo assim à responsabilidade civil preencher esta lacuna para reparar os danos sofridos nesta relação.

Ainda assim os danos morais que são defendidos nesta oportunidade são regidos pelo princípio dos direitos da personalidade humana, contidos na Constituição da República, tais como a dignidade humana, a honra, a integridade psíquica dentre outros mais de suma importância para uma vida em harmonia do ser humano.

De fato como qualquer outra ciência, o direito evolui para acompanhar o desenvolvimento da sociedade, talvez não com a mesma eficiência, mas deve-se admitir um grande progresso jurídico nos últimos tempos, que melhoraram a vida e a convivência em sociedade.

Com essa finalidade, de evolução, que se mostrou o interesse em abordar e desenvolver esta matéria moderna dentro do Direito, pois como o dano moral é um instituto que atinge o indivíduo por completo, desde fisicamente até no espírito, torna-se evidente a importância deste estudo.

Sem a pretensão de exaurir a complexidade das disciplinas abordadas, a monografia apresentada aspirou proteger juridicamente àqueles que experimentam uma dor desumana e impiedosa, advinda de atitudes inconseqüentes daqueles que não se atentam aos virtuosos objetivos do matrimônio, e aos deveres de respeito e lealdade entre dois seres que optam por dividir uma vida.

Afinal a ciência jurídica protege com tanto cuidado todos os direitos inerentes ao patrimônio do homem, que não existe justificativa para ignorar os bens imateriais, que são a própria essência da vida, sem os quais os homens nem mesmo existiriam.

Cumprir evidenciar que o maior bem jurídico a se proteger, é a grandeza de espírito do ser humano, seu caráter e humildade, para que possa assumir e reparar erros, reconhecer e tentar modificar seus defeitos, e acima de tudo, compreender que é preciso amar, amparar e respeitar o seu próximo, como a si mesmo.

CAPÍTULO 1 – DEVERES DO CASAMENTO

Casamento é a união legal entre um homem e uma mulher, com o objetivo de constituírem a família legítima. É reconhecido pelo efeito de estabelecer “comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges” (Código Civil, art. 1.511). União legal é aquela celebrada com observância das formalidades exigidas na lei. E entre um homem e uma mulher, porque o casamento entre pessoas do mesmo sexo ainda não é permitido, embora existam movimentos nesse sentido. Ao proclamar que o casamento estabelece “comunhão plena de vida” refere-se o Código à existência de uma comunhão de vidas sob o aspecto patrimonial e espiritual.

Quanto à natureza jurídica, o casamento, na concepção clássica, é uma relação puramente contratual, resultante de um acordo de vontades, como acontece nos contratos em geral. A doutrina institucional, também denominada supra-individualista, sustenta que o casamento é uma grande instituição social, a ela aderindo os que casam. A terceira corrente, a eclética, constitui uma fusão das anteriores, pois considera o casamento um ato complexo, um contrato especial, do direito de família, mediante o qual os nubentes aderem a uma instituição pré-organizada, alcançando o estado matrimonial.

Como foi visto, o casamento tem como parte integrante de sua essência um contrato civil, que como todo tipo de contrato, estabelece direitos e deveres, neste estudo serão analisados doravante o deveres dos cônjuges com o casamento.

O casamento em si é norteado por uma série de deveres comuns e recíprocos os quais a própria lei determina como pressupostos para sobrevivência da família legítima. Isto não quer dizer que somente os deveres descritos na lei são o bastante, tantos outros também são de suma importância para o bem da convivência conjugal.

A lei civil traz em seu Código Civil os deveres mínimos exigíveis para a relação conjugal, deveres estes elencados no art. 1.566 do *codex* citado:

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.

Com base nesses preceitos existem várias considerações que devem ser feitas na análise de cada item.

Entretanto cabe lembrar que esses preceitos que estão elencados na lei nós os consideraremos como o mínimo para que possa existir uma família, pois como já foi dito existem outras inúmeras condutas e fatores que cerceiam o matrimônio, dentre as quais podemos destacar em primeiro lugar o amor entre os cônjuges, seguido da confiança, tolerância, paciência, abnegação, doação, sensibilidade e paciência novamente, pois quem é casado sabe que somente com muita paciência um homem e uma mulher conseguem viver juntos e serem felizes, estes são valores indispensáveis para o matrimônio virtuoso.

Agora vamos analisar os principais deveres que o Código Civil anota para o casamento.

I – Fidelidade recíproca

Desde o seu surgimento, o casamento traz como o seu mais importante dever o da fidelidade. Com certeza a origem deste preceito advém da cultura monogâmica da organização da família, e através dos séculos, com mais força pela cultura cristã se estabeleceu como inaceitável a existência de relações extraconjugais, tanto em forma de relações sexuais como em carinhos ou afetos demasiados a terceira pessoa.

Nesse sentido, Arnaldo Rizzardo acentua: “... não se pode compreender a fidelidade recíproca no mero sentido de exclusividade do direito do cônjuge às relações sexuais.” (2007, p.170).

A questão da fidelidade no Direito tem em grande parte raiz na Lei do Divórcio que caracteriza como causa para pedido de separação a conduta desonrosa do cônjuge ou a injúria grave que violasse os deveres do casamento e tornasse insuportável a vida em comum, nessa época a infidelidade gerava o adultério que era considerado como crime e punido penalmente.

A fidelidade recíproca deve ser compreendida no âmbito matrimonial como a total dedicação de ambos os cônjuges para a satisfação do outro, tanto no quesito sexual, como também na vivência em geral, seja com relação à vida material e espiritual, dando ambos suporte nos momentos difíceis.

Assim é de grande notoriedade da sociedade que mesmo que o cônjuge não tenha relações sexuais extraconjugais, se este não compartilha com aquele os momentos da vida em comum deixando de prestar consideração e afeto, de certo está infringindo o dever da fidelidade recíproca, e mesmo se um dos cônjuges pratica condutas ofensivas à honra de seu

consorte, como *affair* ou ligação demasiadamente sentimental com terceira pessoa, ou mesmo indicando homossexualismo, é caracterizado como descumprimento do dever de fidelidade recíproca.

Ainda neste raciocínio afirma Carlos Roberto Gonçalves: “Os atos meramente preparatórios da relação sexual, o namoro e os encontros em locais comprometedores não constituem adultério, mas podem caracterizar a injúria grave (quase-adultério), que também é causa de separação.” (2003, p.49) E Rizzardo: “Assim, há infringência deste dever, também, quando uma conduta pessoal reflete uma gama de situações desrespeitosas e ofensivas quanto à própria honra do cônjuge.” (2007, p. 170).

Dessa forma a fidelidade não pode ser encarada como um simples ato físico, mais como um conjunto de condutas de comprometimento conjugal.

II – Vida em comum no domicílio conjugal

Em sentido estrito a vida em comum nada mais é que o dever de coabitação, que determina que os cônjuges devam viver sob o mesmo teto e compartilhar da vida a dois, mantendo relações sexuais para satisfação de ambos.

Numa forma mais ampla podemos entender a vida em comum, como todos os aspectos materiais e espirituais que devam fazer parte da convivência para o bem da relação, neste ensejo Rizzardo conclui: “A vida em comum vai muito mais além de um simples relacionamento sexual – ou débito conjugal; compreende uma convivência de esforços, trabalhos, desejos e realizações.” (2007, p. 171).

Também é de relevante importância que a satisfação sexual do parceiro não admite a prática de taras, desvios ou abusos sexuais os quais, um dos cônjuges não esteja por bem interessado, o relacionamento sexual do casal deve ser de diálogos para que as práticas sexuais estejam refletidas de bom senso, nunca declinando sobre o direito à liberdade sexual e ao respeito ao próximo, os cônjuges devem apoiar sobre as práticas usuais e normais, a não ser quando seja de livre e espontânea vontade de ambos a prática de condutas “anormais”.

Para um bom funcionamento do dever de coabitação é imprescindível, que o casal possua um lar, no qual viva em harmonia e desfrute de todo o tipo de felicidade na moradia, este é o chamado domicílio conjugal.

Quanto ao domicílio conjugal, o Código Civil no art. 1.569 traz a seguinte redação: “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.” Isto porque a ausência do domicílio conjugal pode caracterizar abandono de lar e assim dar causa de dissolução do casamento. O que o Código nos mostra é que não caracteriza abandono de lar a ausência de um dos cônjuges por motivo profissional, encargos públicos, ou particulares relevantes, ou seja, o que importa é o *animus* da ausência, se houver a intenção de não mais retornar ao lar ou de formar nova família é que deve ser aplicado o abandono de lar como medida de defesa contra a atitude tomada.

Outro detalhe importante, trata que, o Código Civil de 2002 estabelece que ambos os cônjuges irão determinar o local do domicílio, diferentemente do Código Civil de 1916 que dizia que o homem é quem definiria o local do domicílio. Em tempos modernos, nada mais justo do que propriamente já destaca a Constituição Federal de 1988 e agora também o Código Civil sobre a igualdade total de direitos e deveres entre homens e mulheres em especial dentro do casamento.

Neste sentido arrazoza Gonçalves: “A fixação do domicílio competia ao marido. Hoje, no entanto, diante da isonomia de direitos estabelecida pela CF e do mencionado art. 1.569 do CC a escolha do local deve ser feita pelo casal.” (2000, p.50).

Contudo para que este dever não se veja violado o casal deve analisar com cuidado, levando em conta as atividades profissionais e o bem estar da família para escolherem o local do domicílio conjugal onde irão conviver passar grande parte da vida juntos.

III – Mútua Assistência

Este dever compreende um vasto leque de obrigações que os cônjuges estão submetidos, desde as materiais até as morais e espirituais, caracterizando esforços, trabalho, atitudes, gestos, colaboração, auxílio e amparo tudo isto para que este casal desfrute de uma união harmoniosa, amorosa, regida pelo respeito e pela doação de um para o outro quando isto se veja necessário para o bom entendimento, a educação dos filhos e para a felicidade da família.

