

MARIA CAROLINA FANECO PEREIRA

**DA POSSIBILIDADE DE RESSARCIMENTO DOS DANOS
ORIUNDOS DO DESCUMPRIMENTO DE DEVER CONJUGAL NA
SEPARAÇÃO FUNDADA NA CULPA**

CURITIBA

2006

MARIA CAROLINA FANECO PEREIRA

**DA POSSIBILIDADE DE RESSARCIMENTO DOS DANOS
ORIUNDOS DO DESCUMPRIMENTO DE DEVER CONJUGAL NA
SEPARAÇÃO FUNDADA NA CULPA**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação
em Direito, da Universidade Federal do Paraná,
como requisito parcial à obtenção do diploma de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Eroulths Cortiano Junior

CURITIBA

2006

RESUMO

O presente trabalho teve por objeto a demonstração de que no Direito brasileiro, a partir da aplicação dos princípios gerais da responsabilidade civil, o ressarcimento de danos decorrentes do descumprimento do dever conjugal é juridicamente possível, mas tão somente quando haja separação judicial fundada na culpa. Para tanto, inicialmente buscamos demonstrar o novo perfil das relações familiares, que hoje estão pautadas pela afetividade, solidariedade e igualdade entre seus membros. A seguir, tratamos do casamento, haja vista o tema proposto basear-se tão somente nessa espécie de relação familiar, com a análise das suas finalidades e efeitos para os cônjuges. Após, apresentamos as formas adotadas pelo Direito brasileiro para a dissolução da sociedade e do vínculo conjugal, chegando à conclusão de que somente é possível a análise da culpa na separação fundada em grave descumprimento de dever conjugal. Por fim, traçamos um esboço da teoria da responsabilidade civil no Direito brasileiro, para, então, tratar da aplicabilidade dos princípios gerais dessa teoria ao casamento.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	01
2. A FAMÍLIA.....	03
2.1 A NOVA FAMÍLIA.....	03
2.2 IGUALDADE ENTRE CÔNJUGES.....	06
3. O CASAMENTO.....	10
3.1 NATUREZA JURÍDICA.....	10
3.2 FINALIDADES.....	12
3.3 EFEITOS JURÍDICOS.....	13
3.3.1 Dever de fidelidade.....	14
3.3.2 Dever de vida em comum, no domicílio conjugal.....	16
3.3.3 Dever de mútua assistência.....	17
3.3.4 Dever de guarda, sustento e educação dos filhos.....	18
3.3.5 Dever de respeito e consideração mútuos....	19
3.3.6 Deveres patrimoniais.....	20
4. SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO.....	20
4.1 NOÇÕES GERAIS.....	20
4.2 FUNDAMENTOS DA SEPARAÇÃO JUDICIAL E DO DIVÓRCIO.....	21
4.3 SEPARAÇÃO JUDICIAL.....	22
4.4 DIVÓRCIO.....	25
4.5 EFEITOS DA DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE E DO VÍNCULO CONJUGAL.....	26
5. REPARAÇÃO CIVIL DE DANOS ENTRE CÔNJUGES.....	27
5.1 RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO.....	27
5.1.1 Noções gerais.....	27
5.1.2 Pressupostos, fundamentos e espécies.....	30
5.1.3 Dano materiais e morais. Identificação e reparabilidade.....	34
5.2 DANOS OCASIONADOS POR DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES CONJUGAIS.....	39
5.3 DA APLICABILIDADE DAS REGRAS GERAIS SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL NO CASAMENTO.....	43
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	53
REFERÊNCIAS.....	55

1. INTRODUÇÃO

Neste estudo a respeito “da possibilidade de ressarcimento dos danos oriundos do descumprimento de dever conjugal na separação fundada na culpa” procuraremos desenvolver um esboço sobre a face da nova família do século XXI, perpassando pela análise do casamento, que atualmente ainda é a principal forma de se constituir família, e também do seu término por meio da separação e do divórcio, com o estudo das formas e conseqüências da dissolução da sociedade e do vínculo conjugal no Direito brasileiro e, por fim, examinaremos o quadro geral da responsabilidade civil para, então, tratar da aplicabilidade dos princípios gerais da teoria da reparação civil nos danos ocasionados entre os cônjuges no casamento.

A escolha desse tema deveu-se ao nosso especial interesse demonstrado no decorrer desses quase cinco anos pela área do Direito de Família, lugar em que, talvez, seja muito mais difícil dissociar os sentimentos e as experiências de vida da análise do caso concreto, para se chegar a uma decisão a mais justa possível. Ademais, o tema ainda não recebeu a devida atenção e tratamento que merece ter da doutrina e da jurisprudência, considerando-se ser o casamento o principal meio de formar família e de terem os cônjuges uma série de deveres, de cuja observância depende a própria subsistência do casamento, conquanto restem cada vez mais frequentemente descumpridos e sem a devida punição, fato que serve de incentivo para novas práticas violadoras.

O presente trabalho monográfico buscará analisar a tese de que danos causados no interior do matrimônio devido ao descumprimento dos deveres conjugais não podem ficar sem a devida reparação, tendo em vista que todo e qualquer prejuízo deve ser reparado, independentemente da esfera de relações em que as pessoas estejam inseridas, mesmo porque, para aqueles que entendem o contrário, imoral é deixar o indivíduo sem a devida proteção que o Direito deve lhe dar tão simplesmente em virtude de ser unido ao agente do dano pelo casamento.

Nesse sentido, procuraremos demonstrar que não se faz necessária a criação de regras específicas que venham disciplinar as relações familiares, sendo perfeitamente aplicáveis as previsões contidas em nossa legislação sobre a reparação civil para esses casos.

No primeiro capítulo analisaremos as características da nova família do século XXI, pautada na afetividade entre os indivíduos que a compõe e que buscam incessantemente a tão almejada felicidade dentre desse núcleo fundamental, célula-base da sociedade. Buscar-se-á principalmente demonstrar a ocorrência da repersonalização das relações familiares, com a proteção do indivíduo em detrimento da instituição, e ainda a igualdade nessas relações, notadamente entre os cônjuges, que passou a receber tratamento constitucional a partir de 1988.

No segundo e terceiro capítulo faremos um estudo acerca do casamento, enfocando a sua natureza contratual, e da separação e do divórcio, com as suas respectivas conseqüências nas pessoas dos cônjuges, o que refletirá nas conclusões a que chegaremos. Por fim, trataremos da responsabilidade civil no Direito brasileiro, seus fundamentos, pressupostos, espécies e reparação de danos, e da sua aplicabilidade no casamento.

Partindo do pressuposto de que as relações familiares devem estar pautadas na afetividade que une os indivíduos que a compõe e nos valores fundamentais da igualdade e da liberdade, além da preservação dos direitos da personalidade do indivíduo, uma vez que o constituinte de 1988 alçou o ser humano, a sua dignidade, a fundamento da República, colocando-o no centro do ordenamento jurídico, onde se privilegia mais o ser e não o ter, é que se verifica a possibilidade de indenização dos danos exsurgidos das relações conjugais.

Quando os cônjuges descumprem os deveres matrimoniais e disso resultam danos à vida, à integridade física e psíquica, à honra, isto é, lesionam a esfera da personalidade do seu consorte, impossível não se falar em responsabilidade civil, pois é justamente no ambiente familiar que o ser humano deve encontrar um espaço privilegiado para o desenvolvimento da sua própria personalidade, onde precisa ser reconhecido e valorizado, o que só se faz possível com a ajuda e respeito de seu consorte.

2. A FAMÍLIA

2.1 A NOVA FAMÍLIA

Vivemos numa era em que as relações afetivas sobressaem-se. E é na intimidade do lar que o sujeito encontra um espaço para o desenvolvimento da sua personalidade, pois é na família que possuímos um lugar privilegiado de auto-ajuda. A família representa o berço natural da pessoa, “o núcleo fundamental, a base mais sólida em que repousa toda organização social”.¹

De fato, a família é a célula-base de toda a estrutura social. É possível afirmar que todas as pessoas encontram-se dependentes de um grupo familiar e assim, vinculadas ao Direito de Família. Contudo, difícil é apresentar uma concepção que represente verdadeiramente a família, porquanto se trata de uma realidade social em constante modificação. A sua história é “longa, não linear, feita de rupturas sucessivas”², acentua a socióloga francesa MICHELLE PERROT.

A família do século XIX, caracterizada por ser extremamente rígida, patriarcal e matrimonializada, modelo pela nossa sociedade herdado, encontra-se decadente. Ela vem cada vez mais cedendo espaço para um novo tipo de família que tem por escopo “conciliar a liberdade individual com os laços afetivos do velho lar”.³

O modelo familiar do século XIX aglomerava uma série de funções, tais como política, econômica, religiosa, cultural e procracional. Desempenhava também relevante papel tanto para o Estado quanto para os próprios indivíduos, em razão de que à família cabia a “gestação da sociedade civil e dos interesses particulares”.⁴ Ela era a célula-base do Estado, cujos interesses eram sobrepostos aos dos seus membros, pois o seu bom funcionamento era garantidor da estabilidade e progresso da humanidade. Possuía um papel econômico importante, na medida em que era responsável pelo fornecimento de mão-de-obra e transmissão do patrimônio.

Esse grupo familiar também era extremamente hierarquizado, patriarcal e com uma divisão de papéis bem delineada. O marido ocupava posição hegemônica na sociedade conjugal, cabendo-lhe a chefia da família, sua representação legal e a

¹ MONTEIRO, Washington de Barros Monteiro. Curso de Direito Civil. 36. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 2: Direito de Família. p. 1.

² PERROT, Michelle. O nó e o ninho. *Revista Veja 25 anos: reflexões para o futuro*, Edição 1306, p. 74-81, Abril, 1993. p. 75.

³ PERROT, Michele. O nó... p. 75.

⁴ PERROT, Michele. Obra citada. p. 77.

administração dos bens, além da manutenção econômica do lar. Mulher e filhos lhe deviam inteira subordinação. A família era ao mesmo tempo, nas palavras de PERROT, ninho e nó, porque refúgio, centro de trocas afetivas, mas também fechada e rígida.

Fala-se que a família passa por um “processo de desintegração”, acarretado por inúmeras mudanças sociais, econômicas políticas e culturais, como a Revolução Industrial, as grandes concentrações urbanas, seguida das duas guerras mundiais e posteriormente a emancipação feminina.⁵

Paulo Luiz NETTO LÔBO⁶ aponta dentre as principais causas dessa transformação, insertas na realidade brasileira, a concentração urbana e a emancipação feminina. O fenômeno da concentração urbana foi crucial para o acesso das mulheres à educação e ao mercado de trabalho. Somente em decorrência da necessidade de sustentar os filhos e da crise da economia doméstica que se reconheceu às mulheres o direito ao trabalho. A industrialização e a urbanização também propiciaram a passagem da grande família, característica presente até o início do século XX no Brasil, para a família nuclear.⁷ Aquelas funções aglutinadas pela família foram sendo transferidas gradativamente para outras instituições, notadamente o Estado.

Além disso, PERROT⁸ assevera que a reestruturação ocorrida é fruto do desenvolvimento do individualismo no século XIX. O desejo de ser autêntico, de não estar adstrito a padrões e fazer as próprias escolhas tomou conta das pessoas.

A família atual encontra-se calcada na liberdade, igualdade, solidariedade e afetividade. De fato, “enquanto houver *affectio* haverá família, unida por laços de liberdade e responsabilidade, e desde que consolidada na simetria, na colaboração, na comunhão de vida não hierarquizada”.⁹

A perda daquelas antigas funções da família vem acompanhada do surgimento de uma nova: espaço para o desenvolvimento da afetividade e realização da dignidade humana de cada um dos seus integrantes.

⁵ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso de Direito de Família*. 4. ed. atual. Curitiba: Juruá, 2003. p. 12.

⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das famílias. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 6, n. 24, p. 136-156, jun./jul., 2004. p. 105.

⁷ FACHIN, Luiz Edson. *Elementos Críticos do Direito de Família*: curso de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 33.

⁸ PERROT, Michele. O nó... p. 78.

⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização... p. 138.

Hoje, os casamentos são mais raros, mais tardios e cada vez menos duráveis. A finalidade do casamento não é mais a procriação, pois o filho passa a ser visto mais como indivíduo e menos como descendente¹⁰. A mulher obteve oportunidade de escolha em se tratando de ser mãe.

A contrapartida dessas modificações é um aumento da “solidão material e moral que acompanha as separações”¹¹, mas a família não foi extinta segundo a socióloga francesa, fatores como a crise econômica e a AIDS, acabam por resultar na estabilidade das famílias e dos casais.¹²

O que as pessoas buscam atualmente é a harmonização da solidariedade familiar e da liberdade individual, surgindo novos modelos familiares, que são mais igualitários e maleáveis, diferentemente daquele modelo rígido e normativo da família do século XIX. Aquela família patriarcal, matrimonializada e hierarquizada, abre espaço para a união livre, a união estável e a monoparentalidade, em virtude das mudanças sociais, políticas e econômicas ocorridas.¹³

No direito brasileiro o Código Civil de 1916 reduzia a família ao matrimônio. Os novos paradigmas somente vieram a ser incorporados com a Constituição de 1988 (artigo 226, §§ 3º e 4º), ainda que aquela exclusividade tenha sido apenas abrandada¹⁴. Da unidade, passa-se à pluralidade familiar, pois a família foi recepcionada não mais como um modelo único.

Para a Constituição família e casamento são “realidades distintas”, porque a família não fundada no casamento também contém “as condições de sentimento, de estabilidade, e de responsabilidade social necessárias ao desenvolvimento da personalidade de seus membros (...)”.¹⁵ Assim, qualquer tratamento desigual resta proibido.

Com a Constituição de 1988 a família passou a ter especial proteção do Estado, de modo que essa proteção é um verdadeiro direito público subjetivo.¹⁶ Por outro lado, necessário salientar que, considerando-se a elevação da dignidade humana (artigo 1º, inciso III, CF/88) a fundamento da República, a tutela

¹⁰ PERROT, Michele. O nó... p. 76.

¹¹ PERROT, Michele. Obra citada. p. 80.

¹² PERROT, Michele. Obra citada. p. 80.

¹³ FACHIN, Luiz Edson. *Elementos...* p. 40.

¹⁴ FACHIN, Luiz Edson. Obra citada. p. 41.

¹⁵ MUNIZ, Francisco José Ferreira. A família na evolução do Direito brasileiro. In: Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.). *Direitos de Família e do Menor: inovações e tendências, doutrina e jurisprudência*. 3. ed. rev. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 69-81. p. 77.

¹⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização... p. 138.

constitucional passou a ser funcionalizada, ou seja, somente é válida na medida em que a família seja um centro de desenvolvimento da personalidade e dignidade humanas.¹⁷

Dessa feita, assevera NETTO LÔBO:

“O desafio que se coloca ao jurista e ao direito é a capacidade de ver a pessoa humana em toda a sua dimensão ontológica e não como simples e abstrato sujeito de relação jurídica. A pessoa humana deve ser colocada como centro das destinações jurídicas, valorando-se o ser e não o ter, isto é, sendo medida da propriedade, que passa a ter função complementar. (...) A restauração da primazia da pessoa, nas relações de família, na garantia da realização da afetividade e de sua dignidade, é a condição primeira de adequação do direito à realidade. Essa mudança de rumos é inevitável”.¹⁸

E é justamente dentro dessa perspectiva da família como centro privilegiado para o desenvolvimento da personalidade e dignidade dos seus membros que o princípio da igualdade ocupa lugar de relevância.

2.2 IGUALDADE ENTRE CÔNJUGES

As Constituições do Brasil sempre trouxeram em seu bojo o princípio da igualdade da lei para todas as pessoas, contudo, a legislação infraconstitucional, durante longas décadas, foi permeada por regras que estabeleciam desigualdades entre o homem e a mulher com relação ao casamento.

O Código Civil de 1916 (Lei nº 3.071) dispunha no seu artigo 6º que as mulheres casadas eram “pessoas relativamente incapazes”, assim como os menores púberes, os pródigos e silvícolas. Ademais, ao marido cabia, ressalte-se, com exclusividade, a chefia da sociedade conjugal e o pátrio-poder sobre os filhos, consoante artigos 233 e 240 do referido código.

Para o legislador do Código Civil de 1916, a família possuía modelo unitário, somente era reconhecida a família matrimonializada, além de ser hierarquizada e marcada por uma profunda exclusão e discriminação. A sociedade conjugal encerrava papéis bem definidos e havia uma notável hierarquia entre os cônjuges. Os poderes e deveres previstos no código revelavam, por um lado, uma “ordem

¹⁷ TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: *Temas de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 349-368. p. 352.

