

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO
MESTRADO INTERINSTITUCIONAL

O DANO MORAL NA RUPTURA DA SOCIEDADE CONJUGAL

VITOR UGO OLTRAMARI

Curitiba, Julho de 2003.

O DANO MORAL NA RUPTURA DA SOCIEDADE CONJUGAL

Dissertação apresentada no Curso de Mestrado Interinstitucional, da Universidade Federal do Paraná e Universidade de Passo Fundo.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo de Oliveira Leite

Área de concentração: Direito das Relações Sociais

Linha de pesquisa: Novos Paradigmas do Direito Contemporâneo

Curitiba, Julho de 2003.

O DANO MORAL NA RUPTURA DA SOCIEDADE CONJUGAL

por

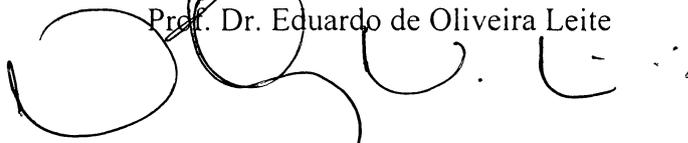
Vitor Ugo Oltramari

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre, no Curso de pós-graduação em Direito, pela Comissão formada pelos professores:

ORIENTADOR:



Prof. Dr. Eduardo de Oliveira Leite



Prof. Dr. Clayton Reis



Prof.^a Dra. Silvana Maria Carbonera

Curitiba, julho de 2003.

Dedicatória:

À minha família; em especial para Sandra que soube compreender a ausência exigida pelo curso de mestrado e para elaboração desta dissertação.

Agradecimento:

Ao professor Eduardo de Oliveira Leite pela apoio incondicional e a segura orientação recebida em todos os passos deste trabalho.

Só agora se compreende a importância das exigências.

Muito obrigado !

SUMÁRIO

Introdução.....	1
Capítulo I. O dano moral no contexto da responsabilidade civil.....	3
Seção I. Conceito, evolução e natureza jurídica.....	3
§ 1º. A conceituação do dano moral.....	3
§ 2º. Antecedentes históricos.....	5
§ 3º. A natureza jurídica.....	10
Seção II. Previsões legais.....	13
§ 1º. A visão dos principais códigos no Direito Comparado.....	13
§ 2º. As previsões do Código Civil de 1916.....	22
§ 3º. A construção legislativa posterior a 1916.....	26
Seção III. A atualidade do dano moral.....	29
§ 1º. Na Constituição Federal de 1988.....	29
§ 2º. No texto do novo Código Civil.....	30
Capítulo II. A responsabilidade das partes na sociedade conjugal frente ao sistema legal vigente.....	35
Seção I. A família no sistema codificado.....	35
§ 1º. O matrimônio como única forma de legitimação conjugal.....	35
§ 2º. Evolução da situação das partes na relação conjugal.....	37
Seção II. A família frente à Constituição Federal de 1988.....	38
§ 1º. A igualdade entre o homem e a mulher na relação conjugal...38	
§ 2º. A gradual assimilação da isonomia conjugal.....	40
Seção III. Direitos e obrigações das partes.....	43
§ 1º. Do Código de 1916, pela Constituição de 1988, ao novo Código Civil.....	43

§ 2º. O “respeito e consideração mútuos” na proposta do legislador do novo Código Civil brasileiro.....	46
Capítulo III. A ruptura da sociedade conjugal fundada na culpa.....	48
Seção I. A noção de culpa na ruptura.....	48
Seção II. As sanções positivadas.....	52
§ 1º. Das primeiras notícias ao Código de 1916.....	52
§ 2º. Na Lei de Divórcio.....	53
§ 3º. As sanções no novo Código Civil.....	56
Seção III. A inadequação das sanções do Direito de Família na atual conjuntura socioeconômica.....	58
§ 1º. A mudança provocada pela isonomia constitucional dos cônjuges.....	59
§ 2º. A questão do nome.....	60
§ 3º. A questão dos alimentos.....	62
§ 4º. A questão da guarda.....	64
Seção IV. A impossibilidade de discussão da culpa nas hipóteses do divórcio.....	66
§ 1º. As previsões legais e a questão temporal no divórcio indireto.....	66
§ 2º. A posição da doutrina e da jurisprudência na questão temporal do divórcio direto.....	67
§ 3º. A fundamentação da posição contrária.....	69
Seção V. A inexistência de sanção por culpa na regulamentação da união estável.....	72
§ 1º. As leis 8.8971/94 e 9.278/96.....	72
§ 2º. A proposta do novo Código Civil.....	75
Capítulo IV. Breve análise do dano moral na ruptura da sociedade conjugal no direito comparado.....	78
Seção I. O direito francês.....	78
Seção II. O direito português.....	84
Seção III. O direito argentino.....	88

Seção III - Novas perspectivas.....	139
§ 1º - A família como base de um direito civil constitucionalizado.....	139
§ 2º - A repersonalização das relações de família como espaço de realização da afetividade.....	140
§ 3º - O Projeto de Lei nº 6960/2002 (Dep.Ricardo Fiúza) de complementação do novo Código Civil.....	142
 Conclusão.....	 146
 Bibliografia.....	 149
 Anexos.....	 160
Anexo A. Lei n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994.....	161
Anexo B. Lei n. 9.278 de 10 de maio de 1996.....	162
Anexo C. Projeto de Lei n. 6.960 de 2002.....	163
Anexo D. Justificativa da inclusão do parágrafo 2º ao artigo 927 do Código Civil no projeto de lei n. 6.960 de 2002.....	191

RESUMO

Este trabalho trata dos danos morais causados em decorrência da ruptura da sociedade conjugal, matrimonializada ou de fato, sempre que houver culpa grave de parte de um dos seus integrantes. A inexistência de sancionamento adequado no Direito de Família para o descumprimento dos deveres conjugais com considerável desrespeito pela pessoa humana do consorte, sempre causou inconformismo ao autor, motivando a pesquisa do tema. Situações assim não podem passar sem punição. Em tais hipóteses o trabalho visa demonstrar a aplicabilidade da sua proposta para que a família cumpra seu papel constitucional de base da sociedade fortalecendo a relação conjugal como seu alicerce. Com esse objetivo, faz-se o resgate da evolução do dano moral buscando fundamentos para sua aplicação às relações de família, revendo a sua história para melhor compreensão da igualdade constitucional vigente, que, descumprida com culpa, assim como os deveres conjugais gera responsabilidade civil. Particular importância é dada ao direito comparado em face da influência exercida pelos direitos francês, português, argentino e peruano sobre a doutrina e a recém iniciada jurisprudência brasileira. De igual destaque o enfoque processual acerca das possibilidades jurídicas do pedido, tanto autônomo como cumulado com o de dissolução da relação conjugal. A função e a valoração do dano moral são particularizadas no contexto conjugal. O estudo contém subsídios doutrinários e jurisprudenciais aptos a embasar a propositura de ações que visem assegurar às vítimas de todas as causas culposas do rompimento dos laços conjugais a devida e condizente compensação. O grande impulso para a conclusão fica por conta das novas perspectivas pela inclusão da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade, no texto constitucional e civil vigentes. Para seu cumprimento e defesa é inquestionável que as ofensas não fiquem sem reparação. Assim, estar-se-á valorizando a pessoa humana, a família e, no seu contexto, muito especialmente, a relação conjugal.

Palavras Chaves: dano moral , sociedade conjugal, culpa, dignidade, pessoa.

ABSTRACT

This research paper deals with moral damages caused by the couple's society break-up, joined by the matrimony or as a fact, whenever solemn blame is realized from one of the members. The absent suitable confirmation, in family's laws, for marital duties non accomplishments with considerable disrespect about the companion's dignity, has always caused uncomfortableness to the author, motivating the subject's research. Situations like this cannot go over without punishment. On such hypothesis, the research paper seeks to show the proposal applicability so that the family plays its part of society's constitutional base, strengthening the marital relationship as its foundation. So, the moral damage evolution ransom is done, seeking basis to its family's relationship application, seeing again its history to a better actual constitutional equality comprehension, that, if not accomplished with blame, as marital duties create civil responsibilities. Peculiar importance is given to compared laws, facing the French, Portuguese, Argentinean and Peruvian influence above doctrine and just began Brazilian jurisprudence. The same importance are the juridical demand possibilities, as autonomous as cumulated with the marital relationship dissolution. The function and valuation of moral damage are particularized in the marital context. The application has subsidies of doctrine and jurisprudence, capable to give basis to proposition of actions that assure the victims of all guilty marital relationship dissolution causes the suitable reparation. The great impulse to a conclusion stands on the new perspectives for the human being dignity and personality rights inclusion in the actual constitutional and civil texts. To its accomplishments and defense it makes necessary that the offence do not pass without punishment. Like this, the human beings, the family and, specially in its context, the marital relationship is been valorized.

Keywords: moral damage, marital society, blame, dignity, person.

INTRODUÇÃO

Por testemunhar, no dia a dia do mundo da advocacia e do direito, a ocorrência de danos causados por ilicitudes perpetradas no seio da relação conjugal e ver que as regras do Direito de Família não oferecem adequado e efetivo sancionamento, levou à escolha do tema deste trabalho.

Já é de tempo, entre os juristas, uma grande preocupação com o estudo da responsabilidade civil no que tange à indenização por danos morais. A responsabilidade civil expande-se por todos os ramos do Direito Civil e também começa a transitar pelo Direito de Família, tanto em seus aspectos pessoais de vínculo familiar, como na esfera patrimonial das relações oriundas do mesmo.

A amplitude dessa evolução, vivida nos últimos tempos, vem direcionando a doutrina e, por ela, o legislador e os tribunais a pensarem na sua aplicabilidade às relações de família. No estudo evolutivo da família e do seu reconhecimento como base estrutural da sociedade de todos os tempos, precisam ser-lhe estendidas as regras da responsabilidade civil.

Com certeza, por influência do direito estrangeiro analisado - francês, português, argentino e peruano - a tese da ocorrência do dano moral nas relações de família ganha corpo na atualidade jurídica brasileira. E não poderia ser diferente depois que a Constituição Federal de 1988 consagrou a sua indenizabilidade nos incisos V e X do art. 5º, consolidando construção doutrinária jurisprudencial que há tempos já vinha atropelando o legislador.

Esses renovadores ares trouxeram consigo, no capítulo da família, a consagração dos parágrafos 3º e 5º, do art. 226, da isonomia entre os cônjuges e o reconhecimento da união estável como entidade familiar. No parágrafo 8º, ainda, consta o dever de o Estado assegurar os mecanismos para impedir a violência no seio das relações familiares. E, muito especialmente, essas inovações garantiram a dignidade da pessoa humana e os direitos de personalidade, agora consolidados também no novo Código Civil, abrindo novas perspectivas de desenvolvimento para a matéria.

Assim, o presente estudo insere-se num processo evolutivo incontrolável, pois não se admite mais a idéia conformista e desatualizada de que no direito de família não pode existir a figura da responsabilidade civil e da conseqüente indenização, seja material, seja moral. Indiscutivelmente, sendo a família a célula da sociedade e o casal o seu núcleo, o direito precisa oferecer meios de solidificação dessa base estrutural.

Sem dotar os cônjuges ou companheiros desses meios, contra as traições, ofensas, injúrias, maus tratos e todo tipo de ilicitudes perpetradas na relação familiar, jamais se garantirá e se confirmará na prática toda essa importância. Tanta é a importância da família, que está consagrada em capítulo especial, como base da sociedade, e, por isso, destinatária de especial proteção do Estado.

Destarte a forma reticente como o assunto ainda vem sendo visto pela jurisprudência nacional, os doutrinadores olham bem mais profundamente a questão e já se pensa em legislar a matéria. Graças a amplitude da visão renovadora e isonômica da Constituição Federal de 1988, começam a despontar na letra da decisão dos casos concretos, posições favoráveis à responsabilização pelos danos morais causados quando da dissolução da sociedade conjugal e da união estável. Uma indenização pela dor, pela angústia e pelo sofrimento, toda vez que a causa da dissolução do vínculo matrimonial ou da relação marital tenha relevância, pela gravidade da humilhação causada ou pela ofensa praticada contra o seu consorte, é a resposta do direito das obrigações ao anseio não atendido pelas regras do direito de família.

Esse, sem dúvida, é o caminho, até como forma de reprimenda à conduta desonrosa, à violência doméstica e a toda uma onda de descumprimento dos mais sagrados deveres decorrentes da relação conjugal, matrimonializada ou não. Tudo é fruto de uma flagrante mudança na percepção de valores e bens jurídicos tuteláveis, que cria, diariamente, situações e perspectivas novas, e o presente trabalho pretende ser um nítido exemplo disso.

É certo que o legislador do século passado não mirou essa realidade. Estranha-se, no entanto, que o novo Código Civil não tenha previsto e legislado a sua ocorrência. Não se pode, mesmo assim, desconhecer-las e negar-lhes guarida e reparação. Por isso, a única forma de compensar satisfatoriamente o sofrimento experimentado pelo dano causado quando da ruptura culposa da sociedade conjugal é propiciar meios para a vítima minorar seus desalentos; assim, também punir o responsável pela falta cometida e dissuadir todos os que da sanção tiverem conhecimento, para que não façam o mesmo.

CAPÍTULO I

O DANO MORAL NO CONTEXTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL ATUAL

Seção I - Conceito, evolução e natureza jurídica

§ 1º - A conceituação do dano moral.

Da evolução das primeiras noções de dano decorreu a sua distinção entre patrimonial e extrapatrimonial, ou moral. A partir daí uma primeira conceituação negativa, qual seja, a de que o dano moral não atenta contra o patrimônio do indivíduo, conforme assinala Ronaldo de ANDRADE¹, citando lição da doutrina francesa. É dano pessoal, portanto, que não fere o patrimônio da pessoa ofendida, impossibilitando, por isso, a *restitutio in integro* do dano material, porque, no moral, ele é financeiramente imensurável. Na afirmação de Cleyton REIS, os danos morais constituem “um prejuízo insuscetível de reposição”, visto que o conceito de reparabilidade não se aplica aos bens imateriais². Por não ser possível avaliá-los, nem admitir uma exata equivalência com a perda sofrida pela vítima, os danos se tornam compensáveis. Conforme Antonio Jeová da Silva SANTOS:

*Embora nem todo dano cause prejuízo na órbita patrimonial, o ressarcimento ocorre em pecúnia. Bem por isso, Eduardo Zanoni (El Daño em la Responsabilidad Civil p 22) expõe de forma clara que “existem danos cujo conteúdo não é dinheiro, senão a dor, o espanto, a emoção, a afronta, a aflição física ou moral e, em geral, uma sensação dolorosa experimentada pelas pessoas atribuindo à palavra dor seu mais extenso significado. Estamos no umbral do dano moral, que, apesar de ser traduzido em ressarcimento pecuniário, não afeta valores econômicos.”*³

José de Aguiar DIAS, de forma simplista, a respeito, destaca que, “quando ao dano não correspondem às características do dano patrimonial, dizemos que estamos em presença do dano moral.” Mas conclui de forma inteligente, afirmando que “a distinção, ao contrário do que

¹ ANDRADE, Ronaldo Alves de. *Dano moral à pessoa e sua valoração*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 9.

² REIS, Clayton. *Avaliação do dano moral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 7.

³ SANTOS, Antonio Jeová da Silva. *Dano moral indenizável*, 3. ed. São Paulo: Método, 2001, p. 77.

parece, não decorre da natureza do direito, bem ou interesse lesado, mas do efeito da lesão, do caráter da sua repercussão sobre o lesado.”⁴

Dentre as conceituações citadas em quase todas as obras sobre a matéria, Clayton REIS acentua que a do professor João de Matos Antunes VARELA, da Universidade de Lisboa e Coimbra, é, seguramente, das mais precisas e claras, destacando:

“[...] ao lado destes danos pecuniariamente avaliáveis há outros prejuízos (como as dores físicas, os desgostos morais, os vexames, a perda de prestígio ou de reputação, os complexos de ordem estética) que, sendo insusceptíveis de avaliação pecuniária, porque atingem bens (como a saúde, o bem-estar, a liberdade, a beleza, a perfeição física, a honra ou o bom nome) que não integram o patrimônio do lesado, apenas podem ser compensados com a obrigação pecuniária imposta ao agente, sendo esta mais uma satisfação (Gemugtung) do que uma indenização. A estes danos dá-se, usualmente, o nome de danos morais.”⁵

Assim, como reconhece quase toda a doutrina, o dano material atinge a pessoa no que ela tem, ao passo que o moral, no que ela é. Por isso, o bem jurídico atingido é a própria pessoa da vítima, seus valores imateriais e seus sentimentos; sua vida, honra, imagem, sua afeição e reconhecimento social; sua liberdade e integridade física e psíquica. Em decorrência, causa de mal-estar, transtornos e desgosto, insatisfação e, muitas vezes, desespero. Afeta sentimentos, vulnera afeições legítimas e rompe o equilíbrio espiritual, produzindo angústia, humilhação, dor.⁶

Resumindo, segundo Roberto H. BREBBIA, é a ofensa aos direitos da personalidade, dos quais decorrem todos os direitos da pessoa humana. Isso faz ainda mais sentido, dada a relevância dos direitos da personalidade no Direito de Família e, especificamente, nos casos de ruptura culposa da sociedade conjugal, quando, basicamente, são desrespeitados direitos subjetivos de uma das partes.⁷

Caio Mário da Silva PEREIRA é enfático quando afirma “que toda lesão a qualquer direito tem como consequência a obrigação de indenizar”, não admitindo a restrição à patrimonialidade do prejuízo.⁸

Os conceitos analisados e tantos outros, catalogados pela doutrina e pela jurisprudência, fazem parte da evolução do instituto, que se passa a ver nos seus antecedentes históricos.

⁴ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil* 10. ed. Rio de Janeiro:Forense 1995, p. 730

⁵ VARELA, João de Matos Antunes apud REIS, Clayton *Avaliação do Dano Moral* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 11

⁶ SANTOS, Antônio Jeová da Silva *Dano moral indenizável*, p. 81.

⁷ BREBBIA, Roberto H. *Instituciones de Derecho Civil* Tomo II. Rosário. Editorial Juris, 1997, p. 73.

⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*, 8. ed. Rio de Janeiro Forense, 1997, p. 54

§ 2º - Antecedentes históricos

A maioria dos doutrinadores garante ao Direito Romano, mesmo sem qualquer sistematização, a primazia no reconhecimento do que chamou de “indenização por injúria”, conforme destaca Antonio Jeová SANTOS⁹ num pormenorizado estudo de doutrinadores do direito romano. Yussef CAHALI¹⁰, no entanto, entende tal atribuição como meramente acadêmica, considerando que nenhum autor fornece elementos definitivos, deixando a questão da origem muito controversa. Mesmo admitidas as posições negativistas, atribui-se ao Direito Romano tal prioridade pela riqueza das informações obtidas através do seu estudo.

Para os que reconhecem preferência ao Direito Romano, a Lei das XII Tábuas foi o marco da absorção pelo Direito do princípio que já fazia a consciência dos povos. Admitia três espécies de injúria: *membrum ruptum*, quando havia a amputação de um membro ou inutilização de algum órgão, aplicando-se a pena do Talião; o *fractum*, que ensejava uma indenização, de quantia reduzida se a vítima fosse escravo; também as *iniuriae simples*, para as pequenas lesões.

Tais informações, ainda acrescidas da possibilidade da propositura da *actio iniuriarum aestimatoria*, em que o pretor romano podia definir todas as hipóteses de lesão pessoal e, também, fazer uso da equidade nas condenações. Essa fórmula se estendia ao *convicium* nas demandas contra insultos e burlas proferidos em público e com menosprezo à pessoa. Por exemplo, ofensas à boa fama de uma mulher honesta ou de uma jovem. Existia, ainda, a *ademptata pudicitia e infamatio*, para os casos de atentados ao pudor e difusão de conceitos difamatórios.

Aparecida AMARANTE, em detalhado estudo sobre o desenvolvimento histórico do que chama de “dano à honra”, também analisa a *actio injuriarum*, caracterizando o direito romano como a fonte da proteção legal dos direitos da personalidade. Destaca a exclusão do escravo, por não possuir honra civil, não gozar de liberdade nem ser reconhecido como pessoa, salvo em casos extremos, quando a lesão atingia o seu dono. Defende que foi com a posição de Von Ihering (*Actio injuriarum des lésions injurieuses en droit romain*) que a visão dos doutrinadores tomou o rumo certo no reconhecimento da reparação do dano moral.

A partir do que chamou de ação de *injúria concreta* e ação de *injúria abstrata*, o objetivo voltou-se, respectivamente, para o que a pessoa tem e para o que a pessoa é. Aparecida AMARANTE resgata, também notícias da jurisprudência romana, segundo a qual se considerava injúria qualquer lesão aos direitos da personalidade, sendo que, na evolução da *actio iniuriarum*, chegou a ser fixada a regra de que para toda classe de injúrias, era dado proceder, por via criminal ou civil, nesta com nítida indenização extrapatrimonial.

⁹ SANTOS, Antônio Jeová da Silva *Dano moral indenizável*, p. 84-88

A *Lex Cornelia de Iniuris* garantiu novas fórmulas, autorizando quem fosse vítima de golpes e lesões, ou de violação de domicílio, a optar entre a reclamação de uma pena pecuniária ou a perseguição criminal, as chamadas *quaestiones perpetuae*. Podiam, também, ser cumuladas as *actiones iniuriarum* com a *legis Aquiliae*, verdadeira cumulação de indenizações por dano material e moral. Essa evolução toda permitiu, na época imperial, a partir de Deocleciano, indenização das mais leves lesões corporais e das menores violações a qualquer direito da personalidade. A autora, conclui, identificando a tendência de proporcionar ao devedor um meio de fugir ao rigor da execução pessoal.¹¹

Para quebrar tais posicionamentos, Yussef CAHALI¹² classifica como minuciosa a posição de C. F. GABBA¹³, da corrente que nega a existência de qualquer noção do instituto no Direito Romano, destacando a sua conclusão no sentido de que, “certamente nel diritto romano non vi ha nè traccia nè germe del concetto che i cosi detti danni morali si possono risarcire.” Esse confronto de posições ganhou ainda maior destaque na polêmica entre Ihering e Savigny, analisada pelo autores mencionados, acerca do cabimento do dano moral.

Savigny não admitia a reparabilidade da lesão extrapatrimonial por entender que os bens ideais estão fora do comércio, não podendo, por isso, se tornar objeto das obrigações. Nessa base, alinhava em sua argumentação que o dano moral não pode ser provado já que não se pode medir a dor, o que torna arbitrária qualquer indenização. Considerava imoral compensar com dinheiro a perda da reputação, da honra ou da vida de um familiar, no que via um enriquecimento sem causa, já que a indenização garantiria um aporte patrimonial, sem nenhuma diminuição dos bens possuídos, em nítida confusão com o dano patrimonial. É interessante destacar que as restrições à indenizabilidade do dano moral no direito brasileiro até a Constituição de 1988, estiveram vinculadas a esses argumentos.

Von Ihering reconhecia a reparabilidade do dano moral. É dele a justificativa de que o dinheiro possibilita à vítima do direito violado outros prazeres e sensações que mitigam os sofrimentos causados. Refuta o argumento da dificuldade da prova, identificando-a, em muitos casos de danos patrimoniais, como o do dano futuro. Contrapõe a tese do enriquecimento sem causa, entendendo o ato ilícito como fonte da obrigação de indenizar e reconhecendo-o como causa da indenização. A medida da dor considera perfeitamente perceptível, por se refletir no aspecto físico da vítima. Para Ihering, a tutela jurídica sai do campo limitado dos bens econômicos para também abranger o homem, em toda a sua dimensão. A respeito, assim conclui Antonio Jeová da Silva SANTOS:

¹⁰CAHALI, Yussef Said *Dano moral*, 2 ed, 3 tiragem São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p 28

¹¹AMARANTE, Aparecida. *Responsabilidade civil por dano à honra* 5. ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2001, p 25-64

¹²CAHALI, Yussef Said *Dano Moral*, p 28.

¹³GABBA, C F Apud CAHALI, Yussef Said *Dano Moral*, p. 28

*É por isso que Ihering, estudando a violação injuriosa dos direitos, deixou perene que a pessoa pode ser lesionada no que ela é, ou no que ela tem. No que ela é, em seu corpo, em sua liberdade, em sua honra; no que ela tem: em suas relações com o mundo exterior. É a periferia, em antítese ao centro*¹⁴

Da posição de Ihering acerca do dano moral no Direito Romano, os Mazeud citam os exemplos daquele que consideram, simplesmente, a aplicação “de un principio general de todos los *bonae fidei judicia*”, concluindo, com base na jurisprudência romana, que na vida humana a noção de valor não se restringe só ao dinheiro; ao contrário, há outros bens aos quais o homem civilizado atribui um valor ainda maior e quer que o direito os proteja.¹⁵

A avaliação que se faz sobre o dano moral no Direito Romano não pode prescindir da análise do professor Wilson Melo da SILVA, das primeiras obras nacionais, acerca do dano moral., sendo das mais reconhecidas internacionalmente. A obra faz profunda retrospectiva de todas as possibilidades de ver reconhecido o dano moral no Direito Romano. Define a injúria entre os delitos privados previstos pelo direito romano, analisando as suas formas de manifestação. Sobre a *Actio Injuriarum Aestimatoria*, com fundamento nas posições favoráveis de Giorgi, Keller e Wening-Ingenheim, sopesando os argumentos contrários de Gabba, conclui que “dúvida não há, pois, frente à opinião desses autores, de que a *Actio Injuriarum Aestimatoria* fosse, entre os romanos, uma ação destinada a restaurar o dano ocasionado a alguém por qualquer injustiça da qual lhe não sobreviesse um dano material.”

O professor Wilson Mello da SILVA, ao final da abordagem, depois de reconhecer, com Ihering, considerável aceitação da reparação do dano moral, não sem admitir as críticas de Giorgi, conclui não ser desconhecida a idéia da reparação dos danos morais entre os romanos, sob a forma de princípio amplo de direito. Destaca contradições nos textos do *Corpus Juri Civilis*, assim como exceções que os textos indicados apontam, exemplificando com Ihering, mais uma vez, acerca do desconhecimento, entre os romanos, de qualquer possibilidade de ressarcimento do dano estético. Em meio a posições que entende extremistas, tanto de Giorgi, defendendo a integral acolhida da reparabilidade, como de Gabba, em frontal oposição, negando a existência de qualquer notícia a respeito, prefere concluir que, “na pior das hipóteses, a matéria, talvez, entre eles, assumisse aspectos de *vexata quaestio*.”, restando, portanto, em posição intermediária e assegurando, “como no mais, *virtus est in médio [...]*”¹⁶

¹⁴ SANTOS, Antonio Jeová da Silva. *Dano moral indenizável*, p. 90.

¹⁵ MAZEAUD, Henry y TUNC, André. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual* Trad. de Luis Alcalá-Zamora Y Castillo, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1978.v I, p 429

¹⁶ SILVA, Wilson Melo da *Dano moral e sua reparação* 3 ed. Rio de Janeiro Forense, 1999, p 11-38.

O direito canônico, pela sua influência no sistema patrio, também pesou na construção do direito à reparabilidade do dano moral, fazendo incluir dispositivos em diversas legislações influenciadas pela Igreja. Dos estudos pesquisados, o dos mineiros Wilson Melo da SILVA¹⁷ e Aparecida AMARANTE¹⁸, são os mais completos. Deles se extrai o estudo da *infâmia*, com a distinção entre a *de direito*, que consistia na pena estabelecida aos clérigos e leigos, objetivando reprimir certos delitos, e a *de fato*, que se caracterizava por costumes depravados ou pela prática de um delito que levava à perda ou diminuição da boa reputação. Era a mesma distinção feita pelo direito romano.

Com fundamento no direito canônico, o pré-codificado brasileiro adotou o princípio da reparabilidade pelo não-cumprimento da promessa de casamento, vigente no eclesial. Não obrigava casar, mas impunha a reparação das perdas e danos decorrentes pelo descumprimento do prometido. As *arras sponsalicias* funcionavam como verdadeira cláusula penal.

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

Dentre os diversos cânones analisados pelos doutrinadores que nos servem de fonte, no nº 2.354, parágrafo 1º¹⁹, do antigo Código Canônico, existiam danos tipicamente morais, consagrando a teoria da sua reparação, dentre os quais: o rapto, a venda de escravos, ou, ainda, casos de lesões físicas e violências.

Para os casos de calúnia e injúria, o cânone 2.355 mandava reparar com sanções materiais e espirituais.²⁰ No entender de Aparecida AMARANTE, essas eram as injúrias verbais. Para a responsabilidade civil, havia regra especial, contida no cânone nº 2.210, com a garantia da existência de “ação civil para exigir reparação de danos, se com o delito prejudicou-se alguém.”²¹.

¹⁷ AMARANTE, Aparecida I. *Responsabilidade Civil por Dano à Honra*. p. 19.

¹⁸ AMARANTE, Aparecida I. *Idem*, p. 33-37.

¹⁹ Tradução do can. 2354, § 1º do Código Canônico: “ O secular que tiver sido legitimamente condenado por crime de homicídio; de rapto de impúberes de um ou de outro sexo; de venda de uma pessoa destinada à escravidão ou a qualquer outro fim mau; de usura, de roubo, de furto qualificado, ou não, em matéria de grande importância; de incêndio ou destruição maliciosa de coisas, se em grande quantidade; de mutilações, de lesões ou violências graves, será, por isso mesmo, excluído de todos os atos eclesiásticos legítimos, bem como de qualquer cargo que possa ter na Igreja, permanecendo, contudo, de pé, a sua obrigação de reparar os danos. SILVA, Wilson Melo da *Obra citada*, p 41.

²⁰ Tradução do can. 2355 “Se alguém, não com atos, mas por meio de palavras ou escritos, ou de qualquer outra forma, injuria um terceiro, ou o prejudica em sua boa fama ou reputação, não só se obriga, nos teores dos cânones 1.618 e 1.938, a dar a devida satisfação e a reparar os danos, como também se torna passível de penas e penitências proporcionadas, inclusive se se trata de clérigo a quem, se for caso, se deve impor a suspensão ou a privação de ofício e benefício ” SILVA, Wilson Melo da *Obra citada*, p 42.

²¹ AMARANTE, Aparecida I. *Idem*, p. 37-38

O direito canônico atual acompanha a doutrina jurídica moderna, definindo penalidades mais amenas e substituindo severidades como os termos *infâmia* e *degradação*, utilizados na versão anterior, por *adversão* e *repreensão*. Para confirmar essa tendência, o cânone 220, do Título I (Obrigações e Deveres dos Fiéis), do Livro II (Do Povo de Deus) determina:

A ninguém é lícito lesar ilegitimamente a boa fama de que alguém goza, nem violar o direito de cada pessoa de defender a própria intimidade

Wilson Melo da SILVA, após analisar e interpretar os cânones apontados, conclui que há entrelaçamento entre os danos materiais e os morais, destacando, no entanto, danos exclusivamente morais. E exemplifica: “a venda de um homem para a escravidão ou outro mau fim; as lesões físicas; as violências, os raptos das pessoas de um ou outro sexo.” Já, em decorrência de calúnia e da injúria, entende mandados reparar de dupla forma, com punição de ordem material e moral.²²

Toda essa análise permite conclusão de que a evolução do reconhecimento do dano moral se deu como decorrência natural da afirmação dos valores imateriais da pessoa humana, prestigiados, como se viu, desde o Direito Romano e aprimorado com muito mais razão, no Direito Canônico. Nem poderia ser diferente, uma vez que o cristianismo, fundado na proposta ideal de fraternidade, solidificou esse alinhamento, principalmente em decorrência da submissão à idéia da punição pelo seu descumprimento.

O Renascimento e a a Revolução Francesa, na Idade Média e na Idade Moderna, sem dúvida, também foram marcos dessa evolução histórica, assentando-se nessas bases os fundamentos morais dos direitos individuais da personalidade. Todos, em suma, identificaram a necessidade de se afirmar a fraternidade, a independência das pessoas e a intangibilidade dos direitos humanos.

Uma base histórica dessa envergadura, garante, sem dúvida, fundamento para o encaminhamento e extensão do tema na seara dos direitos da personalidade, como se pretende, até atingir as hipóteses de sancionamento da culpa na ruptura da sociedade conjugal pelo dano moral. E justifica porque é no ambiente conjugal onde mais do que em qualquer outra relação, precisam ser atendidos e prestigiados. A par da evolução do reconhecimento desses princípios, como constatado historicamente, de outra parte, a punição pelo seu descumprimento, por meio da responsabilização do dano causado, torna evidente a existência de uma dúplice natureza jurídica do instituto, como se passa a analisar.

²² SILVA, Wilson Melo da. Obra citada, p. 43.

§ 3º - A natureza jurídica

A satisfação do dano moral, na opinião da maioria dos autores, conforme se analisará, tem dupla natureza jurídica: compensatória e punitiva. Clayton REIS, de sua parte, em minucioso estudo acerca das funções do processo indenizatório, também insere a função preventiva²³, que Fernando NORONHA e Eugênio Facchini NETO chamam de “dissuasória”²⁴.

É compensatória porque tem por finalidade satisfazer a vítima, proporcionando-lhe uma equivalência subjetiva com as perdas havidas em decorrência do ato lesivo. O objetivo primeiro, como se demonstrará, e com o que concordam os autores, não é impor uma pena, mas compensar o dano sofrido. Não deixa, contudo, de se manifestar como uma sanção ao autor do dano, até como forma de reprimir a sua ocorrência, e, na opinião dos três autores indicados, de dissuadi-lo, desaconselhá-lo a repetir a conduta no futuro. Daí a função preventiva ou dissuasória.

Fundamentalmente, a responsabilidade civil pelo dano moral está concentrada na convergência dessas duas forças: “ ‘caráter punitivo’ para que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que praticou; e o ‘caráter compensatório’ para a vítima, que receberá uma soma que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido.”²⁵

Segundo Ronaldo ANDRADE²⁶, não tem natureza de pena civil porque não visa impor um castigo ao lesionador, o que, no entender de Yussef CAHALI²⁷, é incompatível com o direito privado, na medida em que não visaria à recomposição do patrimônio do ofendido. Assim, objetivando apagar ou amenizar os efeitos do ato danoso, o dano moral estabelece uma distinção entre pena privada e reparação, garantindo que, nesta, o que se busca é uma relação entre o seu montante e a extensão e gravidade do dano causado.

Não se pode desconhecer, como aponta Eugênio Facchini NETO, que, desde “quando se passou a aceitar a compensabilidade dos danos extrapatrimoniais, percebeu-se estar presente ali, também a idéia de uma função punitiva da responsabilidade civil.” E, é bem verdade, para a vítima, o pagamento de uma quantia pelo autor representa “uma forma estilizada e civilizada de vingança, pois, no imaginário popular, está-se também a punir o ofensor pelo mal causado”.²⁸

²³ Os novos rumos da indenização do dano moral R10 de Janeiro: Forense, 2002, ps 125-197

²⁴ NORONHA, Fernando *Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil* Revista dos Tribunais, ano 88, v 761, p 31-44, mar. 1999, ps. 31-44 e FACCHINI NETO, Eugênio, Da responsabilidade civil no novo código. In. SARLET, Ingo Wolfgang (Coord) *O novo código civil e a constituição*. Porto Alegre Livraria do Advogado, 2003., p. 164

²⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva *Responsabilidade civil*, p. 55.

²⁶ ANDRADE, Ronaldo Alves *Dano moral à pessoa e sua valoração*, p 29

²⁷ CAHALI, Yussef Said *Dano moral*, p 33

²⁸ FACCHINI NETO, Eugênio, *Da responsabilidade civil no novo Código*, p 163

O caráter atentatório à personalidade reveste, para Carlos Roberto BITTAR, a natureza do dano moral, tendo em vista que se configura, exatamente, na infração dos direitos da personalidade, decorrendo de lesões aos seus atributos. Para o autor, a sua reparabilidade é a reação do Direito, constituindo-se no mecanismo da ordem jurídica, para prevenção e reparação dos danos, os quais devem ser ressarcidos “[...] a fim de que se faça a devida justiça, especialmente em razão da orientação de que todo dano há de justificar ação tendente à obtenção da necessária reparação [...]”. E conclui pela atribuição de um sancionamento ao lesante pelo fato e por uma compensação ao lesado, pelos reflexos negativos sentidos em sua personalidade²⁹. É um misto, portanto, de pena e compensação, com o que concorda Ronaldo ANDRADE, invocando Geneviève Viney, para quem o juiz deve usar o seu poder de arbitrar a indenização para impingir ao autor do dano uma pena que previna a prática de atos da mesma natureza³⁰.

Ramon PIZARRO³¹, após reconhecer como minoria a doutrina que atribui à reparação do dano moral uma verdadeira pena civil revestida de características de reprovação exemplar à falta cometida, confirma sua posição pessoal pelo caráter ressarcitório do dano moral. Ressalta, entretanto, o nascimento, nos últimos anos, de idéias ecléticas, mais moderadas, que dão, ao mesmo tempo, caráter ressarcitório e sancionatório à indenização.

E é o que parece, em síntese, o mais adequado. Depreende-se que a natureza jurídica do dano moral não é apenas punitiva, mas, para a vítima, é, também, satisfatória. Posições extremas e rígidas não respondem integralmente à questão. Precisa-se conciliar os argumentos de uma e outra corrente de modo a permitir uma integral valoração da questão. Apesar das justificativas de ambas, entende-se que a conclusão precisa ser valorada frente a situação da vítima, que deve ser compensada, e do causador do dano, que não pode passar sem punição, como forma de sancionamento, de exemplo e, por isso, de prevenção.

Olhando do prisma da vítima, o dinheiro é um lenitivo que permitirá comprar coisas que lhe assegurem outras satisfações. No dizer de Yussef CAHALI, “o dinheiro desempenha um papel de satisfação ao lado de sua função de equivalente”, gerando, portanto, a reparação através de uma compensação, e não de um ressarcimento. Já, pelo lado do responsável, o autor vê a importância do sancionamento porque, “impondo ao ofensor a obrigação de pagamento de uma certa quantia de dinheiro em favor do ofendido, ao mesmo tempo que agrava o patrimônio

²⁹BITTAR, Carlos Roberto, *Reparação civil por danos morais* 2ª.ed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 53.

³⁰ ANDRADE, Ronaldo Alves de. Obra citada, p. 30.

³¹PIZARRO, Ramon Daniel. *Daño moral prevención, reparación, punición*. El daño moral en las diversas ramas del derecho. Buenos Aires Editorial Hammurabi, 1996, p 112.

daquele, proporciona a este uma reparação satisfativa”³². Por isso, para Maria Helena DINIZ é um misto de pena e de satisfação³³.

Efetivamente, é uma pena com natureza privada, visando a uma diminuição do patrimônio do seu autor, exatamente em favor da vítima; ao mesmo tempo, é satisfatória, para compensar sentimentos provocados pelo dano moral. A reparação, então, visa compensar a perda, proporcionando ao prejudicado uma satisfação que possa atenuar a ofensa causada. A compra de bens, a melhoria de vida e a possibilidade de pagar por prazeres humanos proporcionam a satisfação dessa compensação.

Há nisso, segundo Humberto THEODORO JÚNIOR, mesmo reconhecendo o caráter “punitivo” da indenização imposta ao causador do dano moral, razões de ordem ética, impondo o seu acolhimento com adequação e moderação, porque a competência para reprimir condutas, originariamente, é do direito público, por meio do direito penal, e não do direito privado, no caso, pela responsabilidade civil. Desvirtuar-se-ia, assim, a responsabilização civil, segundo o autor, “impregnando-a de um cunho repressivo exorbitante e incompatível com a sua natureza privada e reparativa apenas da lesão individual”³⁴.

Sérgio CAVALIERI FILHO³⁵ também acompanha esse raciocínio, entendendo que, na reparação por dano moral, estão conjugadas essas duas concausas: a punição ao infrator e pôr nas mãos do ofendido uma soma que não é o *pretium doloris*, mas o meio para conseguir uma satisfação de ordem intelectual, moral ou, mesmo, material.

Por último, a função preventiva ou dissuasória, que, como dito, é defendida por Clayton REYS, Fernando NORONHA e Eugênio Facchini NETO. Este último distingue-a da punitiva pelo seu objeto, que é futuro, visando desaconselhar novas condutas danosas, ao passo que punitiva visa a sancionar o passado, já ocorrido. Com essa função, a responsabilização civil do dano moral passa a ser o objetivo principal, no intuito de prevenir socialmente, desestimulando a repetição de condutas lesivas.

Nessa linha, Fernando NORONHA defende similaridade da função preventiva com a da pena criminal porque “obrigando o lesante a reparar o dano causado, contribui-se para coibir a prática de outros atos danosos, tanto pela mesma pessoa (prevenção especial), como por quaisquer outras (prevenção geral).”³⁶. Já Clayton REIS entende que a idéia de dissuasão do lesionador pela imposição de uma determinada pena “não deve ser somente uma relação de força do Estado, senão uma maneira de conduzi-lo a um estado de consciência, direcionada no

³² CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*, p. 41-42.

³³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro* 12. ed., Responsabilidade civil, 12^a ed, São Paulo Saraiva, 1998. v. 7, p. 90.

³⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano moral* 2.ed São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p 38.

³⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil* São Paulo: Malheiros, 1996, p. 79

³⁶ NORONHA, Fernando Obra citada, p 41

sentido do dever de agir de acordo com os preceitos de ordem social, a fim de evitar a sanção do Estado.”³⁷

Em conclusão, é importante referir que, para a formação desses fundamentos da responsabilidade civil pelo dano moral, muito influenciou a linha mais adiantada e já anteriormente adotada pela legislação internacional, parte da qual se analisará na seção seguinte.

Seção II - Previsões legais

§ 1º - A visão dos principais códigos no Direito Comparado

Das legislações que contribuíram para a evolução do dano moral, restringe-se a análise aos direitos francês e português, na Europa, e argentino e peruano, na América do Sul. Tal opção se deve à posição de vanguarda que a legislação desses países assumiu em relação ao reconhecimento do dano moral, na ruptura da sociedade conjugal, conforme se demonstrará, oportunamente, quando se tratará especificamente da matéria.

É assegurada à França a primazia a respeito do tema em face da previsão específica e da clara autorização do art. 1382 do Código Civil Francês³⁸, que, adotando a palavra *dommage*, refere-se tanto ao dano patrimonial como ao moral. Pela sua amplitude, a *dommage* não deixa dúvidas acerca da sua extensão aos danos extrapatrimoniais. O professor Wilson Melo da SILVA³⁹ faz meticulosa análise da doutrina francesa em obra reconhecida como clássica do dano moral. Entre os doutrinadores, destaca, na corrente positiva, nomes como os irmãos MAZEAUD⁴⁰, Andre TUNC⁴¹, Jean CARBONIER⁴², Patrick COURBE⁴³, não deixando dúvidas acerca da aceitação da reparabilidade.

Os MAZEAUD confirmam que os termos do artigo 1.382 são os mais amplos possíveis, assegurando que “un daño” (na tradução castelhana), “puede ser tanto un daño moral como un daño pecuniário”. Chegam tão longe nas suas considerações, acerca do dano moral, que o admitem em duas categorias: “Por una parte, aquellos que atentan contra lo que se ha dado en llamar ‘la parte social del patrimonio moral’: afectan a un individuo en su honor, en su

³⁷ REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do dano moral*, p. 161.

³⁸ Tradução do art. 1382 do Código Civil Francês: “Todo ato, qualquer que ele seja, de homem que causar a outrem um dano, obriga aquele por culpa do qual veio ele a acontecer, a repará-lo.”

³⁹ SILVA, Wilson Melo da. Obra citada, p. 127-189.

⁴⁰ MAZEAUD, Henri; Leon; Jean. *Lecciones de derecho civil*. Trad, Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires Ediciones Jurídicas Europa-América. 1978. v. II e IV, p.510.

⁴¹ MAZEAUD, Henri y Leon; TUNC, André. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, p.431.

⁴² CARBONIER, Jean. *Droit civil*. Trad espanhola: *Derecho civil*, Barcelona: Bosch Editorial, 1961. Tomo I, v. II, ps. 188-189.

reputación, en su consideración; por otra parte, los que atañen a ‘la parte afectiva del patrimonio moral’, alcanzan a un individuo en sus afectos [...]” E, prosseguem concluindo serem tantos que “resulta imposible una enumeración; cabe tan sólo citar a título de ejemplos, los atentados contra las convicciones y las creencias; mas generalmente, contra los sentimientos de moral propiamente dicha, y también todos los daños que afectan a la persona física sin disminuir su capacidad de trabajo: sufrimientos, cicatrices y heridas que atenten contra la estética.”⁴⁴

Se assim não pretendesse o legislador francês, deveria ter feito a restrição, como bem destaca Wilson Melo da SILVA:

*[...] a palavra “dommage” do art. 1382 do Código Civil Francês, devido a nenhuma limitação com que foi, aí, usada, de maneira inequívoca, a vontade do legislador de incluir, nela, todos os danos, sejam materiais, sejam extrapatrimoniais. Nossa consideração, nossa honra, afirma Laurent, constituem o substractum mesmo de nossa pessoa e não seria razoável que o direito, protegendo danos materiais, deixasse ao desamparo bens morais, da mais alta valia*⁴⁵

A defesa dessa posição transformou a França no marco de sustentação de toda a corrente positiva da reparabilidade do dano moral. Tão forte que o direito francês contempla, de forma específica, o tema proposto neste trabalho, desde 1941. Como se verá em capítulo próprio, o art. 301 do Código Civil, pela alínea 2^a, introduzida ainda em 02.04.1941 e confirmada por “Ordonnance”, de 12.04.1945, assegura a indenização por dano moral na ruptura da sociedade conjugal.⁴⁶ Com a reforma decorrente da Lei 75.617, de 11/7/1975, a matéria, passou ao artigo 266⁴⁷, de forma específica, detalhada e em capítulo próprio, consolidando o dano moral na ruptura da sociedade conjugal no direito comparado.

Reconhecem, no entanto, os irmãos MAZEAUD a necessidade de se impor um limite à multiplicação das ações, trabalho que imputam aos tribunais, averiguando e exigindo, em cada caso, um “pesar real y suficientemente profundo”. Exemplificam a proposta com a negação do

⁴³COURBE, Patrick *Droit de la famille*. Paris Maasson & Armand Colin, 1997, p. 190.

⁴⁴ MAZEAUD, Henri y Léon ; TUNC, André. *Tratado teórico y practico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, n. 295-301, p. 425-431

⁴⁵ SILVA, Wilson Melo da. Obra citada, p.142.

⁴⁶ Art. 301 do Código Civil Francês: (*L 2 avr 1941, valideé par Ord 12 avr 1945*) *Indépendamment de toutes autres réparations dues par l'époux contre lequel le divorce a été prononcé, les juges pourront allouer au conjoint qui a obtenu le divorce des dommages-intérêts pour le préjudice matériel ou moral à lui causé par la dissolution du mariage*” SILVA, Wilson Mello, obra citada, p.128. (Tradução do art. 301 do Código Civil Francês: “Independentemente de todas as outras reparações devidas pelo esposo contra o qual o divórcio foi pronunciado, os juízes poderão conceder ao cônjuge que obteve o divórcio as perdas e danos pelo prejuízo material ou moral a ele causado pela dissolução do casamento”

⁴⁷ Code Civil, art. 266, tradução do Prof. Eduardo de Oliveira LEITE, em seu artigo *Reparação do dano moral na ruptura da sociedade conjugal*, p 148 “Quando o divórcio é pronunciado por culpa exclusiva de um dos esposos, este pode ser condenado a perdas e danos como reparação do prejuízo material ou moral que a dissolução do casamento impôs a seu cônjuge ”

dano moral em hipóteses do círculo familiar, decorrentes da morte do cônjuge separado de fato, ou de parentes naturais de graus mais afastados do pretendente.⁴⁸

O dano moral faz parte do pensamento externado por Louis JOSSERAND⁴⁹, na série de conferências proferidas em faculdades de direito da Europa, cujo texto hoje é mundialmente difundido. Destaca que, apesar da ínfima produção legislativa dos seus textos e princípios, os juízes têm sabido tirar partido “e os têm acomodado ao gosto do dia, com uma oportunidade, um senso das realidades práticas e uma engenhosidade verdadeiramente admiráveis; graças a ela, viu-se - segundo a palavra de Jean CRUET, um dos melhores juristas franceses, prematuramente roubado à ciência - “o direito evoluir sob uma legislação imóvel, e o juiz foi a alma do progresso jurídico, o artífice laborioso do direito novo contra as fórmulas velhas do direito tradicional.”

Em Portugal, diretamente ou por extensão, a reparabilidade é reconhecida desde o Código Civil de 1867, que, nos seus artigos 2.361⁵⁰ e 2.383⁵¹, definia a matéria. No artigo 2.361, pela amplitude da palavra “prejuízos” incluída em seu texto, restou reconhecida pela doutrina, como dano de qualquer espécie. Mais ainda, em face da disposição do art. 2.383, que diz respeito aos prejuízos causados tanto à personalidade física, como à personalidade moral.

A doutrina portuguesa⁵², em decorrência, acabou contribuindo, decisivamente, para a disseminação na Europa da compensação dos danos morais e para o alinhamento da jurisprudência portuguesa nesse sentido. A esse respeito, Wilson Melo da SILVA refere que, ainda em 1947, o Tribunal da Relação de Coimbra deferiu indenização por dano moral em decorrência de defeito físico, e o Supremo Tribunal de Justiça, em Lisboa, em virtude de erro judiciário⁵³.

O novo Código Civil português de 1966, em vigor desde 1º de junho de 1967, assumiu a obrigação de indenizar os danos decorrentes da violação, de forma genérica, na regra geral, do seu art. 483, tornando pacífica, desde então, a responsabilização pelo dano moral. Seu texto é muito claro: “Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de

⁴⁸ MAZEAUD, Henri y Léon ; TUNC, André. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. p. 459

⁴⁹ JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil, Conferência proferida em Faculdades de Direito. Tradução de Raul Lima, Revista Forense, ano LXXXVI, jun. 1941, p. 52-63.

⁵⁰ Art 2361: “Todo aquelle, que viola ou offende os direitos de outrem, constitue-se na obrigação de indemnizar o lesado, por todos os prejuízos que lhe causa.” FERREIRA, José Dias. *Código civil português anotado* 2 ed.Coimbra: Imprensa da Universidade, 1905. v. IV, p. 283.

⁵¹ Art 2383: “Os prejuízos que derivam da offensa de direitos primitivos, podem dizer respeito à personalidade physica, ou à personalidade moral; os prejuízos relativos aos direitos adquiridos referem-se aos interesses materiais externos.” FERREIRA, José Dias. *Código civil português anotado* 2. ed.Coimbra: Imprensa da Universidade, 1905, v. IV, p. 295.

⁵² LIMA, Pires de; VARELA, Antunes. *Código civil anotado*, 4 ed. ver. e act., Coimbra Ed. Coimbra, 1987, v. I, p. 475. LIMA, Pires de. *Responsabilidade civil por danos morais*: Revista Forense, vol 83, p.216 e s e 412 e s.: FERREIRA, José Dias. Obra citada, p. 283.

⁵³ SILVA, Wilson Melo da Obra citada, n. 134, p 245-246

outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indenizar o lesado pelos danos resultantes da violação.”

Além disso, entende-se que o tratamento dado às hipóteses de “ofensa ao crédito ou do bom nome” no art. 484⁵⁴ impõe, de forma ainda mais evidente, o ressarcimento do dano moral porque qualquer ofensa ao crédito e, especialmente, ao bom nome de uma pessoa, além de produzir danos patrimoniais, produz os morais. Sem dúvida, a ofensa ao bom nome referido nesse artigo diz com o “direito ao bom nome” de que trata a Constituição Portuguesa, no seu art. 26⁵⁵, e aos direitos da personalidade tratados no art. 70 do Código Civil⁵⁶.

Independentemente de os “danos” da nova disposição e os “prejuízos” da anterior serem amplos e genéricos, a identificação dos “danos não patrimoniais” do art. 496 terminou por consagrar a reparabilidade dos morais de forma direta, como se transcreve:

I - Na fixação da indemnização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito.

II - Por morte da vítima, o direito à indemnização por danos não patrimoniais cabe, em conjunto, ao cônjuge não separado judicialmente de pessoas e bens e aos filhos ou outros descendentes; na falta destes, aos pais ou outros ascendentes; e, por último, aos irmãos ou sobrinhos que os representem.

III - O montante da indemnização será fixado equitativamente pelo tribunal, tendo em atenção, em qualquer caso, as circunstâncias referidas no art. 494⁵⁷; no caso de morte, podem ser atendidos não só os danos não patrimoniais sofridos pela vítima, como os sofridos pelas pessoas com direito a indemnização nos termos do número anterior”.

O enquadramento sistemático dessa regra na responsabilidade civil por atos ilícitos importa, no entanto, na limitação do seu reconhecimento apenas à responsabilidade extracontratual e pelo risco, não à contratual⁵⁸.

⁵⁴ Art. 484 do Código Civil Português de 1967. Livraria Almedida. Coimbra, 1967: “Quem afirmar ou difundir um facto capaz de prejudicar o crédito ou o bom nome de qualquer pessoa, singular ou colectiva, responde pelos danos causados.”

⁵⁵ Art. 26 da Constituição Portuguesa. Coimbra. Livraria Almedida 1989. Outros direitos pessoais:
 “1 A todos são reconhecidos os direitos a identidade pessoal, a capacidade civil, a cidadania, ao bom nome e reputação, a imagem, a palavra e a reserva de intimidade da vida privada e familiar.
 2. A lei estabelecerá garantias efectivas contra a utilização abusiva, ou contrária a dignidade humana, de informações relativas as pessoas e famílias.
 3. A privação da cidadania e as restrições a capacidade civil só podem efetuar-se nos casos e termos previstos na lei, não podendo ter como fundamento motivos políticos”

⁵⁶ Art. 70 do Código Civil Português de 1967, idem : “ (Tutela geral da personalidade) – 1. A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral. 2 Independente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida.”

⁵⁷ Art. 494 do Código Civil Português de 1967, idem : “Quando a responsabilidade se fundar na mera culpa, poderá a indemnização ser fixada, equitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem”.

⁵⁸ SILVA NETO, Aurora *Código civil e legislação conexa*, Lisboa: Ediforum, 2. ed., 1992, p 145.

O inciso I do artigo não enumera os casos admitidos, apenas restringindo o seu reconhecimento à gravidade dos danos causados, tarefa, assim, reservada à jurisprudência, a ser medida por um “padrão objectivo”, segundo as peculiaridades de cada caso. E a sua fixação, havendo danos patrimoniais e não patrimoniais, separadamente, com base em critérios de equidade, consideradas “todas as regras de boa prudência, de bom senso prático, de justa medida das coisas, de criteriosa ponderação das realidades da vida”.⁵⁹

No que se refere à legitimidade para sua postulação, o inciso II, no caso de morte da vítima, é concorrente para o cônjuge e os descendentes, restando aos demais o chamamento sucessivo. Destarte algumas críticas quanto à extensão da identificação desses sujeitos ativos⁶⁰, os “danos não patrimoniais”, como são chamados em Portugal, terminaram consagrados legislativamente, com certeza impulsionados pela força da doutrina, em parte aqui identificada.

O Código Civil Português, afora a disposição do princípio geral do art. 483, trata, de forma específica, no seu art. 1.792⁶¹, sobre o dano moral na forma do tema central deste trabalho.

Na Argentina, a *dommage*, do direito francês, foi assimilada como *interese*, de forma ainda mais enfática, como se vê no art. 1.078 do Código Civil, que se transcreve, com a redação decorrente da reforma de 1968 (Lei 17.711):

*A obrigação de ressarcir os danos causados pelos atos ilícitos compreende, além da indenização das perdas e interesses, a reparação do agravo moral ocasionado à vítima. A ação por indenização do dano moral somente será admissível à vítima direta; se desse ato resultar a morte da vítima, somente terão direito à ação os herdeiros necessários.*⁶²

Ramon PIZARRO destaca, na redação atual do art. 1.078, a solução, de maneira categórica, da antiga questão relativa à legitimação ativa das vítimas indiretas do dano moral. O texto, segundo o doutrinador, deixa pouca margem de dúvida sobre a legitimação pessoal do ofendido, e, somente no caso de homicídio, aos herdeiros necessários; destarte a discussão doutrinária e jurisprudencial, acerca de definição de quem sejam os *herederos forzosos*; unicamente aqueles habilitados a suceder de forma concreta, ou, mais abrangentemente, todos aqueles que invistam essa qualidade no momento da morte da vítima, mesmo que restem

⁵⁹ LIMA, Pires de; VARELA, Antunes. Obra citada, p. 499-501.

⁶⁰ SILVA, Wilson Melo da. Obra citada, p. 248.

⁶¹ Art 1792 (Reparação de danos não patrimoniais) do Código Civil Português: “1 O cônjuge declarado único ou principal culpado e, bem assim, o cônjuge que pediu o divórcio com o fundamento da alínea c) do artigo 1781 deve reparar os danos não patrimoniais causados ao outro cônjuge pela dissolução do casamento. 2. O pedido de indemnização deve ser deduzido na própria ação de divórcio.”

⁶² Art. 1078 do Código Civil Argentino: “La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasional a la víctima. La acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos.”

afastados da sucessão, por outros de grau mais próximo. O autor filia-se à segunda corrente, com maior amplitude, exemplificando, na morte do neto, com a possibilidade de o avô postular reparação pelo dano moral, ao mesmo tempo que o poderá fazer também o pai da vítima.⁶³

Outros artigos, como o 522, o 1.086 e o 1099⁶⁴, também tratam, direta ou indiretamente, do *agravio moral*, definindo a abertura para a compensação do dano extrapatrimonial. O art. 1083 é ainda mais expressivo quando dispõe que “[...] toda reparación del daño, sea material o moral, causado por un delito[...]”, não deixando, portanto, margem a qualquer objeção.

Eduardo ZANNONI, comentando o art. 522 no tomo 2 da obra indicada, destaca que só com a sua nova redação, decorrente da Lei 17.711/68 (art. 1º, inciso 39º), o dano moral veio a ser estendido à responsabilidade contratual. A justificativa do texto anterior era de que o art. 1078, que regula a matéria, só aludia ao dano moral decorrente dos atos ilícitos. Todavia, por pressão doutrinária e jurisprudencial, a extensão veio expressa na reforma do Código. O comentarista destaca a relação causal entre o descumprimento do contrato e o dano causado, limitando a condenação “de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso”.⁶⁵

Mesmo reconhecendo que tal inovação foi um dos aspectos mais controvertidos da reforma do Código Civil de 1968, antes referida, Ramon PIZARRO, a respeito da extensão do dano moral no descumprimento dos contratos, entende que basta haver a ilicitude, identificando que “un hecho ilícito no deja de ser tal, ni modifica su naturaleza, por la mera circunstancia de producirse ‘dentro’ de una obligación preexistente que resulta incumplida, o ‘fuera’ de ella.” Nessa linha, utiliza indistintamente as expressões “daño moral contractual” ou dano “por incumplimiento obligacional” para identificar o que considera “el detrimento moral que sufre el acreedor”. Configura, também, os seguintes requisitos para o seu reconhecimento: “a) Existencia de una obligación preexistente válida, b) Incumplimiento obligacional, c) Imputabilidad. Factores de atribución, d) Relación de causalidad, e, e) Dano moral resarcible.”⁶⁶

Em comentários ao art. 1.078, Aída Kemelmajer DE CARLUCCI, em pormenorizado estudo, analisa a natureza jurídica do dano moral, do prisma tanto da tese

⁶³ PIZARRO, Ramon Daniel. Obra citada. p. 221, 224 e 229.

⁶⁴ Art. 522: “Em los casos de indemnización por responsabilidad contractual el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso”

Art. 1.086: “Si el delito fuere por heridas u ofensas físicas, la indemnización consistirá en el pago de todos los gastos de la curación y convalecencia del ofendido, y de todas las ganancias que éste dejó de hacer hasta el día de su completo restablecimiento”

Art 1099 “Si se tratare de delitos que no hubiesen causado sino agravio moral, como las injurias o difamación, la acción civil no pasa a los herederos y sucesores universales, sino cuando hubiese sido entablada por el difunto”

⁶⁵ ZANNONI, Eduardo A. *Código civil y leyes complementarias* (comentado, anotado y concordado) Coord C/ Belluscio. Tomo 2, Buenos Aires: Astrea 1993, p. 730-731

punitiva como da ressarcitória, concluindo, todavia, segundo os textos legais, que “el hecho concreto es – como lo señala Orgaz – que todos los textos vinculados con el daño moral se refieren a indemnizaciones, reparaciones, compensaciones, etc.; la terminología de pena civil o sanción es absolutamente ajena a nuestro ordenamiento en materia de daño moral”.⁶⁷

A redação do art. 1.078, como antes referido⁶⁸, veio ampliar significativamente o texto anterior, que limitava o dano aos delitos penais, garantindo-se, com a nova redação, amplitude suficiente para abranger também os delitos civis.

Uma eventual questão que poderia surgir sobre a abrangência, além dos delitos criminais, das espécies civis teria sido afastada por Santos CIFUENTES, citado por Aparecida AMARANTE⁶⁹, para quem a extensão à esfera privada está posta no art. 1072 do Código Civil, que estabelece:

El acto ilícito ejecutado a sabiendas y con intención de dañar la persona o los derechos de otro, se llama en este código delito.

Essa forma ampla e irrestrita, substituindo as palavras “si el hecho fuese un delito del derecho criminal”, pela expressão “actos ilícitos”, sem dúvida, veio corrigir a falta do Código anterior, que limitava o reconhecimento do dano moral à ocorrência de um ato de natureza criminal. É tão enfática que, concretamente, a jurisprudência do vizinho país não titubeia em conceder indenização por dano a qualquer falta contra os direitos da personalidade. Portanto, a tendência da doutrina e dos posicionamentos jurisprudenciais argentinos⁷⁰ à irrestrita reparabilidade dos danos morais, com certeza, levou o legislador do seu Código Civil a não admiti-la, a exemplo das demais legislações latino-americanas, somente nos casos expressos e determinados em lei.

De outra parte, uma posição legislativa assim tão positiva pelo reconhecimento da reparabilidade do dano moral, certamente influenciou estimulando e impulsionando, tanto a doutrina como a jurisprudência a emitir pronunciamentos cada vez mais contundentes. Por isso, afirma-se que, no campo do reconhecimento do dano na ruptura da sociedade conjugal, a Argentina é, dentre os países latino-americanos, a mais profícua, influenciando, inegavelmente, a de todos os demais países. Clayton REIS reconhece isso, assinalando que “a unificação de toda reparação por danos morais constante do Código Argentino, a partir de prejuízos de

⁶⁶ PIZARRRO, Ramon Daniel. Obra citada. p. 173-189.