Como este dever se reveste de atitudes de ordem sentimental, tais como o amor e a afeição, ele é levado a um “status” mais moral do que jurídico, razão pela qual constantemente é visto como um dever de difícil sancionamento legal.

Pondera a favor dessa corrente Silvio Rodrigues:

O dever dos cônjuges de se prestarem mútua assistência é o que se manifesta de maneira mais vaga. Tal dever não se circunscreve apenas aos cuidados pessoais nas enfermidades, mas compreende o socorro nas desventuras, o

apoio na adversidade e o auxílio constante em todas as vicissitudes da vida. Com essa abrangência mais ampla, a infração ao dever de mútua assistência pode ficar sem sanção, pois difícil será demonstrar a existência do dever de consolar o cônjuge e a recusa do outro em fazê-lo. (2002, p.131).

O que é preciso deixar claro é que essas atitudes, sentimentos e gestos de afeição e amor que cercam o dever de mútua assistência são sim de suma importância para o bom relacionamento entre os cônjuges e para o sucesso da sociedade conjugal, não podendo deixar de serem observados e cumpridos.

IV – Sustento, guarda e educação dos filhos

São deveres dos pais para com os filhos e já neste sentido estabelece Gonçalves: “O sustento e a educação dos filhos constituem deveres de ambos os cônjuges. A guarda é, ao mesmo tempo, dever e direito dos pais.” (2003, p.51).

Isto porque o desrespeito a esse dever pode implicar ao infrator a perda do poder familiar, pode gerar Ação de alimentos e também é causa para a separação judicial.

O sustento dos filhos abrange alimentação, moradia, saúde, lazer, vestuário, como também a educação através de instrução em órgão público ou particular e também educação moral e de vivência que devem ser dadas pelos pais.

Na constituição da família os cônjuges devem atender ao planejamento familiar, de forma a ter plena consciência do momento ideal para aumentar a família com a chegada dos filhos, tudo para que não haja deficiência ou ausência de condições para o sustento e para a educação dos filhos.

Além do sustento material e da educação propriamente ditos, está implícito neste dever a obrigatoriedade dos pais de criarem seus filhos dando o suporte moral e espiritual necessários para a formação dos filhos, estes devem no futuro se tornarem pessoas conscientes, autônomas e independentes, e ainda contar com integridade e boa índole na sua personalidade para formarem um cidadão bom, capaz de enfrentar as dificuldades da vida e do mundo sem prejudicar aos outros.

Esses deveres teoricamente subsistem aos pais até que os filhos atinjam a maioridade, entretanto existem correntes doutrinárias e jurisprudenciais que tem estendido esse dever até a conclusão do ensino superior pelos filhos incapazes de se sustentarem. No nosso entendimento havendo condições dos pais e necessidades dos filhos mesmo maiores e capazes não há nenhum problema em prover o sustento deles desde que sempre que possível

indicando e auxiliando para que eles possam encontrar uma maneira de tornarem-se independentes.

V – Respeito e consideração mútuos

O respeito e a consideração mútuos tem correlação ao preceito enunciado no art. 1.511 do CC o qual estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. É considerado um dever espiritual que o legislador teve como intenção tornar a relação mais humana do que jurídica.

O respeito e a consideração compreendem um conjunto de atitudes e a maneira de alguém se dirigir a pessoa com quem convive.

Neste sentido retrata Rizzardo:

O respeito vai desde o tratamento cordial, a postura digna, a educação, a maneira de se portar, as atitudes corporais, a conduta social com outras pessoas, o asseio, a expressão oral, e chega até a valorização do outro cônjuge através de suas qualidades, profissão, preferências, gostos, tendências, inclinações, hábitos, costumes etc. A consideração decorre do respeito, exteriorizando-se no apreço, na forma de um cônjuge se dirigir ao outro, na valorização das qualidades, nas expressões utilizadas quando dos relacionamentos e da convivência, na mútua colaboração nos afazeres domésticos, na apreciação das manifestações de expressão oral, no acompanhamento das preferências, na decisão não autoritária, no diálogo e na capacidade de ouvir. (2007, p. 176).

Diante de tão acertada descrição de valores somente nos cabe acrescentar que para a convivência harmoniosa não bastam que sejam cumpridas as determinações do princípio da dignidade humana para com o seu consorte, é de suma importância que sejam praticadas as atitudes citadas acima para que se evitem discussões, grosserias, brigas e desrespeito, principalmente nos momentos difíceis da relação conjugal.

Cabe salientar que devem ser ressaltadas as atitudes tomadas e às serem tomadas dependendo do momento e da sobriedade em que se encontrar o casal, visto que determinadas vezes é de bom grado que se deixem os ânimos acalmarem ou o estado de embriaguez passar para dialogar e discutir sobre os atos praticados e as atitudes tomadas.

CAPÍTULO 2 – SEPARAÇÃO JUDICIAL

A separação judicial é uma das causas terminativas da sociedade conjugal que conjuntamente com a morte de um dos cônjuges, nulidade ou anulação do casamento e o divórcio formam o rol do art. 1571 do Código Civil para causas terminativas da sociedade conjugal. A sociedade conjugal constitui um complexo de direitos e obrigações entre os cônjuges, quando ela deixa de existir, o principal efeito é que deixam de existir o deveres recíprocos do casamento, porém ainda persiste o vínculo conjugal, que somente se desfaz com a morte de um dos cônjuges ou com o divórcio.

Desse modo a partir da separação judicial, a vida em conjunto entre marido e mulher não mais existe, no entanto, também não podem se casar novamente, pois ainda existe o vínculo conjugal.

Neste sentido acerta Diniz: “A separação judicial dissolve a sociedade conjugal, mas conserva íntegro o vínculo, impedindo os cônjuges de convolar novas núpcias, pois o vínculo matrimonial, se válido, só termina com a morte real ou presumida de um deles ou com o divórcio.” (2002, p. 221).

Quanto à morte presumida citada acima, é uma inovação estabelecida no Código Civil de 2002, que define que com sentença declaratória de ausência que autoriza a sucessão definitiva, o cônjuge sobrevivente terá extinto o vínculo conjugal, podendo assim contrair novas núpcias.

A separação judicial é uma medida preparatória da ação do divórcio, e se subdivide em duas espécies, a consensual ou por mútuo consentimento e a litigiosa, as quais serão abordadas com especificidade nos pontos abaixo.

2.1 - Separação consensual

A separação requerida por ambos os cônjuges, também chamada de amigável, neste caso não é necessário que os separandos aleguem quaisquer motivos para a separação, tão somente devem peticionar ao juízo competente em conjunto, por meio de seus advogados ou por um só advogado a sua escolha, e manifestar a vontade de extinguir a sociedade conjugal, o único requisito neste caso é o elencado no art. 1574 do Código Civil que é de estarem o cônjuges casados por mais de um ano, cumprida esta exigência deverá o juiz homologar a separação.

A grande vantagem dessa forma de separação sem dúvida é a forma amigável que ela tem, pois é comum nas separações um caráter de guerra entre os cônjuges, para provar quem está certo ou errado, para quem tem direito ou não a pensão e a mais dolorosa de todas, para quem ficará a guarda dos filhos. A separação consensual é dada como um negócio jurídico bilateral, no qual não será necessário provar quem deu margem à separação, e também será fixado de comum acordo cláusulas estabelecendo partilha de bens, necessidade de pensão alimentícia, guarda e direito de visita dos filhos ou guarda compartilhada e suas particularidades, com isso evita-se desgaste na separação e sentimentos de perda dos filhos.

A separação consensual representa um modo mais racional e objetivo da dissolução da sociedade conjugal e tendo esse caráter amigável, decidiu o legislador através da Lei n. 11.441 de 04/01/2007, introduzir formas administrativas ou extrajudiciais da separação consensual, que pode ser feita através de escritura pública em tabelionato, nessa ocasião tem como requisito além do prazo legal, não ter os cônjuges filhos menores ou incapazes, a escritura deverá conter disposições relativas à descrição e à partilha dos bens do casal, pensão alimentícia e acordo quanto a retomada ou não de seu nome anterior ao casamento. Com essa inovação é notória a facilitação que aderiu à separação.

No entanto, se há filhos menores ou incapazes é obrigatória a via judicial para a obtenção da separação, fato este de fácil explicação com base no parágrafo único do citado art. 1574 do Código Civil que diz que o juiz pode recusar homologar e não decretar a separação judicial se verificar que a convenção não preservará suficientemente os interesses dos filhos.

Neste sentido há de se verificar que mormente os filhos serão prejudicados pela separação, pois não mais conviverão com os pais o tempo todo, entretanto não é esse caso que visa a regra proteger, a proteção é para os interesses vitais e subsistenciais dos filhos, consoante importante observação feita por Rizzardo:

Na verdade, sempre a separação traz efeitos negativos para os filhos. Não se cogita, aqui, das conseqüências normais, e sim dos prejuízos fora do comum, como se os pais adotam resoluções que afetam o sustento, a educação e a criação natural dos filhos. Neste quadro incorreria no indeferimento da separação. (2007, p. 249).

É de suma importância no momento da homologação da separação que o magistrado verifique se existem cláusulas prejudicadoras ou pactos ilícitos na convenção devendo assim recusá-la.

A sentença homologatória da separação judicial perderá sua eficácia se houver de comum acordo reconciliação entre os consortes, devendo estes através de requerimento

manifestar a intenção de reaver a sociedade conjugal, após a averbação da reconciliação na certidão de casamento, voltam a qualidade de cônjuges. Fica claro com este dispositivo a característica transitória da separação judicial.

2.2- Separação litigiosa

A separação contenciosa poderá ser requerida a qualquer tempo por um dos cônjuges desde que o outro tenha agredido a um dos deveres do casamento e tenha tornado insuportável a vida em comum.

Também se encontra na separação litigiosa causas como a ruptura da vida em comum por um ano ou mais, ou na doença mental grave de um dos cônjuges.