¹⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização... p. 152.

fundada na autoridade do marido” e, de outro, que a família estava centrada em torno dele. Em decorrência da “absoluta superioridade do marido” é que o Código Civil recepcionou o entendimento da incapacidade relativa da mulher casada e não lhe concedeu legitimidade para a prática autônoma de certos atos jurídicos. A chefia exclusiva pelo marido, bem como os poderes daí decorrentes, era fundada na idéia de “garantia da ordem e unidade” familiar.¹⁹

Para Francisco José Ferreira MUNIZ, a bem demarcada divisão de papéis, com a atribuição de funções determinadas a cada um dos cônjuges, é que propiciava a desigualdade na sociedade conjugal.²⁰

A Lei nº 4.121/1962, denominada de Estatuto da Mulher Casada, foi o primeiro ato legislativo a amenizar um pouco das desigualdades existentes entre o homem e a mulher. As mulheres casadas passaram a não mais integrar o rol das pessoas relativamente incapazes previsto no Código Civil, bem como à mulher foi atribuído o papel de colaboradora no exercício da chefia conjugal e do pátrio-poder, além da colaboração no sustento da família (artigos 233 e 380). Desse modo, a mulher poderia livremente exercer uma profissão, contribuindo para melhorar a sua posição no interior da família. Entretanto, infere-se dessas modificações que as desigualdades ainda continuaram em curso, mesmo porque a unidade familiar ainda predominava sobre a igualdade.

Somente com promulgação da Constituição da República de 1988 que esse quadro foi realmente alterado, conquanto tenha havido forte resistência doutrinária por vários anos que se seguiram à promulgação. As modificações havidas no Brasil são provenientes da influência ocasionada pelas reforma francesa de 1972 e portuguesa de 1977, provocando uma “tendência de constitucionalização do Direito de Família”.²¹

A Constituição de 1988, além de dispor sobre os princípios gerais de que “todos são iguais perante a lei” (*caput* do artigo 5º) e que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”, trouxe previsão expressa, insculpida no artigo 226, § 5º, de que “os direitos e deveres referente à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”, corolário do princípio da dignidade da

¹⁹ MUNIZ, Francisco José Ferreira. A família... p. 69-71.

²⁰ MUNIZ, Francisco José Ferreira. Obra citada. p. 72.

²¹ FACHIN, Luiz Edson. *Elementos...* p. 35 e 36.

pessoa humana (artigo 1º, III) porque homens e mulheres são iguais em “valor humano e social”.²²

Com a inserção do princípio da igualdade entre os cônjuges em nosso ordenamento, houve uma transferência daquele modelo patriarcal de família para um mais igualitário, pautado na direção conjunta da família pelo homem e pela mulher. Ademais, a igualdade de tratamento entre homem e mulher no casamento foi alçada à categoria de princípio fundamental do Direito de Família, integrando o direito positivo.

Não obstante as profundas modificações introduzidas no direito brasileiro com a Constituição de 1988, a legislação ordinária somente trilhou o mesmo caminho muitos anos após, com o advento do Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406).

Durante esse íterim, discutiu-se a respeito do alcance dado à norma constitucional prevista no artigo 226, § 5º, se era de aplicação imediata ou dependente de regulamentação por lei ordinária. Posicionamentos nos dois sentidos se formaram.

Para João Batista VILLELA²³ o princípio da igualdade é “vago e geral” e a sua aplicação imediata representaria um “salto sobre a atividade do legislador” porque ao Judiciário e à doutrina estaria sendo dado o poder de elaborar as leis, usurpando uma função do Legislativo. O autor observa também que para a implementação das leis são necessárias condições efetivas e enquanto o legislador ordinário não proceder à eliminação da ordem antiga e implantar, simultaneamente, uma nova ordem, a ordem antiga deve prevalecer integralmente, sob pena de quebra da estabilidade das relações familiares.

Já para Segismundo GONTIJO²⁴, apesar de considerar mais oportuno e razoável o caminho traçado por lei ordinária, porque a omissão no que tange ao modo pelo qual se implementaria essa igualdade gerou uma insegurança jurídica, não deixa de reconhecer a auto-aplicabilidade do preceito constitucional, não, contudo, sem tecer críticas. Assevera que a aplicação imediata é “induidosa” e que

²² MUNIZ, Francisco José Ferreira. A família... p. 79.

²³ VILLELA, João Baptista. Sobre a igualdade de direitos entre homem e mulher. In: Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.). *Direitos de Família e do Menor: inovações e tendências, doutrina e jurisprudência*. 3. ed. rev. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 133-154. p. 138-140.

²⁴ GONTIJO, Segismundo. A igualdade conjugal. In: Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.). *Direitos de Família e do Menor: inovações e tendências, doutrina e jurisprudência*. 3. ed. rev. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 155-172. p. 156, 157 e 165.

a chefia da família e administração dos bens pertencem a ambos os cônjuges, em forma de co-gestão.

Regina Beatriz Tavares da Silva PAPA DOS SANTOS defende a auto-executoriedade da norma supracitada, asseverando que ela não foi vinculada a qualquer lei posterior, além de conter a “completa definição da hipótese: direitos e deveres oriundos do casamento, e da disposição: igualdade entre os sexos”.²⁵ A autora sustenta ainda, fundamentada em doutrina constitucional, que, conquanto essa norma seja considerada não auto-aplicável, ela teria o poder de revogar leis anteriores incompatíveis, ou seja, aquelas que colidem com a igualdade conjugal, assim como a “inércia legislativa, (...), é inconstitucional e não pode servir de apoio à manutenção e vigência das disparidades entre os cônjuges”.²⁶

Para Luiz Edson FACHIN, em 1988 houve uma transmutação essencial, “a legislação infraconstitucional acaba sendo recolhida, no plano dos princípios básicos, pelo capítulo da família na Constituição Federal. Na incompatibilidade, não há recepção por inconstitucionalidade superveniente”.²⁷ Assinala também que os princípios constitucionais possuem caráter de “regras básicas” do Direito de Família, bem como são vinculantes e aplicam-se diretamente às relações familiares.²⁸

Atualmente, com o advento do novo Código Civil em 2002, aquela nova ordem de princípios constitucionais fundados na valorização da pessoa humana e proteção dos direitos fundamentais, que tem por objetivo a sua integral realização, foi inteiramente recepcionada pela legislação ordinária.

Dessa feita, é absoluta a igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges, pois:

“(...) o incentivo às diferenças jurídicas, com prejuízo à mulher, é fomentar a violência masculina (...). Consagrar a igualdade entre homem e mulher é (...) forma absolutamente necessária, ainda que não suficiente, para que a mulher seja vista com maior dignidade e respeito, o que reduziria as humilhações e agressões que, aos milhões, padece todos os dias”.²⁹

²⁵ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação Civil na Separação e no Divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999.p. 66.

²⁶ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação...* p. 66 e 67.

²⁷ FACHIN, Luiz Edson. *Elementos...* p. 36 e 37.

²⁸ FACHIN, Luiz Edson. *Obra citada*. p. 47 e 48.

²⁹ PEREIRA, Sérgio Gischkow. Algumas reflexões sobre a igualdade dos cônjuges. In: Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.). *Direitos de Família e do Menor: inovações e tendências, doutrina e jurisprudência*. 3. ed. rev. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 117-132. p. 117 e 132.

Ao contrário do que afirmou inicialmente parte da doutrina, conforme demonstrado, Sérgio Gischkow PEREIRA salienta que:

“A igualdade dos cônjuges não conduz à decomposição da família. Quando assim sucede, é porque as relações entre os cônjuges já estão em decadência, em degeneração, em fase de caráter patológico, sem autenticidade de afeto e vontade de companheirismo. Eventuais conflitos na co-gestão somente estariam trazendo à tona o que de problemático permeava a convivência familiar, contribuindo para uma correção de rumos ou para uma separação capaz de evitar a permanência de uma união artificial e falsa, sem carinho, sem amor, o que destrói os esposos e tem funestas seqüelas para os filhos.”³⁰

A família deve ser, portanto, o centro privilegiado de desenvolvimento e proteção do ser humano e qualquer que seja a desigualdade atribuída aos seus membros é um ato atentatório à dignidade e barreira à realização da personalidade humana, considerando-se que as relações familiares devem estar pautadas na afetividade, solidariedade, liberdade e igualdade.

3. O CASAMENTO

3.1 NATUREZA JURÍDICA

Comumente tratado como a união material e espiritual de um homem e uma mulher para o fim de constituir família, o casamento é reconhecido hoje como um direito do ser humano no artigo 226 da Constituição de 1988. Trata-se de norma cogente, por isso mesmo é vedado qualquer tipo de restrição à liberdade de casar-se e a previsão de cláusula celibatária em contratos.

Entretanto, um dos temas mais polêmicos diz respeito a sua natureza jurídica, o que deu ensejo à criação, basicamente, de três teorias: institucional, contratual e eclética.

Primeiramente, cumpre observar que a opção por uma dessas três teorias influirá no tema do presente estudo, tendo em vista que, como se verá adiante, a responsabilidade civil pode decorrer da violação de dever contratual ou então de

³⁰ PEREIRA, Sérgio Gischkow. Algumas... p. 118 e 119.

norma legal constante do ordenamento jurídico e a diferença reside na presunção da culpa que ocorre na modalidade contratual.

Para a teoria institucional o casamento é uma instituição, haja vista a interferência do Estado na formação de um estatuto jurídico pré-organizado ao qual os nubentes apenas aderem, com caráter inalterável de seus efeitos. Para a teoria contratual, o casamento é contrato em sentido amplo, isto é, ato formado por livre acordo de vontades; mas a natureza desse contrato é especial, de Direito de Família, porque a ele não são aplicáveis as regras atinentes aos negócios jurídicos de direito patrimonial, possuindo toda uma regulação própria. Por fim, a teoria eclética consagra o casamento como contrato na sua formação e instituição quanto ao seu conteúdo.³¹

Paulo Henrique de Arruda GONÇALVES³² observa que para se estabelecer a qualificação jurídica do casamento não é possível observar apenas o ato constitutivo, tampouco somente a sua eficácia, mas sim como um todo indissociável. Na opinião do autor "a declaração de vontade dos nubentes, aliada ao pronunciamento do celebrante, desencadeia o estado matrimonial (...), geral e impessoal, regido por normas cogentes [pelo que é] possível qualifica-lo como um negócio jurídico complexo e solene".³³ Dessa feita, para GONÇALVES o casamento é contrato na sua formação, porém instituição no seu conteúdo.

A maior parte da doutrina entende, contudo, ser o casamento um contrato, mas de natureza especial, pois é necessária a manifestação da vontade na sua constituição e, de outro lado, a sua disciplina, como a capacidade, os vícios de consentimento e os efeitos, está regulamentada no capítulo do Código Civil atinente ao Direito de Família. Sustenta-se que as normas que regerão o casamento estão previstas no ordenamento jurídico, mas dentro dessas previsões de ordem imperativa, há um espaço de liberdade para que os nubentes decidam sobre certos aspectos da vida conjugal. Observa-se ainda que sem a livre manifestação da vontade em contrair matrimônio, casamento não há, mas também se faz necessária a presença do Estado para aperfeiçoá-lo.³⁴

³¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito Civil Aplicado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. v. 5: Direito de Família. p. 48 e 49; GONÇALVES. Paulo Henrique de Arruda. Da natureza jurídica do casamento. In: *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 6, n. 22, p. 67-94, out./dez., 1982. p. 84-87.

³² GONÇALVES. Paulo Henrique de Arruda. Da natureza... p. 81.

³³ GONÇALVES. Paulo Henrique de Arruda. Obra citada... p. 90.

³⁴ Nesse sentido ver: SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa. *Reparação...* p. 57; FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Código Civil Comentado: direito de família*,

Nesse sentido PAPA DOS SANTOS assinala que:

“o caráter volitivo está presente na formação, duração e dissolução do casamento, sendo que, por ser regulamentado por normas de ordem pública, de caráter imperativo, sua natureza contratual é especial: é um contrato de direito de família, regido por disposições específicas no âmbito da capacidade dos contraentes, dos vícios do consentimento e dos efeitos que tem, aplicando-se-lhe, no entanto, as normas de interpretação dos contratos ditadas pelo Direito Privado”.³⁵

A natureza de negócio jurídico leva-nos a concluir que o casamento é um ato de autonomia privada do sujeito de direitos, princípio do Direito Civil clássico em que está centrado nosso ordenamento, ainda que hoje de forma mitigada. Não obstante o grande número de regras cogentes do Direito de Família, o Direito reconhece ao homem e à mulher um “espaço de liberdade” para que façam suas próprias escolhas.³⁶

A autonomia privada manifesta-se na opção pelo casamento, bem como pela liberdade de não se casar. Por outro lado, os cônjuges podem escolher o regime de bens que permeará o casamento. Há que se salientar que essa liberdade é desempenhada nos limites impostos pela Constituição e pelo Código Civil. Por ser um negócio jurídico decorrente da autonomia privada, para a constituição do vínculo matrimonial, indispensável é a declaração de vontade que deve ser expressada por ambos os nubentes.

3.2 FINALIDADES

O artigo 1.511 do Código Civil assim dispõe: “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”.

Para José Lamartine Côrrea de OLIVEIRA e Francisco José Ferreira MUNIZ o casamento constitui-se em “(...) negócio jurídico de Direito de Família por meio do qual um homem e uma mulher se vinculam através de uma relação jurídica típica,

casamento. Álvaro Villaça Azevedo (Coord.). São Paulo: Atlas, 2003. v XV. p. 21.

³⁵ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação...* p. 61.

³⁶ OLIVEIRA, José Lamartine Côrrea de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso...* p. 126.

que é a relação matrimonial. Esta é uma relação personalíssima e permanente, que traduz ampla e duradoura comunhão de vida”.³⁷

Nesse mesmo sentido posiciona-se SILVA ao assinalar que “as pessoas, originalmente limitadas, querendo superar suas deficiências, encontram em seu par o campo fértil para o alcance da felicidade, por meio de conduta de aperfeiçoamento constante, baseada no mútuo respeito e no apoio recíproco”.³⁸

Dessa forma, o casamento tem por escopo a comunhão plena de vida entre os cônjuges, isto é, as relações pessoais entre eles, porque é na família que os seres humanos buscam a realização pessoal, a consecução dos seus objetivos individuais como forma de encontrar a felicidade tão almejada. A família constitui-se em espaço de afeto, autonomia e liberdade, nesse sentido cada cônjuge deve colaborar para a realização pessoal do outro, o que somente pode ocorrer com a prática constante de comportamentos de mútuo auxílio e respeito.³⁹

3.3 EFEITOS JURÍDICOS

O casamento pode ser visto sob duas óticas: por um lado representa o negócio jurídico celebrado pelos nubentes e, de outro, a relação jurídica originada desse negócio jurídico, ou seja, a sociedade conjugal pela qual os cônjuges tomam para si direitos e deveres recíprocos.

Dispõe o *caput* do artigo 1.565 do CC o seguinte: “pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família”. Já o artigo 1.566 do mesmo diploma legal assevera que “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”.

Os efeitos advindos do casamento são personalíssimos e indeclináveis, tendo em vista que suas normas possuem caráter imperativo. Traduzem-se na própria relação matrimonial, a qual “melhor se expressa pela noção de comunhão de vida do que pela análise descritiva de direitos e deveres, de natureza pessoal ou patrimonial,

³⁷ OLIVEIRA, José Lamartine Côrrea de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. Obra citada. p. 125.

³⁸ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Débito Conjugal. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). *Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil Brasileiro*: Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 531-541. p. 533.

³⁹ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação*. p. 62.

que o casamento cria”.⁴⁰ De outro lado, podem ser vistos ainda como uma limitação espontânea à liberdade pessoal de cada cônjuge, que perdura até o fim da união matrimonial.⁴¹

Para OLIVEIRA e MUNIZ⁴² a plena comunhão de vida é o principal efeito gerado pelo casamento e dele é consequência o direito e o dever de ambos os cônjuges à vida em comum. A plena comunhão de vida possui um papel de princípio geral que permeia todo o Direito Matrimonial.

Contudo, observa Orlando GOMES⁴³ que os efeitos do casamento não se exaurem nos deveres conjugais, existindo outros, mas como pertencem a institutos diferentes, são disciplinados em capítulos próprios (emancipação do cônjuge menor de idade; vínculo de afinidade entre cada cônjuge com os parentes do outro; para citar alguns).