⁶⁷ CARLUCCI, Aída Kemelmajer; Augusto C. BELLUSCIO e Eduardo ZANNONI. *Código civil y leyes complementarias (comentado, anotado y concordado)* Buenos Aires Ed Astrea 1994. tomo 5, p. 108/120

⁶⁸ Art. 1078: “Si el hecho fuese un delito del derecho criminal, la obligación que de él nace no sólo comprende la indemnización de pérdidas e intereses, sino también del agravio moral que el delito hubiese hecho sufrir a la persona, molestándole en su seguridad personal, o en el goce de sus bienes, o hiriendo sus afecciones legítimas”

⁶⁹ AMARANTE, Aparecida I. *Responsabilidade civil por dano à honra*, p. 407-408

⁷⁰ DR. CARLUCCI, Aída Kemelmajer. Obra citada, p. 111

qualquer gênese na esfera contratual e extracontratual, representa um importante avanço na defesa do patrimônio moral e modelo para ser adotado pelos demais países”.⁷¹

Já a importância do art. 1.086, segundo Aída Kemelmajer DE CARLUCCI, fica por conta da inclusão do dano estético na abrangência da disposição, conforme tendência doutrinal majoritária, mesmo que a este não haja menção expressa. A discussão fica por conta da sua natureza, como dano moral, material ou um terceiro gênero. Ressalta, também, o reconhecimento da indenizabilidade do dano moral na lesão estética toda vez que, em decorrência, restarem lesionadas afeições legítimas, decorrentes dos direitos da personalidade, no caso a garantia à integridade corporal, mesmo que possa provocar, também, danos patrimoniais e lucros cessantes.⁷²

Por último, no art. 1.099, o legislador argentino firma posição de que a ação para reclamar dano moral não se transmite aos herdeiros da vítima, salvo se já ajuizada a ação, quando do falecimento. A norma refere-se, especificamente, aos delitos que só causam dano moral, exemplificando com as injúrias e a difamação. No entanto, a intransmissibilidade do direito de ação por dano moral também ocorre quando houver dano, tanto material como moral. No caso, os herdeiros têm legitimidade para reclamar o dano material, mas não o moral. Aída Kemelmajer DE CARLUCCI⁷³ fundamenta a intransmissibilidade como consequência do caráter punitivo do dano moral, segundo os autores que defendem essa natureza, e, de outra parte, para a corrente que defende a natureza ressarcitória, do caráter personalíssimo do direito. Conclui que “la determinación de su transmisibilidad o intransmisibilidad es una cuestión de política legislativa, pues “es inherente y por consiguiente intransmisible el bien personalísimo afectado por el daño moral, pero no lo es el derecho al resarcimiento que el ataque y el daño generan”. Pizarro acompanha a doutrina por entender que

El carácter personal que tiene para su titular el ejercicio del derecho indemnizatorio impide la posibilidad de que un tercero pueda substituirlo en tal trascendente decisión. Se trata, pues, de un derecho que “ por su naturaleza excluye la iniciativa de otros sujetos distintos del titular. La valorización de la existencia y entidad del agravio se nutre de parámetros marcadamente subjetivos, cuya ponderación corresponde exclusivamente al propio damnificado. De allí que los herederos carezcan de toda acción si aquél falleciese antes de haberla deducido. Es una solución que guarda estricta coherencia con la finalidad de la institución.”⁷⁴

Concluindo a análise dos quatro países propostos, o Peru reconhece em seu Código Civil a existência autônoma do direito à honra. Com a sua entrada em vigor, em 1984 (Decreto

⁷¹ REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do dano moral*, p. 50.

⁷² DE CARLUCCI, Aída Kemelmajer. Obra citada, p. 294

⁷³ DE CARLUCCI, Aída Kemelmajer. Idem Ibidem.

Legislativo nº 295, de 24 de julho de 1984), no título destinado aos “Direitos da Pessoa”, deu enorme amplitude ao tema porque o artigo 5º⁷⁵ estendeu, sem limite (“y demás inherentes a la persona humana...”), a proteção à pessoa humana. Carlos Fernández SESSAREGO, em profunda análise do que chama de *dano a la persona*, trabalha o significado de reparação e ressarcimento para o dano patrimonial e não patrimonial, contribuindo para uma melhor compreensão da sua natureza jurídica, como já se analisou no parágrafo 3º, da seção anterior. Diz o autor peruano:

Para distinguir estas dos claras y distintas funciones de entrega de dinero a título indemnizatorio, hemos sugerido un 'reacomodo lingüístico', a fin de reservar la utilización Del verbo 'resarcir' para identificar la indemnización del daño objetivo patrimonial, y más bien emplear la dicción 'reparar' para el caso del daño no patrimonial. Por lo demás, esta propuesta tiene un fundamento filológico, en tanto 'resarcir' proviene del latín resarcire que, según el Diccionario de la real Academia, significa 'indemnizar, reparar, compensar un daño, perjuicio o agravio'. El verbo reparar, en cambio, tiene la concreta acepción de 'desagraviar', satisfacer al ofendido.⁷⁶

Carlos Alberto BITTAR⁷⁷, de sua parte, destaca a forma incisiva e direta como o Código peruano impõe a indenização por dano moral (art. 1984), descrevendo os seus traços fundamentais (art. 1985). Para melhor percepção, transcrevem-se:⁷⁸

- Art. 1984: *El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia*
- Art. 1985: *La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el dano a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido*
El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.

Aparecida AMARANTE⁷⁹ dá conta de que, com tal amplitude, qualquer violação configura um ato ilícito indenizável. Tal amplitude, contudo, por ser permitido ao juiz determinar o ressarcimento ao prejudicado, segundo informa Christino do VALLE⁸⁰ levou os juristas peruanos a considerarem um absurdo, reconhecendo-se, mesmo assim, exitosa a tese da reparabilidade no Peru.

⁷⁴ PIZARRO, Ramon Daniel. Obra citada, p. 297.

⁷⁵ Art. 5º: “El derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás inherentes a la persona humana son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión. Su ejercicio no puede sufrir limitación voluntaria, salvo lo dispuesto en el artículo 6º”

⁷⁶ SESSAREGO, Carlos Fernández. Protección a la persona humana, Revista Ajuris. Porto Alegre AJURIS, n. 56, 1992, p. 136.

⁷⁷ BITTAR, Carlos Alberto. Obra citada, p. 96.

⁷⁸ Código Civil: Decreto Legislativo nº 295, 24 de julio de 1984.

⁷⁹ AMARANTE, Aparecida. *Responsabilidade civil por dano à honra*, p. 415.

No capítulo da inexecução das obrigações, o legislador peruano fez incluir disposição expressa ao dano moral na responsabilidade decorrente da inexecução contratual. Veja-se:

Art. 1.322 – *El daño moral, cuando él se hubiera irrogado también es susceptible de resarcimiento.*

É preciso destacar que o Código Civil peruano também tem disposição expressa atinente à reparabilidade do dano causado no divórcio, consubstanciada no art. 351, preceito que, pela sua relevância e natureza específica, será analisado no momento oportuno.

Assim, influenciando mais ou menos, essas e outras posições do direito comparado, acabaram por se refletir na evolução do instituto no direito brasileiro.

§ 2º - As previsões do Código Civil de 1916

Antes de qualquer análise, é preciso reconhecer que o germe do dano moral já se encontrava consagrado nas disposições anteriores ao próprio Código. Carlos Alberto BITTAR⁸¹ resgata essa informação, assinalando que já se encontrava na Consolidação das Leis Cíveis de Teixeira de Freitas (Decreto nº 2318, de 22 de dezembro de 1838), em seus artigos 798 a 801⁸².

A regra do art. 798 é geral e, se bem que não dispusesse, especificamente, acerca do dano moral, combinada com o art. 800, permitia, na completude assinalada, concluir pela sua reparabilidade. O art. 799 previa que a indenização deveria ser pedida em ação civil e, segundo o art. 800, deveria ser a mais completa possível. Completava o art. 801 que o mal causado à vítima deveria ser avaliado por árbitros em todas as suas partes e conseqüências. Parece ser indiscutível que tamanha amplitude no reconhecimento e na técnica da determinação antecipava a reparação dos danos morais.

Yussef CAHALI⁸³ faz incursão desde o período pré-codificado, reconhecendo que, desde longa data, a doutrina nacional orientava-se no sentido de admitir a tese positiva da reparação do dano moral. No entanto, citando autores da envergadura de Orlando GOMES e Agostinho ALVIN os quais, mesmo admitindo a reparabilidade, negavam que tivesse a tese sido

⁸⁰ VALLE, Christino Almeida do. *Dano moral*, p. 53.

⁸¹ BITTAR, Carlos Alberto. Obra citada, p. 97.

⁸² Art. 798 da Consolidação das leis Cíveis de Teixeira de Freitas: “Todo delinquente está obrigado á satisfazer o damno que causar com o delicto ”

Art 799: A indemnisação em todos os casos será pedida por acção civil e não se poderá mais questionar sobre a existência do facto, e sobre quem seja seu autor, quando estas questões se achem decididas no crime.”

Art. 800: “A indemnisação será sempre a mais completa que fôr possível, e no caso de duvida será a favor do offendido.”

Art. 801: “Para este fim o mal que resultar á pessoa e bens do offendido será avaliado por arbitros em todas as suas partes e conseqüencias ”

⁸³ CAHALI, Yussef Said *Dano moral*, p 44

acolhida pelo legislador como princípio geral, se filiando o Código à doutrina dos casos previstos em lei e configurando lacuna a ser preenchida pela necessária atualização.

Um dos grandes entraves à evolução dos danos morais no Brasil foi o fato de que o Código de 1916 não adotou, de forma precisa e expressa, algumas regras já consagradas por outros códigos em outros países. Isso, contudo, facilitou a evolução doutrinária e jurisprudencial, que, valeu-se, por interpretação extensiva, da regra geral inserta no art. 159⁸⁴ e de diversos dos artigos do capítulo “Da liquidação das obrigações resultantes de atos ilícitos” (1.537 a 1.553); também na exigência do art. 76⁸⁵, de legítimo interesse moral, para propor ou contestar uma ação, destarte a aparência processual da regra.

Sérgio CAVALIERI FILHO⁸⁶ defende que, mesmo que o art. 159 não fizesse distinção entre as espécies de dano causado, o dano moral estaria implicitamente incluído: “Violar direito ou causar prejuízo” abrange, indiscutivelmente, os bens personalíssimos: honra, imagem, bom nome [...]

Especificamente naquilo que se refere à liquidação das obrigações resultantes dos atos ilícitos, o art. 1538⁸⁷, quando trata das lesões, tem manifesta disposição atinente ao dano moral nos seus parágrafos 1º e 2º, ao mandar duplicar a importância da multa no grau médio da pena criminal correspondente, se do ferimento resultar aleijão ou deformidade, e dotar, se o ofendido, aleijado ou deformado for mulher solteira ou viúva.

O art. 1543⁸⁸ não anda em outra linha ao determinar que o esbulhador, não podendo devolver a coisa esbulhada, restitua-a pelo seu preço de afeição.

Já o texto do art. 1547⁸⁹ parece a previsão mais manifesta, dispondo que a indenização por injúria ou calúnia consiste na reparação do dano que delas resulte ao ofendido. Na impossibilidade de se provar prejuízo material (parágrafo 1º), evidentemente, o dano moral é tarifado no dobro da multa no grau máximo da pena criminal respectiva.

A mulher agravada em sua honra, não sendo reparada pelo ofensor por meio do casamento, deve sê-lo moralmente, segundo o art. 1548⁹⁰, por “um dote correspondente a sua própria condição e estado”, conforme explicitado nos seus quatro incisos.

⁸⁴ Art 159. “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”

⁸⁵ Art 76: “Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico ou moral.”

⁸⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Obra citada, p 75

⁸⁷ Art. 1.538 “No caso de ferimento ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas de tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de lhe pagar a importância da multa e no grau médio da pena criminal correspondente.”

⁸⁸ Art 1.543: “Para se restituir o equivalente, quando não exista a própria coisa (art 1541), estimar-se-á ela pelo seu preço ordinário e pelo de afeição, contanto que este não se avanteje àquele.”

⁸⁹ Art 1 547 “A indenização por injúria ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.”

⁹⁰ Art 1.548: “A mulher agravada em sua honra tem direito a exigir do ofensor, se este não puder ou não quiser reparar o mal pelo casamento, um dote correspondente à sua própria condição e estado I – se, virgem e menor. for deflorada, II – se, mulher honesta, for violentada ou aterrada por ameaças; III – se for seduzida com promessas de casamento, IV – se for raptada.”

A primeira disposição - expressa - de ressarcimento por arbitramento judicial, aparece no art. 1549⁹¹, englobando os demais crimes de violência sexual ou ultraje ao pudor.

O art. 1550⁹², ao tratar da indenização por ofensa à liberdade pessoal, garante ao ofendido, além do pagamento das perdas e danos que sobrevierem, o de uma soma calculada nos termos do parágrafo único do art. 1547, como recém-visto.

A grande porta para a quantificação do dano moral, segundo se entende, fica mesmo por conta do art.1553⁹³, que generaliza a possibilidade de fixação da indenização, por arbitramento para todos os casos não previstos no capítulo.

A professora Judith Martins COSTA, no artigo antes citado⁹⁴, percorre o Direito brasileiro vigente, destacando que as cláusulas gerais que regulam a responsabilidade civil extrapatrimonial encontram-se, entre outras, no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988, que inclui a dignidade da pessoa humana quando trata dos fundamentos da República Federativa do Brasil. No Código Civil, há posição mais restrita, limitando seu juízo aos artigos 159, com a cláusula geral que estabelece os pressupostos da responsabilidade aquiliana, e o 1553, com a abertura da fixação da indenização por arbitramento.

Yussef CAHALI⁹⁵, no entanto, dá toda a abrangência ao confirmar que, se é certo que o Código não criou uma regra geral de reparação do dano moral, não é menos certo que se referiu a ele em todas as disposições, antes apontadas, da parte referente à liquidação do dano. Enfatiza que, nos artigos 1537, 1538, 1543, 1547 até 1550, estão consubstanciadas noções precisas a seu respeito, garantindo “que está ínsita na lei civil a idéia da reparabilidade do dano moral”.

Mesmo tratando o assunto casuisticamente nas hipóteses dos artigos citados, seja por ferimento do qual resulte aleijão ou deformidade, ou atinja mulher solteira ou viúva, ainda em idade de casar (art. 1538), resultante de defloramento, sedução com promessa de casamento ou violência sexual (art. 1548), ou por ofensa à liberdade pessoal (art. 1550), ou, ainda, por calúnia, difamação ou injúria (art. 1547), está, nitidamente, definido o dever de reparar o dano moral.

Para o Yussef Cahali, ainda mais preciso é o artigo 76 e seu parágrafo ao definir a necessidade de interesse moral para propor ou contestar ação. Destarte a reserva de que tal interesse diria respeito ao direito pré-processual, ou seja, o interesse moral para o ingresso em juízo, refuta, citando Clóvis BEVILÁQUA:

⁹¹ Art 1549: “Nos demais crimes de violência sexual, ou ultraje ao pudor. arbitrar-se-á judicialmente a indenização.”

⁹² Art 1550. “A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido, e no de uma soma calculada nos termos do parágrafo único do art 1547 ”

⁹³ Art 1553:”Nos casos não previstos neste capítulo, se fixará por arbitramento a indenização ”

⁹⁴ COSTA, Judith Martins *Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação* Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 90, v. 789, p 21-47, jul 2001, p. 29.

⁹⁵ CAHALI, Yussef Said *Dano moral*, p 46

Se o interesse moral justifica a ação para defendê-lo ou restaurá-lo, é claro que tal interesse é indenizável, ainda que o bem moral se não exprima em dinheiro. Este artigo, portanto, solveu a controvérsia existente na doutrina, e que, mais de uma vez, repercutiu em nossos julgados Espínola, de acordo com Coviello, procura estabelecer que o interesse de agir difere do interesse, que forma o conteúdo do direito subjetivo. Mas o interesse de agir é o mesmo conteúdo do direito subjetivo considerado no momento, em que reage contra a lesão ou ameaça. E, se o dano moral é uma lesão do direito, forçosamente provoca a reação, cria a ratio agendi.⁹⁶

Sérgio SEVERO alinha nesse mesmo sentido, as posições de Pontes de MIRANDA, Lino LEME e Mario Moacir PORTO.⁹⁷

Caio Mário da Silva PEREIRA⁹⁸, parece, conclui de forma objetiva, defendendo a indenização por dano moral com base numa interpretação sistemática do Código, abrangendo a própria regra geral da responsabilidade civil, consubstanciada no art. 159:

“ao aludir à ‘violação de um direito’ não está limitando a reparação ao caso de dano material apenas. Não importa que os redatores do Código não hajam assim pensado. A lei, uma vez elaborada, desprende-se da pessoa dos que a redigiram. A idéia de “interpretação histórica” está cada dia menos autorizada. O que prevalece é o conteúdo social da lei, cuja hermenêutica acompanha a evolução da sociedade e de suas injunções (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 5º).”

Nessa posição é referendado por Carlos Roberto GONÇALVES⁹⁹, para quem o art. 159 obriga a reparação do dano, sem fazer distinção entre patrimonial e moral.

Nem mesmo as objeções à forma de liquidação e de quantificação do dano moral restaram sem resposta e solução no Código de 1916, pois a amplitude do art. 1553 permite a quantificação da indenização por arbitramento. A respeito, acentua o doutrinador:

É relevante e a circunstância de só estarem reguladas em termos expressos, na parte do Código atinente à liquidação, algumas hipóteses específicas de dano moral (arts. 1547 e s), porque, para as outras, aí não contempladas, existe a norma subsidiária do art. 1553, de acordo com o qual, nos casos não previstos neste capítulo, se fixará por arbitramento a indenização.¹⁰⁰

Assim, o art. 1553 acaba sendo o dispositivo mais importante na análise do dano moral em face do Código Civil porque exclui a hipótese de um número fechado de danos

⁹⁶ CAHALI, Yussef Said *Dano moral*. p. 47.

⁹⁷ SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 78.

⁹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*, p. 57.

⁹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto *Responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 1995, p. 406.

¹⁰⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. Obra citada, p. 408

extrapatrimoniais indenizáveis, permitindo a indenização em casos não previstos no capítulo da liquidação das obrigações resultantes de atos ilícitos.¹⁰¹

Se o Código, no entender de alguns juristas, oferecia dificuldades na aplicação do dano moral, não foi assim com as leis que o seguiram, como se passa a ver na análise da legislação esparsa, posterior ao Código Civil de 1916.

§ 3º - A construção legislativa posterior ao Código Civil de 1916

A ausência de regra específica foi uma das causas do retardamento da adoção do ressarcimento do dano subjetivo pelos tribunais pátrios. Tal fato, no entanto, abriu espaço para que a omissão legislativa fosse suprida pela legislação específica. Sérgio SEVERO chega a afirmar que, em decorrência dessa abordagem pelo Código Civil, a tese restritiva triunfou até recentemente, dando vez à disciplina da matéria por leis esparsas. Destaca um movimento legislativo, no sentido da ampliação do instituto através de leis específicas e do próprio projeto do novo Código Civil, buscando suprir a lacuna de que se queixavam os julgadores, que já vinham admitindo a satisfação dos danos subjetivos, em tese, mas afastando-a em face da falta de positividade¹⁰².

Na verdade, ainda antes do próprio Código Civil, o Decreto nº 2681, de 7/12/1912, que regula a responsabilidade civil das estradas de ferro, já antecipava a tendência, atribuindo ao juiz o arbitramento de uma “indenização conveniente” em caso de lesão ou deformidade. Na hipótese de morte, também por arbitramento do juiz, mais ainda, “alimentos, auxílio ou educação”, em manifesta alusão ao dano moral causado pela privação da pessoa.

Em 1962, surgiu o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962), como primeiro diploma da legislação esparsa a disciplinar manifestamente a possibilidade de demandar dano moral no juízo cível. Nos artigos 81 a 88 dispõe acerca da reparação. O art. 84 expressa claramente:

Na estimação do dano moral, o juiz levará em conta, notadamente, a posição social ou política do ofendido, a situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e a repercussão da ofensa.” O art. 87, por sua vez, que “independentemente da ação penal, o ofendido pela calúnia, difamação, ou injúria cometida por meio de radiodifusão, poderá demandar no juízo cível, a reparação de dano moral, respondendo por este..

Daí até a Constituição de 1988, o divisor de águas que veio consolidar a tendência positivista pela ressarcibilidade dos danos extrapatrimoniais, diversas leis específicas trataram do

¹⁰¹ SEVERO, Sérgio *Os Danos Extrapatrimoniais*, p 82.

assunto, suprindo a alegada ausência de dispositivo específico que concedesse indenização por dano moral. O Código Eleitoral, instituído pela Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, nas hipóteses de calúnia ou difamação contra membro ou partido político, estabelece, no parágrafo 2º, do artigo 244, que sejam aplicadas na reparação do dano moral, no que couberem, as sanções do Código de Telecomunicações.

A Lei de Imprensa¹⁰³, que regula a liberdade de manifestação do pensamento e informação, no seu art. 49, I, dispõe claramente que

Aquele que no exercício de liberdade e manifestação do pensamento e de informação, com dolo ou culpa, viola ou causa prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar dano.

No art. 53 disciplina o arbitramento pelo juiz, como forma de estabelecer o quantum a ser ressarcido. A limitação do montante da indenização, prevista nos artigos 51 e 52, cedeu lugar, com a Constituição de 1988, ao livre arbítrio do juiz. É certo, dentro dos limites da razoabilidade, com moderação e equidade, de modo que não se constitua em ganho fácil, convertendo o sofrimento em lucro.

Sérgio CAVALIERI FILHO¹⁰⁴ destaca isso, invocando aresto jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (Apel. Cível nº 5.260/41), de cuja ementa se colaciona que:

A indenização por dano moral, com a Constituição de 1988, é igual para todos, inaplicável o privilégio de limitar o valor da indenização para a empresa que explora o meio de informação e divulgação, mesmo porque a natureza da regra constitucional é mais ampla, indo além das estipulações da Lei de Imprensa

Ao regular os direitos autorais, a Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973, nos artigos 25 a 28 e incisos, já definia os direitos morais do autor. O artigo 126 era ainda mais preciso ao impor a responsabilidade civil por danos morais a quem, utilizando obra intelectual, deixar de indicar ou anunciar o nome, pseudônimo ou sinal convencional do autor, intérprete ou executante, além da obrigação da divulgação da identidade.

Essa evolução após a Constituição de 1988 vem acrescentando inúmeros documentos legais que admitem a reparação do dano moral, ampliando, assim, as possibilidades de ações judiciais nessa área. O Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto da Criança e do Adolescente são destaques nessa fase.

O Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁰⁵, no seu art. 17, deixa claro o reconhecimento e a abrangência do direito ao respeito, assegurados à criança e ao adolescente. A

¹⁰² SEVERO. Sérgio. Idem. p 85-86

¹⁰³ Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967. alterada que foi pela Lei nº 7.300, de 27/3/1985

¹⁰⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Obra citada, p 78

garantia da inviolabilidade da sua integridade física, psíquica e moral, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais, não deixa dúvidas.

Por sua vez, o Código de Defesa do Consumidor¹⁰⁶ assegurou no seu art. 6º, incisos VI e VII, de forma ainda mais enfática, a prevenção e a reparação dos danos morais, individuais, coletivos e difusos. Tornou indiscutível a sua cumulabilidade com o material, coisa que, por sinal, acabou por ser reconhecida pela Súmula 37, do STF, segundo a qual

São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral, oriundos do mesmo fato.

Em 1992, a Lei 8.429, que trata do enriquecimento ilícito por ocupantes de cargos públicos, no artigo 19 do capítulo das “Disposições Penais”, inseriu como crime a denúncia infundada de ato de improbidade contra agente público. Além da sanção penal ao denunciante de má-fé, impõe no parágrafo único a obrigação de “indenizar o denunciado pelos danos materiais, morais ou à imagem que houver provocado.”

Na Lei dos Direitos Autorais¹⁰⁷, em vigor desde 19/6/1998, que veio alterar, atualizar e consolidar a legislação sobre os direitos autorais, está contida enumeração casuística dos direitos extrapatrimoniais do autor (arts. 22 a 27), cominando dano moral, no seu artigo 108, a quem na utilização, por qualquer modalidade, de obra intelectual, deixar de indicar o nome, pseudônimo ou sinal do autor.

Como se pode observar, as leis esparsas passaram a regular os danos extrapatrimoniais superando as posições doutrinárias e jurisprudenciais contrárias até então e a reserva com que o Código Civil tratava a matéria. A matéria experimentava, assim, uma marcante evolução, impulsionando o legislador, que já assumia, mesmo que esparsamente, o reconhecimento do dano subjetivo. Daí à previsão constitucional, de forma expressa, como a constante dos incisos V e X, do artigo 5º, foi uma questão de encaminhamento.

Com essa bagagem, então, ainda antes do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código de Defesa do Consumidor, os mais importantes dentre os diplomas legais recentes, chegou-se à Constituição Federal de 1988, que foi, sem dúvida, o grande marco do reconhecimento expresso da indenizabilidade do dano moral, não só influenciador dessas duas avançadas leis como de toda a atualidade do dano moral.

¹⁰⁵ Lei n. 8 069 de 13 de julho de 1990.

¹⁰⁶ Lei n 8 078 de 11 de setembro de 1990.

¹⁰⁷ Lei n. 9 610 de 19 de fevereiro de 1998

Seção III - A atualidade do dano moral

§ 1º - Na Constituição Federal de 1988

Sérgio SEVERO pontua bem a evolução dos danos extrapatrimoniais no direito brasileiro, delineando-a em dois momentos: antes e após o advento da Constituição de 1988.¹⁰⁸

Conquanto todas as observações a respeito da evolução do instituto até aqui desenvolvidas, a admissibilidade geral dos danos à pessoa só foi mesmo assentada, após a vigência da Constituição de 1988. Como dito, o marco delimitador das três fases da evolução do dano moral no Brasil: a primeira, a da irreparabilidade, a segunda da inacumulabilidade do dano moral e material, em que o moral só era admitido autonomamente, e a terceira, da Constituição Cidadã, que, nos incisos V e X, do art. 5º, veio acabar com qualquer dúvida, integrando a reparação do dano moral, definitivamente, no direito positivo brasileiro. Vale destacar que a Constituição incluiu a matéria entre os direitos e garantias fundamentais, assegurando “direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem” (inciso V), bem como a inviolabilidade à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação (inciso X).

No dizer de Caio Mário da Silva PEREIRA, a Constituição de 1988 “veio pôr uma pá de cal na resistência à reparação do dano moral”, afastando, de vez, o argumento da ausência de um princípio geral.¹⁰⁹ E o importante, no nosso entender, foi a Constituição não ter estabelecido uma enumeração taxativa. Ao garantir a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, abriu as portas para que a legislação ordinária e a própria jurisprudência pudessem ampliar o necessário, de modo a atender os casos concretos.

É certo, portanto, que, independentemente de ser a Carta Magna o ordenamento fundamental do Estado e, de haver discussão sobre se deveria ou não ter disciplinado preceitos acerca da responsabilidade civil, ela veio traduzir os anseios da população num dos momentos históricos mais importantes da atualidade jurídica brasileira. Influenciado pela doutrina e pela jurisprudência e preocupada com a falta de resposta legislativa às hipóteses de dano à pessoa, em crescente aumento na fase da sua elaboração, o legislador constitucional fez menção expressa

¹⁰⁸ SEVERO, Sérgio *Os danos extrapatrimoniais*, p. 74.

¹⁰⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva *Responsabilidade civil*, p. 58

à responsabilização pelos danos morais como mecanismo de defesa dos direitos da personalidade, inscritos nos incisos V e X, do art. 5º, da Constituição¹¹⁰.

Em artigo publicado logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, João CASILLO afirmou que “o novo texto constitucional veio dar maior alento e garantia àqueles que, sofrendo um dano ou a violação de um direito, esperam a devida reparação, quer seja o dano patrimonial quer seja extrapatrimonial, quer sejam ambos concomitantemente”.¹¹¹

Ainda mais convincente é a conclusão de Caio Mário da Silva PEREIRA, para quem:

*Com as duas disposições contidas na Constituição de 1988 o princípio da reparação do dano moral encontrou o batismo que a inseriu em a canonicidade de nosso direito positivo. Agora, pela palavra mais firme e mais alta da norma constitucional, tornou-se princípio de natureza cogente o que estabelece a reparação por dano moral em nosso direito. Obrigatório para o legislador e para o juiz.*¹¹²

O novo Código Civil, que vive seu tempo de *vacatio legis*, ante posição tão explícita, não poderia desconhecer, como não desconheceu, dispondo sobre a reparabilidade do dano moral, como se verá em seqüência.

§ 2º - No texto do novo Código Civil

Antes de qualquer avaliação do dano moral no contexto do novo Código Civil, não se pode esquecer, como se viu na complementação da análise da construção legislativa posterior ao Código Civil de 1916, que, mesmo depois da Constituição de 1988, novos diplomas legais surgiram disciplinando especificamente, e de forma incisiva, matérias atinentes à responsabilização civil pelo dano moral. Isso demonstra e permite antecipar que, nem com o novo Código, nem com qualquer outra lei específica, o assunto estará esgotado. Independentemente da disciplina dada ao assunto pelo novo Código, a cada dia, novos direitos, diferentes enfrentamentos, situações inusitadas acontecerão, exigindo sempre atualização e adequação interpretativa dos textos legislativos em vigor.

É incontestável que o espírito do novo Código consolida a tendência cuja evolução se analisou até aqui. Para o enfoque central da presente pesquisa, isso é muito importante. Destarte a sua vigência estar marcada, apenas a partir de janeiro de 2003, leva a crer que, na caminhada, logo se verão os tribunais reconhecendo e responsabilizando o dano moral causado na ruptura da

¹¹⁰ SEVERO, Sérgio. Obra citada. p 88.

¹¹¹ CASILLO, João. *Dano e indenização na Constituição de 1988* Revista dos Tribunais, ano 79, v. 660, p. 29-37, out 1990, p. 37.

¹¹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*, p 58

sociedade conjugal. E, é bem verdade, de forma geral, todas as tentativas de reforma do Código Civil previram o dano moral. Segundo minucioso estudo de Carlos Alberto BITTAR, o Anteprojeto do Código de Obrigações de Orozimbo NONATO, em 1941; o Projeto de Código de Obrigações, de 1965; o Anteprojeto de Código Civil Caio Mário da Silva PEREIRA, de 1972, até o Projeto de Lei nº 634-B, de 1975, sob a regência de Miguel REALE, agora convertido no novo Código, previram, mais ou menos especificamente, o dano extrapatrimonial.¹¹³

Basicamente, as noções de responsabilidade civil, atinentes ao dano moral, estão consubstanciadas nos artigos 11 a 21, quando o novo Código trata DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE. Destaca-se o art. 12, que abre a possibilidade de ressarcimento de danos em caso de ameaça ou lesão a direito da personalidade. No confronto do art. 15 com a regra geral do art. 186, consagra-se a geração de ato ilícito, passível de produção de dano indenizável “ainda que exclusivamente moral”.

A proteção ao nome, prevista no art. 16, tem mais cunho de proteção registral. No entanto, os artigos 17 e 18, além do 19, para o pseudônimo, em caso de uso indevido, possibilitam a responsabilização, aplicando-se a regra geral do art. 186.

O art. 20 assegura a “indenização que couber”, ao que se acrescenta, decorrente de “dano, “ainda que exclusivamente moral” (art. 186), contra a produção literária e o sigilo dos escritos, bem como contra a transmissão da palavra, a publicação, a exposição ou a utilização da imagem da pessoa, quando atingirem a honra, a boa fama e a respeitabilidade, ou se destinarem a fins comerciais.

A inviolabilidade da vida privada está assegurada no art 21, assegurada, obviamente, entre as providências do juiz, a repressão por meio de condenação a eventual dano moral causado.

No título “Dos Atos Ilícitos”, o novo Código consagra no art. 186, como se viu, a regra geral que define o ato ilícito. O seu texto (“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência e imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”) seguiu a linha do preceito constitucional vigente, ampliando a previsão do art. 159 do Código de 1916 e tornando, agora, de forma expressa, os casos de dano, “ainda que exclusivamente moral”.

A novidade, salutar, é a inclusão do abuso de direito como ato ilícito, prevista no art. 187, cujo teor se transcreve:

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

¹¹³ BITTAR, Carlos Alberto. Obra citada. p. 98.

A repressão ao abuso de direito vem se manifestando, processualmente, desde o Código de 1973, nas disposições do art. 14, hoje ainda mais ampliado pela Lei 10.308, de 27/12/2001, que impõe compromisso com a verdade, a lealdade e a boa-fé na condução do processo. O art. 16 responsabiliza as partes por perdas e danos, pelo dano processual que causarem litigando de má-fé. O art. 187 do novo Código Civil colima, no direito material, esse processo evolutivo contra o abuso de direito. Já dizia San Tiago DANTAS: “É o Direito, enfim, como fator e a serviço do aperfeiçoamento das relações sociais.”¹¹⁴

No capítulo “Das Perdas E Danos”, o parágrafo único do art. 404 abre a possibilidade de o juiz conceder ao credor “indenização suplementar”, provado que os juros de mora não cobrem o prejuízo e não há pena convencional. Segundo se entende, na suplementariedade dessa indenização está aberta a possibilidade de ressarcimento do dano moral eventualmente causado pelo devedor inadimplente. As perdas e danos, é certo, continuam limitadas pelos artigos 402 e 403, mantendo disposição do Código de 1916 (artigos 1059 a 1061). O dano moral está contido na possibilidade da indenização suplementar, ampliando, manifestamente, o texto anterior.

Dos artigos 927 e 954, que tratam “Da Obrigação De Indenizar” e “Da Indenização”, dentro do título IX, “Da Responsabilidade Civil”, destacam-se as disposições especificamente condizentes com o dano moral e as inovações introduzidas. A obrigação de reparar o dano por quem pratica ato ilícito, contida no art. 927, sem dúvida, completa-se com as disposições dos artigos 186 a 188, ainda que o dano seja exclusivamente moral, previsto pelo art. 186.

O arbitramento das indenizações e os julgamentos por equidade, sinais dos novos tempos civilistas, constam expressamente dos parágrafos únicos dos arts. 928, 944, 950, 953 e 954, ao disporem, respectivamente, sobre a reparação de dano causado por incapaz; a extensão do dano; a possibilidade de, em caso de lesão resultando defeito que impeça o exercício profissional do ofendido, a indenização ser arbitrada e paga de uma só vez, e as indenizações por injúria, difamação ou calúnia. Neste caso, há relação direta com o dano moral uma vez que a fixação da indenização, não podendo o ofendido provar prejuízo material decorrente da injúria, difamação ou calúnia, “caberá ao juiz fixar equitativamente”. O mesmo critério deve ser utilizado nos casos de ofensa à liberdade pessoal (cárcere privado, prisão ilegal e por queixa ou denúncia falsa e de má-fé), previstos no art. 954.

No caso de homicídio, previsto pelo art. 949, ao admitir “outras reparações”, além daquelas dos incisos I e II, já previstas pelo Código em vigor, o legislador confirmou a

¹¹⁴ DANTAS, San Tiago. *Palavras de um professor*, apud TOURINHO, ALEX. *Cultura jurídica e poder. Revista de Direito Civil*, v. 29, p 163.

possibilidade de reparação do dano moral, que já vem sendo deferida por outros fundamentos, o mesmo no caso de lesões, de que trata o art. 949, quando estendeu a indenização a “algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.” Aqui, a quantificação fica por conta do arbitramento, da equidade, não mais de acordo com “a importância da multa do grau médio da pena criminal correspondente”, como consta do art. 1538 do diploma de 1916. Cumpre assinalar que todas essas disposições se aplicam, em decorrência do art. 957, aos casos de morte do paciente, em decorrência de culpa no exercício de atividade profissional da área da saúde.

O parágrafo único do art. 952, no caso de usurpação ou esbulho, além da indenização material, prevista no *caput*, inexistindo a própria coisa, determina que a estimativa far-se-á pelo seu preço ordinário e “pelo de afeição”, inovando o que dispunha o artigo 1541 do Código anterior. Evidentemente, portanto, está garantido o ressarcimento do dano extrapatrimonial decorrente.

Mesmo diante dos primeiros comentários a respeito da matéria, reconhecendo o texto como acanhado, particularmente, entende-se que o novo Código, por influência da atualização imposta pela Constituição de 1988, não menos da doutrina e da jurisprudência, avançou positivamente.

É certo, existem posições contrárias. Rui STOCO, por exemplo, no prefácio da quinta edição do seu trabalho, lançada antes da aprovação e sanção presidencial do texto do novo Código Civil, em “Breves comentários ao Projeto de Código Civil”, a par das severas críticas que faz à demora da sua tramitação na parte relativa à responsabilidade civil, reconhece como “tímido e conservador”. Entende que os direitos da personalidade, consagrados constitucionalmente, não mereceram a devida atenção no reconhecimento do dano moral decorrente do seu descumprimento; também, que incluídos como foram, apenas genericamente, na violação de direito prevista pelo art. 186, restaram vagos e inconsistentes.

Exalta o tratadista, entretanto, a inclusão do abuso de direito dentre os atos ilícitos, por entender que também o titular de um direito pode cometer ato ilícito, quando o exerce mal e indevidamente, ultrapassando limites, desviando-se da boa-fé e convertendo-se em prática, agora, repudiada. Defendia ainda Rui STOCCO, que o novo Código elencasse em capítulo especial os critérios de compensação do dano moral para todas as hipóteses, inclusive para as já previstas na legislação esparsa.¹¹⁵

Particularmente, entende-se ser desnecessária qualquer alusão mais específica, além da regra geral. Exatamente por ser genérica a previsão, torna-se abrangente, de modo a consagrar os direitos da personalidade, principalmente porque, causando dano “ainda que exclusivamente moral”, reconhece-o, na sua conclusão, como ato ilícito.

¹¹⁵ STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*, ps 12/14

Parece, portanto, que o texto estabelece o mínimo, e, não se tratando de uma enumeração taxativa, fica aberta a possibilidade de inclusão de todos os direitos da personalidade, acaso feridos. Isso, diante da amplitude da disposição constitucional, pode ser ampliado pela legislação ordinária ou pela interpretação jurisprudencial, jamais reduzido¹¹⁶. Assim, confirma-se o movimento legislativo antes examinado, de franca ampliação do instituto, suprimindo a lacuna que reprimia os julgadores até a Constituição de 1988.

Como se afirmou de início, o assunto não se esgota e, mesmo com o novo Código, com as leis existentes, ou com qualquer outra que venha a surgir tratando da reparação do dano moral, novas situações ocorrerão, exigindo nova interpretação dos textos legais em vigor.

Assim, estabelecidas as premissas da responsabilidade civil por dano moral, importa examinar o compromisso existente entre as partes na relação conjugal, o que se fará no próximo capítulo, para, depois, fazer a ponte entre uma relação e outra na hipótese de ruptura da sociedade conjugal.

¹¹⁶ PLREIRA, Caio Mário da Silva *Responsabilidade Civil*, p. 58.

CAPÍTULO II –

A RESPONSABILIDADE DAS PARTES NA SOCIEDADE CONJUGAL, FRENTE AO SISTEMA LEGAL VIGENTE

Seção I – A família no sistema codificado

§ 1º O matrimônio como única forma de legitimação conjugal

A legitimidade da família brasileira, outorgada ao casamento civil pelo Código Civil de 1916, terminou criando uma enorme disparidade entre o direito positivado e a realidade social. Carmem Lucia Silveira RAMOS reconhece tal desconsideração, afirmando que “foi a partir dos princípios liberal-racionalistas que nosso Código Civil, respeitando rígida e literalmente o princípio da legalidade, desconsiderou a realidade brasileira, consagrando o matrimônio como fonte única da família.”¹¹⁷ Assim, também Rolf MADALENO, de forma jocosa, chega a afirmar que, “durante muito tempo, família de respeito no Brasil era aquela formada sob os bons desígnios da lei, através do casamento civil e, sempre quando possível, fazia gosto fosse acrescido da cerimônia religiosa, num entusiástico acontecimento envolvendo duas animadas famílias.”¹¹⁸

A família, no sistema codificado, define-se como matrimonializada, hierarquizada, patriarcal e de feição impessoal, como reconhece o professor José LAMARTINE¹¹⁹, secundado por Luiz Edson FACHIN.¹²⁰

Essa situação é perfeitamente compreensível dado o contexto histórico e cultural da época, mas não conseguiu se impor à realidade. Por isso, a prescrição legal conviveu, em toda sua vigência, com todo tipo de situação familiar de fato, desde as uniões concubinárias às

¹¹⁷ RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.) *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 63.

¹¹⁸ MADALENO, Rolf. *Novas perspectivas no direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 15.

¹¹⁹ OLIVEIRA, José Lamartine Correa de, MUNIZ, Francisco José Ferreira *Direito de família* (Direito Matrimonial) Porto Alegre. Sérgio Antonio Fabris, 1990, p. 16-19

famílias monoparentais, representadas por mães solteiras ou abandonadas pelos maridos e seus filhos. Verdadeiros espelhos da evolução da sociedade brasileira, essas situações acabaram provocando forte pressão social sobre o legislador, levando-o a editar leis especiais, responsáveis pelo encaminhamento da igualdade entre os cônjuges no seio familiar. Assim, também encaminharam o reconhecimento das relações familiares de fato.

De todas as mudanças ocorridas, essas interessam sobremaneira à proposta deste trabalho, uma vez que o seu descumprimento na relação conjugal, matrimonializada ou não, é, sem dúvida, a fonte geradora dos danos que se pretendem ver ressarcidos. Dois dados apenas, mas suficientemente ilustrativos, demonstraram que o modelo clássico codificado, em face do desenvolvimento social e suas transformações, fragmentou-se no tempo até chegar com a Constituição de 1988, reconhecidamente aberto e pluralista, mesmo que na prática, nem sempre se efetive.

No dizer de Rosana Amara Girardi FACHIN¹²¹: “Os novos rumos assumidos pelo Direito de Família encontram desafios para superar o sistema jurídico privado clássico e adequar-se ao modelo constitucional insculpido pela Constituição de 1988, cuja estrutura é plural e fundada em princípios de promoção da dignidade humana, da solidariedade, onde a família é concebida como referência de liberdade e igualdade, em busca da felicidade de seus membros.” E conclui: “Desse modo, o antigo codificado Direito de Família migrou para a Constituição, configurando-se, nesse espaço, como direitos fundamentais da família. A partir dessa mudança, esses direitos moldam um novo ordenamento jurídico aplicável à família.”

Particularmente, tudo isso parece fundamental porque essa nova atualidade, social e jurídica permite projetar a conquista dessa felicidade conjugal, alicerçada nos pilares da liberdade e da igualdade entre os cônjuges.

A dignidade da pessoa humana, efetivamente, é o valor máximo do ordenamento orientador de toda interpretação da legislação infraconstitucional; logo, sua desconsideração gera a desarmonia, o conflito, a ruptura e, quase sempre, o dano, que não pode, dentro de uma proposta constitucional de garantia da dignidade da pessoa humana e de considerável prestígio pelos direitos fundamentais - entre eles, particularmente, a absoluta igualdade entre os cônjuges - passar em branco sem a devida compensação para a vítima.

Tal posição, em consonância com a de Luís Renato Ferreira DA SILVA¹²², acerca da legitimidade para postular indenização por danos morais, dá encaminhamento positivo à proposta da presente pesquisa, como se aponta: “Será legitimado todo aquele que teve um

¹²⁰ FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*, p. 51.

¹²¹ FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em busca da família do novo milênio* - uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do direito de família no Brasil contemporâneo Rio de Janeiro. Renovar, 2001, p. 67.

¹²² DA SILVA, Luiz Renato Ferreira. *Da legitimidade para postular danos morais* - Rev. A Juris, v. 70, ano XXIV, p. 1-21, jul 1997, p. 189.

direito de personalidade atingido, bem como todo aquele que tiver sofrido um dano moral subjetivo. É que, se a legitimidade se atribui, como se vem sustentando, ao titular de um direito lesado, no dano moral ocorrerá a mesma coisa. Todo aquele que for lesado nos seus direitos de personalidade ou sofrer um *préjudice d'agrément ou d'affection* será legitimado a buscar a reparação.”

§ 2º - Evolução da situação das partes na relação conjugal

É evidente que, diante da força do texto legal, aspirar à plena igualdade entre os cônjuges era utopia. Regina Beatriz Tavares da Silva SANTOS e Silvio RODRIGUES resgatam a informação de que a discriminação no seio da relação conjugal se devia, exatamente, à realidade herdada do antigo Direito português, onde o poder do marido era exercido de forma muito áspera sobre a mulher. Tanto o era que, no tempo das Ordenações, eram punidos os casamentos de pessoas desiguais, por se considerar haver interesse manifestamente patrimonialista. Aos maridos estatuíam, em caso de adultério de sua mulheres, o direito de castigá-las até a morte¹²³, tradição que remontava ao Direito Romano¹²⁴, e sempre com o aval do Estado, a fim de garantir a conservação dos patrimônios titulados em nome do homem.

Nem mesmo os novos ventos da República no Brasil, que, no ano seguinte à sua proclamação, instituiu o casamento civil, (Decreto 181, de 24 de janeiro de 1890), conseguiram mudar a realidade da mulher.¹²⁵ De uma total discriminação, reconhecida juridicamente como um ser inferior, é natural imaginar a dificuldade de qualquer ascensão em relação ao marido. A tradição patriarcal da família brasileira, sem dúvida, dificultou a evolução e a assimilação dessa ascensão. Por isso, a demora da mudança efetiva no campo social, político, profissional, e, por decorrência, muito mais no familiar, pela intimidade das relações que envolve.

Para a mudança contribuíram muitos fatores, retomados por COLARES¹²⁶:

No decorrer do Século XX, as posturas sociais em relação à familiaridade sofreram as influências do desenvolvimento tecnológico; das alterações econômicas no horizonte do trabalho; dos eventos beligerantes das ações

¹²³ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação civil na separação e no divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 63; RODRIGUES, Silvio, *Direito civil – Direito de família*, 27. ed atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2002, v. VI, p 136

¹²⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira, “No antigo Direito romano, quando a supremacia masculina era mais acentuada e os costumes permitiam ao marido vingar-se do adultério da mulher, ele podia repudiá-la ou mesmo matá-la, em caso de flagrante delito.” *Tratado de direito de família origem e evolução do casamento* Curitiba: Juruá, 1991, v. I, p 85

¹²⁵ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. Idem, ibidem, e VIANA, Rui Geraldo Camargo. O que há de novo no direito de família? In PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) *A família na travessia do milênio* Anais do II congresso brasileiro de direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 330.

¹²⁶ COLARES, Marcos Antonio P. Legislando sobre o afeto: Questões sobre a familiaridade no Brasil In: pereira, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Repensando o Direito de Família* (Anais do I congresso brasileiro de direito de família). Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 473.

políticas de caráter pacifista e/ou contraculturais; da desestruturação de tabus de gênero, etc. Podemos notar, principalmente no Ocidente, que esses eventos contribuíram para que as relações domésticas fossem pouco a pouco se diferenciando da tradicionalidade machista, hegemônica nesta instituição até os anos 1950.

Hoje, entretanto, os tempos são outros, impondo a adaptação das concepções jurídicas e sociais a essa nova realidade, na qual se garante à mulher importância social manifesta, com destaque na família e na sociedade. As notícias e estatísticas comprovam essa escalada da mulher não só na família, mas no mundo social, profissional e político. Nunca, como na atualidade, houve tantas e tão qualificadas mulheres ocupando cargos e postos dos mais elevados, até mesmo na carreira militar. Os resultados dos concursos têm mostrado as mulheres disputando, par e passo, com os homens as primeiras classificações e as vagas, até há bem pouco reservados apenas ao sexo masculino. Como expressa Raquel de Queiróz, citada por Rui Geraldo Camargo VIANA¹²⁷, a mulher está “deixando de ser apenas a madame Silva para ser fulana de tal, ela própria, sem a sombra social do marido”.

Essa escalada gera efeitos de toda ordem e em todas as áreas; via de consequência, o mundo jurídico não pode se manter estagnado. As conquistas da mulher são tantas e tão profundas que importam numa mudança radical do seu comportamento em casa, no campo profissional e no mundo social. Em especial na família, trabalhar fora e ter renda, e, em consequência, por ter o tempo tomado e auto-suficiência econômica, divide com o marido não só as tarefas domésticas como o cuidado dos filhos e a própria administração da casa. Isso, sem dúvida, vem impondo ao legislador o reconhecimento da sua plena equiparação com o homem¹²⁸ e, no casamento, na previsão constitucional do parágrafo 5º, do art. 226, com o marido.¹²⁹

Seção II - A família frente à Constituição Federal de 1988

§ 1º - A igualdade entre o homem e a mulher na relação conjugal

A Constituição vigente não promoveu apenas a igualdade entre os cônjuges. Na verdade, alterou profundamente a organização jurídica da família brasileira. Como destaca Rodrigo da Cunha PEREIRA, com apenas três dispositivos, revolveu mais de sessenta artigos do Código Civil e promoveu uma mudança estrutural no Direito de Família, esteiada nos valores

¹²⁷ VIANA, Rui Geraldo Camargo Obra citada, p. 330.

¹²⁸ Constituição Federal, art. 5º, inciso I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição

¹²⁹ “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”

de liberdade, igualdade e fraternidade, como conseqüência da evolução do pensamento, do desenvolvimento do conhecimento e, conseqüentemente, das mudanças de comportamento¹³⁰.

A relação entre o homem e a mulher nem sempre aconteceu como preconiza a isonomia garantida pela Constituição vigente, tanto no seu artigo 5º, como, especificamente, no parágrafo 5º, do art. 226¹³¹, quando disciplina a família como base da sociedade. É justo e imperativo destacar a extensão dessa disciplina, garantida às uniões estáveis, definidas pelo parágrafo 3º do mesmo artigo¹³².

Mesmo antes, as Constituições pátrias sempre consagraram o princípio da igualdade¹³³. Todavia, na prática, a sociedade sempre impôs restrições e limitações à mulher, referendadas pela legislação infraconstitucional, que foi marcada pela desigualdade na relação familiar, especialmente conjugal, com manifesto domínio do marido. O próprio Código de 1916 é a prova disso. A mulher, que, enquanto solteira, tinha capacidade plena, casando, passava à condição de relativamente capaz, dependendo de autorização do marido para a prática dos atos comuns da vida civil, inclusive o de exercer profissão e litigar em juízo, entre outras discriminações decorrentes.

Na linha identificada no art. 233, é manifesta a predominância do marido, reconhecido como chefe da sociedade conjugal, com a competência da representação legal da família, da administração dos bens comuns, o direito de fixar o domicílio familiar e o de prover a sua manutenção. Sem dúvida, o homem era o titular absoluto do poder de mando na relação conjugal¹³⁴.

E o contexto familiar não poderia ser diferente, se nem mesmo capacidade para os atos da vida civil era assegurada à mulher, visto que, no art. 6º, tida como “relativamente incapaz”, equiparada aos silvícolas, aos pródigos e aos menores de 16 anos. Nem mesmo o

¹³⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A culpa no desenlace conjugal. In WAMBIER, Tereza Arruda Alvin; LEITE, Eduardo de Oliveira. *Repertório de doutrina sobre direito de família*. São Paulo: RT, 1999, v. 4, p. 324.

¹³¹ Constituição Federal, 1988- Artigo 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...) I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações nos termos desta Constituição.”

Art. 226 [..] - V: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

¹³² Constituição Federal 1988 - Art. 226 [...] III: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento.” Em decorrência, sempre que nos referirmos à sociedade conjugal, estaremos abrangendo tanto a matrimonializada como a sociedade conjugal de fato, reconhecida constitucionalmente para efeito da proteção do Estado, e nem poderia ser diferente.

¹³³ Constituição de 1824, art. 179, XIII: “A lei será igual para todos quer proteja e quer castigue [...]”

Constituição de 1891, art. 72, § 2º : “Todos são iguais perante a lei [...]”

Constituição de 1934, art. 113, § 1º: “Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de sexo [...]”

Constituições de 1937 e de 1946, arts. 122, § 1º e 141, § 1º: “Todos são iguais perante a lei [...]”

Constituição de 1967 e Emenda Constitucional nº 1, de 1969, arts 150, § 1º e art. 153, § 1º: “ Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo [...]”

¹³⁴ Código Civil de 1916, art. 233 e seus incisos: “O marido é o chefe da sociedade conjugal [...]. STÜRMER, Amélia Balduino. A incidência do princípio da igualdade nas relações conjugais com o advento da Constituição Federal de 1988. In CASTRO, Adriana Mendes Oliveira de. (Coord) *Pessoa, gênero e família – uma visão integrada do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 104-106

Estatuto da Mulher Casada¹³⁵, que, em 1962, garantiu a sua ascensão à plena capacidade civil, conseguiu afastar o preconceito da superioridade masculina, apenas amenizando o domínio do marido, ainda mantido como chefe da sociedade conjugal - a chefia, no entanto, desde então, exercida com a colaboração da mulher.

Áurea Pimentel PEREIRA¹³⁶, em minucioso estudo, reconhece que, graças ao Estatuto, a caminhada começou a se oficializar juridicamente. Social e politicamente, já vinha acontecendo desde 1953, com a ratificação pelo Brasil da convenção sobre os direitos políticos da mulher, aprovada na VII Sessão da Assembléia Geral da ONU. Para a autora, as mudanças começavam a acontecer e as conquistas a se acumular. A partir daí decorreram 15 anos até a Emenda Constitucional nº 9, de 28/6/1977, que admitiu o divórcio, abrindo as portas para a nova roupagem da família. Mais 11 anos se passaram até a Constituição de 1988, a qual se mostrou efetivamente paradigmática ao estabelecer a absoluta igualdade entre os cônjuges, como de início apontado, impondo uma nova leitura de todos os dispositivos do Código então vigente, que tratavam dos direitos e deveres do marido e da mulher.

Nesse contexto, Gustavo TEPEDINO destaca a importância do texto constitucional de 1988, ao definir temas até então tratados exclusivamente pelo Código Civil, entre os quais a organização da família, tipicamente de direito privado, agora integrada a uma nova ordem pública constitucional. Assim, conclui que o “o Código Civil perde, definitivamente, o seu papel de constituição de direito privado”¹³⁷.

Como bem precisou NETTO LÔBO, a materialização da igualdade de direitos e obrigações entre homem e mulher nas relações conjugais e de união estável veio acompanhar a evolução do princípio da igualdade no âmbito dos direitos fundamentais, já incorporados às Constituições dos Estados democráticos contemporâneos¹³⁸. Tendo, portanto, como pressuposto o tratamento igualitário que deve existir entre os cônjuges, com imposição de respeito mútuo, ganha relevância a responsabilidade civil na hipótese do descumprimento dos deveres conjugais.

§ 2º - A gradual assimilação da isonomia conjugal

Na verdade, a situação da mulher era de inferioridade em todos os contextos, não só na vida familiar. O seu reconhecimento como “pessoa relativamente incapaz”, na redação original do art. 6º do Código Civil de 1916 e a conquista do direito ao voto só em 1932, com o Decreto nº 21.076/32, são claras mostras disso.

¹³⁵ Lei 4.121, de 27-8-1962

¹³⁶ PEREIRA, Áurea Pimentel *A nova Constituição e o direito de família* Rio de Janeiro: Renovar, 1990, p. 51-57

¹³⁷ TEPEDINO, Gustavo *Temas de direito civil* 2 ed., 2001. São Paulo. Renovar, 2001, p 7

¹³⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto *Igualdade Conjugal - Direitos e Deveres* Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, v. 31, 1999, p. 136-137.

É preciso convir que, na verdade, o legislador constitucional de 1988 foi “atropelado” pelos fatos sociais que vinham se impondo histórica e globalizadamente e, no Brasil, como demonstrado, desde o Estatuto da Mulher Casada e a Lei de Divórcio, muito especialmente.

A ascensão social e profissional da mulher se tornou cada vez mais evidente a partir da década de 60, impondo o seu reconhecimento no seio conjugal, especialmente pela sua participação econômica na manutenção familiar. Desde então, aumentou cada vez mais o número de mulheres casadas exercendo emprego, facilitando, em face da independência econômica criada, que até então era um dos mais fortes fatores da submissão, o rompimento das sociedades conjugais¹³⁹.

Isso, hoje, está muito mais quantificado e, especialmente, qualificado. Conclusões do Censo 2000 dão conta do substancial aumento do número de mulheres na chefia familiar, tendência que já vinha se manifestando no anterior.¹⁴⁰ Assim, a maturidade das uniões, com a aproximação cada vez maior dos consortes na relação conjugal, seja matrimonializada ou simplesmente de fato, terminou impondo o ajuste da disciplina legal. Sem dúvida, os velhos preceitos normatizados no Direito de Família afrontavam a nova realidade. Eduardo de Oliveira LEITE¹⁴¹, em conclusão do seu minucioso “Tratado de direito de família”, percebia isso ainda em 1989, logo após a promulgação da Constituição atual, afirmando:

As novas gerações questionam, com constante intensidade, as repercussões que o casamento provoca sobre suas vidas e, num contexto geral de desmistificação das instituições e das pessoas, passaram a exigir mais verdade na vida do casal e nos sentimentos trocados entre marido e mulher. A ordem do dia passa a ser o companheirismo total, a vida a dois em toda a sua intensidade, onde tudo se divide, onde tudo se fala, se discute e se decide a dois, dentro de uma ótica de unidade tão veemente que o casal passa a ser encarado como uma só pessoa, diluindo a antiga dualidade marido-mulher.

Graças a essa nova perspectiva, Cristina de Oliveira ZAMBERLAN¹⁴² garante que “a mulher torna-se mais competente fora de casa, autônoma e mais competitiva, ao mesmo tempo que o homem aprende a ser mais cuidadoso e cuidador nas relações, sensível e intuitivo. O casal deixa de ser complementar para tornar-se mais simétrico, com mais chances de distribuir o poder de forma equitativa.” E conclui que, assim, “crescem as semelhanças e com isso a capacidade para a intimidade, e pode diminuir a luta por poder entre os cônjuges.”

¹³⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira *Tratado de direito de família origem e evolução do casamento*, p.352.

¹⁴⁰ IBGE, Censo 2000 – disponível em <http://www.ibge.gov.br>, acesso em 10 fev. 2003.

¹⁴¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Idem*, p.360

¹⁴² ZAMBERLAN, Cristina de Oliveira *Os novos paradigmas da família contemporânea – Uma perspectiva interdisciplinar* Biblioteca de Teses Rio de Janeiro Renovar, 2001, p 130

Com a Constituição de 1988, segundo as normas apontadas e, agora, especialmente com o novo Código Civil, não resta questionamento acerca da equiparação dos cônjuges no ambiente familiar. O art. 1511 do novo Código é claro a respeito:

O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

Eduardo SILVA,¹⁴³ a respeito, defende a inserção no preceito contido no artigo 1511, da cláusula geral da comunhão plena de vida, no Direito de Família, atribuindo-lhe a mesma importância que tem a da boa-fé no Direito das Obrigações. De acordo com o autor, graças à inserção da cláusula geral, será possível “sintetizar e enriquecer os deveres mútuos dos cônjuges”, assegurando, com base no pensamento de Clóvis do Couto e Silva, que: “a regra tem a virtualidade de gerar, no futuro, ao compasso das transformações por que passa a família, novos meios projetivos da comunidade jurídica que surge com o casamento.”

Como decorrência, na mesma senda há a proibição de interferência na comunhão de vida por eles estabelecida, definida pelo art. 1513; a equiparação da idade núbil, de que trata o art. 1517; a assunção mútua da condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família, do art. 1565, e, no seu parágrafo, também a possibilidade do acréscimo, por qualquer dos consortes, do sobrenome do outro; mais ainda, na definição dos deveres de ambos os cônjuges, do art. 1566, assunto do qual se tratará de forma particular, na próxima seção, dada a relevância do seu descumprimento segundo a proposta do presente trabalho.

Na mesma linha está a garantia do exercício conjunto, em regime de colaboração, da direção da sociedade conjugal, de que trata o artigo 1567; também a disposição do art. 1568, que define a obrigação de ambos concorrerem, na proporção dos seus bens e rendimentos, para o sustento da família, e a fixação do domicílio do casal, por escolha de ambos, disciplinada no art. 1569. Em síntese, é a consagração da igualdade no plano familiar. No dizer de Sérgio Gischkow PEREIRA¹⁴⁴;

Trata-se de buscar um Direito de Família mais adequado às novas realidades sociais de convivência humana e buscar uma estrutura familiar menos produtora de psicopatologias, porque menos opressora, mais autêntica, mais sincera, menos impregnada de hipocrisias e falsidades, mais regada pela afeição, mais igualitária, mais solidária. Nosso direito apenas está se deixando orientar pelos princípios jurídicos do Direito de Família atual.

¹⁴³SILVA, Eduardo. A dignidade da pessoa humana e a comunhão plena de vida: O direito de família entre a Constituição e o Código Civil. In: COSTA, Judith Martins (Coord.) A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: RT, 2002, p.471-476.

¹⁴⁴PEREIRA, Sérgio Gischkow. A igualdade jurídica na filiação biológica em face do novo sistema de direito de família no Brasil. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, LEITE, Eduardo de Oliveira. *Repertório de doutrina sobre direito de família*. São Paulo: RT, 1999, v. 4, p. 392.

Como se vê, não se podem admitir mais, nem com os olhos voltados para a realidade social, nem para a juridicizada na legislação vigente, comportamentos conjugais que não prestigiem essa igualdade sábia e salutar. É bem verdade que, a par de toda essa atualização sóciojurídica, as estatísticas brasileiras ainda denunciam o estado de subordinação de muitas mulheres, a sua dependência econômica, a limitação da sua atuação às lides domésticas e, por tudo isso, a sujeição a todo tipo de agressão moral e física por seus maridos, ainda retratando a desigualdade, em oposição à garantia do preceito constitucional.

Para Rolf MADALENO¹⁴⁵, “o mais contraditório é constatar que, enquanto a nova ordem jurídica acena com a elevação moral, jurídica e social da cotidiana convivência de um casal, com relativa liberdade para constituir a sua entidade familiar, as crenças culturais do passado e o exíguo espaço realmente igualitário conquistado pela mulher seguem servindo para encobrir uma resignada conformação para com a supremacia masculina do poder econômico.”

A história universal tem mostrado que as diferenças é que levam à guerra entre os povos e não é diferente no ambiente conjugal, pois, nessa perspectiva de relação conjugal, o desrespeito à igualdade, sabidamente, leva a verdadeiras guerras conjugais, muitas, intransponíveis, a ponto de impor o rompimento da sociedade conjugal. Para essas, prevê-se a proposta de sancionamento por meio da responsabilização do dano moral oriundo de todo tipo de desconsideração à dignidade da pessoa do outro cônjuge ou do companheiro, na relação de fato, que lhe possa causar mal-estar, humilhação, agressão e sofrimento.

É tão importante a equiparação das partes na relação conjugal que está implícita na definição dos direitos e obrigações conjugais.

Seção III - Direitos e obrigações das partes

§ 1º - Do Código Civil de 1916, pela Constituição de 1988, ao novo Código Civil

Conforme até aqui demonstrado, a organização da família no Brasil desde os tempos de colônia portuguesa, pelas influências recuperadas, era predominantemente patriarcal e matrimonializada nos moldes europeus. Esses valores inspiraram o Código Civil de 1916, mesmo que se reconhecesse de longa data a existência paralela de uniões conjugais sem casamento.

¹⁴⁵ MADALENO, Rolf. *Novas perspectivas no direito de família*, p.29.

A capitulação nos artigos 233 e 240 do Código de 1916, de direitos e deveres para o marido e para a mulher, especificamente, apresentava-se com características eminentemente patrimoniais, revelando a “defasagem existente entre os interesses maiores do grupo familiar e a perspectiva puramente material do legislador brasileiro”.¹⁴⁶

Essa marca patrimonialista também é reconhecida por Silvana Maria CARBONERA, para quem:

*No embate entre o ter e o ser, o patrimônio fez prevalecer sua força em relação ao sentimento. Dessa forma, garantia-se a família, pautada na divisão orgânica dos papéis em função do sexo e da idade, a autoridade paterna e a integridade patrimonial. A continuidade da unidade familiar era preferencialmente tutelada e o sujeito, sua dignidade e sentimentos eram colocados em segundo plano. Nesse espaço, o afeto não ocupava posição de destaque, uma vez que o ponto central era a legitimidade.*¹⁴⁷

A evolução social dos conceitos familiares impôs uma visão muito mais ampla da perspectiva puramente material, até então manifestada pelo Código Civil de 1916. Essa nova visão, voltada para os interesses do casal, estrutura-se inteiramente em função da afetividade, porém agora considerada pelo direito como elemento indispensável e garantidor da estabilidade conjugal e familiar. Numa relação de supremacia masculina, como recém-visto, a noção de afetividade era outra, mas, perfeitamente compreensível, dada a dependência sócioeconômica e, em decorrência, a completa submissão da mulher. Isso é tão efetivo, que todas as disposições do Código retratavam essa realidade.

A partir da Constituição de 1988, com a eleição da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da República¹⁴⁸, tornou-se impossível não compreender e aceitar a plena igualdade entre os cônjuges, a equiparação dos filhos, a instituição da união estável como entidade familiar, a paternidade responsável, o planejamento familiar e todas as manifestações de afetividade. Assim, estabelece-se a garantia da sua consolidação na “condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família” e a eleição da “fidelidade recíproca”, “mútua assistência” e “respeito e consideração mútuos”, como garantias da eficácia do casamento, nos artigos 1565 e 1566 do novo Código Civil. É tão relevante a afeição a ponto de ser reconhecida como princípio do moderno Direito de Família.¹⁴⁹

Na verdade, mesmo que de forma implícita, entende-se que o Código de 1916 já tinha antecipado espaço para o afeto com a definição dos deveres de ambos os cônjuges, do art.