Nesse contexto são aduzidas três espécies de separação litigiosa, que são:

2.2.1- Separação-sanção

Separação-sanção, que se origina pela culpa, quando um dos consortes transgredir a um dos deveres do casamento e torna insuportável a vida em comum, também estabelece o art. 1573 do Código Civil alguns fatores que podem levar ao insuportabilidade da vida em comum.

Primeiramente serão analisados os casos de violação dos deveres do matrimônio.

2.2.1.1- Violação dos deveres do casamento

O Código Civil estabeleceu que a infração que violar um dos deveres do casamento e tornar insuportável a vida em comunhão é um fator para propositura de separação litigiosa por culpa.

Entretanto se houver violação do dever e o cônjuge agredido entender por bem que esta infração não tornou insuportável a vida em comum não haverá separação, isso leva a crer que não obstante exista violações de deveres, é premissa destas que sejam graves e que não tenham meio de reparação, a dúvida que fica é no caso de um dos consortes pensar ser insuportável a vida em comum e o outro discordar, como poderá neste âmbito o magistrado mensurar a relevância do ocorrido sem prejudicar a nenhuma das partes, fica aludido novamente a importância do juízo na avaliação da lide.

Para dar início ao estudo das violações, o primeiro dever será o da fidelidade recíproca, comumente relacionado como um dos mais importantes e causadores das dissoluções, pois a maioria não admite sua transgressão.

A fidelidade recíproca em sentido estrito está ligada ao relacionamento sexual exclusivo com o outro cônjuge, e o seu não cumprimento gera o adultério, que é o ato de conjunção carnal com pessoa diferente do cônjuge.

No entanto em sentido amplo Rizzardo concretiza com sabedoria a fidelidade recíproca:

No tocante ao conceito amplo que lhe é inerente, alastra-se o conteúdo: é a lealdade recíproca dos cônjuges, a mútua confiança, a probidade, a sinceridade, o poder de contar com o outro em todas as situações da vida, a autêntica entrega e identidade de esforços, de interesses, o compartilhamento de problemas e crises, de modo a um cônjuge ter sempre junto de si o outro, por mais graves que sejam os problemas a enfrentar. (2007, p. 284).

Trata-se de um dever material, espiritual e moral, contanto no caráter jurídico da análise da violação em termos de adultério, se este não chegar a ser consumado, mas tendo sido realizados atos preparatórios não será enquadrado como adultério e sim como injúria grave ou quase-adultério. Conforme afirma Gonçalves: “Os atos pré-sexuais ou preparatórios não deixam de ofender o dever da fidelidade, mas caracterizam-se como injúria grave ou quase-adultério.” (2003, p. 62).

Também outros atos estranhos ao relacionamento matrimonial podem ser levados em conta para caracterizar a infidelidade, tais como; falta de recato em público, companhia constante e questionável com pessoa de outro sexo, comportamento homossexual e também ausência de solidariedade e ajuda nos momentos difíceis.

O segundo dever é o da vida em comum no domicílio conjugal e da coabitação, cuja violação enseja no abandono voluntário do lar conjugal, a caracterização do abandono se dá provando a sua voluntariedade e um lapso temporal de no mínimo um ano, neste caso a intenção de não mais voltar ao lar é fundamental para a violação.

No pertinente à coabitação, ou seja, o dever de manter relações sexuais com o seu cônjuge para a satisfação de ambos, é necessário analisar com cautela os motivos que por ventura venham a ser alegados para a negação de manter relações sexuais, se forem por razões de evitar contágio de moléstia transmissível durante certo lapso de tempo até sua cura é aceitável, no entanto se forem infundáveis as desculpas existem sim a quebra do dever de coabitação, dando causa a separação litigiosa pelo cônjuge ofendido.

No terceiro dever, o da mútua assistência, pode ser caracterizada a tentativa de morte e a sevícia, a mútua assistência caracteriza todo tipo de comportamento para uma divisão das tarefas e dos encargos da vida em comunhão, principalmente no que tange a proteção de seu consorte, quando deixado de lado ou quando se pratica agressões ao companheiro esse dever é violado e torna-se insuportável a vida em comum, ensejando a separação.

Sustento, guarda e educação dos filhos é o quarto dever e sua transgressão, implica em abandono material e intelectual dos filhos, mesmo que a violação deste dever não atinja diretamente o cônjuge, ele atinge a prole e causa sofrimento, além de dar causa a separação a violação deste dever também implica na perda do poder familiar, e o responsável responde penalmente pelo abandono.

O último dever trata do respeito e consideração mútuos, este dever trata do sentimento de dignidade e honra da pessoa, por isso deve-se respeitar a honra e dignidade do cônjuge, tratando-o com respeito, educação, cordialidade, boas maneiras, e nunca fazendo injúrias, causando humilhação e imputando fatos desonrosos, ofensivos, descabidos e mentirosos.

A violação deste dever gera a injúria grave e a conduta desonrosa.

Destaca-se a oportuna conceituação de Venosa sobre efeitos de quebra dos deveres do casamento: “Como apontamos, há corrente doutrinária que vê nos motivos da infringência dos deveres conjugais situações que de per si acarretam o dever de indenizar moralmente o cônjuge não culpado.” (2006, p. 197). Porém este tema será abordado adiante de forma complexa em capítulo próprio.

2.2.1.2- Insuportabilidade da vida em comum

O art. 1573 do Código Civil traz um rol de fatos que levam a impossibilidade da vida em comum:

Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a existência 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.

Cabe ressaltar que este dispositivo tem como função exemplificar motivos que podem gerar a impossibilidade da vida em comum, no entanto para a separação litigiosa tem que existir uma violação de um dever do casamento, também está presente no parágrafo único do artigo citado que o juiz poderá considerar outros fatos que tornem insuportável a vida em comum, deixando mais claro assim a função exemplificativa do texto de lei.

O adultério, figurado no inciso I do artigo supra, está correlacionado, como já foi dito, ao dever de fidelidade recíproca, e vislumbra um dos fatores de maior gravidade na violação dos deveres do casamento.

A tentativa de morte pode ser caracterizada por uma agressão ou lesão grave dirigida contra o cônjuge com intenção de matar, não exige o julgamento da conduta ou condenação criminal, basta a comprovação de atitude compatível atentatória à vida do consorte para que se tenha violação de dever do casamento e causa para a separação, nesse caso o dolo é necessário. Também se verifica tentativa de morte por omissão, na recusa do cônjuge em prestar socorro ou assistência para seu parceiro.

Nestes casos o cônjuge agressor também responderá penalmente.

Constitui sevícia a agressão à integridade física do cônjuge, não precisa necessariamente ser usual ou rotineira, bastando para tanto uma só ocorrência. Pode ser caracterizada como sevícia um tapa, soco, pontapé, chute, como também ofensas públicas vexatórias e humilhantes, tratando-se de práticas sexuais anormais como sadismo, sado-masiquismo, demonismo entre outras.

Como injúria grave temos como exemplo as ofensas que atinjam a dignidade, a honra, o caráter, a personalidade, a honestidade, a boa fama, a reputação e sexualidade, neste caso não importa se as injúrias e ofensas foram públicas, em juízo ou dentro do lar, em qualquer situação devem ser evitadas, porém é comum durante o litígio ambos cometerem essa falta no curso do processo, o que leva a descrença da seriedade da separação em questão.

O abandono do lar conjugal durante um ano contínuo, desde que seja voluntário e com intenção de não viver em sociedade conjugal também dá causa a separação. Vale lembrar que a separação de fato não autoriza ao não cumprimento dos deveres do casamento. Conclui-se que do abandono leva a violação do dever de coabitação, em parte procede, no entanto para o dever de coabitação não é necessário um lapso temporal de um ano.

Crime infamante é aquele de extrema gravidade, que pelo seu motivo ou fim gera repulsa pela sociedade tais como os de motivo torpe, vil, obter vantagem financeira e os de conduta hedionda, desonrosa, maléfica e desumana, como os crimes de estupro, seqüestro, homicídio, tráfico de drogas, terrorismo, e maus tratos a crianças ou idosos também

configuram causa de insuportabilidade da vida em comum desde que o cônjuge tenha sido condenado pela prática de um crime infamante.

Como conduta desonrosa temos praticamente o mesmo tipo de infrações classificadas como injúria grave, que podem ser difamações, prática de crimes, vícios, infidelidade, e etc.

Todos estes atos e condutas vistos podem tornar impossível a vida em comum, não obstante é sabido que existem outros inúmeros fatores que levam ao mesmo lugar, diante disso fica claro que decisão em se separar deve ser enraizada em pelo menos uma quebra de dever conjugal e uma situação que realmente torne insuportável a vida em comum.

2.2.1.3- Separação por culpa recíproca

Em grande parte das separações litigiosas ao final têm-se que dos dois lados houveram ofensas aos deveres do casamento, seja por adultério, injúrias, condutas desonrosas ou qualquer outra forma.

Nestes casos ambos os cônjuges são culpados e caberá ao juiz determinar a procedência parcial da ação fixando a cada cônjuge o que lhe for justo.

2.2.1.4- Separação de corpos

Mesmo antes da separação, ou durante a tramitação do processo é comum a separação de corpos entres os cônjuges. Esta separação é uma providência preventiva especialmente utilizada nos casos em que há agressão ou perigo de agressão contra o cônjuge. Também pode ser requerida para evitar o constrangimento de residir junto durante o curso do processo.

Importante destacar que a partir da decretação da separação de corpos começa a contar o prazo para conversão da separação em divórcio, razão pela qual muita vezes os cônjuges requerem a separação de corpos mesmo que já não estejam convivendo juntos mas para que comece a contar o prazo já no início da ação de separação litigiosa.

2.2.2- Separação-falência

Nesta modalidade qualquer dos cônjuges que provar a ruptura da vida maritalmente há mais de um ano e a impossibilidade de sua reconstituição, não importando as razões da ruptura e nem quem foi o culpado por ela, somente com a comprovação já obtém a separação judicial, por meio da separação de fato. Também é importante aduzir que transcorridos dois anos de separação de fato é possível obter diretamente o divórcio.