Atentaremos nesse trabalho apenas para os principais efeitos do casamento, isto é, os deveres recíprocos de ambos os cônjuges, porquanto é em decorrência da infração desses deveres que encontra fundamento a reparação de danos ocasionados no interior da sociedade conjugal.

Consoante acima demonstrado, o Código Civil dispõe no artigo 1.566 uma ordem exemplificativa de deveres conjugais, de conteúdo pessoal e patrimonial, que serão a seguir delineados. Assinale-se por fim, que os efeitos pessoais do casamento, via de regra, são indisponíveis, quanto aos demais, a tendência moderna é que sejam pautados na liberdade.⁴⁴

3.3.1 Dever de fidelidade

O dever de fidelidade sempre esteve ligado à idéia de exclusividade do cônjuge quanto às relações sexuais, em virtude do acolhimento da monogamia pela nossa legislação. Por isso mesmo esse dever era contraposto, na redação originária do Código Civil de 1916, ao mais grave descumprimento de dever conjugal apto a ensejar desquite litigioso, o adultério (artigo 317, I).

Com a Lei 6.515/77, a chamada Lei do Divórcio, revogaram-se todas as disposições do antigo código relativas à dissolução da sociedade conjugal. O novo

⁴⁰ OLIVEIRA, José Lamartine Côrrea de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso...* p. 285.

⁴¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito...* p. 127.

⁴² OLIVEIRA, José Lamartine Côrrea de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso...* p. 290.

⁴³ GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 131.

⁴⁴ OLIVEIRA, José Lamartine Côrrea de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso...* p. 126.

sistema passou a utilizar uma cláusula geral ao invés de hipóteses expressamente previstas, demandando um exame mais atento quanto ao conteúdo e sentido dos deveres conjugais.

Dessa feita, não só o adultério propriamente dito (manutenção de relação sexual com terceiro), mas qualquer outro comportamento lascivo que acarretasse na quebra da confiança conjugal, com desrespeito à honra do outro consorte, passou a ser tratado como infração ao dever de fidelidade.⁴⁵

Para Carlos Alberto BITTAR, o dever de fidelidade consiste na “limitação da liberdade sexual de cada cônjuge para a consecução dos fins o casamento, dentro de senso de moral que repele a promiscuidade sexual em ambiente familiar”.⁴⁶

OLIVEIRA e MUNIZ asseveram que esse dever representa “uma leal dedicação de vida, tanto na dimensão física quanto na espiritual”, concluindo que “assim conceituada, a noção de fidelidade colhe o sentido ético da relação matrimonial e se insere no eixo mesmo da noção básica de comunhão de vida”.⁴⁷

O dever de fidelidade é tratado pela doutrina sob dois aspectos: material ou físico e imaterial ou moral. A infidelidade material ocorre com a prática de ato sexual do cônjuge com terceira pessoa de sexo oposto ou ainda do mesmo sexo, o chamado adultério. Já a infidelidade moral, o quase-adultério, consubstancia-se em atos que evidenciem a intenção de satisfação sexual fora da sociedade conjugal. As “intimidades excessivas do cônjuge com terceira pessoa, que extrapolam os limites da pura amizade”⁴⁸ são tratados como quase-adultério.

Por outro lado, essa nova concepção do dever de fidelidade não confere a nenhum dos cônjuges o direito de se imiscuir na esfera de privacidade do outro. Isso significa que cada um dos cônjuges permanece com aquela esfera de liberdade que a todo ser humano é dada para o desenvolvimento da própria vida.

Saliente-se ainda que o nosso Direito não admite qualquer tipo de compensação de culpas, assim, um cônjuge não pode invocar a prática de adultério pelo outro consorte para ilidir a sua culpa em igual acusação. Contudo, o perdão da infidelidade é juridicamente aceito, o que normalmente ocorre com a continuidade da

⁴⁵ Por outro lado, há autores que entendem ser a “infidelidade” moral uma injúria grave, nesse sentido ver: GOMES, Orlando. *Direito...* p. 136; CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e Separação*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 377.

⁴⁶ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993. p. 117.

⁴⁷ OLIVEIRA, José Lamartine Côrrea de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso...* p. 293.

⁴⁸ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação...* p. 71.

coabitação, sendo necessária uma análise em concreto, nesse caso, a respeito da suportabilidade da vida em comum.

3.3.2 Dever de vida em comum, no domicílio conjugal

Tradicionalmente chamado como dever de coabitação, a vida em comum no domicílio conjugal faz parte da própria essência do casamento.⁴⁹

A vida em comum possui um significado bastante amplo, normalmente compreendida como a comunhão de teto, mesa e cama. Assim, esse dever não envolve apenas o chamado *debitum conjugale*, pois o dever e direito à vida sexual com o outro cônjuge é apenas um dos seus aspectos. A comunhão de vida sexual está ligada à idéia de dedicação privativa, sincera e leal entre os cônjuges.⁵⁰ Já a vida em comum no seu aspecto mais amplo trata da “convivência natural, íntima, inclusive sexual e espiritual, no lar conjugal, sob a égide da comunhão de interesses que envolve a família”, assinala BITTAR.⁵¹

Por outro lado, esse dever não é absoluto, está adstrito às circunstâncias de fato da vida de cada um dos cônjuges, consoante reconhece o artigo 1.569 do Código Civil, cito-o: “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”.

Assim, possível concluir que o dever de vida em comum possui um conteúdo diferente para cada casal, considerando-se que somente no dia-a-dia de cada um dos cônjuges ele vai ser concretizado. Sendo assim, em certas circunstâncias, mas somente excepcionais, os cônjuges podem até mesmo residir em locais diferentes, o que ocorre, por exemplo, em virtude da ocupação profissional ou mesmo em decorrência de afastamento para estudos. No entanto, o fato de residirem sobre o mesmo teto não exprime necessariamente que a vida em comum exista.

O descumprimento da vida em comum ocorre quando há recusa injustificada à prestação sexual ou abandono do lar. Nesse caso, configura abandono do lar somente a saída do domicílio conjugal de forma voluntária ou espontânea e com ausência de justa causa. Dessa forma, não há infração à vida em comum quando um dos cônjuges é obrigado a afastar-se do lar em decorrência do trabalho,

⁴⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso...* p. 119.

⁵⁰ OLIVEIRA, José Lamartine Côrrea de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso...* p. 294.

⁵¹ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito...* p. 117.

tratamento de saúde, ou ainda em virtude de comportamento agressivo ou desonroso do outro consorte.

3.3.3 Dever de mútua assistência

A mútua assistência (*mutuum adjutorium*) é uma das finalidades básicas do matrimônio, envolve aquilo que um ser humano almeja ao dividir a sua vida com uma outra pessoa, isto é, “respeito, sinceridade, recíproca ajuda e mútuos cuidados”.⁵² Significa o amparo constante no cotidiano dispensado por um cônjuge ao outro, tanto nos momentos felizes quanto nas desventuras.

Para GOMES a assistência significa a ajuda mútua entre os cônjuges em “todas as circunstâncias da vida, compartilhando dores e alegrias, um confortando o outro na adversidade, um cuidando do outro na enfermidade”.⁵³ Esse dever possui um conteúdo altamente ético e inconstante, uma vez que vinculado aos costumes, variando conforme o comportamento de cada consorte com o outro e o ambiente em que vivem, conclui o jurista.⁵⁴

O dever de mútua assistência de um lado envolve conteúdos morais e de outro, conteúdos materiais, isso porque tem por escopo a “satisfação de necessidades espirituais, de conforto, de carinho e de compreensão, e, de outro lado, de necessidades econômicas, da vida normal da pessoa, como alimentação, vestuário, tratamento, medicamento e outras tantas”.⁵⁵

No tocante ao seu conteúdo material, representa o “auxílio econômico necessário à subsistência dos cônjuges, a constante contribuição para com os encargos do lar, compreendendo a prestação de alimentos em sentido amplo – *alimenta naturalia* (alimentação propriamente dita) e *alimenta civilia* (habitação, vestuário, medicamento, transporte e lazer)”.⁵⁶

Consoante alterações introduzidas pela Constituição Federal de 1988 (artigo 226, § 5º) e mais recentemente a disposição expressa no Código Civil de 2002 (artigo 1.568), cada consorte deve cumprir a assistência material na proporção dos seus bens e rendimento do seu trabalho.

⁵² OLIVEIRA, José Lamartine Côrrea de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso...* p. 295 e 296.

⁵³ GOMES, Orlando. *Direito...* p. 137

⁵⁴ GOMES, Orlando. *Obra citada.* p. 138.

⁵⁵ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito...* p. 118.

⁵⁶ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação...* p. 74.

Quanto ao seu aspecto moral ou imaterial, leciona BITTAR que a mútua assistência consiste nos “cuidados devidos para com a pessoa do outro, seja na paz, seja na atribulação, seja na alegria, seja na enfermidade, fazendo com que cada qual propicie ao seu par os meios próprios para a sua complementação, ou para superação das necessidades básicas, do espírito e do corpo.”⁵⁷

A mútua assistência imaterial implica na proteção dos direitos da personalidade do outro cônjuge, contra quaisquer atos ou fatos que possam ofendê-la. Entretanto, observa PAPA DOS SANTOS que esse conteúdo protetivo não gera o direito de controle excessivo para com o outro consorte, mesmo porque também exige dos cônjuges o respeito recíproco pelos direitos da personalidade do outro.⁵⁸ Apresenta a autora o conceito da assistência imaterial como sendo o “dever de proteger e respeitar os direitos da personalidade do outro cônjuge”⁵⁹, dentre os quais se destacam a vida, a integridade física e psíquica, a honra, a liberdade, o segredo e a imagem.

Dessa forma, são condutas contra o consorte que violam o dever de assistência imaterial, dentre outras, a tentativa de homicídio, sevícia, injúria grave e anulação da liberdade individual do ser humano (à exceção da liberdade sexual que é restringida pelo casamento).

3.3.4 Dever de guarda, sustento e educação dos filhos

Os pais têm o dever comum de “guarda, sustento e educação dos filhos” (artigo 1.557, IV, do Código Civil), os quais também são direitos fundamentais dos filhos, consoante artigo 229 da Constituição Federal. Esse dever possui duas vertentes:

“De um lado, têm os pais o dever de assegurar aos filhos os meios materiais necessários à sua criação e formação: alimentação, vestuário, teto, instrução escolar, saúde. De outro lado, uma adequada assistência moral e educacional, que supõe que os pais estejam pessoalmente envolvidos no processo de formação do filho, através da convivência normal à vida familiar”.⁶⁰

⁵⁷ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito...* p. 118.

⁵⁸ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação...* p. 74.

⁵⁹ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Obra citada.* p. 76.

⁶⁰ OLIVEIRA, José Lamartine Côrrea de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso...* p. 298.

O dever de guardar, sustentar e educar os filhos diz mais respeito aos pais com relação aos seus filhos do que com os cônjuges entre si.

O dever de sustentar os filhos envolve um conteúdo econômico, que deve ser satisfeito por ambos os cônjuges de acordo com suas possibilidades (artigo 1.568 do Código Civil). Já o dever de guardar e educar consiste na criação e educação dos filhos para a vida, que, além de ser um dever, também é um direito dos pais.

A infração desse dever possui conseqüências civis, como a suspensão ou perda do poder familiar, e também penais, podendo caracterizar o crime de abandono (artigo 244 e 246 do Código Penal).

As questões atinentes aos deveres e direitos dos pais para com os filhos são tratadas especificamente no instituto do poder familiar (artigos 1.630 e ss. do Código Civil).

3.3.5 Dever de respeito e consideração mútuos

Pode-se afirmar que o dever de respeito e consideração mútuos já estava contido, ainda que de forma implícita, na redação do Código Civil de 1916. Por considerar de suma importância o respeito nas relações conjugais, o legislador de 2002 entendeu por bem dispor sobre esse dever expressamente.

O dever de respeito pode ser entendido como uma abstenção à prática de certos atos, cabendo a cada cônjuge respeitar a personalidade, individualidade, privacidade e liberdade do seu consorte, que não desaparecem com o casamento, ainda que esta última seja de certo modo um pouco restringida.

3.3.6 Deveres patrimoniais

Prescreve o artigo 1.568 do Código Civil que “os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, para o sustento da família e a educação dos filhos, qualquer que seja o regime patrimonial”.

Para os deveres patrimoniais também vige o princípio constitucional da igualdade. Ambos os cônjuges têm o dever de colaborar para o sustento material da família, proporcionalmente aos seus ganhos laborais e aos seus bens, além de

caberem a ambos a direção da família, que deve ser sempre no interesse do casal e dos filhos (artigo 1.567 do Código Civil).

Ademais, conforme já explanado, os cônjuges possuem igualmente o dever de assistência material, que é o suprimento àquelas necessidades econômicas habituais da vida do ser humano, assim como o dever de sustento dos filhos, que são entendidas de igual modo (artigo 1.566, III e IV, do Código Civil).

4. DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE E DO VÍNCULO CONJUGAL

4.1 NOÇÕES GERAIS

Por meio do casamento nasce um vínculo jurídico entre os cônjuges, impedindo-os de contrair novas núpcias. Dentro desse vínculo está encerrada a sociedade conjugal, isto é, a plena comunhão de vidas entre os consortes, tanto no aspecto pessoal (espiritual, social e físico), quanto patrimonial.⁶¹

A sociedade conjugal termina pela morte de um dos cônjuges, pela nulidade ou anulação do casamento, pela separação judicial ou pelo divórcio, enquanto que o vínculo conjugal válido somente se extingue pela morte de um dos consortes ou então pelo divórcio (artigo 1.572 *caput* e § 2º do Código Civil).

Trataremos no presente estudo apenas da separação judicial e do divórcio, por ser o que mais de perto nos interessa.

A separação judicial dissolve apenas a sociedade conjugal, fazendo com que subsistam vários efeitos jurídicos decorrentes do casamento, não obstante tenham conteúdo modificado. Consoante artigo 1.576 do Código Civil, ela põe fim aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca, bem como ao regime de bens. Sendo assim, a sentença que decreta a separação judicial acarreta na separação de corpos e na partilha de bens, segundo artigo 1.575 do mesmo diploma legal. De outro lado, o divórcio fulmina também o vínculo conjugal entre os cônjuges estabelecido pelo casamento válido, significando que os divorciados estão livres para contrair novo matrimônio.

4.2 FUNDAMENTOS DA SEPARAÇÃO JUDICIAL E DO DIVÓRCIO

⁶¹ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação...* p. 86.

A separação e o divórcio tradicionalmente são compreendidos pela doutrina como consequência dos fatores culpa ou ruptura, fazendo com que sejam classificados em duas espécies: “sanção” e “remédio”⁶².

A espécie “sanção” tem por fundamento a culpa, isto é, consubstancia-se em uma atitude culposa por parte de um ou de ambos os cônjuges, ocasionando a violação de dever conjugal. Assim, a dissolução da sociedade ou do vínculo é imposta como uma sanção ao cônjuge culpado, somente sendo dado ao outro, aquele cônjuge que não praticou violação de dever conjugal, o direito de requerer a separação ou divórcio. Possui esse nome justamente por implicar sanções ou punições ao consorte inadimplente, ainda que de forma bastante mitigada pela sistemática do Código Civil de 2002.

Quanto à espécie “remédio”, baseia-se na ruptura, ou seja, é a impossibilidade da vida conjugal, advinda da enfermidade de um dos consortes ou da falência da comunhão de vida entre eles, o seu fundamento. Não se fala mais em prática de ato culposo ou natureza sancionadora. PAPA OS SANTOS⁶³ estabelece aqui mais uma diferenciação, atribuindo a denominação “remédio” para a ruptura matrimonial fundada na doença de um dos consortes e “falência” ou mesmo “ruptura” para o rompimento da vida em comum, ou seja, a separação de fato.

4.3 SEPARAÇÃO JUDICIAL

Com a separação judicial a sociedade conjugal é desfeita, ocorre uma espécie de relaxamento daquele complexo de direitos e deveres, desaparece a vida em comum, o dever de fidelidade e o regime de bens (artigo 1.576 do Código Civil). Outros deveres têm apenas o seu conteúdo modificado, como, por exemplo, a guarda dos filhos menores.

A separação judicial possui duas modalidades: consensual, que sucede por mútuo consentimento dos consortes, ou litigiosa, quando requerida por um dos cônjuges contra o outro.

No que tange à separação judicial consensual, é a vontade das partes que põe termo à sociedade conjugal. Ambos os cônjuges devem estar de acordo com o

⁶² Nesse sentido: CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e Separação*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 47.

