



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DE
BARBACENA - FADI
CURSO DE DIREITO

EVA JOSELENE SILVA

DESFAZIMENTO DA RELAÇÃO CONJUGAL E O DEVER DE
INDENIZAR

**BARBACENA
2011**

EVA JOSELENE SILVA

**DESFAZIMENTO DA RELAÇÃO CONJUGAL E O DEVER DE
INDENIZAR**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos UNPAC, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador Prof. Me. David Gorini da Fonseca

Co-orientador: Prof. Paulo Afonso de Oliveira Junior

**BARBACENA
2011**

Eva Joselene Silva

DEFAZIMENTO DA RELAÇÃO CONJUGAL E O DEVER DE INDENIZAR

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – Unipac, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. David Gorini da Fonseca
Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC

Prof. Esp. Paulo Afonso de Oliveira Junior
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Prof. Me. Ana Cristina Silva Iatarola
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Aprovada em ____/____/____

A minha mãe, minhas homenagens e
saudades eternas.

Agradecimentos

A Deus, pela sua presença.

A minha amada mãe, Manoela que foi e sempre será minha Estrela Guia.

O meu irmão e amigo, Adão, pelo o incentivo e confiança.

Ao meu noivo, Wagner pelo carinho, dedicação e pela tolerância e sabedoria.

Aos membros da banca examinadora: Dr. Paulo Afonso de Oliveira Junior e Dr^a Ana Cristina Silva Iatarola, o meu sincero agradecimento por aceitarem o convite com o escopo de fazer a apreciação da minha monografia.

Por fim, a todos os meus amigos, em especial a Aline Ramaldes.

“O mal tem várias faces, uma delas é a bondade” Willian Shakeaspeare.

RESUMO

Há entre os juristas uma preocupação sobre a responsabilidade civil, no que tange a indenização por danos morais. Neste trabalho estudaremos um caso específico de dano moral, que nasce no seio da relação conjugal, mais especificamente quando um dos conjugues desfaz esta relação. Surgindo assim, a possibilidade de um cônjuge indenizar ao outro; quando aquele dá causa à separação judicial nos termos do caput do artigo 5º da Lei 6515/77. Ao tratarmos do dano moral entre cônjuges ventilar-se-á a possibilidade de se obter a tutela jurisdicional em favor do lesado, condenando o autor do dano a ressarcir àquele que sofreu esta modalidade de prejuízo moral. Nosso objetivo específico é demonstrar que a existência da possibilidade de ser proposta a ação por dano moral, já que este é um caso específico, pois, trata-se do cônjuge culpado pela ruptura do casamento, é uma questão ainda “aberta” e por tanto controversa entre a comunidade jurídica brasileira.

Palavras-chave: Dano. Responsabilidade. Desfazimento de relação conjugal.

ABSTRACT

There is concern among lawyers about the liability, with respect to punitive damages. In this work, we study a particular case of moral damage, which rises within the marital relationship, specifically when one of the spouses breaks this relationship. Giving rise to the possibility of one spouse to indemnify another, when that gives cause for judicial separation under the chapeau of Article 5 of Law 6515/77. In addressing the moral damages between spouses will be airing the possibility of obtaining judicial protection, in favor of the victim, condemning the perpetrator to compensate the one who suffered this form of material damage. Our specific aim is to demonstrate that the existence of the possibility of the proposed action for moral damages, since this is a special case, because it is the spouse to blame for the breakdown of the marriage, one question is still "open" and therefore controversial in the legal community in Brazil.

Keywords: Damage. Liability. Undoing of the marital relationship

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 OS CONCEITOS DE DANO E RESPONSABILIDADES E SUAS VARIAÇÕES.....	11
2.1 Danos patrimoniais e danos morais.....	11
2.2 A responsabilidade Civil.....	12
2.2.1 Teoria objetiva e subjetiva.....	14
2.3 A responsabilidade Civil no Direito da Família.....	17
3 O DESFAZIMENTO DA RELAÇÃO CONJUGAL E A CONTROVÉRSIA A CERCA DA INDENIZAÇÃO.....	20
3.1 A indenização como forma de reparação de um dano.....	22
3.2 Opiniões favoráveis a indenização pelo desfazimento da relação conjugal.....	23
3.3 Opiniões contrárias a indenização pelo desfazimento da relação conjugal.....	28
4 JUSRISPRUDÊNCIAS	30
4.1 Primeiro caso.....	30
4.2 Segundo caso	30
4.3 Terceiro caso	31
5 CONCLUSÃO.....	33
REFERÊNCIAS	35

1 INTRODUÇÃO

Há entre os juristas uma preocupação sobre a responsabilidade civil, no que tange a indenização por danos morais. Neste trabalho estudaremos um caso específico de dano moral, que nasce no seio da relação conjugal, mais especificamente quando um dos cônjuges desfaz esta relação.

Surgindo assim, a possibilidade de um cônjuge indenizar ao outro, quando aquele comete ato que cause danos ao outro na constância da relação conjugal. Ao tratarmos do dano moral entre cônjuges ventilar-se-á a possibilidade de se obter a tutela jurisdicional em favor do lesado, condenando o autor do dano a ressarcir àquele que sofreu o prejuízo moral.

Assim, no decorrer desta investigação, procuraremos caracterizar o dano moral demonstrando alguns fatos geradores de atritos inerentes à vida em comum entre marido e mulher. Analisaremos ainda, o instituto da reparação civil no direito de família, as obrigações e deveres decorrentes do casamento e o dano moral pelo seu descumprimento, considerando a legislação vigente.

Nosso objetivo específico é demonstrar que a possibilidade de se propor a ação por dano moral em face do cônjuge culpado pela ruptura do casamento, é uma questão ainda controversa entre a comunidade jurídica brasileira.

A pesquisa para o referido trabalho parte do ponto em que, existindo o dano moral, ele deve, ou não deve ser indenizado. E, que para que isso ocorra, é justo propor-se uma ação de reparação?

Todavia, perguntamos: Por que existe a possibilidade de um cônjuge processar o outro por dano moral? A resposta imediata à questão é que existe a possibilidade de um cônjuge processar o outro por dano moral, porque, a responsabilidade civil enfatiza o dever de indenizar, sempre que os elementos caracterizadores do ato ilícito estiverem presentes e em face deste ponto encontramos as condições da ação. O agente ao causar a outrem um dano moral deverá indenizar civilmente a este pelo prejuízo. Gerado o dano, o lesado tem condições de requerer em juízo a tutela do Estado para buscar este ressarcimento.

O instituto jurídico da responsabilidade civil é um instituto de difícil abordagem, principalmente quando se fala do dano moral no âmbito do Direito de Família. O sistema legal brasileiro não dispõe de regra prevendo expressamente a indenização dos danos praticados contra o cônjuge, porém existe entre os juristas uma grande preocupação com a possibilidade de se admitir a reparação pecuniária por danos morais na dissolução da sociedade conjugal, quando esta separação se fundar em culpa grave cometida por um dos cônjuges. Muitos dos nossos doutrinadores já se inclinam pela admissibilidade desta responsabilização no âmbito do Direito de Família.

Embora o ordenamento jurídico e o poder judiciário não consigam reparar a saúde psicológica e traumas sofridos pelo cônjuge ofendido, a indenização pecuniária seria capaz de reduzir o prejuízo sofrido pelo dano moral e psicossocial, bem como inibir futuras condutas similares?

Nossa jurisprudência, embora timidamente, vem sinalizando caminhos, registrando-se alguns julgados favoráveis à indenização pelos danos sofridos na ruptura da sociedade conjugal.

Contudo, existem em nosso sistema também aqueles doutrinadores que são totalmente contrários ao reconhecimento desta indenização. Entre suas argumentações podemos destacar: a falta de disposição legal expressa (não sendo possível, portanto, esse tipo de imputação); a monetarização das relações de afeto (pois o casamento existe razão de uma relação afetiva, cujo seu rompimento não pode ser objeto de indenização pecuniária); sanções já existentes no Direito de Família (a violação aos deveres familiares gera sanções específicas, já previstas no âmbito do Direito de Família).

Desta forma, a culpa passaria a ser analisada, principalmente, para apuração da responsabilidade civil na indenização por dano moral decorrente da violência, sofrimento ou humilhação sofrida pelo cônjuge ofendido.