2.2.3- Separação-remédio

Ocorre quando um dos cônjuges é acometido de doença grave mental manifestada após o matrimônio, que após uma duração de dois anos tenha sido reconhecida de cura improvável, e que torne insuportável a vida em comunhão. Este tipo de separação em princípio parece uma reação de índole egoística, descaridosa e maldosa visto que os votos do casamento são para os bons e maus momentos, no entanto cabe ressaltar que em alguns casos é realmente inviável tentar conviver com o doente, por mais que exista um amor muito grande essa relação não será de trocas e sim de pura doação, não recebendo amor nem carinho, por isso é de bom grado que se o doente possui família que dele possa cuidar com amor e atenção, o outro cônjuge pode abdicar da sociedade conjugal para tentar novas núpcias com outra pessoa após o encerramento do vínculo conjugal com a separação passando a divórcio.

CAPÍTULO 3 – RESPONSABILIDADE CIVIL

No Código Civil em seu artigo 186: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” E no caput do artigo 927: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”.

Estes artigos norteiam o instituto da responsabilidade civil, que tem origem desde os primórdios da civilização, onde funcionava como uma medida de vingança permitida ao ofendido para “descontar” o mal que sofreu contra o ofensor, ainda nesse tempo o caráter da responsabilidade civil era privado, pois as partes se acertavam entre si, sendo que com o passar do tempo passou a existir a figura do Estado para intermediar essa lide.

Diniz conceitua da seguinte maneira: “A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por que ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.” (2003, p. 36).

Dessa forma temos por responsabilidade civil a obrigação daquele que cometeu dano a outrem de repará-lo, nesse entendimento devemos dividir essa responsabilidade em subjetiva e objetiva.

Responsabilidade civil subjetiva é aquela que advém da culpa do agente agressor, podendo este ter realizado a ação ou omissão com dolo ou culpa. O dolo seria própria intenção de causar o dano contra a vítima, neste caso não há dúvidas de que o agente deve ser punido pelo ato praticado para reparar o dano sofrido pela vítima, já no caso do dano ter sido provocado por negligência ou imprudência do agente figura a culpa, esse modelo é o adotado pela legislação vigente no Código Civil nos artigos citados.

Neste sentido explica Diniz:

Na responsabilidade subjetiva o ilícito é o seu fato gerador, de modo que o imputado, por ter-se afastado do conceito de *bonus pater familias*, deverá ressarcir o prejuízo, se se provar que houve dolo ou culpa na ação. Sua responsabilidade será individual, podendo ser direta ou indireta. Será direta, quando o agente responder por ato próprio. Será indireta, apenas nas situações previstas em lei, nas quais se admite culpa presumida *juris et de jure*, operando-se, conseqüentemente, conforme o caso, a inversão do *onus probandi*, ou gerando responsabilidade civil objetiva. (2003, p.52).

No entanto com a evolução da civilização e principalmente das relações de comércio dentro da sociedade uma nova forma de responsabilidade foi tomando o lugar da que vimos

no parágrafo anterior, é o caso da responsabilidade objetiva, a qual não é necessário que exista a culpa para que o agente seja penalizado com a reparação do dano causado. Essa responsabilidade se funda em duas teorias, da culpa presumida e do risco.

A teoria da culpa presumida estabelece que em certas situações ou relações presume-se a culpa do agente agressor nesses casos é invertido o ônus da prova, no qual a vítima somente tem que demonstrar o dano causado e a ação ou omissão, como bem exemplifica Gonçalves:

É o caso, por exemplo, previsto no art. 936 do Código Civil, que presume a culpa do dono do animal que venha a causar dano a outrem... mas facultam-lhe a prova das excludentes... se o réu não provar a existência de alguma excludente, será considerado culpado, pois sua culpa é presumida. (2003, p.21).

Já a teoria do risco conceitua que não é preciso haver culpa nenhuma para penalizar o agente, o simples fato da existência da ação ou omissão e o nexo de causalidade com o agente bastam para que este seja demandado a reparar o dano causado, isto porque a teoria do risco admite que o indivíduo que exerce certas atividades que geram risco de dano para terceiros deve ser obrigado a repará-los mesmo que isento de culpa, essa noção tem caráter moderno, pois entende que em certas situações a culpa não é suficiente para determinar os casos de responsabilidade.

Assim confirma Diniz:

Na responsabilidade objetiva, a atividade que gerou o dano é lícita, mas causou perigo a outrem, de modo que aquele que a exerce, por ter a obrigação de velar para que dela não resulte prejuízo, terá o dever ressarcitório, pelo simples implemento do nexo causal. A vítima deverá pura e simplesmente demonstrar o nexo de causalidade entre o dano e a ação que o produziu. Nela não se cogita de responsabilidade indireta, de sorte que reparará o dano o agente ou a empresa exploradora, havendo tendência de solicitação dos riscos, nem do fortuito como excludente de responsabilidade. (2003, p. 53).

Neste contexto não podemos deixar de citar Miguel Reale:

Responsabilidade subjetiva, ou responsabilidade objetiva? Na realidade, as duas formas de responsabilidade se conjugam e se dinamizam. Deve ser reconhecida, penso eu, a responsabilidade subjetiva como norma, pois o indivíduo deve ser responsabilizado, em princípio, por sua ação ou omissão, culposa ou dolosa. Mas isto não exclui que, atendendo à estrutura dos negócios, se leve em conta a responsabilidade objetiva. Este é um ponto

fundamental. Pois bem quando a estrutura ou natureza de um negócio jurídico – como o de transporte, ou de trabalho, só para lembrar os exemplos mais conhecidos – implica a existência de riscos inerentes à atividade desenvolvida, impõe-se a responsabilidade objetiva de quem dela tira proveito, haja ou não culpa. Ao reconhecê-lo, todavia, leva-se em conta a participação culposa da vítima, a natureza gratuita ou não de sua participação no evento, bem como o fato de terem sido tomadas as necessárias cautelas, fundadas em critérios de ordem técnica. Eis aí como o problema é posto, com a devida cautela, o que quer dizer, com preocupação de considerar a totalidade dos fatores operantes, numa visão integral e orgânica, num balanceamento prudentes de motivos e valores. (1978, p. 176-177).

A responsabilidade também é dividida em contratual e extracontratual, onde na primeira o agente descumpra um contrato, que previamente havia se estabelecido tanto de forma expressa como tácita, e na segunda o mesmo comete um ato ilícito, pois fere os art. 186 do Código Civil, causando o dano a outrem sem que existisse qualquer contrato entre as partes.

Neste sentido diferencia Gonçalves:

Na responsabilidade extracontratual, o agente infringe um dever legal, e, na contratual, descumpra o avençado, tornando inadimplente. Nesta, existe uma convenção prévia entre as partes, que não é cumprida. Na responsabilidade extracontratual, nenhum vínculo jurídico existe entre a vítima e o causador do dano, quando este pratica o ato ilícito. (2003, p. 26).

Dessa forma temos quatro pressupostos da responsabilidade: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente (lembrados também os casos em que não é necessária que exista culpa), nexo de causalidade e o dano sofrido pela vítima.

Quanto a ação temos o conceito de Diniz: “É o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.” (2003, p. 109).

O dolo do agente fica evidenciado na prática da ação, como descrito acima, com a intenção de lesar. Já a culpa é observada quando existe negligência, imprudência ou imperícia na conduta que gera o dano, devendo também ser penalizada com o ressarcimento. O que não se pode olvidar é o caso da responsabilidade sem culpa, advinda da teoria da culpa presumida ou da teoria do risco, nesse caso como não há culpa, esse pressuposto não irá aparecer no caso concreto, daí uma explicação do porque alguns autores não classificam a culpa como

pressuposto da responsabilidade civil, no entanto preferimos por adotá-la como pressuposto, como também o fazem vários outros autores.

O nexó de causalidade nada mais é do que a ligação, o liame, entre o dano produzido e a ação que o causou, é o que deixa nítida a relação da ação para a produção do dano pelo agente.

Conforme Diniz: “O dano é a lesão (diminuição ou destruição) que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra sua vontade em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral.” (2003, p. 112).

Como foi dito no início deste capítulo, no *codex* citado, é tutelado o dano, ainda que exclusivamente moral, este dispositivo traz a tona uma visão diferente do Direito, que historicamente visava tutelar o patrimônio, no entanto com o avanço intelectual da sociedade e do legislador, temos a proteção da pessoa, no seu íntimo, seus sentimentos, pensamentos, na sua honra, personalidade, em seu psíquico, levando a convivência em sociedade a um patamar de mais segurança, com direitos da personalidade protegidos.

A polêmica deste tema aumenta quando se aborda a responsabilidade civil do cônjuge, ainda pouco discutido na jurisprudência e na doutrina, essa questão surge em meio à crise familiar e do próprio matrimônio.

Fica evidente que o direito tem que acompanhar, na medida do possível, a evolução da sociedade, pois a este incumbe solucionar os conflitos sociais que vem se agravando a cada dia.

E nesse sentido se direciona a matéria abordada neste tema, que tem por finalidade desenvolver o estudo de um instituto plenamente cabível no sistema normativo pátrio, a responsabilidade do cônjuge irá aparecer quando houver infração dos deveres do casamento, ou ainda a qualquer ato ilícito cometido que venha a gerar danos materiais e ou morais dentro da sociedade conjugal.

Dessa forma o cônjuge inocente poderá pleitear uma ação de reparação do dano que sofreu contra o cônjuge culpado, direito este alicerçado nos termos do artigo 186 do Código Civil.

Neste sentido Gonçalves defende a ação de indenização por danos materiais e morais e continua com a afirmação:

Da mesma forma deve caber a indenização, se o dano causado, e provado, for de natureza moral. O que nos parece, contudo, carecer de fundamento legal, no atual estágio de nossa legislação, é o pedido fundado no só fato da ruptura conjugal, ainda que por iniciativa do outro cônjuge. Provado, no

entanto, que a separação, provocada por ato injusto do outro cônjuge, acarretou danos, sejam materiais ou morais, além daqueles já cobertos pela pensão alimentícia (sustento, cura, vestuário e casa), a indenização pode ser pleiteada, porque *legem habemus*: o art. 186 do Código Civil. (2003, p.81-82).