⁶³ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação...* p. 87.

fim da sociedade conjugal, bem como quanto às cláusulas estabelecidas. Não são investigadas as causas que deram fim à plena comunhão de vida. Os cônjuges assinam petição declarando a vontade de por fim à sociedade conjugal e eles próprios definem as regras de ordem pessoal e patrimonial que irão disciplinar as suas vidas a partir da homologação do acordo.

Os requisitos para a separação judicial por mútuo consentimento são, segundo artigo 1.574 do Código Civil, casamento por mais de um ano, acordo entre os cônjuges e homologação da convenção pelo juiz. Os consortes devem necessariamente acordar sobre o uso do nome de família, filhos (guarda, visita e pensão), pensionamento entre os cônjuges e partilha de bens. São proibidas no acordo cláusulas que reconheçam a culpa por parte de algum dos cônjuges, ainda que não explicitamente, ou que gere qualquer tipo de constrangimento pessoal.⁶⁴ Ademais, qualquer acordo que não resguarde de modo satisfatório os interesses de um dos cônjuges ou dos filhos pode deixar de ser homologado pelo juiz (artigo 1.576, parágrafo único, do Código Civil).

Quanto à separação judicial litigiosa, apenas um dos cônjuges a requer contra o outro, devendo provar o fato constitutivo do seu direito. Ela pode ser fundada em uma causa culposa ou, então, pode ser sem o elemento culpa.

A separação judicial litigiosa baseada na culpa pressupõe a existência de grave violação dos deveres conjugais que torne a vida em comum insuportável (artigo 1.572 do Código Civil). Assim, como requisito, não basta a prática de ato grave que viole dever conjugal, necessário também que a conduta torne insuportável a vida em comum. Essa modalidade de separação é chamada pela doutrina como “separação-sanção”, pois acarreta em algumas penalidades, ainda que de forma bem reduzida no sistema do Código Civil de 2002, para o consorte declarado culpado na sentença.

O Código Civil dispõe em seu artigo 1.573 alguns atos em que, por serem graves pela sua própria natureza, a insuportabilidade da vida em comum é presumida. Esse dispositivo reproduz a sistemática casuística adotada pelo Código Civil de 1916 em seu artigo 317, em uma nítida tentativa de estabelecer hipóteses fechadas para a separação judicial litigiosa fundada na culpa. Contudo, no parágrafo único do mesmo artigo 1.573, o legislador concedeu ao juiz liberdade para a ponderação sobre outros fatos que tornem impossível a vida em comum, retornando

⁶⁴ CAHALI, Yussef Said. *Divórcio...* p. 142.

à sistemática aberta. Assim, o adultério, a tentativa de morte, sevícia, injúria grave, abandono voluntário do lar conjugal durante um ano contínuo e conduta desonrosa, são vistos como causas específicas da violação dos deveres conjugais, ao lado de inúmeras outras hipóteses, cabendo ao juiz, no caso concreto, apreciar a conduta do cônjuge réu à luz do conteúdo dos deveres conjugais.⁶⁵

As causas da separação judicial litigiosa estão, dessa forma, sujeitas ao poder discricionário do juiz, uma vez que ele fará a análise sobre a existência de descumprimento de dever conjugal, da gravidade do ato, bem como sobre a ocorrência da insuportabilidade da vida em comum.⁶⁶

No tocante à separação judicial litigiosa não fundada na culpa de um dos consortes, importa duas modalidades: ruptura da vida em comum e doença mental de um dos cônjuges. Trata-se da chamada “separação-remédio”.

Conforme §1º, do artigo 1.572, do CC, a separação judicial pode ser requerida por um dos cônjuges “provada a ruptura da vida em comum há mais de um ano e a impossibilidade de sua reconstituição”. A ruptura da vida em comum significa a separação de fato do casal, “a interrupção efetiva da comunhão espiritual e material de vida por vontade comum dos cônjuges ou por vontade de um deles”⁶⁷. Essa forma de separação significa um “remédio para o impasse das sociedades conjugais falidas”⁶⁸, acentua Yussef Said CAHALI. Saliente-se que a vida sob o mesmo teto não significa necessariamente vida em comum e, de outro lado, a vida sob tetos separados não indica necessariamente a separação de fato. Imprescindível se mostra o exame, caso a caso, da efetiva ruptura da vida em comum. Além da separação de fato, a outra condição imposta pela lei é a impossibilidade de reconstituição da vida em comum, melhor entendida como improbabilidade de restauração⁶⁹. Contudo, adverte PAPA DOS SANTOS que “a impossibilidade de reconstituição da vida em comum deve ser presumida, de forma quase absoluta, pelo juiz”⁷⁰, diante da separação de fato prolongada entre os consortes.

A separação judicial fundada na grave doença mental de um dos cônjuges possibilita o seu requerimento por um deles “quando o outro estiver acometido de

⁶⁵ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação...* p. 97.

⁶⁶ CAHALI, Yussef Said. *Divórcio...* p. 319.

⁶⁷ OLIVEIRA, José Lamartine Côrrea de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso...* p. 443.

⁶⁸ CAHALI, Yussef Said. *Divórcio...* p. 416.

⁶⁹ OLIVEIRA, José Lamartine Côrrea de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso...* p. 444.

⁷⁰ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação...* p. 99.

doença mental grave, manifestada após o casamento, que torne impossível a continuação da vida em comum, desde que, após uma duração de dois anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável” (artigo 1.572, § 2º, do Código Civil). Sendo assim, a doença mental há de ser grave, conhecida após o casamento, tenha duração de pelo menos dois anos e uma perícia médica indique ser de cura improvável. Saliente-se que nessa modalidade de separação o legislador civil resguardou ao consorte enfermo o direito patrimonial de ter revertido para si o remanescente dos bens levados para o casamento.

A principal objeção a essa separação trata da existência do dever de assistência imaterial entre os cônjuges, pois o casamento une os consortes para todos os momentos de felicidade e de infortúnio, nos quais deve haver indistintamente o mútuo auxílio e cuidado. No entanto, conforme bem assinala PAP DOS SANTOS:

“(...) quando a enfermidade mental destrói a comunhão física e espiritual entre os cônjuges, embora sejam obrigados à prestação de assistência mútua, unindo suas vidas para os tempos de bonança e infortúnios, é precisamente em razão do desequilíbrio que passa a vigorar no conjunto familiar que deve haver a possibilidade de desfazimento da sociedade conjugal. Impor a manutenção de um casamento sem aquela comunhão de vidas equivale a acobertar uma separação de fato, na qual o dever de mútua assistência não estará sendo adimplido”.⁷¹

Pelos motivos expostos, é justamente diante da enfermidade mental de um dos cônjuges que a separação surge como remédio para essa sociedade conjugal em que não há mais qualquer comunhão de vida.

4.4 DIVÓRCIO

O divórcio, além de dissolver a sociedade conjugal, assim como na separação, possui um efeito mais amplo, faz com que o vínculo matrimonial também se extinga. Desse modo, os divorciados poderão contrair novas núpcias. Cumpre salientar que o divórcio somente extingue o casamento válido, conforme deixou explícito o legislador civil no artigo 1.571, § 1º.

⁷¹ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. Obra citada. p. 103.

No direito brasileiro duas são as modalidades de divórcio, são elas o divórcio-conversão, chamado ainda de divórcio indireto, e o divórcio direto.

Pelo divórcio-conversão, aqueles cônjuges que estão separados judicialmente, decorrido o prazo de um ano contado do deferimento da medida cautelar de separação de corpos ou da sentença da separação judicial, poderão requerer, em conjunto ou unilateralmente, a conversão da separação em divórcio. A separação funciona aqui como uma espécie de “antecâmara” do divórcio, pois se trata de uma fase prévia pela qual os cônjuges devem passar. Os divorciandos poderão manter as cláusulas acordadas na separação ou então modificá-las quanto aos alimentos, guarda e visitas dos filhos.

A dissolução do vínculo está fundada na falência ou desfazimento do matrimônio, haja vista a inexistência de reconciliação durante esse lapso temporal.⁷² Por isso mesmo é chamado pela doutrina de divórcio-remédio ou, então, divórcio-falência. Outra característica dessa modalidade de divórcio é a não averiguação dos motivos que lhe deram causa.

O divórcio-conversão poderá ser ainda consensual ou litigioso, conforme o pedido seja feito por um ou por ambos os cônjuges. Contudo, se a separação judicial for litigiosa, o único fato desconstitutivo do direito do autor será o não decurso do tempo exigido em lei.

Ao lado do divórcio-conversão, o Código Civil abriga o divórcio direto (artigo 1.580, § 2º) como uma alternativa para os cônjuges que estão separados de fato há mais de dois anos. No divórcio direto também não são perquiridas as causas da separação, podendo ser pleiteado unilateralmente ou por ambos os cônjuges. O único requisito é o decurso do prazo de dois anos. Assim como no divórcio-conversão, está fundado na falência da sociedade conjugal, sendo, portanto, espécie de “divórcio-remédio”.

O divórcio direto poderá ser ainda consensual ou litigioso, na medida em que um ou ambos os cônjuges o requeiram. No entanto, também aqui a matéria da contestação deverá cingir-se ao decurso do prazo de dois anos previsto no §2º, artigo 1.580, do Código Civil.

⁷² CAHALI, Yussef Said. *Divórcio...* p. 993.

Dessa feita, o divórcio no Direito brasileiro possui o caráter exclusivo de “ruptura”, uma vez que está fundado na separação judicial existente há mais de um ano ou na separação de fato por dois anos consecutivos.⁷³

4.5 EFEITOS DA DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE E DO VÍNCULO CONJUGAL

A separação judicial produz efeitos genéricos, de natureza pessoal e patrimonial, com relação aos próprios cônjuges, aos filhos e a terceiros. Por outro lado, também produz efeitos específicos, conforme a modalidade pela qual tenha sido decretada.⁷⁴

Como efeitos genéricos, a separação judicial acarreta a dissolução da sociedade conjugal, a separação de corpos e a partilha de bens. Quanto aos deveres conjugais, cessam o dever de coabitação e fidelidade recíproca. O dever de assistência resta transmudado, haja vista abrir-se a possibilidade do requerimento de pensão alimentícia, conforme a existência do binômio necessidade/possibilidade. Já o dever de sustento, guarda e educação dos filhos, não se extingue, podendo ser apenas alterado conforme a guarda da criança fique com um ou outro genitor. Além disso, extingue o direito sucessório entre os cônjuges, põe fim ao regime matrimonial de bens e pode dar ensejo à indenização por perdas e danos, conforme houver prejuízos morais ou patrimoniais, o que será demonstrado no presente trabalho.

No tocante aos efeitos específicos, o cônjuge declarado culpado na separação judicial litigiosa perde o direito de usar o sobrenome do outro, mas a perda do direito deve ser expressamente requerida pelo cônjuge inocente e não pode causar dano ou prejuízo para o outro consorte, nos termos do artigo 1.578 do Código Civil. Já o cônjuge inocente, pode renunciar ao direito de uso a qualquer momento. Nas outras modalidades de separação litigiosa, o consorte tem a faculdade de optar pela conservação do nome de casado. Sendo o caso de separação consensual, os cônjuges devem acordar sobre o direito de uso do sobrenome do outro. Outro efeito específico é o retorno dos bens levados para o casamento pelo cônjuge que não requereu a separação judicial fundada em doença mental.

⁷³ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação...* p. 88.

⁷⁴ CAHALI, Yussef Said. *Divórcio...* p. 716.

O divórcio, em qualquer de suas modalidades, extingue o vínculo conjugal, possibilitando aos divorciados contraírem novas núpcias. Ademais, permanecem inalterados os direitos e deveres para com os filhos, podendo apenas haver mudança quanto à guarda dos filhos menores. Com o divórcio direto, assim como na separação judicial que precede o divórcio-conversão, extinguem-se ainda o regime de bens, o direito sucessório entre os cônjuges e os deveres conjugais.

No que tange ao dever de assistência material, embora também diga respeito à obrigação alimentar, o fim da sociedade ou do vínculo conjugal podem dar ensejo ao surgimento da prestação alimentícia propriamente dita, desde que haja o binômio possibilidade/necessidade.

5. REPARAÇÃO CIVIL DE DANOS ENTRE OS CÔNJUGES NA SEPARAÇÃO

5.1 A Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro

5.1.1 Noções fundamentais

A vida em sociedade, para que seja garantida, exige uma regulamentação das relações entre as pessoas. Nesse sentido, sempre haverá normas de conduta a pautar o comportamento de uma pessoa com relação às demais, papel que é exercido fundamentalmente pelo Direito.⁷⁵ É princípio geral do Direito a idéia de não lesar a ninguém, o *neminem laedere*. Sendo assim, o dano acarretado a outrem não pode ficar sem a devida reparação, haja vista ter o Direito a função de viabilizar a vida humana em sociedade, cabendo a ele a preservação da integridade moral e patrimonial dos indivíduos, na medida em que deve cuidar da manutenção do equilíbrio social e da esfera individual de cada membro da sociedade.⁷⁶

A responsabilidade, conforme preleciona José de AGUIAR DIAS,⁷⁷ não é fenômeno exclusivo da vida jurídica, está antes ligada à idéia de “repercussão obrigacional da atividade do homem”, isto é, ela é ínsita a toda manifestação do ser humano. O comportamento humano pode ensejar, assim, responsabilidade jurídica

⁷⁵ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação...* p. 130.

⁷⁶ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais*. 3. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 15.

⁷⁷ DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. v. 1. 10 ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 2 e 3.

ou moral, de acordo com as diversas vertentes em que ele se desenvolva. A responsabilidade moral diz respeito à consciência interna do homem, que sente ter praticado um pecado ou má ação, não exigindo, pois, a ocorrência de um prejuízo. Por outro lado, haverá responsabilidade jurídica quando uma ação acarretar necessariamente um dano, ferindo o equilíbrio social.⁷⁸ Contudo, o que nos interessa mais de perto é aprofundar o tema na órbita da violação de uma norma jurídica com conseqüências no âmbito privado, o que adiante passaremos a fazer.

A ordem jurídica busca determinar a pessoa obrigada a reparar na ocorrência de um dano. Desde os tempos mais remotos havia mecanismos para prevenção e reparação dos danos, por isso Caio Mário da SILVA PEREIRA assevera que é pacífico no direito que “a vítima de uma ofensa a seus direitos e interesses receberá reparação por parte do ofensor”⁷⁹ e que a responsabilidade civil consiste na “efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma. Reparação e sujeito passivo compõem o binômio da responsabilidade civil, que então se enuncia como o princípio que subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano”.⁸⁰

Outro não é o entendimento de BITTAR, para o qual a teoria da responsabilidade civil sempre se orientou na defesa de direitos violados, traduzindo-se na “determinação, no âmbito jurídico, dos efeitos decorrentes de fatos humanos produtores de lesões a certos interesses alheios protegidos, que ao Direito compete regular, na defesa dos valores maiores da sociedade e da pessoa e, com isso, garantir a fluência natural e pacífica das interações sociais”.⁸¹

A responsabilidade civil tem por função primordial a indenização, eis que indenizar significa ressarcir todo prejuízo causado à vítima. De outro lado, sob o ponto de vista do agente da lesão, implica em sancionamento, uma vez que levará o agente a se comportar com mais cautela e respeito aos direitos alheios.⁸² Para AGUIAR DIAS⁸³ o dano ao particular também afeta o equilíbrio social, em virtude da comoção gerada na sociedade, situando-se justamente nesse desequilíbrio o fundamento da responsabilidade civil. Inspirado em Georges Ripert, o mestre

⁷⁸ DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade...* p. 3.

⁷⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 13.

⁸⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade...* p. 11.

⁸¹ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação...* p. 14 e 21.

⁸² BITTAR, Carlos Alberto. *Obra citada*. p. 28.

⁸³ DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade...* p. 7 e 8.

AGUIAR DIAS⁸⁴ assinala que o fundamento da responsabilidade civil está ligado ainda ao sentimento de justiça e progresso do direito, no sentido de criar uma norma cautelosa que restrinja a atividade humana. Dessa feita, “a reparação do dano é inspirada, antes de tudo, na preocupação de harmonia e equilíbrio que orienta o direito e lhe constitui o elemento animador”.⁸⁵

Nesse esteio, Maria Helena DINIZ afirma que a responsabilidade civil consubstancia-se na “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 quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal”.⁸⁶

PAPA DOS SANTOS assevera que a teoria da responsabilidade civil tem por escopo o “restabelecimento da ordem ou equilíbrio pessoal e social, por meio da reparação dos danos morais e materiais oriundos da ação lesiva a interesse alheio, único meio de cumprir-se a própria finalidade do Direito, que é viabilizar a vida em sociedade, dentro do conhecido ditame de *neminem laedere*”.⁸⁷

A reparação de danos entre cônjuges não encontra outro fundamento que não nessa vasta noção reparatória da responsabilidade civil. O objeto do presente estudo trata justamente da demonstração da aplicabilidade dos princípios gerais da responsabilidade civil à ação lesiva praticada por um dos consortes contra o outro, fato que não pode quedar sem a devida reparação, mesmo porque muito mais importante em se tratando de um cônjuge contra o outro.