No primeiro capítulo deste trabalho, faremos uma breve conceituação de diversos termos pertinentes a pesquisa, como: o conceito de dano e responsabilidade e suas variações. Ainda nesta parte do texto discutiremos a responsabilidade Civil no Direito de Família.

Já no segundo capítulo, será feita uma pequena análise sobre o desfazimento da relação conjugal e a controvérsia a cerca da indenização. Primeiramente nos deteremos às prerrogativas determinantes de uma relação conjugal, e somente após este passo, serão

elencadas opiniões favoráveis e contrárias à indenização pelo desfazimento da relação conjugal.

Enquanto que no terceiro capítulo demonstrar-se-á casos da jurisprudência sobre o desfazimento da relação conjugal e seus respectivos pedidos de reparação de danos morais. Desta forma esperamos, a esta altura, já estarmos aptos a emitirmos nossas conclusões finais sobre esta polêmica.

2 OS CONCEITOS DE DANO E RESPONSABILIDADE E SUAS VARIAÇÕES.

2.1. Danos patrimoniais e danos morais

É incontestado que todo o dano oriundo de um ato praticado em desacordo com a ordem legal e lesivo ao direito de outrem importando na violação do ordenamento jurídico, deve ser indenizado. Havendo violação de um direito que configure ofensa à sociedade por infração de preceito indispensável, tem-se um ilícito penal, e ao reverso, se a violação for a um direito subjetivo privado estar-se-á diante de um ilícito civil, acarretando a responsabilidade civil.

Doutrinariamente o dano é classificado em: patrimonial (material) ou extra patrimonial (moral). Para a comprovação do dano é necessário que a conduta do agente cause prejuízo, contratual ou extracontratual, porquanto, sem a sua ocorrência inexistirá a indenização.

Consiste o dano material (patrimonial), na lesão direta ao patrimônio da vítima, que acarrete a perda ou deterioração, parcial ou total, dos bens materiais que lhe pertencem, sendo suscetível de quantificação pecuniária e de ressarcimento pelo responsável. Abrange o dano material o *dano emergente*, que representa o que efetivamente se perdeu, e o *lucro cessante* que é aquilo que se deixou de aferir em razão do evento danoso.

Já o dano moral ou pessoal, se faz concreto quando atinge a pessoa ou a coisa pelo lado subjetivo, no que respeita à personalidade ou o lado afetivo que a coisa possa representar abrangendo abalo dos sentimentos e lesão a todos e quaisquer bens ou interesses pessoais, com exceção dos econômicos, enquadrando-se também no dano pessoal, o chamado dano estético, desde que cause humilhação e desgostos de modo a originar uma dor moral.

Por essa lógica, consiste o dano moral na lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica, ou seja, aquele que tem efeito na esfera íntima do indivíduo, razão pela qual sua constatação é muito mais dificultosa. Até mesmo porque não são todos os dissabores que geram abalos psíquicos.

Para Cahali (1999, p.20), esta modalidade de dano

É a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos, classificando-se desse modo, em dano que afeta a parte social do patrimônio moral (honra, reputação, etc.) e dano que molesta a parte afetiva do patrimônio moral (dor, tristeza, saudade, etc.), dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante, etc.) e dano moral puro (dor, tristeza, etc.).

Assim sendo, toda lesão não patrimonial que venha a sofrer o indivíduo e que cause repercussão no seu interior, é em tese passível de reparação. Daí porque alguns autores dizem que se revela mais adequado classificar os danos em patrimoniais e pessoais.

A jurisprudência tem entendido que em se tratando de dano moral, a indenização pecuniária não possui apenas o caráter de reparar o prejuízo, mas também de punir, pedagógica, preventiva e repressivamente o ofensor.

Nesse sentido, é o entendimento de parte de nossos Tribunais:

EMENTA: **DANO MORAL** - OCORRÊNCIA - DEMONSTRAÇÃO -REPARAÇÃO -FIXAÇÃO - CRITÉRIO. O **dano moral** se verifica independentemente da demonstração da ocorrência de **dano** material, bastando à demonstração da prática do ato ilícito, no caso atentatório à imagem e à dignidade da parte. No caso de reparação por **dano moral**, o critério para fixação do montante é exclusivamente **subjetivo**, atendo o julgador às peculiaridades do caso concreto. Apelação não provida. APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0694.02.009377-9/001 - COMARCA DE TRÊS PONTAS - APELANTE(S): BANCO BRADESCO S/A - APELADO (A) (S): RENATA DO CARMO DE SOUZA - RELATOR: EXMO. SR. DES. ALBERTO ALUÍZIO PACHECO DE ANDRADE¹.

2.2 A responsabilidade civil

De maneira bem simplória, pode-se dizer que responsabilidade civil é a obrigação de reparar o dano que uma pessoa causa a outra. Em direito, a teoria da responsabilidade civil procura determinar em que condições uma pessoa pode ser considerada responsável pelo dano sofrido por outra pessoa e em que medida está obrigada a repará-lo. A reparação do dano é feita por meio da indenização, que é quase sempre pecuniária.

Tema de grande polêmica é a questão da obrigação da responsabilidade civil. Uma vez que, em muitos casos é fácil identificar a responsabilidade de um indivíduo. Por exemplo, em um acidente automobilístico em que o condutor teve comprovada sua culpa, por estar alcoolizado no momento da colisão.

¹ Disponível em www.tjmg.com.br

Contudo, não é em todos os casos do dia a dia que a culpabilidade e, por conseguinte a responsabilidade se encontra de forma explícita. Diversos episódios constituem verdadeiras interrogações para a comunidade jurídica, no que diz respeito a estes assuntos.

A antiga tendência, hoje já consagrada, de não se permitir que a vítima de atos ilícitos deixe de ser ressarcida dos prejuízos que lhes são causados, evoluiu, sobremaneira, com o advento do atual Código Civil brasileiro.

Amenizou-se, com o novo diploma, a falta de sistematização com que o Código Civil de 1916 tratou do instituto da responsabilidade civil, que a ele dedicou reduzido número de dispositivos, talvez porque, à época da sua elaboração, esse direito obrigacional ainda não era muito difundido.

Com efeito, Gonçalves (2010, p.21), informa que o antigo Código Civil de 1916, no seu art. 159, limitou-se a estabelecer que: *"Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano"*. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regula-se pelo disposto neste Código, arts. 1518 a 1.532 e 1.537 a 1.553.

Uma inovação da Constituição Federal de 1988 foi o texto do artigo 5º, X, que assegura o direito de indenização, tanto pelo dano moral quanto pelo dano material. O assunto, porém, é tratado de forma muito genérica no mesmo artigo, ao não explicar claramente quais são os danos morais passíveis de uma reparação.

Salienta Gonçalves (2010, p. 22), que o Código Civil de 2002, ao discorrer sobre esta matéria dedica poucos dispositivos à responsabilidade civil. Na Parte Geral, nos artigos 186, 187 e 188, dispõe sobre a regra geral da responsabilidade *aquiliana* e algumas excludentes. Na Parte Especial estabelece, ainda, a regra básica da responsabilidade contratual no artigo 389. Além destes, segundo ele o Código Civil de 2002 dedica ainda dois capítulos à *"obrigação de indenizar"* e a *"indenização"*, sob o título *"Da Responsabilidade Civil"*. Ao regular a matéria, porém, segundo este mesmo autor o Código Civil de 2002 também não estabeleceu a extensão e os contornos do dano moral.

A princípio, todo ato que cause prejuízo, gera o dever de reparar, ou seja, a responsabilidade civil advém da transgressão a um interesse jurídico em decorrência do descumprimento da norma jurídica pré-estabelecida, que pode ser contratual ou extracontratual.

Para a configuração da responsabilidade, entretanto, exige-se a ocorrência de alguns pressupostos, sem os quais fica impossibilitada a responsabilização, são eles: a conduta comissiva ou omissiva, a culpa do agente, o nexo causal entre a conduta e o resultado e, finalmente, o dano.

Em se tratando de responsabilidade contratual a constatação de sua ocorrência é mais facilitada, vez que já existe um contrato vinculando as partes, existindo assim, uma presunção de dano e culpa. Por outro lado, na responsabilidade extracontratual a vítima deve comprovar o dano sofrido.