E confirma Parodi: “Já resta vencido qualquer argumento que busque a uma fracassada desconstituição da validade jurídica, da aplicabilidade do regramento da responsabilidade civil às relações típicas familiares e dos relacionamentos afetivos.” (2007, p.214).

Fica evidente que independente de haver ou não a pensão alimentícia, subsiste o dever de indenizar do nubente causador do dano.

A responsabilidade civil do cônjuge visa proteger direitos que há tempos vêm sendo ignorados, principalmente os de ordem moral.

CAPÍTULO 4 – DO DANO

Toda ação de um indivíduo que lese a um interesse de outro, provoca no âmbito do Direito, a necessidade de reparação dos danos havidos, esse conceito impera desde o princípio das civilizações para que possa existir um equilíbrio na sociedade.

No caso do dano moral existem muitas discussões sobre o fato da sua indenizabilidade, porém adentraremos este tema ainda mais adiante.

Temos por base no plano do Direito que as ações ou omissões lesivas rompem o equilíbrio existente no mundo fático, onerando físico, moral e ou pecuniariamente os lesados, que diante da respectiva injustiça, ficam investidos de poderes para defesa dos interesses violados, e ao direito compete preservar a integridade moral e patrimonial das pessoas, mantendo o equilíbrio no meio social e na esfera individual de cada um dos membros da coletividade, em sua busca incessante pela felicidade pessoal, caracterizando assim a reparação civil, segundo também o pensamento de Bittar (1994, p.24).

Nessa área da responsabilidade civil, se concretiza a obrigação de indenizar os danos provocados contra os lesados, partindo da premissa concreta da existência do dano, oriundo da ação ou omissão do lesante ou por sua causa.

E para que o dano seja indenizável é necessário a ocorrência de alguns requisitos:

a) Diminuição ou destruição de um bem jurídico, patrimonial ou moral, pertencente a uma pessoa, para que exista o dano é imprescindível a existência do lesado, pois o dano vai acarretar uma lesão no patrimônio ou na esfera moral de outrem, causando um prejuízo ou um sofrimento para a vítima, ou para terceiros, devendo assim ser ressarcido da melhor maneira possível conforme o caso.

b) Efetividade ou certeza do dano, é preciso que fique comprovado que o dano realmente existiu e efetivamente causou o prejuízo para a vítima tornando um fato, para que possa ser requerida a reparação.

c) Causalidade, fundamental para a solução da lide é estabelecer o nexo de causalidade entre o ato praticado pelo lesante e o prejuízo tomado pelo lesado, deixando claro assim que a ação ou omissão do lesante foi determinante para a produção do dano.

d) Subsistência do dano, não há de se reclamar de um dano que já tenha sido reparado, assim nesse caso deve-se atentar para verificar se no momento do pedido de reparação o dano já não tenha sido reparado anteriormente.

e) Legitimidade, para reclamar o dano sofrido é essencial que a vítima seja a titular dos direitos pleiteados, ou que seja o titular beneficiário do direito.

f) Ausência de cláusulas excludentes de responsabilidade, pois existem danos que não são obrigados a ressarcimento como é o caso por exemplo do caso fortuito e da força maior.

Assim temos que o dano é pressuposto da responsabilidade civil, entendendo-se como tal qualquer lesão experimentada pela vítima em seu complexo de bens jurídicos, materiais ou morais. E a demonstração de que o resultado lesivo proveio de atuação do lesante, como seu efeito ou conseqüência, chega-se a responsabilidade do autor de reparar o dano cometido.

Em conclusão admite-se que o dano é relativo a qualquer lesão injusta a componentes do complexo de valores protegidos pelo Direito, incluído os de caráter moral.

A respeito de tal conceito continua Bittar:

Afastam-se, desde logo, desse contexto, os danos justos, como tais definidos no direito posto, aqueles provenientes de forças da natureza ou do acaso (força maior e caso fortuito), desde que não relacionados ou mesclados a ações lesivas humanas. Com isso, tem-se que, de um lado, a danificação proveniente de ação autorizada pelo Direito, ou dano justo (como, por exemplo, nos atos de legítima defesa...) e de outro, os danos decorrentes da atuação exclusiva do acaso, ou do próprio lesado, não são reparáveis. (1994, p. 25).

Neste sentido Agostinho Alvim:

Dano, em sentido amplo, vem a ser a lesão de qualquer bem jurídico, e aí se inclui o dano moral. Mas em sentido estrito, dano é, para nós, a lesão do patrimônio; e patrimônio é o conjunto das relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis em dinheiro. Aprecia-se o dano tendo em vista a diminuição sofrida no patrimônio. Logo, a matéria do dano prende-se à da indenização, de modo que só interessa o estudo do dano indenizável. (1972, p. 171-172).

Dessa maneira os danos reparáveis basicamente são os prejuízos materiais ou morais sofridos por alguém ou pela coletividade em razão de ação ou omissão humana lesante, geralmente advindas de fato antijurídico e de prática de ato ilícito, que irão causar lesões de caráter material ou moral tais como; sentimento negativo; dor; desequilíbrio emocional e psíquico; diminuição patrimonial; perda de prestígio; desonra.

Estas perdas patrimoniais e morais causam um desequilíbrio na esfera jurídica do lesado, cabendo ao Direito determinar as medidas para restaurar ou compensar os danos sofridos.

Dentro desse conceito dos danos sofridos chegamos a separação deles por ordem do instituto jurídico atingido, se for de ordem patrimonial classifica-se o dano em material, e quando extrapatrimonial por dano moral, assim os primeiros afetam toda e qualquer esfera do patrimônio pessoal, enquanto os segundos a esfera personalíssima da pessoa.

O dano patrimonial ou material, como foi dito, relaciona-se às lesões que afetam ao patrimônio da vítima, causando prejuízos financeiros e fazendo com que a vítima venha a deixar de obter lucro que teria se não tivesse sido lesionada.

Desse modo conceitua 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. Constituem danos patrimoniais a privação do uso da coisa, os estragos nela causados, a incapacitação do lesado para o trabalho, a ofensa à sua reputação, quando tiver repercussão na sua vida profissional ou em seus negócios. 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. O dano corresponderia à perda de um valor patrimonial, pecuniariamente determinado. (2003, p.64-65).

O dano moral é a lesão de interesses não patrimoniais de uma pessoa, produzido por fato lesivo, que fere os direitos da personalidade tais como a vida, a integridade corporal, a liberdade, a honra, o decoro, a intimidade, os sentimentos afetivos, a imagem da pessoa, entre outros, devendo nesses casos serem ressarcidos como uma medida de atenuar, ou compensar o sofrimento causado a vítima, já que não é possível restabelecer o *status quo* do momento anterior à lesão.

Assim traz Gonçalves:

Indenizar significa reparar o dano causado à vítima, integralmente. Se possível, restaurando o *statu quo ante*, isto é, devolvendo-a ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do ato ilícito. Todavia, como na maioria dos casos se torna impossível tal desiderato, busca-se uma compensação em forma de pagamento de uma indenização monetária. (2003, p. 529).

E continua Bittar acerca dos danos morais:

Como categoria jurídica específica, danos morais são aqueles suportados na esfera dos valores da moralidade pessoal ou social, e, como tais, reparáveis, em sua integralidade, no âmbito jurídico. Perceptíveis pelo senso comum – porque ligados à natureza humana – podem ser identificados, em concreto, pelo juiz, à luz das circunstâncias fáticas e das peculiaridades da hipótese *sub litem*, respeitado o critério básico da repercussão do dano na esfera do lesado. (1994, p. 38).

De fato atualmente a teoria da reparação dos danos morais tem grande aceitação em todas as esferas jurídicas, mas como lembra Cahali, não foi sempre assim:

Na reciclagem periódica porque passa o tema da reparação do dano moral, a presente fase caracteriza-se pela adesão da jurisprudência de nossos tribunais aos seus ditames. Em condições tais, agora, mais do que nas fases anterior, o instituto atinge sua maturidade e reassume a sua relevância, esmaecendo a resistência daqueles juízes vinculados ainda ao argumento tacanho de não ser possível compensar uma dor moral com o dinheiro. É certo que o parto dos novos conceitos jurisprudenciais não terá sido menos doloroso, à medida que, de início, só aceitando a reparação do dano moral que tivesse provocado uma redução do patrimônio econômico do ofendido, foi gradativamente ampliando o conceito de ‘dano moral ressarcível’ para compreender também os danos patrimoniais indiretos, futuros, presumidos e eventuais; de tal modo que, sob o calor de danos patrimoniais revestidos com essa qualificação, defere-se ampla mas dissimuladamente a reparação do dano moral. Nessa linha de evolução, julgados mais autênticos e inteligentes não se pejam em admitir, clara e francamente, a reparabilidade do dano moral. Já se pode reconhecer, assim, que o princípio segundo o qual ‘o dano moral não é indenizável’ pertence já agora ao passado histórico do nosso direito privado; embora reconheçamos a existência ainda de juízes e julgados que, estacionados no tempo, persistem em tributar-lhe uma saudosa e cômoda fidelidade, fazendo ouvidos moucos aos reclamos da justiça social e não se apercebendo de que o direito, como experiência vivida, acelera-se no seu processo evolutivo de adaptação. (1998, p. 35).

Neste trecho o renomado autor acertadamente conclui que os bons ventos do direito estão levando à plena aceitação da reparabilidade dos danos morais puros, deixando assim o pensamento de que o ofendido não restará sem ver seu dano atenuado ou compensado pecuniariamente pelos órgãos do judiciário.

No entanto, apesar desta evolução, não podemos deixar de relatar que o legislativo tem o dever de preencher esta lacuna expressamente, seria de muita valia uma lei que especificasse e determinasse os casos em que seriam admitidos os danos morais com mais clareza e especificidade, ao contrário do que nota-se ao analisar o art. 186 do Código Civil que estabelece uma norma geral.