5.1.2. Pressupostos, fundamentos e espécies

A responsabilidade civil encontra guarida no artigo 927 do Código Civil, que faz remissão ao artigos 186 e 187 do mesmo diploma legal quanto à noção de ato ilícito. Para o nascimento da responsabilidade civil exige-se a concorrência de três pressupostos ou elementos essenciais, são eles: ação, dano e nexos causal.

A ação é definida pelo Código Civil como um ato ilícito ou lícito, de acordo com o fundamento da responsabilidade. Haverá um ato ilícito quando o agente

⁸⁴ DIAS, José de Aguiar. Obra citada. p. 10.

⁸⁵ DIAS, José de Aguiar. Obra citada. p. 16.

⁸⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 17. ed. aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003. v 7: responsabilidade civil. p. 36.

⁸⁷ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação...* p. 131.

descumprir dever estabelecido em lei ou contrato, ou ainda praticar um ato com abuso de direito (artigos 186 e 187 do Código Civil). O ato lícito diz respeito àquelas situações em que a lei estabelece dever de reparar o dano, embora a pessoa não tenha cometido um ato ilícito. A ação pode ser também comissiva ou omissiva, isto é, envolver um ato de fazer ou de não fazer, concretizado em ato do próprio lesante ou fato de terceiro, de animal ou de coisa, conforme artigos 927 a 940, todos do Código Civil. A ação é, portanto, “o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou do fato de animal ou coisa inanimada que cause dano a outrem”.⁸⁸

O dano é qualquer resultado lesivo a bem ou interesse juridicamente protegido, de ordem patrimonial ou moral.⁸⁹ Não importa a extensão do dano, sendo reduzida ou elevada, há de ser reparado. A doutrina afirma que o dano deve ser certo, excluindo-se de reparação o dano “meramente hipotético, eventual ou conjuntural, isto é, aquele que pode não vir a concretizar-se”⁹⁰, contudo, a atualidade do dano não é característica essencial para a sua reparabilidade, uma vez que “pode ser objeto de reparação um prejuízo futuro, porém certo no sentido de que seja suscetível de avaliação na data do ajuizamento da ação de indenização”⁹¹, ou, por outras palavras, “potencial, desde que seja consequência necessária, certa, inevitável e previsível da ação”.⁹² O dano pode ser ainda direto (ou puro), quando for consequência imediata da lesão, e indireto (ou reflexo), quando derivar da vinculação do fato lesivo com um acontecimento diverso, ou seja, quando decorrer de evento danoso distinto.⁹³ Cumpre salientar que, de um modo geral, o fato danoso não vem isolado, produzindo-se diversas espécies de lesões, como é o caso, por exemplo, de uma ação injuriosa que acarrete para o lesado um dano em seu psiquismo, além da perda da afeição de amigos e de oportunidades materiais.

O nexa causal é a relação entre a causa geradora da responsabilidade e o dano, ou seja, a relação de causa e efeito entre o fato e o dano gerado ou “vínculo entre o prejuízo e a ação”.⁹⁴ Entretanto, conforme assinala René SAVATIER, o nexa

⁸⁸ DINIZ, Maria Helena. *Curso...* p. 39.

⁸⁹ Nesse sentido: BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação...* p. 17; e DINIZ, Maria Helena. Obra citada. p. 61.

⁹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade...* p. 41.

⁹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade...* p. 40.

⁹² DINIZ, Maria Helena. *Curso...* p. 63.

⁹³ DINIZ, Maria Helena. Obra citada. p. 69.

⁹⁴ DINIZ, Maria Helena. Obra citada. p. 100.

causal decorre de presunções, uma vez que “não é algo que se veja ou que se toque, mas uma relação que se deduz das circunstâncias de fato”.⁹⁵

Os fundamentos da responsabilidade civil no Direito brasileiro são a culpa e o risco.

A responsabilidade civil fundada na culpa, chamada ainda de responsabilidade civil subjetiva, é a regra geral da responsabilidade em nosso Direito. Estabelecida no *caput* do artigo 927 do Código Civil, segundo o qual: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187) causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo”. E ainda o 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 artigo 187: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Exige-se, assim, na responsabilidade civil fundada na culpa, a averiguação da subjetividade do lesante, ou seja, deve-se provar que o agente agiu com intencionalidade (*dolo*, que é a culpa em sentido amplo), ou de forma negligente, imprudente ou imperita (culpa em sentido estrito). Está ligada, portanto, à conduta culposa do agente que violou direito alheio.

Cumpra salientar que o legislador pátrio, ao invés da noção de culpa, acolheu a de ato ilícito como fundamento da responsabilidade subjetiva, conforme *caput* do artigo 927 do Código Civil, na qual está ínsita a culpa.

Existem diversos conceitos de ato ilícito formulados pela doutrina. AGUIAR DIAS assinala que a culpa está ligada à idéia de ação violadora de uma obrigação preexistente e é comumente entendida como o “fundo animador do ato ilícito, da injúria, ofensa ou má conduta imputável”.⁹⁶ Conclui o autor no sentido de que o ato ilícito é composto por elementos objetivos, que são o ato contra o direito, o dano e o nexo de causalidade, e elementos subjetivos, que são a culpa (em sentido amplo) e a imputabilidade do lesante.

DINIZ explica que para a caracterização do ato ilícito:

“é necessário que haja uma ação ou omissão voluntária, que viole norma jurídica protetora de interesses alheios ou um direito subjetivo individual, e que o infrator tenha conhecimento da

⁹⁵ SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile*. 12. ed. Paris: LGDJ, II t., p. 6. Apud: SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação...* p. 135.

⁹⁶ DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade...* p. 108.

ilicitude de seu ato, agindo com dolo, se intencionalmente procura lesar outrem, ou culpa, se consciente dos prejuízos que advêm de seu ato, assume o risco de provocar evento danoso”.⁹⁷

De outro lado, SILVA PEREIRA sustenta que “o elemento subjetivo do ato ilícito, como gerador do dever de indenizar, está na imputabilidade da conduta à consciência do agente (...) [que] responde em razão de seu comportamento voluntário”.⁹⁸ Conquanto as formulações sejam diversas, a partir delas é possível depreender que a investigação do elemento subjetivo do ato ilícito, a culpa, abarca a avaliação da imputabilidade do agente, ou seja, “a consciência do agente no descumprimento do dever que podia conhecer e observar”⁹⁹ ou “capacidade de entender e de querer, no momento em que for cometido o ato danoso”.¹⁰⁰ PAPA DOS SANTOS¹⁰¹ observa que a consciência do lesante diz respeito ao ato em si mesmo considerado e não com relação aos efeitos gerados, os quais podem ou não ser queridos pelo agente, conforme ele aja com dolo ou culpa em sentido estrito.

Já a responsabilidade civil fundada no risco, a denominada responsabilidade civil objetiva, não necessita da demonstração da subjetividade do agente, mas tão somente da relação de causa e efeito entre a ação lesiva e o dano. A responsabilidade objetiva ganhou espaço em razão de a teoria do risco não oferecer uma solução adequada para todos os casos em que haja dano e a prova da culpa ser de extrema dificuldade. Consoante artigo 927, parágrafo único, do Código Civil: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

A existência do dano e nexos causal só por si faz nascer a responsabilidade objetiva, porquanto diz respeito àquelas atividades desempenhadas que por sua própria natureza envolvem um risco. Independentemente, portanto, da culpa do agente, a responsabilidade objetiva nasce por imposição de lei. DINIZ a define como “obrigação de indenizar o dano produzido por atividade exercida no interesse do agente e sob seu controle, sem que haja qualquer indagação sobre o comportamento do lesante, fixando-se no elemento objetivo, isto é, na relação de

⁹⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso...* p. 41.

⁹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade...* p. 33.

⁹⁹ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação...* p. 136.

¹⁰⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade...* p. 33.

¹⁰¹ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação...* p. 137.

causalidade entre o dano e a conduta do seu causador”.¹⁰² O Código Civil trata expressamente dessas hipóteses de responsabilidade nos artigos 927, parágrafo único, 931, 932 e 936 a 940.

A responsabilidade civil classifica-se em extracontratual e contratual, distinção feita a partir da espécie do dever violado. Aquela tem origem no descumprimento de norma contida no ordenamento jurídico, enquanto esta advém do descumprimento de obrigação contratual. Cabe salientar que essas duas formas de responsabilidade são espécies de um mesmo gênero, a responsabilidade civil, tendo em vista que os seus pressupostos são os mesmos (ação, dano e nexa causal).

AGUIAR DIAS ensina que a responsabilidade contratual e a extracontratual obedecem à exigências comuns e a diferença está apenas na natureza do direito violado, pois a “culpa, em sentido amplo, existe em todo ato ilícito que lese direito alheio, e a culpa se qualifica de contratual ou extracontratual, conforme a fonte de que promane esse direito”.¹⁰³ Preleciona ainda o autor que na responsabilidade contratual a culpa é presumida quando o contrato é consubstanciado em dever de resultado. Assim, somente no que tange à regulamentação jurídica é que elas são diferentes, pois na espécie extracontratual inexistente vínculo anterior, o qual une as partes na modalidade contratual.¹⁰⁴

Para SILVA PEREIRA¹⁰⁵ elas também são regidas pelos mesmos pressupostos (princípio da unidade da culpa), de forma que a diferença reside apenas no ônus probatório. Enquanto na responsabilidade extracontratual as exigências são maiores, porque o lesado deverá demonstrar a ocorrência de infração à norma, dano e nexa de causalidade, na responsabilidade contratual o ônus da prova é invertido, pois:

“quando há contrato, existe um dever positivo do contratante, dever específico relativamente à prestação, o que só por si lhe impõe a responsabilidade. Basta o demandante trazer a prova da infração para que se estabeleça o efeito, que é a responsabilidade do faltoso, uma vez que os demais extremos derivam do inadimplemento mesmo, pressupondo-se o dano e o nexa causal, a não ser que o acusado prove a razão jurídica do seu fato, ou a escusativa da responsabilidade”.¹⁰⁶

¹⁰² DINIZ, Maria Helena. *Curso...* p. 51.

¹⁰³ DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade...* p. 125 a 128.

¹⁰⁴ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Para dos. *Reparação...* p. 143 e 144.

¹⁰⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade...* p. 71 e 246.

¹⁰⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Obra citada.* p. 247

Nesse esteio, justamente em função de vínculo anterior, é que o dever de reparar o dano na responsabilidade contratual decorre tão somente do inadimplemento de dever anteriormente contratado, ou seja, a culpa decorre *ex re ipsa*, ficando o lesado em posição mais confortável.

5.1.3 Danos materiais e morais. Identificação e reparabilidade

A ofensa a um bem jurídico pode consubstanciar-se em uma ação lesiva de ordem moral e/ou material, identificada comumente pela doutrina a partir do objeto tutelado pelo direito violado (bem jurídico) ou das conseqüências produzidas na esfera jurídica do lesado, isto é, os reflexos acarretados pelo ato lesivo. O dano material atinge o patrimônio econômico do lesado, acarretando um prejuízo material, enquanto o dano moral atinge a esfera interna ou personalidade do lesado, no seu aspecto sentimental, intelectual ou social, causando-lhe dor física e/ou moral.¹⁰⁷

BITTAR, em sua obra “Reparação Civil por Danos Morais”, estabelece três ordens ou espécies de danos, vejamos:

“a) são patrimoniais os prejuízos de ordem econômica causados por violações a bens materiais ou imateriais do seu acervo; b) pessoais, os danos relativos ao próprio ente em si, ou em suas manifestações sociais, como por exemplo, as lesões ao corpo, ou a parte do corpo (componentes físicos), ou ao psiquismo (componentes intrínsecos da personalidade), como a liberdade, a imagem, a intimidade; c) morais, os relativos a atributos valorativos, ou virtudes, da pessoa como ente social, ou seja, integrada à sociedade, vale dizer, dos elementos que a individualizam como ser, de que se destacam a honra, a reputação e as manifestações do intelecto.”¹⁰⁸

Observe-se que no presente trabalho iremos nos aprofundar apenas no estudo do dano moral, entendido como todo tipo de lesão à esfera interna ou personalidade da vítima, considerando-se ser a espécie de dano que mais gera controvérsias e notadamente em virtude de ser o que mais de perto nos interessa.

O dano material compreende o dano emergente e o lucro cessante, isto é, a efetiva diminuição do patrimônio da vítima e o que ela deixou de ganhar. Sendo assim, a indenização tem uma função de equivalência, pois irá ressarcir/recompor o

¹⁰⁷ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação...* p. 146.

¹⁰⁸ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação...* p. 14 e 21.

dano ocasionado. A reparação do dano pode aqui ser feita em dinheiro ou, então, *in natura*, quando é possível a reposição do bem lesado no patrimônio da vítima.¹⁰⁹

No tocante aos danos morais, a aceitação de sua indenização já encontrou forte resistência na doutrina, que considerava imoral a compensação da dor com dinheiro ou até mesmo pelo argumento de que o sofrimento seria inestimável financeiramente. Entretanto, hoje ela é prevista expressamente em nosso sistema pela Constituição Federal (artigo 5º, incisos V e X, e parágrafo 2º) e também pelo Código Civil (artigo 186).

Os danos morais consistem em lesões a atributos individualizadores do ser humano em sociedade, atingindo sua esfera interna e valorativa, assim, podem manifestar-se em turbações de ânimo, angústia, dor, reações desagradáveis, desconfortáveis e constrangedoras.¹¹⁰ Por outras palavras, são as “lesões às esferas da personalidade humana situadas no âmbito do ser como entidade pensante, reagente e atuante nas interações sociais”¹¹¹, considerando-se que a personalidade humana possui diferentes atributos, resumidos no psiquismo e na consideração social.¹¹²

Nos danos morais o restabelecimento do *status quo ante* é impossível, dessa forma, a sua indenização tem por escopo uma satisfação compensatória mediante o pagamento de uma determinada quantia em dinheiro. SILVA PEREIRA adverte que o ofendido “deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva”.¹¹³ A indenização por direitos materiais difere, pois, da indenização por danos morais justamente porque aquela tem função de recompor o patrimônio abalado numa noção de equivalência, enquanto esta visa a uma compensação. Ademais, a reparação por danos morais objetiva impedir ou inibir a prática de novos atos lesivos, tendo, assim, um caráter dito punitivo ou pedagógico, além daquele compensatório. Para que isso ocorra, imprescindível a análise do caso concreto, de forma a propiciar a fixação de *quantum* indenizatório apto a inibir novas condutas lesionadoras.

¹⁰⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso...* p. 65 e 123.

¹¹⁰ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação...* p. 36 a 39.

¹¹¹ BITTAR, Carlos Alberto. *Obra citada.* p. 46.

¹¹² BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação...* p. 47

¹¹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade...* p. 60.

A reparabilidade dos danos morais encontra resguardo na necessidade de preservação da individualidade do ser humano, que busca na sociedade o desenvolvimento da sua personalidade. Por meio dos seus mecanismos, a teoria da reparação de danos cuida para que ele se mantenha íntegro, preservando, assim, o equilíbrio social.

Na proposição de BITTAR¹¹⁴, o dano moral deve ser reparado pelo simples fato da violação. As conseqüências dessa teoria traduzem-se na dispensa da análise da subjetividade do agente e da prova do prejuízo em concreto, que é verificado na própria realidade fática, pois diz respeito à essencialidade humana, isto é, pelo fato de os direitos lesados comporem a personalidade humana, essa lesão é identificada pelo próprio senso comum, não necessitando, portanto, de prova.