Quando o assunto é responsabilidade civil, é comum indagar-se se o prejuízo experimentado pela vítima deve ser ou não reparado por quem o ocasionou, inclusive, em que condições e de que maneira deve ser estimado e ressarcido. Na verdade, o que se considera é se a conduta do agente é capaz de configurar o dever de indenizar. Nos dizeres de Sálvio Venosa: “no vasto campo da responsabilidade, o que interessa saber é identificar aquela conduta que reflete na obrigação de indenizar”. (GONÇALVES, 2010; p.5).

A responsabilidade civil, na realidade visa equilibrar as relações sociais, buscando-se evitar que os danos injustos fiquem sem uma resposta jurídica. Logo, toda conduta que tenha impacto negativo na sociedade, devem ser sancionada.

2.2.1 Teoria objetiva e subjetiva

A responsabilidade civil surge do não cumprimento de uma relação contratual ou extracontratual, e conforme o seu fundamento pode ser subjetiva ou objetiva. O Direito Civil vigente consagra o princípio da culpa como basilar da responsabilidade extracontratual, no entanto, abre exceções para a responsabilidade objetiva (risco), criando-se, assim, um sistema misto de responsabilidade.

Pela teoria da responsabilidade objetiva, entende-se necessário para sua caracterização somente à prova do dano e do nexo causal, dispensando-se a prova da culpa, como ocorre nos casos de relação de consumo.

Lado outro, pela teoria subjetiva, se faz necessária a comprovação da culpa, uma vez que a pretensão da reparação do direito é projetada pelo próprio fator culpa, ou seja, a vontade do agente em causar consequência lesiva à outra pessoa., constituindo assim, em um

pressuposto do dano indenizável. Neste contexto, nosso Direito Civil consagra como regra geral a responsabilidade com culpa, tida como responsabilidade civil subjetiva.

Tratando da distinção entre a responsabilidade subjetiva e objetiva, Dias (1987, P.94-95) escreveu: "no sistema da culpa, sem ela, real ou artificialmente criada, não há responsabilidade; no sistema objetivo, responde-se sem culpa, ou, melhor, esta indagação não tem lugar".

Conclui-se, assim, que a variação dos sistemas da obrigação indenizatória civil se prende, precipuamente, à questão da prova da culpa, ao problema da distribuição do ônus probatório, sendo este o centro em que tem gravitado a distinção entre a responsabilidade civil subjetiva e a responsabilidade civil objetiva.

Os requisitos da responsabilidade civil são:

Conduta Comissiva ou Omissiva: um dos requisitos indispensáveis para a caracterização da responsabilidade é conduta do agente, que pode ser comissiva (ação) ou omissiva. A conduta humana, assim entendida, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, 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 (DINIZ,2001).

À luz dessa definição, constata-se que a responsabilidade decorrente de ato ilícito baseia-se na idéia de culpa, enquanto que a responsabilidade sem culpa (objetiva) funda-se no risco.

Por outro lado, essa conduta, positiva ou negativa, passível de responsabilidade civil pode ser praticada: a) pelo próprio agente causador do dano; b) por terceiros, nos casos de danos causados pelos filhos, tutelados, curatelados (art. 932, I e II), empregados (art. 932, III), hóspedes e educandos (art. 932, IV); e, ainda, c) por fato causado por animais e coisas que estejam sob a guarda do agente (art. 936).

Culpa: a causa da indenização também esta condicionada à configuração da culpa, ou seja, a comprovação do dolo ou da culpa do agente. Para Venosa (2010, p.26): “em sentido amplo, culpa é a inobservância de um dever que o agente devia conhecer e observar. Não podemos afastar a noção de culpa do conceito de dever”.

Assim, a culpabilidade abrange o dolo e a culpa. Contudo, há significativa diferença entre eles, vez que no dolo o agente tem a intenção de produzir o resultado (prejuízo), enquanto que a culpa ocorre por negligência, imprudência ou imperícia.

Nexo de Causalidade: é o elo existente entre a conduta do agente e o evento danoso, ou seja, a relação de causa e efeito. Imprescindível é sua identificação, pois caso não seja verificada não há como se proceder ao ressarcimento da vítima (VENOSA, 2010).

A relação de causalidade entre a conduta humana (ação ou omissão do agente) e o dano verificado é evidenciada pelo verbo "causar", contido no art. 186 do Código Civil. Sem o nexos causal, não existe a obrigação de indenizar. Apesar da existência do dano, se sua causa não estiver relacionada com o comportamento do agente, não haverá que se falar em relação de causalidade e, via de consequência, em obrigação de indenizar. Nexos de causalidade é, pois, o liame entre a conduta e o dano (VENOSA, 2010).

Como preleciona o já citado Gonçalves (2010, p.54) sobre esta identificação, “sem ela, não existe a obrigação de indenizar. Se houve o dano, mas a sua causa não está relacionada com o comportamento do agente, inexistente a relação de causalidade e também a obrigação de indenizar” (2010, p.54).

Para que exista o dever de indenizar faz-se necessário, pois, a existência de uma ligação entre a Conduta do agente e o Dano, sob pena de não alcançar-se a Responsabilidade Civil. Para tanto, pode-se conceituar o Nexos de Causalidade como a relação entre a Conduta do agente e o Dano sofrido pela vítima².

Para Cahali (Op. cit, p. 83),

Não basta que o agente haja procedido contra direito, isto é, não se define a responsabilidade pelo fato de cometer um ‘erro de Conduta’; não basta que a vítima sofra um ‘Dano’, que é elemento objetivo do dever de indenizar, pois se não houve um prejuízo a Conduta antijurídica não gera obrigação ressarcitória.

Assim, a grande dificuldade de estabelecer-se o nexos de causalidade está no estudo das causas e para tanto existem três teorias: *Da equivalência das condições*, *Causalidade adequada* e *Danos diretos e imediatos*, as quais se passa a expor.

A primeira teoria, a da equivalência das condições, diz que “toda e qualquer circunstância que haja ocorrido para produzir o Dano é considerada uma causa. A sua

2 <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3022/Indenizacao-por-danos-morais-na-ruptura-do-casamento>.

equivalência resulta de que, suprimida uma delas, o Dano não se verifica” (GONÇALVES, 2010, p.121).

É uma teoria muito criticada, pois implicaria em muitas pessoas responsáveis pelo Dano, desde o fabricante da arma, até o que realmente atirou.

A segunda teoria, desenvolvida pela doutrina francesa é a da Causalidade adequada que segundo o mesmo Gonçalves (2003, p. 155) somente se considera como causadora do Dano a condição por si só apta a produzi-lo. Ocorrendo certo Dano, tem-se de concluir que o fato que o originou era capaz de lhe dar causa. Se tal relação de causa e efeito existe sempre em casos dessa natureza, diz-se que a causa era adequada a produzir o efeito. Se existiu no caso em apreciação somente por força de uma circunstância acidental, diz-se que a causa não era adequada. “Dentro dos antecedentes do Dano, há que destacar aquele que está em condições de necessariamente produzi-lo. (...) O critério eliminatório consiste em estabelecer que, mesmo na sua ausência, o prejuízo ocorreria”. (DIAS, 1987, p. 87).

Nesta teoria é importante estabelecer se qual a Conduta que efetivamente foi a causadora do Dano, desconsiderando-se as que existiram, mas não tiveram interferência direta no Dano ocasionado.

Já a terceira teoria é a dos chamados Danos diretos e imediatos, que,

Nada mais é do que um amálgama das anteriores com certa amenização no que tange às extremas conseqüências a que se pudesse chegar à aplicação prática de tais teorias. Seria o desejável meio-termo, mais razoável” (GONÇALVES, 2003, p. 523).

Essa teoria, portanto, vincula as causas que, mesmo remota, tenham sido necessárias para a existência do Dano. Pode-se extrair um exemplo muito claro acerca dessa teoria.

No clássico caso do acidentado que, ao ser conduzido em uma ambulância para o hospital, vem a falecer em virtude de tremenda colisão da ambulância com outro veículo, responderia o autor do Dano primeiro da vítima o responsável pelo seu ferimento, apenas pelos prejuízos de tais ferimentos oriundos. Pelos Danos da morte dessa mesma vítima em decorrência do abalroamento da ambulância, na qual era transportada ao hospital, com o outro veículo, responderia o motorista da ambulância ou o do carro abalroador, ou ambos. Mas o agente do primeiro evento não responderia por todos os Danos, isto é, pelos ferimentos e pela morte.