¹⁴⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Temas de direito de família* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p.21.

¹⁴⁷ CARBONERA Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord) *Repensando o direito de família* (Anais do I congresso brasileiro do direito de família) Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p.308.

¹⁴⁸ Constituição Federal de 1988, art. 1º, III.

¹⁴⁹ DINIZ, Maria Helena. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, 17 ed Direito de Família, atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n 10 406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, v 5, p. 17-18

231¹⁵⁰, destarte conhecer-se a posição contrária de Eduardo de Oliveira LEITE, que tem no dispositivo um mero “standard” jurídico¹⁵¹.

O adultério, dentro do conceito moral vigente, constitui séria injúria ao consorte¹⁵². Existindo afeto entre os cônjuges, no verdadeiro sentido do incondicional amor conjugal, não haverá infidelidade, a vida em comum será conseqüência prazerosa. Assim também, natural e espontânea será a mútua assistência, tanto material como moralmente entendida, tudo, consagrado na plenitude do compromisso assumido por ocasião do matrimônio, bem representado pela tradicional fórmula do companheirismo “ [...]na alegria e na tristeza, na saúde e na doença [...]”

Acerca do dever de mútua assistência, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos SANTOS¹⁵³ é enfática ao afirmar que “impõe aos cônjuges proteção e respeito recíprocos, por determinar-lhes os cuidados atenciosos em todas as circunstâncias da vida e a consideração pelos direitos da personalidade“. E invoca Alain Bénabent, do direito francês, para concluir que esse dever diversifica-se nos “deveres de sinceridade, de paciência, de solidariedade de honras, de cortesia e de respeito mútuo.”

É evidente que a fórmula de sacralização do matrimônio, antes referida, não dá nenhuma garantia de resultado e, muitas vezes, o que nasceu para ser um “mar de rosas” transforma-se num calvário de sofrimentos; pelo descumprimento dos deveres inerentes ao casamento estrutura-se o seu rompimento. Na prática de conduta desonrosa ou de qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento, capaz de tornar insuportável a vida conjugal¹⁵⁴, há possibilidade da ocorrência de danos à dignidade da pessoa do outro cônjuge ou a qualquer dos direitos fundamentais que lhe são assegurados constitucionalmente.

Com referência ao apontado, assim se pronuncia José de AGUIAR DIAS:

*A violação das obrigações derivadas do casamento é, indubitavelmente, a falta contra a honestidade. É o que se verifica por parte de quem dá, por seu procedimento causa à separação de corpos, desquite ou divórcio, acarretando prejuízo moral ou material ao outro cônjuge, como o marido que, negligente ao estado de saúde da mulher permite que se desenvolva moléstia que a acomete, sem levá-la a submeter-se a exame médico, e sem usar de sua autoridade nesse sentido.*¹⁵⁵

¹⁵⁰ Código Civil, 1916 - Art. 231 - “São deveres de ambos os cônjuges: I – fidelidade recíproca; II- vida em comum no domicílio conjugal (arts. 233-IV, e 234), III – mútua assistência, IV – sustento, guarda e educação dos filhos.”

¹⁵¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Temas de direito de família*, p 20.

¹⁵² RODRIGUES, Silvio. *Direito civil – Direito de família*, p.129.

¹⁵³ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos *Reparação civil na separação e no divórcio*, p.16.

¹⁵⁴ Art 5º, caput, da Lei de Divórcio, nº 6515/77.

¹⁵⁵ AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil* Vol. II, 10ª ed., p. 382

Afora o enfoque até aqui apresentado, considera-se, por relevante, a análise feita por Eduardo de Oliveira LEITE¹⁵⁶ acerca da tendência à “duração” de qualquer projeto de vida em comum: “É a duração, a permanência, a construção de projetos, planos e metas que caracterizam a sociedade conjugal. E nem poderia ser o contrário. Se as pessoas, a partir do amor e da afinidade, do companheirismo e da vida a dois se vinculam, é porque têm um projeto em comum que encontra, no casamento, sua expressão mais natural.”

A proposta do “até que a morte os separe”, por mais que pareça superada, é o sentimento que leva os casais ao matrimônio e mesmo, às uniões informais. A respeito, vale destacar a informação resgatada por Rodrigo da Cunha PEREIRA¹⁵⁷: “Apesar das mudanças de valores, da revolução feminista, da separação da Igreja/Estado(1891), o casamento continua sendo um ideal em que se depositam esperanças, sonhos de viver juntos para sempre. Reproduzem-se e constroem-se aí as regras de uma cultura e, acima de tudo, monta-se uma estrutura familiar.”

Por certo, ninguém começa uma relação antecipando, previamente, o seu fim; querendo-a eterna, o seu término causa, naturalmente, efeitos negativos, muitas vezes devastadores. Se causados com ilicitude, por grave violação dos deveres do casamento, na redação do novo Código Civil (art. 1572), impõe-se a responsabilização pelo dano moral que o descumprimento causar.

§ 2º - O “respeito e consideração mútuos” na proposta do legislador do novo Código Civil Brasileiro

Os ventos liberais da Constituição de 1988 levaram o legislador do novo Código Civil a ampliar a linha dos deveres de ambos os cônjuges no seu art. 1566¹⁵⁸. Tecnicamente, a inclusão no inciso IV do dever de “respeito e consideração mútuos”, como já previa a Lei 9.278/96¹⁵⁹, com relação aos conviventes na união estável, pode não parecer tão importante, todavia, o efeito subjetivo de impô-los aos cônjuges é muito maior do que aparenta. É a eleição do princípio da dignidade humana, a corporificação da garantia da igualdade, a eleição do direito à liberdade entre os cônjuges.

O acréscimo, na opinião de Euclides DE OLIVEIRA e Giselda Maria Fernandes Novaes HIRONAKA, “talvez se revele demasiado, mas tem a sua utilidade por ressaltar a

¹⁵⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. Reparação do dano moral na ruptura da sociedade conjugal. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.) *Grandes Temas da Atualidade – Dano Moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p 127-128.

¹⁵⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A culpa no desenlace conjugal*, p. 326.

¹⁵⁸ Código Civil de 2002, art. 1566: “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.”

¹⁵⁹ Lei 9278, de 10 de maio de 1996. Art. 2º. “São direitos e deveres iguais dos conviventes: I – respeito e consideração mútuos: [. .]

consideração e o respeito que se devem os cônjuges no exercício da comunhão de vida familiar, afastando, por conseqüência, as condutas inadequadas de ofensas físicas ou morais que a doutrina e a jurisprudência enquadram na configuração da sevícia e da injúria grave.”

¹⁶⁰Segundo se entende, essas ofensas causando dano moral, sujeitas à responsabilização.

Silvio RODRIGUES, comentando esse tratamento dado pelo novo Código, entende ter sido “proveitosa a inclusão”, mesmo admitindo que já vinha implícita no Código anterior, visto que “não se pode imaginar união conjugal em que falte ao casal o respeito e a consideração inerentes à comunhão de vida.”, até porque, pelo artigo 1511, o casamento estabelece a “comunhão plena de vida”¹⁶¹ entre os cônjuges. Tal inserção, como já apontado, na opinião de Eduardo SILVA (nota 142), confirma a adoção da cláusula geral da comunhão plena de vida, no Direito de Família.

E não se diga que tudo isso seja diferente em relação às uniões de fato porque, ao conceituar a união estável no artigo 1723, o legislador do novo Código identificou o “objetivo de constituir família”, como requisito indispensável para o seu reconhecimento. E, convenha-se, sem afeto, sem lealdade, respeito e assistência, nunca se constituirá família alguma. Por isso, com certeza, no artigo 1724, ao estipular as relações pessoais entre os companheiros para o reconhecimento da relação, incluiu todas essas qualificações.

Estabelecidas tais premissas, importa passar a examinar a configuração do dano moral na ruptura da sociedade conjugal, o que se fará no próximo capítulo.

¹⁶⁰ DE OLIVEIRA, Euclides, HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes Do casamento In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord) *Direito de família e o novo código civil* Belo Horizonte Del Rey, 2001, p 16

¹⁶¹ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil - Direito de Família*, p 133

Capítulo III –

A RUPTURA DA SOCIEDADE CONJUGAL FUNDADA NA CULPA

Seção I - A idéia de culpa na ruptura

Em grande parte dos milhões de anos da história da humanidade, a convivência das pessoas, seja no âmbito familiar, seja no social, profissional ou mesmo, de negócio, foi marcada por relações de amor e ódio. De todas, as relações de amor sempre marcaram a história, mais sensivelmente do que as de ódio; como o desmedido amor de Romeu e Julieta, contrariamente ao ódio nutrido pelas suas famílias, Montecchio e Capuletto. Bertoldo Mateus OLIVEIRA FILHO mostra isso na análise que faz da história das relações conjugais:

Na Ilíada, os problemas conjugais de Helena e Menelau deflagraram dez anos de uma guerra de verdade, a de Tróia. Num outro relato grego, Medéia, possuída por um ciúme incontrolável, na dor de ter sido trocada por outra mulher, matou os próprios filhos. Achava que assim punia Jasão, o marido infiel. Adão e Eva, Helena e Menelau, Medeia e Jasão: o que não falta são mitos sobre a complicação que é a convivência entre homens e mulheres¹⁶².

As relações de amor deixam sempre enlevo, encantamento, exemplo; as de desamor e ódio, deixam culpa e a necessidade, para o direito, de puni-las. Na relação conjugal, importa culpabilidade centuplicada porque é exatamente nas relações familiares que deve imperar o afeto.

Analisando o papel da culpa na separação e no divórcio, Gustavo TEPEDINO¹⁶³ resgata a ética da tradição judaico-cristã, afirmando que a sua idéia deriva da noção do pecado original bíblico. E é verdade. Desde que Adão e Eva experimentaram o constrangimento de terem provado a maçã bíblica, “permeia a noção de certo e errado, do permitido e proibido, de inocência e culpa” nas relações conjugais, porque “investigar sobre a culpa é adentrar em uma

¹⁶² OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus. Relacionamento interfamiliar. Revista Jurídica Del Rey. *Afeto, a ética no direito de família*, Belo Horizonte: Del Rey, ano IV. N. 8, maio 2002, p. 32.

¹⁶³ TEPEDINO, Gustavo. O Papel da culpa na separação e no divórcio. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Repensando o direito de família - Anais do I congresso brasileiro de direito de família*. Belo Horizonte: OAB/MG, Del Rey, 1999, p.191.

das questões mais inquietantes do ser humano. É pensar na angústia existencial e na eterna luta entre o bem e o mal que há em cada um de nós.”¹⁶⁴

Nessa perspectiva de culpa, qualquer visão retrospectiva impõe, ainda, o reconhecimento da posição de inferioridade da mulher em relação ao marido. Não foi diferente na previsão da ruptura e da aplicação das sanções por culpa da mulher. Em caso de certas faltas, como esterilidade, adultério, tentativa de envenenamento, uso de chaves falsas, o repúdio, como forma de ruptura unilateral de casamento, era privilégio dos homens,¹⁶⁵ por sua vez, submissas, as mulheres não podiam nem repudiar os maridos.¹⁶⁶

Como visto no capítulo anterior, os deveres do casamento, definidos quer pelo art. 231 do Código de 1916¹⁶⁷, quer ampliados com a inclusão do “respeito e consideração mútuos” pelo art. 1566 do novo Código¹⁶⁸, é que alinham o relacionamento do par, configurando o seu descumprimento a culpa pela ruptura. Na lição de CARBONIER, resgatado por Eduardo de Oliveira LEITE¹⁶⁹, “é pelos deveres, não pelos direitos, que o casamento melhor se define”.

A idéia de culpa sempre esteve presente, de forma manifesta, nas regras do Código Civil de 1916, mantendo-se na Lei de Divórcio e só começando a se desvanecer, por força da doutrina e da jurisprudência, com a Constituição de 1988.

O desquite litigioso, consagrado pelo Código de 1916, dependia da prova da culpa em qualquer das quatro hipóteses elencadas pelo art. 317: adultério, tentativa de morte, sevícias ou injúria grave, o,u ainda, o abandono voluntário do lar conjugal durante dois anos. E, sendo indissolúvel o matrimônio, perfeitamente dedutível era o estigma que a imputação de culpa impunha ao cônjuge assim reconhecido.

Mesmo a Lei de Divórcio, revogando o art. 317 do Código, ao elencar no seu art. 5º as hipóteses da separação, sanção, consagra a culpa na imputação de conduta desonrosa ou de qualquer ato violador dos deveres do casamento.¹⁷⁰

Assim é que, referindo-se ao *caput* do art. 5º da Lei de Divórcio, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos SANTOS afirma que a espécie “sanção” tem como fundamento a culpa de um ou de ambos os cônjuges pela ruptura do casamento, consubstanciada no

¹⁶⁴ PEREIRA, Rodrigo Cunha *A culpa no desenlace conjugal*, p. 323-328.

¹⁶⁵ LIMA, Domingos Sávio Brandão. *A nova lei de divórcio comentada*. São Paulo: O.Dip, 1978, p.66.

¹⁶⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Tratado de direito de família* origem e evolução do casamento, p. 95-101.

¹⁶⁷ Código Civil de 1916, Art. 231: “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 ”

¹⁶⁸ Código Civil de 2002, Art.1566: “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 ”

¹⁶⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Temas de direito de família*. p.54.

¹⁷⁰ Lei 6515/77 - Art.5º - “A separação judicial pode ser pedida por um só dos cônjuges quando imputar ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum.”

descumprimento dos deveres matrimoniais, tendo recebido essa denominação por acarretar punições ao inadimplente.”¹⁷¹

A Constituição de 1988, retrato do processo histórico de transformação da estrutura familiar, atenuou esse alinhamento normativo.

Os artigos 226 e 227¹⁷², no dizer de Gustavo TEPEDINO, definiram “a proteção da família como meio para a realização da personalidade dos seus membros, estremando a entidade familiar da entidade matrimonial, esta, apenas uma espécie privilegiada daquela, admitindo-se, expressamente, a união estável e as famílias monoparentais, formadas por qualquer dos pais e seus descendentes.”¹⁷³

A isso acrescenta-se a exigência meramente temporal para a decretação do divórcio direto, segundo prescreve a parte final do parágrafo 6º do artigo 226¹⁷⁴, pois, “se a unidade da família, à luz da Constituição, não mais se identifica com a unidade do casamento, não há como associar-se a aplicação de sanções atinentes a efeitos jurídicos existenciais - alimentos, guarda de filhos, sobrenome da mulher - e mesmo patrimoniais - divisão dos bens - à culpa pela ruptura do vínculo matrimonial”, reconhecendo no texto constitucional o que chama de “carta de alforria da culpa”.¹⁷⁵ Tanto é que, para Rodrigo Cunha PEREIRA, “a mais significativa evolução, que se processa hoje no mundo, em matéria de divórcio, é o abandono do princípio de culpa (Verschuldensprinzip) em favor do princípio da deterioração factual (Zerrüttungsprinzip).”¹⁷⁶

Vale referir sentença paradigmática prolatada em junho de 2001 pelo magistrado Diógenes V. Hassan RIBEIRO¹⁷⁷, na qual, analisando a separação e a culpa, defende que o princípio da ruptura deve substituir o princípio da culpa também na separação, pois, no seu entender, “basta um dos cônjuges ter por insuportável a vida em comum para dar ensejo ao rompimento do casamento, sendo despicienda a comprovação da culpa de qualquer deles pelo fim do vínculo afetivo.”

Contrariamente ao que se esperava, na proposta do novo Código Civil, a culpa continua fazendo a base das possibilidades de ruptura unilateral da relação. O *caput* do art. 1572

¹⁷¹ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos, *Reparação civil na separação e no divórcio*, p.87.

¹⁷² Os artigos referidos, já transcritos em notas anteriores, definem a família como base da sociedade, garantindo-lhe a proteção do Estado (art.226), e impondo-lhe, assim à sociedade e ao Estado, o dever de garantir os direitos da criança e do adolescente (art 227).

¹⁷³ TEPEDINO, Gustavo. *O papel da culpa na separação e no divórcio*, p.203.

¹⁷⁴ CF/88, § 6º d art 226: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.”

¹⁷⁵ TEPEDINO, Gustavo. *Idem*, p.204-205.

¹⁷⁶ PEREIRA, Rodrigo Cunha. *A culpa no desenlace conjugal*, p. 328-329.

¹⁷⁷ RIBEIRO, Diógenes V. Hassan Sentença processo n 103683026/33872, datada de 5/6/2001. *Sentenças Rio Grande Do Sul* Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas Tribunal de Justiça do RGS, Revista n. 4, v.1, dez 2000, p.93-98.

da nova codificação repete a proposta de imputação de “qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum”.

As hipóteses que, a critério do legislador, caracterizam a impossibilidade da comunhão de vida, referida pelo artigo apontado, constam do art. 1573. São elas: o adultério, a tentativa de morte, a sevícia ou injúria grave, o abandono voluntário do lar conjugal durante um ano contínuo, a condenação por crime infamante e a conduta desonrosa, esta de configuração altamente subjetiva. Tal enumeração é severamente criticada pelos autores¹⁷⁸ por configurar um retrocesso social ao ressuscitar o casuísmo do art. 317 do Código Civil de 1916, que elencava, como já visto, o adultério, a tentativa de morte, a sevícia ou injúria grave e o abandono do lar conjugal por dois anos.

O entendimento esposado enaltece a tipificação genérica da Lei de Divórcio (*caput* do art. 5º), que permitia conceder a separação, genericamente, apenas com fundamento na conduta desonrosa ou na prática de ato violador dos deveres do casamento, sempre que tornassem insuportável a vida em comum. Conforme se entende, é de todo irrelevante tal enumeração porque o abrandamento da idéia da culpa, que há tempos já vinha se verificando na jurisprudência¹⁷⁹, impulsionado pela doutrina¹⁸⁰, no novo Código Civil corre por conta do parágrafo único do art. 1573, que permite ao juiz considerar “outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum”.

Com a falência do casamento, o exame da culpa só serve para aumentar os ressentimentos, não trazendo benefício para as partes nem para a prole. Nessa linha, vale dizer que a simples quebra da *affectio maritalis* desestrutura o casamento, permitindo reconhecer a sua ruptura independentemente de prova da culpa. O desembargador gaúcho Luiz Felipe Brasil SANTOS¹⁸¹, a respeito, tece severa crítica à manutenção pelo novo Código Civil da figura da culpa na separação, reconhecendo não haver justificativa diante da possibilidade de ser decretada a separação pelo simples reconhecimento da quebra do vínculo afetivo.

¹⁷⁸ VENOSA, VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil direito de família*, 3. ed. São Paulo. Atlas, 2003, v. 6, p. 232; CAHALI, Yussef Said. CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação* 10. ed. São Paulo. RT, 2002, p. 318; DIAS, Maria Berenice. Da separação e do divórcio In: DIAS, Maria Berenice e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.71 e *Nasce um novo(?)Código Civil*. Jornal Zero Hora, Porto Alegre, 23 ago 2001, p.19; RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil Direito de Família*, p.251, e CÂMARA, Maria Beatriz P.F. Da dissolução da sociedade e do vínculo conjugal. In: LEITE, Heloísa Maria Daltro (coord) *O novo código civil do direito de família* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, p.129.

¹⁷⁹ Revista de Jurisprudência do TJRS n. 195/366 e 208/371; AC n. 26.572, 1ª. CC., TJPR, J. em 12 jun. 89, Rel. Des. Oto Sponholz; AI n. 70001834894, 7ª CC., Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. em 21 fev.2001, Jurisprudência Diário da Justiça do RS, 14 dez.2001

¹⁸⁰ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*, Rio de Janeiro: Aide, 1994, v.II, p.453; FACHIN, Luiz Edson, *Elementos críticos do direito de família*, p. 179; CAHALI, Yussef Said, *Divórcio e separação*, p. 317; DIAS, Maria Berenice Da separação e do divórcio, p.71; CÂMARA, Maria Beatriz P.F., *Da dissolução da sociedade e do vínculo conjugal*, p. 129, SANTOS, Luiz Felipe Brasil. *A separação judicial e o divórcio no novo código civil brasileiro* Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, nº 12, jan.feiv.mar /2002, p.147.

¹⁸¹ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. *Idem*, *ibidem*.

Para Maria Beatriz CÂMARA¹⁸², sustentada em Rodrigo da Cunha Pereira: “A imputação de culpa, para obtenção da separação, infringe a Constituição no que se refere à garantia do direito à privacidade e intimidade, impondo-se que as partes revelem seus comportamentos e seu modo de vida em seus lares, e que, apesar do clima insuportável de convivência, se não comprovada a culpa, deverão permanecer casadas.” Conclui, no entanto, na linha proposta pelo presente trabalho:

Por outro lado, em caso de ofensa material ou moral entre os cônjuges, conta o ofendido com ação de reparação de dano moral ou material, adotando-se, no Direito de Família, a responsabilidade civil, que já era admitida no anterior Código, em casos de dissolução do casamento, com relação aos danos diretos ou imediatos decorrentes de direta e imediata violação dos deveres conjugais.¹⁸³

Seção II - As sanções positivadas

§ 1º - Das primeiras notícias ao Código de 1916

Diante de uma busca normativa pela apuração da culpa, tão manifesta, como demonstrado, e carregando a culpa, implicitamente, a idéia de punição, torna-se indissociável a sua vinculação com a idéia de responsabilidade. Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos SANTOS¹⁸⁴ recolhe informações no Direito Romano acerca da aplicação de sanções ao cônjuge que, injustificadamente, rompia os laços matrimoniais e àquele reconhecido como culpado. As punições variavam da restituição do dote à proibição de contrair novo casamento, bem como a perda pela mulher do dote e das doações antenupciais em favor do esposo, além da possibilidade de sofrer a pena de deportação, prisão em monastério ou aplicação de multa pecuniária.

Na regulamentação do desquite, no Código Civil de 1916, as sanções restaram consubstanciadas nos artigos 320, 321, 324 e 326¹⁸⁵, todas revogadas em 1977 pela Lei de Divórcio. A previsão alimentar decorrente do reconhecimento de culpa, no desquite, destinava-

¹⁸² CÂMARA, Maria Beatriz P.F. *Da dissolução da sociedade e do vínculo conjugal*, p. 129.

¹⁸³ CÂMARA, Maria Beatriz P.F., *Idem*, *ibidem*.

¹⁸⁴ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação civil na separação e no divórcio*, p. 5-6.

¹⁸⁵ Código Civil - Art 320: “No desquite judicial, sendo a mulher inocente e pobre. prestar-lhe-á o marido a pensão alimentícia, que o juiz fixar.”

Art. 321: “O juiz fixará, também, a quota com que, para criação e educação dos filhos, deve concorrer o cônjuge culpado, ou ambos se um e outro o forem “

Art. 324: “A mulher condenada na ação de desquite perde o direito de usar o nome do marido (art. 240)”

Art. 326. “Sendo o desquite judicial, ficarão os filhos menores com o cônjuge inocente. § 1º Se ambos forem culpados, a mãe terá direito de conservar em sua companhia as filhas enquanto menores, e os filhos até a idade de seis anos § 2º Os filhos maiores de seis anos serão entregues à guarda do pai”

se à “mulher inocente e pobre”, antecipando-se seu condicionamento à prova da necessidade. Vale destacar que o art. 321 previa, também em decorrência da culpa, a imposição da obrigação de o cônjuge culpado contribuir com uma cota, fixada pelo juiz, para a criação e educação dos filhos.

Já a perda do direito ao uso do nome do marido era conseqüência da condenação da mulher na ação de desquite, e o mesmo ocorria com relação a guarda dos filhos menores, que ficavam com o cônjuge inocente, sem qualquer ressalva quanto aos seus interesses, como faz hoje o Estatuto da Criança e do Adolescente. Detalhe interessante, quanto à guarda, constava dos parágrafos 1º e 2º do art. 326, para o caso de culpa recíproca, em que se garantia à mulher a guarda das filhas, enquanto menores, e dos filhos até a idade de seis anos; já o parágrafo 2º garantia a guarda dos filhos maiores de seis anos. Daí, com certeza, o consenso popular até hoje existente, mesmo sem qualquer fundamento legal, de que com a mãe ficam as filhas mulheres e, com o pai, os filhos homens.

§ 2º - Na Lei de Divórcio

Com a Lei de Divórcio, em 1977, o papel da culpa esteve materializado na fixação dos alimentos por culpa, na perda do nome de família do consorte e da guarda dos filhos menores em sanções aplicáveis para os casos do *caput* do art. 5º, uma vez que a do parágrafo 3º¹⁸⁶ do mesmo artigo e a do art. 26¹⁸⁷, se destinavam às hipóteses não culposas de separação, chamadas “separação remédio”(parágrafos 1º e 2º). Inaplicável também o aludido parágrafo 3º para os casos de divórcio direto, que se funda na simples separação de fato do casal;¹⁸⁸ da mesma forma, o art. 26, uma vez que se refere, explicitamente, a divórcio indireto.

A fixação dos alimentos por culpa era prevista no art. 19¹⁸⁹; a perda, pela mulher, do nome de família do marido, quando vencida na separação, no art. 17¹⁹⁰ e a possibilidade da perda da guarda dos filhos menores, estava consubstanciada na disposição do art. 10¹⁹¹.

¹⁸⁶Lei de Divórcio - § 3º, do art. 5º: “Nos casos dos parágrafos anteriores, reverterão, ao cônjuge que não houver pedido a separação judicial, os remanescentes dos bens que levou para o casamento, e, se o regime de bens adotado o permitir, também a meação nos adquiridos na constância da sociedade conjugal.”

¹⁸⁷Lei de Divórcio - art. 26: “No caso do divórcio resultante da separação prevista nos §§ 1º e 2º do art. 5º, o cônjuge que teve a iniciativa da separação continuará com o dever de assistência do outro.(Código Civil - art. 231, n III) ”

¹⁸⁸ CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*, p. 836.

¹⁸⁹ Lei de Divórcio, art. 19. “O cônjuge responsável pela separação judicial prestará ao outro, se dela necessitar, a pensão que o juiz fixar ”

¹⁹⁰ Lei de Divórcio, art. 17: “Vencida na ação de separação judicial (art. 5º ‘caput’), voltará a mulher a usar o nome de solteira ”

¹⁹¹ Lei de Divórcio, art. 10. “Na separação judicial fundada no ‘caput’ do art. 5º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que a ela não houver dado causa.”

Reconhecidamente, desde algum tempo, especialmente após a Constituição de 1988, e, no caso da guarda, ainda mais após o Estatuto da Criança e do Adolescente, qualquer das previsões apontadas foi sendo temperada, na sua interpretação pela doutrina e pela jurisprudência. Assim é que o condicionamento da fixação dos alimentos à necessidade do inocente ganhou ainda mais corpo em razão da isonomia constitucional entre os cônjuges (art. 226, parágrafo 5º), visto que, primordialmente, os alimentos eram fixados em favor da mulher, por tradição economicamente dependente do marido. Verdade é que, a partir da implantação constitucional da isonomia, a condenação à prestação de alimentos alcançou a mulher, tendo em vista o dever de ambos os cônjuges contribuírem para a manutenção da família (art. 233,IV, do CC).

Na vigência da Lei de Divórcio, portanto, era possível concluir com Yussef Said CAHALI que: “a) o cônjuge inocente (não responsável pela separação judicial) tem o direito de ser pensionado pelo outro cônjuge; e não tem obrigação de pensionar o cônjuge culpado; b) o cônjuge culpado (responsável pela separação judicial) não tem o direito de ser pensionado pelo outro cônjuge; e tem obrigação de pensionar o cônjuge inocente.”¹⁹².

Por derradeiro, ainda com referência aos alimentos, na vigência da Lei de Divórcio, mesmo não fazendo o seu art. 19 qualquer alusão à configuração da culpa recíproca, vale ressaltar que, na hipótese do seu reconhecimento, nenhuma obrigação alimentar poderia ser assegurada a qualquer dos cônjuges, haja vista a compensação das responsabilidades.¹⁹³

Quanto à perda, pela mulher, do nome de família do marido, a Lei de Divórcio manteve a mesma redação do art. 324 do Código Civil, como já visto. Na verdade, a prática forense vinha demonstrando, que nem era interesse da mulher manter a identificação do nome de família do marido, dado o clima belicoso que se instaurava em função da causa culposa da separação, sem contar a crescente tendência de sequer adotar o nome do marido, como permitido desde a promulgação da Lei de Divórcio(art.50, n.5), pelo parágrafo único do art. 240 do Código então vigente¹⁹⁴.

Em 1992, quatro anos depois da promulgação da vigente Constituição Federal e quinze da Lei de Divórcio, foi editada a Lei 8.408/92, que introduziu parágrafo único ao art. 25 desta lei, identificando, por força da evolução do tempo, a nova linha imprimida à matéria. A manutenção do nome de casada da mulher passou a ser excepcionalidade, devendo retornar ao nome de solteira, salvo nas hipóteses de “evidente prejuízo para a sua identificação”, “manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida” ou de “dano grave reconhecido em decisão judicial”.

¹⁹² CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*, p. 858.

¹⁹³ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação civil na separação e no divórcio*, p. 113.

¹⁹⁴ Código Civil de 1916, § único, do art. 240 “A mulher poderá acrescer aos seus, os apelidos do marido.”

Identifica-se, assim, legalmente, a tendência da prática forense que se referiu .A tendência, hoje, é mesmo de a mulher nem assumir o nome de família do marido, quando do casamento, cada um mantendo a sua própria identidade e individualidade.

Referentemente a perda da guarda dos filhos menores, nas hipóteses de separação com culpa, definida pelo art. 10, como visto, era conferida ao cônjuge inocente. Constituíam-se, na verdade, na única alteração na relação entre pais e filhos decorrente da separação (art. 381, do CC)¹⁹⁵.

Yussef Said CAHALI,¹⁹⁶ analisando a disposição, afirma que “vencido o cônjuge na ação de separação por culpa, com o reconhecimento de ter este praticado ato de grave violação dos deveres do casamento ou ter mantido conduta desonrosa, é natural que se atribua ao inocente a posse dos filhos, no pressuposto de ter sabido preservar a instituição matrimonial, respeitando os deveres assumidos.”

No caso de culpa recíproca, diferentemente dos alimentos, o parágrafo 1º do art. 10 dispunha que “os filhos menores ficarão em poder da mãe, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles.” E na hipótese de nenhum dos genitores ter condições de exercer a guarda, o parágrafo 2º autorizava o seu deferimento à pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges, podendo o juiz, havendo motivos graves, segundo o artigo 13 da mesma lei, ainda regular a sua concessão de forma diferente.

Regina Beatriz Tavares Santos Papa dos SANTOS, analisando a possibilidade de perda da guarda dos filhos do prisma da Lei de Divórcio, entende que pouco alterou o regime anterior, não se adequando aos novos tempos. Justifica sua posição por entender que a prevalência deveria ser assegurada em função do interesse dos menores, tanto na hipótese de culpa exclusiva como na recíproca¹⁹⁷.

A posição aqui defendida, é que tal visão não condiz com a realidade da época da edição da lei divorcista (1977), quando a posição da mulher no campo social, profissional e, especialmente, legal não era a atual, de igualdade constitucionalmente garantida. Assim, também o interesse do menor não tinha a ênfase que hoje lhe é atribuída pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. As disposições referentes à guarda estendiam-se aos filhos maiores inválidos, de acordo com o art. 16 da Lei de Divórcio.¹⁹⁸

É importante ressaltar, em conclusão, que qualquer análise da culpa na Lei de Divórcio, vivendo-se a atualidade decorrente da Constituição de 1988 e do novo milênio, leva a

¹⁹⁵ Código Civil, de 1916, Art. 381: “A separação judicial não altera as relações entre pais e filhos, senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.”

¹⁹⁶ CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*, p.916.

¹⁹⁷ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos *reparação civil na separação e no divórcio*, p.116-117.

¹⁹⁸ Lei de Divórcio, art 16: “As disposições relativas à guarda e à prestação de alimentos aos filhos menores estendem-se aos filhos maiores inválidos”

entendê-la inadequada. Não se pode esquecer que ela data de 1977, nem deixar de lembrar a resistência, na época, para a sua aprovação. Com os olhos postos na atualidade, a doutrina e a jurisprudência vinham encaminhando a matéria de forma diferente, mais preocupados com a valorização do afeto e, menos, com a configuração da culpa.

Desde janeiro deste ano, no entanto, vige o novo Código Civil, nesta parte severamente criticado por manter a disciplina tradicionalmente dada à culpa nos diplomas legais anteriores.

§ 3º - As sanções no novo Código Civil

Como visto, as sanções da Lei de Divórcio - nome, guarda de filhos menores e pensionamento - já não atendiam como punição ao cônjuge infrator nas hipóteses de ruptura da sociedade conjugal com culpa. As regras atinentes ao nome eram claras; só poderia ser mantido nas hipóteses art. 25 da Lei de Divórcio. Com relação à guarda dos filhos menores, a disciplina do ECA favorece o interesse do menor, o que nem sempre se confirmava na companhia do cônjuge inocente, exatamente em função das condições e das vantagens para o menor; e os alimentos, sabidamente dependentes da prova do binômio possibilidade/necessidade, muito mais que da culpa. Quanto à partilha dos bens do casal, em nada era dependente da apuração de culpa.

No novo Código Civil, a situação não é diferente. O art. 1578¹⁹⁹ é claro ao definir que o cônjuge culpado só perderá o direito de utilizar o nome do outro quando assim expressamente requerido pelo inocente e se a alteração não acarretar, como já preconizava o art. 25 da LDI, evidente prejuízo para a sua identificação, manifesta distinção entre o seu nome e o dos filhos havidos da união dissolvida, ou dano grave reconhecido na decisão judicial.

A definição da guarda no novo Código já não atende à noção de culpa ou de preferência de mulher. Nas hipóteses de dissolução consensual da sociedade conjugal, o art. 1583 assegura a observância do que o casal acordar.²⁰⁰

Nas hipóteses contenciosas, inclusive na ruptura por culpa, presume-se a inexistência de acordo quanto à guarda dos filhos, que, por isso, passa a ser regulada pelo art.

¹⁹⁹ Código Civil de 2002, art. 1578. “O cônjuge declarado culpado na ação de separação judicial perde o direito de usar o sobrenome do outro, desde que expressamente requerido pelo cônjuge inocente e se a alteração não acarretar: I - evidente prejuízo para a sua identificação; II - manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida; § 1º O cônjuge inocente na ação de separação judicial poderá renunciar, a qualquer momento, ao direito de usar o sobrenome do outro. § 2º Nos demais casos caberá a opção pela conservação do nome de casado.”

²⁰⁰ Código Civil de 2002, art. 1583: “No caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por mútuo consentimento ou pelo divórcio direto consensual, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos”

1584²⁰¹. Determina-se que seja deferida “a quem revelar melhores condições para exercê-la”, corrigindo a inadequação à atualidade do art. 10 da Lei de Divórcio²⁰², que punia o cônjuge culpado com a perda da guarda. Na verdade, o art. 13²⁰³ já antecipava uma preocupação com o interesse do menor quando permitia ao juiz regular de forma diferente, “a bem dos filhos”.

Andou certo, portanto, o legislador do novo Código uma vez que o único interesse que deve preponderar na definição da guarda é o bem-estar dos filhos menores. Esse alinhamento, assumido inequivocamente, também está no art. 1586²⁰⁴. Como se vê, não restou nenhuma disposição de perda de guarda por culpa conjugal.

Bem diferente do encaminhamento histórico da questão, em desfavor da culpa (art. 10, da Lei de Divórcio) ou em favor da mulher, pela sua condição feminina e materna²⁰⁵, o legislador atual mostra-se muito mais preocupado com os interesses da criança, do que com as mazelas da lide conjugal. Portanto, o interesse e o bem-estar do menor já são marcas definidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Com relação aos alimentos, o art. 1694 absorveu a obrigação parental e assistencial entre cônjuges e companheiros, definindo, de vez, a garantia da condição social do alimentando e incluindo no seu contexto as necessidades educacionais. Quanto às hipóteses de culpa, estão assinaladas no parágrafo 2º do art. 1694 (os estritamente necessários)²⁰⁶, limitados ao indispensável à subsistência. Tal disciplina, de forma específica para a relação marital, está prevista no parágrafo único do art. 1704²⁰⁷.

A inclusão dos alimentos necessários na disciplina do novo Código permite a sua fixação nos casos de culpa recíproca pela ruptura, o que era inadmitido no sistema anterior. Basta a prova da sua indispensabilidade à subsistência do pretendente, independentemente da sua

²⁰¹ Código Civil de 2002, art. 1584: “Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la. Parágrafo único. Verificando que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz deferirá a sua guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, de acordo com o disposto na lei específica.”

²⁰² Lei de Divórcio, art. 10: “Na separação judicial fundada no caput do art. 5º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que a ela não houver dado causa.”

²⁰³ Lei de Divórcio, art. 13: “Se houver motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles com os pais.”

²⁰⁴ Código Civil 2002, art. 1586: “Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes a situação deles para com os pais.”

²⁰⁵ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação Civil na Separação e no Divórcio*, p.116. § 1º, do art. 10, da Lei 6.515/77: “os filhos menores ficarão em poder da mãe, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles.”

²⁰⁶ Código Civil de 2002, § 2º, art. 1694: “[...] Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação resultar de culpa de quem os pleiteia.”

²⁰⁷ Código Civil de 2002, art. 1704: “Se um dos cônjuges separados judicialmente vier a necessitar de alimentos, será o outro obrigado a prestá-los mediante pensão a ser fixada pelo juiz, caso não tenha sido declarado culpado na ação de separação judicial. Parágrafo único. Se o cônjuge declarado culpado vier a necessitar de alimentos, e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurá-los, fixando o juiz o valor indispensável à sobrevivência.”

parcela de culpa para a ruptura. Já o artigo 1702²⁰⁸, mesmo que aparentemente trate de hipótese de culpa, condiciona a sua concessão à configuração das condições de fixação estabelecidas pelo parágrafo 1º do art. 1694²⁰⁹. Resta indubitável, como se demonstrará, que todo o alinhamento do dever alimentar está condicionado à configuração do binômio: necessidade de quem pede e possibilidade de quem paga.

Seção III - A inadequação de tais sanções na atual conjuntura socioeconômica

A tendência doutrinária e jurisprudencial pela mitigação da culpa nas ações de separação, como demonstrado, tornou-se inquestionável nos últimos tempos. Na verdade, essa tendência não é nova, como bem apurou o desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul Luiz Felipe Brasil SANTOS, tendo sido apontada desde a metade do século XX.²¹⁰

A irrelevância da perquirição da culpa parece ser uma imposição da atualidade, dado que interessa muito mais o nível de insuportabilidade da vida em comum do que a efetiva prova da sua causa. O desaparecimento do amor de um cônjuge sem causa culposa do outro ou a negativa da separação, por ausência de prova da imputação de culpa, terminariam por estimular o cônjuge interessado no decreto da separação a praticar atos de violação dos deveres conjugais de modo a alcançar seu intento.

Arnaldo RIZZARDO é categórico ao afirmar que “nenhum princípio ético ou moral, e mesmo legal, pode impor que se mantenha uma união onde desapareceram o respeito, a compreensão, a amizade, o companheirismo”. E conclui que “seria forçar uma união puramente externa, estando separados os cônjuges nos sentimentos, no amor, nos ideais e na afeição.”²¹¹

Essa tendência, como não poderia ser diferente, foi acolhida e hoje se acha consolidada pela jurisprudência²¹². No Rio Grande do Sul, é tão contundente a ponto de ser questionada a constitucionalidade de o Poder Judiciário imiscuir-se na privacidade das pessoas, obrigadas a violar a própria intimidade para oficializar o fim de um casamento que não existe mais.²¹³ É certo que, inexistindo amor, não há por que e nem como manter o casamento, como bem destacou o desembargador Rui PORTANOVA, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “A gente se une e a gente se separa em nome do amor. E esta causa que é a verdadeira causa

²⁰⁸ Código Civil de 2002, art. 1702: “Na separação judicial litigiosa, sendo um dos cônjuges inocente e desprovido de recursos, prestar-lhe-á o outro a pensão alimentícia que o juiz fixar, obedecidos os critérios estabelecidos no art. 1694.”

²⁰⁹ Código Civil de 2002, § 1º, art. 1694: “[] Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.”

²¹⁰ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. *Separação judicial e o divórcio no novo código civil brasileiro*, p.147.

²¹¹ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. *Idem*, p. 146-150.

²¹² RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*, p. 453.

²¹³ RT n. 633/148, 742/239, RTJRGS n. 201/364, 208/349-371, 209/389 e 213/385.

²¹⁴ Embargos Infringentes n. 70001797711. 4º Grupo Cível do TJRS.

de todas as separações e a verdadeira causa de todas as uniões. Não está na lei, mas deveria estar.”²¹⁴

Diante dessa realidade técnico-jurídica, pergunta-se: que sanções oferece o Direito de Família a todas as causas culposas da separação? Evidentemente, mais nenhuma, especialmente depois da assunção pela mulher da plena igualdade ao marido e de as três sanções básicas, oferecidas originariamente, terem perdido efetividade no sancionamento das ilicitudes praticadas na relação conjugal. Demonstrar-se-á isso nas seções seguintes, quando, em reconhecimento e garantia da dignidade da pessoa humana na relação conjugal, passar-se-á a trabalhar com a proposta da responsabilização civil pelo dano moral causado.

§ 1º - A mudança provocada pela isonomia constitucional dos cônjuges

Desde a Constituição Federal de 1988, a igualdade entre os cônjuges(art . 266, parágrafo 5º) ganhou força de princípio normativo fundamental para o Direito de Família, porque decorrente do princípio geral (art 5º, I) e do reconhecimento da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da República (art. 1º, III), segundo já visto . A ela precisavam se adequar todas as regras e procedimentos do Direito de Família, como forma de eliminar o desequilíbrio entre os cônjuges, seja nas suas relações pessoais, com os filhos e mesmo patrimoniais. Sem dúvida, a desigualdade que existia foi à causa da supremacia masculina e, em decorrência, da prática de muita discriminação contra a mulher, maioria das vezes, gerando conseqüências desastrosas na relação familiar.

É preciso convir, como já demonstrado, que a mulher sempre foi, até a Constituição de 1988, dependente e submissa à autoridade do marido. Em razão disso é que toda a evolução da construção legislativa protetiva se voltava para a mulher, exatamente porque dependente, econômica e socialmente, do marido. Daí, com o casamento, era a mulher que assumia o nome de família do marido. A guarda dos filhos menores era tradicionalmente assegurada em seu favor porque considerada a “rainha do lar”, e a garantia de alimentos, calcada na dependência econômica daí decorrente.

Ao disciplinar as sanções pela ruptura com culpa, os olhos do legislador sempre estiveram voltados para a mulher, parte mais fraca da relação, porque, na verdade, contra o homem pouco ou nenhum efeito produziam. O marido não assumia o nome da esposa, a guarda dos filhos era preferencialmente assegurada à mulher e, nem se cogitava deferir pensão a favor do marido. Historicamente, as punições sempre foram dirigidas contra a mulher, por natural decorrência da sua inexpressão social e inteira dependência em relação ao marido. Eduardo de

²¹⁴ Apel Cível n. 70002016665, 8ª. CC TJRS, Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trintade, j. em 19/4/2001, RTJRS 208/371

Oliveira LEITE demonstra isso no seu profundo e minucioso estudo sobre a origem e evolução do casamento.²¹⁵

Na atualidade, não se mostrou muito diferente a situação. As sanções positivadas nos diplomas legais revogados (Código Civil de 1916 e Lei de Divórcio) refletiam efetiva punição contra a mulher responsável pela ruptura, muito mais do que contra o homem, quando descumpridor dos deveres do casamento.

A realidade atual, no entanto, é outra, e muito diferente! Desde há algum tempo, a mulher vem ganhando posição de destaque, especialmente a partir do Estatuto da Mulher Casada²¹⁶ e, em particular, da Constituição de 1988, que assegurou, a seu favor, a plena isonomia com o marido²¹⁷.

Pretendendo atingir o “outro lado da margem”, Luiz Edson FACHIN reconhece que o sistema clássico originário do Código Civil brasileiro é uma página que antecede o Direito Constitucional de Família, no qual as noções de liberdade, igualdade e responsabilidade recolocam os membros da família acima de diferenças discriminatórias, maior prova de superação do sistema clássico.²¹⁸ Somente num regime de igualdade, sem discriminações ou subordinações, pode-se pensar no desenvolvimento da responsabilização civil, especialmente do dano moral, como forma de sancionamento das ilicitudes praticadas e de ressarcimento dos danos causados.

Assim, também os favores para atender as preocupações decorrentes da sua situação de dependência e submissão já não têm razão de ser. Tanto é verdade que, em decorrência da consagração da igualdade entre os cônjuges e das posições galgadas pela mulher no mercado de trabalho, a fixação da verba alimentar, muitas vezes, vem sendo limitada a um determinado lapso temporal, de ajuste do ex-cônjuge pensionado à nova situação sócioeconômica.²¹⁹ É de se salientar que nada mais impede seja pleiteado pensionamento pelo marido, uma vez configurado o binômio referido.²²⁰ Essa é uma das mudanças geradas em razão da igualdade dos cônjuges na evolução do reconhecimento das sanções oferecidas pelo Direito de Família, não a única, como se verá a seguir.

²¹⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Tratado de direito de família – origem e evolução do casamento*, p. 85.

²¹⁶ Lei 4.121, de 27ago.1962 .

²¹⁷ Art. 226, § 5º da CF/88.

²¹⁸ FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*, p. 294-310.

²¹⁹ WALD, Arnoldo. *O novo direito de família*. 14. ed. . São Paulo: Saraiva, 2002, p. 167.

²²⁰ Apel. Cível n. 599475282, 7ª. CC, TJRS, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves, j. em 15/9/1999, Diário da Justiça de 3dez. 1999 e Rev. Jurisprudência do TJRS 196/379.

§ 2º - A questão do nome

Antes de qualquer reflexão com relação à perda do sobrenome do outro cônjuge quando da ruptura em razão da culpa, vale ressaltar a tendência, cada vez mais evidente, de ser prestigiada e mantida com o casamento a individualidade pessoal de cada cônjuge.²²¹

Da imposição do sobrenome do marido, na leitura original do art. 240 do Código de 1916, à simples possibilidade de acréscimo, a partir do parágrafo único que lhe foi introduzido pela Lei de Divórcio, estendida também ao marido desde a implantação da isonomia constitucional entre os cônjuges, a adoção do nome de família de um cônjuge pelo outro viveu uma sensível escalada. Agora, tudo consolidado no parágrafo 1º do art. 1565 do novo Código.²²²

Como se vê, há uma tal mudança a ponto de nem mais as mulheres fazerem uso da opção e, muito menos os maridos. Destarte, permitido o acréscimo também para os maridos, desde a CF/88, não se tem notícia de nenhum caso. e acredita-se que tão cedo não venha a ocorrer, porque, ao mesmo tempo em que vem desaparecendo a tradição machista que impunha a adoção do nome de família do marido pela mulher, ganha corpo à valorização da individualidade da pessoa na relação conjugal. Por isso, esta-se vendo cada vez mais afastada a possibilidade de adoção, por qualquer dos cônjuges, do sobrenome do outro.

Os tempos mudaram a realidade. Caíram preconceitos sociais que levaram à edição de leis, na época, festejadas por possibilitarem a adoção pela mulher do nome familiar do concubino.²²³ Na perspectiva social atual, cada um tem a sua própria individualidade, a própria dignidade pessoal, familiar, profissional e social. Não há, assim, por que qualquer dos nubentes adotar o sobrenome do outro com o casamento.

Diante dessa realidade, qualquer preocupação acerca do nome, da sua manutenção ou perda, parece sem maior relevância. A ruptura com culpa gera ressentimentos suficientes para afastar qualquer interesse na manutenção de patronímico assumido quando do matrimônio.

A regra da perda do nome pelo cônjuge culpado, constante do art. 1578²²⁴, abrandou a anterior do art. 17 da Lei de Divórcio. Condicionando-a a requerimento do cônjuge inocente e,

²²¹ Pesquisa em sala de aula com alunos casados e junto aos Cartórios de Registro Civil, dá conta do aumento do número de casamentos em que a mulher não adota mais o nome de família do marido. A recíproca é inquestionável porque se desconhece qualquer caso de adoção pelo marido do sobrenome da mulher.

²²² Código Civil 2002, § 1º do art. 1565: "Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescer ao seu o sobrenome do outro"

²²³ Lei dos Registros Públicos (6015, de 31/12/1973), art 57, § 2º : "A mulher solteira, desquitada ou viúva, que viva com homem solteiro, desquitado ou viúvo, excepcionalmente e havendo motivo ponderável, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o patronímico de seu companheiro, sem prejuízo dos apelidos próprios, de família, desde que haja impedimento legal para o casamento, decorrente do estado civil de qualquer das partes ou de ambas."

²²⁴ Código Civil 2002, art. 1578 "O cônjuge declarado culpado na ação de separação judicial perde o direito de usar o nome do outro, desde que expressamente requerido pelo cônjuge inocente e se a alteração não acarretar: I –

ainda, excepcionando-a pelas hipóteses dos seus três incisos, se conclui, como faz Silvio de Salvo VENOSA “que o cônjuge, embora culpado pela separação, somente perderá o direito ao nome quando isso não lhe acarretar prejuízo”.²²⁵

Isso sem contar a discussão suscitada por Silmara Juny de Chinelato ALMEIDA²²⁶, argumentando que o nome é um “bem jurídico que tutela a intimidade, atributo ínsito da personalidade humana”, tornando indevida qualquer interferência na identidade da pessoa. Se adotado o nome de família do outro cônjuge, ele se incorpora de tal forma à personalidade daquele que o adotou que, para sua manutenção, não pode ficar dependente da autorização do outro, porque, a partir da adoção do nome, ele passou a também ser o seu nome e não apenas o nome de família do consorte.²²⁷

A prática, como dito, tem demonstrado que, tanto nas separações como no divórcio, o que menos se quer é manter o nome de casado. Assim, a perda do nome não é uma efetiva sanção decorrente da culpa pela ruptura.

§ 3º - A questão dos alimentos

O dever alimentar, de qualquer espécie, existe para atender a necessidades, como já dizia Clóvis BEVILAQUA: “O instituto dos alimentos foi criado para socorrer os necessitados, e não para fomentar a ociosidade ou estimular o parasitismo.”²²⁸ Ou, na afirmação mais recente de Silvio de Salvo VENOSA: “Não podem os alimentos converter-se em prêmio para os néscios e descomprometidos com a vida.”²²⁹

A pensão alimentícia substitui, na ruptura do casamento ou da união estável, o dever de mútua assistência do casal (art. 1566, III e art. 1724 do novo Código Civil). Repara, portanto, o prejuízo sofrido com o descumprimento do dever de mútua assistência, como bem assinala Eduardo de Oliveira LEITE em minucioso estudo elaborado ainda no ano de 1994. O autor já distinguia esse prejuízo sofrido pelo cônjuge inocente dos demais resultantes da culpa na ruptura da união, exemplificando com os decorrentes da difamação, injúria, calúnia, sevícia, maus-tratos, etc.²³⁰

evidente prejuízo para a sua identificação; II – manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida; III – dano grave reconhecido na decisão judicial.”

²²⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. Obra citada, p. 215.

²²⁶ ALMEIDA, Silmara Juny de Chinelato e *Do nome da mulher casada direito de família e direitos da personalidade* São Paulo/Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 66.

²²⁷ TEPEDINO, Gustavo *Temas de direito civil*, p. 376; DIAS, Maria Berenice, *Da separação e do divórcio*, p.73; LEITE, Eduardo de Oliveira, *Mulher separada Continuidade do uso do nome do marido* Revista dos Tribunais, ano 89 São Paulo:Ed. RT, n. 78, p. 103-121, out 2000 e, CÂMARA, Maria Beatriz P F., obra citada, p 135

²²⁸ BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clovis Bevilacqua 7ª. tir* Edição Histórica. Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 1944, v. I, p. 866.

²²⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil – direito de família*, p. 374

²³⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Temas de direito de família*, 1994, p.146

Acrescentar-se-iam o abandono, a tentativa de morte; a transmissão de doença venérea, hoje da Aids; a sonegação na partilha dos bens do casal, a perda da chance de crescimento social, profissional e econômico e, sem dúvida, também o adultério escandaloso. Qualquer uma dessas situações, dependendo da sua gravidade, é capaz de provocar o aniquilamento da pessoa, a sua prostração emocional, o seu abatimento físico, a doença e a própria morte, muitas vezes por suicídio.

Por certo, não havendo necessidade, por mais que tenha havido culpa na ruptura, não há por que ser assegurada a manutenção do dever de assistência, mas, havendo ilicitude no descumprimento dos deveres conjugais, impõe-se à indenização pelos danos causados.

No novo Código Civil, a disciplina dos alimentos é dada pelo art. 1694, que no seu parágrafo 1º, como antes visto, confirma a definição da sua fixação na proporção das necessidades de quem os reclama e dos recursos de quem vai supri-los. Todas as suas noções, portanto, submetem-se a esse binômio, repetido no art. 1695²³¹. A inexistência de bens e a impossibilidade de prover pelo trabalho o próprio sustento configuram a necessidade alimentar a ser atendida sem desfalque do necessário ao sustento do alimentante, manifestação da sua capacidade.

Mesmo os alimentos configurados na hipótese de culpa de quem os pleiteia (os estritamente necessários de que trata o artigo 1694, parágrafo 2º²³²) restaram limitados ao indispensável à subsistência, em consequência, também condicionados ao binômio “necessidades do reclamante e recursos da pessoa obrigada”, de modo que, inexistindo necessidade, cai por terra a sanção alimentar pela culpa.

São claros, a respeito, os artigos 1702²³³ e 1708²³⁴. Mesmo que aparentemente tratem da hipótese de culpa, ambos condicionam a sua concessão à configuração do binômio referido. O próprio parágrafo segundo do art. 1694, como parágrafo dependente da redação do seu *caput*, disso não deixa dúvidas. E o mesmo vale dizer do art. 1702. que impõe à fixação os critérios do art. 1694.

Yussef Said CAHALI extrai dos textos do novo Código algumas proposições, em linha de princípio, entre as quais, por confirmar o raciocínio que se apresentou, destaca-se a seguinte: “a.) tratando-se de separação judicial com causa culposa, o cônjuge inocente tem

²³¹ Código Civil de 2002, art. 1695: “São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, a própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.”

²³² Código Civil de 2002, § 2º, art. 1694: “[...] Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação resultar de culpa de quem os pleiteia.”

²³³ Código Civil de 2002, art. 1702: “Na separação judicial litigiosa, sendo um dos cônjuges inocente e desprovido de recursos, prestar-lhe-á o outro a pensão alimentícia que o juiz fixar, obedecidos os critérios estabelecidos no art. 1694.”

²³⁴ Código Civil de 2002, art. 1708: “Com o casamento, a união estável ou o concubinato do credor, cessa o dever de prestar alimentos. [...]”

direito à pensão alimentar, segundo os critérios estabelecidos no art. 1694, a ser paga pelo cônjuge responsável pela separação, que não desfruta de similar e recíproco direito.”²³⁵

Assim é o preciso entendimento de Diógenes V. Hassen RIBEIRO²³⁶, secundado pela linha adotada pela da 8ª. Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, para quem “os alimentos à ex-cônjuge e à ex-companheira só são devidos quando revestidos da robusta prova da relação necessidade/possibilidade, em caráter excepcional.”²³⁷

E a nova disciplina da extinção do dever alimentar, de que trata o art. 1708, acertadamente prevê a sua ocorrência nas hipóteses de casamento, de união estável ou concubinato do credor dos alimentos, situações em que, presumidamente, decai a necessidade. Sua configuração, de natureza assistencial, condicionada à capacidade de pagamento do alimentante, definitivamente, não é sanção decorrente da culpa pela ruptura.

Mesmo quem considera a pensão alimentar de natureza indenizatória²³⁸ não consegue desvincular a sua configuração aos pressupostos da necessidade de quem os pleiteia e da possibilidade de quem os paga, nos moldes do artigo 1695. Yussef Said CAHALI, resgata posição de Múcio de Campos Maia, que complementa afirmando que “a pensão é revogável ao se tornar desnecessária, o que é incompatível com a natureza de indenização.” Ademais, é certo que a pensão substitui, na ruptura do casamento ou da união estável, o dever de mútua assistência do casal (art. 1566, III e art. 1724 do novo Código Civil).

Repara, portanto, o pensionamento, o prejuízo sofrido com o descumprimento do dever de mútua assistência, muito diferente daqueles decorrentes da difamação, injúria, calúnia, sevícia, maus-tratos, assim como das tantas outras hipóteses, até aqui ressaltadas.

§ 4º - A questão da guarda

Como visto, o art. 1584 define a guarda de acordo com a vantagem e o bem-estar do menor. Não se discute mais a culpa porque não necessariamente é o cônjuge inocente quem oferece as melhores condições para exercer a guarda dos filhos menores na ruptura por ela motivada.

Essa tendência pelo interesse do menor vinha se manifestando, doutrinária e jurisprudencialmente, ainda na vigência da Lei de Divórcio, impulsionada pelo seu art. 13, que permitia ao juiz, em qualquer caso, disciplinar a guarda “a bem dos filhos”. Essa tendência motivou o legislador do Estatuto da Criança e do Adolescente a assumir os interesses do menor

²³⁵ CAHALI, Yussef Said, *Divórcio e separação*, p. 874.

²³⁶ RIBEIRO, Diógenes V. Hassen. Obra citada, p. 95-97

²³⁷ AI n. 599272895, 8ª. CC. TJRS. Rel. Des. José S. Trindade, j. em 1/7/99. Jurisprudência do Diário da Justiça de 10dez.1999.

como sua característica legislativa. Na verdade, desde a Constituição de 1988 os interesses da criança (e do adolescente) passaram a dever da família, da sociedade e do Estado, com “absoluta prioridade”.²³⁹

Está afastada, portanto, a possibilidade de definição da guarda dos filhos menores em função de eventual culpa pela ruptura, e nem se conceberia diferente numa época em que a guarda compartilhada é defendida e começa a ser assegurada, como forma de preservar o interesse da criança e garantir o seu bem-estar, mantidos os laços com ambos os pais, tão importantes na atualidade. Permissão legal para tanto, se bem que não de forma expressa, entende-se que já existia no art. 13 da Lei de Divórcio, cuja noção está repetida no art. 1586 do novo código.

Havendo motivos graves, o juiz pode disciplinar a guarda de forma diferente; considerando o interesse e vantagens para o menor, nada impede que juiz disponha ou acate o acordo dos seus pais a esse respeito. Se ao juiz cabe, na busca pelo interesse do menor, regular de maneira diferente, nada impede que se privilegie a continuidade da relação com seus dois genitores, mantendo ambos responsáveis pelos cuidados diários da criação e educação²⁴⁰.

E não se diga, finalmente, que o simples reconhecimento da culpa pela procedência da ação, incluída por muitos autores e juízes como sanção oferecida pelo Direito de Família, é suficiente e adequada²⁴¹. Como já apontado, é sabida a tendência pela mitigação da sua verificação nas ações de separação, divórcio ou dissolução de união estável. Busca-se muito mais a prova da desestruturação da sociedade conjugal pelo fim do afeto e, por isso, a impossibilidade da vida em comum.²⁴² Ademais, ninguém sai mundo a fora publicando a sentença de reconhecimento de culpa como forma de punição do consorte infrator.

Como se vê, o Direito de Família não oferece sanção nenhuma que possa, efetivamente, punir as hipóteses de rompimento da sociedade conjugal com culpa. É de se convir que as hipóteses previstas pelo art. 1572, *caput*, e 1573, além de caracterizarem o descumprimento dos deveres conjugais a que os cônjuges se submeteram quando do casamento, estão impregnadas de ilicitude.

²³⁸ PORTO, Mario Moacir. *Ação de responsabilidade civil entre marido e mulher* Revista Ajuris. Porto Alegre: Ajuris, v 28, ano X, jul.1983, ps. 175/176: “Temos a firme convicção que a dívida de alimentos [..], é, na verdade, uma indenização por ato ilícito, que se cumpre sob a forma de pensão alimentar.”

²³⁹ Art. 227 da CF/88.

²⁴⁰ SANTOS, Lia Justiniano *Guarda compartilhada, modelo recomendado* Revista Brasileira de Direito de Família. nº 8. Porto Alegre. Síntese. nº 8, jan.fév.mar./2001, ps 155/164.

²⁴¹ O dano moral no direito de família O perigo dos excessos... In: LEITE, Eduardo de Oliveira. *Grandes Temas da Atualidade Dano Moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 415.

²⁴² Vide notas 179 e 180.

Mais do que em qualquer relação, a sua prática, na relação familiar configura ato ilícito, ou, como bem afirma Rita Simões BONELLI²⁴³: “Imputar ao ofensor apenas a perda do direito a alimentos, ou o uso do nome, ou da guarda dos filhos ou da continuidade da assistência material, muitas vezes, a depender do caso concreto, faz remanescer indene uma série de prejuízos sofridos pelo ofendido.” Assim, não é justo que passem sem punição.

Mesmo sendo incomum e impróprio falar em indenização na área do Direito de Família, por ser uma área eminentemente pessoal do direito, como reconhece Eduardo de Oliveira LEITE, a solução passa a ser “uma estratégia capaz de amparar os direitos pessoais nas relações de família”²⁴⁴.

Seção IV – A impossibilidade de discussão da culpa nas hipóteses do divórcio

§ 1º - As previsões legais e a questão temporal no divórcio indireto

A Lei de Divórcio, na sua leitura original, previa a possibilidade do divórcio e o seu processamento nos artigos 24 a 33, com prazos maiores do que os atuais, restrição de poder ser pedido uma só vez e na limitada hipótese do art. 40²⁴⁵, a obrigatoriedade da prova do tempo da separação e da causa para a sua concessão.

Criava-se o divórcio indireto, por conversão da separação após três anos da data da sua decisão ou da concessão da medida cautelar correspondente(art. 8º²⁴⁶). Excepcionalmente, o artigo 40 possibilitava o divórcio direto, como apontado, mediante a prova do prazo e da causa. As causas previstas eram a separação consensual, do art. 4º, e a litigiosa, no art. 5º, cujo *caput* previa as hipóteses de culpa decorrentes da imputação de conduta desonrosa ou grave violação dos deveres do casamento, capazes de tornar insuportável a vida em comum. Tal disposição, foi considerada por Sílvio RODRIGUES um “aleijão” dentro da Lei de Divórcio, por conflitar com a estrutura do sistema²⁴⁷.

O divórcio por conversão, na leitura original da sua instituição, não tratava das suas causas, já que da sentença da sua decretação “não constará referência à causa que a determinou.” A tendência era essa mesmo, eminentemente temporal, retratada na impossibilidade de

²⁴³BONELLI, Rita Simões. Responsabilidade civil entre marido e mulher por ofensa aos direitos da personalidade In: LEÃO, Adroaldo e PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mário Veiga (Coord). *Responsabilidade civil* Rio de Janeiro:Forense, 2001,p.255.

²⁴⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira *Reparação do dano moral na ruptura da sociedade conjugal*, p.141.

²⁴⁵ Lei de Divórcio, art. 40, na sua redação original de 26/12/1977: “No caso da separação de fato, com início anterior a 28 de junho de 1977, e desde que completados 5 (cinco) anos, poderá ser promovida ação de divórcio, na qual se deverão provar o decurso do tempo da separação e a sua causa. § 1º - O divórcio, com base neste artigo, só poderá ser fundado nas mesmas causas previstas nos artigos 4º e 5º e seus parágrafos. [...]”

²⁴⁶ Lei de Divórcio, art. 8º: “A sentença que julgar a separação judicial produz seus efeitos à data de seu trânsito em julgado, ou à da decisão que tiver concedido separação cautelar”

reconvenção prevista no art. 36, tanto que sequer foi admitida, após a Constituição de 1988, contestação fundada no descumprimento das obrigações assumidas pelo requerente na separação, conforme permitia o parágrafo 2º²⁴⁸, tido como revogado pelo diploma maior.²⁴⁹ Sem contar, que o novo Código Civil, agora, simplesmente ignorou a restrição nele enunciada, deixando de reproduzi-la em seu contexto.