Nesse esteio, NETTO LÔBO observa que a jurisprudência dos tribunais vem estabelecendo a inversão do ônus da prova a partir de presunções que dispensam a prova do prejuízo, em decorrência de a dor moral ser um fator psicológico de difícil aferição e de os danos morais sempre terem sido deixados ao arbítrio judicial. Conclui o autor afirmando que:

“os direitos da personalidade oferecem um conjunto de situações definidas pelo sistema jurídico, inatas à pessoa, cuja lesão faz incidir diretamente a pretensão aos danos morais, de modo objetivo e controlável, sem qualquer necessidade de recurso à existência da dor ou do prejuízo. A responsabilidade opera-se pelo simples fato da violação (*damnu in re ipsa*); assim, verificada a lesão a direito da personalidade, surge a necessidade de reparação do dano moral, não sendo necessária a prova do prejuízo, bastando o nexo de causalidade”.¹¹⁵

A ofensa aos direitos da personalidade é a mais freqüente causa de dano moral. Inclusive há na doutrina quem sustente ser ela a única forma concretizadora dessa espécie de dano, por isso se diz que a reparação é meio de defesa da personalidade.¹¹⁶

Os danos morais e os direitos da personalidade foram acolhidos expressamente pela Constituição Federal de 1988, sendo tratados em conjunto no artigo 5º, incisos V e X. Eles possuem forte ligação um com o outro, haja vista

¹¹⁴ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação...* p. 214 a 218.

¹¹⁵ LÔBO, Luiz Paulo Netto. Danos morais e direitos da personalidade. In: Gustavo Tepedino (Coord.). *Revista trimestral de direito civil*. Rio de Janeiro: Padma, v. 6, p. 79-97, abr./jun., 2001. p. 80.

¹¹⁶ Nesse sentido ver: LÔBO, Luiz Paulo Netto. *Danos...* ; BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação...* p. 57.

tutelarem bens de natureza não patrimonial e pertencentes à interioridade da pessoa humana, isto é, aquelas características inatas ao ser humano.

O nosso direito passou por uma repersonalização das relações civis, espaço no qual não mais o patrimônio e sim a pessoa ocupa posição de primazia. Isso não significa, consoante observa NETTO LÔBO, o retorno ao individualismo do século XIX, pois, naquele tempo, os ditos direitos subjetivos refletiam a propriedade e demais interesses privados. A Constituição de 1988 demonstra claramente a tendência de repersonalização do direito, mesmo porque reconhece a tutela jurídica dos direitos da personalidade e dos danos morais.¹¹⁷

Os direitos da personalidade são conceituados por PAPA DOS SANTOS como:

“aqueles direitos subjetivos, essenciais, inatos ou originários, vitalícios e intransmissíveis, em regra, necessários, oponíveis *erga omnes* e indispensáveis, que conceituamos como as faculdades que têm por objeto os modos de ser físicos ou morais da pessoa em si e em suas projeções sociais, com vistas à proteção da essência da personalidade”.¹¹⁸

Aparecida AMARANTE entende os direitos da personalidade como verdadeiros direitos subjetivos, haja vista ter no seu objeto “bens constituídos por certos atributos ou qualidades físicas ou morais do homem”.¹¹⁹ Além disso, a autora destaca que os direitos da personalidade dependem somente da existência da pessoa e que permite a ela o desenvolvimentos de suas aptidões físicas e espirituais, isto é, propicia o desenvolvimento de sua própria individualidade.¹²⁰ Nesse sentido, o Direito protege os bens da personalidade tendo em conta a sua indispensabilidade para o indivíduo.

Em razão de serem os direitos da personalidade inatos à pessoa humana e não patrimoniais, possuem como características a intransmissibilidade, indisponibilidade, irrenunciabilidade, inexpropriabilidade, imprescritibilidade e vitaliciedade.

A doutrina afirma a existência de um direito geral da personalidade garantidor de todos os tipos previstos ou não no ordenamento jurídico, justamente pela

¹¹⁷ LÔBO, Luiz Paulo Netto. Obra citada. p. 81.

¹¹⁸ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação...* p. 148 e 149.

¹¹⁹ AMARANTE, Aparecida I. *Responsabilidade Civil por Dano à Honra*. 5. ed. rev., atual. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 162 e 163.

¹²⁰ AMARANTE, Aparecida I. *Responsabilidade...* p. 167 e 168.

impossibilidade de previsão de todas as hipóteses possíveis de direitos da personalidade (tipicidade aberta). Nessa esteira, NETTO LÔBO assevera serem direitos da personalidade os tipos previstos na Constituição e na legislação civil, além dos tipos reconhecidos socialmente e conformes com a referida cláusula geral. A cláusula geral de tutela da personalidade, ainda segundo o autor, encontra-se no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, reconhecida como tudo aquilo que não tem preço e tem função, pois, de parâmetro para os direitos atípicos.¹²¹ Assim:

“os direitos à vida, à integridade física, à integridade psíquica, à privacidade, dentre outros, são essencialmente tais, pois, sem eles, não se concretiza a dignidade humana. A cada pessoa não é conferido o poder de dispô-los, sob pena de reduzir sua condição humana; todas as demais pessoas devem abster-se de violá-los”.¹²²

São direitos da personalidade típicos, pertencentes ao nosso ordenamento, o direito à vida, o direito geral à liberdade, o direito à integridade física e psíquica, à privacidade (nos aspectos intimidade, vida privada, imagem e sigilo), à honra (reputação), à identidade pessoal e o direito moral do autor.

Os direitos da personalidade podem ser físicos, psíquicos ou morais, na medida em que protejam os aspectos internos ou externos da personalidade. Os direitos físicos abarcam a vida, a integridade física, o corpo e suas partes, a imagem e a voz, ou seja, são os elementos extrínsecos da personalidade. Os direitos psíquicos envolvem os elementos intrínsecos da personalidade, que dizem respeito aos atributos da inteligência e sentimento, como a liberdade, a integridade psíquica, a intimidade e o segredo. Nos direitos morais estão os direitos à identidade, à honra e às criações intelectuais, pois dizem respeito à valoração da pessoa no meio social.¹²³

5.2 DANOS OCASIONADOS POR DESCUMPRIMENTO DE DEVER CONJUGAL

Diversos são as atitudes dos consortes que podem caracterizar descumprimento dos deveres conjugais e acarretar danos, os quais se apresentam principalmente como danos morais, pois atingem a esfera da personalidade do

¹²¹ LÔBO, Luiz Paulo Netto. Danos... p. 84, 85 e 93.

¹²² LÔBO, Luiz Paulo Netto. Obra citada. p. 86.

¹²³ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação...* p. 58.

consorte diretamente. Conforme visto no capítulo anterior, o artigo 1.573 do Código Civil, ao dispor sobre hipóteses em que podem se caracterizar a impossibilidade da vida em comum, apenas o fez de forma ilustrativa. Qualquer grave descumprimento de dever conjugal que importe a impossibilidade da vida em comum é causa hábil para o pedido de separação e também para indenização, desde que, como se sabe, estejam presentes os requisitos da reparação civil.

Apenas para aqui constar, no Direito estrangeiro (francês, português e argentino), diferenciam-se os danos ocasionados pelo descumprimento de dever conjugal (chamados danos imediatos), daqueles danos que advêm da própria ruptura do casamento (danos mediatos). Os danos imediatos caracterizam-se principalmente sob a forma de danos morais, como, por exemplo, é o caso do adultério. Os danos mediatos geralmente apresentam-se sob a forma de danos materiais e estão ligados indiretamente ao descumprimento de dever conjugal, como, por exemplo, os gastos com mudança para outro imóvel, ou o prejuízo material acarretado para a consorte que sempre se dedicou exclusivamente ao lar por ter sido proibida de exercer atividade profissional. Entretanto, os danos mediatos também podem se revestir sob a forma do dano moral, quando se referirem à dor gerada pela dissolução do matrimônio em si mesmo.¹²⁴

Na próxima seção trataremos da possibilidade de ressarcimento desses danos no direito brasileiro, por ora, passaremos a analisar alguns casos de danos ocasionados por descumprimento de dever conjugal, visto que podem ocorrer das mais variadas formas.

Caracteriza infração ao dever de fidelidade a prática de adultério, entendida como a manutenção de relação sexual fora do casamento, que pode ocorrer com pessoa de sexo oposto ou do mesmo sexo¹²⁵ que o do consorte infrator. O adultério pode ser considerado como a mais grave infração a dever conjugal, tendo em vista os padrões morais da nossa sociedade, que está fundada na monogamia. Além disso, o dever de fidelidade também resta infringido quando o consorte pratica ato demonstrador da intenção de satisfação do instinto sexual fora do casamento, a chamada infidelidade moral ou “quase-adultério”, como, por exemplo, as intimidades

¹²⁴ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação...* p. 153 e 154.

¹²⁵ Há autores que entendem, contudo, que as “aberrações ou perversões” com pessoa do mesmo sexo melhor estão inseridas na conduta desonrosa. Nesse sentido ver: CAHALI, Yussef Said. *Divórcio...* p. 390.

excessivas com terceira pessoa que extravasem os limites da amizade. O dever de fidelidade é, portanto, físico e psíquico.

As sevícias e agressões físicas contra o cônjuge caracterizam infração ao dever de respeito e consideração mútuos. Qualquer sofrimento físico imposto por um consorte ao outro se constitui em sevícia. Além do dano moral que a sevícia gera, por atingir direitos da personalidade do consorte, como a integridade física e psíquica, também pode gerar simultaneamente danos materiais, como o prejuízo econômico advindo de tratamento médico.

Ademais, quaisquer outros atos que ofendam a honra, a respeitabilidade e a dignidade do cônjuge, compreendidos como tanto por maus tratos, importam descumprimento ao dever de respeito e consideração mútuos. Frise-se que para a infração a esse dever não há necessidade que o ato se repita, bastando tão somente um único comportamento do cônjuge, assim como nas demais infrações.

A injúria grave e a conduta desonrosa são, nesse sentido, atos violadores do dever de respeito e consideração mútuos. AMARANTE¹²⁶ assinala que a injúria grave é tudo aquilo que ofende a honra, compreendida esta em seu sentido lato, isto é, a dignidade, a respeitabilidade, o decoro, a auto-estima, dentre outros; trata-se de qualquer comportamento ofensivo à honra de um dos cônjuges, que pode ser praticado tanto no interior do lar, quanto no meio social. A autora observa também que a injúria em sentido estrito consubstancia-se em “insultos pessoais à dignidade e ao decoro do outro cônjuge”, e, em sentido amplo, são as injúrias reais, acarretadas por conduta reprovável do cônjuge. Nesse espeque, AMARANTE¹²⁷ reconhece em todo descumprimento de dever conjugal uma injúria, haja vista esta poder assumir tantas variadas formas, como é o caso do abandono do lar, que demonstra a indiferença ou subestima pelo outro cônjuge. Dessa forma, são consideradas injúrias graves as imputações caluniosas de um cônjuge a outro, como a imputação de adultério em ação de separação, desde que feita de má-fé, ou seja, quando feita apenas com o intuito de denegrir a imagem do outro cônjuge e sem a devida prova, consistente, portanto, em abuso de direito. Também a imputação de moléstia venérea ou sua transmissão ao outro consorte, a condenação penal, embriaguez habitual, vício de jogo, ocultação de fatos de natureza infamante do passado, ocultação de impotência sexual ou elementos da personalidade,

¹²⁶ AMARANTE, Aparecida I. *Responsabilidade...* p. 265.

¹²⁷ Nesse sentido ver ainda: CAHALI, Yussef Said. *Divórcio...* p. 353.

imputações caluniosas em justiça, como a demanda de reconhecimento de paternidade (imputação indireta de adultério), a demanda arbitrária de interdição (imputação caluniosa de loucura) e o exercício abusivo de um direito marital.¹²⁸

Não obstante o posicionamento da autora mencionada, comungamos do entendimento segundo o qual, ao falar em injúria grave (artigo 1.573, III, do Código Civil) o legislador quis referir-se àquelas condutas que ofendam diretamente a honra do consorte (proferir injúrias, por exemplo), já na conduta desonrosa (artigo 1.573, VI, do Código Civil) quis o legislador fazer referência às condutas que ofendam de forma reflexa a honra do cônjuge (embriaguez habitual, por exemplo), porém, ambas dizem respeito à violação do dever de respeito e consideração mútuos.

Cumprе salientar que os Tribunais pátrios consideram injúria grave não só as palavras, mas também quaisquer atos que violem a dignidade, a honra e sentimentos do consorte, assim, são injúrias reais os “atos e, também, as abstenções que, importando violação de qualquer dos deveres especiais dos cônjuges, são de natureza a testemunhar o profundo desprezo que um deles venha a nutrir pelo outro”.¹²⁹

Para avaliar a ocorrência de injúria grave, o juiz deverá observar as circunstâncias de fato em que vivia o casal, como o ambiente familiar, o caráter, a cultura, a sensibilidade de cada consorte, os hábitos, a posição social e outras qualidades pessoais dos cônjuges.

O dever de vida em comum resta infringido quando o consorte abandona voluntária ou injustificadamente o domicílio conjugal, isto é, sem um motivo justo. O abandono deve ser voluntário ou injustificado, porquanto, conforme demonstrado em capítulo anterior, o dever de vida em comum, no domicílio conjugal é relativo (artigo 1.569 do Código Civil). Se a consorte sofre agressões físicas do esposo e, por isso, deixa o lar, não há infração ao dever de vida em comum, haja vista o abandono ter sido justificado pelas agressões. Frise-se que o Código Civil, no artigo 1.573, exige o decurso de um ano do abandono para dar ensejo ao divórcio.

A recusa ao débito conjugal é também outra forma de infração ao dever de vida em comum, pois é parte integrante desse dever a prestação sexual recíproca dos cônjuges.¹³⁰ Atualmente, com a idéia de comunhão física e espiritual que deve prevalecer entre os cônjuges, o descaso com o outro consorte pode apresentar-se

¹²⁸ AMARANTE, Aparecida I. *Responsabilidade...* p. 265 a 269.

¹²⁹ CAHALI, Yussef Said. *Divórcio...* p. 356.

¹³⁰ CAHALI, Yussef Said. *Obra citada.* p. 384.

até mesmo como algo mais grave que o próprio adultério físico. A recusa reiterada e injustificada à manutenção de relação sexual gera o descumprimento do dever de vida em comum, assim como também do dever de respeito, uma vez que atinge a integridade psicofísica e a auto-estima do cônjuge.¹³¹

O dever de mútua assistência, como se sabe, envolve um aspecto material e outro moral. De um lado, os cônjuges devem colaborar mutuamente para o sustento da família; de outro, devem ajudar-se e apoiar-se mutuamente na busca tão almejada da felicidade e isso somente é possível com a constante proteção aos direitos da personalidade do consorte.¹³² Dessa forma, as privações de apoio e consolo são formas de descumprimento do dever de mútua assistência imaterial.

Resta claro, portanto, que o descumprimento de dever oriundo do casamento pode acarretar danos, os quais se revestem comumente da forma de danos morais, eis que atingem de forma direta a personalidade do consorte lesado. Passaremos agora à análise da reparabilidade desses danos no direito brasileiro.

5.3 DA APLICABILIDADE DAS REGRAS GERAIS SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL NO CASAMENTO

Com o casamento os cônjuges assumem uma série de obrigações (como a assistência, fidelidade, tolerância, respeito, dentre outras) de cunho pessoal, infungível e recíproco, de cuja observância continuada depende a própria existência da sociedade conjugal.¹³³ Os atos ou comportamentos de um consorte podem se refletir de forma negativa na pessoa do outro cônjuge ou da família, ocasionando um dano, por isso os deveres do casamento devem ser observados tanto no interior do lar, quanto nas relações sociais.

Os deveres conjugais, por terem cunho personalíssimo, não admitem a execução forçada, assim, o seu descumprimento gera para o consorte infrator o dever de reparar os danos ocasionados. Conquanto doutrina nacional expressiva aceite a indenização por danos materiais e morais advindos do descumprimento de dever conjugal, os Tribunais pátrios, de um modo geral, não vêm entendendo no mesmo sentido e raríssimos são os julgados que reconhecem a indenizabilidade.

¹³¹ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Débito... p. 536.

¹³² SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Obra citada. p. 533 e 534.

¹³³ CAHALI, Yussef Said. *Divórcio*... p. 390 e 391.

O Código Civil não possui norma específica sobre o assunto, mas, por outro lado, não veda a reparação de danos oriundos do descumprimento de dever conjugal. Dessa forma, a doutrina observa que a reparação fundamenta-se nas regras gerais atinentes à responsabilidade civil (artigos 186 e 927 do Código Civil).¹³⁴

Há várias objeções tecidas pela doutrina quanto ao ressarcimento dos danos entre cônjuges.¹³⁵ A primeira delas diz respeito à imoralidade contida nessa reparação, que seria contrária aos bons costumes. Entretanto, imoral é deixar a pessoa lesada sem a devida reparação dos danos sofridos.