Mesmo com estes inconvenientes, essa teoria foi a adotada pelo Código Civil 2002 conforme expresso no artigo 403: *“Ainda que da inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e Danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”*.

Não está, portanto, abarcado nessa teoria o Dano remoto, mas sim o que efetivamente tenha causado Dano à vítima, devendo haver uma análise em quem efetivamente causou esse Dano.

2.3 A responsabilidade civil no Direito da Família

Com o advento da Constituição da República de 1988, foram acrescentados novos paradigmas ao nosso ordenamento jurídico, transformando-se as premissas norteadoras do direito de família e, trazendo preceitos normativos para a regulamentação e tutela das entidades familiares.

O direito de família passou a ser amparado por novos princípios que estabeleceram uma nova ordem familiar e traçaram novos caminhos a serem trilhados pelos seus componentes. Sob tal perspectiva, reafirma-se a idéia de funcionalização da família, onde o que importa não são os vínculos biológicos ou jurídicos, mas sim a realização psicológica e afetiva de cada um de seus membros, o que se compreende como o fenômeno da repersonalização das relações civis. Pode-se afirmar que hoje, a família é uma estruturação psíquica em que cada membro ocupa um lugar, uma função. (FACHIN, 1999).

Os parâmetros atuais devem ser a existência de relações responsáveis, onde haja simetria e liberdade, baseadas na igualdade e em uma comunhão de vida não hierarquizada. E a atuação do Estado deve ser no sentido de agir como garantidor desta nova ordem familiar, conforme disposto no caput do art. 226 do texto constitucional: *“A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”*.

Na esteira destes entendimentos, têm surgido em nossos Tribunais divergências quanto à possibilidade de haver ou não indenização por dano moral no âmbito familiar, vez que as relações familiares vêm passando por diversas mudanças. Esta controvérsia tanto doutrinária quanto jurisprudencial tem enfoque mais na repercussão social do dever de indenizar os familiares, que, necessariamente, nas questões técnico-jurídicas do instituto da responsabilidade civil.

A noção primitiva de família permitiu que se estabelecesse a idéia de que as relações surgidas em seu cerne não guardavam qualquer vínculo com as normas jurídicas que regulavam as demais expressões do comportamento humano. Assim, as condutas praticadas dentro dos limites das relações familiares, independente de lesivas ou não, não eram permeáveis às incidências das regras de responsabilidade civil. Acreditava-se que essas relações, pelo caráter peculiar que possuíam, somente encontrariam correspondência nos institutos próprios de família. Dessa forma, a violação dos deveres conjugais, teria como consequência a dissolução conjugal, com efeitos pessoais e patrimoniais previstos em suas normas especiais.

Equivocadamente cultivou-se a idéia de que as relações de Direito de Família, por sua natureza marcadamente extrapatrimonial, não admitiam a aplicação dos princípios que embasam a responsabilidade civil, sendo atribuição dos institutos próprios desse ramo de Direito, a exemplo o dos alimentos a tarefa de substituir a reparação dos danos causados a um de seus membros pelo comportamento antijurídico do outro.

Entretanto, diante da evolução social, os contornos familiares de hoje não são mais como os de antigamente, não fazendo mais sentido que os fatos ocorridos nas relações familiares fiquem sem amparo jurídico. E pode-se perceber a assunção por parte do Estado da necessidade de se reconhecer a nova família, ao estabelecer os princípios da igualdade entre os cônjuges; a simplificação dos requisitos para a dissolução do casamento através do divórcio direto ³; o reconhecimento de novos modelos de família, ao tratar da união estável e das famílias monoparentais e a absoluta igualdade entre os filhos, independentemente de sua origem. E esta preocupação do legislador constitucional, ao proteger e tutelar a família tem por finalidade promover um indivíduo melhor, mais equilibrado em seu meio social, uma vez que a chave da compreensão da interação entre o desenvolvimento pessoal e a mudança social reside na família (FACHIN, 1999, p. 56).

A responsabilidade civil e seus desdobramentos, portanto, constituem tema de grande relevância no Direito de Família, pois inexistente em nosso ordenamento previsão expressa sobre o cabimento da reparação pelos danos oriundos das relações conjugais/afetivas, sendo também escassos os pronunciamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre este assunto.

³ Reflexo evidente da preocupação do Estado em tutelar o afeto e os interesses individuais de cada sujeito na relação conjugal encontra-se demonstrada na aprovação da Lei nº 11.441, que entrou em vigor em 04.01.2007, alterando a previsão do Código de Processo Civil com relação aos procedimentos de Separação Judicial e Divórcio Consensuais. Esta lei foi vista como mais um passo rumo à liberdade de se permanecer casado.

A concepção de que o direito de família possuiu componentes éticos e morais que não deveriam se submeter à apreciação judicial, como ponderam muitos juristas, não pode mais prosperar, e tal posicionamento encontra amparo no Parágrafo Único do artigo 1.567: *“Havendo divergência, qualquer dos cônjuges poderá recorrer ao juiz, que decidirá tendo em consideração aqueles interesses”*.

Ao mesmo tempo, observa-se que a falta de atenção no tocante ao estudo do tema é inversamente proporcional à sua importância, pois infelizmente, multiplicam as graves violações aos direitos fundamentais da pessoa humana impunemente, praticadas no âmbito restrito das relações familiares, em detrimento de um ou mais de seus membros, sem que se cogite a possibilidade de utilização de mecanismos jurídicos, que a um só tempo, sancione o infrator e o desencorajem novas práticas lesivas, contra as pessoas, que pela natureza de vínculo mantido com o ofensor, muitas vezes se vêem à mercê dos comportamentos ilícitos por eles praticados (FACHIN, 1999, p. 57).

Assim, ainda que não se encontre plenamente enraizado em nossa cultura cotidiana a idéia de que, hoje, é facultado ao cônjuge que se sinta prejudicado em sua relação conjugal buscar a tutela do Poder Judiciário para que, através da intervenção do Estado, possa se restaurar a dignidade e a integridade moral de cada um de seus membros.

Em face disto, também são salutares as discussões crescentes quanto à possibilidade do ressarcimento dos danos morais entre os cônjuges por ocasião da ruptura da sociedade conjugal, uma vez que a lei se silencia a este respeito (FACHIN, 1999, p.59).

3 O DESFAZIMENTO DA RELAÇÃO CONJUGAL E A CONTROVÉRSIA A CERCA DA INDENIZAÇÃO

Reza o Direito Moderno que, a indenização por dano moral é uma forma de coibir que o abalo psíquico diante de um fato que possa ocasionar algum desconforto, aflição, apreensão, constrangimento ou dissabor, fique sem uma sanção. Contudo, o Direito de Família não contempla regra específica para reparação dos danos ocasionados na esfera familiar, sendo que a Doutrina e a Jurisprudência vêm disciplinando o assunto, mediante aplicação da regra inserta no artigo 186 do Código Civil (ZANELATTO, 2005, p.101).

No campo da responsabilidade civil, a família nunca recebeu tratamento específico, uma vez que a lei infraconstitucional responsável pela normatização do Direito de Família não avançou no tema, permanecendo arcaica em diversos pontos, englobando princípios abarcados pelo antigo Código Civil. Resultado: a Lei Civil vigente, no que diz respeito à aplicação do dano moral no âmbito familiar, não evoluiu positivamente (ZANELATTO, 2005, p.102).

Mesmo assim, é inegável a aplicação da indenização nas relações familiares. O problema é que, embora os vínculos inerentes ao direito de família constituam vínculos jurídicos, estas relações extrapolam o aspecto meramente legal, uma vez que seus principais fundamentos estão calcados em laços afetivos, morais e éticos. Assim, suas questões muitas das vezes não podem ser exauridas pela aplicação da norma, vez que a lei, em regra, não tem o condão de aplacar as paixões e os sentimentos envolvidos em uma relação familiar (FACHIN, 1999, p.152).