Nada mudou no parágrafo 1º, do art. 1580 do novo Código.²⁵⁰ Na prática, com a sua vigência, não resta qualquer dúvida: todas as questões atinentes à culpa, sendo o divórcio uma conversão da separação, com certeza, já terão sido decididas anteriormente naquela. E para o não decidido ou não cumprido, há ações próprias que garantem o seu cumprimento. Assim, no nosso entender, nenhuma perspectiva de ser analisada a culpabilidade pela ruptura e dissolução do vínculo.

§ 2º - A posição da doutrina e da jurisprudência na questão temporal do divórcio direto

Na modalidade de dissolução direta do vínculo, a exigência causal foi alterada com o parágrafo 6º do art.226 da Constituição de 1988²⁵¹, que, além de reduzir os prazos nas duas formas de divórcio, para o direto passou a exigir apenas o decurso do prazo de separação de fato. Como se vê, o legislador constitucional contentou-se simplesmente com o tempo de separação para autorizar a decretação do divórcio de forma direta, sem separação prévia.

Na verdade, o preceito constitucional veio atender ao reclamo social, à posição já manifestada pela doutrina e ao encaminhamento da jurisprudência da época. Em seguida, cumprindo o preceito constitucional, editou-se a Lei 7.841, de 17/10/1989, que deu nova redação ao art. 40²⁵², o qual, é suficientemente enfático, ao exigir apenas a comprovação dos dois anos consecutivos de separação de fato. Como se vê, a alteração foi substancial. Na forma indireta, por conversão, a sentença da sua decretação não pode fazer referência da causa determinante. Na forma direta, a exigência que existia caiu e não há como se pretender diferente,

²⁴⁷ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil – direito de família*, p. 268.

²⁴⁸ Lei de Divórcio, art. 36.

²⁴⁹ CAHALI, Yussef. *Divórcio e separação*, p.1062-1069.

²⁵⁰ Código Civil de 2002. § 1º, do art. 1580: “A conversão em divórcio da separação judicial dos cônjuges será decretada por sentença, da qual não constará referência à causa que a determinou. Parágrafo único. A contestação só pode fundar-se em: I – falta de decurso de 1(um) ano da separação judicial; II – descumprimento das obrigações assumidas pelo requerente na separação.”

²⁵¹ CF/88, § 6º, do art. 226: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.”

²⁵² Lei de Divórcio, art 40. com a redação da Lei 7.841/89: “No caso de separação de fato, e desde que completados 2(dois) anos consecutivos, poderá ser promovida ação de divórcio, na qual deverá ser comprovado decurso do tempo da separação ”

porque a norma é expressa, bastando comprovar o lapso temporal da separação de fato por mais de dois anos.

No novo Código, é o que consta do art. 1580, parágrafo 2º, resultando que, atualmente, só remanesce o instituto do divórcio remédio, na sua plenitude. Essa tendência se manifesta em todas as demais disposições do divórcio no novo Código, das quais se enfatiza a impossibilidade de a sentença de conversão fazer qualquer referência à causa que a determinou, prevista no parágrafo 1º, do art. 1580. Gustavo TEPEDINO²⁵³, Maria Helena DINIZ²⁵⁴, Rolf MADALENO²⁵⁵ e Rodrigo Cunha PEREIRA²⁵⁶ não são menos enfáticos na sua opinião.

A hipótese, portanto, verdadeiramente, é de simples ruptura da vida em comum, não havendo necessidade de serem declinadas as causas da separação. No dizer de Silvio de Salvo VENOSA²⁵⁷, “no divórcio não se declinam as causas da separação, de modo que qualquer dos cônjuges pode requerê-lo, ainda que, em tese, seja o responsável pelo desenlace”.

Vai mais longe o magistrado paulista, colacionando posição ainda mais avançada, de AMORIN e OLIVEIRA, que, por pertinente, se transcreve: “Mesmo ajuizada a ação de separação judicial, enquanto em curso, desde que se complete o biênio do afastamento do casal, pode um dos cônjuges pleitear o divórcio direto, por mera separação de fato.” E, por fim, conclui: “Portanto, nada impede que o separado judicialmente opte pelo divórcio direto, driblando a exigência legal e obtendo o desiderato sem comprovar nada mais além do biênio da separação(RSTJ 28/358).”

Como se vê na citação colacionada, a jurisprudência alinhou-se à doutrina, firmando a preocupação apenas com o decurso do prazo para a concessão do divórcio direto. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul vem confirmando que é descabida a discussão acerca da culpa, para o decreto da separação, quando já rompidos os laços conjugais pelo tempo exigido para a decretação do divórcio²⁵⁸. Da mesma forma que em divórcio indireto, no qual vigora exclusivamente o princípio da ruptura (causa objetiva, portanto), desimporta perquirir acerca de culpa pelo desfazimento da relação, como também não interessa verificar de quem foi a iniciativa do pedido.²⁵⁹

²⁵³ TEPEDINO, Gustavo. O papel da culpa na separação e no divórcio, p. 191-206.

²⁵⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro – Direito de família*, p. 281.

²⁵⁵ MADALENO, Rolf. *Divórcio e dano moral*. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, ano 1, n. 2, p.60-65, jul./ago./set.1999, p. 63.

²⁵⁶ PEREIRA, Rodrigo Cunha. *A culpa no desenlace conjugal*, p. 338.

²⁵⁷ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil – direito de família*, p. 254.

²⁵⁸ Apel. Cív. n. 70001761436. 7ª Câmara Cível do TJRS, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis. j. 21 mar.2001.

²⁵⁹ AI n. 70003691144, 7ª Câmara Cível do TJRS, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos j. 27 fev.2002. A mesma posição é defendida, enfaticamente, pelo desembargador relator em ‘A separação Judicial e o Divórcio no novo Código Civil Brasileiro’, publicação indicada na nota nº.19. Afirma ele: “O divórcio direto mantém-se no § 2º do art. 1580 na forma como se encontra na lei nº 6 515/77 (art. 40), exigindo unicamente o preenchimento do lapso temporal de dois anos de separação fática, tanto em sua forma litigiosa quanto consensual. Apenas baseado no “princípio da ruptura”, portanto, não se mostrando pertinente qualquer questionamento acerca da culpa”

Assim é que a matéria faz uma das conclusões, a de nº 27, de 27 de maio de 2002, do Centro de Estudos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, com a seguinte ementa: “Desde que completado o lapso temporal de separação fática exigido para o pedido de separação judicial litigiosa com causa objetiva(art. 51, § 1º, Lei nº 6.515/77) ou para o pedido de divórcio(art. 4º, Lei nº 6.515/77) descabe postular separação com causa culposa(art. 5º, caput, lei nº 6.515/77), por falta de legítimo interesse.”

Não é diferente a linha adotada pelo Superior Tribunal de Justiça: “[...]não há mais que se cogitar, pelo menos não necessariamente, da análise da causa da separação(“culpa”) para efeito de decretação do divórcio direto, sendo bastante o requisito da separação de fato por dois anos consecutivos.”²⁶⁰

É certo, todavia, que, não tendo havido separação prévia, é no processo de divórcio que, conforme as particularidades do caso, devem ser discutidas situações como o nome dos divorciandos, a guarda dos filhos menores e o pensionamento, porque nada disso ainda terá sido resolvido²⁶¹. Nenhuma das situações, no entanto, depende da averiguação da culpa, como demonstrado na Seção III deste trabalho, que procurou identificar a inadequação das sanções do Direito de Família na atual conjuntura socioeconômica. E o são, também na decretação do divórcio, porque, mesmo em sede de dissolução do vínculo conjugal, tanto a guarda como o nome e a continuidade do dever assistencial dependem de outros fatores, que não a caracterização da culpa pela ruptura.

Em decorrência, existindo causa culposa na ruptura, somente será permitida a responsabilização por eventuais perdas e danos causados, especialmente o dano moral, como defendido neste trabalho. O professor Eduardo de Oliveira LEITE retira esta conclusão do direito francês, onde se reconhece que, no divórcio direto, “a culpa constatada pode não ter provocado o divórcio, mas remonta à origem das perdas e danos.”²⁶²

§ 3º - A fundamentação da posição contrária

Como até aqui visto, a doutrina que não admite a discussão da culpa em qualquer das espécies de divórcio é quase unânime. As posições contrárias, todas, manifestam-se no sentido de que a exigência meramente temporal, tanto para a decretação da conversão da separação em divórcio como para o divórcio direto, não pode impedir o Judiciário de examinar

²⁶⁰ REsp. n. 40.020-1 - SP - 4ª T. - j. 22/8/95 - Rel. Min. Sálvio de Figueredo Teixeira - DJU 2out95, RT 727/111-115. Na mesma linha: Recurso Especial n. 69191/SP, 3ª Turma do STJ, Rel. Min. Eduardo Ribeiro J. 20abr.1999, DJU 24maio1999, p. 160.

²⁶¹ Agr. Instr. n. 114 514.4/7 - 9ª. CC., TJSP, j. em 21set.1999, rel. Des. Ruyter Oliva RT 772/219-221.

²⁶² LEITE, Eduardo de Oliveira *Reparação do dano Moral na Ruptura da Sociedade Conjugal* Obra citada, 2002, p 151.

os motivos da separação. A justificativa é a necessidade da apuração da culpa quando se pretender pensão alimentícia, guarda de filhos menores ou a perda do patronímico familiar, em decorrência do seu reconhecimento.

Assim se posicionam Sebastião Luiz AMORIN²⁶³ e João Francisco Moreira VIEGAS²⁶⁴. Entendem os autores que a ruptura da sociedade conjugal pode ser pretendida apenas com o decurso dos dois anos de separação de fato, mas interessando o autor exonerar-se do dever de assistência ao outro cônjuge, ou que o réu lhe pague alimentos, ou, ainda, disputar a guarda dos filhos, é imprescindível que a culpa seja reconhecida para esses fins.

Os posicionamentos jurisprudenciais favoráveis à perquirição da culpa pela ruptura nas hipóteses de divórcio têm maior volume quantitativo que a doutrina. Não variam, contudo, na linha adotada. Theotônio NEGRÃO²⁶⁵, em notas ao artigo 40 da Lei de Divórcio, colaciona posicionamentos da seguinte ordem: “A ação de divórcio direto não pode passar ao largo do exame da culpa, se esta for argüida por qualquer das partes”. Assim decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “O cônjuge responsável pela separação, ainda que de fato, não pode simplesmente empurrar sua culpa para trás da cortina do tempo e se desvestir dos deveres impostos pelo casamento.”²⁶⁶

Nessa linha, o entendimento jurisprudencial de que o simples decurso do tempo não apaga os deveres da sociedade conjugal impõe ao juiz da causa enfrentar temas como a culpa, alimentos, guarda de filhos e sobrenome dos cônjuges; estes decorrentes daquela.

Como se demonstrou, não é o reconhecimento da culpa que importa à percepção de pensão alimentar, nem à guarda dos filhos menores ou à manutenção do nome familiar do consorte, que dependem de outros fatores. Os alimentos, mesmo em decisão que considera imprescindível a discussão sobre a existência de culpa pela dissolução da sociedade, são condicionados ao binômio necessidade e possibilidade; a guarda dos filhos ao seu interesse, vantagem e bem-estar, exatamente como disciplina o novo Código (art. 1584 e 1586), e o nome, com ainda menos relevância, em face da atual tendência pela sua não adoção quando do casamento, afóra os argumentos já analisados no parágrafo 2º, da seção III deste capítulo.

Inácio de CARVALHO NETO alinha, segundo a nossa opinião, a melhor posição a respeito do conflito. Mesmo entendendo pela impossibilidade da verificação da culpa nas

²⁶³ AMORIN Sebastião Luiz O Divórcio e a Constituição de 1988 In: COLTRO, Antonio Carlos Mathias Coltro (Org.) *O Direito de Família após a Constituição Federal de 1988*. São Paulo: C.Bastos. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. 2000. p 81- 83

²⁶⁴ VIEGAS, João Francisco Moreira *Discussão da culpa no divórcio direto* Revista dos Tribunais São Paulo: RT. ano 82, nº 698, dez.1993, p 261-262.

²⁶⁵ NEGRÃO, Theotônio. *Código de processo civil e legislação processual em vigor* – 34. ed. atual até 14 jun. 2002. São Paulo: Saraiva. 2002,p. 1266-1267.

²⁶⁶ Apel. Cível n 594086415. 8ª. CC , j em 29set.1994, rel. Des João Andrades Carvalho RJTJRS nº 168/340. Na mesma linha: RTJRGS 159/311e RT 780/349.

hipóteses de divórcio²⁶⁷, defende a permissão da sua verificação com o intuito de garantir a reparação dos danos por ela causados. Diz o autor que “não é possível se falar em culpa no rompimento da relação conjugal, mas é possível se discutir a reparabilidade de eventuais causas culposas ocorridas antes do divórcio, que não puderam ser tratadas no processo de divórcio direto, mas que nem por isso são excluídos de eventual caracterização como causa culposa.”²⁶⁸. Afastando as aparentes sanções da legislação divorcista relativas à guarda, alimentos e nome, decorrentes da culpa pela ruptura, o autor vislumbra a possibilidade de responsabilização por todos os possíveis danos culposos que não puderam ser discutidos na ação de divórcio, em função do seu mérito restrito ao prazo da separação.

Nas hipóteses de divórcio direto, por trás dos dois anos de mera separação de fato, podem existir causas e ocorrências das mais graves. Por exemplo, o cônjuge vítima de agressões físicas, de maus-tratos continuados, ou mesmo, de injúrias e ofensas morais que, em conseqüência, caia em depressão ou até mesmo contraia doença mental. Decorrido o lapso temporal exigido para o divórcio direto, não há o que impeça a quebra do vínculo. No entanto, não há como deixar de reconhecer que aquela separação teve motivação culposa, geradora de danos, muitas vezes irreparáveis.

Incorre mesmo os casos de mulheres abandonadas com numerosos filhos, obrigadas a prover sozinhas a subsistência familiar e que, na expectativa do retorno do marido, deixem decorrer os dois anos do prazo do divórcio. Não é diferente a situação de cônjuges traídos em adultérios escandalosos, os quais, muitas vezes acometidos de profunda depressão, deixam o tempo passar, terminando por ser promovido o divórcio direto pelo próprio cônjuge adúltero, sem análise da ilicitude do comportamento do consorte, causador da depressão e de incontáveis conseqüências.

Embora a causa culposa não seja discutida no processo, existiu e, por certo, o cônjuge infrator não pode passar livre de responsabilização pelo seu comportamento. Mesmo que a vítima não necessite de alimentos nem tenha nome de família por suprimir, ou guarda de filhos menores por decidir, o ato ilícito foi praticado, causando danos que precisam ser reparados.

Ora, se a responsabilização por ato ilícito é possível entre estranhos, com mais razão entre cônjuges, visto que o afeto, o respeito e a consideração, a mútua assistência e a fidelidade são deveres decorrentes do casamento(art. 1566 CC).

²⁶⁷ NETO, Inácio de Carvalho. *Responsabilidade civil no direito de família* Curitiba:Juruá,2002., p.137 -195.

²⁶⁸ NETO, Inácio de Carvalho Idem, p.384-385.

Seção V – A inexistência de sanção por culpa na regulamentação da união estável

§ 1º - As leis 8.971/94 e 9.278/96

Examinar o instituto da união estável em face das duas leis que, após a sua constitucionalização, em 1988, buscaram regulamentá-la não dá noção da sua evolução, verificada especialmente a partir da década 40 do século passado. As dificuldades vividas por todos aqueles que, por opção ou imposição do sistema, dada a indissolubilidade do matrimônio, assumiam a relação conjugal fora do casamento civil, identificam-se pelo simples fato de que não era garantida legitimidade nem à relação, nem à prole dela decorrente.

Por isso mesmo, não era comum, na época, alguém optar por “viver junto”, sem casamento civil. A discriminação era do próprio sistema que, não admitindo o divórcio e só garantindo legitimidade à família constituída pelo casamento civil, alijava todas as relações de fato. E era tão manifesta essa desconsideração que o Código Civil de 1916, nas raras menções que fazia ao concubinato (arts. 183-VII, 248-IV, 1.177, 1.474 e 1.719)²⁶⁹, tinha o propósito, tão-só, de proteger a família legítima, negando direitos aos concubinos. Direitos, na verdade, só a partir da ‘indenização por serviços prestados’, vantagem evidentemente discriminadora e injusta porque configurava um contrato de prestação de serviços, equiparando a companheira a uma empregada doméstica. Daí que o máximo que se postulava eram os efeitos da sociedade constituída faticamente pelo par.

Reconhecendo-se a “sociedade de fato”, do artigo 1363 do Código Civil de 1916²⁷⁰, começaram a se estabelecer os princípios norteadores da relação concubinária. Nessa diretriz, a primeira notícia jurisprudencial de efeitos patrimoniais no concubinato, reconhecendo à companheira direito a bens adquiridos em nome do consorte, é da 3ª. Câmara do Tribunal de

²⁶⁹ Código Civil de 1916 - Art. 183 – “Não podem casar [...] VII- o cônjuge adúltero com o seu co-réu, por tal condenado. [...]”

- Art. 248 – “A mulher casada pode livremente: [...] IV – Reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo marido à companheira”

- Art. 1.177 – “A doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até 2 (dois) anos depois de dissolvida a sociedade conjugal.”

- Art. 1.474 – “Não se pode instituir beneficiário pessoa que for legalmente inibida de receber a doação do segurado.”

- Art. 1719 – “Não podem também ser nomeados herdeiros, nem legatários: [...] III – a concubina do testador casado.”

²⁷⁰ Código Civil, 1916 - Art. 1.363: “Celebram contrato de sociedade as pessoas que mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos para lograr fins comuns.”

Justiça de São Paulo, de 16/7/1943, exatamente com base na existência da sociedade de fato, do direito obrigacional.

Nessa evolução, deve-se reconhecer o importante papel da Súmula 380, editada em 1963 pelo STF²⁷¹, reconhecida como “a primeira idéia de responsabilidade civil na esfera do concubinato”, e só superada com o advento das Leis 8.971, em 1994, e 9278, em 1996, que institucionalizaram a nova ordem jurídica, decorrente do preceito constitucional da união estável, tanto no campo dos alimentos como no patrimonial.²⁷²

Essa divagação serve para identificar o quanto o legislador foi retraído em relação ao fato social que proliferava. Em boa hora, em 1988, na elaboração da Carta Magna, acabou constitucionalizando a união estável²⁷³. Pressionado pela jurisprudência, que se encarregava de aplicar interpretando o preceito constitucional, só em 1994 e, depois, em 1996, foram editadas as duas leis (8.971, de 29/12/1994 e 9.278, de 10 de maio de 1996) que se constituíram em verdadeiros ensaios de regulamentação do novo instituto familiar.

Assim, se tão difíceis e complicados são o simples reconhecimento da união e a garantia dos efeitos patrimoniais decorrentes, é fácil compreender a despreocupação do legislador em impor sanções pela sua ruptura com culpa. Como demonstrado, se nem para o casamento civil, que sempre teve todas as atenções do legislador, as sanções pela ruptura com culpa têm efetividade prática, não se poderia pretendê-las para a união estável, que, na melhor das hipóteses, diante do limite imposto pelo preceito constitucional, pode ser convertida em casamento. Portanto, nunca, mais do que o casamento.²⁷⁴

A Lei 8.971/94, (Anexo A) limitou-se, no seu artigo 1º a ensaiar uma criticada conceituação da união estável.; no art. 2º, a definir direitos sucessórios e, no 3º, a garantir meação nos bens adquiridos com esforço comum. Não há alusão a deveres dos cônjuges, entre si, ou a sanções pela ruptura culposa da união.

As dificuldades advindas da caracterização da união estável, associada às demais imprecisões do texto da lei de 1994, levaram à edição, em 1996, da Lei 9.278, que se propunha efetivamente a regular o parágrafo 3º do art. 226 da Constituição Federal (Anexo B). A exemplo da lei anterior, esta, no seu art. 1º, definiu, e agora de forma subjetiva, o que entendia

²⁷¹ SÚMULA 380 do STF: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.”

²⁷² REIS, Clayton. A responsabilidade civil pelo rompimento da união estável In: COLTRO, Antonio Carlos Mathias (coord.). O direito de família após a Constituição Federal de 1988. São Paulo: C. Bastos: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000, p.202- 203.

²⁷³ CF/88, art. 226, § 3º - “Para efeitos de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher, como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento ”

²⁷⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. O direito de família e a união estável – Perspectivas para o Século XXI. In: COLTRO, Antonio Carlos Mathias(Org.). O direito de família após a Constituição Federal de 1988 São Paulo: C. Bastos: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000, p.137, preleciona que: “a Constituição Federal fez uma opção clara: o casamento ainda é (e, diga-se *en passant*, com razão) a espécie de família hierarquicamente superior às demais quanto à outorga de vantagens para os partícipes, em suas relações internas [...]”

caracterizar a estabilidade da união, não mais preocupada com prazos para o seu reconhecimento.

Pela primeira vez, então, estabeleciam-se no art. 2º, direitos e deveres entre os “conviventes” nos mesmos moldes daqueles dos cônjuges²⁷⁵. A exigência de “fidelidade” para os cônjuges, se bem que se diga inexistir na união estável, entende-se imposta para os conviventes pelo dever de “respeito e consideração mútuos”, entre os quais, sem dúvida, a fidelidade.

Álvaro Villaça AZEVEDO²⁷⁶ afirma não proceder à alegação de que falta o dever de fidelidade na união estável, por não ter sido incluído como elemento indispensável na sua conceituação. Entende o autor que “na união estável existe, sim, o dever de lealdade, que se reflete no respeito e consideração mútuos”. Já a “vida em comum no domicílio conjugal”, na sua forma de ser atual, faz parte da própria conceituação dada pela lei à união estável, pela publicidade e continuidade exigidas no art. 1º para sua configuração. Ademais, a Súmula 382 do STF, de há tempo afastou, para a caracterização do concubinato, a exigência da convivência debaixo do mesmo teto.²⁷⁷ A “mútua assistência” que os cônjuges se devem é, de forma ainda mais incisiva, a “assistência moral e material recíproca”; o “sustento, guarda e educação dos filhos” em nada diferem para os dois institutos.

Mesmo configurando direitos e deveres iguais entre os conviventes, em nenhuma das suas demais previsões, passando pela garantia da meação, da administração comum do patrimônio, do direito sucessório de habitação e até pela possibilidade da conversão em casamento, é aventada a rescisão por culpa ou prevista qualquer sanção. Mesmo o direito à assistência material, a título de alimentos, em casos de dissolução por rescisão, definido pelo art. 7º da Lei 9278/96, não aventa culpa e, ainda, condiciona a sua prestação à necessidade, como visto, quando da análise do casamento.

O professor Gustavo TEPEDINO²⁷⁸ contraria a sustentação dos autores que afirmam que tais alimentos decorreriam da culpa na ruptura da união de fato, “a uma, porque a lei não o restringe expressamente, tendo o legislador se limitado a utilizar o vocábulo rescisão, de modo pouco claro, o que, mesmo no sentido mais técnico, estaria a regular uma única espécie de ruptura, a separação culposa; a duas, porque, em se tratando de entidade familiar, há que se aplicar, por interpretação extensiva, a regulamentação em tema de alimentos prevista nos arts. 17 e ss. da Lei de Divórcio.” E conclui reconhecendo que o dever alimentar tem origem na solidariedade familiar, ficando, por isso, dependente da prova da necessidade de um dos parceiros.

²⁷⁵ Art 231, do Código Civil de 1916.

²⁷⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça *Estatuto da família de fato* São Paulo: Jurídica Brasileira, 2001, p. 356-357.

²⁷⁷ Súmula 382. STF: “A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato”

²⁷⁸ TEPEDINO, Gustavo, *O papel da culpa na separação e no divórcio*, p 206.

Como se vê, sem qualquer previsão de sanção nas duas leis em comento, as hipóteses de dissolução com culpa, gerando danos, especialmente moral, ao companheiro ou companheira precisam ser punidas, a exemplo do casamento, com a devida responsabilização civil. O compromisso amoroso, tanto no casamento como na união estável, é, por natureza, cheio de riscos. Assim como o casamento é do risco da união estável a possibilidade do seu rompimento; todavia, dando-se com culpa, causando sofrimento e dano ao consorte, precisa ser responsabilizado, até como forma de garantir a ética e a moral familiar.

Na vigência do Código Civil de 1916, a doutrina admitia e a jurisprudência chegou indenizar a quebra de noivado, com base no inciso III do art. 1548²⁷⁹. Entendendo presente a figura do agravo à honra porque o longo tempo de noivado servira para incutir no ânimo da noiva abandonada a firme expectativa de um casamento que não aconteceu, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul confirmou indenização por rompimento de noivado.²⁸⁰ Ora, não oferecendo as leis regulamentadoras da união estável, à época, qualquer sanção pelo rompimento com culpa da união, é certo pensar na responsabilização civil, agora com fundamento na regra geral do art. 927 do novo Código.²⁸¹ E as hipóteses, dado o seu reconhecimento como entidade familiar, são as mesmas do casamento, como exemplificado na parte final do parágrafo 3º, da Seção IV, deste capítulo.

§ 2º - A proposta do novo Código Civil

A regulamentação da união estável no novo Código, está concentrada nos artigos 1723 a 1727. Para a presente reflexão interessa o conteúdo do artigo 1724²⁸², que enuncia os deveres (e direitos) dos companheiros.

A “fidelidade” exigida para os cônjuges, entende-se imposta aos conviventes pelo dever de “respeito e consideração mútuos”, entre os quais, sem dúvida, por ser espécie do gênero, a fidelidade. A “vida em comum, no domicílio conjugal”, na sua forma de ser atual, faz parte da própria conceituação dada pela lei à união estável, pela publicidade e continuidade exigidas para sua configuração no art. 1º. A “mútua assistência” que os cônjuges se devem é, de forma ainda mais incisiva, a “assistência moral e material recíproca” exigida dos companheiros;

²⁷⁹ Código Civil de 1916 - Art. 1548: “A mulher agravada em sua honra tem direito a exigir do ofensor, se este não puder ou não quiser reparar o mal pelo casamento, um dote correspondente à sua própria condição e estado I – [...], II – [...], III – se for seduzida com promessas de casamento,”

²⁸⁰ Apcl. Cív n 591957906. 8ª CC. do TJRS, j. em 5dez.1991, rel. Des. João Pedro Rodrigues Reis, RJTJRS 157/242

²⁸¹ Código Civil de 2002 - art. 927. “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

²⁸² Código Civil de 2002 – art. 1724. “As relações pessoais entre os companheiros obedecerão os deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos”

já o “sustento, guarda e educação dos filhos” em nada diferem para os partícipes dos dois institutos.

Da mesma forma que no cotejo dos preceitos da Lei 9.278/96 com os do Código de 1916, recém-feita; nos do novo Código Civil entre si, a “fidelidade recíproca” ordenada no casamento está na “lealdade” e no “respeito”, agora prescritos para a união estável. Não diferem do “respeito e consideração mútuos”, que, de forma ainda mais ampla, fazem o inciso V do art. 1566, antes visto. O dever de lealdade e respeito é tão amplo quanto o de “respeito e consideração mútuos”, e muito mais que uma das manifestações de lealdade e respeito no casamento, que é o cumprimento da fidelidade conjugal.

A exigência, no casamento, de “vida em comum no domicílio conjugal”, nem constou dos deveres dos companheiros, com certeza, em razão da evolução, como visto, decorrente da Súmula 382 do STF, não mais impondo, para qualquer relação conjugal, a morada sob o mesmo teto.

O dever de assistência mútua, por sua vez, não deixa dúvida alguma, assim como o dever de sustento, o de guarda e educação dos filhos, tanto para ao casamento como para a união estável. Como se vê, a idéia é muito mais ampla: de verdadeira “comunhão de vida”, no entender de Silvana Maria CARBONERA, para quem é o elemento central tanto no casamento como na união extramatrimonial, constituindo-se a comunhão pela “cumplicidade” que deve existir entre o homem e a mulher.²⁸³

Nem mesmo as relações patrimoniais, na ruptura da união estável, definem-se em face da eventual ocorrência de culpa. Independentemente da sua apuração, a elas se aplicam as regras do regime da comunhão parcial de bens, conforme a previsão do art. 1725;²⁸⁴ nem a obrigação alimentar, tratada no art. 1694 do novo Código, conjuntamente para cônjuges e companheiros, dependendo sempre da prova da necessidade e da possibilidade e não do fato de o alimentando ter causado prejuízo material ou moral ao alimentado.²⁸⁵

Também não se define a eventual adoção do nome de família, hoje por qualquer dos companheiros, na forma autorizada pelo art.57 da Lei dos Registros Públicos, no seu parágrafo 2º²⁸⁶. Nenhuma das leis anteriores, nem o novo Código, previram qualquer sancionamento para a

²⁸³CARBONERA Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família In FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo* Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 42-43, defende a mesma posição

²⁸⁴Código Civil de 2002 - Art 1725: “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.”

²⁸⁵CRISPINO, Nicolau Eládio Bassalo Responsabilidade civil dos conviventes In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord). *A Família na Travessia do Milênio*, (Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família). Belo Horizonte. IBDFAM: OAB – MG: Dei Rey, 2000, p 76-77.

²⁸⁶Lei 6.015/73: § 2º, art 56: “A mulher solteira, desquitada ou viúva, que viva com homem solteiro, desquitado ou viúvo, excepcionalmente e havendo motivo ponderável poderá requerer ao juiz competente, que, no registro de nascimento, seja averbado o patronímico do seu companheiro, sem prejuízo dos apelidos próprios, de família, desde que haja impedimento legal para o casamento, decorrente do estado civil de qualquer das partes ou de ambas “

hipótese. O cancelamento do aditamento do nome, em caso de dissolução da união, segundo dispõe o seu parágrafo 5º, está muito mais na dependência do pedido e da concordância das partes do que na eventual culpa de qualquer delas. E não é demais dizer que sempre foram raros os pedidos de adoção do patronímico familiar de companheiros.²⁸⁷

Já se disse da tendência a diminuir esse número no casamento, tendo se examinado, também, a repulsa da manutenção do nome nos casos de ruptura matrimonial,. Isso, portanto, com mais razão ainda, nas raras hipóteses de adoção do nome nas uniões de fato.

Então, definidos os deveres dos companheiros, é direito exigir o seu cumprimento, pois, não tendo o novo Código, no livro do Direito de Família, previsão de qualquer sanção para o seu descumprimento, para as hipóteses de culpa no rompimento da união,²⁸⁸ defende-se o reconhecimento do ato ilícito de que trata o art. 186²⁸⁹, com possibilidade de reparação pelos prejuízos causados, como já apontado.

Por evidente, se o legislador do novo Código previu deveres e não sancionou especificamente o seu descumprimento, é porque os submeteu à regra geral da obrigação de indenizar. E, por certo, a indenização só é ressarcível se fundada em ato ilícito e na medida do dano verificado.²⁹⁰

²⁸⁷ CAHALI, Yusef Saïd. *Divórcio e separação*, p.726.

²⁸⁸ FACHIN, Luiz Edson, *Estatuto jurídico do companheirato* – Reflexões sobre o sentido e o alcance da lei 8 971/94) – Disponível em: <http://www.oabmg.org.Br/escola/venlp9.htm>, acesso em: 9/2/2001. O autor defende que “culpa, inocência e responsabilidade são conceitos diversos, máxime, no projeto parental do companheirato”.

²⁸⁹ Código Civil de 2002 – art. 186: “Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

²⁹⁰ STOCCO, Rui *Tratado de responsabilidade civil: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial* 5. ed São Paulo Revista dos Tribunais, 2001,p 204-205

Capítulo IV –

BREVE ANÁLISE DO DANO MORAL NA RUPTURA DA SOCIEDADE CONJUGAL NO DIREITO COMPARADO

Como visto no capítulo anterior, não oferecendo o Direito de Família pátrio sancionamento adequado para as hipóteses de procedimento ilícito na ruptura da sociedade conjugal, importa saber como se define a situação nas legislações mais avançadas ou próximas da nossa realidade para sua aplicação, no sistema brasileiro.

Como já apontado, na análise das linhas gerais do dano moral no direito comparado, entende-se por examinar o direito francês, por ser o primeiro e o mais tradicional a reconhecer não só o dano moral de forma genérica como, especificamente, as hipóteses de ruptura da sociedade conjugal. Também o direito português, pela origem histórica, e o dos países sul-americanos, o argentino e o peruano, o primeiro pelo avanço das suas posições e o segundo, por ser o único da América do Sul a ter a matéria legislada.

Seção I – O direito francês

A França foi o primeiro país a regulamentar o reconhecimento do dano moral na ruptura da sociedade conjugal. Na verdade, por influência da jurisprudência francesa, desde o início do século, conforme resgata Mario Moacir PORTO²⁹¹, foram proferidas as primeiras decisões de que o mundo tem notícia, tanto na constância do casamento como na sua dissolução. A partir daí, ficou mais fácil legislar a matéria e, depois de legislada, ainda mais, a sua aplicação.

A base da construção jurisprudencial francesa assentava-se na regra geral do artigo 1382 do seu Código Civil, como visto no capítulo I deste trabalho. Nessa linha, Alex Weill reconhece que “o direito que tem o cônjuge inocente de obter a reparação do prejuízo que lhe foi causado pela dissolução do casamento, é aplicação do artigo 1382 do Código Civil”, e conclui que “a lei aprovou este direito como uma pena contra o autor responsável pela ruptura do lar.”²⁹²

A doutrina francesa defendia a possibilidade da aplicação da regra geral do art. 1382 para qualquer espécie de dano, com amparo na simples responsabilidade pessoal de que cada um deve reparar aos outros o que causar por sua culpa, como assinala Patrick COURBE²⁹³: “Cette possibilité n’est qu’une application, en matière de divorce, du principe général de responsabilité

²⁹¹ PORTO, Mario Moacir. *Ação de responsabilidade civil entre marido e mulher*. Revista AJURIS, vol. 28, p. 173-187.

²⁹² WEILL, Alex. *Droit civil*, Paris. Dalloz, 1972, p.336. Texto original: “Le droit qu’a l’époux innocent d’obtenir réparation du préjudice subi par suite de la dissolution du mariage, est une application de l’article 1382 du Code civil. La loi a consacré ce droit comme une sanction contre l’auteur responsable de la rupture du foyer.”

²⁹³ COURBE, Patrick. *Droit de la famille* p. 190.

personelle: chacun droit réparer le dommage qu'il a causé à autrui par sa faute.” O autor enumera algumas espécies de danos indenizáveis: “Ainsi, les violences physiques, les injures, l’abandon du domicile conjugal, l’adultère, le refus de contribuer aux charges du mariage peuvent engendrer un préjudice moral ou matériel dont la réparation peut toujours être demandé.”²⁹⁴

Exatamente com fundamento na disposição do art. 1382, muito antes de o Código consagrar dispositivo permissivo específico, a jurisprudência já se pronunciava pelo reconhecimento do dano na ruptura da sociedade conjugal. Luiz Murillo FÁBREGAS²⁹⁵ assegura que, ainda no início do século 19, nos primeiros tempo da vigência do Código de Napoleão, já era assegurado o seu ressarcimento.

E é tão incisiva a tendência francesa pela reparação que os irmãos MAZEAUD dão conta de decisões concedendo reparação do dano moral na dissolução do vínculo por ato injusto, prolatadas muito antes da reforma do divórcio no Código Civil francês, essas fundamentadas puramente na regra geral. Inclusive, relatam casos de adultério com fixação de dano moral em favor do marido traído, assim como condenações ao cúmplice da mulher adúltera, esta última, decisão da Corte de Amiens, de 5 de mayo de 1949.²⁹⁶ Tal informação é repetida por Henri y Leon MAZEAUD e André TUNC²⁹⁷, dando conta de que “para reparar el atentado inflingido al honor del marido, condenaban al abono de daños e perjuicios, a veces muy elevados, al cómplice de la mujer adúltera.”

Para melhor compreensão da evolução da matéria no direito francês, é preciso ler o artigo do professor Eduardo de Oliveira LEITE²⁹⁸, o qual resgata as principais informações da escalada francesa, sem dúvida motivadora internacional do reconhecimento do dano moral no seio e na quebra da relação conjugal. Não menos minuciosas são as pesquisas feitas por Inácio de CARVALHO NETO²⁹⁹, Mario Moacir PORTO³⁰⁰ e Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos SANTOS³⁰¹. Do exposto, é importante destacar que 62 anos atrás, a França já tinha legislado o reconhecimento do dano moral no divórcio, pelo artigo 301 do Código Civil, alínea 2^a, com a redação introduzida pela lei de 2 de abril de 1941, reafirmada, depois, por Ordonnance de 12 de abril de 1945, assim dispondo, segundo tradução do primeiro autor indicado:

²⁹⁴ Da mesma obra, tradução do autor: “Assim, as violências físicas, as injúrias, o abandono do domicílio conjugal, o adultério, a recusa de contribuir para as despesas do casal podem provocar prejuízo moral ou material cuja reparação pode ser pedida sempre.”

²⁹⁵ FÁBREGAS, Luiz Murillo *O dano moral resultante do divórcio ou da separação injusta e o seu ressarcimento* Revista da EMERJ, Rio de Janeiro: v. 2, n. 6, 1999, p. 103-105.

²⁹⁶ MAZEAUD Henry y Leon e MAZEAUD Jean *Lecciones de derecho civil*, p. 79.

²⁹⁷ MAZEAUD Henry y Leon e TUNC André *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual* p. 429.

²⁹⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Dano moral na ruptura da sociedade conjugal*, p.147-151.

²⁹⁹ CARVALHO NETO, Inácio de. *Responsabilidade civil no direito de família*, p. 289-297.

³⁰⁰ PORTO, Mario Moacir. *Ação de responsabilidade civil entre marido e mulher*, p. 179-182.

³⁰¹ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Responsabilidade civil na separação e no divórcio*, p. 13-26

Independentemente de outras reparações devidas pelo cônjuge contra o qual o divórcio foi pronunciado, os juízes poderão atribuir ao cônjuge que obteve o divórcio indenização pelos prejuízos materiais e morais causados pela dissolução do casamento.

Sobre o artigo referido, José de Castro BIGI afirma:

É interessante anotar que o art. 301, CC da França separa, com perfeição nos seus itens 1 e 2 - a reparação decorrente do desaparecimento do dever de auxílio, pela imposição de pensão alimentícia ao cônjuge inocente. Trata-se de prejuízo causado pela dissolução do matrimônio em si mesmo. Já o item 2 trata da indenização por danos morais, danos materiais, aqui decorrentes do ato antijurídico praticado pelo cônjuge culpado.³⁰²

Depois, em 1948, a disposição foi estendida às hipóteses de separação de corpos (art. 296 a 310), o que é perfeitamente justificável tendo em vista que a separação de corpos do direito francês corresponde à separação judicial da nossa disciplina legal.³⁰³

Em 1975, a Lei 75-617, de 11 de julho, procedeu à reforma do Título VI do Livro I (Das Pessoas) do Código, dando nova redação aos artigos 229 a 310 na parte referente ao divórcio. Essa reforma, em 1977, influenciou diretamente a elaboração da nossa Lei de Divórcio. O capítulo III, nos artigos 265 a 269, tratou das conseqüências do divórcio, dos quais, a reparação do dano decorrente da ruptura conjugal, está consubstanciada no art. 266, que disciplina particularmente a matéria, na forma como se transcreve:

Quando o divórcio é pronunciado por culpa exclusiva de um dos esposos, este pode ser condenado a perdas e danos como reparação do prejuízo material ou moral que a dissolução do casamento impôs a seu cônjuge.³⁰⁴

Na verdade, essas disposições confirmaram o que muito antes já se garantia jurisprudencialmente, como se disse, com fundamento na regra geral. Diante de disposições legais tão expressas, evidentemente, tornou-se ainda mais fácil a adoção, tão profícua, a ponto de servir de paradigma para o mundo. É o que reconhece Claude COLOMBET, afirmando que “Selon l'article 266 CC, l'époux aux torts exclusifs duquel le divorce a été prononcé peut être condamné à des dommages-intérêts en réparation du préjudice matériel ou moral que la dissolution du mariage fait subir à son conjoint”. Conclui dizendo que as causas que justificam estas indenizações são idênticas às anteriores da reforma de 1975, incluindo tanto prejuízos

³⁰² BIGI, José de Castro. *Dano moral em separação e divórcio* Revista dos Tribunais, ano 81, v. 679, ps.46-51, maio 1992, p 47.

³⁰³ PORTO, Mario Moacir. *Ação de responsabilidade civil entre marido e mulher*, p 182

³⁰⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira *Dano moral na ruptura da sociedade conjugal*, p 148.

materiais, com o que chama de “desconsideração dentro de um certo meio social” (déconsidération dans um certain milieu social) para identificar o “préjudice moral”.³⁰⁵

Para Jacque MASSIP, “a destruição do lar é, em si, uma fonte de tristeza, de sofrimentos, que pede uma satisfação compensatória”³⁰⁶. A quantificação dessa satisfação é a dificuldade, no entender do autor, que, todavia, admite o art. 266 um pouco como uma pena privada, dando lugar à concepção de uma “multa” a ser paga à vítima, fundada na gravidade da falta e nos recursos do culpado.³⁰⁷ Essa dificuldade na quantificação, entretanto, no entendimento de Geneviève THOMAS, não pode ser empecilho ao deferimento da reparação pelo dano moral. Afirma que, se a atribuição de uma soma em dinheiro não se mostra o modo de reparação mais apropriado, isso se deve muito mais ao conjunto do problema do dano moral em si do que à questão da violação da obrigação de fidelidade entre os cônjuges.³⁰⁸

A pensão alimentícia, até a reforma do Código, em 1975, tinha nítido caráter indenizatório em favor do cônjuge inocente e sancionador contra o cônjuge culpado. Com a Lei 75-617, segundo Alex WEILL e François TERRÉ³⁰⁹, o pensionamento passou a traduzir o cumprimento do dever de socorro, definido de acordo com as necessidades e os recursos das partes, podendo ser revisto em razão disso.

Acerca dos alimentos, Mario Moacir PORTO, que considera a legislação francesa muito próxima da nossa, dá conta da admissão naquele país da ação de reparação de dano entre marido e mulher, tanto de forma autônoma como cumulada ao pedido de alimentos, isso em consequência da cessação do dever de socorro por culpa do cônjuge demandado e da distinção do pensionamento alimentar com a reparação de danos causados pelas ilicitudes que determinaram a ruptura matrimonial. Vai mais longe, opondo-se à tendência francesa pelo reconhecimento de natureza indenizatória para os alimentos, justificando sua posição pelo fato de só ter direito à pensão o cônjuge que dela necessitar.³¹⁰

A partir da Lei de 11 de julho de 1975, com a chamada “prestação compensatória”, introduzida pelo art. 270³¹¹, surgiu, sem dúvida, uma nova forma do direito francês: reparar os

³⁰⁵ COLOMBET, Claude. *La famille*, p. 439. Tradução literal: “Segundo o artigo 266, o cônjuge cuja culpa exclusiva causou o pronunciamento do divórcio, pode ser condenado à indenizar em reparação do prejuízo material ou moral que a dissolução do casamento impôs ao outro cônjuge”.

³⁰⁶ MASSIP, Jacque. *Le réforme du divorce*, p. 233. Texto original: “[...] la destruction du foyer est, en soi, une source de chagrin, de souffrances, qui appellent une satisfaction compensatoire.”

³⁰⁷ MASSIP, Jacque. *Idem*, *ibidem*. Texto original: “L’article 266 jouera un peu comme une peine privée, donnant lieu à la perception d’une “amende” perçue au profit de la victime, modelée sur la gravité des fautes et les ressources du coupable.”

³⁰⁸ THOMAS Geneviève. *Les interférence du droit des obligations et du droit matrimonial* Paris: Presses Universitaires de Grenoble, 1974, p. 306.

³⁰⁹ WEILL Alex e TERRÉ François. *Droit civil Les personnes La famille Les incapacités*, p. 411-412

³¹⁰ PORTO, Mário Moacir. *Ação de responsabilidade civil entre marido e mulher*, p. 176-177-179.

³¹¹ Código Civil francês. Art. 270: “Sauf lorsqu’il est prononcé en raison de la rupture de la vie commune, le divorce met fin au devoir de secours prévu par l’article 212 du Code Civil, mais l’un des époux peut être tenu de verser à l’autre une prestation destinée à compenser, autant qu’il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives ”

danos oriundos da dissolução do vínculo matrimonial, compensando as disparidades decorrentes do divórcio.

Raymond LINDON e Philippe BERTIN, apontados no voto do ministro Nilson Naves, relator do Recurso Especial nº 37051, julgado em 17 de abril de 2001 pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, sobre a “prestação compensatória”, ressaltam a proximidade que existe entre os dois tipos de reparação. Para os tratadistas franceses, a indenização do art. 266 visa ao prejuízo material ou moral que a dissolução do casamento impôs ao cônjuge, e a prestação compensatória do art. 270, a compensação “autant qu’il est possible” (tanto quanto possível) da disparidade que a ruptura do casamento cria entre o ex-casal. Na distinção que fazem, concluem que a indenização por danos, não é admitida na culpa recíproca, ao passo que a “prestação compensatória” é aceita.³¹²

A “prestação compensatória” difere também do dever alimentar, que, na nova disciplina da matéria, foi mantido apenas para as hipóteses de divórcio por ruptura da vida em comum e de separação de corpos, como visto, a separação judicial no sistema brasileiro. Isso porque, além de não admitir revisão, visa compensar a disparidade que a ruptura do casamento cria nas condições de vida de um e outro dos ex-cônjuges.

É o caso da frustração das expectativas criadas com o casamento, por exemplo, da moça humilde com o profissional bem-sucedido. Inegavelmente, a ruptura pode criar abismos sociais e econômicos entre o casal, compensáveis “tanto quanto possível”, de acordo com a nova regra. A disposição garantiria, então, a compensação da “perda da chance” que se criara com o casamento, frustrando planos e expectativas facilmente dimensionáveis; ou então, em outro exemplo, a compensação pela dedicação de um dos cônjuges durante o tempo de estudo e qualificação profissional do outro, quebrando, com a separação, a expectativa de receber o mesmo tratamento.

Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos SANTOS ressalta a vantagem da “prestação compensatória” por não ser suscetível de revisão como os alimentos, segundo dispõe o art. 273.³¹³ Aponta outras hipóteses, resgatando casos pontuais da jurisprudência francesa, tais como de compensação pelo tempo dedicado à educação dos filhos, qualificação profissional ou

³¹² REsp nº 37.051, 3ª. Turma, Rel. Min. Nilson Naves, j. em 17abr.2001, maioria. Revista Jurídica 285/96 e Rep IOB Jurisp. 3-18211. Parte do voto do Relator. “Observam Raymond Lindon e Philippe Bertin: [...] 210. –Enfin, on peut se demander si ces dommages-intérêts se confondent avec la prestation compensatoire ou s’en distinguent. Certes, les causes respectives de ces deux sortes de réparation sont bien proches. L’article 266(dommages-intérêts) vise, en effet, ‘le préjudice matériel ou moral que la dissolution du mariage fait subir au conjoint, et l’article 270(prestação compensatoire) vise la compensation ‘autant qu’il est possible’ de la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives. Mais elles sont tout de même différentes. C’est ainsi que la demande en dommages-intérêts est écartée par le partage des torts, alors que le droit à prestation compensatoire ne l’est pas..” (“Divorce 76 – Loi du 11 juillet 1975...” Librairies Techniques, Paris, 1976, p.66”).

³¹³ Código Civil Francês, art. 273: “La prestation compensatoire a un caractère forfaitaire. Elle ne peut être révisée même en cas de changement imprévu dans les ressources ou les besoins des parties, sauf si l’absence de révision devait avoir pour l’un des conjoints des conséquences d’une exceptionnelle gravité”.

diferenciação patrimonial em decorrência do regime de bens, suas disponibilidades para um novo emprego.³¹⁴ Na linha do art. 270, as disparidades geradas com a ruptura do casamento restariam, assim, compensadas, conforme Alain BÉNABENT³¹⁵

Diante de tudo isso, é possível concluir que, ainda antes da reforma do divórcio (Lei 75-716), com fundamento no art. 1382, ou depois, nos artigos 266 e 301, a França, influenciou positiva e decisivamente o encaminhamento da questão no mundo todo. No Brasil, afora o apoio dado à crescente doutrina que defende a reparabilidade dos danos morais, a jurisprudência, ainda que reticente, pelos dois casos paradigmáticos registrados, tem assento na jurisprudência francesa.

Em 1981, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, mesmo negando a ocorrência dos danos por falta de prova, admitiu-os, em tese, com fundamento na doutrina de Planiol, Ripert e Boulanger, de Louis JOSSERAND, René SAVATIER, Jean Claude GROSLIÈRE.³¹⁶ O voto favorável do então desembargador. Athos Gusmão Carneiro reportava-se à expressão da jurisprudência francesa, identificada na posição de Peter BENJAMIN³¹⁷, referendada pelos irmãos Mazeaud e Jean CARBONIER³¹⁸, para distinguir a reparação dos danos do pensionamento alimentar.

A outra decisão inédita do Superior Tribunal de Justiça³¹⁹ também teve amparo na legislação e doutrina francesas, colacionando o seu relator as posições de Raymond LINDON, Philippe BERTIN e Patrick COURBE. Segundo o julgado do STJ, a interpretação dos dois primeiros autores franceses apontados é no sentido de que a indenização do dano moral, prevista no art. 266, só pode ser paga na hipótese de culpa exclusiva de um dos cônjuges e o seu pedido, formulado por ocasião da ação de divórcio³²⁰. Também fazem análise da prestação compensatória, tratada pelo art. 270, instituto que já se analisou, nesta seção.

³¹⁴ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Responsabilidade civil na separação e no divórcio*, p. 22.

³¹⁵ BÉNABENT, Alain, *Droit Civil, La Famille*, p. 253.

³¹⁶ Apcl. Civ. n. 36.016. 1ª. CC. do TJRS. Rel. Des. Athos Gusmão Carneiro, j. em 17mar.1981. RT 560/178- 186

³¹⁷ Do julgamento indicado na nota anterior se extrai a seguinte citação da p. 184: “La jurisprudence française a toujours admis que l'époux qui obtient le divorce peut recevoir une indemnité pour le préjudice que répare la pension alimentaire”.

³¹⁸ Idem nota anterior, também se extrai da p. 185: “Puede ocurrir que la disolución del matrimonio sea, en si misma, una fuente de perjuicios. Ya hemos visto cómo la pensión alimenticia del art. 301, § 1º, no hace más que resarcir el aspecto concerniente a la lesión causada por la desaparición del deber de auxilio. También se pueden imaginar otros daños y así lo reconoce la Ley de 1941, que añade al art. 301 un segundo párrafo, según el cual el cónyuge inocente tiene derecho al resarcimiento por el perjuicio material (no reparado mediante la pensión alimenticia) o moral causado por la disolución del matrimonio. La ley se ha propuesto combatir el divorcio mediante una sanción moralizadora.”

³¹⁹ REsp n. 37.051, 3ª. Turma, Rel. Min. Nilson Naves, j. em 17abr.2001, maioria. Revista Jurídica 285/96 e Rep. IOB Jurisp 3-18211.

³²⁰ Do julgamento objeto da nota anterior se extrai parte do voto do relator interpretando o art. 266 do CC francês. “Observam Raymond Lindon e Philippe Bertin: [...] 208 – D'abord, on notera que ces dommages-intérêts ne sont prévus que quand il y a des torts exclusifs de l'un des époux.”

Seção II - O direito português

Com o Código Civil português de 1967 (Decreto-lei nº 47.344, de 25/11/1966), o direito lusitano ascendeu internacionalmente na consideração do dano moral. Como já visto anteriormente, em estudo da idéia geral do dano moral, essa escalada aconteceu desde 1929, a partir de quando o Código de Processo Penal, no seu art. 34, parágrafo 2º, prescrevia, em caso de condenação criminal, o arbitramento pelo juiz de uma quantia para reparação do dano material e moral decorrente da prática do delito. Essa ascensão prosseguiu a contar da Constituição Portuguesa de 1938 que, disciplinando os direitos da personalidade, assegurou a indenizabilidade das lesões de ordem moral (art. 8º, nº17³²¹), consolidando-se com a Constituição de 1976, que, no art. 25, garantiu o direito à integridade pessoal, quer física ou moral.³²²

Assim, não estranha a amplitude dos artigos 483 e 496 do Código Civil, que, respectivamente, como fruto dessa evolução, disciplinam a responsabilidade civil e possibilitam a compensação dos danos extrapatrimoniais de forma geral, como o art. 189 para o Código Civil brasileiro.

Os autores portugueses sempre deram extensão à regra geral da disciplina da responsabilidade civil, consubstanciada no art. 483 do Código Civil, entendendo-a suficiente à invocação, pelo cônjuge inocente, do dano moral sofrido com o divórcio. Nessa linha é a lição de Abel PEREIRA DELGADO, que afirma: “Não poder haver dúvidas de que o cônjuge inocente pode pedir ao cônjuge culpado uma indenização de perdas e danos (patrimoniais e não patrimoniais). Resulta tal direito do disposto no art. 483 do Código Civil.”³²³

De forma específica, na ruptura do casamento, com a reforma do Código Civil, além das sanções de natureza patrimonial dos artigos 1790 e 1791³²⁴, o artigo 1792, com a redação do Decreto-Lei nº 496, de 25/11/1977, é claro a respeito do dano moral:

209. -- Ensuite, le texte exige, ce que ne fait pas. explicitement au moins, l'ancien article 301, que la demande de dommages-intérêts soit formée à l'occasion de l'action en divorce [..]”

³²¹ Constituição Federal Portuguesa, de 1938 - art. 8º “Constituem direitos, liberdades e garantias individuais dos cidadãos portugueses. [...]17º - O direito de reparação de toda a lesão efectiva conforme dispuser a lei, podendo esta, quanto a lesões de ordem moral, prescrever que a reparação seja pecuniária ”

³²² Constituição Federal Portuguesa, de 1976 – art.25: “Direito à integridade pessoal. 1. A integridade moral e física dos cidadãos é inviolável. 2.[..]”

³²³ DELGADO, Abel Pereira *Do divórcio e da separação judicial de pessoas e bens*. Coimbra: Biblioteca Jurídica Atlântida, 1971, p. 166.

³²⁴ Código Civil Português, art. 1790: “O cônjuge declarado culpado único ou o principal culpado não pode na partilha receber mais do que receberia se o casamento tivesse sido celebrado segundo o regime da comunhão de adquiridos ”

art 1791: “1. - O cônjuge declarado o único ou o principal culpado perde todos os benefícios recebidos ou que haja de receber do outro cônjuge ou de terceiro, em vista do casamento ou em consideração do estado de casado, quer a estipulação seja anterior, quer posterior à celebração do casamento 2 - O cônjuge inocente ou que não seja o principal culpado conserva todos os benefícios recebidos ou que haja de receber do outro cônjuge ou de terceiro, ainda que tenham sido estipulados com cláusula de reciprocidade; pode renunciar a esses benefícios por declaração unilateral de vontade, mas, havendo filhos do casamento, a renúncia só é permitida em favor destes ”

1. O cônjuge declarado único ou principal culpado e, bem assim, o cônjuge que pediu divórcio com o fundamento da alínea c) do art. 1781³²⁵, deve reparar os danos não patrimoniais causados ao outro cônjuge pela dissolução do casamento.

b) O pedido de indenização deve ser deduzido na própria ação de divórcio.

É preciso destacar, desde logo, que a previsão apontada contém duas limitações: às hipóteses de culpa exclusiva, afastando, portanto, os casos de culpa recíproca, e aos danos que "pela sua gravidade mereçam a tutela do direito", como prevê o art. 496. Na verdade, a própria concessão do divórcio litigioso depende da gravidade da imputação ou da sua reiteração, de modo a comprometer a possibilidade da vida em comum, conforme testua o artigo 1.779.³²⁶

É interessante destacar que o direito português exige que a sentença que decreta o divórcio declare o culpado (art. 1787³²⁷), contrariamente ao sistema aqui adotado desde a Constituição de 1988, que eximiu a perquirição da culpa nas hipóteses de divórcio, como já demonstrado no capítulo anterior. Dependendo da dosagem da culpa, ambos podem ser declarados reciprocamente culpados, ou, se a culpa de um for consideravelmente maior que a do outro, a sentença irá declará-lo "principal culpado", como exige o art. 1792, cabendo a indenização, neste caso, ao "menos culpado"³²⁸.

PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELLA, a respeito dessa mensura, apontam que "a gravidade do dano há de medir-se por um padrão objectivo (conquanto a apreciação deva ter em linha de conta as circunstâncias de cada caso), e não à luz de fatores subjetivos (de uma sensibilidade particularmente embatada ou especialmente requintada)". E concluem que "os simples incômodos ou contrariedades não justificam a indenização por danos não patrimoniais", denominação est, que preferem usar em vez de dano moral, em razão de que o dano, sem ser patrimonial, pode não ser simplesmente moral, exemplificando com os casos da dor física.³²⁹

Faz-se este destaque, por entender que sequer se tem norma legislada, ficando, assim, ainda mais certo que somente são passíveis de indenização as atitudes graves praticadas na relação conjugal, com considerável carga de ilicitude.

É sabido que as relações conjugais são temperadas por amor e ódio numa constante ação e reação, para o que, nem sempre a causa efetiva é a última e aparente. Com certeza, por

³²⁵ Código Civil Português, art. 1781: "[...] c) - alteração das faculdades mentais que comprometa a vida em comum por mais de seis anos."

³²⁶ Código Civil Português, art. 1779: "[...] se o outro violar culposamente os deveres conjugais, quando a violação, pela sua gravidade ou reiteração, comprometa a possibilidade da vida em comum."

³²⁷ Código Civil Português, art. 1787: "1. Se houver culpa de um ou de ambos os cônjuges, assim o declarará a sentença; sendo a culpa de um dos cônjuges consideravelmente superior à do outro, a sentença deve declarar ainda qual deles é o principal culpado"

³²⁸ LELFE, Eduardo de Oliveira *Reparação do dano moral na ruptura da sociedade conjugal*, p. 153.

isso, os autores portugueses excluem os “simples incômodos e contrariedades”, como dito anteriormente.

Não é diferente a jurisprudência, como assinala José de Castro BIGI³³⁰: “A jurisprudência portuguesa entende que a obrigação indenizatória não opera *ope legis*, isto é, o simples fato da declaração de culpabilidade, mas que é necessário, para a condenação, a prova da prática pelo cônjuge culpado de fatos que se traduzam em danos concretos a direitos ou interesses de ordem espiritual na esfera jurídica do inocente.” Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos SANTOS colaciona decisões que, na prática, dão a dimensão para a aferição dessa medida de culpa, concluindo que, ante a falta de um critério legal, “a graduação de culpas, nos termos do art. 1787 do Código Civil, deve fazer-se segundo as regras do senso comum.”³³¹

No julgamento da apelação cível nº 14.156/98, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, o desembargador relator Marlan de Moraes Sobrinho dá conta de outra limitação apontada por ANTUNES VARELA, no sentido de que os danos decorrentes das causas que ensejaram o divórcio não seriam indenizáveis, entendendo ressarcíveis apenas os provenientes do divórcio. E colaciona a decisão apontada, nessa mesma linha, a posição do professor catedrático da Universidade de Coimbra, Diogo Leite de CAMPOS: “Assim, se um dos cônjuges é considerado culpado de adultério e o divórcio é pronunciado contra ele, deverá indenizar o outro cônjuge pelos danos não patrimoniais causados pelo divórcio (não com o adultério). Parece aceitável, também, nesta matéria, a norma segundo a qual quem causa um dano deve indenizar. E o divórcio, em si mesmo, é origem, normalmente, de danos muito significativos.”³³²

Particularmente, entende-se ser difícil, senão impossível, dissociar as duas hipóteses indicadas. Carregada de culpa, como é a redação de todos os artigos que disciplinam a matéria, fica difícil entender que se indenizem apenas os danos provenientes do divórcio em si. No exemplo de Diogo Leite de CAMPOS, entende-se que o divórcio é consequência da traição do cônjuge adúltero e os danos estão na sua causa, não na sua implementação que é apenas decorrência do fato gerador, assim, em qualquer das hipóteses com causa culposa.

A questão parece ter sido aclarada por Inácio de CARVALHO NETO,³³³ que colaciona interpretação do artigo 1792, com base em decisão exarada pelo tribunal português no

³²⁹ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELLA. *Código civil anotado*, p.499.

³³⁰ BIGI, José de Castro. Indenização por rompimento de casamento. In: COLTRO, Antonio Carlos Mathias Coltro (Org.). *O Direito de Família após a Constituição Federal de 1988*. São Paulo: C.Bastos. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. 2000, p 53.

³³¹ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *reparação civil na separação e no divórcio*, p 33

³³² Apel. Civ. n 14 156/98, 4a CC do TJRJ, Rel. Des. Marlan de Moraes Marinho, j em 13maio1999, unan “Ademais, não sendo provenientes do divórcio, mas causados por um dos fatos que serviram de causa ao mesmo, danos não seriam indenizáveis. segundo lição do referido ANTUNES VARELA (In *Direito de Família*, Livraria Petrony - Lisboa - pag 500).”sic.

³³³ CARVALHO NETO, Inácio de *Responsabilidade civil no direito de família*, p. 298.

processo nº 88.080, com a seguinte orientação: “na ação de divórcio só pode ser apreciado o pedido de indenização por danos não patrimoniais causados pela dissolução do casamento e não também os danos causados pelos fundamentos do divórcio, que como fatos ilícitos que são, estão sujeitos ao regime geral da responsabilidade civil, mediante a utilização da via processual comum.”

É o que se viu no início desta seção, posição que é referendada por Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos SANTOS, acrescentando que o direito português distingue em termos de fundamento legal e procedimento, determinando que os danos morais oriundos da dissolução do casamento devem ser pedidos na ação de divórcio, ao passo que os decorrentes das causas do divórcio, em ação autônoma³³⁴.

E o professor Eduardo de Oliveira LEITE resgata de Abilio Neto substancial enumeração de situações que a jurisprudência portuguesa já considerou motivo para configuração do dano moral: “o cônjuge que pratica o adultério”, “dano a direitos ou interesses de ordem espiritual na esfera jurídica do cônjuge inocente”, “saída do lar conjugal”, “sofrimentos, desconsideração social”, “violação culposa dos deveres conjugais”, irresponsabilidade tradicional do cônjuge administrador”.³³⁵

Como se observa, tanto a previsão geral do dano moral (art. 496) como a específica (art. 1792) têm conotação protetiva da pessoa, que no Código Civil Português consta da tutela geral da personalidade, assumida pelo art. 70³³⁶. É certo que tanto uma como a outra visam assegurar o cumprimento dos direitos de personalidade, muito especialmente em decorrência da evolução da equiparação dos cônjuges na relação conjugal e da inclusão, pela reforma de 1977, do “respeito” e “cooperação” nas relações conjugais (art. 1672³³⁷), identificando a crescente preocupação com a responsabilidade dos consortes entre si. Da previsão específica, tanto nos casos de único ou principal culpado pelo divórcio, como da sua simples iniciativa, na hipótese de demência de que trata a alínea “c” do art. 1781, fica ainda mais evidente esse enfoque.

Aparecida AMARANTE, dentre os casos específicos de proteção à honra na relação matrimonial, aponta “[...] 5) fundamento para separação litigiosa dos cônjuges(art. 1779): - violação dos deveres de respeito e fidelidade (art. 1672); 6) privação judicial do uso do apelido

³³⁴ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação civil na separação e no divórcio*, p 40-41.

³³⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira *Reparação do dano moral na ruptura da sociedade conjugal*, p. 154.

³³⁶ Código Civil Português, art. 70º: “1. A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensas à sua personalidade física ou moral. 2. Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida ”

³³⁷ Código Civil Português, art. 1672: “Os cônjuges estão reciprocamente vinculados pelos deveres de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência.”

do outro cônjuge, se este falecer, houver separação judicial ou divórcio, quando esse uso lese gravemente os interesses morais do outro cônjuge ou de sua família(art. 1677.C).”³³⁸

De sua parte, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos SANTOS³³⁹, em minucioso trabalho de resgate do direito português, faz incursão acerca dos deveres conjugais (respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência), destacando que vinculam os cônjuges reciprocamente, possibilitando a dissolução do matrimônio pelo seu descumprimento.