Um segundo argumento trata da violação ao princípio do *non bis in idem*, uma vez que a prestação alimentícia já serviria de punição ao consorte infrator, pois seria forma de indenização devida pelo cônjuge culpado ao inocente. Contudo, tal argumento não subsiste ante o fato de ter a prestação alimentícia caráter alimentar e não indenizatório. A pensão alimentícia, com o advento do Código Civil de 2002, é devida ao cônjuge que dela necessitar e desde que haja também a possibilidade do outro consorte. A única diferença existente diz respeito ao valor; enquanto o cônjuge inocente tem direito à prestação alimentícia de que necessite para viver de modo compatível com a sua condição social, e também para atender as necessidades de sua educação (conforme *caput* dos artigos 1.694 e 1.704 do Código Civil), o cônjuge declarado culpado apenas pode pleitear os alimentos indispensáveis a sua subsistência e desde que não tenha parentes em condições de prestá-los e aptidão para o trabalho (artigo 1.704, parágrafo único, do Código Civil). Sendo assim, não possui caráter de ressarcimento ou punição.

Sobre o tema, CAHALI assinala que “a indenização não tem, absolutamente, caráter alimentar e se baseia nos pressupostos do direito comum, quanto ao ressarcimento do dano decorrente de um delito civil”.¹³⁶ Também Rolf MADALENO, ao observar que os alimentos “sempre tiveram destinação específica de subsistência do parceiro desprovido de recursos para sua manutenção, não se confundido jamais como paga indenizatória decorrente do rompimento culposo do casamento”.¹³⁷

¹³⁴ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação...* p. 160; CAHALI, Yussef Said. Obra citada. p. 844.

¹³⁵ BIGI, José de Castro. Dano moral em separação e divórcio. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 679, ano 81, p. 46-51, maio de 1992. p. 47.

¹³⁶ CAHALI, Yussef Said. *Divórcio...* p. 844.

¹³⁷ MADALENO, Rolf. *Direito de Família: aspectos polêmicos*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 141 e 142.

Frise-se, igualmente, que a pensão alimentícia está sujeita à revisão ou extinção a qualquer tempo, enquanto a indenização ressarcir os danos materiais causados, além de compensar e punir os danos morais. Como se vê, são obrigações absolutamente distintas. Mário Moacyr PORTO¹³⁸, mesmo comungando do entendimento pelo qual a prestação de alimentos possui natureza indenizatória, considera que, em alguns casos, como a injúria grave da qual resulta prejuízo na vida social do consorte, o ato ilícito praticado não é suficientemente punido com a tão só fixação de pensão alimentícia em benefício do ofendido.

Um terceiro argumento diz respeito à inexistência de disposição específica sobre o assunto. No entanto, esse argumento também não procede, porque, conforme passaremos adiante a analisar, são aplicáveis os dispositivos contidos no Código Civil sobre a reparabilidade dos danos às relações matrimoniais.

Na doutrina nacional, diversos autores asseveram a indenizabilidade dos danos oriundos do descumprimento de dever conjugal.¹³⁹ Vejamos.

José de Castro BIGI, a respeito do tema, nos ensina que “a ofensa à dignidade constitui um dano moral – um dano injusto e caberá ao cônjuge culpado o dever de indenizar”.¹⁴⁰ Para tanto, considera ser aplicável a norma insculpida no artigo 5º, X, da Constituição Federal, assim como nos artigos 948, 950 e 953, todos do Código Civil, que tratam da indenizabilidade dos danos morais e materiais, não sendo procedente, portanto, o argumento de inexistência de norma específica. Por outro lado, observa o autor que o ressarcimento dos danos tem origem na culpa extracontratual, por considerar o casamento como instituição.¹⁴¹

No mesmo sentido, SILVA PEREIRA assinala que:

“afora os alimentos, que suprem a perda da assistência direta, poderá ainda ocorrer a indenização pelo dano sofrido pelo cônjuge inocente. Da agressão física não resultam apenas as eventuais conseqüências no âmbito penal, nem apenas a indenização pelos prejuízos no

¹³⁸ PORTO, Mário Moacyr. Responsabilidade civil entre marido e mulher. In: *Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. Coord. Yussef Said Cahali. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 204. Apud SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação...* p. 157.

¹³⁹ Em sentido contrário à tese da ampla reparabilidade dos danos entre cônjuges ver: MORAES, Maria Celina Bodin. Danos morais e relações de família. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.) *Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 399-415; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado Teixeira. Responsabilidade Civil e Ofensa à Dignidade Humana. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 1, n. 1, abr./jun., 1999, p. 138-157; PEREIRA, Sérgio Gischkow. O dano moral do Direito de Família: o perigo dos excessos capazes de repatrimonializar as relações familiares. In: Eduardo de Oliveira Leite (Coord.) *Grandes Temas da Atualidade: Dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 405-418.

¹⁴⁰ BIGI, José de Castro. *Dano...* p. 49.

¹⁴¹ BIGI, José de Castro. *Obra citada*. p. 49-51.

âmbito patrimonial que a lesão à saúde, em conseqüência da agressão possa ter provocado. A agressão física acarreta ao injustamente agredido um dano moral, aliás, muito mais relevante, em se tratando de agressão de um cônjuge ao outro”.¹⁴²

LEITE afirma que “a indenização, na área do Direito de Família, embora incomum e naturalmente imprópria (em setor onde o pessoal se sobrepõe ao patrimonial) ganha novo alento, na medida em que se revela uma estratégia capaz de amparar os direitos pessoais nas relações de família”.¹⁴³ Concluindo o autor no seguinte sentido:

“A vitória da concepção personalista do direito, que reivindica o valor da pessoa humana como centro e eixo do direito, certamente, imprime uma nova dinâmica à matéria, tradicionalmente voltadas a mais impermeável duração.

E dentro dessa nova tendência a premissa que se impões – e de maneira praticamente unânime – é a de que qualquer dano que se cause, tenha ou não conseqüências patrimoniais, não pode deixar de ser adequadamente reparado.

Quer para resgatar a supremacia do sentimento humano, quer para alcançar a mais ampla garantia da dignidade da pessoa humana”.¹⁴⁴

Ainda, MADALENO sustenta que a responsabilidade civil também “transita” pelo Direito de Família e que todas as causas culposas da separação judicial podem importar “dentro dos conceitos de conduta desonrosa ou violação de qualquer dos deveres do casamento, num ato ilícito, capaz de ocasionar lesão factível de reparação”.¹⁴⁵ Ademais, observa o autor que:

“a indenização por dano moral dentro da separação judicial busca compensar o real sofrimento do cônjuge judicialmente declarado vítima da separação litigiosa. Sua função é a de ressarcir a honra conjugal afetada, a integridade moral de que foi alvo o esposo ofendido, ou, como prescreve o direito constitucional, garante a indenizabilidade da violação a todos os direitos de personalidade”.¹⁴⁶

¹⁴² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 13. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 5: Direito de Família. p. 169.

¹⁴³ LEITE, Eduardo de Oliveira. Reparação do dano moral na ruptura da sociedade conjugal. In: Eduardo de Oliveira Leite (Coord.). *Grandes temas da atualidade – dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 127-164. p. 141.

¹⁴⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. Reparação... p. 164.

¹⁴⁵ MADALENO, Rolf. *Direito*... p. 138.

¹⁴⁶ MADALENO, Rolf. Divórcio e dano moral. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 1, n. 2, p. 59-67, jul./set., 1999. p. 65.

Nara Rubia Alves de RESENDE também admite a indenização dos danos exsurgidos das relações familiares diante da atual proteção dada ao indivíduo. Assinala a autora que “não se pode querer ilidir a reparação tão-somente firmada na natureza específica dessas relações, se há um dano culpável, deve ser indenizado”.¹⁴⁷

Para Belmiro Pedro WELTER¹⁴⁸ a indenizabilidade deve ser aceita a par de inexistir norma expressa sobre o assunto, porquanto aplicáveis as regras gerais da responsabilidade civil, mas desde que preenchidos os seguintes requisitos: a ação de separação judicial e/ou indenização deve ser ajuizada logo após a ocorrência de conduta culposa, sob pena de haver o perdão do cônjuge ofendido; o pedido somente é possível na ação de separação judicial fundada na culpa; a conduta do cônjuge culpado deve ser tipificada como crime; o comportamento delituoso deve ser ofensivo à integridade moral do cônjuge ofendido, produzindo dor martirizante e profundo mal-estar e angústia.

Fernanda OLTRAMARI e Vitor Hugo OLTRAMARI fazem uma análise do tema a partir da tutela da personalidade, expondo que “mais do que em qualquer outro ambiente, no familiar os direitos da personalidade precisam ser reconhecidos e valorizados”¹⁴⁹; e completam: “decorrendo dano da infração, resta, portanto, como sanção a responsabilização civil, tanto material como moral. Até porque, havendo dano, mesmo fossem as partes (...) vizinhos ou conhecidos, haveria o dever de indenizar, consubstanciado na regra geral do art. 159 do Código Civil”.¹⁵⁰

Outro não é o posicionamento de CAHALI, para o qual “admitida a infração dos deveres conjugais como causa da separação judicial (Lei 6.515/77, art. 5º), tem-se preconizado que, para além da dissolução da sanção da sociedade conjugal, o cônjuge culpado deve responder igualmente por danos morais conseqüentes da causa da separação”.¹⁵¹

¹⁴⁷ RESENDE, Nara Rubia Alves de. Da possibilidade de ressarcimento dos danos decorrentes da dissolução da sociedade conjugal. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 5, n. 21, p. 5-32, dez./jan., 2004. p. 6 e 23.

¹⁴⁸ WELTER, Belmiro Pedro. Dano moral na separação, divórcio e união estável. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 775, ano 89, p. 128-135, maio, 2000. p. 133.

¹⁴⁹ OLTRAMARI, Fernanda; OLTRAMARI, Vitor Hugo. As tutelas da personalidade e a responsabilidade civil na jurisprudência do direito de família. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 4, n. 13, p. 53-75, abr./jun., 2002. p. 54.

¹⁵⁰ OLTRAMARI, Fernanda; OLTRAMARI, Vitor Hugo. As tutelas... p. 72

¹⁵¹ CAHALI, Yussef Said. *Divórcio...* p. 843.

AMARANTE¹⁵², em profundo estudo sobre a reparação civil por dano à honra, também aceita a indenizabilidade dos danos morais contra a honra do consorte, haja vista todo ser humano ter o direito de ver respeitada a sua honra. A autora assevera que a dignidade é protegida constitucionalmente e que as sanções ao cônjuge culpado não guardam relação de proporcionalidade com a conduta desonrosa, por isso, ocorre subsunção do ato ofensivo, do direito de família para o direito das obrigações, em decorrência de ato ilícito, quando ofendem a dignidade do outro cônjuge.¹⁵³ De forma bastante acurada, AMARANTE justifica o seu pensamento da seguinte forma:

“Não é pela razão de duas pessoas levarem uma vida íntimo-amorosa, sob o mesmo teto, participarem amiúde do convívio uma da outra, conhecerem reciprocamente suas qualidades negativas mais intrínsecas, que o direito positivo devesse excluí-las de atentado à honra. A moral reclama e faz-se mister, a bem da existência de um lar, que reflita a afeição e o respeito mútuo, tanto para os cônjuges quanto para a prole, que intervenha o direito na defesa de um sentimento, que é a honra, alicerce em que se constrói e orbita a personalidade individual”.¹⁵⁴

PAPA DOS SANTOS¹⁵⁵ defende a reparabilidade integral desses danos com fundamento, além dos artigos 186, 927, 949, 953 e 954, do Código Civil, que tratam das regras gerais sobre responsabilidade civil e reparação de danos por ofensa à integridade física, à honra e à liberdade pessoal, também nos artigos 247 e 389, haja vista comungar do entendimento segundo o qual o casamento possui natureza jurídica de contrato, ainda que de natureza especial de Direito de Família. Observa, por outro lado, a autora que a indenizabilidade dos danos decorrentes do rompimento injustificado dos esponsais é aceita amplamente pela doutrina e jurisprudência pátrias, mesmo não havendo norma específica sobre o assunto, e, na doutrina estrangeira (direito francês, português e argentino), a reparação de danos entre cônjuges sempre foi aceita antes mesmo de haver regulamentação específica.¹⁵⁶

De outro lado, embora poucos autores se manifestem a respeito, aqueles que o fazem divergem sobre a aplicação das regras gerais sobre a responsabilidade civil

¹⁵² AMARANTE, Aparecida I. *Responsabilidade...* p. 262-273.

¹⁵³ AMARANTE, Aparecida I. *Responsabilidade...* p. 272.

¹⁵⁴ AMARANTE, Aparecida I. *Obra citada.* p. 262.

¹⁵⁵ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação...* p. 159-161.

¹⁵⁶ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação...* p. 160-163.

contratual à reparação de danos entre cônjuges. Para BIGI¹⁵⁷ devem ser utilizadas as normas sobre a responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana, por entender que o casamento tem natureza jurídica de instituição e não de contrato. Cite-se ainda o posicionamento de Inácio de CARVALHO NETO¹⁵⁸ e de RESENDE¹⁵⁹, que compartilham do mesmo entendimento, porém, justificam sua posição no fato de ser o casamento um contrato *sui generis*, cujas cláusulas são impostas pela lei, portanto a responsabilidade é extracontratual, devendo-se analisar a culpa.

PAPA DOS SANTOS¹⁶⁰ possui entendimento diverso. Segundo a autora aplicam-se os princípios gerais da responsabilidade civil contratual à reparação de danos entre cônjuges na separação, considerando-se ser o casamento um contrato. Ela frisa que, embora os deveres conjugais sejam regulados em lei, eles nascem do contrato de casamento, por isso mesmo são aplicadas as normas sobre a responsabilidade civil contratual. Atenta ainda para o fato de que também em outros contratos as obrigações estão reguladas em lei, como, por exemplo, a compra e venda ou então a doação.

O descumprimento de dever conjugal decorre de ato ilícito, sendo assim, há que se analisar a culpa, ainda que sejam aplicáveis as normas da responsabilidade civil contratual. Nesse sentido, SILVA PEREIRA preleciona que “o Código não enuncia em relação à culpa contratual uma regra de cunho genérico, o que em verdade é desnecessário, uma vez que o indivíduo vinculado por um contrato incide em culpa, se procede em contrariedade às suas cláusulas”.¹⁶¹ Da mesma forma Álvaro Villaça AZEVEDO ao afirmar que “o art. 159 [atual artigo 186] de nosso Código Civil possibilita, genericamente, o pagamento de indenização para cobertura de qualquer dano causado por atuação ilícita, contratual ou extracontratual(...)”.¹⁶²

¹⁵⁷ BIGI, José de Castro. Dano moral em separação e divórcio. p. 49-51.

¹⁵⁸ CARVALHO NETO, Inácio de. Reparação Civil na Separação Litigiosa Culposa. Disponível em: <<http://www.gontijo-familia.adv.br/>>. Acesso em: 10 set. 2006. Sobre o tema assevera que: “Com a devida vênia, não concordamos com tal entendimento. Se é certo que o casamento é um contrato, embora de natureza especial (contrato de direito de família, como entende hoje a doutrina majoritária), não se pode, entretanto, incluir o *neminem laedere* como cláusula contratual. Não se pode aceitar a idéia de que o marido que, v. g., causa lesões corporais em sua mulher, está infringindo uma cláusula contratual do casamento.

¹⁵⁹ RESENDE, Nara Rubia Alves de. Da possibilidade... p. 16.

¹⁶⁰ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação...* p. 166.

¹⁶¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade...* p. 247.

¹⁶² AZEVEDO, Álvaro Villaça. Contrato de casamento, sua extinção e renúncia a alimentos na separação consensual. In: *Estudos em homenagem ao professor Washington de Barros Monteiro*. São Paulo: Saraiva, 1982. Apud SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa. *Reparação...* p. 161.

Certo está, portanto, que havendo prática de ato ilícito de um cônjuge contra o outro e que gere um dano, impende seja ele ressarcido. Contudo, dúvida subsiste em saber qual o tipo de responsabilidade aplicar, se a contratual ou a extracontratual. A principal diferença em adotar uma ou outra espécie está em admitir a inversão do ônus da prova em favor do autor da reparação na modalidade contratual. Admitida esta, incumbiria ao réu comprovar que não violou dever do casamento, ou excludente de culpabilidade, ou o perdão da vítima (importa renúncia ao direito de invocar a culpa).