Por exemplo, sabe-se que, desaparecendo a afetividade, é irremediável reconhecer a falência do casamento, tornando impreterível a dissolução da sociedade conjugal, pois ninguém pode ser obrigado a permanecer casado. É difícil, senão impossível, contudo, aferir a culpa pelo desfazimento da união conjugal, pois, quando acaba o amor, torna-se dramático

analisar o fim da relação havida. Em regra, cuida-se apenas da causa imediata da ruptura, desconsiderando-se que o rompimento é resultado de uma sucessão de acontecimentos e desencontros próprios do convívio, em meio também às próprias dificuldades pessoais de cada um. A culpa como fruto de processo inconsciente, ligada ou não a objetivos reais, afeta a vida dos indivíduos em situações de crise. Teorias do inconsciente e teorias jurídicas compreendam-na de uma forma diversa. A visão sistêmica permite um olhar integrado, fundamental ao entendimento e a intervenção em causas judiciais de família (ZANELATO, 2005, p.124).

Diante de impasses desta natureza e baseando-se no princípio da dignidade da pessoa humana, assim como nos direitos da personalidade, há uma acentuada tendência a ampliar o instituto da responsabilidade civil, as relações afetivas e conjugais. Entretanto, para estender a responsabilidade decorrente da manifestação de vontade para o âmbito de família, ou seja, dos vínculos afetivos, não é fácil, vez que o direito de família tem como objeto não a vontade, mas o afeto.

Ademais, não há previsão expressa sobre a possibilidade de indenização em decorrência da vida em comum, porém, a lei também não a proíbe, por isso, a dificuldade em dizer se cabe responsabilidade civil do cônjuge, autor do dano.

O Direito é dinâmico, deve traduzir a realidade social e não pode ficar apegado à literalidade da lei. A subjetividade é uma realidade não só social, como também jurídica, tão presente que se mostra, até mesmo, nos atos do juiz. Neste contexto, OLTRAMARI (2005, p.79) destaca a importância da família e conclui que

indiscutivelmente, sendo a família a célula da sociedade e o casal o núcleo, o direito precisa oferecer meios de solidificação dessa base estrutural. É imprescindível que a família cumpra seu papel constitucional de base da sociedade, fortalecendo a relação conjugal com seu alicerce.

A sentença, que é seu ato mais importante, não está isento dela. Cada julgador, com seus valores e conceitos morais, é que faz a sentença.

Daí decorre uma série de possibilidades interpretativas. Uma parte da doutrina e jurisprudência vem se posicionando no sentido de que há a possibilidade de se buscar indenização por danos morais quando do término dos vínculos afetivos, sendo a dissolução do casamento o melhor momento para propor a pretensão indenizatória.

Para esta corrente o dano moral hoje passa pelo reconhecimento dos direitos da personalidade como um desdobramento do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Assim, a constatação pelo Poder Judiciário de que houve uma efetiva violação do patrimônio moral do indivíduo e não um mero dissabor ou transtorno familiar deve ensejar o ressarcimento por parte do ofensor àquele que sofreu um prejuízo à sua integridade moral. Têm-se como sinônimos de fidelidade os termos lealdade, honradez, honestidade, integridade, pontualidade, constância, firmeza, perseverança, entre outros.

À luz dos princípios expostos, não se pode senão sustentar a afirmativa. Sem cogitar do dano moral que incontestavelmente acarreta, o adultério pode produzir dano material e, em presença dele a admissibilidade da ação reparatória não pode sofrer objeção, ainda por parte dos que se negam a reconhecer a reparabilidade do dano moral. (CAHALI, Op. cit, p.68)

A base deste entendimento está no fato de o Direito brasileiro, no que se refere ao dever de indenizar, positiva no art. 927 do Código Civil de 2002 que "*aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.*"

Por outro lado, há aqueles que defendem que não é cabível a indenização nesses casos, pois, ninguém pode ser considerado culpado por deixar de amar, pois amor não se paga, convivência não se paga, não podendo haver a fixação de *quantum* indenizatório. A exemplo podemos citar a Apelação Cível nº 1.0024.09.592530-1/001 da Comarca de Belo Horizonte, proveniente da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que em 05/04/2011, tendo como relator o. Des. Belizário de Lacerda entendeu que ainda que o rompimento de uma relação afetiva resulte transtornos de ordem psíquica, não se pode considerar a decepção amorosa, advinda de uma separação judicial, como fundamento do dano moral indenizável.

Nesse mesmo sentido é o posicionamento de Dias (2002, p.89), que diz que:

todas as relações que têm origem em vínculo afetivo propõem-se eternas, estáveis, duradouras e com uma perspectiva infinita de vida comum: até que a morte os separe. Todos os pares carregam a expectativa de um completar o outro na satisfação de suas necessidades de afeto, amor, relacionamento social, etc. A separação representa o rompimento desse projeto. Um dos mais sofridos e traumáticos ritos de passagem é o da separação conjugal. A dor comum no fim de todos os relacionamentos, muitas vezes serve de justificativa à pretensão indenizatória, a título de dano moral .

Assim, segundo a autora, o desamor, a solidão, a frustração da expectativa de vida a dois não são indenizáveis. Até mesmo porque para que se configure o dever de reparar não é necessário apenas que o ofendido demonstre sua dor, mas sim que estejam presentes todos os pressupostos como o dano, ilicitude e nexo causal. Sendo certo ainda, que a dor e a frustração, se não queridas, são ao menos previsíveis, lícita, portanto, não indenizáveis.

3.1 A indenização como forma de reparação de um dano

Pelo o que já foi exposto, é fácil concluir que, o instituto jurídico da responsabilidade civil é um instituto de difícil abordagem, principalmente quando se fala do dano moral no âmbito do Direito de Família. O sistema legal brasileiro não dispõe de regra prevendo expressamente a indenização dos danos praticados contra o cônjuge, porém existe entre os juristas uma grande preocupação com a possibilidade de se admitir a reparação pecuniária por danos morais no rompimento da relação conjugal, quando esta ruptura se fundar em culpa grave cometida por um dos cônjuges.

A base estrutural da sociedade é a família. Porém, o número de separações vem crescendo assustadoramente a cada dia. A partir do final do século XX, tornou-se corriqueiro as separações conjugais, as quais ocorrem pelos mais variados motivos, sendo certo que o principal deles é a infidelidade. Certos casos de adultério causam, sem dúvida, sofrimento atroz e profundos dissabores, com conseqüências funestas à vida familiar e, especialmente, ao cônjuge traído. A questão é se tais situações poderiam ficar impunes ou não?

Havendo dano moral, ele deve ser reparado, e o seu fundamento está no fato de que o indivíduo é titular de direitos de personalidade que não podem ser impunemente atingidos. Portanto, seria plenamente aceita a indenização por dano moral decorrente de ofensa à honra e a dignidade da pessoa humana? (GOMES, 2000, p.89)

Uma vez aceita a possibilidade do pedido indenizatório de danos morais pelo cônjuge inocente, a compensação poderá ser feita em pecúnia, cabendo ao juiz fixar esse limite com base em critérios como, por exemplo, a condição sócia econômica das partes, a gravidade da culpa, os sentimentos da vítima e a intensidade da dor. Este valor compensatório não poderá ser uma quantia irrisória, provocando no inocente uma segunda humilhação, nem ser excessivamente oneroso ao culpado, mas que o leve a refletir muito sobre seu ato, para que não cometa mais o mesmo erro (GOMES, 2000, p.89).

A seguir apresentará algumas opiniões prós e contras esta matéria, com o intuito de facilitar a compreensão sobre esta controvérsia.

3.2 Opiniões favoráveis a indenização pelo desfazimento da relação conjugal

Questão muito delicada é o divórcio. O Código Civil de 1916 já o previa como causa de dissolução da sociedade conjugal (art. 315). Segundo aquele texto o desquite poderia ser litigioso ou consensual. “Já a Constituição de 1934 previa a indissolubilidade do casamento e conferia à lei ordinária a determinação dos casos de anulação e desquite (art. 114)”. (BRANCO, 2006, p. 57).

Contudo, apesar de constantes tentativas de se introduzir o divórcio no ordenamento jurídico pátrio manteve-se o princípio da indissolubilidade do casamento nas Constituições seguintes, inclusive na Carta de 1967.

Todavia, a Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, deu nova redação ao art. 175, § 1º, da Constituição Federal, que passou a admitir o divórcio, nos seguintes termos: "o casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos".

Esclarece o mesmo autor: "com a superveniência dessa modificação constitucional, triunfou, em nosso país, a campanha contra o princípio da indissolubilidade, consagrado em todas as Constituições anteriores". (BRANCO, 2006, p.65).