Seção III- O direito argentino

Mesmo não dispondo de norma específica que consagre o reconhecimento dos danos causados na ruptura da sociedade conjugal, a Argentina tem, seguramente, a doutrina mais clara, por isso influente, da América Latina. Fundada em ampla maioria dos seus doutrinadores,³⁴⁰ reconhece a sua reparabilidade com base na regra geral do art. 1078, quer na sua redação original, derogada pela reforma geral de 1968³⁴¹, quer na atual (Lei 17.711/68)³⁴². Como já visto, na redação original, ainda vinculado aos delitos penais, abrangia o dano moral causado à vítima “en su integridad corporal”, ou “en el goce de sus bienes”, ou, ainda, “sus afecciones legítimas”.

Na redação atual, reconhecida a ilicitude do ato, agora de qualquer natureza, portanto muito mais amplo, a obrigação de ressarcir o dano é clara, abrangendo, além de “pérdidas e intereses”, o “agravio moral” e firmando legitimidade exclusiva para propositura da ação de indenização à própria vítima ou, em caso de homicídio, aos seus herdeiros necessários.

Com a substituição das palavras “si el hecho fuese un delito del derecho criminal” pela expressão “actos ilícitos”, na redação do art. 1078, excluiu-se a limitação da configuração da reparação do dano moral aos casos de dolo, dando lugar à admissão da reparabilidade para

³³⁸ AMARANTE, Aparecida I, *Responsabilidade civil por dano à honra*. p. 405-406.

³³⁹ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos *Reparação civil na separação e no divórcio*, p. 28-30.

³⁴⁰ Conforme apontam LEITE, Eduardo de Oliveira. *Reparação do dano moral na ruptura da sociedade conjugal*, p. 156 e SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos *Idem*. p. 43-49. Também: MIZRAHI, Mauricio Luis *Familia, matrimonio y divorcio* Buenos Aires: Editorial Astrea, 1998, p.491; COSTA, Maria Josefa Méndez. *La pietas familiae en la responsabilidad civil* In: ALTERINI, Atilio Aníbal e Cabana, Roberto M.López (Coord) *La Responsabilidad*(Homenaje al Professor Doctor Isidoro H. Goldenberg). Buenos Aires: Abeledo-Perrot,1993, p.529; GROSMAN, Cecilia P. *La responsabilidad civil frente a los hechos de violencia familiar*. In: ALTERINI, Atilio Aníbal; CABANA, Roberto M.López (coord.). *La responsabilidad* (Homenaje al Professor Doctor Isidoro H. Goldenberg) Atilio Anibal ALTERINI e Roberto M. López CABANA, directores. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.1993, p.44-99.

³⁴¹ Código Civil Argentino. Redação anterior à reforma do Código Civil de 1968 do art. 1078: “Si el hecho fuese un delito del derecho criminal, la obligación que de él nace no sólo comprende la indemnización de pérdidas e intereses, sino también del agravio moral que el delito hubiese hecho sufrir a la persona, molestándole en su seguridad personal, o en el goce de sus bienes o hiriendo sus afecciones legítimas.”

³⁴² Código Civil Argentino. Redação do art. 1078 de acordo com a Lei 17711/68: “La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima. La acción por indemnización del daño moral sólo competará al damnificado directo, si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos.”

todos os casos de condutas antijurídicas. Esta anotação de Jorge E. Lavalle COBO ao art. 1078³⁴³ tem a ver, particularmente, com o objetivo desta análise, uma vez que as causas da ruptura da sociedade conjugal, além da dificuldade da sua prova, nem sempre chegam a se constituir em ilícitos penais, configurando, todavia, condutas antijurídicas que, sem dúvida, lesionam a honra do consorte, impondo, por isso, o ressarcimento dos danos provocados.

A doutrina argentina, calcada na regra geral de reconhecimento do dano moral, é tão eloqüente a ponto de influenciar a jurisprudência, que, de forma crescente, passou a admitir o seu ressarcimento como sanção às manifestações culposas no relacionamento familiar. Possivelmente, por isso, o legislador argentino entendeu desnecessário fazer previsão específica no seu Código Civil, o que Jorge Bustamante ALSINA confirma, afirmando que “el individuo debe orientar sus actos de modo de respetar a sus semejantes y está librado a su sola conciencia determinar la conducta que para ello debe observar. No es necesario que la lei guíe todos sus pasos diciéndole lo que en cada caso debe hacer.”³⁴⁴

Ramon Daniel PIZARRO, a respeito, é ainda mais enfático, reconhecendo que “el silencio del legislador respecto de la indemnización del daño derivado del divorcio no puede ser interpretado como rechazo de tal reparación. Para que ello fuse así, sería menester una norma expresa en tal sentido que - de haberse dictado - resultaría de dudosa constitucionalidad.”³⁴⁵

A caminhada desenvolvida tanto pela doutrina como pela jurisprudência argentina é analisada por Mauricio Luis MIZRAHI, que, mesmo reconhecendo a existência de corrente negatória, dá conta da dinâmica da corrente permissiva, desdobrada em duas vertentes: uma tradicional, de permissão ampla, hoje quase unânime, e outra, de aplicação restrita em casos particularizados e de comprovada gravidade. Mesmo afastada a limitação do reconhecimento do dano moral aos delitos penais, com a reforma do Código, em 1968, a jurisprudência, de sua parte, só a partir de 1983 começou a manifestar mudança de orientação na posição dos tribunais argentinos com fundamento na responsabilidade extracontratual.³⁴⁶

Na verdade, essa avançada doutrina se deve, fundamentalmente, a dois fatores: a evolução da situação familiar e social da mulher e a adoção pela Constituição Argentina do princípio jurídico de não causar dano, insculpido na disposição do art. 19. A equiparação da mulher ao marido na relação conjugal garantiu-lhe respeito e consideração. Assim, num regime de igualdade, sem discriminações ou subordinação, o desenvolvimento da responsabilidade civil encontra campo fértil.

³⁴³ COBO, Jorge E. Lavalle. *Código civil y leyes complementarias - Comentado, anotado Y concordado* Coord. Eduardo A. Zannoni. Buenos Aires: Astra, 1994, tomo 5, p.111.

³⁴⁴ ALSINA, Jorge Bustamante. *Téoria general de la responsabilidad civil* 9. ed. Buenos Aires: Abelco Perrot, 1997, p.116.

³⁴⁵ PIZARRO, Ramon Daniel. *Daño moral prevención, reparación, punición*, p.520.

³⁴⁶ MIZRAHI, Mauricio Luis, *Família matrimônio y divorcio*, p 487-492.

Quanto à adoção constitucional do princípio jurídico de “no dañar”, Graciela MEDINA não deixa dúvida de que “es un derecho implícito porque hace a la dignidad y a la integridad física y psíquica de la persona humana, derecho éste de jerarquía supralegal. El Derecho de Familia tiene lógicamente que respetar las normas de Derecho Civil constitucional y no puede, en aras a la especialidad de sus relaciones, violentar el principio básico de no dañar a otro.”³⁴⁷

Jorge Bustamante ALSINA, por sua vez, aponta que o princípio tem um alcance geral e uma força expansiva que permite a sua aplicação às mais diversas situações extracontratuais com um sentido moralizador e solidário, concluindo: “Es así que conforme a ese precepto cada uno debe dirigir sus actos según su propia conciencia, evitando incurrir en culpas que ocasionen daños a los demás y, si ello ocurre, el autor debe sufrir la sanción que consiste en reparar el perjuicio conforme a un imperativo de solidaridad social.”³⁴⁸

Assim, ampliado o conceito do dano moral a toda e qualquer frustração do projeto existencial da pessoa, sua dignidade e plenitude, fica fácil compreender a sua admissão na quebra das relações conjugais, de forma tão eloqüente, pela doutrina e jurisprudência do vizinho país, mesmo sem haver previsão legal que o consagre.

Mais do que em qualquer ramo do direito, no de família, a pessoa humana precisa ser reconhecida como o valor absoluto e a proteção dos direitos personalíssimos, como vértice de todos os valores jurídicos. Isso porque o Direito de Família tem singularidade própria, exatamente porque influenciada por direitos subjetivos familiares. É tão relevante que o “II Congreso Internacional de Derecho de Daños”, realizado em Buenos Aires em junho de 1991, incluiu como conclusão, entre outras, as duas seguintes, dando conta que a valorização da pessoa no seu todo, tem a maior adequação às questões de família:

I - La inviolabilidad de la persona humana, como fin en sí misma, supone su primacía jurídica como valor absoluto (unánime).

II - La persona debe ser protegida no sólo por lo que tiene y pueda obtener, sino por lo que es y en la integridad de su proyección (unánime).³⁴⁹

É exatamente a linha adotada por Antonio J. RINESSI, que, mesmo não sendo partidário da reparação ampla, entende que o Direito de Família não é uma ilha, vendo nas causas do divórcio verdadeiros atos ilícitos e concluindo com MOSSET ITURRASPE que, por

³⁴⁷ MEDINA, Graciela. *Daños en el derecho de familia* Buenos Aires: Rubinzal - Cuilzoni Editores, 2002, p. 49.

³⁴⁸ ALSINA, Jorge Bustamante. *Responsabilidad Civil y otros estudios* Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1992, v. II, p. 217.

³⁴⁹ GOLDEMBEG, Isidoro H ; LOPEZ CABANA, Roberto M. Daño a la persona. De la tesis de la inviolabilidad del patrimonio a la inviolabilidad de la persona. In ADORNO Luis (coord) *Daño y protección a la persona humana* Buenos Aires Ediciones La Rocca, 1993, p. 191-192

isso, “no hay razón fundada para hacer del matrimonio un coto impenetrable para el derecho de daños.”³⁵⁰

Roberto H. BREBBIA, trabalhando o direito da responsabilidade civil familiar, faz a sua caracterização, afirmando acerca do dano moral que: “c) La vulneración de los derechos y deberes de orden familiar es susceptible de originar daños patrimoniales y morales, según la naturaleza patrimonial y extrapatrimonial del derecho avasallado. Las relaciones familiares personales, según ya se ha visto, son de un rango superior a las patrimoniales, pues en aquéllas se encuentra en juego de manera directa el interés familiar y social, que predomina sobre el interés individual(art. 21 del Cód. Civil)”.

O autor conclui incluindo na classificação que faz dos danos morais com tal origem aqueles derivados do divórcio e da separação.³⁵¹ Acerca desses, garante o direito de ação de ressarcimento decorrente do reconhecimento de culpa na sua decretação, entendendo que o divórcio, em si, não configura um ilícito que gere obrigação de ressarcir o dano causado, por ser consequência imediata do ato ilícito que lhe deu origem. Exemplifica apontando consequências como a solidão resultante da frustração do casamento, a privação da convivência com os filhos, as mudanças que a ruptura conjugal causa na vida pessoal, profissional e social dos cônjuges. Nesse aspecto, é acompanhado por Jorge Bustamante ALSINA.³⁵²

Assevera também o primeiro autor que a pretensão pode ser provida conjuntamente com a do divórcio, ou, em ação própria, mesmo depois da sentença de divórcio. Em qualquer caso, há o reconhecimento da culpa, para o que todas as causas configuram atos ilícitos por afetarem a boa-fé, a fidelidade e o dever de assistência decorrentes do casamento. Por último, o autor admite o ressarcimento dos danos decorrentes, mesmo em caso de culpa recíproca dos dois cônjuges, entendendo que elas não se neutralizam, restando cada um obrigado a ressarcir o dano parcial derivado da sua parte de culpa, caso em que não há como acumular danos decorrentes do divórcio em si, já que ambos são por ele responsáveis.³⁵³

Graciela MEDINA é outra autora argentina que aborda o assunto com a maior proficiência, numa tríplice motivação, no sentido de que não pode passar impune o dano voluntário causado na constância do casamento; que a instituição matrimonial não deve se transformar no lugar onde se ofenda e injurie com gratuidade e que o ressarcimento deve ser concedido com base nas regras da responsabilidade civil disciplinadas no Código Civil.³⁵⁴

³⁵⁰ RINESSI, Antonio J. Reponsabilidad derivada del divórcio, In: ALTERINI, Atilio Aníbal; CABANA, Roberto M. López (Org.). *La Responsabilidad* (Homenaje al Professor Doctor Isidoro H. Goldenberg). Buenos Aires. Abeldo-Perrot, 1993, p.565.

³⁵¹ BREBBIA, Roberto H *Instituciones del derecho civil*, p 373.

³⁵² ALSINA. Jorge Bustamante. *Responsabilidad civil y otros estudios*, p.218.

³⁵³ BREBBIA, Roberto H. Idem, p 389-391.

³⁵⁴ MEDINA, Graciela *Daños en el derecho de familia*, p 45-99

Acentua, no entanto, que “no se puede caer em la tentación de demandas folclóricas ni sentencias telúricas”³⁵⁵.

Das regras gerais, para a doutrinadora argentina, a antijuricidade é a mais exigente para configurar o dano ressarcível, uma vez que não é antijurídico pretender a separação ou o divórcio por qualquer das causas objetivas, legalmente previstas. Não passa do exercício de um direito previsto na própria lei. Entretanto, a violação a qualquer dos deveres do casamento, como antes apontado, que dê causa à separação ou ao divórcio, caracteriza a ilicitude do ato, e provocando danos morais na pessoa do cônjuge inocente, precisam ser ressarcidos. É a regra da convivência, que ganha ainda mais razão de ser na vida conjugal.³⁵⁶

A autora refuta, um a um, todos os argumentos contrários à tese do ressarcimento do dano moral³⁵⁷, dando conta da aprovação da matéria em todos os encontros sobre direito e responsabilidade civil realizados nos últimos tempos nas províncias de Comodoro Rivadavia, Mercedes, Buenos Aires e Santa Fé. Conclui que “no deben quedar sin indemnizar los daños y perjuicios originados por el hecho generador del divorcio cuando sean conductas antijurídicas, exista factor de atribución y guarden relación de causalidad adecuada”³⁵⁸

Diante de posicionamentos tão enfáticos, dos mais convincentes da pesquisa feita sobre o direito argentino, não se teria dúvidas em afirmar que o adultério, os maus-tratos, o uso de violência e a tentativa de morte de um cônjuge contra o outro ou contra os filhos, as injúrias graves, a difamação profissional de um cônjuge contra o outro, o abandono, a transmissão de doenças venéreas, o descumprimento do dever de assistência material e espiritual podem gerar conseqüências das mais desastrosas. E, além de não condizerem com a moral familiar, ainda causam profundo sofrimento e dores que precisam ser ressarcidos e punidos, porque não pode o responsável por tais atos passar sem sancionamento, principalmente se tendo em conta que os atos são praticados em família, onde amor, respeito, apoio e assistência devem constituir a base da estrutura conjugal. Como afirma Santos CIFUENTES: “[...] una actitud que en lo individual pudiera calificarse de irrelevante, simplemente fría o distante, llevada al plano de la vida matrimonial, tiene una transcendência más honda.”³⁵⁹

Para que isso, entretanto, aconteça, não basta um desgosto, um desagrado, uma contrariedade ou qualquer aflição. A culpa deve ser grave, como assevera Graciela MEDINA: “De ahí que no procede la reparación si el accionar no ha sido abiertamente ostentoso o agravante, mostrándose en actitudes francamente indecorosas”, ao ponto de exemplificar

³⁵⁵ MEDICA, Graciela. *Idem*, p. 40.

³⁵⁶ MEDINA, Graciela. *Idem*, p. 74-75.

³⁵⁷ MEDINA, Graciela. *idem*, p. 62-63.

³⁵⁸ MEDINA, Graciela. *Idem*, p. 57.

³⁵⁹ CIFUENTES, Santos. *Los derechos personalísimos*. Buenos Aires: Lerner, 1974, p. 293.

apontando casos de insulto público, maus tratos e injúrias continuadas, condutas inconvenientes e adultério escandaloso.³⁶⁰

Seção IV – O direito peruano

No Peru, se bem que o Código Civil de 1984 já tenha 18 anos de vigência, ainda falta muito desenvolvimento para ver aplicada a regra do art. 351, que possibilita o reconhecimento do dano moral nos casos de divórcio, sem nenhuma limitação, como se transcreve:

Si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del conyuge inocente el juez podrá concederle una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral

Se não há grande evolução doutrinária e jurisprudencial com referência ao reconhecimento do dano moral na ruptura da sociedade conjugal, há, e de forma preciosa, com vistas à proteção da dignidade da pessoa humana. Como se viu no capítulo I deste trabalho, no parágrafo 1º, da seção II, em análise da visão geral do dano moral no direito comparado, Carlos Fernández SESSAREGO em dois trabalhos³⁶¹ dá conta da importância da proteção da pessoa humana, defendendo a necessidade de se garantir tutela integral e unitária nas hipóteses de “daño subjetivo”, como prefere chamar³⁶².

Considerando a Constituição peruana como das mais avançadas do mundo, entende que tutela os direitos fundamentais da pessoa “de modo ejemplar y com inusual prolijidad”.³⁶³ Destaca a existência de cláusulas gerais e abertas de proteção integral à pessoa humana, que reconhece como “el fin supremo de la sociedad y del Estado”, tendo todos “la obligación de respetarla y protegerla”, garantindo ser a pessoa humana “el bien supremo”, “el ápice jerárquico del ordenamiento jurídico.”³⁶⁴

Ora, tudo isso vale para as relações comuns que envolvem a pessoa humana, muito mais no âmbito das relações conjugais, quando mais do que em qualquer outra relação jurídica, a pessoa humana é protagonista do direito.³⁶⁵ Por isso, deve ser reconhecida, respeitada e valorizada. Como em nenhuma relação jurídica, na conjugal rompida existe um projeto existencial de vida que se frustra, como assevera o autor apontado: “La frustración del proyecto

³⁶⁰ MEDINA, Graciela. Obra citada, p 77-78

³⁶¹ SESSAREGO, Carlos Fernández. *Derecho y persona e Protección a la persona humana*.

³⁶² SESSAREGO, Carlos Fernández. *Protección a la persona humana*, p 112.

³⁶³ SESSAREGO, Carlos Fernández. *Idem* p.104.

³⁶⁴ SESSAREGO, Carlos Fernández. *Idem* p 105

³⁶⁵ SESSAREGO, Carlos Fernández. *Derecho y persona* 2. ed Peru: Normas Legales, Trujillo, 1995, p. 77

existencial comporta, por ello, un permanente estado de frustración. Y, a nadie escapa, los tremendos efectos que puede ocasionar esta raigal situación para el afectado.” Portanto, tendo o Peru regra específica, como a do artigo 351, tudo se torna ainda mais viável.

O país, é certo, ainda não oferece bibliografia específica sobre o tema. Apesar do arrojado do preceito legal, antes apontado, o pouco que existe tanto na doutrina como na jurisprudência peruana é muito pontual, tanto que só se dedicam poucas linhas ao assunto. A jurisprudência na matéria é ainda incipiente, sendo poucos os casos em que se demandem danos morais no processo de separação ou divórcio.

Sentença da Corte Suprema De Justiça, do mais alto Tribunal de Justiça e última instância nacional peruana (CAS. NRO. 373-95, j. em 21/7/1997), se bem que não defina o dano moral, por falta de prova, deixa assinalada a possibilidade de o juiz aplica-lo nos processos de divórcio. Transcreve-se a razão de decidir:

*Que, con respecto a la inaplicación del artículo trescientos cincuentauno del Código Civil, esta norma establece que si los hechos han originado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente el Juez podrá concederle una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral; que en el presente caso, no se há probado de modo alguno que los hechos que han originado la disolución del matrimonio hayan comprometido gravemente su legítimo interés personal, por lo que no resulta la aplicación al caso de autos ”*³⁶⁶

Como se vê, é difícil entender como, tendo legislação específica, e muito clara por sinal, haja essa retração no meio jurídico peruano. Na doutrina peruana, são acanhadas as menções à possibilidade de ressarcimento do dano moral na ruptura da sociedade conjugal. A parca doutrina específica, segundo informação prestada pela professora Emilia Bustamante Oyague, do Departamento de Direito da PUC Peruana, em carta de 16 de abril de 2002, justifica-se porque “en el Libro de Exposición de Motivos de este artículo no hay información, ya que el ponente del libro de Familia (Héctor Cornejo Chávez) estuvo em desacuerdo com la figura del divorcio.”

Das referências obtidas, Javier PERALTA ANDIA³⁶⁷, entre os efeitos jurídicos do divórcio, identifica a reparação do dano moral afirmando que “por mandato de la ley el juez puede conceder al conyuge inocente una suma de dinero a titulo de reparación moral si ha

³⁶⁶ Código Civil a través de la jurisprudencia casatória, “Asociación No Hay Derecho”, publicada no Diário Oficial “El peruano” p. 354.

³⁶⁷ PERALTA ANDIA, Javier. *Derecho de familia en el código civil*. 2. ed Lima: Idemsa. 1996, p.267.

resultado seriamente afectado en sus bienes extrapatrimoniales como el honor, prestigio, consideración social, etc., particularmente, si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el interés personal de aquel cónyuge”.

O Código Civil peruano, tratando dos alimentos nos artigos 260 a 264³⁶⁸, parece, à primeira vista, sancionar a culpa pela imposição do dever alimentar em favor do cônjuge inocente. Na verdade, em todas as menções que faz à ocorrência de culpa, complementa com a idéia da necessidade e da possibilidade, exatamente como já visto no direito brasileiro. Mesmo que haja culpa, é preciso que a mulher não tenha bens próprios nem renda suficiente para a sua manutenção; o mesmo ocorre no caso da culpa do marido, se a mulher for rica e o marido pobre e impossibilitado para o trabalho.

Mesmo a linha do art. 263 do Código peruano, que garante direito alimentar ao necessitado, reconhecido culpado, não afasta a idéia da necessidade, como, agora incluído no parágrafo único do art. 1704 do novo Código Civil brasileiro.

A previsão específica do art. 351, já examinado, no caso de os fatos determinadores do divórcio comprometerem gravemente o interesse pessoal do cônjuge inocente, permite ao juiz fixar determinado valor como reparação do dano moral, independentemente do dever alimentar.

A esse respeito, Hector Cornejo CHAVEZ³⁶⁹, como dito, autor do livro do Direito de família do Código Civil peruano, tratando dos efeitos do divórcio em relação aos cônjuges anos depois da sua promulgação, reconheceu que o dano moral previsto no art. 351 é independente do direito alimentar, destacando: “El daño moral puede ocurrir em todo caso de divorcio, pero especialmente quando la causa que le dio origen fue la injuria grave, la condena por delito, la conducta deshonrosa o el adulterio”. O autor faz uma interpretação extensiva, entendendo possível a configuração de danos materiais em casos de sevícia, atentados contra a vida, abandono do lar, uso de drogas, doenças venéreas graves e condenação privativa de liberdade, o que permite concluir nessas hipóteses, com muito mais razão, pela possibilidade da configuração dos danos morais, previstos de forma expressa no artigo 351, em comento.

Por influência da evolução que a matéria vem experimentado no mundo, sobretudo em decorrência da ascensão social da mulher, e tendo o Peru preceito codificado, com certeza, os estudos e decisões a respeito deverão fluir muito mais rapidamente nos próximos anos, impulsionando e qualificando a sua doutrina e jurisprudência.

³⁶⁸ Código Civil Peruano - Art. 260: “Si se declara el divorcio por culpa del marido y la mujer no tiene bienes propios ni gananciales suficientes, ni está acostumbrada a subvenir a sus necesidades con el producto de su trabajo lucrativo, el juez asignará en favor de ella una pensión alimenticia que no exceda de la tercera parte de la renta de aquél.” Art. 261: “Lo dispuesto en el artículo anterior regirá a favor del marido en caso de declararse el divorcio por culpa de la mujer, si ésta fuere rica y el marido pobre e impossibilitado para el trabajo”. Art. 262: “El cónyuge podrá por causas graves, exigir la capitalización de la pensión alimenticia y la entrega del principal correspondiente.” Art. 263: “El cónyuge indigente debe ser socorrido por su consorte, aunque hubiese dado motivos para el divorcio ”

Capítulo V

A CONFIGURAÇÃO DO DANO MORAL NA RUPTURA DA SOCIEDADE CONJUGAL NO DIREITO BRASILEIRO

A responsabilidade civil, como visto, expande-se por todos os ramos do Direito Civil e também precisa transitar pelo Direito de Família, tanto em seus aspectos pessoais de vínculo familiar como na esfera patrimonial das relações oriundas do mesmo. Sendo reconhecida no seio conjugal, aproxima a moral e o direito, garantindo unidade familiar e segurança social.

É perceptível que hoje, diante de lesões graves cometidas por um cônjuge ou companheiro contra o outro, “já não é aceito que reine o temor sobre o silêncio reverencial do parente ofendido”³⁷⁰ ou, como diz Paulo Luiz Netto LÔBO “não há mais imunidades especiais e disputas dentro da família.”, confirmando que os danos morais “devem ser indenizados segundo as regras comuns, além da sanção indireta da separação judicial.”³⁷¹ É certo que, em face da evolução fundada na igualdade entre os cônjuges, muita coisa mudou e melhorou. O que, no entanto, ainda continua sendo causa de opressão e humilhação, de desgosto e sofrimento, enfim, de dores morais e de efeitos emocionais na relação conjugal, precisa ser reprimido.

Não oferecendo o Direito de Família, além da possibilidade de ruptura da relação, qualquer sanção efetiva, como já demonstrado, precisam ser aplicadas as sanções oferecidas pela responsabilização civil da ilicitude do ato praticado. Tratando dos principais efeitos pessoais da separação em relação aos cônjuges, Maria Helena DINIZ aponta, entre outros:

[.] 3) dar origem, se litigiosa a separação, a indenização por perdas e danos, em face de prejuízos morais ou patrimoniais sofridos pelo cônjuge inocente. Deveras, pode haver dano moral por não-cumprimento dos deveres conjugais, lesivo ao direito da personalidade de um dos consortes; logo este poderá pleitear, cumulativamente, com o pedido de separação judicial, indenização pelo gravame sofrido, que lhe prejudicou a saúde, causou sua desonra ou o submeteu a injúria ou a humilhações. Tal pretensão condenatória poderá até mesmo ser deduzida na reconvenção. Pela identidade de causa petendi, nada

³⁶⁹CHAVEZ, Hector Cornejo. *Derecho familiar peruano* Lima: Gaceta Jurídica, 1999, p. 340-343.

³⁷⁰MADALENO, Rolf. *Direito de família aspectos polêmicos 2* ed. Porto Alegre Livraria do Advogado, 1999, p. 138.

³⁷¹LÔBO, Paulo Luiz Netto *Igualdade conjugal – direitos e deveres*, p. 143

impede que o juízo de família venha a decidir os pedidos cumulados(TJSP, AgI 136.366-4/1-00).³⁷²

Ora, considerando que o dano moral se configura pelo efeito da lesão que provoca e pelo caráter da sua repercussão sobre o lesado³⁷³, é inconcebível não admitir que um e outro acontecem no seio familiar, de forma ainda mais manifesta.

Na união conjugal, matrimonializada ou não, nascida fundamentalmente de uma proposta comum, de parceria e amor eternos, como no dito do “foram felizes para sempre”, toda contrariedade na sua constância ou, ainda mais sensivelmente, na sua ruptura, por qualquer razão, causa seqüelas indeléveis na personalidade das partes envolvidas. Isso é tão relevante porque “não se pode imaginar união conjugal em que falte ao casal o respeito e consideração inerente à comunhão de vida.”³⁷⁴

Carlos Alberto BITTAR, tratando do dano moral nas relações de caráter eminentemente pessoal, posiciona-se nessa linha concluindo que “a deterioração de relações familiares, ditadas por problemas vários que a convivência inadequada pode trazer, é outra fonte de geração de danos de cunho moral e que, aliás, mais profundamente marcam a vítima (assim, a desinteligência grave entre o casal pode levar a agressões, a injúrias graves e a situações vexatórias, suscetíveis de reparação nesse campo...)”³⁷⁵

A praxe forense, os estudos sociais e psicológicos, as pesquisas de campo e as estatísticas dão conta disso. Em sua análise, Eduardo de Oliveira LEITE resgata os “efeitos devastadores de reflexos quase sempre negativos”, ocasionados pelas rupturas conjugais; mesmo nas consensuais e, muito mais, nas litigiosas, porque são sempre experiências dolorosas e duradouras que causam danos dos mais diversos matizes.³⁷⁶

Dentro dos conceitos de “ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum” na noção do art. 1572, *caput*, do Código Civil, ou das hipóteses que fazem presumir a impossibilidade da vida em comum, de que trata o art. 1573, todas as causas culposas da separação litigiosa podem importar em atos ilícitos, capazes de causar dano moral suscetível de ressarcimento. Mário Moacyr PORTO, ainda na vigência da Lei do Divórcio, defendia que o art. 5º, *caput*, a rigor, era um desdobramento do art. 159 do Código Civil anterior,³⁷⁷ hoje substituído pelo art.186.

Por isso, na ruptura da relação conjugal, o que deve ser analisado, sempre, são as conseqüências que o evento danoso ocasiona na vítima: a frustração causada, o vexame e a

³⁷² DINIZ, Maria Helena *Curso de direito civil brasileiro direito de família*. p.268-269.

³⁷¹ DIAS, José Aguiar *Da responsabilidade civil*, p.729.

³⁷⁴ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil – direito de família*, p 133.

³⁷⁵ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. p.180.

³⁷⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Reparação do dano moral na ruptura da sociedade conjugal*, p. 128-133. Enfatizando que as uniões conjugais objetivam a duração, a permanência, a construção de projetos, planos e metas. o autor dá conta de estatísticas acerca dos efeitos causados pela ruptura

³⁷⁷ PORTO, Mário Moacyr. *Ação de responsabilidade entre marido e mulher*, p.179.

natureza e intensidade da humilhação, da tristeza e do constrangimento a que foi exposta a parte ofendida. Igualmente, deve ser sopesado o grau de reprovação da conduta do ex-cônjuge, companheiro ou companheira e a sua capacidade econômica, as condições sociais do ofendido, enfim, o amargor da ofensa.³⁷⁸

De nada adianta o reconhecimento das conseqüências danosas se não motivadas por culpa do outro cônjuge. Muitas vezes, mesmo na separação consensual, no divórcio direto sem causa culposa, na própria ruptura da união estável pelo fim do afeto, existem sofrimentos, mágoas e dissabores que não têm como serem compensados por fazerem parte do próprio contexto da quebra da relação. Fundamental é a ocorrência de conduta culposa e a verificação da sua intensidade para configuração do dano moral.

Seção I – A conduta conjugal culposa na caracterização do dano moral

Já foi demonstrado no capítulo III deste trabalho que, por maior que tenha sido a culpa pela ruptura da sociedade conjugal, tanto matrimonializada como de fato, o Direito de Família não oferece sanções que punam adequadamente o culpado ou que compensem o inocente. Muitas vezes, o descumprimento dos deveres do casamento (art.1566) ou da constituição da união estável (art. 1724) transforma o inocente em verdadeira vítima, tal a intensidade das ilicitudes praticadas.

Basta que se imaginem situações de rompimento da vida conjugal por culpa, como algumas das apontadas por Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos SANTOS, Eduardo de Oliveira LEITE, Inácio de Carvalho NETO, José de Aguiar DIAS, Sílvio de Salvo VENOSA, Rolf MADALENO, Belmiro Pedro WELTER³⁷⁹, ou das tantas que na particularidade do caso concreto, o dia-a-dia forense nos apresenta.

Certos casos de adultério causam, sem dúvida, sofrimento atroz e profundos dissabores, com conseqüências funestas na vida familiar e , especialmente, do cônjuge traído. O alcoolismo,³⁸⁰ causa de um sem-número de uniões desfeitas, tem por trás marcas indeléveis de sofrimento, de maus-tratos, de vergonha e humilhação. Sem contar o mal causado pela

³⁷⁸SILVA, Sônia Maria Teixeira da. *Traição e dano moral* In: BUCCI, Mário César (Coord). Revista de Responsabilidade Civil. Campinas: Mizuno, 2000, v. I, 2001, p. 387-390.

³⁷⁹ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação civil na separação e no divórcio*. p. 153. LEITE, Eduardo de Oliveira. *Reparação do dano moral na ruptura da sociedade conjugal*, p. 154 NETO, Inácio de Carvalho. *Responsabilidade civil no direito de família*, p. 329-339. DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, p. 382-383. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil direito de família*, p. 234. MADALENO, Rolf. *Direito de família aspectos polêmicos*, p. 140. WELTER, Belmiro Pedro *Dano moral na separação, divórcio e união estável* Revista dos Tribunais. São Paulo. RT, ano 89, v. 775, p 128-135, maio 2000.p. 134-135.

³⁸⁰ Acerca do vício da embriaguez pode-se ver na apelação cível n 121.483-1, 6ª. CC do TJSP, rel Des. Ernani de Paiva, j em 19abr.1990: "O vício da embriaguez, ou uso abusivo de bebidas alcoólicas, representa conduta expressivamente desonrosa para o outro cônjuge [] ainda que não dê lugar a violência e escândalos, por criar situação vexatórias [.] Revista dos Tribunais, ano 79, jun 1999, v 656, p 87.

imposição da convivência íntima com pessoa dada à embriaguez, causando, no seu conjunto, a desagregação conjugal e familiar; ainda mais graves são as conseqüências da convivência com parceiro dado ao uso de drogas.

A transmissão de doenças venéreas sempre foi causa das piores conseqüências e da maior vergonha e dissabor.³⁸¹ Nos últimos tempos, a situação restou agravada com a possibilidade de transmissão da Aids, pelo risco de vida para o cônjuge inocente contaminado. Também isso ocorre com a injúria, a difamação, quando não a própria calúnia perpetrada por um cônjuge contra o outro. Por exemplo, a calúnia contra a honradez profissional do consorte, ou ainda, a acusação infundada em demanda judicial.

Os maus-tratos, na maioria das vezes praticados contra as esposas ou companheiras, vêm crescendo tanto, em número e gravidade que na estrutura policial nacional estão sendo criadas delegacias especializadas para atendimento dos casos de violência contra a mulher.³⁸²

O próprio abandono conjugal é fonte dos mais profundos sofrimentos, algumas vezes, de conseqüências tão graves, capazes de prostrar o cônjuge inocente ao ponto de induzi-lo ao suicídio. E mais, doenças físicas, depressões, transferências de trabalho e até de residência e cidade, impostas pela causa culposa da separação. Sem contar, ainda, em muitos casos, com a vergonha da pecha de traído e abandonado, para não fazer uso de identificações ainda mais humilhantes, usadas no palavreado do dia-a-dia.

Afora os casos até aqui apontados, Belmiro Pedro WELTER faz enumeração exemplificativa de situações capituladas como delito penal, condição que exige como pressuposto para a configuração do direito ao ressarcimento³⁸³. Particularmente, tem-se a pensar que basta ser grave e causadora de dano a violação do dever do casamento, o suficiente para tornar insuportável a vida em comum, nos moldes do art. 1573, do novo Código Civil e seu parágrafo.

Analisando as causas da separação litigiosa, Maria Helena DINIZ³⁸⁴ aponta ainda outras situações que, imaginadas no ambiente familiar, evidenciam carga emocional negativa que imprimem na vida do companheiro, sem dúvidas, causas de profundo dano moral. São algumas das apontadas: o uso de entorpecentes pelo cônjuge ou companheiro, o lenocínio, o vício do jogo, a exploração de negócios desonrosos.

³⁸¹ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, p. 383.

³⁸² BRAUNER, Maria Claudia Crespo. As novas orientações do direito de família In: *O direito de família descobrindo novos caminhos* BRAUNER, Maria Claudia Crespo (Coord) São Leopoldo edição da autora, 2001, p. 13, dá conta dessa preocupação com a violência na família, enaltecendo a criação das delegacias da mulher, mas, mesmo assim, reconhecendo a falta de políticas públicas eficazes e de um maior compromisso das autoridades para com a redução das suas manifestações.

³⁸³ WELTER, Belmiro Pedro *Dano moral na separação, divórcio e união estável*, p 134-135.

³⁸⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito civil brasileiro* Direito de família, p.252-258.

Entre as hipóteses de injúria grave, a autora inclui o próprio descumprimento do *debitum conjugale*, o ciúme doentio, a prática homossexual, atentados ao pudor, a imputação caluniosa de adultério, além das incontáveis formas de injúria verbal, pelas quais Marie-France HIRIGOYEN considera possível destruir a pessoa, denominando-as de “violência perversa ou assédio moral”. Na opinião da psiquiatra, psicanalista e psicoterapeuta familiar francesa, especialista em vitimologia, essas são muitas vezes tão fortes, a ponto de “quebrarem” psicologicamente a vítima, por isso, comparadas, como nos romances policiais ingleses, ao arsênico colocado em pequenas gotas no seu café.³⁸⁵

Como se vê, possibilidades e exemplos não faltam. E convincentes ! Não é possível, portanto, que, pura e simplesmente, situações como essas e outras tantas do dicionário dos casos concretos do direito conjugal passem impunes. E, reduzidas as sanções àquelas oferecidas pelo Direito de Família, segundo já se pormenorizou, terminam passando mesmo. Como apontou Belmiro Pedro WELTER, não se pretende que o amor seja indenizado, mas “que seja reparado o dano causado ao cônjuge inocente e vítima de conduta criminosa, ofensiva à sua integridade moral, produzindo dor martirizante e profundo mal-estar e angústia.”³⁸⁶

Na verdade, fosse permanecer nos limites dos efeitos da ruptura da vida matrimonial, de acordo com o previsto pelo novo Código Civil, o cônjuge culpado pela separação, descumpridor dos deveres conjugais e responsável pelas conseqüências apontadas, nenhuma sanção efetiva sofreria. Então, por uma questão de justiça e de reconhecimento da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88), não pode, mesmo, passar em branco. E, pela ausência de disposição condizente e específica no livro do Direito de Família, abre-se margem para o deferimento de indenização nos termos do art. 186, que define o ato ilícito.

O reconhecimento da responsabilidade civil por dano moral tanto na separação judicial como na dissolução da união estável, obviamente, com culpa e prova dos danos causados à pessoa e à imagem do consorte, é coisa para ser gerada e nutrida pela atualidade. O mundo jurídico mais avançado já o vem fazendo, como demonstrado na análise do direito comparado, feita no capítulo IV desta dissertação.

Com a maior convicção e certeza, se quem “por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência violar direito e causar dano a outrem ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”(art. 186), desse reconhecimento não podem escapar as ilicitudes cometidas no seio da relação conjugal.

Ora, se nas relações sociais e profissionais com terceiros, o conceito de culpa impõe ressarcimento, com mais razão na relação conjugal na qual a fidelidade é recíproca e a

³⁸⁵HIRIGOYEN, Marie-France. *Assédio Moral – A violência perversa do cotidiano* Trad Maria Helena Kühner. 3 ed São Paulo Bertrand Brasil. 2002. p 34.

³⁸⁶WELTER, Belmiro Pedro. *Dano moral na separação, divórcio e união estável*, p.135.

assistência, o respeito e a consideração são mútuos (art. 1566). Por idêntico, a lealdade, o respeito e a assistência devem ser seguidos como relação obrigatória na união estável (art.1724).

O Direito de Família, exatamente por ser o mais sensível de todos os direitos, por tratar dos afetos e sentimentos das pessoas³⁸⁷, sem dúvida, precisa dar resposta às ilicitudes cometidas no curso e, por elas, na ruptura da sociedade conjugal. Não podem, portanto, persistir impunes agressões de toda espécie perpetradas entre o casal no seio da família, exatamente onde deveria ser fomentada a harmonia familiar e social.

Daí a crítica de Yussef Said CAHALI³⁸⁸ ainda à Lei de Divórcio e, mais incisivamente, ao novo Código Civil, por ambos desconsiderarem os reclamos da doutrina e não estabelecerem expressamente qualquer sanção pecuniária contra o causador da separação, pelos danos sofridos pelo inocente, que considera “altamente moralizadora”. O autor identifica no caso concreto de uma separação, decretada por agressões físicas, sevícias ou injúria grave, causas não só de conseqüências no âmbito penal ou de indenização patrimonial que a lesão à saúde possa provocar, como o dano moral que acarretam, entendendo ainda mais relevante em se tratando de agressão de um cônjuge contra o outro.³⁸⁹

Inobstante a omissão legislativa específica, tanto da Lei de Divórcio, como do vigente Código Civil, a atual previsão do art.186, absorvendo a idéia do dano moral na definição do ato ilícito, garante elasticidade suficiente para sua aplicação no reconhecimento da necessidade de ressarcimento dos danos causados por culpa na ruptura da relação conjugal.

É certo que não se pode generalizar o encaminhamento da matéria. O fim do amor impõe o fim do casamento e da união estável, sem que esse término, seja sempre revestido de ilicitude. É fundamental reconhecer que o simples fim do amor, mesmo contrariando os deveres conjugais, não é suficiente para caracterizar a ilicitude pretendida para indenizar. É preciso que haja culpa manifesta no rompimento.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em recente decisão, mesmo não admitindo a configuração do dano moral no caso específico, identificou bem as características que devem revestir o rompimento da relação conjugal para caracterizar o dano moral indenizável.³⁹⁰ Consta da ementa do referido acórdão que, “para que se possa conceder dano moral, é preciso mais do que um simples rompimento da relação conjugal, mas que um dos cônjuges tenha, efetivamente, submetido o outro a condições humilhantes, vexatórias e que lhe afronte a dignidade, a honra e o pudor.”

³⁸⁷ Afirmção da desembargadora do TJRS, Maria Berenice DIAS, em entrevista titulada *O amor tem preço?*, concedida ao Boletim do IBDFAM, n. 15, ano 2, jun.jul.2002, p. 8 e ao Jornal Zero Hora, Porto Alegre, 07jan.2002, p. 11.

³⁸⁸ CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*, p. 841-842.

³⁸⁹ CAHALI, Yussef Said *Divórcio e separação*, p. 843

³⁹⁰ Apcl. Civ. n. 2000.001.19674, 2ª. Cãm. Civ., rel. Des. Gustavo Kuhl Leite, j. em 16maio2001.

Não se pode, todavia, simplesmente negar a necessidade do seu ressarcimento, entendendo inexistir disposição expressa nesse sentido ou serem suficientes as supostas sanções cominadas na disciplina da separação, do divórcio e da união estável. Ou, ainda, que a ruptura faz parte do risco da própria união conjugal e que eventuais atitudes desrespeitosas e que comprometem a boa convivência ensejam, tão-somente, a ruptura do relacionamento.³⁹¹

Mesmo já tendo manifestado no curso deste trabalho posição pessoal favorável ao ressarcimento dos danos causados pela ruptura, revestida de culpa, analisam-se nas próximas seções as duas posições antagônicas de pensamento. Interessa, sobretudo, aprofundar a questão pela sua relevância e atualidade, de modo a propiciar uma completa compreensão e, assim, contribuir para uma adequada evolução da matéria. Como dito pelo brocardo latino, “*Quod omnes tangit, ab omnibus debet approbari*”, ou seja, o que interessa a todos, todos devem aprovar.

§ 1º - A gravidade da culpa

Com certeza, numa relação de afeto sonhada eterna, o amor, o respeito e a consideração são componentes indispensáveis. Na ruptura litigiosa da sociedade conjugal, decorrendo o seu desfazimento, exatamente, por atos de desamor, de desrespeito e de desconsideração, nem sempre é fácil apurar, definir e delimitar a culpa de um ou outro dos consortes, até se dizendo, nesse sentido, que “seria tão fácil julgar se a culpa estivesse toda de um lado e a razão toda do outro”.³⁹²

Maria Berenice DIAS mostra-se perplexa com a manutenção da exigência de identificação de um culpado pelo novo Código Civil., questiona: “Mas como identificar o responsável pelo fim do amor? Como provar o carinho que não foi feito, as mágoas que se transformam em frustrações, brigas e até em agressões?”³⁹³

E a tendência é sempre um ficar atribuindo ao outro as culpas e a responsabilidade pela quebra do sonho de amor, tanto que as versões de uma mesma separação, divórcio ou rompimento de uma união estável são completamente diferentes na visão de cada parte. Tão relevante é tudo isso que Rodrigo Cunha PEREIRA chega a concluir que, muitas vezes, o que o

³⁹¹ Apel. Cív n. 70004867396, 7ª. CC. TJRS. Rel. Des. Maria Berenice Dias, j. em 09out 02, DJE, ed. n. 2 563, 14mar.2003, p. 36

³⁹² Consta da ementa do julgamento da apelação cível n. 70 002 183 259, j. em 14mar.2001 pela a 7ª. Câ. Cível do TJRS, em que foi relator o Des. Sérgio de Vasconcellos Chaves. a dificuldade para aferição da culpa, ressaltando a ementa que: “Em regra, cuida-se apenas da causa imediata da ruptura, desconsiderando-se que o rompimento é resultado de uma sucessão de acontecimentos e desencontros próprios do convívio diuturno, em meio também às próprias dificuldades pessoais de cada um.” A isso acrescentamos que, nem sempre, a causa culposa da ruptura é a última e aparente.

³⁹³ DIAS, Maria Berenice. *Nasce um novo?* Código Civil, p. 19

direito considera causa de uma separação pode ser apenas a sua consequência.³⁹⁴ Por isso, para Clayton REIS “qualquer proteção jurídica que se pretenda conferir à família deve ser analisada em todos os seus aspectos, posto que passa necessariamente pelo ser humano – o centro de um sistema solar extremamente complexo.”³⁹⁵

Portanto, a complexidade do trato da pessoa humana, na sua relação mais íntima, com reflexos que, muitas vezes, ultrapassam a individualidade dos cônjuges, atingindo filhos e famílias inteiras e prejudicando relações profissionais e sociais, exige adequada configuração e dimensionamento da culpa. Isso porque, para se indenizar o ex-cônjuge ou companheiro, não basta só separação judicial por culpa de um ou outro. É indispensável que essa culpa ultrapasse os limites dos simples e comuns desentendimentos conjugais. Para que seja passível de ressarcimento, importa que seja grave a culpa, e causa direta do dano, como todos os exemplos que até aqui se têm apontado.³⁹⁶

A responsabilização civil, no Direito de Família, exige, muito especialmente, a perfeita definição da culpa e a delimitação da sua intensidade. Exatamente pelas particularidades dos relacionamentos conjugais desfeitos, não se pode pretender responsabilização sem prova contundente da culpa e em grau capaz de provocar as mágoas e ressentimentos, dores e angústias, sofrimentos e perdas, que configuram o dano moral efetivo na pessoa do cônjuge que não deu margem à ruptura. Por certo, não no exagero do exemplo resgatado por José de Castro BIGI, da obra de Candido de Oliveira, para quem a sevícia não se configurava quando o marido batia de leve na mulher, exigindo-se que “a surra se revestisse de exagerada crueza”.³⁹⁷

Mesmo a tendência jurisprudencial fazendo o próximo capítulo deste trabalho, vale aqui configurar o reconhecimento da culpa grave em hipóteses como a do julgamento da 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, que, em 10 de outubro de 1996, deferiu indenização por dano moral em favor de marido, enganado pela esposa com simulação de gravidez causadora de perturbações psíquicas.³⁹⁸

Não menos grave a situação da companheira abandonada após engravidar, que perdeu o emprego e, em consequência abortou involuntariamente, por culpa manifesta do consorte, admitida para reconhecer o dano moral causado, como fez a 2ª. Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, em 23.02.1999³⁹⁹. Entendeu-se, então, que, assim fazendo, “arruinou a

³⁹⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A culpa no desenlace conjugal*, p. 327.

³⁹⁵ REIS, Clayton. *Responsabilidade civil pelo rompimento da união estável*, p.187-188.

³⁹⁶ Vide seção I deste capítulo, em especial os exemplos apontados nas notas 378, 380 e 388.

³⁹⁷ BIGI, José de Castro. *Indenização por rompimento de casamento*, p.57.

³⁹⁸ CAHALI, Yussef Said, em *Dano moral*, p. 664, transcreve parte da ementa de julgamento, em que se verifica que: “Não se pode negar que a atitude da ré que difundiu, por motivos escusos, um estado de gravidez inexistente, provocou um agravo moral que requer reparação, com perturbação nas relações psíquicas, na tranquilidade, nos sentimentos e nos afetos do autor, [...]”.

³⁹⁹ Apelação n. 066.960-4/8, 2ª. Câm, j. em 23 fev.1999, rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, Revista dos Tribunais, ano 88, julho de 1999, v. 765, p. 191-193.

saúde física e mental de sua consorte, interrompeu sua carreira profissional, enxovalhou seu nome e submeteu-a a repetidas injúrias, durante toda a convivência *more uxorio*”⁴⁰⁰

Ainda mais recente e enfático é o reconhecimento pelo Superior Tribunal de Justiça da gravidade do proceder do marido que, com comportamento dominador, impôs vexames públicos à mulher, humilhada pelas sevícias, cárcere privado e abandono material praticados pelo mesmo, o que a levou a desenvolver perturbações psíquicas tão graves ao ponto de induzi-la a repetidas tentativas de suicídio.⁴⁰¹

Com certeza, caso tivesse sido pretendido, também seria garantido ressarcimento do dano moral causado nas hipóteses apontadas por Yussef Said CAHALI, de falta de respeito aos limites que devem ser observados na prestação do débito conjugal e de flagrado adultério da mulher.⁴⁰² Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos SANTOS, de outra arte, dá conta da gravidade da culpa capaz de gerar dano moral na hipótese julgada pela 4ª. Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, em que o marido foi condenado a pagar indenização à mulher por tê-la acusado infundada e injuriosamente na demanda de separação judicial, atribuindo-lhe a prática de adultério, que não restou comprovada.⁴⁰³

Pontes de MIRANDA, ainda na vigência da Lei de Divórcio, fez minuciosa análise de cada um dos pressupostos para a separação judicial, tanto para as hipóteses de conduta desonrosa como dos atos que importam em grave violação dos deveres conjugais, causadores de insuportabilidade da vida em comum. Em todos, o autor define a gravidade da falta cometida na caracterização da culpa. Mesmo não reconhecendo a possibilidade da configuração de ilícitos civis nas causas da separação, atenta para a hipótese da propositura de uma ação de interdição de um cônjuge ou companheiro pelo outro sem fundamento, o que considera injuriante “e a sua gravidade pode ir ao ponto de se reputar ato ilícito a sua propositura, de que irradie responsabilidade pelos danos causados.”⁴⁰⁴

⁴⁰⁰ *Possibilidade de cumulação dos pedidos de separação judicial e reparação de danos* Análise do AI nº 136 366-4/1, 6ª. Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Mohamed Amaro, j. em 15.06.2000. Revista Brasileira do Direito de Família, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v.2, n. 7, p. 60-66, out./nov./dez.2000, p.65.

⁴⁰¹ Recurso Especial n. 3051 – São Paulo (1993/0020309-6). 3ª. Turma, Rel. Min. Nilson Naves, j. em 17abr.2001, Revista Jurídica 285/96 e Rep. IOB Jurisp. 3-18211.

⁴⁰² CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*, p. 664, dá conta de decisões da 8ª e 5ª Câmaras do TJRS e da 2ª Câmara do TJSC, envolvendo a prática de coito anal e sadismo erótico do marido e flagrante de adultério da mulher, atitudes reconhecidas pelo autor, em tese, configuradoras de responsabilidade civil por danos morais

⁴⁰³ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação civil na separação e no divórcio*, p. 163-164: Apel. Cível n. 220.943-1/1, j. em 09mar. 1995, Rel. Des. Olavo Silveira

⁴⁰⁴ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito de família*, atual. Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001, p. 465-484.

§ 2º - A possibilidade de reconhecimento nas hipóteses de concorrência de culpa

Diante da previsão do art. 945 do Código Civil vigente⁴⁰⁵, ao autor de qualquer dano só cabe indenizar o que foi causado por ele, acabando com a idéia da impossibilidade de reconhecimento do dano nas hipóteses de concorrência de culpa. Não se admite a compensação de culpas nem a sua concorrência,⁴⁰⁶ e, em se tratando de culpa por rompimento de relação matrimonial, com ainda mais razão.

É possível que, numa separação, divórcio ou rompimento de união estável, haja conduta desonrosa ou rompimento dos deveres da união de parte de ambos os consortes, tanto que qualquer deles pode propor a ação de separação com base na culpa do outro, todavia, como indica o art. 945, antes apontado, segundo a gravidade da culpa de um, em confronto com a do outro.

Questões processuais acerca da possibilidade de conexão ou reconvenção não interessam para a presente análise, até podendo ação e reconvenção serem julgadas com reconhecimento de culpa de ambos, respondendo cada um pela parcela de culpa com que deu causa para o rompimento. Não há, portanto, como compensá-las. Assim, não sendo exclusiva a culpa de um dos cônjuges ou companheiros, a possibilidade de ressarcimento ficará restrita à parte do dano não provocada por ele, ou seja, havendo culpa de ambos, qualquer deles pode acionar o outro, e até ambos, um acionar o outro, pelo dano moral decorrente do ato culposo praticado.

Nesse sentido, o art. 186 do novo Código é suficientemente claro ao definir o ato ilícito como a violação de direito que causa dano a outrem, também porque, não há como ressarcir danos causados a si mesmo. Se essa tendência doutrinária e jurisprudencial já se manifestava anteriormente ao atual Código, com mais razão agora, com a regra expressa no art. 945. Por óbvio, diferente seria se tivesse regra como a do art. 266 do Código Civil francês⁴⁰⁷, que exige, para garantir o ressarcimento, culpa exclusiva.

Para Inácio de Carvalho NETO, na hipótese de culpa recíproca, nada impede que ambos postulem o ressarcimento pela culpa do outro. Exemplifica, construindo hipótese de adultério de uma parte e agressão física da outra, em que reconhece o ato culposo de ambos e a possibilidade da decretação da separação por culpa recíproca. Nada impede que um demande contra o outro, pedindo indenização pelos danos morais causados em decorrência da infidelidade

⁴⁰⁵ Código Civil Brasileiro. Art. 945: “Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada, tendo-se em conta a gravidade da sua culpa em confronto com a do autor do dano”

⁴⁰⁶ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Responsabilidade Civil dos Cônjuges*, p. 137.

⁴⁰⁷ Código Civil francês, art. 266, tradução de LEITE, Eduardo de Oliveira, *Dano moral na ruptura da sociedade conjugal*, p. 148: “Quando o divórcio é pronunciado por culpa exclusiva de um dos esposos, este pode ser condenado a perdas e danos como reparação do prejuízo material ou moral que a dissolução do casamento impôs a seu cônjuge”.

e das sevícias. Sustenta o autor, no entanto, que, se os atos praticados por um e outro forem excludentes entre si, por exemplo a infidelidade de ambos, não há que se falar em indenização.⁴⁰⁸

Não é diferente o pensamento de Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos SANTOS, para quem, “se ocorrer a violação por ambos, é caso de decretação de culpas recíprocas, com eventual condenação de ambos à reparação civil, que poderá, esta sim, a depender de seus valores, ser compensada.”⁴⁰⁹

Destarte todos os convincentes argumentos até aqui expendidos, não se pode desconhecer a posição contrária de Belmiro Pedro Welter⁴¹⁰, para quem só é admissível o pedido formulado pelo cônjuge ou convivente inocente. Entende que, recíproca a culpa, torna-se inviável o pedido, uma vez que ambos terão parcela dela, não se podendo definir de quem é a causa e a razão maior da separação.

Analisada a culpa na ruptura e a possibilidade gerar dano moral, importa, também, confirmar a sua configuração na ruptura da união estável, o que é feito em seqüência.

Seção II - A configuração do dano moral na ruptura da união estável

Todas as afirmações até aqui apresentadas com relação à união matrimonializada precisam se estendidas à união estável. Institucionalizada ou não, a relação de afeto é a mesma e a sua ruptura culposa tanto pode causar dano ao cônjuge como ao companheiro. A expectativa positiva, tanto no plano material como no afetivo, desmorona quando do rompimento da união estável, da mesma forma que sucumbe no casamento. Daí, se alinharem, nesta seção referências especificamente relacionadas às uniões de fato, agora fazendo parte do contexto do novo Código Civil.

Como já visto na seção V do capítulo III, das indenizações por serviços prestados até a Súmula 380 do STF, não se pode desconhecer a importância desta por retratar a primeira tendência à responsabilização civil na área das uniões não matrimonializadas. Era a forma de indenizar a participação do concubino que não tivesse bens adquiridos em seu nome na constância da união, pela sua contribuição nessa aquisição; do contrário, haveria lesão a um e enriquecimento ilícito do outro.

⁴⁰⁸ NETO, Inácio de Carvalho *Responsabilidade civil no direito de família*, p. 320-321 e *Reparação civil na separação litigiosa culposa*, p. 10

⁴⁰⁹ SILVA, Regina Beatriz Tavares da *Responsabilidade civil dos cônjuges*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha *A família na travessia do milênio* Anais do II Congresso Brasileiro do Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM OAB MG: 2000, p. 137.

⁴¹⁰ WELTER, Belmiro Pedro. *Dano moral Culpa*, Tese apresentada no VI Congresso Estadual do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Canela/RS, junho de 2000. *Júris Síntese* n. 24, jul/ago, 2000, p. 6-7.

Por certo, com a nova ordem instaurada em decorrência das leis 8971/94 e 9278/96, tanto a aquisição patrimonial como o dever de mútua assistência entre os conviventes ganharam outra visão, independentemente da existência de culpa no desfazimento da união. Nem para o casamento, nem para a união estável, o novo Código trouxe qualquer disposição específica.

Além dos direitos assistenciais e patrimoniais que devem ser garantidos a quem se une estavelmente, há possibilidade de ocorrerem danos causados por um companheiro contra o outro seja na constância da união, seja na sua ruptura, isso, sempre que for litigiosa e com culpa a ruptura, como acentua Belmiro Pedro WELTER. O autor exige, para o seu reconhecimento, que o pedido de dissolução de união estável seja formulado logo após a ocorrência da conduta desonrosa, sob pena de configurar o perdão do ofendido.⁴¹¹

É comum a ocorrência desses danos, acentua Carlos Alberto BITTAR⁴¹², “pois, desaparecido o interesse, podem aflorar os sentimentos negativos, provocando-se então fissuras na moralidade da vítima, por força de investidas indevidas do agente.” E não podem ficar sem ressarcimento, sob pena de se praticar profunda injustiça, uma vez que a consagração do direito de indenização, material e moral, pela prática de ato ilícito, não sofre qualquer restrição no sistema brasileiro.

Clayton Reis⁴¹³ é enfático nesse reconhecimento, garantindo que “se partirmos do pressuposto de que a união estável implica uma comunhão de sentimentos e propósitos elevados, porque os conviventes, diferente do que se ocorre no casamento, têm absoluta consciência de que o *affectio maritalis* é o vínculo que os mantém no propósito de constituir família estável, daí porque o rompimento abrupto repercute intensamente no *animus* de ambos.”

O autor defendia o direito ao ressarcimento, ainda antes da entrada em vigor do novo Código Civil, tomando com fundamento o dever de “assistência moral e material recíproca”, incluído como inciso II, do art. 2º, da lei 9.278/96. Entende que esse conferia o direito do convivente que não agiu com culpa no rompimento da relação a ser indenizado pelos danos decorrentes do rompimento, segundo as regras da responsabilidade extracontratual.⁴¹⁴ No tocante aos danos morais, é ainda mais incisivo: “Quanto aos danos morais, é inquestionável que o rompimento da união estável, sedimentada em princípios valorativos, causa profundas fissuras no espírito do convivente inocente que acreditou nessa união realizada com o companheiro eleito.”⁴¹⁵

⁴¹¹ WELTER, Belmiro Pedro *Dano moral na separação, divórcio e união estável*, p. 133.

⁴¹² BITTAR, Carlos Alberto *Reparação civil por danos morais*, p. 181

⁴¹³ REIS, Clayton. *Responsabilidade civil pelo rompimento da união estável*, p. 204.

⁴¹⁴ REIS, Clayton *Responsabilidade civil pelo rompimento da união estável*. p. 207

⁴¹⁵ REIS, Clayton. *Idem*, p. 209

Entre as posições mais enfáticas e convincentes está a de Nicolau Eládio Bassalo CRISPINO⁴¹⁶, que, mesmo não concordando com a reparação de danos causados pelo simples fato da ruptura, defende não ser necessária a criação de uma nova modalidade de reparação civil com legislação própria e regras diferenciadas, para indenizar atos danosos praticados por um cônjuge contra o outro. O autor chega a afirmar que “eximir a indenização do dano moral praticado pelo homem contra a sua ex-companheira, apenas pela afirmação de que a ‘inviabilização das relações humanas, notadamente de relações afetivas na vida comum é da ordem natural das coisas’, significa deixar o causador do dano suficientemente crente de que estas e outras ações contra a sua companheira ficariam sempre imunes”.

Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos SANTOS já se manifestava favorável ao reconhecimento da possibilidade de ressarcimento na união estável ainda em 1999⁴¹⁷, posição que renovou em 2000.⁴¹⁸ Na verdade, desde que no exame do caso concreto da ruptura se identifique a existência de um procedimento culposo, “com agressão à dignidade, à estima e ao respeito que o ofendido faz por merecer, evidencia-se a ocorrência de um dano moral passível de reparação.”⁴¹⁹

Hoje se discute muito a ética e a boa-fé que devem preponderar no contexto das relações jurídicas. Não é diferente nas relações de família, onde esses conceitos morais têm ainda mais a ver com o afeto que lhes dá base, além de impor deveres que, antes de serem legais, são morais. É importante aqui destacar que “a estipulação de deveres às uniões extrapatrimoniais serve para que se possam prever critérios abstratos para atribuir conseqüências jurídicas às situações concretas.”⁴²⁰

Nas relações informais, isso ocorre muito mais, exatamente por provirem do afeto sustentado apenas nos fatos. Nenhuma lei, nem mesmo a sua inclusão no texto do Código Civil, conseguirá garantir o afeto que deve lhe dar sustentação. Como afirmou Rodrigo da Cunha PEREIRA, mesmo sendo de opinião contrária à proposta de responsabilização civil defendida neste trabalho: “A lei é para aqueles que não querem dar afeto ou para os que não têm afeto. A lei não vai obrigá-los a ter afeto, mas vai impingir-lhes responsabilidade.”⁴²¹

⁴¹⁶ CRISPINO, Nicolau Eládio Bassalo. *Responsabilidade civil dos conviventes*, p. 116.

⁴¹⁷SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Responsabilidade civil dos conviventes* Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese:IBDFAM, nº 3, ano 1, out./nov./dez.1999, p. 24-39.

⁴¹⁸ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Responsabilidade civil dos cônjuges*, p. 124

⁴¹⁹ CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*, p. 653-654.

⁴²⁰CAMBI, Eduardo Premissas teóricas das uniões extramatrimoniais no contexto da tendência da personificação do direito de família IN: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.) *Repertório de doutrina sobre direito de família*. São Paulo: Ed. RT, 1999, v. 4, p. 144. Vale, a respeito, também acrescentar o que o autor incluiu em nota de rodapé: “Na lição de Falzca, corroborada por Antonio César Peluso, “o dever supõe uma situação que o direito toma como valor e por isso cria sempre ação capaz de realizá-lo.”(Cfr. A culpa na separação e no divórcio[contribuição para uma revisão legislativa], cit , p 44) ”

⁴²¹PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A vitória da ética sobre a moral* Del Rey Revista Jurídica, Belo Horizonte:Ed Del Rey, ano IV, n 8, maio 2002, p 7.

Assim, todos os prejuízos causados pelas contrariedades, desequilíbrios, tensões e outros distúrbios na área do psiquismo do companheiro ofendido pelo comportamento culposos do seu par constituem dano moral, que, evidentemente, precisa ser ressarcido. Mesmo não havendo previsão específica na regulamentação legal da união estável, a regra geral da responsabilização civil do ato ilícito (arts. 186 e 927) garante a possibilidade do seu ressarcimento.