Mas mesmo assim o direito está garantido, como nota-se na doutrina e jurisprudência, a tendência é de cada vez ser mais comum a aplicação da reparação por danos morais, não se

olvidando de todo o cuidado que o julgador deverá enfrentar para evitar a busca deste instituto como forma de enriquecimento ilícito e sem justa causa, por parte de falsos ofendidos, deve-se basear em prova firme e convincente do dano sofrido e analisar a pessoa do lesado, considerando seu nível de instrução, cultura, religião e posição social ou política.

CAPÍTULO 5 – REPARAÇÃO CIVIL POR DANO MORAL NA SEPARAÇÃO JUDICIAL

Com relação a esse tipo de indenização não existe ainda nada a respeito no Direito positivado brasileiro, cabendo à análise apenas por doutrina e pouca jurisprudência, enquanto que em alguns países já existe tal reparação em forma de norma jurídica expressa.

Apesar da evolução dos entendimentos acerca dos temas de Direito de Família, com a introdução da União Estável, da família monoparental e até da admissibilidade com mais frequência e menos preconceito das separações e divórcios, ainda assim nota-se certo receio para a abordagem e penetração a relativos temas do Direito em foco, e em se tratando de danos morais advindos da separação judicial, a discussão encontra-se invariavelmente dividida em opiniões que admitem a busca pelo ressarcimento do dano no direito comum e aquelas que limitam ao Direito de Família a solução para a lide.

Com base nesse dilema Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos Santos busca na antiguidade do Direito, institutos que defendiam a aplicação dos meios para ressarcimento dos danos morais sofridos na constância e no rompimento do matrimônio:

Conclui-se que, além de reprimir o repúdio sem justa causa, na busca da diminuição dos rompimentos matrimoniais, o Direito Romano também aplicou sanções ao cônjuge culpado pela dissolução do casamento. Verifica-se, assim, que no Direito Romano são encontrados antecedentes históricos da reparação de danos acarretados pela dissolução do casamento, tanto injustificada como causada por culpa do cônjuge. (...) Além disso, mesmo que não se considere a característica ressarcitória nas penalidades apontadas, é nítido e indene de dúvidas seu caráter sancionatório ou punitivo. Em suma, punia-se o cônjuge que injustificadamente rompia os laços matrimoniais e aquele que era havido como culpado, com a perda de bens, e beneficiava-se o inocente, com o respectivo uso, se existissem filhos, ou com a sua propriedade, diante da existência da prole. (1999, p. 11-12).

Conforme já mencionado no preâmbulo do presente capítulo, a reparação por danos morais na dissolução do matrimônio encontra fortes entraves, não somente pela ausência de legislação a respeito, mas também na doutrina, que influenciada pela jurisprudência não admite tal reparação, a não ser seja o caso de prática de ato ilícito, como bem notamos na obra de Theodoro Junior:

A tese que sempre logrou prevalecer foi a de que a vida em comum do casal se assenta sobre o amor e quando esse cessa o casamento fracassa e os deveres conjugais deixam de ser observados. Por essas infrações, as sanções

legais são as previstas no direito de família e não as do direito das obrigações. Daí que, inexistindo no direito de família previsão de responsabilidade civil pela quebra dos deveres matrimoniais, o cônjuge inocente não tem base para pleitear, após a separação ou divórcio, qualquer ressarcimento por dano moral. (2001, p. 87-88).

A seguir, o renomado autor consubstancia seu pensamento em um julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro proferido em 13/05/1999:

O eventual descumprimento dos deveres do casamento não se resolve em perdas e danos, como nas obrigações, porque dá ensejo à separação judicial e posterior divórcio, figuras do Direito de Família, que já trazem em sanções outras específicas, em detrimento do cônjuge declarado culpado, tais como: a mesma declaração de culpa, a obrigação ou exoneração de prestar alimentos, perda da guarda dos filhos, a obrigação de partilhar bens conforme o regime de casamento, a perda de usar o nome do cônjuge varão. (2001, p. 89-90).

Embora existam tais teorias negativistas ao objeto de estudo deste trabalho, devemos evidenciar a possibilidade de reparar tal dano com base estritamente no uso do art. 186 do Código Civil, pois se restringi-lo, como na opinião de certos autores, ao ressarcimento apenas dos danos provenientes da prática de atos ilícitos penais, estaremos negando ao ofendido a oportunidade de se fazer justiça em face da quebra dos deveres do casamento, que por si só, venham a gerar a dor profunda ou a exposição vexatória do cônjuge inocente, gerando assim o dever de indenizar.

Sem falar que ao restringir o dever de indenizar ao cometimento de ilícito penal, caberia nesse caso que primeiramente fosse provado no âmbito da justiça penal o fato típico, a culpabilidade e a autoria, e neste caso dados as características e procedimentos do processo penal ficaria muito difícil provar a ocorrência do ilícito. Ainda assim, que fique claro que no caso de verdadeira infração penal deve o ofensor responder pela mesma, sem que se prejudique a hipótese civil.

Concluindo o raciocínio, tem-se como exemplo o caso do adultério, que na norma penal atual não é configurado como crime, embora seja um descumprimento dos deveres do casamento. Assim aquele que comete o adultério e expõe seu consorte ao sofrimento da traição e até, às vezes, ao exame vexatório de toda a sociedade de que faz parte, causando dor mental e psíquica profunda, não teria obrigação nenhuma de reparar o dano causado? Com certeza deve, pois trata-se de ofensa aos direitos da personalidade, não restando senão a obrigatoriedade de indenização por dano moral.

Neste sentido arrazoado acertadamente Castelo Branco:

Os pronunciamentos da jurisprudência e da maioria da doutrina brasileiras a respeito da admissibilidade da reparação do dano moral na dissolução da sociedade conjugal denotam evidente receio na aceitação plena da tese afirmativa, procurando alguns circunscrever a incidência da responsabilidade civil apenas às hipóteses de crime, o que como já foi dito, traduz um verdadeiro acolhimento da corrente favorável à reparação dos danos morais naquela relação de direito de família, mas simples reafirmação da possibilidade de incidência da responsabilidade civil *ex delicto*, nos casos de condutas tipificadas como crime praticadas entre pessoas ligadas pelo vínculo do casamento. (2006, p. 58).

E continua:

Tal posicionamento, sem embargo da excelência de seus defensores, não se ajusta à ordem constitucional vigente, uma vez que o comportamento humano determinante da violação dos direitos da personalidade e conseqüentemente capaz de caracterizar a ofensa de natureza moral, não obstante ausente na tipificação penal, é apto a gerar a obrigação de reparação, não havendo conexão necessária entre o dever de indenizar e a prática de ilícito exclusivamente penal com reflexo na órbita civil. Tal exigência, ausente entre outras espécies de relação jurídica, não pode advir do simples fato de tratar-se de conduta adotada entre pessoas ligadas pelo vínculo do matrimônio. O casamento não pode ser considerado como circunstância excepcional a restringir a proteção conferida pela ordem jurídica aos direitos da personalidade, de modo que o ofendido permaneça em situação de desvantagem quando a violação partir de conduta praticada por seu consorte. (2006, p. 59).

Outro aspecto importante deste estudo cumpre em destacar a diferença entre a pensão de alimentos ao cônjuge inocente e a reparação por danos morais, a primeira é uma indenização pecuniária pela dissolução prematura e reprovável do casamento, por culpa exclusiva de um dos cônjuges, que se cumpre sob a forma de pensão alimentar baseada no binômio “possibilidade-necessidade”, já a segunda diz respeito ao que já foi dito baseado na teoria da ofensa moral no descumprimento dos deveres do casamento com prática ou não de ilícito.

Cabe salientar que esses institutos não se anulam entre si, ficando para cada qual sua pertinência temática, podendo ainda serem cumulados num mesmo caso específico, sem prejuízo nenhum, desde que presentes os motivos e pressupostos de cada um.

Desse modo fica claro a distinção, pois não se admitiria a possibilidade de reparação de danos morais advindos da separação em si, mas sim de eventuais descumprimentos dos deveres do casamento que poderiam resultar em ofensa moral aos direitos da personalidade, enquanto que a pensão alimentícia se contextualiza na mera ruptura prematura da sociedade

conjugal e prioritariamente na “necessidade-possibilidade” não sendo de forma alguma caracterizada como sanção.

Neste sentido defende Stoco:

Mas dúvida não fica de que tais questões se incluem nas cláusulas gerais de responsabilização estabelecidas nos arts. 186 e 927 do Código Civil, posto que o sistema estabelecido neste Estatuto para os atos ilícitos e para empenhar a obrigação de indenizar constitui um sistema aberto, orientado pelo princípio da atipicidade desses atos, de sorte que não há figuras preestabelecidas ou padrões de comportamento como modelos-padrão ou “standards”. (...) É certo que a Constituição Federal e o Código Civil disciplinaram o casamento e a sua dissolução e estabeleceram princípios básicos e regras de conduta e convivência para os cônjuges, com o propósito de preservar a dignidade dos cônjuges, respeito mútuo e preservar a família. Não obstante, esse último Estatuto não previu específica e casuisticamente, a responsabilidade civil dos cônjuges ou conviventes, nem fixou hipóteses em que se surgirá a obrigação de reparar. Não significa, contudo, que qualquer pessoa lesada em decorrência das relações matrimoniais formais ou das relações informais não receba proteção legal e não possa buscar reparação por danos materiais ou morais. (2004, p. 834).

Posição semelhante sustenta Cahali:

Diante de tão expressivas manifestações doutrinárias, certamente os nossos tribunais acabarão se sensibilizando pela tese da reparabilidade dos danos morais resultantes da dissolução culposa da sociedade conjugal; como, aliás, preconizado por Antonio Jeová Santos: ‘Desde que a vida de casado tenha sido martirizante para um dos cônjuges, em face de condutas desviantes do parceiro, e se desses atos advieram profundo mal-estar espiritual e angústia, não há porque deixar o cônjuge que não deu causa à ruptura da vida em comum de postular danos morais. (1998, p. 673).