E assim foi até o advento da Carta de 1988 que, ao manter a regra da dissolubilidade do casamento pelo divórcio, ampliou as hipóteses de prévia separação judicial por mais de um ano ou comprovada separação de fato por mais de dois anos, *in verbis*:

Art. 226 (...)

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

A regra em questão foi agasalhada pelo art. 1.580, caput, e § 2º, do Código Civil de 2002:

Art. 1.580. Decorrido 1 (um) ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, qualquer das partes poderá requerer sua conversão em divórcio.

§ 2º O divórcio poderá ser requerido, por um ou por ambos os cônjuges, no caso de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos.

Manteve-se o paralelo estabelecido entre o divórcio, que coloca fim ao casamento, e a separação judicial, que apenas põe termo aos deveres de coabitação, fidelidade recíproca e ao regime de bens, art. 1.576 do Código Civil de 2002.

Com a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 66 de 13 de julho de 2010, o § 6º do art. 226 passou a ter a seguinte redação: "Art. 226 (...) § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio."

Suprimiram-se, assim, os requisitos da prévia separação judicial ou de fato. Persiste o divórcio, mas agora sem necessidade do preenchimento de tais requisitos. Resta claro que a mencionada reforma facilitou a dissolução do matrimônio, deixando de condicionar o divórcio à prévia separação judicial ou de fato.

O constituinte reformador, porém, nada disse sobre a dissolução da sociedade conjugal, matéria, aliás, estranha ao texto constitucional desde sempre, pois, como visto, as Constituições limitaram-se a disciplinar a (in)dissolubilidade do casamento.

Assim, a Emenda nº 66, tão propagada pela imprensa disciplinou de forma diversa o instituto do divórcio.

No entanto, com estas inovações trazidas pela EC/66, foi retirada a figura da separação conjugal o eventual questionamento acerca da culpa pelo desfazimento do enlace conjugal, afastando-se a possibilidade de sua análise no rompimento do casamento civil, sem contudo, retirar os deveres a ele inerentes.

Uma das conseqüências geradas por ocasião desta exclusão é a questão da quantificação do valor dos alimentos, que, segundo art. 1.694, §2º, do Código Civil Brasileiro, está condicionada à culpa daquele que os postula.

Questiona-se, eliminado o instituto da separação do sistema jurídico pátrio, e restando prejudicada a identificação do culpado pela separação, quais as conseqüências jurídicas para aquele que não cumpre com os deveres matrimoniais? Não seria a indenização por danos morais, uma forma de punir aquele que infringiu os deveres conjugais (fidelidade recíproca e mútua assistência moral e material)?

Para uma parte da doutrina e jurisprudência, a indenização por dano moral seria uma forma de sancionar aquele que descumpre os deveres do casamento.

De forma diversa, no entanto, se posicionam alguns tratadistas, no sentido de que não vêm prejuízo na extinção do instituto da separação e a conseqüente impossibilidade de discussão acerca da culpa de um dos cônjuges.

Mesmo assim, é cada vez mais aceito por boa parte da comunidade jurídica, o entendimento que, os deveres matrimoniais estão expostos no art.1.566 do Código Civil, sendo que ocorrendo a violação de qualquer destes deveres, um cônjuge inocente poderá pleitear a separação, pois a vida em comum se torna insuportável, conseqüentemente, havendo a caracterização do dano, poderá pleitear também, a reparação do dano sofrido.

Para Cahali (1999, p.243),

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

É um raciocínio por demais lógico. Um dos conjugues comete um ato ilícito, no que tange a relação conjugal, configura-se um dano passível de indenização.

Cahali (1999, p.166) assinala a crescente manifestação doutrinária em favor do ressarcimento do sofrimento moral em razão da infração grave dos deveres conjugais e adverte que apenas impor o encargo alimentar em favor do cônjuge inocente, como se tudo pudesse e devesse ser compensado pela paga alimentar, que em tempos mais distantes, era quase sempre devida e necessária.

Durante muitas décadas e dentro da filosofia de que o casamento deveria ter a duração da própria existência terrena dos cônjuges, não eram muitos os processos judiciais de separação, eis que escassas as causas justificadoras do antigo desquite e se determinado matrimônio batesse às portas do Judiciário, com efeito, que a culpa separatória restava usualmente compensada pelo crédito alimentício prestado em favor do cônjuge inocente.

É por estarem desobrigados a essa perpetuação hipócrita que os cônjuges incorrem em culpa quando não cumprem os deveres e obrigações decorrentes do casamento, com fins de evitar qualquer dano psíquico ao outro.

Nesse mesmo sentido os ensinamentos de Ferraz (2001, p. 355) ressalta que "o fim da sociedade conjugal com base no descumprimento dos deveres matrimoniais gera a obrigação de reparar em face da presença dos pressupostos da responsabilidade civil: ato ilícito, nexo de causalidade e dano."

Constata-se, portanto, que mesmo sem a redação prevista no Projeto de Lei nº 6.960/2002, a legislação atual é suficiente para se garantir a devida reparação por danos morais ao cônjuge inocente em divórcio ou separação litigiosa em que houve sofrimento, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar e a sua integridade psíquica em razão do ato culposos do cônjuge descumpridor dos deveres e obrigações matrimoniais Ferraz (2001, p. 370).

É patente que entre os deveres conjugais, a questão da ruptura é sempre questão controversa, por se fazer tão presente em nosso cotidiano. Tal fato se deve por envolver temas muito caros a subjetividade humana.

Os defensores da reparação ainda advertem que, tal responsabilização não visa obrigar a manutenção de um relacionamento a qualquer custo, tanto que o próprio ordenamento evoluiu para que a dissolução ocorra por simples manifestação de vontade, independente de culpa ou motivo. O intuito é tão somente inibir viés ofensivo daqueles que se utilizam da convivência, intimidade, confiança, companheirismo e fidelidade, para cometer verdadeiros absurdos, e, até, crimes puníveis no âmbito do direito penal (BRANCO, 2006, p.149).

Outro endossador da legalidade da indenização dos danos causados pelo desfazimento de uma relação é Luiz Edson Fachin, ao alegar que:

A prática de ato ilícito pelo cônjuge, que descumpra dever conjugal e acarreta dano ao consorte, ensejando a dissolução culposa da sociedade conjugal, gera a responsabilidade civil e impõe a reparação dos prejuízos, com o caráter ressarcitório ou compensatório, consoante o dano seja de ordem material ou moral (1999, p. 79).

A violação dos deveres explícitos ou implícitos do casamento, constituindo ofensa à honra e a dignidade do consorte, caracteriza injúria grave, e, por conseguinte, pressuposto autorizador da separação judicial. A separação judicial ou o divórcio importam em um dano para o cônjuge atingido pela conduta antijurídica do outro, violadora dos valores conjugais que sustentam as relações familiares, ensejando a reparação dos danos patrimoniais, assim como dos danos morais.

Seguindo esta linha de defesa da indenização Gomes (2000, p. 79), assevera:

Sempre que ocorrer ofensa aos direitos da personalidade, que causem no ofendido aflições, humilhações ou profunda dor íntima, haverá um dano de natureza não patrimonial e o conseqüente dever de indenizar, portanto, é inegável que o abalo ou as lesões ocorridas no círculo familiar acarretam o surgimento de dores íntimas, a justificar a reparação por danos morais.

Ainda alega-se que, a nulidade ou a anulação do casamento conforme os artigos 1.548 e seguintes do Código Civil Brasileiro, também dão ensejo ao pedido de indenização moral por parte do cônjuge inocente ou enganado em face àquele contraente de má-fé e causador da nulidade.

O mesmo Gomes expõe (p.83) que,

A nulidade ou a anulação do casamento também ensejam a reparação do dano moral por parte do cônjuge que deu causa à nulidade ou à anulação, pois estas importam em um dano para o cônjuge inocente ou enganado, provocado pela conduta antijurídica do contraente de má-fé.

Intui-se com relativa facilidade que todos estes apontamentos anteriormente elencados, em prol da indenização pelo desfazimento da relação conjugal, esteiam-se todos no raciocínio de que a indenização além de compensar a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que afeta a integridade psíquica e bem-estar do cônjuge inocente, para estes juristas, ainda possui natureza preventiva ou social, pois inibe o cônjuge ofensor a repetir a conduta no futuro, gerando nele um processo de conscientização com imediatos reflexos sociais.