Na responsabilidade contratual não se exige a prova da culpa, que é presumida pelo descumprimento do dever em si mesmo, pois, conforme preleciona SILVA PEREIRA, “quando há contrato, existe um dever positivo do contratante, dever específico relativamente à prestação, o que só por si lhe impõe a responsabilidade”.¹⁶³ Dessa feita, caberia ao ofendido apenas a demonstração do ato ilícito e dos danos ocasionados e ao demandado incumbe provar a inexistência da culpa ou então o perdão pelo ofendido para ilidir a presunção de sua culpa.

Cumprе ressaltar que há culpa quando o infrator tem consciência do ato que está realizando, contudo, a culpa não diz respeito às conseqüências desse ato, conforme assevera CAHALI:

“A vontade culpável, como requisito necessário para considerar-se o adultério causa de dissolução da sociedade conjugal, não terá existido desde que se cuide de cônjuge alienado mental (...) mas a violação dos deveres conjugais, se bem que cometida em momento de irresponsabilidade, não deixará de sê-lo se resultado de uma falta imputável ao cônjuge infrator, se ela é causada, por exemplo, em razão de excessos alcoólicos ou morfínicos”.¹⁶⁴

Os danos materiais exigem uma comprovação exata, enquanto os danos morais, consoante já analisado, não necessitam da prova do prejuízo em concreto, o qual advém da própria ofensa, pois atinge diretamente a esfera da personalidade do lesado.¹⁶⁵

Nesse sentido, adotando-se a teoria contratual, cumpre observar também que somente são indenizáveis os danos imediatos decorrentes do ato ilícito (descumprimento de dever conjugal), ainda que futuros, porque na responsabilidade civil contratual apenas os danos diretos são passíveis de reparação, conforme

¹⁶³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade...* p. 247.

¹⁶⁴ CAHALI, Yussef Said. *Divórcio...* p. 151.

¹⁶⁵ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação...* p. 214 a 218.

disposto no artigo 403 do Código Civil, segundo o qual “ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato”. Os danos indiretos, como as disparidades econômicas geradas pela dissolução do casamento, para serem indenizáveis no Direito brasileiro, necessitam de previsão específica, como na legislação estrangeira. Ademais, a dissolução do casamento, só por si, não é um ato ilícito e para que uma ação lícita gere o direito à reparação de danos, necessária se faz previsão legal expressa (responsabilidade objetiva).¹⁶⁶

Ressalte-se ainda que a aplicação dos princípios da responsabilidade civil só encontra guarida na separação culposa, tendo em vista que é somente nessa forma de dissolução da sociedade conjugal que “a ofensa aos valores internos e específicos do casamento irá ser sancionada”.¹⁶⁷ Além disso “a inércia temporal conspira contra a invocação da causa da separação e faz com que os resíduos conflituosos não mais transpirem em processos nos quais a fática e já enfadonha ruptura transformou-se em silenciosa resignação”.¹⁶⁸

Por outro lado, também se discute sobre a cumulação de pedidos. Para CARVALHO NETO¹⁶⁹ essa cumulação é inviável, considerando que são competentes juízos diversos para a análise da reparação civil e da separação. Embora CAHALI¹⁷⁰ compartilhe do entendimento de que não são cumuláveis os pedidos, uma vez que possuem repercussões jurídicas em diferentes campos do Direito (obrigações e família), reconhece o autor que a jurisprudência tem admitido a cumulação de pedidos. SILVA¹⁷¹ sustenta ser plenamente viável essa cumulação de pedidos, consoante disposto no artigo 292 do Código de Processo Civil, pois a *causa petendi* de ambas ações decorrem das relações de família,.

Na jurisprudência raríssimos são os julgados encontrados que admitem tal forma de reparação. O primeiro deles, embora não tenha condenado o cônjuge infrator diante da ausência da prova do dano, é referência sobre o assunto, pois reconheceu, em tese, a indenização por danos causados pela violação de dever conjugal, trata-se do acórdão nº 36.016, da primeira Câmara Cível do Tribunal de

¹⁶⁶ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa. *Reparação...* p. 170 e 171.

¹⁶⁷ MADALENO, Rolf. *Direito...* p. 146.

¹⁶⁸ MADALENO, Rolf. *Divórcio...* p. 65.

¹⁶⁹ CARVALHO NETO, Inácio de. *Reparação...*

¹⁷⁰ CAHALI, Yussef Said. *Divórcio...* p. 845.

¹⁷¹ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Possibilidade de cumulação dos pedidos de separação judicial e reparação de danos. In: Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 2, n. 7, p. 60-66, out./dez., 2000. p. 64.

Justiça do Rio Grande do Sul, datado de 17/03/1981, com voto vencido do Desembargador Athos Gusmão Carneiro.¹⁷²

O Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 37051, cujo relator foi o Ministro Nilson Naves, em 17 de abril de 2001, por maioria de votos deu provimento ao especial e admitiu a obrigação de ressarcimento dos danos morais por comportamento injurioso do cônjuge varão, com fundamento no artigo 159 (atual 186) do Código Civil.¹⁷³

Conquanto exista lacuna jurisprudencial a respeito do tema, isso não significa ser inadmissível no direito pátrio o ressarcimento de danos advindos do descumprimento de dever conjugal.

Com o intuito de colocar uma “pá de cal” na discussão, ao menos no que diz respeito à aplicabilidade dos princípios gerais da teoria da responsabilidade civil nas relações conjugais, foi proposto, na Câmara dos Deputados, o projeto de lei nº 6.960/2002, de autoria do deputado Ricardo Fiúza, para, dentre outros assuntos, inserir no artigo 927 um segundo parágrafo afirmando expressamente a possibilidade da reparação civil nas relações familiares.

Cumprido frisar que não se trata de patrimonializar as relações de família, porquanto

“não se está reclamando pecúnia do amor, e sim pagamento contra aquele que se aproveitou da relação jurídica que envolvia o amor para causar graves ofensas delituosas, morais e dor martirizante, justamente contra aquele que jurou amar, mas, ao contrário, com a sua conduta tóxica, confiscou-lhe a honra e a própria dignidade humana (...)”.¹⁷⁴

¹⁷² O TJRS assim decidiu: “As sevícias, a injúria grave e o desfazer do vínculo conjugal, com motivos e efeito, podem gerar danos, objetivos e subjetivos, materiais e morais, Ao juízo de indenizabilidade é insuficiente nos ‘delitos civis’ a autoridade da sentença cível, a exigir, ainda no processo de conhecimento, o evidenciar das dimensões físicas das sevícias, das projeções aviltantes das injúrias na consideração do grupo social, e não apenas introspectivas, e dos abalos morais psíquicos provados pela separação judicial decretada. Enfim, sem prova do dano, descabe indenização”. Conforme CAHALI, Yussef Said. *Divórcio...* p. 842.

¹⁷³ Assim decidiu o STJ: “Separação judicial. Proteção da pessoa dos filhos (guarda e interesse). Danos morais (reparação). Cabimento. 1. O cônjuge responsável pela separação pode ficar com a guarda do filho menor, em se tratando de solução que melhor atenda ao interesse da criança. Há permissão legal para que se regule por maneira diferente a situação do menor com os pais. Em casos tais, justifica-se e se recomenda que prevaleça o interesse do menor. 2. O sistema jurídico brasileiro admite, na separação e no divórcio, a indenização por dano moral. Juridicamente, portanto, tal pedido é possível: responde pela indenização o cônjuge responsável exclusivo pela separação. 3. Caso em que, *diante do comportamento injurioso do cônjuge varão, a Turma conheceu do especial e deu provimento ao recurso, por ofensa ao art. 159 do Cód. Civil, para admitir a obrigação de se ressarcirem danos morais*”.(grifos nossos)

¹⁷⁴ WELTER, Belmiro. *Dano...* p. 135.

Sendo assim, a grave violação de dever conjugal que ocasione a insuportabilidade da vida em comum, possibilita a dissolução da sociedade conjugal com a decretação da culpa do inadimplente e também faculta ao lesado a reparação dos danos materiais e morais que sofreu em decorrência direta do descumprimento de dever conjugal, desde que preenchidos os pressupostos para a configuração da responsabilidade civil. A não aceitação da possibilidade do ressarcimento com absoluta certeza gera situações de extrema injustiça para com o consorte lesado.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente estudo verificamos as inúmeras e profundas transformações pelas quais a família passou no decorrer dos últimos séculos. Essa modificação ocorreu tanto no que diz respeito ao seu significado quanto às relações existentes entre os sujeitos que integram esse núcleo fundamental da sociedade.

Destaca-se em nosso ordenamento jurídico o advento da Constituição Federal de 1988, que elevou a dignidade humana a fundamento da República, recolocando o ser humano no centro do Direito, consagrou a absoluta igualdade entre as pessoas casadas, além de trazer outros diversos princípios que refletem as mudanças havidas em nossa sociedade quanto às relações familiares.

Vimos ainda que as relações de família passaram por um processo de repersonalização, onde a defesa da instituição dá lugar à realização dos indivíduos que a compõem. Interessa agora para o Direito garantir a felicidade e a realização da pessoa e não mais a manutenção da instituição.

Analisamos o casamento como forma de constituir família e a plena comunhão de vida que estabelece entre os consortes, assim como os deveres conjugais estabelecidos no Código Civil, cuja observância depende a própria subsistência da sociedade conjugal. Por outro lado, estudamos as formas consagradas no Direito brasileiro para o desfazimento da sociedade e do vínculo conjugal e, a partir disso, verificamos que o nosso sistema somente permite a averiguação da culpa pelo fim do casamento na separação fundada em grave descumprimento de dever conjugal.

Por fim, procedemos ao exame da teoria da responsabilidade civil e da ampla indenizabilidade dos danos morais que encontra guarida na Constituição Federal de 1988, para, então, chegarmos ao ponto nodal do tema proposto, qual seja, a possibilidade de ressarcimento de danos derivados do descumprimento de dever matrimonial.

Conforme visto, a República Federativa do Brasil possui como fundamento a dignidade da pessoa humana, insculpida no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988 e como uma forma de concretização desse pilar a Carta Magna trouxe no artigo 5º uma série de direitos fundamentais, dentre eles a igualdade e a liberdade, esta pautada no livre desenvolvimento da personalidade humana.

As relações familiares devem estar baseadas nesses valores fundamentais consagrados pela Constituição, bem como na proteção dos direitos da personalidade do ser humano, para tanto, necessário que haja senso de responsabilidade conduzindo os membros da família, para que ela seja a salvaguarda do ser humano e não meio de destruição da pessoa e do núcleo fundamental da sociedade.

Dentro dessa perspectiva de revalorização do ser humano, centro do nosso ordenamento jurídico, além do equilíbrio social que ao Direito compete manter, impende sejam ressarcidos os danos ocorridos no ambiente familiar.

O Código Civil prevê uma série de deveres que devem ser cumpridos pelos cônjuges, que importam a prática de certos atos e a abstenção de outros. Sendo assim, o grave descumprimento de dever conjugal, que gere um dano ao outro consorte, desde que reunidos os pressupostos da responsabilidade civil subjetiva, além de possibilitar a dissolução culposa da sociedade conjugal, também gera para o lesado o direito de ter reparado o seu prejuízo, seja dano material ou moral. Para tanto, não havendo norma específica em nosso Direito, necessário buscar a regra geral da responsabilidade civil no artigo 186 do Código Civil, pelo qual todo aquele que praticar um ato ilícito e causar dano a outrem deve indenizá-lo. Resta apenas saber, e aqui fica a indagação, se essa responsabilidade é fundada no contrato ou na lei.

Deixar o cônjuge lesado sem a devida reparação por entender que a indenização não supre a dor da separação “é retroceder à malfadada época em que se dizia que ‘a dor não tem preço, é imoral compensar a dor com dinheiro, não há como ressarcir o dano moral’, ou seja, é voltar a um passado que negava a reparabilidade dos danos morais”.¹⁷⁵

Por outro lado, contudo, não é possível olvidar o caráter especial das relações conjugais, sendo assim, o aplicador do Direito, ao analisar a indenização, deverá fazê-lo com as devidas cautelas, com o fito de não patrimonializar as relações familiares. Não se trata, portanto, de indenizar qualquer fato tido pelo consorte como um “dano”, não são meros caprichos pessoais que merecem a proteção do Direito.

¹⁷⁵ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). *Direito de família: a família na travessia do milênio*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2000. p. 12-139. p. 138.

REFERÊNCIAS

AMARANTE, Aparecida I. *Responsabilidade Civil por Dano à Honra*. 5. ed. rev., atual. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

BIGI, José de Castro. Dano moral em separação e divórcio. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 679, ano 81, p. 46-51, maio de 1992.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

_____. *Reparação Civil por Danos Morais*. 3. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e Separação*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

CARVALHO NETO, Inácio de. *Reparação Civil na Separação Litigiosa Culposa*. Disponível em: <<http://www.gontijo-familia.adv.br/>>. Acesso em: 10 set. 2006.

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. v. 1. 10 ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 17. ed. aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003. v 7: responsabilidade civil.

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

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Código Civil Comentado: direito de família, casamento*. Álvaro Villaça Azevedo (Coord.). São Paulo: Atlas, 2003. v XV.

GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GONÇALVES, Paulo Henrique de Arruda. Da natureza jurídica do casamento. In: *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 6, n. 22, p. 67-94, out./dez., 1982.

GONTIJO, Segismundo. A igualdade conjugal. In: Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.). *Direitos de Família e do Menor: inovações e tendências, doutrina e jurisprudência*. 3. ed. rev. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 155-172.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito Civil Aplicado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. v. 5: Direito de Família.

_____. Reparação do dano moral na ruptura da sociedade conjugal. In: Eduardo de Oliveira Leite (Coord.). *Grandes temas da atualidade – dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 127-164.

LÔBO, Luiz Paulo Netto. Danos morais e direitos da personalidade. In: Gustavo Tepedino (Coord.). *Revista trimestral de direito civil*. Rio de Janeiro: Padma, v. 6, p. 79-97, abr./jun., 2001.

_____. A repersonalização das famílias. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 6, n. 24, p. 136-156, jun./jul., 2004.

MADALENO, Rolf. *Direito de Família: aspectos polêmicos*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. Divórcio e dano moral. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 1, n. 2, p. 59-67, jul./set., 1999.

MONTEIRO, Washington de Barros Monteiro. *Curso de Direito Civil*. 36. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 2: Direito de Família.

MORAES, Maria Celina Bodin. Danos morais e relações de família. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.) *Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil Brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 399-415.

MUNIZ, Francisco José Ferreira. A família na evolução do Direito brasileiro. In: Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.). *Direitos de Família e do Menor: inovações e tendências, doutrina e jurisprudência*. 3. ed. rev. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 69-81.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso de Direito de Família*. 4. ed. atual. Curitiba: Juruá, 2003.

OLTRAMARI, Fernanda; OLTRAMARI, Vitor Hugo. As tutelas da personalidade e a responsabilidade civil na jurisprudência do direito de família. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 4, n. 13, p. 53-75, abr./jun., 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 13. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 5: Direito de Família.

_____. *Responsabilidade Civil*. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. Algumas reflexões sobre a igualdade dos cônjuges. In: Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.). *Direitos de Família e do Menor: inovações e tendências, doutrina e jurisprudência*. 3. ed. rev. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 117-132.

_____. O dano moral no direito de família: o perigo dos excessos capazes de repatrimonializar as relações familiares. In: Eduardo de Oliveira Leite (Coord.).

Grandes temas da atualidade – dano moral. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 405-418.

PERROT, Michelle. O nó e o ninho. *Revista Veja 25 anos: reflexões para o futuro*, Edição 1306, p. 74-81, Abril, 1993.

RESENDE, Nara Rubia Alves de. Da possibilidade de ressarcimento dos danos decorrentes da dissolução da sociedade conjugal. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 5, n. 21, p. 5-32, dez./jan., 2004.

SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação Civil na Separação e no Divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). *Direito de família: a família na travessia do milênio*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2000. p. 12-139.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Débito Conjugal. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). *Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil Brasileiro: Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 531-541.

_____. Possibilidade de cumulação dos pedidos de separação judicial e reparação de danos. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 2, n. 7, p. 60-66, out./dez., 2000.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado Teixeira. Responsabilidade Civil e Ofensa à Dignidade Humana. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 1, n. 1, p. 138-157, abr./jun., 1999.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: *Temas de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 349-368.

VILLELA, João Baptista. Sobre a igualdade de direitos entre homem e mulher. In: Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.). *Direitos de Família e do Menor: inovações e tendências, doutrina e jurisprudência*. 3. ed. rev. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 133-154.

WELTER, Belmiro Pedro. Dano moral na separação, divórcio e união estável. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 775, ano 89, p. 128-135, maio, 2000.