E por fim conclui Regina Beatriz Tavares Papa dos Santos: “Desde já, enfatizamos que o ofensor deve sujeitar-se à obrigação de reparar tais danos, nos moldes da teoria da responsabilidade civil, bem diversos da obrigação de alimentos.” (1999, p. 158).

Se no campo da doutrina podemos notar que já existe uma corrente afirmativista, ainda que minoritária, na jurisprudência são poucos os julgados favoráveis, mas muito poucos mesmo, nesta pesquisa conseguimos encontrar algumas decisões, como segue:

Separação judicial – Proteção da Pessoa dos Filhos (guarda e interesse) – Indenização – Dano Moral – Cabimento.

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 de maneira diferente a situação do

menor com os pais. Em casos tais, justifica-se e recomenda-se que prevaleça o interesse do menor. 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 [*de 1916*], para admitir a obrigação de se ressarcirem danos morais. (STJ - REsp 37.050-0, 3ª. T., Rel. Min. Nilson Naves, j. 17-04-2001).

No caso aludido, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, vemos uma situação na qual o cônjuge varão ao praticar conduta injuriosa abre para sua consorte a possibilidade de buscar na jurisdição indenização pelos danos sofridos, e de maneira justa e concreta o recurso é conhecido e tem provimento, confirmando a tese afirmativista.

Em decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nota-se outro aspecto na separação:

Separção Judicial – Rompimento do Vínculo Conjugal Logo Após a Celebração do Casamento – Dano Moral – Impossibilidade, Embora Admitido pelo Sistema Jurídico.

É remansoso o entendimento de 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 a guarda dos filhos, partilha de bens ou alimentos, apenas objetivando a satisfação pessoal, mesmo porque 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 não há prova do contexto fático delineado na inicial tido como caracterizador do abalo moral suportado. 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 n. 7001045786, 7ª. Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Rel. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 29-06-2005).

Muito interessante se denota o acórdão ao confirmar e possibilidade de indenização por dano moral na separação, no entanto deixa claro que deve ser provada a existência do sofrimento e a culpabilidade do cônjuge para que este venha a ser condenado a ressarcir os

danos praticados, talvez o requerente, se tivesse deixado nítido na inicial a culpa pelos danos sofridos, poderia ter o recurso atendido pelo egrégio Tribunal.

Outro acórdão do Superior Tribunal de Justiça também afirma que se não for definida na inicial a culpa por um dos cônjuges pela separação, não há a possibilidade do Tribunal deferir os danos morais, pois ofende a súmula sete do mesmo Tribunal:

Civil – Processual Civil – Direito de Família – Recurso Especial – Separação Judicial – Danos Morais.

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 em instâncias ordinárias, providência inviável na via do especial: óbice da Súmula 07/STJ. (REsp 302930, 4ª. T., Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 05-10-2004).

O próximo acórdão, proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, evidencia que se o descumprimento dos deveres do casamento são recíprocos, não é caso de indenização, visto que ambos praticaram as ofensas. Também é sustentado que não bastam simples descumprimento de deveres para gerar direito a reparação, o fato praticado deve ser de tamanha monta para ultrapassar os limites da razoabilidade e da tolerância:

Ação de Indenização – Agressão Física – Conflito – Dano Moral – Impossibilidade.

O dano moral em razão de conflito familiar exige para sua caracterização um resultado que ultrapassa o limite da razoabilidade e da tolerância que se espera dos casais em processo de separação, e deve ser aferido em consideração ao momento vivenciado, pelo que, *in casu*, nota-se, extremamente conflituoso, com agressões e cobranças mútuas. As provas carreadas para os autos são vagas, fracas e somente prestam para demonstrar que Apelante e Apelado foram vítimas da própria incompreensão, não havendo como se cogitar a condenação por dano moral, tal como está consubstanciada na pretensão autoral. Recurso improvido, nos termos do Desembargador Relator. (Apelação Cível n. 2004.001.15569, 7ª. Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RJ, Rel. Ricardo Rodrigues Cardozo, j. 24-08-2004).

O posicionamento atual da jurisprudência mostra-se, até certo ponto, ainda muito conservador ao tratar do presente tema, não obstruindo totalmente a possibilidade do reparo moral, mas exigindo para tanto que se pratiquem ofensas extraordinárias, não condizentes com a simples violação dos deveres conjugais.

A esse respeito deve-se levar em conta que cada pessoa reage de forma diferente para uma situação, um dano moral pode levar a uma depressão profunda que pode ou não aflorar no comportamento da pessoa, neste sentido esclarece Parodi: “As pessoas tidas por paladinos da razão e da serenidade são atingidas em sua esfera moral, não sendo, de maneira nenhuma, menos merecedoras da proteção estatal por gozarem de boa saúde mental e bom nível de inteligência emocional e social.” (2007, p. 422).

Por fim as duas últimas jurisprudências trazidas abordam a reparação por dano moral oriundo de adultério (art. 240 do Código Penal, revogado), que não figura mais como ilícito penal, mas continua sendo o mais importante descumprimento de dever matrimonial:

Civil e Processual Civil – Família – Separação Litigiosa – Pedido de Indenização por Danos Morais – Adultério Comprovado – Obrigação de Indenizar Caracterizada.

É permitida a cumulação de vários pedidos num mesmo processo, contra o mesmo réu ou reconvinte, quando preenchidos os requisitos do art. 292, §1º. do Código de Processo Civil. 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 por dano moral deve ser arbitrado pelo juiz de maneira a servir, por um lado, de lenitivo pela 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, 2ª. Câmara Cível, Tribunal de Justiça de SC, Rel. Luiz Carlos Freyesleben, j. 05-05-2005).

Ação de Indenização – Relacionamento Extraconjugual – Dano Moral – Inocorrência.

Autora que ciente da traição permaneceu com réu durante todo o tempo, tendo apenas ajuizado a competente. Separação há pouco discussões que se mostram intrínsecas a própria vida em comum. Contexto que não se apresentou de tal sorte excepcional, ou gerador de conseqüências mais pesadas, a ponto de autorizar a indenização por dano moral como concedida. Dado provimento ao recurso do Réu e prejudicado o da Autora. (Apelação Cível n. 2004.001.15985, 4ª. Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RJ, Rel. Reinaldo P. Alberto Filho, j. 17-08-2004).

No primeiro caso o adultério gera a indenização moral, e conforme decisão citada o ressarcimento é aplicado para amenizar o sofrimento psíquico do lesado sem que lhe dê enriquecimento sem causa ou estímulo ao abalo suportado, de muita valia destacar-se a excelência da decisão, pois deve-se evitar que casos como o exemplificado busquem na jurisdição e na teoria do dano moral, uma veia para enriquecimento, visto não tratar este instituto para esse fim, também é de se salientar que para o ofensor a condenação gera, além

do débito econômico, uma repreensão para impedir a reincidência, o que torna a sentença ainda melhor.

A importância da admissão do dano moral nesses casos, poderia, a longo prazo, exercer uma função pedagógica na sociedade, o que determinaria mais relevo e importância aos deveres do casamento, e desse modo com certeza o indivíduo pensaria muitas vezes antes de violar os deveres e concluiria que melhor é dar início a uma separação do que trair seu consorte.

O segundo acórdão estabelece que quando um cônjuge tem conhecimento que o outro possui um relacionamento extraconjugal e mesmo assim mantém-se inerte, acaba por aceitar tacitamente a situação, e nesse caso transparece não dar importância ou não sofrer com o ocorrido, não perfazendo dessa maneira jus ao ressarcimento, visto que na realidade não sofreu o dano moral.

Frise-se ainda que mesmo que tivesse sofrido dano moral, o íncrito Julgador somente o proveria se fosse este de caráter excepcional, mais uma vez manifestando o conservadorismo dos órgãos judiciários brasileiros que ainda não estão acostumados com este tipo de lesão.

Acerca do adultério como forma de pleitear indenização por dano moral na separação, adverte Parodi:

Via de regra, não é de se exigir, por exemplo, além da conduta ilícita de adultério – que por si só já é capaz de produzir humilhações íntimas, que ainda sejam perpetradas humilhações públicas, para que se garanta a indenização ao cônjuge traído. É da natureza do matrimônio a fidelidade e, acresce, constitui um dever civil codificadamente reconhecido; de forma correlata, não se compreende a estipulação de um dever jurídico sem a conseqüente punição de sua violação, sendo admissível que o fato de ser esposado pela tutela positiva da familiaridade seja utilizado como excludente da responsabilidade indenizatória extracontratual, notadamente porque nenhum legislador promoveu tal vedação expressa. (2007, p.422).

Sobre esse prisma de excepcionalidade, frisa-se, novamente, que o simples descumprimento dos deveres do casamento, em si, não é fato gerador de danos morais, sendo necessário que para tanto, seja este descumprimento fundamental para a dissolução do edifício conjugal e que leve seu consorte a dor e sofrimento íntimo.

Assim destaca Jeová Santos:

O dano moral somente ingressará no mundo jurídico, com a subsequente obrigação de indenizar, em havendo alguma grandeza no ato considerado

ofensivo a direito personalíssimo. Se o ato tido como gerador do dano extrapatrimonial não possui virtualidade para lesionar sentimentos ou causar dor e padecimento íntimo, não existiu o dano moral passível de ressarcimento. (2001, p. 122).

Ainda que a jurisprudência continue muito tímida na percepção do dano moral no casamento, no plano doutrinário a questão vem cada vez mais capturando adeptos, como Sérgio Severo ao admitir que condutas ilícitas que tendem a ser descriminalizadas, como o adultério, sejam tratadas como fontes motivadoras da reparação dos danos morais:

Quando a dor da traição deixou de dar ensejo à vingança privada, revelada pelos duelos ou homicídios, a questão ingressou nos tribunais. Talvez a pouca tradição brasileira na satisfação dos danos extrapatrimoniais aliada à injustificada criminalização do adultério sejam motivos pelos quais nosso País não trate satisfatoriamente da matéria. Mas não se pode desconhecer que a infidelidade pode atormentar a vida conjugal, causando prejuízos não só ao cônjuge, mas aos demais entes da sociedade familiar. Desta forma, é uma hipótese presente de dano extrapatrimonial. (1996, p. 175).