A mesma dificuldade encontrada no século passado para garantir efeitos às uniões estáveis, hoje plenamente integradas e inteiramente assumidas pela realidade social e jurídica do nosso país, é vivida neste início de século com relação ao reconhecimento da necessidade de, no seu desfazimento culposos, ser assegurada a responsabilização civil adequada, especialmente pelo dano moral causado. A doutrina já é amplamente majoritária e convincente pelos seus argumentos e começa a se encaminhar também a jurisprudência como também se demonstra nesta obra.

Seção III – O rebate das teses contrárias ao seu reconhecimento

A limitada corrente doutrinária e a ainda majoritária corrente jurisprudencial⁴²² que não admitem a configuração da responsabilidade civil nas relações conjugais fundamentam sua posição, basicamente, em quatro argumentos.

Belmiro Pedro WELTER e Inácio De Carvalho NETO, mesmo não fazendo parte do grupo contrário ao seu reconhecimento, dão conta de três deles: o ressarcimento seria contrário à moral e aos bons costumes; não haveria disposição legal expressa nesse sentido e a indenização cível configuraria uma nova indenização pelo mesmo fato, já que o culpado já estaria sancionado pelo pensionamento alimentar.⁴²³

Rodrigo Cunha PEREIRA, Sérgio Gischkow PEREIRA e Maria Berenice DIAS⁴²⁴, são os nomes mais destacados da sustentação contrária, por entenderem que, admitindo a possibilidade de ressarcimento, estar-se-ia monetarizando as relações de afeto, em que, findando o amor, a separação é conseqüência inevitável. Veja-se o posicionamento de cada um desses autores.

Rodrigo da Cunha PEREIRA é categórico em afirmar que “o Direito, enquanto ciência jurídica, não pode endossar punição, pagamento ou indenização pelo fim do amor,

⁴²² PEREIRA, Sérgio Gischkow. *O Dano moral no direito de família O perigo de excessos capazes de repatrimonializar as relações familiares*, p. 405 e WELTER, Belmiro Pedro, *Dano moral na separação, divórcio e união estável*, p.130.

⁴²³ WELTER, Belmiro Pedro, Idem, *ibidem*; NETO, Inácio de Carvalho, *Responsabilidade civil no direito de família*, p. 300-313;

⁴²⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A culpa no desenlace conjugal*, p. 335. PEREIRA, Sérgio Gischkow. Idem, p 405-418. DIAS, Maria Berenice. *Amor tem preço?* Porto Alegre. Jornal Zero Hora, 07jan /2002, p.11.

mesmo porque nenhum pagamento suprirá o desamparo deixado por uma separação. Dar e receber amor, essência da vida, é gratuito, não comporta indenização.”⁴²⁵

Sérgio Gischkow PEREIRA, por sua vez, posiciona-se contra por entender que está havendo exagero nos pedidos de dano moral, de modo que praticamente toda ação de separação judicial ensejaria pedido de danos morais, levando a “deplorável e pernicioso monetarização das relações erótico-afetivas.”⁴²⁶

Já a opinião da desembargadora gaúcha funda-se no fato de que ninguém pode ser responsabilizado quando “se apaga a chama da paixão”, porque o casamento não gera qualquer obrigação ou compromisso de caráter definitivo, cujo “distrato” possa ensejar o reconhecimento da ocorrência de dano moral suscetível de ser indenizado.” E justifica que “o desenlace, muitas vezes, é o caminho para a felicidade”. Entende também que, “diferentemente do que ocorre no direito obrigacional, que tem em seu núcleo a vontade e cujo inadimplemento gera a obrigação de reparar eventuais danos causados, em sede de direito de família o elemento fundamental é o sentimento e o fim não pode ensejar a obrigação de indenizar.”⁴²⁷

A posição jurisprudencial contrária, como dito, ainda é majoritária e, parece, assim continua, muito mais pela ausência de provas nos casos julgados do que pelos seus argumentos. Não se acredita que, diante de prova eloqüente da culpa e dos danos decorrentes, os tribunais continuem negando o reconhecimento do dano moral no rompimento conjugal.

Na decisão da 8ª. Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em 10 fevereiro de 1994⁴²⁸, já era confirmada a posição assumida pelos doutrinadores indicados. No julgamento, o desembargador relator José Andrades de Carvalho sustentou seu voto na posição de Luiz Felipe da Silva HADDAD, em trabalho intitulado “Reparação do dano moral no direito brasileiro”, para quem “o compromisso amoroso entre homem e mulher é, por natureza, eivado de risco, pois a ruptura insere-se em fatores de extremo subjetivismo, por vezes até de irracionalidade, mas que são próprios da complexidade existencial da pessoa humana”.

A decisão, então, unanimemente, só admitiu censuras no campo da ética e da religião, afastando o direito com base em estudos jurídicos coordenados por James TUBENCHLAK e Ricardo S. de BUSTAMANTE⁴²⁹, porque “em seu utilitarismo, não pode exacerbar sua esfera a ponto de confundi-la com a esfera maior da ética na tutela de um relacionamento que exsurge puramente do amor, cuja permanência ou provisoriedade depende dos mesmos fatores de difícil alcance na perscrutação do mistério da mente humana”.

⁴²⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A culpa no desenlace conjugal*, p. 335.

⁴²⁶ PEREIRA, Sérgio Gischkov. Obra citada, p. 407.

⁴²⁷ Apel. Civ. n. 70004867396. 7ª. Câm. Civ. do TJRS, j. em 09out.2002, rel. Des. Maria Berenice Dias.

⁴²⁸ Apel. Cível nº 593158173 8ª CC TJRS. Rel. Des. João Andrades Carvalho, j. em 10.02.1994, In RJTJRS n.164, ano XXIX, jun/1994, p. 359-360.

⁴²⁹ TUBENCHLAK, James, BUSTAMANTE, Ricardo S de, apud apel. civ. nº 593158173, 8ª. Câm. Civ., Farroupilha, Rel. João Andrades de Carvalho, j. em 10fev.1994 RJTJRS nº164, ano XXIX, jun/1994, p. 359-360.

Com a máxima vênia, nenhum dos argumentos consegue se sustentar, como demonstra nos parágrafos seguintes.

§ 1º A contrariedade à moral e aos bons costumes

A primeira sustentação contrária, no sentido de que o ressarcimento contraria a moral e aos bons costumes, é um argumento geral e, por isso, é matéria vencida de longa data. Com a constitucionalização da indenizabilidade do dano moral desde 1988 (art. 5º, X), não se admite mais a idéia de que a indenização por qualquer dano moral seja contrária à moral e aos bons costumes. Disso já nem mais se fala.

São tantas as hipóteses em que o dano moral vem sendo reconhecido, que seria uma flagrante injustiça não reconhecê-lo na relação conjugal, na qual, mais do que em qualquer outra, se impõem a fidelidade, a assistência mútua, a lealdade, o respeito e a consideração. Com a amplitude da regra geral da responsabilidade civil consubstanciada no art. 186 do novo Código Civil, não há, mesmo, como negar o direito.

Como já defendido neste trabalho, não é *qualquer* infração aos deveres da vida conjugal que autoriza o deferimento de sanção reparadora do dano moral causado.⁴³⁰ Com ainda maior ênfase, Marilene Silveira GUIMARÃES acentua que, na esfera familiar, esses pedidos reclamam uma profunda reflexão e investigação das verdadeiras motivações do responsável pelos danos. Afirma que: “um pedido de indenização somente não será imoral se houver um dano realmente grave e a reivindicação não tiver por objeto apenas o lucro fácil.”⁴³¹

§ 2º - Os alimentos como indenização

No que se refere a entender o pensionamento alimentar como forma de indenização pela culpa na separação, com certeza, deve-se a uma confusão criada com os alimentos, assim também comumente chamados os indenizatórios, por homicídio ou lesões de que resultem defeitos, tratadas nos artigos 948 e 950 do Código Civil.⁴³² Por óbvio, os fundamentos são diferentes.

⁴³⁰ Vejam-se os casos jurisprudenciais apontados, neste mesmo capítulo, § 1º, da Seção I.

⁴³¹ GUIMARÃES, Marilene Silveira. Adultério virtual, infidelidade virtual. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) *A família na travessia do milênio*. Anais do II Congresso Brasileiro do Direito de Família. Belo Horizonte. IBDFAM: OAB MG: 2000, p. 451.

⁴³² Código Civil Brasileiro. Art. 948: “No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações: [...]II – na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima”

Os alimentos entre cônjuges ou companheiros, hoje tratados nos artigos 1694 a 1710, do Código Civil, “sempre tiveram destinação específica de subsistência do parceiro desprovido de recursos próprios para a sua manutenção. Nunca se confundiram com a paga indenizatória decorrente do rompimento culposo do casamento”, como acentua Rolf MADALENO. E completa o seu raciocínio aduzindo que “a indenização carrega, no seu objetivo, um fundamento de punição pecuniária daquele que violou sagrados deveres éticos do casamento, ou do seu estado de família, enquanto os alimentos, embora também satisfaçam a vítima, têm como função assegurar-lhe a sobrevivência física e cessam quando desaparecem as necessidades do beneficiário.”⁴³³

Uma manifestação clássica a respeito consta da diferenciação feita por José de Aguiar DIAS entre a pensão alimentar e a indenização. Diz ele: “A diferença [...] está em que os alimentos só podem ser exigidos pelo cônjuge que prova a necessidade, ao passo que a reparação civil pode ser exigida independentemente da situação econômica do prejudicado.”⁴³⁴

A esse argumento Rui STOCCO ainda acrescenta que a indenização tem caráter definitivo e, por isso, “não pode ser suprimida, aumentada ou diminuída”, contrariamente ao pensionamento alimentar, que é variável, dependente das necessidades do alimentário e das condições econômicas do alimentante, tanto que podem ser alterados e até suprimidos, a qualquer tempo.

A respeito, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos SANTOS, é ainda mais clara, esclarecendo:

*A prestação alimentícia, após a dissolução do casamento, tem caráter assistencial e não indenizatório, condicionando-se aos pressupostos da necessidade do credor e da possibilidade do devedor, podendo ser extinta a qualquer tempo, de modo que a condenação do convivente ao pagamento de pensão alimentícia e de indenização pelos danos acarretados pelo descumprimento de dever oriundo do casamento não se constitui bis in idem.*⁴³⁵

Assim, torna-se inquestionável a diferenciação do dever alimentar como forma de cumprimento do dever de mútua assistência, inscrito no art. 1566, para o casamento, e 1724, para a união estável.

Art. 950 “Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer seu ofício ou profissão, ou se lhes diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até o fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.”

⁴³³ MADALENO, Rolf. *Direito de família - aspectos polêmicos*, p. 142.

⁴³⁴ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, p.382.

⁴³⁵ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Responsabilidade civil dos cônjuges*, p. 138.

§ 3º - A falta de disposição legal expressa

Já, quanto à alegada falta de disposição legal que autorize a concessão do dano moral, a matéria também se acha vencida. Com o reconhecimento constitucional expresso, da indenizabilidade do dano moral (art. 5º, X) e a extensão assegurada à regra geral da responsabilidade civil, inserida no novo Código Civil (arts. 186 e 927), não se faz necessária disposição expressa.

Já dizia Clóvis BEVILÁQUA que “a fonte imediata do direito é a lei. Esta, porém, por mais que se alarguem as suas generalizações, por mais que se espiritualize, jamais poderá compreender a infinita variedade dos fenômenos sociais que emergem da elaboração constante da vida e vêm pedir garantias do direito.”⁴³⁶ Para quem não admite a possibilidade de ressarcimento, nem regra expressa convenceria.

Clayton REIS, em 1991, valeu-se do clássico pensamento de Clóvis BEVILÁQUA para justificar a interpretação dada pelo Judiciário à norma constitucional que previa o dano moral. E o fez ressaltando que “interpretar a lei é revelar o pensamento que anima as suas palavras”, mesmo que se faça preciso fazer uso dos princípios gerais do direito até que haja providência legislativa. Hoje, impõe-se o mesmo raciocínio interpretativo para garantir o seu reconhecimento na ruptura culposa da sociedade conjugal.

Ora, a se fazer o cotejo do art. 186, como definidor do ato ilícito, causador de qualquer dano, inclusive o moral, com os artigos 1572 e 1573, todos do novo Código Civil, não há como desconhecer que as violações dos deveres do casamento revestidas de tal gravidade e que tornam insuportável a vida em comum configuram a ilicitude preconizada para caracterizar a responsabilidade civil, inclusive por eventual dano moral.

A tese da inexistência de texto legal autorizador do reconhecimento do dano moral é refutada por diversos autores, entre os quais Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos Santos, a qual afirma simplesmente contrapondo o argumento, ou seja, se não existe regra que autoriza, inexistente regra que desautorize, que impeça a reparação, passando, portanto, a ser autorizado pela regra geral, hoje do art. 186.⁴³⁷ A autora é secundada na sustentação da possibilidade de aproveitamento da regra geral por José de Castro BIGI⁴³⁸, que exemplifica com ainda mais argumentos na hipótese de lesões auditivas causadas por agressão física do marido contra a mulher, as quais, pelo simples fato de serem casados, não podem ficar sem ser indenizadas. Fosse apenas namorados, ou até mesmo fosse o autor da agressão estranho da mulher, ele não escaparia, com certeza, da obrigação de indenizar.

⁴³⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil* 2.ed rev. e atual por Caio Mario da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Rio; F.Alves, 1980, p. 30.

⁴³⁷ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos *Reparação civil na separação e no divórcio*, p. 186-187.

Yussef Said CAHALI⁴³⁹ enuncia outro exemplo, não menos convincente, do cônjuge que difama o outro, o que se reflete na vida profissional e social do parceiro. Como diz, a difamação justifica a separação judicial contenciosa; se for o caso, os alimentos, bem como, ainda, a indenização do dano resultante da injúria, com base na regra geral do art. 186, consubstanciada pelo 953⁴⁴⁰, ambos do novo Código Civil.

A conclusão de José de Castro BIGI é no sentido de que a solução pela não indenizabilidade “em nada contribuiria para o fortalecimento da instituição do casamento”⁴⁴¹, é aplicável aos dois casos. Assim, em qualquer dos exemplos é impossível não reconhecer a ocorrência de danos morais, seja em consequência da surdez, seja da difamação.

§ 4º A monetarização das relações de afeto

O último e mais recente argumento contrário corre por conta da negação do direito à indenizabilidade do dano moral, como radicalmente faz Maria Berenice DIAS, entendendo que o amor não tem preço e está virando um negócio em que o “querer bem” é confundido com “dividir bens”⁴⁴². É acompanhada, como antes apontado, por Rodrigo da Cunha PEREIRA, para quem não cabem inocentes ou culpados, dissociando a responsabilidade civil do laço conjugal.⁴⁴³ A argumentação é descabida porque a “essência ética do casamento e a defesa da paz familiar” perdem todo e qualquer sentido depois que um cônjuge ou companheiro promove contra o outro uma ação de separação judicial ou dissolução de união estável.⁴⁴⁴

No fim do amor, puro e simples, é certo que não há inocente e culpado, vítima e réu⁴⁴⁵. Isso não se pode dizer, no entanto, quando este final é recheado de descumprimento de deveres, de malícia, de culpa, como se depreende de todas as hipóteses que fizeram os exemplos trazidos na análise da culpa e sua gravidade. A sustentação da ressarcibilidade não se prende aos casos comuns do rompimento puro e simples. Por isso, não se pode radicalizar e, simplesmente, entender que “pretender indenizações pelo rompimento do casamento significa deturpar o significado do amor.”⁴⁴⁶ O desamor, por si só, não gera o direito à indenização, como afirma

⁴³⁸ BIGI, José de Castro. *O direito de família após a constituição federal de 1988*, p. 58.

⁴³⁹ CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*, p.843.

⁴⁴⁰ Código Civil Brasileiro, art. 953. “A indenização por injúria, difamação ou calúnia, consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.”

⁴⁴¹ BIGI, José de Castro. *Idem*, *ibidem*.

⁴⁴² DIAS, Maria Berenice. *O amor tem preço?*, p. 8.

⁴⁴³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Editorial Boletim do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM. Porto Alegre Síntese, ano 2, n. 15, jun./jul 2002, p.1.

⁴⁴⁴ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação civil na separação e no divórcio*, p. 187.

⁴⁴⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *O débito e o crédito conjugal* Boletim do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, nº.15, ano 2, jun /jul 2002, p 7

⁴⁴⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Idem*, *ibidem*

Regina Beatriz Tavares da SILVA, “sendo indispensável o preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil.”⁴⁴⁷

Para um maior convencimento, basta que se imagine o fim do casamento ou da união estável decorrente, por exemplo, de constantes maus-tratos, de injúrias graves, de transmissão de doenças venéreas, de adultério escandaloso, de calúnia ou difamação pessoal ou profissional de um cônjuge ou companheiro contra o outro. Em situações como essas, e outras tantas, não se diga, simplesmente, que o amor acabou. Por certo, o amor acabou, mas, junto, destruiu a pessoa do companheiro, seu conceito e todas as suas expectativas e projetos de vida.

Contra todos os argumentos contrários à tese da configuração do dano moral na ruptura da sociedade conjugal, considerados por Eduardo de Oliveira LEITE reducionistas e tendenciosos⁴⁴⁸, parece lúcida e consistente a sua afirmação no sentido que “o invocar do abrangente artigo 159⁴⁴⁹ do Código Civil é suficiente para criar a pretensão à reparação, na medida em que a obrigação indenizatória decorre do dano causado a alguém, por ação ou omissão caracterizadora do ilícito violador do direito subjetivo individual.”⁴⁵⁰ Por certo, com a vigência do novo Código, não mais o art. 159, como assinalava, mas o art. 186 do Código atual, ainda mais claramente permite o reconhecimento da ilicitude na ruptura da sociedade conjugal, impondo a sua reparação como pontuado pelo art. 927.⁴⁵¹

Seção IV - A possibilidade jurídica do pedido e as hipóteses de admissibilidade

Desde que a Constituição Federal consagrou a obrigação de reparar o dano moral, no inciso V, do art. 5º, e, agora, o Código Civil, consolidando-a artigos 186 e 927, parece indiscutível a possibilidade jurídica de pedidos dessa natureza na área do Direito de Família, e, em particular, na ruptura da sociedade conjugal. E nem poderia ser diferente, porque à lei cabe tutelar a integridade moral do ser humano. Entretanto, como em qualquer pedido de ressarcimento de dano moral, para sua configuração, impõe-se a apuração da culpa e dos danos dela decorrentes, fazendo-se, assim, a relação de causa e efeito, indispensável a qualquer ação de reparação, segundo os pressupostos do direito comum defendidos por Yussef Said Cahali.⁴⁵²

⁴⁴⁷ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Indenização na separação*, p.6.

⁴⁴⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Reparação do dano moral na ruptura da sociedade conjugal*, p.146.

⁴⁴⁹ Corresponde no novo Código Civil ao atual art.186.

⁴⁵⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Idem*, p.140.

⁴⁵¹ Código Civil Brasileiro. Art. 927: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano à outrem, fica obrigado a repará-lo.”

⁴⁵² CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*, p. 843-844, exemplifica e conclui que a ação se baseia nos pressupostos do direito comum, quanto ao ressarcimento do dano decorrente de um delito civil, podendo ser proposta de forma autônoma ou cumulada com a de dissolução da relação conjugal, bem como, antes ou depois desta.

A posição é secundada por Paulo Luiz Netto LÔBO e Rui STOCO, para quem o ressarcimento do dano moral na relação conjugal exsurge sempre que ocorrem os pressupostos do direito à indenização ou à reparação.⁴⁵³

Havendo proceder contrário aos deveres do casamento de qualquer cônjuge contra o seu consorte, passa a existir desequilíbrio na relação o que, causando dano, precisa ser ressarcido. Belmiro Pedro WELTER, ardoroso defensor do ressarcimento do dano moral quando da ruptura da sociedade conjugal, entende indispensável para sua configuração a ocorrência dos seguintes pressupostos:

1) a ação de separação judicial ou dissolução de união estável e/ou indenização por dano moral deve ser ajuizada logo após a ocorrência da conduta culposa, sob pena de incidir o perdão do cônjuge ofendido;

2) o direito ao dano moral é exclusivo do cônjuge inocente;

3) o pedido somente é possível na ação de separação judicial ou dissolução de união estável litigiosa e com culpa;

4) a conduta do cônjuge culpado deve ser tipificada como crime,

*5) o comportamento delituoso deve ser ofensivo à integridade moral do cônjuge ofendido, produzindo dor martirizante e profundo mal-estar e angústia*⁴⁵⁴

Por reconhecer que descabe execução forçada no descumprimento de grande parte dos deveres conjugais em face do seu caráter personalíssimo, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos SANTOS afirma não haver como obrigar o cônjuge a ser fiel ou a respeitar e proteger os direitos da personalidade do outro cônjuge. Em decorrência, e para que tais infrações não passem sem punição e ressarcimento, conclui pela obrigação de indenizar pelo simples descumprimento da obrigação de fazer ou não fazer. Para tanto, entende exigíveis apenas os pressupostos gerais da responsabilidade civil (ação ilícita, dano e nexo causal), da mesma forma que diante da prática de qualquer ilicitude em qualquer relação jurídica.⁴⁵⁵

Não é demais, entretanto, repetir que o pedido precisa, sempre, estar fundado em ato injusto do outro cônjuge ou companheiro, porque a simples ruptura da relação conjugal não configura a possibilidade de ressarcimento.

⁴⁵³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Igualdade conjugal – direitos e deveres*, p. 143; STOCO, Rui *Tratado de Responsabilidade Civil*, p. 623, sendo que este afirma. “O pressuposto do direito à reparação é o ato ilícito e o dano verificado que àquele se liga por nexo de causa e efeito e não a natureza do ato praticado, sua origem ou qualificação jurídica.”

⁴⁵⁴ WELTER, Belmiro Pedro *Dano moral na separação, divórcio e união estável*, p. 135

⁴⁵⁵ AI n 136 366-4/1, 6ª Câmara de Direito Privado Rel Des Mohamed Amaro, j em 15jun 2000, Revista Brasileira do Direito de Família Porto Alegre Síntese, IBDFAM, v.2, n 7, out/dez.,2000, p 61

§ 1º - A cumulação do pedido de dissolução e reparação de danos

Os autores nacionais que admitem a reparabilidade do dano moral fazem-no de forma ampla, não só em pedido autônomo, na constância da união ou no seu desfazimento, como cumuladamente com o pedido de dissolução da relação, tanto matrimonializada como de fato.

Analisando recente acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, Regina Beatriz Tavares da SILVA⁴⁵⁶ conclui pela possibilidade da cumulação de pedidos por entender que os princípios da responsabilidade civil aplicam-se perfeitamente às relações conjugais, tendo em vista que a lei, ao estabelecer os deveres dos cônjuges, impõe certos atos assim como impede outros. A violação de qualquer deles, causando danos, garante ao ofendido o direito à reparação pela concretização dos pressupostos da responsabilidade civil subjetiva (ato ilícito, dano e nexo causal).

A se ver a questão do prisma processual, a resposta pela possibilidade da cumulação de pedidos está no art. 292 do Código de Processo Civil⁴⁵⁷. Ora, a compatibilidade entre o pedido de separação e o de ressarcimento do dano moral é manifesta. O procedimento para ambos os pedidos é o ordinário; a competência é das Varas de Família, consoante dispõe a maioria dos Códigos de Organização Judiciária dos Estados membros, dependendo, contudo, da disposição de cada Estado da federação.⁴⁵⁸ As partes serão as mesmas e o fundamento fático também, ou seja, mesmo autor e réu e grave violação dos deveres do casamento que torne insuportável a vida em comum, segundo disposição do *caput* do art. 1572, a ser configurada de acordo com a enumeração de causas do art. 1573.

Vale destacar, ainda, que o art. 1573 não esgota nos seus seis incisos todas as hipóteses, já que no parágrafo único abre ao juiz a possibilidade de considerar outros fatos que possam tornar evidente a impossibilidade da vida em comum.

⁴⁵⁶ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Possibilidade de cumulação dos pedidos de separação judicial e reparação de danos*. Análise do AI nº 136.366-4/1, 6ª. Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Mohamed Amaro, j. em 15.06.2000, Revista Brasileira do Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v.2, n. 7, out/dez.,2000, p. 60-66.

⁴⁵⁷ Código de Processo Civil Brasileiro, art. 292: "É permitida a cumulação, num único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão. § 1º São requisitos de admissibilidade da cumulação: I – que os pedidos sejam compatíveis entre si; II – que seja competente para conhecer deles o mesmo juízo; III – que seja adequado para todos os pedidos o tipo de procedimento. § 2º - Quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, admitir-se-á a cumulação, se o autor empregar o procedimento ordinário."

⁴⁵⁸ Conforme anota Regina Beatriz Tavares da SILVA. *Possibilidade de cumulação dos pedidos de separação judicial e reparação de danos*, p. 63-64, entendendo que o pedido de reparação de dano moral nos casos de separação ou dissolução de união estável não é decorrente de relações meramente civis, mas de relações de família, que têm especificidades e natureza próprias. No Rio Grande do Sul, todavia, o Código de Organização Judiciária (COJE), no seu art. 73 que dá as atribuições atinentes à área de família, não tem disposição específica, acreditando-se que, em decorrência da matéria, num possível conflito de competência, seja assegurada competência às varas especializadas.

Mário Moacyr PORTO, de sua parte, admite a cumulação do pedido de separação litigiosa com o de indenização pelo dano moral causado por injúria proferida contra o consorte e que reflita na reputação social e profissional do parceiro.⁴⁵⁹

Yussef Said Cahali, mesmo reconhecendo a existência de decisões que não admitem a cumulação da separação litigiosa com indenização de danos morais⁴⁶⁰, acata a cumulação objetiva de pedidos numa mesma demanda, com fundamento no art. 292 do Código de Processo Civil, como antes analisado, afirmando a competência da Vara de Família.⁴⁶¹ Entende que a causa culposa da separação justifica não apenas a separação judicial contenciosa, como, se for o caso, a pensão alimentícia e também a ação de indenização dos danos resultantes da ofensa.⁴⁶²

Belmiro Pedro WELTER, na sua enumeração de pressupostos para a propositura da demanda de ressarcimento dos danos morais causados, também admite a cumulação.⁴⁶³

§ 2º - Pedido autônomo antes e após a dissolução da sociedade

Estabelecidos os pressupostos para a configuração do dano moral em favor do cônjuge inocente, nada impede que a indenização seja pleiteada antes ou depois da propositura da ação de separação litigiosa, ou mesmo o divórcio direto, este, nas restritas hipóteses apontadas. A lógica é que aconteça concomitantemente com a propositura da ação de separação de forma autônoma ou cumulada, porque o momento mais adequado é este, até pela questão temporal. Quanto à propositura de ação dessa natureza na constância da união, entende-se que, tecnicamente, até inexistiria impedimento. Todavia, é certo que, na prática, fica muito difícil a sua ocorrência porque é difícil compatibilizar a propositura da ação com a manutenção da relação, pois a quebra dos laços conjugais é pressuposto da configuração do dano.

Da possibilidade de propositura de pedido autônomo comungam os autores mais eloquentes da defesa da ressarcibilidade do dano moral na ruptura dos laços conjugais. Eduardo de Oliveira LEITE,⁴⁶⁴ Mário Moacyr PORTO⁴⁶⁵, Belmiro Pedro WELTER⁴⁶⁶, Caio Mario da

⁴⁵⁹ PORTO, Mario Moacyr. *Temas de responsabilidade civil – Responsabilidade civil entre marido e mulher*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 71. Também em *Ação de responsabilidade civil entre marido e mulher*, p. 181.

⁴⁶⁰ CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*, p. 845: Em função de “comunhão da causa de pedir, mas com repercussões jurídicas diferentes nos campos do Direito de Família e das Obrigações, diferença que repercute, por sua vez, na competência do juízo.” (6ª. Câmara do TJSP, 06.04.2000, JTJ 239/291).

⁴⁶¹ CAHALI, Yussef Said. *Idem*, p. 844-845: TJSP, 6ª. Câmara, Ag. Instr. 136.366-4, 15.06.2000; 2ª Câmara, 13.02.2001, JTJ 240/211.

⁴⁶² CAHALI, Yussef Said. *Idem*, p. 843.

⁴⁶³ WELTER, Belmiro Pedro. *Dano moral na separação, divórcio e união estável*, p. 135, na enumeração dos pressupostos aponta: “1) a ação de separação judicial ou dissolução de união estável e/ou indenização por dano moral deve ser ajuizada logo após a ocorrência da conduta culposa, sob pena de incidir o perdão do cônjuge ofendido;”

⁴⁶⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Temas de direito de família*, p. 147-148.

⁴⁶⁵ PORTO, Mário Moacyr. *Ação de responsabilidade civil entre marido e mulher*, p. 181

Silva PEREIRA⁴⁶⁷ e Carlos Roberto GONÇALVES tanto admitem pedidos independentes, pleiteados antes ou depois da instauração da separação ou divórcio, como formulados em uma mesma demanda⁴⁶⁸.

Rui STOCCO acata a possibilidade de qualquer dos cônjuges ter de indenizar o outro por ter-lhe causado prejuízo, até na constância da sociedade conjugal, bastando a caracterização do ato como ilícito e culpável.⁴⁶⁹ Patrícia Pimentel OLIVEIRA entende serem as ações totalmente distintas e de fundamentos jurídicos diversos, embora baseados no mesmo fato.⁴⁷⁰

Para Yussef Said CAHALI, por último, nada impede que a indenização seja pleiteada com fundamento na regra geral da responsabilidade civil, hoje consubstanciada no art. 186 do novo diploma civil, antes ou depois da instauração do processo de separação. Não se exige que o prejudicado prove ou, mesmo, alegue necessidade da indenização, uma vez que ela não tem caráter alimentar.⁴⁷¹ E são diversas as causas jurídicas das duas pretensões (ação de separação e de indenização por ato ilícito).⁴⁷²

Cumprе destacar, entretanto, a posição contrária de Inácio de Carvalho NETO⁴⁷³, para quem não é possível a cumulação dos pedidos por entender que a competência para apreciá-los não é a mesma, como exigido pelo inciso II do art. 292 do Código de Processo Civil, analisado no parágrafo anterior. Entende o autor que os juízos cíveis são competentes para o julgamento do pedido indenizatório, ao passo que aos de família fica reservada a apreciação da separação judicial. E justifica o seu posicionamento ante a falta de disposição expressa no nosso ordenamento, como a contida no art. 1792 do Código Civil Português, segundo a qual “o *pedido de indenização deve ser deduzido na própria ação de divórcio*”, conforme se viu na análise do direito comparado.

Não é possível acompanhar o entendimento do autor uma vez que, dos incisos da regra processual definidora da competência nos casos de cumulação de pedidos, a da identidade do juízo nos parece a menos importante, porque emerge do atendimento das demais exigências para a configuração da cumulação (compatibilidade dos pedidos entre si, procedimento adequado para todos os pedidos, o qual, no caso, pode até ser desconsiderado se o autor empregar o procedimento ordinário).

⁴⁶⁶ Como visto e assinalado na nota nº 463, o autor admite tanto cumuladamente, como de forma autônoma, antes ou depois da separação ou divórcio (“e/ou”).

⁴⁶⁷ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*, na p.152, afirma que “afora os alimentos que suprem a perda da assistência direta, poderá ainda ocorrer a indenização por perdas e danos (dano patrimonial e dano moral), em face do prejuízo sofrido pelo cônjuge inocente.”

⁴⁶⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*, p.72.

⁴⁶⁹ STOCCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*, p. 653.

⁴⁷⁰ OLIVEIRA, Patrícia Pimentel. *Da possibilidade de indenização entre cônjuges por dano à honra* Revista de Responsabilidade Civil, Campinas: Ed. Mizuno, v. 1, 2000, p.342-346.

⁴⁷¹ CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*, p.844.

⁴⁷² CAHALI, Yussef Said. *Idem*, *ibidem*.

⁴⁷³ NETO, Inácio de Carvalho. *Reparação civil na separação litigiosa culposa*, p.9

Seção V – A função e a valoração do dano no ambiente familiar

§ 1º - A função do dano moral ante a particularidade da família como valor maior da sociedade

Como visto na análise da natureza jurídica do dano moral, é tripla a sua função: compensatória, punitiva e preventiva, esta também chamada “dissuasória”.⁴⁷⁴ O reconhecimento dessas funções na quebra culposa das relações conjugais, pela própria tipicidade do vínculo, torna-se ainda mais evidente. Se “o destinatário do direito é o homem”, como assinala Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos SANTOS, e, por isso, “deve ser amparado em seus interesses morais e materiais, para que a função protetiva dessa ciência seja eficaz”⁴⁷⁵, muito mais o é nas relações familiares.

Clayton REIS, em sua mais recente obra⁴⁷⁶, analisando a função da reparação dos danos, faz perfeita distinção entre o sentido da palavra reparação, “impregnada de materialidade, para uma indenização dos bens do espírito”, o que considera uma “abstração do direito moderno” que, tanto na doutrina como na jurisprudência, adquiriu “sentido de compensação ou satisfação da vítima.” Complementa o autor asseverando que, assim, propicia à vítima, no caso o cônjuge inocente, “uma forma de apaziguar o seu natural sentimento de vingança.” Então, exatamente por não oferecer o Direito de Família sancionamento eficaz e condizente com as incontáveis causas culposas do desfazimento de uniões conjugais é que o direito obrigacional precisa fazê-lo. E o faz assegurando, a par dessa compensação ou satisfação da vítima que causa um “apaziguamento do espírito do lesionado”⁴⁷⁷, a punição do infrator como forma de aplacar o sentimento natural de vingança, tornando-se uma vingança autorizada, institucionalizada.⁴⁷⁸

Em verdade, o direito à indenização nasce do dano (material ou moral) causado pelo comportamento culposos de alguém sobre outro,⁴⁷⁹ mas esse proceder ilícito ganha essa especial relevância no seio familiar exatamente por contrariar a lógica da relação conjugal. Dessa forma, complementa Clayton REIS, “decorre a importância da responsabilidade civil, como instrumento capaz de ensinar as pessoas a conviver de forma mais equilibrada e harmoniosa no ambiente social.”⁴⁸⁰ Insista-se, com mais razão ainda no familiar.

⁴⁷⁴ Veja-se o § 3º, da seção I, do capítulo I deste trabalho.

⁴⁷⁵ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação civil na separação e no divórcio*, p.130.

⁴⁷⁶ REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do dano moral*, p.125-126.

⁴⁷⁷ REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do dano moral*, p.126.

⁴⁷⁸ REIS, Clayton. *Idem*, p.130.

⁴⁷⁹ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*, p. 653.

⁴⁸⁰ REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do dano moral*, p.134.

O que nasceu para ser eterno foi interrompido; o que nasceu para ser a realização acabou frustrando; o que prometia felicidade gerou dores, tristezas e sofrimento. A função do dano moral pelo rompimento nessas condições é precisamente compensar a quebra de todo um projeto de vida que, diferentemente dos projetos arquitetônicos, não aceita restauração, reforma ou repintura. As marcas da quebra, da interrupção, da frustração; as mágoas todas só podem ser minoradas se compensadas pela fixação de quantia condizente com o mal-estar e o sofrimento causados. Exatamente como assinala Clayton REIS no sentido de que, não sendo possível a sua reparação integral, em virtude doseu “conteúdo exclusivamente psicológico”, a indenização desses prejuízos assume uma função basicamente de “compensação pecuniária”⁴⁸¹

A indenização deve garantir ao ofendido uma compensação pelo desgosto, pelo sofrimento, pelo vexame, representando, igualmente, uma sanção ao culpado. Assim, ganha feição de alento para o parceiro inocente e vítima da quebra do projeto e de sancionamento do causador de todas as frustrações. Acerca da função punitiva do dano moral, Lincoln Macedo SILVEIRA⁴⁸² resgata a posição do STJ que considera como “medida educacional imposta ao ofensor de modo a convencê-lo a não permanecer na via do abuso e da contumácia.” É secundado por Sônia Maria Teixeira da SILVA, para quem a punição do infrator pela indenização objetiva desestimular a reincidência⁴⁸³, posição assumida pelo Tribunal de Justiça do Paraná, conforme assinala Eduardo de Oliveira LEITE.⁴⁸⁴

Além dessa função protetiva e punitiva, o ressarcimento do dano moral na ruptura da sociedade conjugal tem uma função inibitória, também chamada “preventiva” ou “dissuasória”, que é da própria natureza da pena, tanto no âmbito social, como no religioso e jurídico. Tanto na área penal como na cível a pena visa inibir, dissuadir, prevenir, sendo perfeitamente adequada à máxima do direito penal: “Pune-se porque pecou e para que não peque mais.”

É conveniente enfatizar que não se pretende garantir a manutenção das relações conjugais pelo temor. A atualidade vem mostrando o crescimento do número de uniões conjugais desfeitas com culpa manifesta e de intensidade relevante de um parceiro contra o outro. Basta ter em mente o vasto rol de situações apontadas pela doutrina⁴⁸⁵, que, ainda assim, não esgotam as ocorrências domésticas capazes de provocar dano moral. A possibilidade de punição exemplar, sem dúvida, persuade, intimida, previne, inibe a ocorrência de todas as situações de culpa causadoras da separação e, pela sua gravidade, geradoras de dano moral.

⁴⁸¹ REIS, Clayton. *Idem*, p.142.

⁴⁸² SILVEIRA, Lincoln Macêdo. *Dano moral e arbítrio judicial, excelência do critério como meio de quantificação*. In: BUCCI, Mário César (Coord.) *Revista de Responsabilidade Civil*. Campinas. Mizuno, 2000, v. I. 2001, p.169, extraindo parte do julgamento do REsp nº 6301-0/RJ, RJSTJ 45/143.

⁴⁸³ SILVA, Sônia Maria Teixeira da *Traição e Dano moral*, p. 389-390

⁴⁸⁴ LEITE, Eduardo de Oliveira *Reparação do dano moral na ruptura da sociedade conjugal*, p 141-142.

⁴⁸⁵ Pelos autores indicados na nota 379 deste capítulo são apontados. adultério escandaloso, alcoolismo, transmissão de doenças venéreas, AIDS, crimes contra a honra, a injúria grave, maus tratos, abandono, etc.

Com certeza, limitadas suas conseqüências ao previsto pelo Direito de Família, as ocorrências continuarão se repetindo. É certo que não é a possibilidade de responder pelo dano moral que resolverá os problemas conjugais, e não menos certo que, havendo a possibilidade de ressarcimento do dano, prevenirá a sua ocorrência.

§ 2º - A quantificação do dano moral no contexto conjugal

Mesmo sendo o dano moral um sentimento de mágoa e pesar muito íntimo da pessoa ofendida e sem que se possa mensurar esse sentimento, em qualquer medida de intensidade ou tempo de duração, nem por isso se justifica não seja reparável. Todavia, como assinala Clayton REIS, não sendo possível a sua reparação integral, por causa do seu “conteúdo exclusivamente psicológico, a indenização desses prejuízos assume uma função basicamente compensatória.”⁴⁸⁶

Já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que, no arbitramento do valor do dano moral, “é preciso ter em conta que o prejuízo causado terá influído no ânimo, no sentimento daquele que pleiteia a reparação.” Para isso, “a intensidade da culpa, a violência, as circunstâncias em que ocorreu o evento danoso” podem informar o critério a ser adotado.⁴⁸⁷

A difícil tarefa de valorar o dano moral, como já demonstrado em capítulo próprio, não é problema apenas da área de família; mais ainda, o é na ruptura culposa da sociedade conjugal. Em todas as áreas, a fixação da verba ressarcitória, exatamente pela sua subjetividade e pela ausência no ordenamento jurídico brasileiro de qualquer regra, é tarefa das mais árduas.

Não se trata de reparar a dor, visto que não há valor que consiga ressarcir o sofrimento experimentado. Todavia, mesmo sem extinguir a dor e o dano causado, o dinheiro tem o poder de compensar o sofrimento pelas vantagens que proporciona, como acentua José Rafael SANTINI.⁴⁸⁸ Por outro lado, o autor também aponta que “a soma em dinheiro paga pelo agente é para que ele sinta de alguma maneira o mal que praticou”, e, ao final, conclui, ressaltando as palavras de GIORGI, que “a dor, a alegria, a vida, a liberdade, a honra ou a beleza são de valor inestimáveis. Isso não impede, porém, que seja aquilatado um valor compensatório, que amenize aquele dano moral a que São João apóstolo chamava de danos da alma.”⁴⁸⁹

A opinião de Caio Mario da Silva PEREIRA sintetiza as posições doutrinárias mais adequadas a respeito da quantificação do dano moral, como se transcreve:

⁴⁸⁶ REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do dano moral*, p.142.

⁴⁸⁷ Apel. Cível n. 36.062. 8ª. Câmara, j em 6/8/1985. rel. Des. Paulo Pinto. Revista dos Tribunais, ano 74, dez. 1985, v. 602, p.180.

⁴⁸⁸ SANTINI, José Rafael. *A reparação autônoma do dano moral*, p. 164.

⁴⁸⁹ SANTINI, José Rafael. *Idem*, p. 165-160

*A vítima de uma lesão a algum daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes do seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo as 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*⁴⁹⁰

Considerado seu posicionamento favorável ao reconhecimento na ruptura da relação conjugal, é possível concluir, ainda com mais ênfase, pela sua preocupação com a justa e adequada quantificação, quando se tratar das causas e conseqüências do desfazimento de uma relação conjugal. Isso tudo, mesmo diante da grande preocupação dos magistrados em não criar a “indústria” do dano moral, não justifica “a fixação de valores irrisórios, incompatíveis com a função de satisfação equivalente, almejada pela vítima em sua pretensão indenizatória.”⁴⁹¹ O que se almeja, acentua Clayton REIS⁴⁹², é que a indenização seja, tanto quanto possível, consentânea com a realidade fática do evento lesivo, já que, sendo impossível dimensionamento exato da dor, deverá a sua valoração estar ajustada à medida ou à extensão do sofrimento da vítima.⁴⁹² É fácil compreender, portanto, as peculiaridades que envolvem as demandas ressarcitórias do dano moral causado na constância ou na ruptura conjugal. O advogado Ivan César MORETTI, mesmo sem analisar especificamente o dano moral na área familiar, dá conta de que a fixação, atendidos os parâmetros apontados por Caio Mario da Silva PEREIRA, não deve ser insignificante “a ponto de coibir ou ao menos desestimular práticas futuras e semelhantes”. É importante insistir que, em sede de relacionamento conjugal, isso é muito relevante, assim como a necessidade de se levar em consideração as condições em que se deu a ofensa e o grau de culpa ou dolo do ofensor, para evitar que se acabe “nivelando situações que, de fato, são diferentes em natureza e gravidade”.⁴⁹³

Mesmo os casos de ferimento ou outra ofensa à saúde⁴⁹⁴ ou os crimes contra a honra e a liberdade pessoal,⁴⁹⁵ em que o Código anterior tarifava o dano, propiciando o que se denominava “liquidação legal”⁴⁹⁶, no Código vigente restaram entregues inteiramente ao arbítrio

⁴⁹⁰ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade civil*. p 60

⁴⁹¹ REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do dano moral*. p 144.

⁴⁹² REIS, Clayton. *Idem*, p 145.

⁴⁹³ MORETTI, Ivan César. *A indenização dos danos morais no STJ* Jornal Síntese Porto Alegre: Síntese, ano 6. n. 72, fev.2003, p 14.

⁴⁹⁴ Código Civil de 1916, art. 1538: “No caso de ferimento ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido [...] além de lhe pagar a importância da multa no grau médio da pena criminal correspondente”

⁴⁹⁵ Código Civil de 1916, art. 1547: “A indenização por injúria ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido. Parágrafo único. Se este não puder provar prejuízo material, pagar-lhe-á o ofensor o dobro da multa no grau máximo da pena criminal respectiva (art. 1550).”

art. 1550: “A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido, e no de uma soma calculada nos termos do parágrafo único do art. 1547.”

⁴⁹⁶ AMARANTE, Aparecida I. *Responsabilidade civil por dano moral à honra*, p.358.

do julgador⁴⁹⁷, como já vinha se pronunciando a jurisprudência. Nem mesmo é aplicável para os danos morais a regra moderadora inserta no parágrafo único do art. 944.⁴⁹⁸

Inexistindo qualquer tarifamento, o que, pela alta subjetividade da matéria, é de se convir, fica até difícil de elaborar, nunca se conseguirá afastar-se dos parâmetros de que tradicionalmente se aproveita a jurisprudência para a valoração do dano moral. Diz bem, a respeito, Sônia Maria Teixeira da SILVA: “Mede-se a indenização pela extensão do dano moral, pelo abatimento psicológico, sem deixar pontificar o enriquecimento ilícito, mas observando as condições sociais e econômicas das partes envolvidas.”⁴⁹⁹

Clayton REIS desincumbe-se da difícil tarefa de valorar os danos extrapatrimoniais fazendo elucidativa comparação entre os efeitos da reparação dos danos patrimoniais com a reposição ao estado natural do patrimônio lesado e a reparação pecuniária dos danos morais, que o autor considera equivalentes, uma vez que ambas ocasionam para o lesado o desaparecimento do sentimento de perda ou de lesão. E justifica seu posicionamento identificando que o arbitramento das indenizações por dano moral em salários mínimos, garante a sua atualização, propiciando o cumprimento do “princípio ideal de restituição integral”.⁵⁰⁰

Não há, portanto, como fugir de uma apreciação específica em cada caso concreto, a ser feita pelo poder discricionário do juiz e segundo um padrão convencional da realidade social de cada casal. Clayton REIS, a respeito, afirma que “o magistrado sensível, perspicaz e atento aos mecanismos do direito e da pessoa humana, avaliará as circunstâncias do caso e arbitrará os valores compatíveis com cada situação.”⁵⁰¹ Esse juízo não pode ficar ao inteiro arbítrio do juiz, o que não significa dizer que as partes estão sujeitas à arbitrariedade do juiz, porque a sua liberdade para valorar o dano moral está condicionada à motivação da sua decisão. Ele deve atender, na compreensão de Ronaldo Alves de ANDRADE, os seguintes critérios: “a) gravidade objetiva do dano; b) a personalidade da vítima; c) a gravidade da falta cometida; d) a personalidade do causador do dano.”⁵⁰²

⁴⁹⁷ Código Civil de 2002 art 949: “Nos casos de lesão ou outra ofensa à saúde. o ofensor indenizará o ofendido () além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.”

art 953: “A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido. Parágrafo único Se o ofendido não puder provar o prejuízo material.caberá ao juiz fixar. equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso ”

art.954· “A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido, e se este não puder provar prejuízo. tem aplicação o disposto no parágrafo único do artigo antecedente.”

⁴⁹⁸ FACCHINI NETO, Eugênio *Da responsabilidade civil no novo código*, p. 184-185: “[.] o referido dispositivo não se aplica aos danos extrapatrimoniais, permanecendo inalterada a recomendação de se levar em consideração, no arbitramento do valor dos mesmos, dentre outros fatores (como a intensidade da culpa, as circunstâncias do evento, a duração dos efeitos, a repercussão dos mesmos na vida da vítima, etc). também a condição socioeconômica tanto da vítima quanto do agente.”

⁴⁹⁹ SILVA, Sônia Maria Teixeira da *Traição e dano moral*, p 389.

⁵⁰⁰ REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do dano moral*, p.232-234.

⁵⁰¹ REIS, Clayton *Avaliação do dano moral*, p 64.

⁵⁰² ANDRADE, Ronaldo Alves *Dano moral à pessoa e sua valoração*, p.42.

Clayton REIS complementa ainda mais incisivamente:

*Essa função valorativa, presente no julgamento das questões alusivas aos danos morais, encontra-se indissoluvelmente identificada a um processo de captação das "dores vivenciadas pelas vítimas dos danos d'alma" e, ainda, relacionada à certeza de que a indenização dos danos extrapatrimoniais possibilitará ao lesionado uma satisfação integral, de forma que se possa lhe assegurar o pleno restabelecimento de sua paz violada.*⁵⁰³

A par de todas as dificuldades até aqui apontadas e da alta subjetividade da tarefa de valorar danos imateriais, é de fundamental importância reconhecer que a sua entrega ao livre arbítrio do juiz, especialmente nas causas de família, é a melhor solução, porque, conhecendo a prova, o magistrado, melhor do que qualquer tabela ou tarifamento, saberá adequar um juízo de valor que atenda às funções do ressarcimento. Assim, completa-se uma breve visão da doutrina brasileira a respeito da configuração do dano moral na ruptura da sociedade conjugal, passando-se a visão do quadro jurisprudencial.

⁵⁰³ REIS, Clayton Idem, p 155.

Capítulo VI –

A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS SUBJETIVOS E OS POSICIONAMENTOS JURISPRUDENCIAIS

Seção I – Os Direitos Subjetivos e a Responsabilidade Civil: evolução

A consagração da dignidade da pessoa humana no mais alto posto da hierarquia jurídica do sistema brasileiro, a par da eleição dos direitos fundamentais como preceito constitucional e, agora, a sua inclusão no texto do novo Código Civil, sem dúvida, confirmam e dão base e sustentação às novas tendências do Direito Civil. Alexandre dos Santos CUNHA identificou bem essa importância dando como título a interessante reflexão sobre o tema: Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do direito civil.⁵⁰⁴

O que se buscava nas razões divinas e humanas o direito já oferece para que a pessoa humana seja valorizada e, efetivamente, reconhecida como o maior valor da criação. São tão importantes os direitos da personalidade, que essenciais à pessoa humana. E é tão certo isso, que Ronaldo Alves de ANDRADE reconhece que o homem pode viver sem o direito de propriedade, de cidadania, de greve e outros dos incluídos na Constituição Federal como direitos e garantias individuais, mas não pode viver se não tiver direito à vida, à integridade física, à honra e à própria imagem, pois, assim, não terá dignidade, e sem dignidade a própria vida perde seu sentido.⁵⁰⁵

Qualquer análise da evolução dos direitos subjetivos passa, necessariamente, pelo reconhecimento de Pontes de MIRANDA⁵⁰⁶, para quem: “Com a teoria dos direitos de personalidade, começou, para o mundo, nova manhã de direito. Alcança-se um dos cimos da dimensão jurídica”. E complementa:

Os direitos da personalidade não são impostos por ordem sobrenatural, ou natural aos sistemas jurídicos; são efeitos de fatos jurídicos, que se produziram nos sistemas jurídicos, quando, a certo grau de evolução, a

⁵⁰⁴CUNHA, Alexandre dos Santos. Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do direito civil. In: COSTA, Judith Martins (Org.) *A reconstrução do direito privado* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 230-264

⁵⁰⁵ ANDRADE, Ronaldo Alves *Dano moral à pessoa e sua valoração*, p 66.

⁵⁰⁶ MIRANDA, Pontes. *Tratado de direito privado*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, v.7, p. 6 .

*pressão política fez os sistemas jurídicos darem entrada a suportes fáticos que antes ficavam de fora, na dimensão moral ou na dimensão religiosa. É isso o que os juristas dizem quando enunciam que só há bem da vida, relevante para o direito, se o direito objetivo o tutela.*⁵⁰⁷

Das suas identificações mais atuais voltadas para a responsabilidade civil, a da professora Judith Martins COSTA, parece garantir toda a amplitude que o instituto merece. Afirmar ela que os direitos da personalidade:

*integram e concretizam a dignidade humana, no campo da responsabilidade civil, interesses tais como a vida privada, a intimidade ou o “direito de estar só, consigo mesmo”, a dor e os afetos, as expectativas de vida e os projetos existenciais, a imagem social e auto-estima, a estética, as criações do intelecto em seus aspectos não patrimoniais, a honra e o nome, interesses constitucionalmente garantidos e que servem a renovar o antiquíssimo instituto da responsabilidade civil.*⁵⁰⁸

Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos SANTOS, analisando as diversas classificações dos direitos da personalidade, conclui citando V. Rabindranath V.A. Capelo de Souza, para quem existe hoje “um direito geral de personalidade”, em cuja concepção se define a cada um a integridade de sua vida sentimental e a autodeterminação sobre os sentimentos próprios, excluindo “às outras pessoas de, ilicitamente, lesarem os seus sentimentos existentes ou de instilarem sentimentos juridicamente censurados ou ainda de atentarem contra a sua estrutura afetiva.”⁵⁰⁹

E o Brasil, fazendo a opção pelo direito geral da personalidade, foi taxativo. Elegendo, no preâmbulo constitucional a dignidade da pessoa humana como fundamento da República⁵¹⁰, informou com base nele todo o texto constitucional e garantiu a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. No dizer de Gustavo Tepedino, “uma verdadeira cláusula geral da tutela e promoção da pessoa humana”.⁵¹¹ Na verdade, a “norma das normas dos direitos fundamentais”⁵¹², ou, ainda, o “coração do patrimônio jurídico-moral da pessoa humana”⁵¹³

Assim, é perfeitamente aplicável a conclusão de Ingo Wolfgang SARLET no sentido de que a dignidade da pessoa humana exige e pressupõe o reconhecimento e a proteção dos

⁵⁰⁷ MIRANDA, Pontes. *Tratado de direito privado*, v.7, p. 7.

⁵⁰⁸ COSTA, Judith Martins. *Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação*, p. 27.

⁵⁰⁹ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação civil na separação e no divórcio*, p. 149-150.

⁵¹⁰ Art. 1.º, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

⁵¹¹ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, p. 48.

⁵¹² BONAVIDES, Paulo, prefaciando a obra de SARLET. Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2001.

⁵¹³ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social*. Revista Interesse Público, n. 04, 1999. p. 32.

direitos fundamentais de todas as dimensões, concluindo que “sem que reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á lhe negando a própria dignidade.”⁵¹⁴ Nessa linha, os direitos da personalidade objetivam resguardar, também na relação conjugal, a dignidade da pessoa humana, preservando-a dos atentados que possa sofrer por parte de um integrante contra o outro.

De nada adiantaria atribuir-se tamanha relevância aos direitos da personalidade, se não fosse assegurada a sua proteção, garantindo o seu cumprimento e, sendo necessário, punido o seu desrespeito. No dizer de Norberto BOBBIO, “o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não é mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los”.⁵¹⁵

Assim, pressionada pelo fato social gerado por essa transformação, a atualidade vive a passagem da idéia de dano vinculada à de azar e de infortúnio e, particularmente, no caso da ruptura culposa das relações conjugais, da idéia de que “o amor não tem preço”, de que “foi bom enquanto durou”, ou, de que “o rompimento da relação faz parte do seu contexto”, como se viu na análise das teses contrárias ao seu reconhecimento,⁵¹⁶ à de responsabilidade civil. Hoje, a realidade mostra-se mais atenta aos valores existenciais, principalmente no que se refere aos direitos da personalidade pela sua subjetividade.

A conformada resignação de outras épocas que levava à assimilação de ocorrências que causassem danos como coisas da fatalidade ou do destino, ou, no caso particular, do rompimento conjugal, como coisas do “fim do amor” ou do próprio “risco da relação”, vinha se alterando ainda antes da Constituição Federal de 1988. Mesmo diante dos limitados termos do art. 159 do Código Civil de 1916, permitiam-se interpretações capazes de garantir a responsabilização dos seus autores.

Ainda que sem disposição pela responsabilização dos danos decorrentes do rompimento culposos da relação conjugal, no novo Código, o simples fato da inclusão dos direitos da personalidade no seu texto, e em capítulo especial, garante a responsabilização civil de quem os infringe, frustrando todo um projeto de vida. Do contrário, seria admitir a norma sem sanção pelo seu descumprimento.

É, pois, a garantia do patrimônio personalíssimo de cada cônjuge ou companheiro na relação conjugal. Por isso, com certeza, a norma do art. 12 do novo Código Civil⁵¹⁷, logo após a cláusula geral dos direitos da personalidade, é enfática a respeito da reparação dos danos a eles

⁵¹⁴SARLET. Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 87

⁵¹⁵BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campos, 1992. p. 25

⁵¹⁶Vide capítulo V, seção III deste trabalho.

⁵¹⁷Código Civil de 2002, art. 12 “Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.”

causados. A se cotejar tal disposição do novo Código com o seu art. 1511⁵¹⁸, o primeiro dos artigos do Livro do Direito de Família e que, por isso, lhe dá o comando, é impossível não admitir a reparação dos danos causados na ruptura da relação conjugal. Por certo, a comunhão de vida imposta pelo casamento importa o absoluto reconhecimento dos direitos de personalidade por um consorte em relação ao outro.

A respeito, Rita Simões BONELLI⁵¹⁹ faz elucidativa análise dos direitos da personalidade, tanto no cumprimento como no descumprimento dos deveres conjugais. E aponta a prestação de cuidados ao consorte doente ou idoso, ou de consolo pelo falecimento de ente querido, como maneiras de proteção à vida, à integridade física e psíquica, dentre os direitos subjetivos. Na via inversa, indica também a ocorrência de ofensas por palavras, gestos ou qualquer manifestação injuriosa como forma de lesionar a honra objetiva (fama que desfruta na sociedade) e subjetiva (sentimento de estima que tem de si mesmo) do par; também a violação aos deveres de fidelidade, respeito e assistência mútua.

A autora prossegue fazendo vasto rol de situações atentatórias contra a honra na sociedade conjugal. Entre outras, destaca: as falsas acusações em demandas judiciais, o abandono moral, a conduta tirânica do cônjuge, a inseminação artificial feita com sêmen de terceiro sem o consentimento do outro, a alienação do esperma pelo homem casado sem a concordância da esposa⁵²⁰, a expulsão do leito conjugal, a transmissão de moléstia venérea, o ciúme infundado, a prática de comportamento homossexual e de atentados ao pudor. Igualmente, revelar particularidades e confidências pessoais, violar correspondência, ou proceder ausculta e grampeamento de ligações telefônicas caracterizam intromissão ilícita na intimidade do parceiro, atributo do qual não abdica com o casamento ou a união estável. Completa Rita Simões BONELLI assinalando que também as agressões físicas causam dano à integridade física do cônjuge ou companheiro, e a restrição ao direito de ir e vir, de fazer ou deixar de fazer embaraçam o direito de liberdade.⁵²¹

Carlos Alberto BITTAR, em 1994, já defendia que, em defesa dos valores básicos das pessoas e do relacionamento social, o Direito deve repelir a ocorrência dos danos morais. E dava conta de que no seu âmago se encontra a antinomia a atributos personalíssimos reconhecidos aos titulares de direitos, revestindo-se, por isso, a sua ocorrência, de caráter

⁵¹⁸ Código Civil de 2002, art. 1551: "O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direito e deveres dos cônjuges."

⁵¹⁹ BONELLI, Rita Simões. *Responsabilidade civil entre marido e mulher por ofensa aos direitos da personalidade*. p 257-258.

⁵²⁰ O Código Civil de 2002, no inciso V. do art. 1597. assegura presunção de paternidade para o filho concebido na constância do casamento, se havido por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

⁵²¹ BONELLI, Rita Simões. *Idem*, *ibidem*.

atentatório à personalidade, por se configurarem através de lesões a elementos essenciais da individualidade da pessoa.⁵²²

A reparação do dano moral, portanto, é a garantia da manutenção da integridade dos valores individuais e sociais da pessoa humana, para que assim ela possa cumprir os seus fins sociais. Isso ganha todo seu sentido na posição externada por Eduardo CAMBI, para quem “tutelar juridicamente a família é, antes, tutelar juridicamente o ser humano, pois, é através da proteção à família, enquanto organismo social, que o estado deve proteger a pessoa humana, dando-lhe dignidade e possibilitando o pleno desenvolvimento de suas virtudes”⁵²³.

Regina Beatriz Tavares das Silva Papa dos SANTOS faz minuciosa análise das hipóteses de descumprimento dos deveres do casamento que configuram infração aos direitos da personalidade do consorte causando danos.⁵²⁴ Desde o descumprimento do dever de fidelidade ou de assistência, material e imaterial, são imposições do respeito aos direitos da personalidade. Dentre os decorrentes da assistência imaterial, a autora destaca: a vida, a integridade física e psíquica, a honra, a liberdade, o segredo e a imagem. Prossegue sua incursão definindo o que considera “injúria grave”, exemplificando hipótese por hipótese por meio de casos práticos que configuram infração aos deveres decorrentes do casamento, por isso, danos ao consorte, pelos quais exsurge o dever de indenizar.

Na opinião de Aparecida AMARANTE, não é por serem casados que os cônjuges ficam excluídos da responsabilização por atentados contra a honra do consorte.⁵²⁵ E, mesmo não sendo partidária do reconhecimento dos danos no âmbito do direito de família, mas no das obrigações, para a doutrinadora apontada, sempre que, em decorrência de ato ilícito de um cônjuge for ofendida a dignidade do outro, a moral reclama a intervenção do direito na defesa da honra matrimonial, que considera “alicerce em que se constrói e orbita a personalidade individual”.⁵²⁶ Em conclusão, acentua que os diferentes tipos de injúria que podem ser perpetrados na relação matrimonial de um cônjuge contra o outro configuram ofensa à “honra matrimonial”.⁵²⁷

Por influência desses novos tempos, marcados pela transformação em todas as áreas do saber, os sinais encontrados são alentadores porque, mais do que em qualquer outro ambiente, no familiar, os direitos da personalidade precisam ser reconhecidos e valorizados. Por isso, com base nas leituras feitas, entende-se que, graças à doutrina, cada vez mais profícua, a

⁵²² BITTAR, Carlos Alberto, *Reparação civil por danos morais*, p. 53.

⁵²³ CAMBI, Eduardo *Premissas teóricas das uniões extramatrimoniais no contexto da tendência da personificação do direito de família*, p. 132.

⁵²⁴ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos *Reparação civil na separação e no divórcio*, p. 75-81.

⁵²⁵ AMARANTE, Aparecida *Responsabilidade civil por dano à honra*, p. 262-273.

⁵²⁶ AMARANTE, Aparecida. *Idem*, p. 262.

⁵²⁷ CIFUENTES, Santos. *apud* Aparecida AMARANTE *Responsabilidade civil por dano à honra*, p. 262.

jurisprudência na área do direito de família, destarte a sua timidez atual, como se demonstrará a seguir, começa a firmar posição de reconhecimento dos direitos subjetivos.

Seção II – A evolução dos posicionamentos jurisprudenciais

Se até aqui, analisando a doutrina, tanto nacional como estrangeira, em face da sua excelência, tanto quantitativa como qualitativa, foi fácil fundamentar a posição favorável ao ressarcimento do dano moral causado pela ruptura culposa da sociedade conjugal, na jurisprudência nacional a situação não é a mesma. Diferentemente do direito europeu, onde os direitos de personalidade se desenvolveram graças a uma vigorosa construção jurisprudencial, os tribunais nacionais, muito vagarosamente vêm tutelando a sua proteção.⁵²⁸

Marcando a evolução dos direitos da personalidade, pretende-se avaliar a jurisprudência a seu respeito, em especial a penalização pelo seu descumprimento no seio da família, como garantia do seu reconhecimento exatamente na relação mais íntima e particular da pessoa humana, que é a sua própria família.

Interessa neste sentido resgatar e identificar positivamente essa tendência, inclusive com análise de casos paradigmáticos, como se fará, entendendo que tudo ganha ainda mais espaço com o novo Código Civil, que abriu capítulo especial para tratar dos direitos da personalidade⁵²⁹, identificando a importância que lhes atribui.

Os casos, ainda poucos, levados aos tribunais, na sua quase totalidade não têm sido admitidos em face do reconhecimento, pela sua maioria, das teses contrárias ao ressarcimento, já analisadas⁵³⁰, ou, quando não, por insuficiência da prova dos danos.⁵³¹ Nesse panorama evolutivo, analisa-se a tendência jurisprudencial, influenciada pela doutrina, que sempre se antecipou no reconhecimento da reparação dos danos aos direitos da personalidade. Esse pioneirismo se justifica em função da operação da matéria em tese, diferentemente da jurisprudência, que precisa dimensioná-la nos seus aspectos vivenciais, fundados na prova de cada pretensão concreta, posta em julgamento.

Essa progressão, mesmo timidamente, já que a maioria dos tribunais não vem admitindo a responsabilização civil por danos na área da família, vem ganhando especial

⁵²⁸ SZANIAWSKI, Elimar *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.. p 76

⁵²⁹ Código Civil Brasileiro de 2002, artigos 11 a 21.

⁵³⁰ Vide: Capítulo V, Seção III, deste trabalho.