3.3 Opiniões desfavoráveis a indenização pelo desfazimento da relação conjugal

Embora exista uma orientação cada vez mais, favorável ao ressarcimento por danos morais entre cônjuges, esta postura contrasta com uma posição jurisprudencial, que não vê com simpatia esta modalidade de monetarização do Direito de Família.

Para aqueles que entendem não ser cabível a indenização quando há o rompimento da relação conjugal o perigo da extensão da indenizabilidade está em deferi-la, indiscriminadamente, para as hipóteses em que somente entre cônjuges, ou entre quem de uma forma mais genérica e abrangente vivencia relação afetiva, possa ocorrer determinada atitude que se queira como geradora de dano moral, como sucede nas infrações de deveres do casamento ou da união estável (DIAS, 2010, p.185).

A crítica é a de que, estejam sendo confundido, em muitos casos, qualquer incômodo da vida com fato gerador de dano moral. Como se a vida não fosse uma sucessão de múltiplos incômodos e como se não fosse um dos sentidos da vida exatamente enfrentar e resolver os problemas que elas nos cria. Teme-se assim, a “imobilização” dos seres humanos, que nada mais farão com receio de incidirem em dano moral a alguém. Concorde-se, entretanto, que

não possa um cônjuge ou companheiro infligir ao outro, por exemplo, agressões físicas e/ou morais (agressão moral entendida aqui não como o mal estar provocado por determinado comportamento não endereçado intencionalmente contra o cônjuge, mas sim como a ofensa verbal direta e dolosa) e não estar sujeito se for o caso, a indenizar por danos morais, assim como qualquer pessoa está sujeita a indenizar outrem por danos morais decorrentes de tais lesões (PEREIRA, 2002, p.95).

O já citado Cahali (1999, p.225), apesar de aceitar a doutrina pela indenização do dano moral por infração de dever do casamento, disserta que não é o entendimento dominante em nosso país. Ademais, reconhece que as legislações são omissas a respeito e que a doutrina discrepa sobre o tema.

Pereira (2000, p.36) mostra como em seu entendimento, que a patrimonialização das relações civis é incompatível com os valores fundados na dignidade da pessoa humana, adotados pelas constituições modernas. Aponta ainda que,

como a tendência é pela repersonalização do direito civil. Certa modalidade de moralismo hipócrita ou retrógrado puritanismo vitoriano está, a par dos interesses puramente financeiros, bastante feliz com o desfaldar da cruzada pela conduta exemplar, não pecaminosa e de angelical pureza nas relações erótico-afetivas (2000, p.36).

Na esteira destas observações o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu que a quebra do dever de fidelidade não gera indenização. A deliberação foi unânime e participaram do julgamento expoentes da Magistratura gaúcha e nacional, quais sejam a Desembargadora Maria Berenice Dias e os Desembargadores Eliseu Gomes Torres (relator) e Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Constou da ementa: *“A quebra de um dos deveres inerentes à união estável, a fidelidade, não gera o dever de indenizar, nem a quem o quebra, um dos conviventes, e, menos ainda, a um terceiro que não integra o contrato existente e que é, em relação a este, parte alheia”*.

Esta linha interpretativa se esmera ainda em demonstrar que, o sistema jurídico, na maioria dos casos, já sanciona o infrator com a condenação como cônjuge culpado, que, além de bastante afetar moralmente, implica nas consequências gravíssimas de perda do direito à guarda dos filhos e perda do direito a alimentos. Alegam que não há que acrescentar a isto, sem lei explícita, mais uma sanção, qual seja a indenização por dano moral, não sobrando assim, espaço para cogitar da reparabilidade por alegado dano moral oriundo de infração de dever do casamento (DIAS, 2010, p.137).

Isto sem falar que com o advento da Emenda Constitucional nº. 66, se afastou a idéia de culpa na ruptura do casamento, sob o fundamento de que a culpa é recíproca, ainda que, exteriormente, possa, de forma aparente, ser imputada mais a um dos cônjuges ou conviventes. Se a idéia mais avançada é elidir a consideração de culpa, menos base haveria para se cogitar do ressarcimento por dano moral.

A Desembargadora Maria Berenice Dias, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, especialista em assuntos de Direito de Família, escreveu artigo jornalístico sobre o tema, publicado em Zero Hora de 07 de janeiro de 2002, na pagina 11, no qual mostra sua desconformidade com a tese de dano moral em ruptura do vínculo matrimonial. *“Assim se revela de todo descabida e retrógrada a tentativa de inserir na lei obrigações de caráter indenizatório pelo fim do afeto, pois muitas vezes o desenlace do casamento é o melhor caminho para a felicidade”*.

4 JURISPRUDÊNCIAS

4.1 Primeiro caso

O STJ, examinando a hipótese de indenização no âmbito familiar, concluiu, por maioria de votos, que pode haver pedido de indenização por dano moral, fundado na cláusula geral de responsabilidade subjetiva. Assim, no REsp. 37051 SP (1993/0020309-6), a ementa diz:

O cônjuge responsável pela separação pode ficar com a guarda do filho menor, em se tratando de solução que melhor atenda ao interesse da criança. Há permissão legal para que se regule por maneira diferente a situação do menor com os pais. Em casos tais, justifica-se e se recomenda que prevaleça o interesse do menor; 2 . O sistema jurídico brasileiro admite, na separação e no divórcio, a indenização por dano moral. Juridicamente, portanto, tal pedido é possível: responde pela indenização o cônjuge responsável exclusivo pela separação; 3. Caso em que, diante do comportamento injurioso do cônjuge varão, a Turma conheceu do especial e deu provimento ao recurso, por ofensa ao art.159 do Código Civil, para admitir a obrigação de se ressarcirem danos morais⁴.

Pela leitura do Recurso Especial, acima transcrito, julgado em 16/04/2001, que teve como relator o Ministro Nilson Naves, percebe-se que a jurisprudência vem se manifestando a favor da indenização por danos morais, baseada na causa geral de responsabilidade do art.159 do Código Civil de 2002. Considerou o julgador constante naquela sessão que os fatos ocorridos durante a constância da união foram capazes de gerar, dores, sofrimento e humilhação à vítima.

⁴Disponível em www.stj.com.br

4.2 Segundo Caso

No mesmo sentido, considerando a existência de danos morais em razão do descumprimento dos deveres do casamento, foi a sentença mantida pela 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na Apelação Cível nº 1.0145.09.539414-7/001 da Comarca de Juiz de Fora em que figurou como apelante Geane Helena Rodrigues e apelados Marisy de Souza Alves e Lourival Sotto Maior Filho, tendo como Relator o Des. Gutemberg da Mota e Silva, onde Geane alegou ter sofrido constrangimentos em virtude do adultério praticado por seu ex-marido, Lourival Sotto Maior Filho, que teria mantido relacionamento amoroso com Marisy na constância do casamento, além de ter sido vítima de agressões físicas por parte de Lourival, cuja ementa diz:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - ADULTÉRIO - DEVER LEGAL DE FIDELIDADE CONJUGAL VIOLADO - INDENIZAÇÃO DEVIDA - INEXISTÊNCIA DE DEVER DE INDENIZAR DA CÚMPLICE DO ADÚLTERO - AGRESSÕES DA EX-ESPOSA AO CÚMPLICE APÓS FIM DO RELACIONAMENTO - COMPROVAÇÃO - DANO MORAL CARACTERIZADO - VALOR DA INDENIZAÇÃO - EXTENSÃO DO DANO - PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. A vida em comum impõe aos companheiros restrições que devem ser seguidas para o bom andamento da vida do casal e do relacionamento, sendo inconteste o dever de fidelidade mútua. São indenizáveis danos morais causados em virtude da traição do marido, que praticou ato ilícito, violando seu dever de fidelidade, o que acarretou danos à esposa traída. Embora seja reprovável, a atitude daquele que se relaciona amorosamente com pessoa casada não constitui ato ilícito, pois o dever legal de fidelidade se limita aos cônjuges. Comprovado que a ex-esposa agrediu a cúmplice do ex-marido, já desfeito o casamento, deve ela arcar com indenização para reparar os danos que provocou. A indenização deve ser suficiente exclusivamente para reparar o dano, pois se mede pela extensão do dano, nos termos do art. 944, caput, do Código Civil, não podendo ensejar enriquecimento indevido do ofendido. Recurso parcialmente provido⁵.