O aliado da resistência em admitir o cabimento dos danos morais na dissolução, que vem sendo citado, seria o medo de banalizar a questão, e promover uma enchente de ações buscando um enriquecimento ilícito, promovido por inescrupulosos oportunistas, nesse anseio conclui Castelo Branco:

O receio de eventuais excessos na utilização do instrumental normativo posto a disposição daquele que sofre a violação de interesse juridicamente protegido, neste caso consubstanciado pela ofensa a direito não patrimonial, não pode servir, entretanto, de fundamento para que se negue a competente resposta da ordem jurídica na hipótese de efetivo dano moral. O que importa é que se tenha a real configuração de um dano indenizável, como pressuposto para a admissibilidade daquela reparação, o que se admite atualmente também nas relações conjugais, cabendo ao judiciário quantificá-lo de modo a ressarcir, tanto quanto possível, o consorte ofendido. (2006, p. 65-66).

E também Jeová Santos:

Para evitar a abundância de ações que tratam de danos morais presentes no foro, havendo uma autêntica confusão do que seja lesão que atinge a pessoa e do que é mero desconforto, convém repetir que não é qualquer sensação de desagrado, de molestamento ou de contrariedade que merecerá indenização. O reconhecimento do dano moral exige determinada envergadura. Necessário, também, que o dano se prolongue durante algum tempo e que seja a justa medida do ultraje às afeições sentimentais. (2001, p.122).

Assim, observa-se que a doutrina brasileira tem despertado para a discussão do tema concernente à admissibilidade da reparação dos danos morais, e também patrimoniais, por infração dos deveres do casamento, surgindo nos últimos anos vários trabalhos dedicados ao exame da tormentosa questão. Entretanto, o posicionamento dos juristas nacionais ainda se mostre divergente no tratamento da matéria, prevalecendo, em certa medida, uma tendência restritiva, de maneira a não se admitir que certos exageros já observados em outras órbitas do direito, relativamente à reparação dos danos morais, possam contaminar as relações de direito de família. A prudência revelada na doutrina é levada ao extremo pela jurisprudência, que nitidamente tem repellido as postulações indenizatórias fundadas na prática de condutas lesivas aos direitos da personalidade na esfera do casamento. As raras decisões que admitiram aquela reparação somente o fizeram em situações que beiravam, senão até mesmo configuravam, a prática de condutas criminosas, a não ser dos Tribunais da região Sul que se denotam mais abertos a conceitos considerados “modernistas”, não vemos nos demais Tribunais decisões que afirmam a existência deste tipo de dano moral.

Também não se pode negar que o tema busque redobrada reflexão por parte daqueles que operam o direito, uma vez que as relações familiares constituem espaço especialmente importante para a formação moral, intelectual e psíquica do indivíduo, de modo que por sua peculiaridade não se sujeita de maneira ilimitada às regras da responsabilidade civil, sob pena de estar-se ignorando os vínculos afetivos e espirituais que ligam as pessoas que dela participam. Todavia, quando se cogita da responsabilização por dano moral nas relações de família, em especial no casamento, deve-se ter em mente que a circunstância de estar integrado ao grupo familiar não tira do indivíduo os direitos próprios da sua personalidade, de maneira que o cônjuge deve receber do outro tratamento que não agrida sua integridade física, moral ou psíquica. Na relação matrimonial não pode existir imunidade de um cônjuge para com o outro, e quando, no âmbito matrimonial, chega-se a este ponto, de comportamento lesivo, que como já foi dito não se resume a simples quebra dos deveres do casamento, mas sim a verdadeira ofensa aos direitos da personalidade e à sua dignidade, não se pode negar o dever da reparação, como forma de sanção aos atos lesivos praticados e também como forma de prevenir possível reincidência e de servir como exemplo para a sociedade.

Neste caso a especificidade das relações do direito de família, e a comum prática de cercear o direito de família dos demais institutos de direito comum devem dar lugar aos direitos primários da pessoa e da dignidade humana, da sua integridade física, moral e psíquica, pois a posição de cônjuge não pode deixar de servir da proteção que lhe é dada pela ordem jurídica em decorrência apenas de estar casado, assim o matrimônio serviria como uma

espécie de “excludente da ilicitude” no caso do direito civil. A imputabilidade dos danos morais entre o casal pode gerar uma prática indiscriminada de ofensas causando sensível dor e sofrimento dentro da sociedade conjugal.

A reparação do dano moral é indiscutivelmente um dos instrumentos mais eficazes à disposição da pessoa que sofre aquela espécie de violação, não podendo deixar de ser aplicada, em hipótese alguma no caso de ofensa praticada no âmbito do casamento.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa foi realizada com base em análises teóricas e legislativas sobre a responsabilidade civil por dano moral na separação judicial, agregando proposições fundamentais para a defesa da matéria.

Como foi abordado, a quebra dos laços matrimoniais mostrou-se intimamente ligada a desagregação familiar vivenciada nos últimos tempos, daí a importância de proporcionar singular atenção ao estudo das conseqüências da dissolução da sociedade conjugal.

Observando historicamente a sociedade, temos que a família é o sustentáculo da civilização, sendo fundamental para a convivência em sociedade, como já denotam estudos antropologistas.

O matrimônio, início de uma nova família, é celebrado com a livre manifestação de vontade das partes, o que direciona ao caráter contratual peculiar do Direito de Família. Entretanto, contraindo as núpcias, os cônjuges ficam sujeitos às disposições legais que regulam o casamento, sendo possível assim extrair a natureza institucional de seu conteúdo.

Assim, verifica-se um ato complexo, dotado de natureza contratual e institucional, delineado por normas estatais.

Dentre esse regramento jurídico, encontram-se os deveres conjugais, instituídos pelo artigo 1.566 do Código Civil, que compõem-se pela fidelidade, assistência material e imaterial, respeito mútuo, coabitação e guarda e sustento da prole.

Ocorre que os legisladores falharam por criar obrigações ao direito matrimonial, deixando lacunas quanto às sanções aplicáveis ao consorte infrator.

Assim, valendo-se da teoria da responsabilidade civil extrapatrimonial advinda de infringência contratual, como demonstrado no desenvolvimento dessa pesquisa jurídico-científica, demonstra-se plenamente cabível adotar a mesma reparação de danos imateriais na dissolução da sociedade conjugal.

Ignorar esta tese significa negar os princípios constitucionais que cerceiam os direitos da personalidade e da dignidade humana, restringir o Direito de Família a uma norma fechada que não se relaciona com as demais matérias de Direito Civil, e abandonar a razão moral e ética da ciência jurídica em preservar a valoração da estrutura especificamente humana que é a entidade familiar, alicerce fundamental da harmonia social.

Não se trata, porém, de sistema que fira a liberdade individual, afinal, a ninguém é vedado o livre arbítrio de contrair ou não o matrimônio.

Contudo, aquele que desejar constituir família legítima por meio do himeneu, deve atentar-se às responsabilidades essenciais que estará sujeitando-se, a fim de que essa decisão seja tomada com a devida maturidade e boa-fé, na verdadeira intenção de construir o edifício conjugal.

Outra função da aplicação da teoria discutida, seria o caráter pedagógico da sanção imposta ao infrator, que serviria como uma reprimenda para evitar que o mesmo cometa novamente as infrações do casamento, também como exemplo para toda a sociedade gerando uma espécie de prevenção.

Prevenção esta que pode ser utilizada para estimular que os cônjuges descontentes com a união em que vivem procurem primeiramente uma separação com dignidade, ao invés de continuar com o casamento violando os deveres, ou seja, se não gosta mais da pessoa com quem vive, não tenha um relacionamento extraconjugal, apenas separe-se dela, depois poderá fazer livremente o que bem entender.

Mais do que isso, ficou evidente a indispensável moralização pela qual o matrimônio precisa passar, da forma como está não pode continuar, é preciso punir os indivíduos que agem com má-fé e acabam por destruir a vida sentimental e moral de seus consortes.

É fato que este trabalho trará muitas discussões, por defender a inclusão do dano moral, por motivos diversos, mas pertinentes na ruptura da sociedade conjugal pelo descumprimento dos deveres matrimoniais.

Mas, diante do exposto, retrata-se a necessidade da admissão da teoria dissertada, em face dos princípios que fundam o direito do nubente inocente em pleitear a respectiva ação indenizatória, visando atenuar a sua dor, e ainda do teor sancionatório do dever de indenizar, com a finalidade de evitar que o contraente infrator venha a praticar outros atos ilícitos e imorais da mesma natureza.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**. 4. ed. São Paulo, Saraiva, 1972.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994.

BRASIL. **Código Civil / organização por Anne Joyce Angher**. 12. ed. São Paulo, Rideel, 2006.

BRASIL. **Código Penal / organização por Anne Joyce Angher**. 12. ed. São Paulo, Rideel, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1. ed. São Paulo, LEX Editora, 2006.

CAHALI, Youssef Said. **Dano moral**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Divórcio e separação**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

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

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 7.

_____. **Curso de direito civil brasileiro : direito de família**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 5.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Coleção Sinopses Jurídicas: Direito de Família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Coleção Sinopses Jurídicas: Direito de Família**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

PARODI, Ana Cecília de Paula-Soares. **Responsabilidade civil nos relacionamentos afetivos pós-modernos**. 1. ed. Campinas: Russel Editores, 2007.

REALE, Miguel. Diretrizes gerais sobre o projeto de Código Civil. In: **Estudos de filosofia e ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 1978.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil** – direito de família. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 6.

SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável**. 3. ed. São Paulo: Método, 2001.

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

SEVERO, Sérgio. **Danos extrapatrimoniais**. São Paulo: Saraiva, 1996.

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

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 26 jul. 2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 26 jul. 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral**. 4. ed. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2001.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. **Jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br>>. Acesso em: 26 jul. 2008.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. **Jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em: 26 jul. 2008.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **Jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 26 jul. 2008.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil:** direito de família. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 6.