⁵³¹ Apel. Civ n 70 002 229 979. São Borja, 7ª. Cam Civ TJRS, j. em 28mar 2001, unan. rel. des Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves Importante também ressaltar julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, apontado na nota 389 da seção I, do capítulo V, deste trabalho, no qual não foi admitida a ocorrência do dano moral por ausência de prova do que entende aquela corte. indispensável para sua configuração, ou seja: "Para que se possa conceder dano moral é preciso mais do que um simples rompimento da relação conjugal mas que um dos cônjuges tenha, efetivamente, submetido o outro a condições humilhantes, vexatórias e que lhe afronte a dignidade, a honra e o pudor "

destaque e mostra-se como uma tendência, já que se registram alguns julgados favoráveis à indenização pelos danos sofridos na ruptura da sociedade conjugal. Isso ocorre muito mais graças aos doutrinadores e juizes do que ao legislador, que, nem na Constituição de 1988 nem no novo Código Civil, como já se viu, previu a matéria de forma expressa. Na realidade, segundo Clayton REIS, a doutrina é mais arrojada do que os tribunais porque entre os juizes há uma oposição sobre temas que não tenham sido enfrentados de forma direta e precisa pela legislação⁵³².

É certo, contudo, que, como a doutrina, a jurisprudência retrata o fato social e se antecipa ao legislador, definindo, ainda que com reservas, a responsabilização dos autores por atos que contravenham os direitos da personalidade nas relações conjugais.

Dentre os doutrinadores conferidos, a professora Judith Martins COSTA, analisando os direitos de personalidade, o dano extrapatrimonial e a jurisprudência, parece a mais reticente em reconhecer a sua importância, mencionando que “a jurisprudência brasileira foi extremamente tímida, não desenvolvendo todos os casos de reparação”. Acentua ainda que a admissibilidade dos danos à pessoa só veio a ocorrer após a Constituição de 1988, em razão da previsão do art. 5º, incisos V e X. Mesmo assim, considera “poucos os acórdãos que buscam no princípio da dignidade da pessoa humana a fonte para a criação de novos casos ou para operar a ponderação de valores quando conflitantes os princípios e as garantias constitucionais, ante os constantes atentados verificados, na ordem prática, ao livre desenvolvimento da personalidade e à dignidade humana.”⁵³³

Dentro dessa realidade que revaloriza a dignidade humana e garante à pessoa, o centro de toda a tutela jurídica civil hoje, mais do que ao seu patrimônio, é impossível não reconhecer a configuração da responsabilidade civil nas relações familiares. Inexistindo, por ora, texto legal expresso, é certo o papel da jurisprudência.

Como já aconteceu com a evolução do concubinato à união estável, da isonomia entre homem e mulher, ou da equiparação dos filhos de qualquer condição, e com tantos outros institutos de direito, os pronunciamentos judiciais começam também em relação à responsabilização civil das afrontas aos direitos subjetivos nas relações familiares.

§ 1º - A difícil caminhada: do hermetismo inicial ao reconhecimento pelo STJ

Tendo em conta a evolução positiva da matéria no direito comparado, tanto na doutrina como na jurisprudência e, mesmo, no texto legal, chama especial atenção que haja tanta resistência jurisprudencial no Brasil.

⁵³² REIS, Clayton. *Avaliação do dano moral*, p. 179.

Ainda em 1984, Mário Moacyr Porto⁵³⁴ lamentava que as questões pertinentes à responsabilidade civil entre marido e mulher ainda não haviam chegado aos nossos tribunais, apesar de freqüentes na França e em outros países. Destacava, todavia, como “notável” o paradigmático acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁵³⁵. que, em 17.03.1981, embora julgando improcedente a ação que pretendia danos morais na separação, já admitia, em tese, a possibilidade do reconhecimento de danos, negados, entretanto, no caso concreto, por ausência de provas da sua ocorrência.

Mesmo limitada a discussão ao fato de o dano moral, na época, ainda ser insuscetível de ressarcimento por se considerar uma extravagância do espírito humano, o acórdão é magistral, ainda mais considerada a sua época: 21 anos atrás. Isso tanto no voto do desembargador Athos Gusmão CARNEIRO, que o reconhecia, como do desembargador Túlio Medina MARTINS, que, mesmo sem admitir o dano moral, com base na jurisprudência francesa, confirmava a ocorrência do patrimonial.

O posicionamento de ambos alinhava-se no sentido do reconhecimento da força transformadora da jurisprudência francesa, como já visto no capítulo dedicado à análise do direito comparado.⁵³⁶ E o voto favorável reconhecia que, no caso concreto, em razão de agressões físicas, sevícias e, ainda, de injúrias graves contra a mulher, resultou, além das conseqüências penais, a indenização pelos prejuízos patrimoniais, bem como o dano moral, que considerava “muito mais relevante em se tratando de agressão de um cônjuge contra o outro”.⁵³⁷

Desde então, o voto do desembargador Athos Gusmão CARNEIRO continua sendo citado pela doutrina nacional e estrangeira da responsabilidade civil na ruptura da sociedade conjugal. Yussef Said CAHALI, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos SANTOS e José de Castro BIGI (que o considera “precioso” pelos caminhos que abriu, tornando a decisão “um verdadeiro marco do direito pretoriano brasileiro) enaltecem o voto apontado.⁵³⁸

De lá para cá, afora alguns casos isolados do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, citado por Rolf MADALENO;⁵³⁹ do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por Belmiro Pedro

⁵³³ COSTA, Judith Martins. Obra citada. p. 30-31.

⁵³⁴ PORTO, Mário Moacyr. *Responsabilidade civil*, p. 206-211.

⁵³⁵ Apel. Civ. n. 36 016, 1ª. Cam. Cív. Rel. Des. Cristovan Daiello Moreira, j. em 17mar 1981 Revista dos Tribunais, vol. 560, ano 71, jun. 1982, p.178-186. Ementa: “SEPARAÇÃO JUDICIAL – Sevícias atribuídas ao marido – Ação procedente – Indenização posteriormente pleiteada pela esposa – Admissibilidade em tese – Inexistência de prova de dano patrimonial – Pretensão não acolhida O reconhecer do antecedente de culpa é insuficiente para conduzir ao juízo de certeza sobre a existência real de dano Sem prova do dano descabe deferir a liquidação por arbitramento.

⁵³⁶ Vide a seção I. do capítulo IV, deste trabalho.”

⁵³⁷ Parte do voto indicado, conforme nota anterior, p. 185

⁵³⁸ CAHALI, Yussef Said *Divórcio e separação*, p. 842; também em *Responsabilidade civil entre marido e mulher*, conjuntamente com CAHALI, Francisco José In. CAHALI, Yussef Said Cahali (Coord.) *Responsabilidade civil* São Paulo. Saraiva, 1984, p. 223-232, e BIGI, José de Castro *Dano moral em separação e divórcio*, p. 48-49.

⁵³⁹ MADALENO, Rolf *Divórcio e dano moral*, p. 60-65.

WELTER, este um caso de reconhecimento do dano moral na dissolução de união estável⁵⁴⁰, e do Tribunal de Justiça de São Paulo, por Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos SANTOS⁵⁴¹, a questão continua reticente, contentando-se a jurisprudência, na maioria das vezes, com a imposição das sanções do Direito de Família, especialmente do encargo alimentar, tudo já refutado no capítulo em que se abordou a sua inadequação.⁵⁴²

Caso interessante foi submetido recentemente ao Tribunal de Justiça de São Paulo, que não admitiu a rejeição liminar de ação indenizatória de danos materiais e morais, proposta pela mulher contra ex-companheiro que a abandonara após engravidar, perder o emprego e, em consequência, abortar involuntariamente. Entendendo a rejeição de “conteúdo incompatível com o progresso histórico do fenômeno que resguarda os dons da alma” e reconhecendo, no caso, adequação jurídica, interesse e legitimidade, com amparo no direito e na moral, foi cassada a sentença. Do voto do seu relator vale destacar:

*A abertura da frente jurídica em favor dos reparos da honra, da intimidade, da reputação e de todos os atributos da personalidade faz naturalmente obrigatório um impulso do Juiz em busca de um resultado de mérito satisfatório – tanto de procedência, como de improcedência -, um escopo político claramente definido pela Constituição federal. Nunca a rejeição abrupta sem ao menos ouvir o réu da ação, o que caracteriza, data vênia, um estímulo para a impunidade, um prato cheio para recidivas importunas do gênero ou de maior nocividade*⁵⁴³

Nesse tempo, todavia, decisões contrárias foram sendo proferidas, como dão conta Sérgio COUTO⁵⁴⁴, Sérgio Gischkow PEREIRA⁵⁴⁵, Belmiro Pedro WELTER⁵⁴⁶ e Rolf

⁵⁴⁰ WELTER, Belmiro Pedro. *Dano Moral na separação, divórcio e união estável*, p. 128-135, discorre sobre a decisão da Apel. n. 98.013231-2, julgada pela 1ª Cam.Civ. do TJSC, na qual foi relator o Des Newton Trisotto, para quem “a palavra moral, que vem sofrendo deturpações ao longo dos tempos, deve ser entendida como o complexo dos bens decorrentes da sua dignidade de pessoa, de seus sentimentos de estima e de luta por sua realização existencial. Não existe no mundo valor pecuniário que pague a perda da auto-estima ou a sensação de frustração e de derrota em face da vida. Ora, esses danos podem e devem ser reduzidos, quando obtiverem a devida reparação, mesmo que seja em moeda corrente”. E, ao final, conclui: “Assim, é impossível não se sensibilizar pela tese da reparabilidade dos danos morais, resultantes da dissolução da sociedade conjugal, desde que dos atos praticados tenha sido martirizante para um deles, e que dos atos praticados tenha advindo profundo mal estar e angústia.”

⁵⁴¹ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Responsabilidade civil dos cônjuges*, p.136-137 e em *Reparação civil na separação e no divórcio*, p.164, dá conta de duas decisões da 4ª Câm. Cível (Apel. Civ n 220 943-1/1, em 09mar 1995) e da 6ª. Câm. de Dir. Priv do TJSP (Apel. Civ. 272 221 1/2, j em 10out.1996). Na primeira o marido foi condenado a pagar indenização à mulher por ter agido de má-fé acusando-a, infundamente e injuriosamente, de adultério, na ação de separação judicial. O pedido restou procedente pela “dor moral” decorrente da ofensa à sua “honra e dignidade”, descumprindo-se, assim, o dever de mútua assistência imaterial. Na segunda, o ressarcimento foi deferido ao marido, vítima de simulação de gravidez, pela mulher. A atitude foi considerada “agressão à dignidade pessoal” do marido, alcançando assim os direitos de personalidade, garantidos pelos incisos V e X, do art. 5º, da CF/88

⁵⁴² Vide a seção III, do capítulo III, deste trabalho

⁵⁴³ Ap 066 960-4/8. 2ª Cam – J em 23fe 1999, rel. Des Ênio Santarelli Zuliani Revista dos Tribunais, ano 88, jul. 1999, v 765, p 190.

⁵⁴⁴ COUTO, Sérgio. *Afronta à família*. In: Síntese, fev /2002, Porto Alegre: Síntese, fev 2002, p. 27.

⁵⁴⁵ PEREIRA, Sérgio Gischkow. *O dano moral no direito de família o perigo dos excessos capazes de repatrimonializar as relações familiares*, p 412-416.

MADALENO.⁵⁴⁷ A fundamentação das decisões negativas, em resumo, corre por conta dos mesmos argumentos já refutados quando analisada a doutrina contrária ao ressarcimento: de que a lei já prevê sancionamento no direito de família, descabendo penalização pelo mesmo fato⁵⁴⁸; de que é suficiente a fixação de pensão como sancionamento;⁵⁴⁹ de que o fim do amor não importa no dever de indenizar porque faz parte do risco da relação⁵⁵⁰ e, também, por falta de provas⁵⁵¹.

O positivismo exagerado de certos juízes precisa ser criticado. Limitados ao previsto *numerus clausus* na lei, o avanço foi pequeno, perdendo-se tempo, que foi conquistado por países de doutrina, legislação e jurisprudência mais avançada, inclusive da América do Sul, como demonstrado na análise do direito comparado. Esse quadro, é certo, começa a caminhar firme com sentenças e acórdãos respeitáveis.

As decisões fundadas na razão de que o sentimento doloroso gerado pelo fim do afeto não gera direito à indenização⁵⁵², parece que começa a ceder. A própria desembargadora relatora Maria Berenice Dias, nos arestos indicados, admite que, sendo graves as ocorrências que determinaram a ruptura da união, podem se constituir em ilícito penal, sendo por isso passíveis de indenização. E cita idêntica posição assumida pelo desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves: “Se as ofensas forem graves, então o fato terá relevância penal e justificará indenização pelo ato ilícito.”⁵⁵³

Como se depreende, se os fatos causadores do dano se constituírem em ilícito penal, por sinal, um dos pressupostos para a configuração do dano moral na ruptura da sociedade conjugal, apontado nos estudos de Belmiro Pedro WELTER⁵⁵⁴, o Tribunal de Justiça não haverá de rejeitar. É de se concluir, portanto, que os casos até aqui julgados pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul não tiveram a relevância exigida para ser deflagrado o reconhecimento.

⁵⁴⁶ WELTER, Belmiro Pedro. *Dano moral na separação, divórcio e união estável*, p.130-131.

⁵⁴⁷ MADALENO, Rolf. *Divórcio e dano moral*, p 60-67.

⁵⁴⁸ Apel Civ. n 14 156/98, 14ª. Cam.Civ do TJRJ, unan, Rel Des. Marlan de Moares Marinho, j. em 13maio1999. Revista Brasileira de Direito de Família, n. 2, jul.ago.set/99, Porto Alegre.Síntese, 1999, p.60-67.

⁵⁴⁹ Apel. Civ. n 597240787. 8ª. Cam. Civ. TJRS, j. em 05mar 1998, unan., Candelária, rel. Des. Breno Moreira Mussi.

⁵⁵⁰ Apel Civ. n. 597.155.167 – 7ª. Câm Civ. TJRS, j. em 11fev.1998, rel des Eliseu Gomes Torres - Revista dos Tribunais ano 87, jun.1998, v 752. p.344; Apel. Civ nº 598 057 701. 7ª. Cam Civ. TJRS. j em 28set 98, rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis. RJTJRS, ano XXXIII, out/98, vol. 190, p 382; Apel. Civ. n. 70 000 324 822, 7ª. Cam.Civ. do TJRS, Alegrete, j. em 22mar 2000, rel. Des. Sérgio Fernandes de Vasconcellos Chaves; Apel. Civ. n. 70 002 183 259, 7ª. Cam Civ. do TJRS, Porto Alegre, j. em 14mar 2001, unan., rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves; Apel Civ. n. 70 004 867 396, 7ª. Cam Civ.,TJRS, Caxias do Sul, j. em 09out.2002, rel Des Maria Berenice Dias.

⁵⁵¹ Apel. Civ. n. 70 002 229 979, São Borja, 7ª. Cam Civ TJRS, j em 28mar 2001, unan rel Des Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves; Apel. Civ. n. 20091999, 14ª Cam.Civ. do TJRJ, Ac. nº 5 230/1999. j. em 17ago 1999, rel. Des Ademir Pimentel.

⁵⁵² Apel Civ n 70 004 867 396, 7ª. Cam. Civ. do TJRS, Caxias do Sul, j em 09out.2002. rel. Des Maria Berenice Dias

⁵⁵³ Apel.Civ. n 598 064 137, 7ª Cam.Civ. do TJRS Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. em 07out 98.

Os tempos são outros e o direito evolui em função das necessidades criadas pelo progresso da sociedade, impondo-se reconhecer um novo perfil conquistado pelo Direito de Família. De mais sentido diante da posição do Ministro Sálvio de Figueiredo TEIXEIRA, aconselhando uma interpretação mais eficaz, a exemplo do recomendado pelo art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil⁵⁵⁵. Segundo este, impõe-se ao juiz “dar às causas sob sua apreciação e julgamento uma visão de vanguarda, a compatibilizar a segurança jurídica com os novos ventos que sopram, impulsionados por novos fatores – legais, científicos e sociais.” Conclui afirmando que o Superior Tribunal de Justiça tem buscado direcionar-se neste sentido desde que a Constituição Federal de 1988 atribuiu-lhe a interpretação da legislação infraconstitucional.⁵⁵⁶

Quem atua na área do direito de família sabe dos efeitos devastadores da ruptura da sociedade conjugal sobre a pessoa dos cônjuges, na maioria das vezes sobre a mulher, destarte a isonomia que lhe é assegurada constitucionalmente com o marido. No estudo de Eduardo Oliveira LEITE,⁵⁵⁷ a ruptura, em qualquer das suas formas, constitui exceção à regra da duração da união, com conseqüências muitas vezes trágicas, ficando longe, portanto, de ser uma situação normal. Tudo desmorona, criando uma sensação de vazio e de perda incompreensível.⁵⁵⁸

Assim, do voto do desembargador Athos Gusmão Carneiro no primeiro caso que se tem notícia, paradigmático para a sua época, passa-se a analisar a primeira decisão do Superior Tribunal de Justiça que diz da responsabilidade civil na ruptura da sociedade conjugal, mais especificamente o dano moral na separação, com interessantes enfoques relacionados aos direitos subjetivos. Trata-se de ação de separação litigiosa envolvendo como autora uma mulher que casou com o réu no Líbano, vindo depois para o Brasil, alegando que sempre foi tratada como escrava, sofrendo violências físicas e ameaças de morte; ainda, que o réu tomara seus documentos pessoais, proibira que mantivesse contatos com outras pessoas e outras privações em seus direitos fundamentais.

Em primeiro grau, foi reconhecida a prática de maus-tratos de toda espécie por parte do marido; de violência física e psicológica, além da manutenção da esposa em verdadeiro cárcere privado, atribuindo-se, em decorrência, dano moral à autora. A sentença reconheceu a infração ao dever de respeito e estima decorrente do casamento, pontuando que, “os vexames impostos pelo marido à mulher, inclusive em público, durante longo período, são atestados pela prova colhida na instrução, conforme frisado. Os danos morais decorrem, no caso, não só das

⁵⁵⁴ WELTER. Belmiro Pedro *Dano moral na separação, divórcio e união estável*, p 135, enumera os pressupostos para legitimar a demanda, incluindo, entre outros “a conduta do cônjuge culpado deve ser tipificada como crime”.

⁵⁵⁵ Lei de Introdução ao Código Civil (DL 4 657. 04/09/1942), art. 5º: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”

⁵⁵⁶ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo *O direito de família na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça* In Repensando o Direito de Família. Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família. Coord. Rodrigo Cunha Pereira. Belo Horizonte: IBDFAM: OAB: MG Del Rey, 1999, p 225-226.

⁵⁵⁷ LEITE. Eduardo de Oliveira *Reparação do dano moral na ruptura da sociedade conjugal*, p.127-164

sevícias praticadas, como da humilhação a que a mulher precisou se submeter, quando precisou sobreviver às custas da caridade de amigos, tão logo deixou o lar conjugal por temer por sua integridade física”.⁵⁵⁹

Em segundo grau, temperando a decisão com a origem oriental do réu, justificou-se o seu comportamento em virtude do machismo herdado dos seus ancestrais, reformando-se a decisão e negando a ocorrência do dano. Finalmente, no STJ, em sede de Recurso Especial, a situação foi novamente, revertida, terminando assim ementada:

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

1. [.]

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 deu provimento ao recurso, por ofensa ao art. 159 do Cód. Civil, para admitir a obrigação de se ressarcirem danos morais.*⁵⁶⁰

O reconhecimento da infração aos direitos da personalidade está evidenciado no voto do Ministro Waldemar ZVEITER, do qual se transcreve parte:

*“[...] O dano moral, como é cediço, é a lesão praticada contra os direitos da personalidade, considerados essenciais à pessoa humana (integridade física e moral, nome, fama, dignidade, honradez, imagem, liberdade, intimidade). Tamanha é a dimensão e a relevância desses direitos que sua tutela jurídica foi elevada ao patamar constitucional. Isto porque, a par do ressarcimento de natureza material, o indivíduo é titular de direitos integrantes de sua personalidade, não podendo a ordem jurídica conformar que tais garantias sejam impunemente atingidas.”*⁵⁶¹

O relator ressalta os efeitos maléficos do dano moral, marcados pela dor, pelo sofrimento, causando apatia, padecimento íntimo, humilhação, vergonha, constrangimento e vexame de quem é molestado em sua honra ou dignidade, tudo isso agravado pela repercussão social da ofensa. Este, no seu entendimento, é o diferencial das sanções previstas na Lei de Divórcio, porque tem a finalidade de reparar as ofensas físicas e psíquicas causadas ao consorte. Adverte, contudo, que ofensas insignificantes não geram indenização por dano moral. A humilhação, a vergonha, as situações vexatórias, a posição social do ofendido e a repercussão

⁵⁵⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira Idem, p. 132.

⁵⁵⁹ Sentença proferida pelo Juiz Ricardo Anders de Araújo, em 17 de maio de 1991, na Comarca de Araraquara – São Paulo. 4ª Vara Cível, Processos n. 365/90, 879/90, 351/90, 502/90 e 503/90.

⁵⁶⁰ Recurso Especial n. 3051 – São Paulo (1993/0020309-6). 3ª. Turma, Rel. Min. Nilson Naves, julgado em 17abr 2001. Revista Jurídica 285/96 e Rep. IOB Jurisp. 3-18211.

⁵⁶¹ Recurso Especial. idem, p 03

negativa causada pela ofensa é que devem ser os elementos balizadores para a dosagem da condenação.

Acerca do fato de ter o réu da demanda origem oriental, onde os costumes são diferentes e impera o machismo na relação matrimonial, o voto fundamenta-se na “segurança jurídica” afirmada pelo art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo o qual “a ignorância ou erro de direito não impedirá os efeitos da norma, nem livrará da responsabilidade seu infrator.” E conclui: “Os valores orientais não podem servir de escusa para a prática de uma conduta contrária ao ordenamento jurídico brasileiro”.⁵⁶²

Fortalecendo a tese do relator, o ministro Carlos Alberto Menezes DIREITO, entre os demais integrantes da turma, afastou a justificativa da origem oriental do réu, fundamentando seu voto no comportamento deste e asseverando que, “se existe um comportamento injurioso diante da lei brasileira, causando a ruptura do casamento, diante das atitudes dominadoras do marido que provocaram a instabilidade psíquica da mulher, a indenização é cabível.”⁵⁶³

Como se vê, efetivamente os tempos mudaram. Os valores que determinam a conduta humana são outros. Diz bem Eduardo Oliveira LEITE⁵⁶⁴: “Essa ordem de fatores gerou, de um lado, a revalorização dos direitos humanos e, de outro, a superação do caráter individualista do direito privado.” A tese do voto vencido de ontem acabou sendo consagrada no acórdão de hoje. Parece, portanto, que a dificuldade da evolução sentida no decorrer desses quase vinte anos, entre uma decisão e outra, fica superada com o posicionamento assumido pelo Superior Tribunal de Justiça, tanto na decisão recém-analisada como na linha de interpretação indicada pelo seu ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, de início apontada.

Assim, as grandes teses jurídicas estão a reclamar pronunciamento e orientação pretoriana, e a tese do voto vencido de ontem começa a ser consagrada no acórdão de hoje, abrindo as portas do mundo jurídico para novos tempos. São novas perspectivas, em que a pessoa humana precisa ser dignificada, valorizada e reconhecida a partir da sua relação mais íntima: a conjugal. Não o sendo, é impossível conceber que passem impunes as lesões cometidas contra qualquer dos direitos fundamentais da pessoa, ou pelo abuso do seu exercício⁵⁶⁵, tudo, ainda mais relevante em face da especialidade do seu contexto, como acentua, com propriedade, Eduardo SILVA: “Toda a lei, todo o artigo, parágrafo e alínea devem ser lidos sob a ótica e perspectiva do princípio da dignidade humana.”⁵⁶⁶

⁵⁶² Recurso Especial n. 3051 – São Paulo (1993/0020309-6). 3ª. Turma, Rel. Min. Nilson Naves. julgado em 17/4/2001. In Revista Jurídica 285/96 e Rep. IOB Jurisp. 3-18211, p. 07

⁵⁶³ Recurso Especial, idem, p. 05.

⁵⁶⁴ LEITE, Eduardo Oliveira. *Reparação do dano moral na ruptura da sociedade conjugal*, p. 140.

⁵⁶⁵ O abuso de direito, com o novo Código Civil, também passou a constituir ato ilícito, de acordo com o texto do art. 187, que se transcreve: “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”

⁵⁶⁶ SILVA, Eduardo. *A dignidade da pessoa humana e a comunhão plena de vida*, p. 460

Seção III - Novas perspectivas

Em meio às transformações que o mundo vive em todas as áreas, não se mostra diferente a realidade do mundo social, que se apresenta em manifesta mudança de valores, identificando considerável preocupação com a pessoa humana no seu todo. E o mundo jurídico, como parte desse contexto, não consegue se manter alheio a esse processo. Vive-se sensível escalada dos valores existenciais sobre os materiais. Na verdade, no mundo jurídico, o processo de constitucionalização do direito privado consolida essa transformação, tornando a pessoa humana o centro nuclear do Direito Civil, como reconhece Eroulths CORTIANO JÚNIOR:

*Assim é que a tutela da personalidade humana ultrapassa a construção tradicional do direito subjetivo, devendo ser colocada em supremacia a todo e qualquer outro interesse colocado em jogo. Se a proteção das situações patrimoniais prende-se à previsão pelo direito objetivo, isto não acontece com a proteção que deve ser dada à personalidade humana que extrapola de qualquer previsão legal. Pode-se afirmar que a pessoa humana é o princípio do direito; sua proteção é o eterno problema do direito.*⁵⁶⁷

§ 1º - A família como base de um Direito Civil constitucionalizado

Entre as mudanças apontadas, as do Direito de Família, a partir da Constituição de 1988, são inegáveis e substanciais. Como nenhuma instituição, com certeza, a família foi a que mais se modificou no curso dos últimos cem anos. De uma estrutura fundamentada quase que essencialmente no “ter”, passa-se a valorizar o “ser”, que, sem dúvida, concentra o seu verdadeiro e grande valor, que é a pessoa de cada um dos seus componentes. Essa é a proposta da Constituição e, constitucionalizado, do Direito Civil. Por via de consequência, com ainda mais razão, do Direito de Família.

Maria Claudia Crespo BRAUNER chega a afirmar que a Constituição representa “o grande divisor de águas entre o Direito de Família codificado e a nova concepção de família constitucionalizada”.⁵⁶⁸

Buscam-se os interesses das pessoas envolvidas muito além da visão restrita aos seus interesses patrimoniais, que, por isso, perderam a conotação predominante nas relações

⁵⁶⁷ CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In FACHIN, Luiz Edson (Coord.) *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro Renovar, 2000, p. 50.

⁵⁶⁸ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. *As novas perspectivas do direito de família*, p 207.

familiares. Na verdade, todo o Direito Civil vive um processo de publicização, despatrimonialização e constitucionalização, identificando a alteração dos seus rumos desde a superação do liberalismo jurídico, que o faziam a “Constituição do Direito Privado”.⁵⁶⁹

É evidente que os maiores interesses tutelados pela Constituição de 1988 são os da pessoa humana, que, por isso, como destinatária do direito, precisa ser amparada em seus interesses morais e materiais, sob pena de não se efetivar a proteção devida por ela.

Assim, para que a família seja, efetivamente, a base da construção de um novo mundo, os fundamentos do Direito Civil e, especialmente, os do Direito de Família precisam ser repensados e reconstruídos segundo o prisma de novos paradigmas que garantam atualidade e efetividade. Só assim se atingirá o que Luiz Edson FACHIN chamou de “o outro lado da margem”, almejando que o futuro reserve para o novo desenho jurídico do Direito de Família e do Direito Civil brasileiro “espaço para a realização do sonho de uma sociedade justa, fraterna e igualitária.”⁵⁷⁰

§ 2º - A repersonalização das relações de família como espaço de realização da afetividade

O que se viu até aqui permite concluir que, na atualidade, as relações de família vivem um processo de repersonalização, que já virou o século em uma luta crescente pela humanização do direito de família. É desnecessário destacar que a família é conhecida e reconhecida como a base estrutural da sociedade; tanto que, historicamente, as nações se mostraram fortes sempre que valorizaram, ao modo do seu tempo, a família. E esse alicerce social, na atualidade, constitui-se fundado em dois princípios básicos: a liberdade e a igualdade.

Liberdade e igualdade manifestam-se na família pela afetividade entre os seus componentes e se consolidam pelo reconhecimento estatal, configurado na especial proteção que lhe assegura o art. 227 da Constituição vigente.⁵⁷¹ A relação conjugal, nesse contexto, é concebida com base nos princípios da liberdade e da igualdade entre os cônjuges e companheiros. Nessas idéias está o resgate dos valores imateriais, indispensáveis a um convívio familiar isonômico, libertador, recheado de respeito, diálogo, carinho e compreensão, tudo de modo a configurar a garantia primordial da dignidade pessoal de cada componente, seja como cônjuge ou companheiro, seja como pai, mãe ou filho.

Em família, portanto, o traço da afetividade é a nova “marca registrada”, tanto que Paulo Luiz Neto LOBO reconhece-a como “espaço de realização da afetividade humana”. Nessa

⁵⁶⁹ DEDA, Artur Oscar de Oliveira. *A proteção dos direitos da personalidade*. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade, dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 27.

⁵⁷⁰ FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*, p. 310.

nova visão, o autor concebe família como “agência do amor”⁵⁷², no que é secundado por Rodrigo da Cunha PEREIRA, para quem “a verdadeira liberdade e ideal de Justiça estão naqueles ordenamentos jurídicos que asseguram um Direito de Família que compreenda a essência da vida: dar e receber amor.”⁵⁷³

Essa nova visão da família provoca uma tamanha mudança do interesse a ser tutelado que para, Paulo Luiz Neto LOBO, “não é mais o do grupo organizado como esteio do Estado, e das relações de produção existentes, mas das condições que permitam à pessoa humana realizar-se íntima e afetivamente, nesse pequeno grupo social.”⁵⁷⁴ O novo modelo de família, segundo o autor, “contém um forte apelo ao exercício da responsabilidade na sua mais radical expressão, vale dizer, aquela em que a instância ética não se situa fora, mas dentro da pessoa mesma.”⁵⁷⁵

Segundo Silvana Maria CARBONERA, a consagração dos princípios da dignidade e da igualdade na família gerou um novo modelo jurídico de família. Em decorrência, destaca que tratar da dignidade e da igualdade considerando a convivência familiar importa reconhecer que essa convivência impõe limitações na liberdade individual de cada um.⁵⁷⁶

A despatrimonialização das relações conjugais decorre de que as relações jurídicas patrimoniais passaram a ser subordinadas a valores extrapatrimoniais, como a dignidade da pessoa humana. E nas relações familiares, com ainda mais razão, porque os interesses patrimoniais já não são os mais importantes no contexto da família.

No dizer de Rosana Amara Girardi FACHIN, o discurso constitucional está impregnado de valorização da pessoa, impondo revelar essa dimensão na prática concreta dos direitos, em sua perspectiva forense. Na opinião da autora “pensar a nova família significa, portanto, repensar a atividade do poder Judiciário.”⁵⁷⁷ Portanto, esse novo Direito de Família, envolvido pela afetividade, precisa ser estimulado, e, ao contrário, contidas, reprimidas e até punidas, se for o caso, as manifestações de desamor, desrespeito e desconsideração.

Na relação conjugal, então, tanto matrimonializada como de fato, é com base na afetividade que se constroem a igualdade e a liberdade, e, com base em ambas, que se conquista a felicidade. Liberdade e igualdade contra a violência, contra a exploração e a opressão; Liberdade e igualdade em oposição aos maus-tratos, às ofensas e todas as ilicitudes contrárias aos deveres impostos pela relação conjugal.

⁵⁷¹ Constituição Federal de 1988, art. 226. “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”

⁵⁷² LÔBO, Paulo Luiz Neto. A repersonalização das relações de família. In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord). *O Direito de família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 54-57.

⁵⁷³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Família direitos humanos, psicanálise e inclusão social*. Revista Brasileiro de Direito de Família IBDFAM. Porto Alegre. Síntese, v. 4, n. 16, jan./fev./mar. 2003, p. 11.

⁵⁷⁴ LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Idem*, p. 74.

⁵⁷⁵ LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Idem*, p. 79.

⁵⁷⁶ CARBONERA, Silvana Maria. *O papel jurídico do afeto nas relações de família*, p. 273.

⁵⁷⁷ FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em busca da família do novo milênio – uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do direito de família no Brasil contemporâneo*, p. 139.

Na apuração dos danos decorrentes e sua adequada responsabilização, deve haver a punição efetiva pela desconsideração conjugal dessa nova visão familiar.

Tão reais e efetivas são essas afirmações que hoje ninguém mais cresce sem fazer crescer, nem destrói sem se autodestruir,⁵⁷⁸ porque a idéia de felicidade conjugal e familiar, obrigatoriamente, é coletiva, do par, do grupo. É impossível, portanto, conceber a felicidade apenas fundada na realização individualista e exclusiva. A acomodação, tanto das vítimas, como dos advogados e do Judiciário, em geral, à proposta inovadora do reconhecimento e responsabilização pelos danos morais causados na relação familiar, em especial na ruptura da sociedade conjugal, que faz o tema desta pesquisa, termina beneficiando e estimulando o desrespeito à dignidade da pessoa humana. E, com isso, como enfatiza Belmiro Pedro WELTER⁵⁷⁹:

Não se está reclamando pecúnia de 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, princípio elevado à categoria de fundamento da República Federativa do Brasil.

§ 3º - O Projeto de Lei nº 6960/2002(Dep.Ricardo Fiúza) de complementação do novo Código Civil

Para afastar, definitivamente, a tendência contrária ao reconhecimento do dano moral nas ilicitudes da ruptura da sociedade conjugal, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos SANTOS defendeu junto ao Congresso Nacional, na fase legislativa final do novo Código Civil, a extensão das regras de responsabilidade civil às relações de família. Foi sempre tão enfática nas suas posições que na conclusão da sua obra mais requisitada⁵⁸⁰, ainda antes da entrada em vigor do atual Código, já prenunciava a importância de o legislador estabelecer norma explícita sobre a reparabilidade dos danos, o que, no seu entendimento, aproximaria Moral e o Direito, especialmente desejável no Direito de Família.

A ausência de texto legal, como já se viu, sustenta uma das teses da corrente doutrinária e jurisprudencial contrária ao reconhecimento da ressarcibilidade dos danos

⁵⁷⁸ VILLELA, João Batista. *Liberdade e família*, Monografia. Fac de Direito da UFMG, Belo Horizonte, 1980, p. 11.

⁵⁷⁹ WELTER, Belmiro Pedro *Dano moral na separação, divórcio e união estável*. p. 13.

⁵⁸⁰ SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *A reparação civil na separação e no divórcio*. p. 188

decorrentes.⁵⁸¹ Carmem Lucia Silveira RAMOS considera que “isto determinou, por longo período, a prisão do jurista à busca do sentido do direito exclusivamente no texto legal, afastada a preocupação com realizar justiça.”⁵⁸²

O novo Código, entretanto, entrou em vigor sem consagrar a pretendida extensão. O seu relator, o deputado Ricardo Fiúza, na introdução de obra por ele coordenada⁵⁸³, justificou que não poderia o novo Código pretender disciplinar todas as matérias, afirmando que “um Código Civil, na condição de lei geral, deve apresentar seus comandos de forma suficientemente aberta, de maneira a permitir a função criadora do intérprete. Acentua o parlamentar que o intérprete tem de sair do positivismo exagerado que engessa o direito e atrasa as transformações, para alcançar o que chama de “ fase pós-positivista do direito”.

Com certeza, no entanto, diante dos irrefutáveis argumentos da defensora da proposta, a professora Regina Beatriz Tavares da SILVA, o deputado Ricardo Fiúza, entendeu por incluí-la no texto do seu Projeto de Lei nº 6.960/2002 que tramita no Congresso Nacional, com possibilidades de vir ser aprovado até o final do corrente ano, uma vez que não se constitui das questões mais polêmicas da proposta global(informação verbal).⁵⁸⁴

Preferindo identificá-lo não como de reforma do novo Código Civil, certamente por ter sido o seu relator e considerar prematura essa idéia, o parlamentar identifica-o como projeto de complementação, com 174 ajustes, uns mais, outros menos polêmicos. Destarte a sua amplitude, por tratar, especificamente do assunto que faz o objeto desta pesquisa, inclui-se-o, em seu inteiro teor, como um dos anexos deste trabalho.⁵⁸⁵

Assim, no contexto do complemento pretendido, está incluído um segundo parágrafo ao artigo 927, estendendo os princípios da responsabilidade civil às relações de família, com a seguinte proposta de redação:

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

A justificativa para a sua inclusão apresentada pelo autor do projeto também está inserida entre os anexos, dada a excelência dos seus argumentos e até como forma de propagar o seu conteúdo, em face da limitação da sua divulgação, restrita aos congressistas e usuários da internet.

⁵⁸¹ Vide o § 3º, da Secção III, do Capítulo V, deste trabalho.

⁵⁸²RAMOS, Carmem Lucia Silveira A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras In. FACHIN, Luiz Edson (Coord) *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro Renovar. 1998, p 12

⁵⁸³FIÚZA, Ricardo *O novo código civil comentado*, São Paulo Saraiva, 2002, p XV

⁵⁸⁴ Informação verbal obtida do Dr Mario Luís Delgado Régis, assessor jurídico do parlamentar autor do projeto.

⁵⁸⁵Projeto de Lei nº 6960, de 2002, de autoria do dep. Ricardo Fiúza, disponível em www.câmara.gov.br/internet/Deputado/default.asp, incluído como Anexo nº 3.

Os fundamentos são todos da professora Regina Beatriz Tavares da SILVA, para quem “a responsabilidade civil avança conforme progride a civilização”. havendo, por isso, constante necessidade de adaptação do instituto à nova realidade social. Considera a responsabilidade civil como o centro de todos os ramos do direito, tanto de natureza pública quanto privada, por constituir a forma de proteção da pessoa em todas as suas formas de relação.⁵⁸⁶ E justifica, dentre elas, as familiares, por excelência:

*Embora as relações familiares sejam repletas de aspectos especialmente pessoais, afetivos, sentimentais e religiosos, envolvendo as pessoas, num projeto grandioso, preordenado a durar para sempre, por vezes o sonho acaba, o amor termina, o rompimento é inevitável. Nestas rupturas, são inúmeras as situações em que os deveres de família são violados, com desrespeito especialmente aos direitos da personalidade dos envolvidos nessas relações, a acarretar graves danos aos membros de uma família*⁵⁸⁷

Ainda fundamentado nos argumentos de Regina Beatriz Tavares da SILVA, o autor do projeto defende a aplicabilidade dos princípios da responsabilidade civil ao Direito de Família, por força do respaldo constitucional garantido pela cláusula geral de proteção à dignidade da pessoa humana (art. I, inciso III, da Constituição vigente) e do parágrafo 8º, do art. 226, pelo qual, no capítulo da família, a Lei Maior impõe ao Estado o dever de assegurar “a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito das suas relações.” A conclusão do arrazoado é ainda mais eloqüente, dando conta de que “a responsabilidade civil é verdadeira tutela privada à dignidade da pessoa humana e a seus direitos da personalidade, inclusive na família, que é centro de preservação do ser humano, antes mesmo de ser havida como núcleo essencial da nação.”⁵⁸⁸

Sendo aprovada a inclusão do aludido parágrafo, não restará mais nenhuma dúvida ou objeção quanto à indenizabilidade dos danos morais na ruptura da sociedade conjugal. Associada a sua redação ao já consagrado no artigo 12 do novo Código, que autoriza exigir cesse qualquer ameaça ou lesão a direito da personalidade, bem como se reclamem as perdas e danos decorrentes, a conclusão é irretorquível. É ainda mais convincente, pela sua vinculação à regra geral do artigo 186, que define a ilicitude, e ao artigo 187, que estende esse conceito ao abuso de direito. Com tudo isso, certamente, uma nova era da responsabilização civil será instaurada no Brasil.

⁵⁸⁶ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Posição colacionada pelo autor do Projeto de Lei nº 6960/2002. Dep Ricardo Fiúza na justificativa n. 50, da inclusão do parágrafo 2º, ao artigo nº 927, do Código Civil de 2002. Incluído como Anexo 4

⁵⁸⁷ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Idem, ibidem.

Revestidas as relações familiares de tamanha consideração e reconhecida importância, como atribuído constitucionalmente, a possibilidade de responsabilização civil, especialmente pelo dano moral causado em todos os rompimentos culposos dos laços conjugais, obrigará um repensar dos comportamentos conjugais e familiares. Estar-se-á atingindo uma das funções do dano moral, como já evidenciado: a função dissuasória.⁵⁸⁹

Se o Direito de Família, nas regras da dissolução tanto do casamento como da união estável não oferece sancionamento adequado e capaz de dissuadir o descumprimento culposos dos deveres conjugais, o Direito das Obrigações, legislando especificamente sobre a matéria, oferecerá com certeza, e certamente, imporá limites, respeito e consideração no trato conjugal e familiar. Se, finalmente, for legislada a matéria, estará consolidada a eloqüente doutrina nacional e imposta à jurisprudência, até aqui reticente, a sua consagração.

Não se tem, todavia, dúvida nenhuma de que, mesmo sem a inclusão específica de preceito legal como o proposto pelo Projeto de Lei em exame, é possível a responsabilização até aqui defendida, com base nos pressupostos indicados. Afinal de contas, como afirma Ricardo Fiúza, “é função do intérprete compreender o texto da lei em seu significado e alcance, seu sentido íntimo e sua expressão visível.”⁵⁹⁰ Sendo, acaso, aprovado o projeto e, finalmente, legislada a matéria, se consolidará a eloqüente doutrina nacional impondo à jurisprudência, até aqui reticente, a sua consagração.

São válidas, portanto, para concluir, as palavras de Luiz Edson FACHIN, que enaltece o novo que surge, enquanto o velho declina:

*Futuro, rompimento e transformação caminham, pois, lado a lado, na tentativa da construção desse caminho, novo ou renovado, nascido do choque inevitável entre a realidade e as categorias jurídicas ultrapassadas; entre o novo que surge e o velho que declina.*⁵⁹¹

⁵⁸⁸ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Idem, *ibidem*

⁵⁸⁹ Vide o § 3º, da seção I, do Capítulo I e, de forma particularizada, a função do dano moral na ruptura da sociedade conjugal, no § 1º, da seção IV, do Capítulo V, deste trabalho.

⁵⁹⁰ FIÚZA, Ricardo. *O novo Código Civil comentado*, São Paulo, SARAIVA, 2002. p XVII

⁵⁹¹ FACHIN, Luiz Edson. A nova filiação – crise e superação do estabelecimento da paternidade In: Pereira Rodrigo da Cunha (Coord). *Repensando o direito de família* (Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família) Belo Horizonte Del Rey, 1999, p. 132.

CONCLUSÃO

Após analisar a evolução do dano moral e a família desde o seu nascedouro, em especial a sociedade conjugal e, pelo descumprimento dos deveres decorrentes do casamento ou da união estável, com a conseqüente ruptura com culpa grave, impôs-se o reconhecimento de que todas as afrontas à sua dignidade não têm qualquer sanção no regramento do Direito de Família. As sanções oferecidas - alimentos, nome e guarda de filhos - já não penalizam a ocorrência do descumprimento dos deveres conjugais porque os parâmetros sociais são outros, assim como os pressupostos para sua aplicação.

E não se pense que se está pretendendo retomar a investigação da culpa para decretação da separação ou do divórcio. Esse encaminhamento se encontra de há muito superado frente à simples constatação do fim do amor, da quebra do vínculo afetivo, da desestruturação conjugal. A possibilidade da quebra do vínculo afetivo está ínsita na idéia da relação, entretanto, se revestida de ilicitude por parte do responsável pelo rompimento e demonstrada a ocorrência de danos para a pessoa do outro, como em qualquer relação civil, a indenização impõe-se como medida de justiça. Assim, a conclusão tem outro sentido.

Inconformado com a solução simplista oferecida pela linha adotada pelos últimos regramentos legais das relações familiares, nenhum oportunizando, expressamente, esse tipo de sancionamento compensatório, buscou-se atender o reclamo na linha de um novo Direito de Família, mais preocupado com a pessoa na sua inteireza, partindo da sua dignidade, eleita fundamento da própria república.

O estudo do direito comparado permitiu conhecer novos caminhos para vislumbrar as soluções mais adequadas para os fatos e problemas gerados pela constante mudança da realidade atual da família brasileira.

No Brasil, o que se viu permite concluir, sem dúvida nenhuma, que as relações de família vivem, na atualidade, um processo de repersonalização, e o Direito Civil, um processo de publicização, despatrimonialização e constitucionalização, identificando a alteração dos rumos do direito privado, agora fundamentalmente voltado para a pessoa e o seu ser.

É evidente, desde a Constituição de 1988, que os interesses tutelados são os da pessoa humana. A família é concebida com base nos princípios da liberdade e da igualdade entre

os cônjuges e companheiros na relação matrimonial e entre os filhos, independentemente da condição do seu nascimento. Diante da elevação do princípio da dignidade e dos direitos da personalidade à preceito constitucional e, agora, também integrando o texto do novo Código Civil, evidencia-se a relevância do presente estudo. Diante dessa realidade, que revaloriza a honradez humana e garante à pessoa o centro de toda a tutela jurídica civil, hoje, mais do que ao seu patrimônio, é impossível não reconhecer a configuração da responsabilidade civil nas relações familiares.

Inexistindo, por ora, texto legal expresso, é certo o papel da jurisprudência. Estimulada pela doutrina e impulsionada pela pressão social, como já aconteceu com a evolução do concubinato à união estável, da isonomia entre homem e mulher, ou da equiparação dos filhos de qualquer condição e tantos outros institutos do direito, confirmam-se os pronunciamentos judiciais que começam a surgir também em relação à responsabilização civil das afrontas aos direitos subjetivos nas relações familiares.

A doutrina brasileira, ficou patenteado no trabalho, é pródiga e qualificada nos seus argumentos favoráveis ao reconhecimento do dano moral no descumprimento culposo e na ruptura ilícita dos laços conjugais. A sociedade não se conforma em ver que, mesmo com um novo Código, a solução do reconhecimento ainda continue à margem da disposição legal. A jurisprudência começa a sinalizar a sua adesão. Como nova perspectiva, embalado pela valorização dos direitos da personalidade, discute-se um projeto de lei que legisla a matéria. Impossível, portanto, não reconhecer que um novo tempo se anuncia.

Não se pode mais conceber o desconhecimento, o silêncio e a acomodação das vítimas de qualquer tipo de violação a tais direitos, é certo, sempre que tiverem relevância e ocasionarem danos. Havendo culpa, danos e liame causal entre um e outro, é fundamental que haja responsabilização indenizatória, especialmente responsabilização moral, quando o mal causado atingir a pessoa no que ela tem de mais importante: a sua dignidade. Ou desatender o princípio da igualdade entre o par, impedindo o exercício da plena liberdade conjugal e social.

Em qualquer das hipóteses, o “dano ao projeto de vida”, como previsto no ordenamento francês, é manifesto, e não pode deixar passar em branco sob pena de afronta irremediável à dignidade da pessoa do cônjuge ou companheiro ofendido. Para que a família seja, efetivamente, a base da reconstrução social de um novo mundo, os fundamentos do Direito Civil e, especialmente, do Direito de Família precisam ser repensados e reconstruídos do prisma de novos paradigmas, que garantam atualidade e efetividade.

A dor, a humilhação e o desgosto produzidos pelas tantas causas culposas de separação ou desfazimento de união estável, não podem mais ser desconsideradas em face da ausência de texto legal que os puna. Hoje, constitucional e civilmente reconhecidos os direitos da

personalidade. não há como negar-lhes guarida. No Direito de Família, as particularidades de cada caso acabam fazendo-o único e irrepetível. Por isso, o julgador precisa garantir, na solução dada para o caso concreto, a evolução indispensável, independentemente da existência de texto legal expresso.

Sendo aprovada a proposta legiferante que tramita no Congresso Nacional, por certo, será ainda mais eloqüente o reconhecimento; não sendo, argumentos e fundamentos não faltarão para que se punam as ilicitudes praticadas no contexto da relação que sustenta toda a estrutura da sociedade e se compense o mal causado, com a fixação de um valor, a título de dano moral, condizente e adequado. Identifica-se, por fim, socialmente, que, numa relação de afeto, o respeito e a consideração são condições indispensáveis.

Em toda relação de amor, a tendência natural é de a pessoa se completar na pessoa do outro. Isso até pode não acontecer no curso da relação matrimonial já que, sendo o amor um sentimento, pode acabar como qualquer outro. Essa completude, no entanto, pressupõe, em relação ao outro, o mesmo respeito, o mesmo tratamento e a mesma consideração exigidos para si. Diferentemente, não é nem de afeto, nem de respeito e, muito menos, de consideração. Para o desafeto, o desrespeito, a desconsideração, enfim, para todas as hipóteses de ilicitude, a proposta de responsabilização civil pelo dano moral que vier, em decorrência, a ser causado.

BIBLIOGRAFIA

- AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. 10^a ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1995,v.II.
- ALMEIDA, Silmara Juny de Chinelato e. *Do nome da mulher casada: direito de família e direitos da personalidade*. São Paulo/Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- ALSINA, Jorge Bustamante. *Téoria general de la responsabilidad civil* 9. ed. Buenos Aires:Abeledo Perrot, 1997.
_____ *Responsabilidad Civil y otros estudios* Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1992, v. II.
- AMARANTE, Aparecida. *Responsabilidade civil por dano à honra*. 5. ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2001.
- AMORIN Sebastião Luiz. O Divórcio e a Constituição de 1988. In: COLTRO, Antonio Carlos Mathias Coltro (Org.) *O Direito de Família após a Constituição Federal de 1988*. São Paulo: C.Bastos. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. 2000.
- ANDRADE, Ronaldo Alves. *Dano moral à pessoa e sua valoração* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*. São Paulo:Jurídica Brasileira, 2001.
- BELLUSCIO, Augusto; ZANNONI, Eduardo A.(coord.).Código civil y leyes complementarias. Buenos Aires: Astrea, 1994, tomos 2 e 5.
- BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clovis Bevilacqua*. 7^a. tir. Edição Histórica.Rio de Janeiro: Rio, 1944, v. I.
_____ *Teoria geral do direito civil*. 2.ed. rev. e atual. por Caio Mario da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Rio; F.Alves, 1980.
- BIGI, José de Castro. *Dano moral em separação e divórcio*. Revista dos Tribunais., ano 81, v. 679, ps.46-51, maio 1992.
_____ *Indenização por rompimento de casamento*. In: COLTRO, Antonio Carlos Mathias Coltro (Org.) *O Direito de Família após a Constituição Federal de 1988*. São Paulo: C.Bastos. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. 2000.
- BITTAR, Carlos Alberto, *Reparação civil por danos morais* 2^a.ed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

BONAVIDES, Paulo, prefaciando a obra de SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

BONELLI, Rita Simões. Responsabilidade civil entre marido e mulher por ofensa aos direitos da personalidade. In: LEÃO, Adroaldo e PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mário Veiga (Coord). *Responsabilidade civil* Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Rec.Esp nº 37.051, 3ª. Turma, Rel. Min. Nilson Naves. J. em 17/4/2001, maioria. Revista Jurídica, 285/96 e Rep. IOB Jurisp. 3-18211.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. *As novas perspectivas do direito de família*. In: *Palestras cursos de atualização para magistrados*. Poder Judiciário e Ajuris – Escola Superior da Magistratura – n.1 (2000). Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas, 2001, v.I.

_____. *As novas orientações do direito de família* In: *O direito de família descobrindo novos caminhos*. BRAUNER, Maria .Claudia Crespo (Coord.). São Leopoldo: edição da autora, 2001.

BREBBIA, Roberto H. *El daño moral*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1950.

_____. *Instituciones de derecho civil*. Tomo II. Rosário: Editorial Juris, 1997.

CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação* 10. ed. São Paulo: RT, 2002.

_____. *Dano moral* 2 ed., 3 tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____.;CAHALI, Francisco José. Responsabilidade civil entre marido e mulher. In: CAHALI, Yussef Said Cahali (Coord.). *Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 1984.

CÂMARA, Maria Beatriz P.F. Da dissolução da sociedade e do vínculo conjugal. In: LEITE, Heloísa Maria Daltro (coord.) *O novo código civil do direito de família*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

CAMBI, Eduardo. Premissas teóricas das uniões extramatrimoniais no contexto da tendência da personificação do direito de família. IN: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.) *Repertório de doutrina sobre direito de família*. São Paulo: Ed. RT, 1999, v. 4.

CARBONERA Silvana Maria. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord) *Repensando o direito de família*. (Anais do I congresso brasileiro do direito de família) Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

CARBONIER, Jean. *Droit civil*. Trad. espanhola: *Derecho civil*, Barcelona: Bosch Editorial, 1961. Tomo I, v. II.

CARLUCCI, Aída Kemelmajer; Augusto C. BELLUSCIO e Eduardo ZANNONI. *Código civil y leyes complementarias (comentado, anotado y concordado)*. Buenos Aires: Ed. Astrea. 1994, tomo 5.

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

CASILLO, João. *Dano e indenização na Constituição de 1988* Revista dos Tribunais, ano 79, v. 660, p. 29-37, out. 1990.

- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil* São Paulo: Malheiros, 1996.
- CHAVEZ, Hector Cornejo. *Derecho familiar peruano* Lima: Gaceta Jurídica, 1999.
- CIFUENTES, Santos. *Los derechos personalísimos* Buenos Aires: Lerner, 1974.
- COBO, Jorge E. Lavallo. *Código civil y leyes complementarias - Comentado, anotado Y concordado*. Coord.Eduardo A. Zannoni. Buenos Aires: Astra, 1994, tomo 5.
- COLARES, Marcos Antonio P. Legislando sobre o afeto: Questões sobre a familiaridade no Brasil. In: pereira, Rodrigo da Cunha (coord.). *Repensando o Direito de Família* (Anais do I congresso brasileiro de direito de família). Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- COLOMBET, Claude. *La famille* Presses Universitaires de France. 1985
- COLTRO, Antonio Carlos Mathias. A União Estável no Direito Projetado – O Código Civil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Repertório de Doutrina sobre Direito de Família – aspectos constitucionais, civis e processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, v.4.
- CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson.(Coord.) *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro:Renovar, 2000.
- COSTA, Judith Martins. *Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação* Revista dos Tribunais;São Paulo, ano 90, v. 789, p. 21-47, jul.2001.
- COSTA, Maria Josefa Méndez. La pietas familiae en la responsabilidad civil. In: ALTERINI, Atilio Aníbal e cabana, Roberto M.López (Coord.) *La Responsabilidad*(Homenaje al Professor Doctor Isidoro H. Goldenberg). Buenos Aires: Abeledo-Perrot,1993.
- COURBE, Patrick. *Droit de la famille*. Paris: Maasson & Armand Colin, 1997.
- COUTO, Sérgio. *Afronta à família*. In: Síntese, fev./2002, Porto Alegre: Síntese, fev.2002.
- CRISPINO, Nicolau Eládio Bassalo. Responsabilidade civil dos conviventes. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *A Família na Travessia do Milênio*, (Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família). Belo Horizonte: IBDFAM: OAB – MG: Del Rey, 2000.
- CUNHA, Alexandre dos Santos. Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do direito civil. In: COSTA, Judith Martins(Org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- DA SILVA, Luiz Renato Ferreira. *Da legitimidade para postular danos morais*. Rev. Ajuris, v. 70, ano XXIV, p. 1-21, jul.1997.
- DE OLIVEIRA, Euclides; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Do casamento. In: DIAS, Maria Berenice e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- DEDA, Artur Oscar de Oliveira, *A proteção dos direitos da personalidade* . In: LEITE, Eduardo de Oliveira.(Coord.). *Grandes temas da atualidade,dano moral*.Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DELGADO, Abel Pereira. *Do divórcio e da separação judicial de pessoas e bens*. Coimbra: Biblioteca Jurídica Atlântida, 1971.

DIAS, José Aguiar. *Da responsabilidade civil* 10. ed. Rio de Janeiro:Forense. 1995.

DIAS, Maria Berenice. Da separação e do divórcio. In: DIAS, Maria Berenice e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____. *O amor tem preço?* Boletim do IBDFAM, n. 15, ano 2, jun.jul.2002; Jornal Zero Hora, Porto Alegre, 07jan.2002, p. 11.

_____. *Nasce um novo(?) Código Civil*. Jornal Zero Hora, Porto Alegre, 23 ago.2001, p.19.

_____. Editorial, Boletim do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, n. 15, ano 2, jun.jul.2002.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, 17 ed., Direito de Família, atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, v. 5.

_____. *Curso de direito civil brasileiro*.12. ed., Responsabilidade civil, 12. ed., São Paulo: Saraiva,1998, v. 7.

FÁBREGAS, Luiz Murillo. *O dano moral resultante do divórcio ou da separação injusta e o seu ressarcimento*. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro: v. 2, n. 6,1999.

FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família* Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *Estatuto jurídico do companheirato* – Reflexões sobre o sentido e o alcance da lei 8.971/94) – Disponível em: <http://www.oabmg.org.Br/escola/venlp9.htm>, acesso em 9/2/2001.

_____. A nova filiação – crise e superação do estabelecimento da paternidade. In: Pereira. Rodrigo da Cunha (Coord.). *Repensando o direito de família* (Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família). Belo Horizonte:Del Rey, 1999.

FACHIN, Rosana Amara Giradi. *Em busca da família do novo milênio: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do direito de família no Brasil contemporâneo*.Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FACHINI NETO, Eugênio, *Da responsabilidade civil no novo código*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *O novo código civil e a constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FERREIRA, José Dias. *Código civil português anotado*. 2. ed.Coimbra: Imprensa da Universidade, 1905, v. IV

FIUZA César Augusto de Castro. *Mudanças de paradigmas: do tradicional ao contemporâneo* In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.). *A família na travessia do milênio*. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM: OAB-MG:Del Rey, 2000.

FIÚZA, Ricardo. *O novo código civil comentado*, São Paulo: Saraiva, 2002.

GABBA, C.F. Cuestiones practicas de derecho civil moderno. Trad. Adolfo Posada. Madrid: La España Moderna. [s.d.], v.2.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. O direito de família e a união estável – Perspectivas para o Século XXI. In: COLTRO, Antonio Carlos Mathias(Org.). O direito de família após a

Constituição Federal de 1988. São Paulo: C. Bastos: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000

GOLDEMBEG, Isidoro H.; LOPEZ CABANA, Roberto M. Daño a la persona. De la tesis de la inviolabilidad del patrimonio a la inviolabilidad de la persona. In ADORNO Luis (coord.). *Daño y protección a la persona humana*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1993.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GROSMAN, Cecília P. La responsabilidad civil frente a los hechos de violencia familiar. In: ALTERINI, Atilio Aníbal; CABANA, Roberto M. López (coord.). *La responsabilidad* (Homenaje al Professor Doctor Isidoro H. Goldenberg). Atilio Aníbal ALTERINI e Roberto M. López CABANA, directores. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993.

GUIMARÃES, Marilene Silveira. Adultério virtual, infidelidade virtual. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) *A família na travessia do milênio*. Anais do II Congresso Brasileiro do Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM: OAB MG: 2000.

HIRIGOYEN, Marie-France. *Assédio Moral – A violência perversa do cotidiano*. Trad. Maria Helena Kühner. 3. ed. São Paulo: Bertrand Brasil, 2002.

IBGE, Censo 2000 – Disponível em: <http://www.ibge.gov.br>. Acesso em: 10 fev.2003.

JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil, Conferência proferida em Faculdades de Direito. Tradução de Raul Lima, Revista Forense, ano LXXXVI, p.52-63, jun. 1941.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Reparação do dano moral na ruptura da sociedade conjugal. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes Temas da Atualidade – Dano Moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Temas de direito de família* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____. *Tratado de direito de família: origem e evolução do casamento*. Curitiba: Juruá, 1991, v. I.

_____. *Mulher separada Continuidade do uso do nome do marido* Revista dos Tribunais, ano 89. São Paulo: Ed. RT, n. 78, p. 103-121, out. 2000.

LIMA, Domingos Sávio Brandão. *A nova lei de divórcio comentada*. São Paulo: O.Dip, 1978.

LIMA, Pires de; VARELA, Antunes. *Código civil anotado*, 4. e 2. ed. rev. e act. Coimbra: Coimbra Editora., 1987 e 1992, v. I e IV.

_____. LIMA, Pires de. *Responsabilidade civil por danos morais*: Revista Forense, vol. 83.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. A repersonalização das relações de família. In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). *O Direito de família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. *Igualdade Conjugal – Direitos e Deveres*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, v. 31, 1999.

MADALENO, Rolf. *Direito de família: aspectos polêmicos* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. *Divórcio e dano moral*. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, ano 1, n. 2, p.60-65, jul./ago./set.1999.

_____. *Novas perspectivas no direito de família* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MASSIP, Jacque. *Lê réforme du divorce*. Répertoire du Notariat Defrénois. Paris: 1976.

MAZEAUD, Henri; Leon; Jean. *Lecciones de derecho civil*. Trad, Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1978, v. II e IV.

MAZEAUD, Henry y TUNC, André. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Trad. de Luis Alcalá-Zamora Y Castillo, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1978,v. I.

MEDINA, Graciela. *Daños en el derecho de familia*. Buenos Aires: Rubinzal - Cuilzoni Editores,2002.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito de família*. Atual.Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001.

_____. *Tratado de direito privado*. 3 ed. Rio de Janeiro:Borsoi, 1971.

MIZRAHI, Maurício Luis. *Família, matrimônio y divorcio* Buenos Aires: Editorial Astrea, 1998.

MORETTI, Ivan César. *A indenização dos danos morais no STJ* Jornal Síntese.Porto Alegre: Síntese, ano 6, n. 72, p.11/14, fev.2003.

NEGRÃO, Theotônio. *Código de processo civil e legislação processual em vigor* – 34. ed. atual. até 14 jun. 2002. São Paulo: Saraiva. 2002.

NETO, Inácio de Carvalho. *Responsabilidade civil no direito de família*. Curitiba:Juruá,2002.

_____. *Reparação civil na separação litigiosa culposa*. Disponível em <http://www.gontijo-familia.adv.br/Escritório de Advocacia Segismundo Gontijo, Juliana Gontijo e Fernando Gontijo>. Acesso em 30 jul. 2002.

NORONHA, Fernando. *Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil*. Revista dos Tribunais, ano 88, v.761, p. 31-44, mar. 1999.

OLIVEIRA FILHO,Bertoldo Mateus.Relacionamento interfamiliar. Revista Jurídica Del Rey: *Afeto, a ética no direito de família*, Belo Horizonte: Del Rey, ano IV. N. 8, maio 2002.

OLIVEIRA, José Francisco Basílio de. *O Concubinato e a Constituição Atual* 3ª. ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1993.

OLIVEIRA, José Lamartine Correa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira.*Direito de família* (Direito Matrimonial). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1990.

OLIVEIRA, Patrícia Pimentel.*Da possibilidade de indenização entre cônjuges por dano à honra*. Revista de Responsabilidade Civil, Campinas: Ed. Mizuno, v. 1, 2000.

PARANÁ. Tribunal De Justiça do Paraná. Apel.Cível nº 26.572, 1ª. Cam.Civ., j. em 12/6/89, Rel. Des. Oto Sponholz.

PERALTA ANDIA, Javier. *Derecho de familia en el código civil*. 2. ed. Lima: Idemsa, 1996.

PEREIRA, Áurea Pimentel. *A nova Constituição e o direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1990.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. V.

_____. *Responsabilidade civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A culpa no desenlace conjugal .In WAMBIER, Tereza Arruda Alvin; LEITE, Eduardo de Oliveira. *Repertório de doutrina sobre direito de família*. São Paulo: RT, 1999, v. 4.

_____. *O débito e o crédito conjugal*. Boletim do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, nº.15, ano 2, jun./jul. 2002.

_____. *A vitória da ética sobre a moral*. Del Rey Revista Jurídica, Belo Horizonte:Ed. Del Rey, ano IV, n.8, maio 2002.

_____. Editorial Boletim do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM. Porto Alegre: Síntese, ano 2, n. 15, jun./jul.2002.