Na sentença, o Douto julgador entendeu que ficou comprovado o adultério, com a quebra da confiança e, por consequência o ato ilícito praticado por Lourival, que não cumpriu seu dever de fidelidade, ocasionando danos à Geane, impondo-se sua condenação ao pagamento de indenização.

Percebe-se que, pelo posicionamento que a jurisprudência vem adotando ultimamente, que a condenação por danos morais é uma forma de se punir o cônjuge ofensor pelo descumprimento dos deveres conjugais.

⁵Disponível em www.tjmg.com.br

4.3 Terceiro Caso

Lado outro, há aqueles que entendem que não há dano moral no rompimento da relação conjugal, como foi o caso de L.L.M.T que propôs ação indenizatória em face de M.C.T, onde pleiteava a autora a reparação por danos morais em decorrência da ruptura do casamento, cujo a ementa diz:

EMENTA: FAMÍLIA - AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL - CULPA - PARTILHA - INDENIZAÇÃO - ALIMENTOS - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ AFASTADA. 1 - A caracterização da impossibilidade da vida em comum do casal, bem como a demonstração da ruptura daquela por mais de um ano com a impossibilidade de sua reconstituição, é suficiente a decretação da 'separação-remédio', a despeito do pedido de decretação da 'separação-sanção'. 2 - A falência do casamento, por si só, não enseja indenização por dano moral. 3 - Não faz jus a receber alimentos a mulher jovem, saudável e com condições profissionais para se manter sem o auxílio do ex-marido. 4 - Quando não há condenação na sentença singular, a fixação dos honorários advocatícios deve ser estabelecida em valor certo. 5 - Os dispositivos processuais que cuidam da litigância de má-fé devem ser interpretados com cautela, sempre em vista da necessidade de ocorrência, de modo claro e evidente, do dolo, para a configuração da má-fé. 6 - Recursos não providos⁶.

No caso, o julgador entendeu que não foi comprovada culpa do requerido pela separação, tampouco os danos afirmados pela autora, baseados em violação dos deveres de respeito e consideração ao cônjuge, sendo, portanto, indevida pretensão de condenação do réu ao pagamento de indenização. Fundamentou-, que a falência do matrimônio não é capaz de ensejar, por si só, indenização, ficando, portanto descaracterizado o dano, a culpa e o nexo de causalidade.

⁶ Disponível em www.tjmg.com.br

5 CONCLUSÃO

Em se verificando o descumprimento do dever de fidelidade recíproca por parte de qualquer dos cônjuges ou companheiros emerge o exposto no art. 1572 do Código Civil de 2002, segundo o qual "*Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum*". Ainda, o art. 1573, segundo o qual, dão causa à impossibilidade da vida em comum o adultério e a conduta desonrosa.

Assim, se existem ao menos elementos circunstanciais que certificam acerca da existência da figura de grave violação dos deveres do casamento, tal fato resulta na insuportabilidade da manutenção da sociedade conjugal, justificando-se, assim, a decretação da separação do casal.

Quanto às conseqüências, no que tange aos alimentos, o Código Civil de 2002 concede mesmo ao culpado pela separação, o tão fadado direito a alimentos. Entretanto, ao cônjuge ou companheiro que descumpriu o dever de fidelidade, o valor dos alimentos é restrito a garantir sua sobrevivência.

Deste modo, muitos juristas consideram justo, que este se contente única e exclusivamente com os alimentos indispensáveis à sua sobrevivência, inclusive, não havendo que se falar, assim, na manutenção do padrão social de vida, com seus luxos e aparatos.

Para a diferenciação introduzida no Código Civil de 2002, no entanto, tem distinto pressuposto, pois serve exclusivamente para limitar os alimentos em favor do culpado pelo surgimento do estado de necessidade, sem questionar quem são os destinatários do benefício. Assim, persiste a intenção do legislador de punir o responsável pelo surgimento do encargo

alimentar. Ainda que sem o rigorismo anterior, continua sendo penalizado quem ousa se afastar do casamento adotando atitudes inadequadas à vida em comum. Este comportamento por parte de um dos cônjuges é, suscetível, inclusive de indenização por danos morais. Neste sentido já citado Cahali (1999, p.222) mostra que, "já se pronunciam em nossa jurisprudência, algumas manifestações favoráveis à indenização pelos danos sofridos pelo cônjuge inocente, em razão da causa que provocou a dissolução da sociedade conjugal".

O pedido de indenização por dano moral pode ser promovido quando restar configurado o descumprimento do dever de fidelidade, oportunidade em que, a conduta do cônjuge ou companheiro deve ser tipificada como crime, visto que ofende de forma expressiva a honra do ofendido.

Cumpra por fim, esclarecer que, a verificação do que se conceitua como dever, e a configuração de seu descumprimento, há de ser feita através da análise do caso concreto, conhecendo-se substancialmente a relação existente entre o casal.

Em sendo o Estado/Juiz colocado a serviço desta insólita e, porque não, importuna tarefa de demarcar um culpado pelo desfazimento de uma relação conjugal, que possivelmente, há tempos se desvaira, há de se destacar a função intrínseca do Judiciário de, tão somente resolver o conflito, buscando compreender sim, mas principalmente, superar as emoções decorrentes da ruptura de uma relação entre casais.

Assim, jamais poderemos esperar respostas feitas ou fórmulas mágicas quando o tema a ser interpretado é a ação humana. Principalmente quando esta se faz à luz da Ciência Jurídica.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da União, Brasília, 05 out.1988.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de Direito da Família e das Sucessões**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 1997.

CASTELO BRANCO, Bernardo, **Dano Moral do Direito de Família**, Método, 2006.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

CZAJKOWSKI, RAINER. **União Livre, à luz das leis 8.971/94 e 9.278/96**, Curitiba, Juruá, 1997.

DIAS. Maria Berenice e SOUZA. COELHO DE.Ivone M. C. **FAMÍLIAS MODERNAS: (INTER)SECÇÕES DO AFETO E DA LEI**. In Revista Brasileira de Direito de Família, vol. 8, p. 63-64.

_____ ; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). **Direito de Família e o novo Código Civil** . 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey., 2002.

_____ ; **Conversando sobre Família, Sucessões e o Novo Código Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____ ; **Manual de Direito das Famílias**, 4. ed. São Paulo; Editora dos Tribunais, 2010.

DIAS. José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987 v.2.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade Civil**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, v. 7.

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

FERRAZ, Carolina Valença. **A responsabilidade civil por dano moral e patrimonial na separação judicial**. São Paulo: PUC, 2001.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.v.3.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. **Elementos de Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo, 2010.

_____. **Responsabilidade Civil**. 6. ed São Paulo: Saraiva, 1995.

HADDAD, Luiz Felipe da Silva. **Reparação do dano moral no Direito Brasileiro**. In Livro de Estados Jurídicos. Niterói: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991. v.2

LEI 10. 406 de 10 jan.2002. Institui sobre o Código Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em 04. abr.2011.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). **Direito de Família e o novo Código Civil** . 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do "melhor interesse da criança": da teoria à prática. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, n. 6, p. 31-49, jul/set. 2000, p.36.

OLTROMARI, Vitor Ugo. **O dano moral na ruptura da sociedade conjugal**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil** .28.ed.São Paulo: Saraiva, 2008. v.6.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de Direito Civil**. São Paulo: Booksseler, 1999.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 9.ed. São Paulo:Atlas, 2009.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ZANELATO, Ezequiel Paulo. O afeto como fator preponderante para a manutenção da sociedade conjugal. **Revista Brasileira de Família**. v. 28. fev-mar-2005. Porto Alegre: Síntese-IBDFAM.

ZENUM, Augusto, **Dano Moral e sua Reparação**. São Paulo: Forense, 2007.

WELTER, Belmiro Pedro. **A secularização da culpa no Direito de Família**.

CRISLAINE. Andressa. Divórcio após a Emenda Constitucional 66/2010 e a extinção da culpa na dissolução do casamento. Disponível em www.advocaciafrancodelima.adv.br/2008/artigo.php?id_noticia=117. Acesso em 01.jul.2011.