_____. *Família: direitos humanos, psicanálise e inclusão social*. Revista Brasileiro de Direito de Família. IBDFAM. Porto Alegre: Síntese, v.4,n.16, jan./fev./mar. 2003.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. A igualdade jurídica na filiação biológica em face do novo sistema de direito de família no Brasil. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvin; LEITE, Eduardo de Oliveira. *Repertório de doutrina sobre direito de família*. São Paulo: RT, 1999, v. 4.

_____. O dano moral no direito de família: O perigo dos excessos... In: LEITE, Eduardo de Oliveira. *Grandes Temas da Atualidade Dano Moral*. Rio de Janeiro:Forense, 2002.

PERU. Código civil. Decreto Legislativo nº 295, 24 de julio de 1984. Edición no Oficial. Lima: Cultura Cuzco, 1984.

PLAÚÍ. Tribunal de Justiça do Piauí. Apel.Civ. nº 00.002259-4 – 2ª Cam. Esp., j. em 05/09/2001, rel. desembargador Raimundo Nonato das Costa Alencar. In: RT 796/375.

PIRES DE LIMA ; ANTUNES VARELLA. *Código civil anotado*. 4. ed., Coimbra: Coimbra Editor Limitada, 1987,v.I.

PIZARRO, Ramon Daniel. *Daño moral. prevención, reparación, punición*. El daño moral en las diversas ramas del derecho. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1996.

PORTO, Mario Moacir. *Ação de responsabilidade civil entre marido e mulher*.Revista Ajuris. Porto Alegre:Ajuris, v. 28, ano X, jul.1983, p. 173-187.

_____. *Dano Moral*. Revista dos Tribunais, São Paulo: RT, v. 590, ano 73, dez.1984, p. 36/40.

_____. *Responsabilidade civil*. Coord. Yussef Said Cahali. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. *Temas de responsabilidade civil – Responsabilidade civil entre marido e mulher*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

PORTUGAL. Código civil e legislação conexa. In: SILVA NETO, Aurora. Lisboa: Ediforum. 2. ed., 1992

PORTUGAL.Constituição portuguesa. Coimbra:Livraria Almedina, 1989.

PORTUGAL. Código civil português. Livraria Almedida, 1967.

RACHID, Israel Carone. A legalidade da subjetividade, o direito de família na jurisprudência do superior tribunal de justiça. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) *Repensando o direito de família*. Anais do I congresso brasileiro de direito de família.. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro:Renovar, 1998.

_____. *Família constitucionalizada e pluralismo jurídico*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *A família na travessia do milênio*, Anais do II congresso brasileiro de direito de família. Belo Horizonte. Del Rey, 2000.

REIS, Clayton. A responsabilidade civil pelo rompimento da união estável. In: COLTRO, Antonio Carlos Mathias (coord.). *O direito de família após a Constituição Federal de 1988*. São Paulo:C.Bastos: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.

_____. *Dano moral*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994

_____. *Os novos rumos da indenização do dano moral*.Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Avaliação do dano moral*.3. ed. Rio de Janeiro: Forense,2000.

RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. Sentença processo n.103683026/33872, datada de 5/6/2001. *Sentenças Rio Grande Do Sul*. Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas Tribunal de Justiça do RGS, Revista n. 4, v.1, dez.2000.

RINESSI, Antonio J. Reponsabilidad derivada del divorcio, In: ALTERINI, Atilio Aníbal; CABANA, Roberto M.López (Org.).*La Responsabilidad* (Homenaje al Professor Doctor Isidoro H. Goldenberg). Buenos Aires: Abeldo-Perrot,1993.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apel. Cível nº 36.062. 8ª. Câmara, j. em 6/8/1985, rel. Des. Paulo Pinto. Revista dos Tribunais, ano 74, v.602,p.180-184, dez.1985.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal De Justiça do Rio Grande do Sul. Agr.Instr. nº 70001834894, 7ª CC., Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. em 21 fevereiro 2001, Jurisprudência Diário da Justiça do RS, 14 dezembro 2001.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal De Justiça do Rio Grande do Sul. Apel. Cív. nº 36.016. 1ª. Cam.Cív., Rel. Des. Athos Gusmão Carneiro. J. em 17 março 1981. Revista dos Tribunais, ano 71, p.178 – 186, jun.1982.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal De Justiça do Rio Grande do Sul. Agr. Instr. nº 599272895, 8ª. CC. TJRS. Rel. Des. José S. Trindade, j. em 1º julho 1999. Jurisprudência do Diário da Justiça de 10 dezembro1999.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal De Justiça do Rio Grande do Sul. Agr.Instr. nº 70003691144, 7ª Câmara Cível do TJRS, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 27 fevereiro 2002, sem publicação.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal De Justiça do Rio Grande do Sul. Apel. Cív. Nº 591957906, 8ª. CC. do TJRS, j. em 5 dezembro 1991, rel. Des. João Pedro Rodrigues Reis. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ano XXVIII, nº 157, p.157-242, abr.1993.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal De Justiça do Rio Grande do Sul. Apel. Civ. nº 70001827195, 7ª Câmara Cível do TJRS, Relª. Desª. Maria Berenice Dias, j. 21 fevereiro 2001, sem publicação.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal De Justiça do Rio Grande do Sul. Apel. Civ. nº 599044591, 2ª Câmara de Férias Cível do TJRS, Rel. Des. Jorge Luís Dall'agnol, j. 25 maio 1999, sem publicação.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal De Justiça do Rio Grande do Sul. Apel. Cív. nº 70001761436, 7ª Câmara Cível do TJRS, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis. j. 21 março 2001, sem publicação.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal De Justiça do Rio Grande do Sul. Apel. Cível nº 594086415, 8ª. CC., j. em 29 setembro 1994, rel. Des. João Andrades Carvalho. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ano XXX, nº 168, p.341-342, fev.1995.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal De Justiça do Rio Grande do Sul. Apel. Cível nº 70002016665, 8ª. CC TJRGS, Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trintade, j. em 19 abril 2001. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ano XXXVI, nº 208, p.371-375, out.2001.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal De Justiça do Rio Grande do Sul. Apel. Cível nº 599475282, 7ª. CC, TJRS, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves, j. em 15 setembro 1999. Diário da Justiça, 3 dez. 1999 e Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ano XXXIV, nº 196, p.379, out.1999.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal De Justiça do Rio Grande do Sul. Apel.Civ. nº 70000682583, 2ª Câmara Especial Cível do TJRS, Relª. Desª. Lúcia de Castro Boller, j. 03 maio 2000, sem publicação.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal De Justiça do Rio Grande do Sul. Apel. Cível nº 593158173. 8ª. CC TJRS. Rel. Des. João Andrades Carvalho, j. em 10 fevereiro1994, Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ano XXIX, nº 164, jun.1994, p. 359-360.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal De Justiça do Rio Grande do Sul. Apel. Civ. nº 598479921, 7ª. Cam. Civ., Rel. Des. Maria Berenice Dias, j. em 05maio1999. Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ano XXXIV, n.º 195, p. 366-368, ago.1999.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*, Rio de Janeiro: Aide, 1994, v.II.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes.O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social. Revista Interesse Público, n. 04, p.23-48, 1999.

RODRIGUES, Silvio, *Direito civil – Direito de família*, 27. ed. atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2002, v. VI.

SANTINI, José Rafael. *A reparação autônoma do dano moral*. Revista dos Tribunais ano 86, nº 739, p. 156-167, maio1997.

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

SANTOS, Lia Justiniano. *Guarda compartilhada; modelo recomendado*. Revista Brasileira de Direito de Família. nº 8. Porto Alegre: Síntese. nº 8, jan.fev.mar./2001.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. *A separação judicial e o divórcio no novo código civil brasileiro*. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, nº 12, jan.fev.mar./2002.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agr.Instr. nº 114.514.4/7 - 9ª. Cam., j. em 21 setembro1999, rel. Des. Ruiter Oliva.Revista dos Tribunais, ano 89, v.772, p. 219-221, fev. 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SESSAREGO, Carlos Fernández. *Derecho y persona*. 2. ed. Peru: Normas Legales, Trujillo, 1995.

_____. *Protección a la persona humana*, Revista Ajuris. Porto Alegre: AJURIS, n. 56, p.87-142, 1992.

SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA NETO, Aurora. *Código civil e legislação conexa*, 2. ed. Lisboa: Ediforum, 1992.

SILVA, Eduardo. *A dignidade da pessoa humana e a comunhão plena de vida: O direito de família entre a Constituição e o Código Civil* In: COSTA, Judith Martins (Coord.) *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: RT, 2002.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Reparação civil na separação e no divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Responsabilidade civil dos cônjuges*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A família na travessia do milênio*. Anais do II Congresso Brasileiro do Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM: OAB MG: 2000.

_____. *Responsabilidade civil dos conviventes*. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese: IBDFAM, nº 3, ano 1, out./nov./dez.1999.

_____. *Possibilidade de cumulação dos pedidos de separação judicial e reparação de danos* Análise do AI nº 136.366-4/1, 6ª. Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Mohamed Amaro, j. em 15.06.2000. Revista Brasileira do Direito de Família, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v.2, n. 7, p. 60-66, out./nov./dez.2000.

SILVA, Sônia Maria Teixeira da. *Traição e dano moral*. In: BUCCI, Mário César (Coord.). *Revista de Responsabilidade Civil*. Campinas: Mizuno, 2000, v. I, 2001.

SILVA, Wilson Melo da. *Dano moral e sua reparação*. 3 ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SILVEIRA, Lincoln Macêdo. *Dano moral e arbítrio judicial, excelência do critério como meio de quantificação*. In: BUCCI, Mário César (Coord.). *Revista de Responsabilidade Civil*. Campinas: Mizuno, 2000, v. I, 2001.

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

STÜRMER, Amélia Balduino. *A incidência do princípio da igualdade nas relações conjugais com o advento da Constituição Federal de 1988*. In: CASTRO, Adriana Mendes Oliveira de. (Coord.) *Pessoa, gênero e família – uma visão integrada do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *O direito de família na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. In: *Repensando o Direito de Família*. Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família. Coord. Rodrigo Cunha Pereira. Belo Horizonte: IBDFAM: OAB:MG: Del Rey, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. O Papel da culpa na separação e no divórcio. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Repensando o direito de família - Anais do I congresso brasileiro de direito de família*. Belo Horizonte: OAB/MG, Del Rey, 1999.

_____. *Temas de direito civil* 2. ed., 2001. São Paulo: Renovar, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano moral*. 2.ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

THOMAS Geneviève. *Les interférence du droit des obligations et du droit matrimonial* Paris: Presses Universitaires de Grenoble, 1974.

VALLE, Christino Almeida do. *Dano moral*. Rio de Janeiro: Aide, 1994.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil· direito de família*, 3. ed. São Paulo:Atlas, 2003, v. 6.

VIANA, Rui Geraldo Camargo. O que há de novo no direito de família ? In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *A família na travessia do milênio*. Anais do II congresso brasileiro de direito de família. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

VIEGAS, João Francisco Moreira. *Discussão da culpa no divórcio direto*. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, ano 82, nº 698, p. 261-262, dez.1993.

VILLELA, João Batista. *Liberdade e família*, Monografia. Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, 1980.

WALD, Arnoldo. *O novo direito de família*. 14. ed. . São Paulo: Saraiva, 2002.

WEILL, Alex; TERRÉ, François. *Droit civil. Les personnes. La famille Les incapacités*. 5 ed. Paris:Dalloz, 1983.

WEILL, Alex. *Droit Civil*, Paris: Dalloz, 1972.

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

_____. *Dano Moral. Culpa*. Tese apresentada no VI Congresso Estadual do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Canela/RS, junho de 2000. Júris Síntese n 24, jul/ago, 2000.

ZAMBERLAM, Cristina de Oliveira. *Os novos paradigmas da família contemporânea – Uma perspectiva interdisciplinar* Biblioteca de Teses. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ZANNONI, Eduardo A. *Código civil y leyes complementarias* (comentado, anotado y concordado). Coord. C/ Belluscio. Tomo 2, Buenos Aires: Astrea. 1993.

A N E X O S

ANEXO A - LEI N.º 8.971, DE 29 DE DEZEMBRO DE 1994 (*)

Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão

O Presidente da República.

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1.º A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de 5 (cinco) anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei n.º 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade.

Parágrafo único. Igual direito e nas mesmas condições e reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva.

Art. 2.º As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições:

I – o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do *de cujus*, se houver filhos deste ou comuns;

II – o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do *de cujus*, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;

III – na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade de herança.

Art. 3.º Quando os bens deixados pelo(a) autor(a) da herança resultarem de atividade em que haja colaboração do(a) companheiro(a), terá o sobrevivente direito à metade dos bens.

Art. 4.º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 5.º Revogam-se as disposições em contrário.

Itamar Franco

Alexandre de Paula Dupeyrat Martins

ANEXO B - LEI N.º 9.278, DE 10 DE MAIO DE 1996 (*)

Regula o § 3.º do art. 226 da Constituição Federal.

O Presidente da República:

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1.º É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.

Art. 2.º São direitos e deveres iguais dos conviventes:

I – respeito e consideração mútuos;

II – assistência moral e material recíproca;

III – guarda, sustento e educação dos filhos comuns.

Art. 3.º (Vetado.)

Art. 4.º (Vetado.)

Art. 5.º Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito.

§ 1.º Cessa a presunção do *caput* deste artigo se a aquisição patrimonial ocorrer com o produto de bens adquiridos anteriormente ao início da união.

§ 2.º A administração do patrimônio comum dos conviventes compete a ambos, salvo estipulação contrária em contrato escrito.

Art. 6.º (Vetado.)

Art. 7.º Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta Lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos.

- O decreto n.º 2.428, de 17 de dezembro de 1997, promulgada a Convenção Interamericana sobre Obrigações Alimentar.

Parágrafo único. Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobreviventes terá direito real de habilitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.

Art. 8.º Os conviventes poderão, de comum acordo e a qualquer tempo, requerer a conversão da união estável em casamento, por requerimento ao Oficial do Registro Civil da Circunscrição de seu domicílio.

Art. 9.º Toda a matéria relativa à união estável é de competência do juízo da Vara de Família, assegurado o segredo de justiça.

Art. 10. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 11. Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 10 de maio de 1996; da Independência e 108.º da República.

Fernando Henrique Cardoso

ANEXO C -PROJETO DE LEI Nº 6960, DE 2002

(Do Sr. Ricardo Fiuza)

Dá nova redação aos artigos 2º, 11, 12, 43, 66, 151,224, 243, 244,246, 262, 273,281,283, 286, 294,299, 300, 302, 306,309,328, 338,369, 421, 422, 423, 425, 429, 450, 456, 471, 472, 473, 474, 475, 478, 479, 480,482, 496,502, 506, 533, 549, 557, 558, 559, 563, 574,576, 596, 599, 602, 603, 607, 623, 624, 625, 633, 637, 642, 655, 765, 788, 790, 872, 927, 928,931, 944, 947, 949,950, 953, 954,966, 977,999, 1053, 1060, 1086, 1094, 1099, 1158, 1160, 1163, 1165, 1166, 1168, 1196, 1197, 1204, 1210, 1228, 1273, 1274, 1276, 1316, 1341, 1347, 1352, 1354, 1361, 1362, 1365, 1369, 1371, 1374, 1378, 1379, 1434, 1436, 1456, 1457,1473, 1479, 1481, 1512, 1515, 1516,1521, 1526, 1561, 1563, 1573, 1574, 1575, 1576, 1581, 1583, 1586, 1589, 1597, 1601, 1605, 1606, 1609, 1614, 1615, 1618, 1623, 1625, 1626, 1628, 1629, 1641, 1642, 1660, 1665, 1668, 1694, 1700, 1701, 1707, 1709, 1717, 1719, 1721, 1722, 1723, 1725, 1726, 1727, 1729, 1731, 1736, 1768, 1788, 1790, 1800, 1801, 1815, 1829, 1831, 1834, 1835, 1848, 1859, 1860, 1864, 1881, 1909, 1963, 1965, 2002, 2038 e 2045 da Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002, que "Institui o Código Civil", acrescenta dispositivos e dá outras providências.

O Congresso Nacional decreta:

Art.1º Os artigos 2º, 11, 12, 43, 66, 151,224, 243, 244,246, 262, 273,281,283, 286, 294, 299, 300, 302, 306,309, 328, 338,369,421, 422, 423, 425, 429, 450, 456, 471, 472, 473, 474, 475, 478, 479, 480, 482, 496,502, 506, 533, 549, 557, 558, 559, 563, 574,576, 596, 599, 602, 603, 607, 623, 624, 625, 633, 637, 642, 655, 765, 788, 790, 872, 927, 928, 931, 944, 947, 949,950, 953, 954,966, 977, 999, 1053, 1060, 1086, 1094, 1099, 1158, 1160, 1163, 1165, 1166, 1168, 1196, 1197, 1204,1210, 1228, 1273, 1274, 1276, 1316,1341, 1347, 1352, 1354, 1361, 1362, 1365, 1369, 1371, 1374, 1378, 1379, 1434, 1436, 1456, 1457, 1473, 1479, 1481, 1512, 1515, 1516, 1521, 1526, 1561, 1563, 1573, 1574, 1575, 1576, 1581, 1583, 1586, 1589, 1597, 1601, 1605, 1606, 1609, 1614, 1615, 1618, 1623, 1625, 1626, 1628, 1629, 1641, 1642, 1660,1665, 1668, 1694. 1700, 1701, 1707, 1709, 1717, 1719,1721, 1722, 1723, 1725, 1726, 1727, 1729, 1731, 1736, 1768, 1788, 1790, 1800, 1801, 1815, 1829, 1831, 1834, 1835, 1848, 1859, 1860,1864, 1881, 1909, 1963, 1965, 2002, 2038 e 2045 da Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002 passam a vigorar com as seguintes alterações:

“**Art. 2º** A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do embrião e os do nascituro”. (NR)

“**Art. 11.** O direito à vida, à integridade físico-psíquica, à identidade, à honra, à imagem, à liberdade, à privacidade, à opção sexual e outros reconhecidos à pessoa são natos, absolutos, intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis e inexpropriáveis.

Parágrafo único. Com exceção dos casos previstos em lei, não pode o exercício dos direitos da personalidade sofrer limitação voluntária”. (NR)

“**Art. 12.** O ofendido pode exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar indenização, em ressarcimento de dano patrimonial e moral, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou ausente, terá legitimação para requerer as medidas previstas neste artigo o cônjuge ou companheiro, ou , ainda, qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau ”. (NR)

“**Art. 43.** As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, inclusive aqueles decorrentes da intervenção estatal no domínio econômico, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa “. (NR)

“**Art.66**.....
.....

§ 1º Se funcionarem em Território, caberá o encargo ao Ministério Público Federal.

§ 2º Se estenderem a atividade por mais de um Estado, ou se funcionarem no Distrito Federal, caberá o encargo, em cada um deles, ao respectivo Ministério Público.” (NR)

“**Art. 151.** A coação, para viciar a declaração da vontade, há de ser tal que incuta à vítima fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens.

Parágrafo único. Se disser respeito a pessoa não pertencente à família da vítima, o juiz, com base nas circunstâncias, decidirá se houve coação”. (NR)

“**Art. 224.** Os documentos redigidos em língua estrangeira serão traduzidos para o vernáculo e registrados em Títulos e Documentos para terem efeitos legais no país.” (NR)

“**Art. 243.** A coisa incerta será indicada, ao menos, pela espécie e pela quantidade”. (NR)

“**Art. 244.** Nas coisas determinadas pela espécie e pela quantidade, a escolha pertence ao devedor, se o contrário não resultar do título da obrigação; mas não poderá dar a coisa pior, nem será obrigado a prestar a melhor”. (NR)

“**Art. 246.** Antes de cientificado da escolha o credor, não poderá o devedor alegar perda ou deterioração da coisa, ainda que por força maior ou caso fortuito, salvo se se tratar de dívida genérica limitada e se extinguir toda a espécie dentro da qual a prestação está compreendida”. (NR)

“**Art. 262.** Se um dos credores remitir a dívida, a obrigação não ficará extinta para com os outros; mas estes só a poderão exigir, reembolsando o devedor pela quota do credor remitente.

.....”
(NR)

“**Art. 273.** A um dos credores solidários não pode o devedor opor as defesas pessoais oponíveis aos outros “. (NR)

“**Art. 281.** O devedor demandado pode opor ao credor as defesas que lhe forem pessoais e as comuns a todos; não lhe aproveitando as defesas pessoais a outro co-devedor”. (NR)

“**Art. 283.** O devedor que satisfêz a dívida tem direito a exigir de cada um dos co-devedores a sua quota, dividindo-se igualmente por todos a do insolvente, se o houver, presumindo-se iguais, no débito, as partes de todos os co-devedores”. (NR)

“**Art. 286.** O credor pode ceder o seu crédito, inclusive o compensável com dívidas fiscais e parafiscais (art. 374) , se a isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei, ou a convenção com o devedor; a cláusula proibitiva da cessão não poderá ser oposta ao cessionário de boa-fé, se não constar do instrumento da obrigação”. (NR)

“**Art. 294.** O devedor pode opor ao cessionário as defesas que lhe competirem, bem como as que, no momento em que veio a ter conhecimento da cessão, tinha contra o cedente”. (NR)

“**Art. 299.** É facultado a terceiro assumir a obrigação do devedor, podendo a assunção verificar-se:

I. Por contrato com o credor, independentemente do assentimento do devedor;

II. Por contrato com o devedor, com o consentimento expresso do credor.

§ 1º Em qualquer das hipóteses referidas neste artigo , a assunção só exonera o devedor primitivo se houver declaração expressa do credor. Do contrário , o novo devedor responderá solidariamente com o antigo ;

§ 2º Mesmo havendo declaração expressa do credor, tem-se como insubsistente a exoneração do primitivo devedor sempre que o novo devedor , ao tempo da

assunção, era insolvente e o credor o ignorava, salvo previsão em contrário no instrumento contratual ;

§ 3º Qualquer das partes pode assinar prazo ao credor para que consinta na assunção da dívida, interpretando-se o seu silêncio como recusa;

§ 4º Enquanto não for ratificado pelo credor, podem as partes livremente distratar o contrato a que se refere o inciso II deste artigo”. (NR)

“**Art. 300.** Com a assunção da dívida transmitem-se ao novo devedor, todas as garantias e acessórios do débito, com exceção das garantias especiais originariamente dadas ao credor pelo primitivo devedor e inseparáveis da pessoa deste.

Parágrafo Único. As garantias do crédito que tiverem sido prestadas por terceiro só subsistirão com o assentimento deste “. (NR)

“**Art. 302.** O novo devedor não pode opor ao credor as defesas pessoais que competiam ao devedor primitivo”. (NR)

“**Art. 306.** O pagamento feito por terceiro, com desconhecimento ou oposição do devedor, não obriga a reembolsar aquele que pagou, se o devedor tinha meios para ilidir a ação do credor na cobrança do débito”. (NR)

“**Art. 309.** O pagamento feito de boa-fé ao credor putativo é eficaz, ainda provado depois que não era credor”. (NR)

“**Art. 328.** Se o pagamento consistir na tradição de um imóvel, far-se-á no lugar onde situado o bem. Se consistir em prestação decorrente de serviços realizados no imóvel, no local do serviço, salvo convenção em contrário das partes”. (NR)

“**Art. 338.** Enquanto o credor não declarar que aceita o depósito, ou não o contestar, poderá o devedor requerer o levantamento, pagando as respectivas despesas, e subsistindo a obrigação para todas as conseqüências de direito”. (NR)

“**Art. 369.** A compensação efetua-se entre dívidas líquidas, vencidas ou vincendas, e de coisas fungíveis”. (NR)

“**Art. 421.** A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. ” (NR)

“**Art. 422.** Os contratantes são obrigados a guardar, assim nas negociações preliminares e conclusão do contrato, como em sua execução e fase pós-contratual, os princípios de probidade e boa-fé e tudo mais que resulte da natureza do contrato, da lei, dos usos e das exigências da razão e da equidade”. (NR)

“**Art. 423.** Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente por um dos contratantes, sem que o aderente possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

§ 1º - Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a facilitar sua compreensão pelo aderente.

§ 2º. As cláusulas contratuais, nos contratos de adesão, serão interpretadas de maneira mais favorável ao aderente.” (NR)

“**Art. 425.** É lícito às partes estipular contratos atípicos, resguardados a ordem pública, os bons costumes e os princípios gerais de direito, especialmente o princípio de que suas obrigações são indivisíveis, formando um só todo”. (NR)

“**Art. 429.** A oferta ao público equivale à proposta, obrigando o proponente, quando suficientemente precisa a informação ou a publicidade, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos”. (NR)

“**Art.450.**

.....

Parágrafo único. O preço, seja a evicção total ou parcial, será o do valor da coisa, na época em que se evenceu, e proporcional ao desfalque sofrido, no caso de evicção parcial, salvo na hipótese de valor pago a maior ao tempo da alienação ou em valor necessário que propicie ao evicto adquirir outro bem equivalente”. (NR)

“**Art. 456.** Para o direito que da evicção lhe resulta, independe o evicto da denúncia da lide ao alienante, podendo fazê-la, se lhe parecer conveniente, pelos princípios da economia e da rapidez processual.

.....”
(NR)

“**Art. 471.** Se a pessoa a nomear era incapaz no momento da nomeação, o contrato produzirá seu efeito entre os contratantes originários”. (NR)

“**Art. 472.** Nos contratos de execução sucessiva ou diferida, tornando-se desproporcionais ou excessivamente onerosas suas prestações em decorrência de acontecimento extraordinário e estranho aos contratantes à época da celebração contratual, pode a parte prejudicada demandar a revisão contratual, desde que a desproporção ou a onerosidade exceda os riscos normais do contrato.

§ 1º. Nada impede que a parte deduza, em juízo, pedidos cumulados, na forma alternativa, possibilitando, assim, o exame judicial do que venha a ser mais justo para o caso concreto;

§ 2º - Não pode requerer a revisão do contrato quem se encontrar em mora no momento da alteração das circunstâncias;

§ 3º - Os efeitos da revisão contratual não se estendem às prestações satisfeitas, mas somente às ainda devidas, resguardados os direitos adquiridos por terceiros”. (NR)

“**Art. 473.** Nos contratos com obrigações unilaterais aplica-se o disposto no artigo anterior, no que for pertinente, cabendo à parte obrigada pedido de revisão contratual para redução das prestações ou alteração do modo de executá-las, a fim de evitar a onerosidade excessiva”. (NR)

“**Art. 474.** A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as prestações do contrato”. (NR)

“**Art. 475.** Requerida a revisão do contrato, a outra parte pode opor-se ao pedido, pleiteando a sua resolução em face de graves prejuízos que lhe possa acarretar a modificação das prestações contratuais.

Parágrafo único. Os efeitos da sentença que decretar a resolução do contrato retroagirão à data da citação”. (NR)

“**Art. 478.** O distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato.

§ 1º A rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte;

§ 2º Se, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos”. (NR)

“**Art. 479.** A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial”. (NR)

“**Art. 480.** A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”. (NR)

“**Art. 482.** A compra e venda, quando pura, considerar-se-á obrigatória e perfeita, a partir do momento em que as partes contratantes se tenham acordado no objeto e no preço.” (NR)

“**Art. 496.** É anulável a venda de ascendente a descendente, salvo se os outros descendentes e o cônjuge do alienante expressamente houverem consentido. É igualmente anulável a venda feita ao cônjuge, sem o consentimento expresso dos descendentes do vendedor.

Parágrafo único. Dispensa-se o consentimento do cônjuge se o regime de bens for o da separação obrigatória.” (NR)

“**Art.502**.....
.....

Parágrafo único. Na venda de imóveis serão necessariamente transcritas, na escritura, as certidões negativas de débitos para com as Fazendas Federal, Estadual e Municipal e de feitos ajuizados em face do vendedor.” (NR)

“Art.506.

.....
Parágrafo único. Verificada a insuficiência do depósito judicial, a não integralização do valor, no prazo de dez dias, acarreta a improcedência do pedido importando ao vendedor a perda do seu direito de resgate”. (NR)

“Art.533.

.....
Parágrafo único. O cônjuge necessitará do consentimento do outro, exceto no regime de separação absoluta, quando a troca envolver bem imóvel”. (NR)

“Art.549.

.....
Parágrafo único – A ação de nulidade pode ser intentada mesmo em vida o doador”. (NR)

“Art. 557(...)

III - se o difamou ou o injuriou gravemente ou se o caluniou;

.....”
(NR)

“Art. 558. Pode ocorrer também a revogação quando o ofendido for o cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão do doador.

Parágrafo único. Os atos praticados pelo cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão do donatário, quando beneficiários diretos ou indiretos da liberalidade, ofensivos ao doador, são suscetíveis, conforme as circunstâncias, de ensejar a revogação”. (NR)

“Art. 559. A revogação por qualquer desses motivos deverá ser pleiteada em um ano, a contar de quando chegou ao conhecimento do doador o fato que a autorizar, e de ter sido o donatário, seu cônjuge, companheiro ou descendente, o autor da ofensa”. (NR)

“Art. 563. A revogação por ingratidão não prejudica os direitos adquiridos por terceiros, nem obriga o donatário a restituir os frutos percebidos antes da citação válida; mas sujeita-o a pagar os posteriores, e, quando não possa restituir em espécie as coisas doadas, a indenizá-las pelo meio-termo de seu valor”. (NR)

“Art. 574. Se, findo o prazo, o locatário continuar na posse da coisa alugada, por mais de trinta dias, sem oposição do locador, presumir-se-á prorrogada a locação pelo mesmo aluguel, mas sem prazo determinado.

Parágrafo único. Não convindo ao locador continuar a locação de tempo indeterminado, este notificará o locatário para entregar a coisa alugada, concedido o prazo de trinta dias”. (NR)

“Art. 576. Se a coisa for alienada durante a locação, não a preferindo o locatário, no prazo de trinta dias, o adquirente não ficará obrigado a respeitar o contrato, se nele não for consignada a cláusula da sua vigência no caso de alienação, e não constar de registro.

.....”
(NR)

“Art. 596. As partes devem fixar o preço do serviço e na hipótese de divergência, a retribuição será arbitrada judicialmente, segundo o costume do lugar, o tempo de serviço e sua qualidade”. (NR)

“Art. 599. Não havendo prazo estipulado, nem se podendo inferir da natureza do contrato, ou do costume do lugar, qualquer das partes, a seu arbítrio, mediante denúncia imotivada, pode resolver o contrato.

Parágrafo único. Far-se-á a denúncia:

I - com antecedência de oito dias, se a retribuição se houver fixado por tempo de um mês, ou mais;

II - com antecipação de quatro dias, se a retribuição se tiver ajustado por semana, ou quinzena;

.....”
(NR)

“Art. 602. O prestador de serviço contratado por tempo certo, ou por obra determinada, não se pode ausentar, ou denunciar imotivadamente, antes de preenchido o tempo, ou concluída a obra.

Parágrafo único. Se denunciar imotivadamente, terá direito à retribuição vencida, mas responderá por perdas e danos, ocorrendo o mesmo se denunciado motivadamente o contrato”. (NR)

“Art. 603. Se denunciado imotivadamente o contrato, pelo contratante, este será obrigado a pagar ao prestador do serviço por inteiro a retribuição vencida, e por metade a que lhe tocaria de então ao termo legal do contrato”. (NR)

“Art. 607. O contrato de prestação de serviço acaba com a morte de qualquer das partes; termina, também, pelo escoamento do prazo, pela conclusão da obra, pela rescisão do contrato mediante denúncia imotivada, por inadimplemento de qualquer das partes ou pela impossibilidade da continuação do contrato, motivada por força maior”. (NR)

“Art. 623. Mesmo após iniciada a construção, pode o dono da obra rescindir unilateralmente o contrato, desde que pague ao empreiteiro as despesas e lucros relativos aos serviços já feitos, mais indenização razoável, calculada em função do que ele teria ganho, se concluída a obra”. (NR)

“**Art. 624.** A rescisão injustificada do contrato de empreitada, pelo empreiteiro, o obriga a responder por perdas e danos”. (NR)

“**Art. 625.** Poderá o empreiteiro rescindir o contrato, motivadamente:

.....”
(NR)

“**Art. 633.** Ainda que o contrato fixe prazo à restituição, o depositário entregará o depósito logo que se lhe exija, salvo se tiver o direito de retenção a que se refere o art. 644, se o objeto for judicialmente embargado, se sobre ele pender execução, notificada ao depositário, se houver motivo razoável de suspeitar que a coisa foi dolosamente obtida, ou se noutra depósito de fundar”. (NR)

“**Art. 637.** O herdeiro do depositário, que de boa-fé vendeu a coisa depositada, é obrigado a restituir ao comprador o pagamento recebido, sempre que este sofrer os efeitos da evicção

Parágrafo único. Se tiver agido de má fé, responderá o herdeiro pelas perdas e danos, tanto do depositante, como do comprador”. (NR)

“**Art. 642.** O depositário não responde pelos casos fortuitos, nem de força maior; mas, para que lhe valha a escusa, terá de prová-los”. (NR)

“**Art.655.**

.....
Parágrafo único. É da essência do ato a forma pública, quando a procuração visar a constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis”. (NR)

“**Art. 765.** O segurado e o segurador são obrigados a guardar, assim nas negociações preliminares e conclusão do contrato, como em sua execução e fase pós-contratual, os princípios da probidade e boa-fé, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes”.(NR)

“**Art.788.**

.....
Parágrafo único. Demandado em ação direta pela vítima do dano, o segurador não poderá opor a exceção de contrato não cumprido pelo segurado, cabendo a denunciação da lide para o direito de regresso”. (NR)

“**Art.790.**

.....
Parágrafo único. Até prova em contrário, presume-se o interesse, quando o segurado é cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente do proponente”. (NR)

-

“**Art. 872.** As despesas do enterro, proporcionais aos usos locais e à condição do falecido, feitas por terceiro, podem ser cobradas da pessoa que teria a obrigação de alimentar a que veio a falecer, ainda mesmo que esta não tenha deixado bens.

.....”
(NR)

“**Art.927**

.....
§1º.....
.....

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

“**Art. 928.** O incapaz responde pelos prejuízos que causar, observado o disposto no art. 932 e no parágrafo único do art. 942 .

.....”
(NR)

“**Art. 931.** Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação ou pelos serviços prestados.” (NR)

“**Art.944.**

.....§ 1º
Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização;

§ 2º A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante”. (NR)

“**Art. 947.** Se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, ou seu cumprimento não restaurar o estado anterior, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente”. (NR)

“**Art. 949.** No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, sem excluir outras reparações”. (NR)

“**Art.950.**

.....
§ 1º O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez;

§ 2º São também reparáveis os danos morais resultantes da ofensa que acarreta defeito físico permanente ou durável, mesmo que não causem incapacitação ou depreciação laborativa;

§ 3º Na reparação dos danos morais deve ser considerado o agravamento de suas conseqüências se o defeito físico, além de permanente ou durável, for aparente”.
(NR)

“Art. 953. A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação dos danos materiais e morais que delas resulte ao ofendido”. (NR)

“Art. 954. A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento dos danos que sobrevierem ao ofendido.

Parágrafo único. Consideram-se, dentre outros atos, ofensivos à liberdade pessoal :

.....”
(NR)

“Art. 966.....

§ 1º.....

§ 2º O exercício da atividade de empresário , fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, observará os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé e pelos bons costumes”. (NR)

“Art. 977. Faculta-se aos cônjuges contratar sociedade, entre si ou com terceiros. ”
(NR)

“Art. 999. As modificações do contrato social, que tenham por objeto matéria indicada no art. 997, dependem do consentimento de todos os sócios; as demais devem ser decididas por maioria absoluta de votos, se o contrato não determinar quorum diverso.

..... ” (NR)

“Art. 1.053. A sociedade limitada rege-se, nas omissões deste Capítulo, pelas normas da sociedade anônima. ” (NR)

“Art. 1.060. A sociedade limitada é administrada por uma ou mais pessoas naturais designadas no contrato social ou em ato separado.

..... ” (NR)

“Art. 1.086. Efetuado o registro da alteração contratual, aplicar-se-á o disposto no art. 1.031 ” (NR)

“Art. 1.094. As sociedades cooperativas são sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas a falência, constituídas para prestar serviços aos associados, distinguindo-se das demais sociedades pelas seguintes características:

.....

IX- neutralidade política e indiscriminação religiosa, racial e social;

X - prestação de assistência aos associados, e, quando previsto nos estatutos, aos empregados da cooperativa” (NR)

“Art. 1.099. Diz-se filiada a sociedade de cujo capital outra sociedade participa com dez por cento ou mais, do capital da outra, sem controlá-la”.

“Art.1.158.....§ 2º A denominação será composta por um ou mais elementos de fantasia, sendo permitido nela figurar o nome de um ou mais sócios, ou ainda o objeto da sociedade;

.....”
(NR)

“Art. 1.160. A sociedade anônima opera sob denominação integrada pelas expressões “sociedade anônima” ou “companhia”, por extenso ou abreviadamente.

Parágrafo único. Pode constar da denominação o nome do fundador, acionista, ou pessoa que haja concorrido para o bom êxito da formação da empresa, bem como quaisquer expressões designativas do objeto social.” (NR)

“Art.1.163. O nome empresarial deve distinguir-se de qualquer outro suscetível de causar confusão ou associação .

.....” (NR)

“Art. 1.165. O nome de sócio que vier a falecer pode ser conservado na firma , salvo manifestação contrária em vida. ” (NR)

“Art. 1.166. Compete à Junta Comercial indeferir de ofício o registro de nome empresarial cuja expressão característica e distintiva reproduzir ou imitar a de outro nome empresarial já inscrito no mesmo registro e que seja, ao mesmo tempo, suscetível de causar confusão ou associação .

Parágrafo único. Mediante provocação do interessado, a Junta Comercial poderá, ouvida previamente a parte contrária, cancelar o registro de nome empresarial que conflitar com anterior registro de marca, ou com nome empresarial já inscrito em outra Junta Comercial ou protegido por legislação especial ou convenção internacional ratificada pelo Brasil. ” (NR)

“Art. 1.168. A inscrição do nome empresarial será cancelada, de ofício, após dez anos sem utilização efetiva, em razão de inexistência ou interrupção das atividades da empresa, ou a requerimento de qualquer interessado, independentemente de prazo, quando cessar o exercício da atividade para que foi adotado, ou quando ultimar-se a liquidação da sociedade que o inscreveu”.(NR)

“Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem poder fático de ingerência sócio-econômica, absoluto ou relativo, direto ou indireto, sobre determinado bem da

vida, que se manifesta através do exercício ou possibilidade de exercício inerente à propriedade ou outro direito real suscetível de posse.” (NR)

“**Art. 1.197.** A posse direta dos bens, mesmo que em caráter temporário e decorrente de direito pessoal ou real, não anula a posse indireta de quem foi havida, podendo, qualquer um deles agir em sua defesa, inclusive por ato praticado pelo outro possuidor.” (NR)

“**Art. 1.204.** Adquire-se a posse de um bem quando sobre ele o adquirente obtém poderes de ingerência, inclusive pelo constituto possessório”. (NR)

“**Art.1.210**.....

§ 2º Se a coisa móvel ou título ao portador houverem sido furtados ou perdidos, o possuidor poderá reavê-los da pessoa que o detiver, ressalvado a esta o direito de regresso contra quem lhos transferiu. Sendo o objeto comprado em leilão público, feira ou mercado, o dono, que pretender a restituição, é obrigado a pagar ao possuidor o preço pelo qual o comprou;

§ 3º Não obsta à manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa”. (NR)

“**Art.1.228**.....

§ 5º - No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago integralmente o preço , valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome do respectivo possuidor”. (NR)

“**Art. 1.273.** Se a confusão, comistão ou adjunção se operou de má-fé, à outra parte caberá escolher entre adquirir a propriedade do todo, pagando o que não for seu, abatida a indenização que lhe for devida, ou renunciar ao que lhe pertencer, caso em que será indenizado”. (NR)

“**Art. 1.274.** Se da união de matérias de natureza diversa se formar espécie nova, à confusão, comistão ou adjunção aplicam-se as normas dos arts. 1.270 e 1.271”. (NR)

“**Art.1.276**.....

§ 2º Presumir-se-á a intenção a que se refere este artigo, quando, cessados os atos de posse, deixar o proprietário de satisfazer os ônus fiscais ”. (NR)

“**Art.1.316.**

§ 3º A renúncia prevista no caput deste artigo poderá ser prévia e reciprocamente outorgada entre os condôminos quando da celebração do acordo que tornar indivisa a coisa comum“. (NR)

“**Art. 1341**.....

§ 1º As obras ou reparações necessárias, que não ultrapassem o orçamento aprovado em assembléia, podem ser realizadas, independentemente de autorização, pelo síndico, ou, em caso de omissão ou impedimento deste, por qualquer condômino.

§ 2º Se as obras ou reparos necessários forem urgentes e seu valor ultrapassar o orçamento aprovado em assembléia, sendo necessário um rateio extra ou saque do Fundo de Reserva, ou de qualquer outro Fundo, determinada sua realização, o síndico ou condômino que tomou a iniciativa deverá convocar imediatamente uma assembléia, a fim de que os moradores tenham ciência do ocorrido e do valor da obra. Caso tenha se optado pelo saque do Fundo, os moradores deliberarão se o valor será reposto com um rateio extra ou mensalmente com o próprio valor arrecadado no boleto do condomínio.

.....“ (NR)

“Art. 1.347. A assembléia escolherá um síndico, que poderá não ser condômino, para administrar o condomínio, por prazo não superior a dois anos, o qual poderá renovar-se por um único período consecutivo“. (NR)

“Art. 1.352.

§ 1º

§ 2º No caso de um mesmo condômino possuir mais de uma unidade ou fração ideal, seu direito de voto será limitado à soma dos votos dos demais co-proprietários, cabendo ao presidente da mesa, em caso de empate “. (NR)

“Art.1.354.....

Parágrafo único. Os condôminos poderão se fazer representar por procuração, sendo vedada a outorga de mais de três mandatos à mesma pessoa“. (NR)

“Art.1.361.....

§ 1º Constitui-se a propriedade fiduciária com o registro do contrato, celebrado por instrumento público ou particular, que lhe serve de título, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, e, em se tratando de veículos, na repartição competente para o licenciamento, fazendo-se a anotação no certificado de registro;

§ 3º A propriedade superveniente, adquirida pelo devedor, torna eficaz a transferência da propriedade fiduciária “. (NR)

“Art.1.362.....

I - O valor do bem alienado, o valor total da dívida ou sua estimativa;
..... “. (NR)

“Art.1.365.....

Parágrafo único. O devedor pode, com a anuência do proprietário fiduciário, ceder a terceiro a sua posição no pólo passivo do contrato de alienação ”. (NR)

“**Art. 1.369.** O proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno ou o direito de executar benfeitorias em sua edificação, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente registrada no cartório de Registro de Imóveis.

Parágrafo único. O direito de superfície abrange o direito de utilizar o imóvel pronto ou em fase de construção, o solo, o subsolo ou o espaço aéreo relativo ao mesmo, na forma estabelecida no contrato, atendida a legislação urbanística”. (NR)

“**Art. 1.371.** O superficiário responderá integralmente pelos encargos e tributos que incidirem sobre a propriedade superficiária, arcando, ainda, proporcionalmente à sua parcela de ocupação efetiva, com os encargos e tributos sobre a área objeto da concessão do direito de superfície, salvo disposição em contrário do contrato respectivo”. (NR)

“**Art. 1.374.** Antes do termo final, resolver-se-á a concessão se o superficiário der ao terreno destinação diversa daquela para que foi concedida bem como se descumprir qualquer outra obrigação assumida no contrato”. (NR)

“**Art. 1.378.** A servidão proporciona utilidade para o prédio dominante, e grava o prédio serviente, que pertence a diverso dono, podendo ser constituída:

- | | | |
|------|------|--|
| I- | I- | por contrato oneroso ou gratuito; |
| II- | II- | por testamento; |
| III- | III- | por usucapião; |
| IV- | IV- | por destinação do proprietário, na forma prevista no art. 1.379. |

§ 1º Os modos previstos nos incisos III e IV se aplicam exclusivamente às servidões aparentes.”

§ 2º Os títulos constitutivos das servidões de que tratam os incisos I e II, como também as sentenças que declarem, em ação própria, as servidões de que cuidam os incisos III e IV, serão obrigatoriamente registrados na matrícula do prédio serviente, no cartório de Registro de Imóveis.

§ 3º As servidões não aparentes só podem ser constituídas por um dos modos previstos nos incisos I e II deste artigo e subsequente registro no cartório de Registro de Imóveis, na forma do parágrafo antecedente.” (NR)

“**Art. 1.379.** Se, em um dos imóveis do mesmo proprietário, houver sinal exterior que revele serventia de um em favor do outro em caráter permanente, a serventia assumirá a natureza de servidão no momento em que os imóveis passarem a ter donos diversos, salvo declaração em contrário no título de transferência do domínio do imóvel alienado primeiramente.

§ 1º Aplicar-se-á o disposto neste artigo quando dois imóveis pertencentes a donos diversos resultarem de desmembramento de um imóvel único do mesmo proprietário anterior, que neste estabeleceu serventia visível, por meio da qual uma de suas partes prestava determinada utilidade à outra, em caráter permanente, salvo declaração em contrário no título de transferência da parte que primeiramente for alienada.

§ 2º Não se aplicará o disposto neste artigo quando a utilidade prestada pela serventia consistir numa necessidade cujo atendimento pode ser exigido por meio de um direito decorrente da vizinhança predial, caso em que o exercício de tal direito não obrigará o seu titular ao pagamento de nenhuma indenização pela utilização da serventia”. (NR)

“Art. 1.434. O credor não pode ser constrangido a devolver a coisa empenhada, ou uma parte dela, antes de ser integralmente pago”. (NR)

“Art.1.436.....

V - dando-se a adjudicação judicial, a remição ou a venda da coisa empenhada, feita pelo credor ou por ele autorizada.

.....”. (NR)

“Art.1.456.

Parágrafo único. O critério de preferência entre os credores de que trata o caput deste artigo será determinado pela antecedência do registro do instrumento público ou particular de penhor de direito no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor pignoratício”. (NR)

“Art. 1.457. O titular do crédito empenhado só pode receber o pagamento com a anuência, por escrito, do credor pignoratício, caso em que o penhor se extinguirá, salvo disposição contratual em contrário”. (NR)

“Art.1.473.

.....
IX – o direito de superfície”. (NR)

“Art. 1.479.

Parágrafo único. O compromissário vendedor de imóvel hipotecário, ainda que conste junto ao credor como devedor e principal pagador também poderá exonerar-se da hipoteca, abandonando o imóvel ao credor hipotecário, desde que o compromissário comprador tenha assumido a obrigação de liquidar o saldo devedor na forma originalmente pactuada entre o compromissário vendedor e o credor hipotecário”. (NR)

“Art.1.481.....

§ 2º Não impugnado pelo credor, o preço da aquisição ou o preço proposto pelo adquirente, haver-se-á por definitivamente fixado para a remição do imóvel, que ficará livre de hipoteca, uma vez pago ou depositado o preço.

.....”. (NR)

“ **Art. 1.512.** O casamento é civil ou religioso e gratuita a sua celebração.
 § 1º . A habilitação para o casamento civil, o registro e a primeira certidão serão isentos de selos, emolumentos e custas, para as pessoas cuja pobreza for declarada, sob as penas da lei”.

§ 2º O casamento religioso, atendidos os princípios indicados no art. 1.515, equipara-se ao civil desde que celebrado e registrado por entidade religiosa, devidamente habilitada junto à Corregedoria Geral de Justiça de cada Estado ou do Distrito Federal“. (NR)

“**Art. 1.515.** O casamento religioso, celebrado e registrado na forma do § 2º do art. 1.512, e não atentando contra a monogamia , contra os princípios da legislação brasileira, contra a ordem pública e contra os bons costumes, poderá ser registrado pelos cônjuges no Registro Civil, em que for, pela primeira vez, domiciliado o casal”. (NR)

“**Art. 1.516.** O registro do casamento religioso no Registro Civil será feito a pedido dos cônjuges, com a apresentação da certidão de casamento, extraída do registro feito junto à entidade religiosa”. (NR)

“**Art.1521**.....
 Parágrafo único. Poderá o juiz, excepcionalmente, autorizar o casamento dos colaterais de terceiro grau, quando apresentado laudo médico que assegure inexistir risco à saúde dos filhos que venham a ser concebidos”. (NR)

“**Art. 1.526.** A habilitação será feita perante o oficial de Registro Civil e, se o órgão do Ministério Público impugnar o pedido ou a documentação, os autos serão encaminhados ao juiz, que decidirá sem recurso”. (NR)

“**Art.1.561**.....

.....
 § 3º Os efeitos mencionados no *caput* deste artigo se estendem ao cônjuge coato.”(NR)

“**Art. 1.563.** A sentença que decretar a nulidade ou a anulação do casamento retroagirá à data de sua celebração, sem prejudicar o direito dos filhos comuns, nem a aquisição de direitos, a título oneroso, por terceiros de boa-fé, nem a resultante de sentença transitada em julgado.”(NR)

“**Art.1.573**.....

I- infidelidade;

.....
 IV - abandono voluntário do lar conjugal;

.....”(NR)

“**Art. 1.574.** Dar-se-á a separação judicial por mútuo consentimento dos cônjuges, manifestado perante o juiz, sendo por ele devidamente homologada a convenção.
”(NR)

“**Art. 1.575.** A partilha de bens poderá ser feita mediante proposta dos cônjuges e homologada pelo juiz ou por este decidida em juízo sucessivo.”(NR)

“**Art. 1.576.** A separação judicial e o divórcio põem termo aos deveres conjugais recíprocos, salvo as disposições em contrário constantes deste Código.

§ 1º A separação judicial e o divórcio extinguem o regime de bens, aplicando-se este efeito à separação de fato quando demonstrada a incomunicabilidade dos bens, para evitar o enriquecimento ilícito;

§ 2º O procedimento judicial da separação caberá somente aos cônjuges, e, no caso de incapacidade, serão representados pelo curador, pelo ascendente ou pelo irmão.”(NR)

“**Art. 1.581.** O divórcio direto e por conversão podem ser concedidos sem que haja prévia partilha de bens .”(NR)

“**Art. 1.583.** No caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por mútuo consentimento ou pelo divórcio direto consensual , observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos, preservados os interesses destes.

Parágrafo único. A guarda poderá ser conjunta ou compartilhada .”(NR)

“**Art. 1.586.** Na fixação da guarda, em qualquer caso, seja de filhos oriundos ou não de casamento, o juiz deverá, a bem dos menores, sempre levar em conta a relação de afinidade e afetividade que os liga ao guardião.

Parágrafo único. A qualquer tempo, havendo justo motivo, poderá o juiz modificar a guarda, observando o princípio da prevalência dos interesses dos filhos”.(NR)

“**Art.1.589**.....

§ 1º Aos avós e outros parentes, inclusive afins, do menor é assegurado o direito de visitá-lo, com vistas à preservação dos respectivos laços de afetividade;

§ 2º O juiz, havendo justo motivo, poderá modificar as regras da visitação, com observância do princípio da prevalência dos interesses dos filhos ”.(NR)

“**Art.1.597**.....
.....

Parágrafo único. Cessa a presunção de paternidade, no caso do inciso II, se, à época da concepção, os cônjuges estavam separados de fato”.(NR)

“**Art.1.598**.....
.....

Parágrafo único. Cessa a presunção de paternidade do primeiro marido, se, à época da concepção, os cônjuges estavam separados de fato ”.(NR)

“**Art. 1.601.** O direito de contestar a relação de filiação é imprescritível e cabe, privativamente, às seguintes pessoas:

- I – ao filho;
- II – àqueles declarados como pai e mãe no registro de nascimento;
- III – ao pai e à mãe biológicos;
- IV- a quem demonstrar legítimo interesse.

§ 1º Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação;

§ 2º A relação de filiação oriunda de adoção não poderá ser contestada;

§ 3º O marido não pode contestar a filiação que resultou de inseminação artificial por ele consentida; também não pode contestar a filiação, salvo se provar erro, dolo ou coação, se declarou no registro que era seu o filho que teve a sua mulher;

§ 4º A recusa injustificada à realização das provas médico-legais acarreta a presunção da existência da relação de filiação ”.(NR)

“**Art. 1.605.** Na falta, defeito, erro ou falsidade do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito ”. (NR)

“**Art. 1.606.** A ação de prova de filiação compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz, cabendo também ao pai e à mãe biológicos.

§1º Se iniciada a ação pelo filho ou pelo genitor biológico, os seus herdeiros poderão continuá-la, salvo se julgado extinto o processo.

§2º Não fazem coisa julgada as ações de investigação de paternidade decididas sem a realização do exame de DNA, ressalvada a hipótese do § 4º do art. 1601 ”.(NR)

“**Art.1.609**.....
.....

§1º.....

§2º Em registro de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, o oficial remeterá ao juiz certidão integral do registro e a qualificação do suposto pai, a fim de ser averiguada a procedência da alegação. Se confirmada a paternidade, será lavrado termo de reconhecimento e remetida certidão ao oficial do registro para a devida averbação. Negada a paternidade, inclusive por falta de comparecimento do suposto pai em Juízo, o juiz remeterá os autos ao representante do Ministério Público ou ao órgão competente para que promova, havendo elementos suficientes, a ação de investigação de paternidade;

§ 3º No caso do parágrafo anterior, a iniciativa conferida ao Ministério Público ou órgão competente não impede a quem tenha legítimo interesse de intentar a ação investigatória”.(NR)

“**Art. 1.614.** O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor pode impugnar o reconhecimento após sua maioridade”.(NR)

“**Art. 1.615.** Os filhos têm ação contra os pais ou seus herdeiros, para demandar o reconhecimento da filiação, sendo esse direito imprescritível.

§ 1º A ação pode ser intentada antes ou depois do nascimento do filho;

§ 2º Nas ações de filiação são admitidas todas as espécies de prova, inclusive as biológicas;

§ 3º Há presunção da relação de filiação diante de recusa injustificada à realização das provas médico-legais;

§ 4º A posse do estado do filho, comprovada em juízo, presume a paternidade, salvo se o investigado provar que não é o pai;

§ 5º Se a mãe convivia com o suposto pai durante a época da concepção, presume-se a paternidade, salvo prova em contrário;

§ 6º Quando o autor da ação investigatória já tiver uma filiação anteriormente estabelecida, deverá prévia ou simultaneamente, desconstituir o registro da aludida filiação;

§ 7º A ação investigatória compete ao filho enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz; se iniciada a ação pelo filho, os herdeiros poderão continuá-la, salvo se julgado extinto o processo;

§ 8º Qualquer pessoa, que justo interesse tenha, pode contestar a ação de investigação de paternidade ou maternidade;

§ 9º A sentença de primeiro grau que reconhecer a paternidade, fixará os alimentos em favor do reconhecido que deles necessite “.(NR)

“**Art.1.618**.....

§1º.....

§ 2º Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando;

§ 3º É vedada a adoção por procuração;

§ 4º A adoção é irrevogável ”.(NR)

“**Art. 1.623.** A adoção da criança e do adolescente obedecerá a processo judicial, observados os requisitos estabelecidos neste código.

§ 1º A autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, registro de menores em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção;

§ 2º O deferimento da inscrição dar-se-á após prévia consulta aos órgãos técnicos competentes, ouvido o representante do Ministério Público, com o acatamento dos requisitos legais;

§ 3º A adoção dos maiores de dezoito anos rege-se, no que for aplicável, pelo disposto neste capítulo e far-se-á por escritura pública, cuja eficácia depende do seu registro no Registro Civil, depois de homologada pelo Ministério Público, observando-se, ainda, o seguinte:

I- se o adotante for casado ou viver em união estável, será necessário o assentimento do respectivo cônjuge ou companheiro;

II- se o adotante tiver filhos , também estes deverão assentir , e , se forem menores, serão representados por curador especial;

III- o assentimento previsto nos incisos anteriores poderá ser suprido judicialmente, se comprovado que a adoção não contraria os interesses legítimos do cônjuge, companheiro ou da família. Os interesses exclusivamente patrimoniais não devem ser concludentes para que não seja suprido o assentimento ”.(NR)

“**Art.1.625**.....

Parágrafo único. A adoção será precedida de estágio de convivência com o adotando, pelo prazo que o juiz fixar, observadas as peculiaridades do caso, podendo ser dispensado somente se o menor tiver menos do que um ano de idade ou se, independentemente de sua idade, já estiver na companhia do adotante durante tempo suficiente para a avaliação dos benefícios da constituição do vínculo ”.(NR)

“**Art.1.626**.....

§1º.....

§ 2º A morte dos adotantes não restabelece o poder familiar dos pais naturais”.(NR)

“**Art.1.628**.....

- § 1º A sentença judicial da adoção será inscrita no registro civil, mediante mandado do qual não se fornecerá certidão;
- § 2º A inscrição consignará o nome dos adotantes como pais, bem como o nome de seus ascendentes;
- § 3º Não deve constar qualquer observação sobre a origem do ato na certidão de registro;
- § 4º A critério da autoridade judiciária, poderá ser fornecida certidão para a salvaguarda de direitos ”.(NR)

“**Art. 1.629.** A colocação do menor em família substituta estrangeira residente e domiciliada no exterior constitui medida excepcional, somente admissível na modalidade da adoção.

- § 1º O estrangeiro residente e domiciliado fora do País, que se candidatar a adoção, deverá comprovar, mediante documento expedido pela autoridade competente do respectivo domicílio, estar devidamente habilitado à adoção, consoante as leis do seu país, bem como apresentar estudo psicossocial elaborado por agência especializada e credenciada no país de origem;
- § 2º A autoridade judiciária, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá determinar a apresentação do texto pertinente à legislação estrangeira, acompanhado de prova da respectiva vigência;
- § 3º Os documentos em língua estrangeira serão juntados aos autos devidamente autenticados pela autoridade consular, observados os tratados e convenções internacionais, e acompanhados da respectiva tradução juramentada;
- § 4º A adoção internacional poderá ser condicionada a estudo prévio e análise de uma comissão estadual de adoção, que fornecerá o respectivo laudo de habilitação para instruir o processo competente, sem prejuízo dos requisitos mencionados nos parágrafos anteriores.
- § 5º Competirá à comissão referida no parágrafo anterior manter registro centralizado de interessados estrangeiros em adoção;
- § 6º Em caso de adoção por estrangeiro residente e domiciliado fora do País, o estágio de convivência, cumprido no território nacional, será de no mínimo quinze dias para crianças de até dois anos de idade, e de no mínimo trinta dias quando se tratar de adotando acima de dois anos de idade;
- § 7º Antes de consumada a adoção, não será permitida a saída do adotando do território nacional ”. (NR)

“**Art.1.641**.....”

II – da pessoa maior de setenta anos;

.....”.(NR)

“**Art.1.642**.....”

V - reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo outro cônjuge ao concubino ou ao companheiro, podendo este último provar que os bens foram adquiridos pelo seu esforço;

.....”.(NR)

“**Art.1.659**.....”

I - os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar;

II - os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares;

III - as obrigações anteriores ao casamento;

IV - as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal;

V - os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão;

VI - as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes ”.(NR)

“Art. 1.660.

IV - as benfeitorias e acessões em bens particulares de cada cônjuge;

.....”.(NR)

“Art. 1.665. A administração dos bens constitutivos do patrimônio particular competem ao cônjuge proprietário, salvo convenção diversa em pacto antenupcial ”.(NR)

“Art.1.668.....

V - Os bens referidos nos incisos V e VI do art. 1.659 ”.(NR)

“Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver com dignidade.

§ 3º A obrigação de prestar alimentos entre parentes independe de ter cessado a menoridade, se comprovado que o alimentando não tem rendimentos ou meios próprios de subsistência, necessitando de recursos, especialmente para sua educação ”.(NR)

“Art. 1.700. A obrigação de prestar alimentos decorrente do casamento e da união estável transmite-se aos herdeiros do devedor, nos limites das forças da herança, desde que o credor da pensão alimentícia não seja herdeiro do falecido ”.(NR)

“Art. 1.701. A pessoa obrigada a suprir alimentos poderá pensionar o alimentando, ou dar-lhe hospedagem e sustento, sem prejuízo do dever de prestar o necessário à sua educação, sendo a obrigação oriunda do vínculo de parentesco .

.....”.(NR)

“Art. 1.707. Tratando-se de alimentos devidos por relação de parentesco, pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar ao direito a alimentos. Parágrafo único. O crédito de pensão alimentícia, oriundo de relação de parentesco, de casamento ou de união estável, é insuscetível de cessão, penhora ou compensação ”.(NR)

“Art. 1.709. A constituição superveniente de família pelo alimentante não extingue sua obrigação alimentar anterior. ”(NR)

“Art. 1.717. O prédio e os valores mobiliários, constituídos como bem da família, não podem ter destino diverso do previsto no art. 1.712 ”.(NR)

“**Art. 1.719.** Comprovada a impossibilidade de manutenção do bem de família nas condições em que foi instituído, poderá o Juiz, a requerimento dos interessados, extingui-lo, autorizar a alienação ou a sub-rogação dos bens que o constituem em outros, ouvidos o instituidor e o Ministério Público ”.(NR)

“**Art. 1.721.** A dissolução da sociedade conjugal ou da união estável não extingue o bem de família.

Parágrafo único. Dissolvida a sociedade conjugal ou a união estável pela morte de um dos cônjuges ou companheiros, o sobrevivente poderá pedir a extinção do bem de família, se for o único bem do casal. ”.(NR)

“**Art. 1.722.** Extingue-se, igualmente, o bem de família com a morte de ambos os cônjuges ou companheiros, e a maioria dos filhos, desde que não sujeitos a curatela”.(NR)

“**Art. 1.723.** É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, civilmente capazes, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e constitutiva de família.

§1º.....

§ 2º Aplica-se à união estável o regime da separação de bens nas hipóteses previstas no art. 1.641, incisos I e II;

§ 3º A produção de efeitos na união estável, inclusive quanto a direitos sucessórios, havendo litígio entre os interessados, dependerá da demonstração de sua existência em ação própria;

§ 4º Poderá ser homologada judicialmente a extinção consensual da união estável ”.(NR)

“**Art.1.725**.....

...

§ 1º Não se comunicam os bens adquiridos com recursos obtidos anteriormente à constituição da união estável ”.

§ 2º Nos instrumentos que vierem a firmar com terceiros , os companheiros deverão mencionar a existência da união estável e a titularidade do bem objeto de negociação. Não o fazendo, ou sendo falsas as declarações, serão preservados os interesses dos terceiros de boa-fé, resolvendo-se os eventuais prejuízos em perdas e danos entre os companheiros e aplicando-se as sanções penais cabíveis. “ (NR)

“**Art. 1.726.** A união estável poderá converter-se em casamento, mediante requerimento de ambos os companheiros ao oficial do Registro Civil de seu domicílio, processo de habilitação com manifestação favorável do Ministério Público e respectivo assento ”.(NR)

“**Art. 1.727.** As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar e que não estejam separados de fato, constituem concubinato, aplicando-se a este, mediante comprovação da existência de sociedade de fato, as regras do contrato de sociedade.

Parágrafo único. As relações meramente afetivas e sexuais, entre o homem e a mulher, não geram efeitos patrimoniais, nem assistenciais”.(NR)

“**Art.1.729**.....

§ 1º A nomeação deve constar de testamento ou de qualquer outro documento autêntico;

§ 2º A nomeação poderá ser realizada por somente um dos pais, se o outro estiver, por qualquer motivo, impossibilitado ou se negue, sem justa causa, a fazê-lo e desde que atenda aos interesses do filho”.(NR)

“Art.1.731.....

Parágrafo único . Poderá o Juiz, levando em consideração o melhor interesse do menor, quebrar a ordem de preferência, bem como nomear tutor terceira pessoa”.(NR)

“Art.1.736.....

I - maiores de sessenta anos;

II - aqueles que tiverem sob sua autoridade mais de três filhos;

III - os impossibilitados por enfermidade;

IV - aqueles que habitarem longe do lugar onde se haja de exercer a tutela;

V- aqueles que já exercerem tutela ou curatela;

VI - militares em serviço”.(NR)

“Art.1.768.....

II - pelo cônjuge, companheiro ou por qualquer parente;

.....”.(NR)

“Art. 1.788. Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, romper-se, ou for inválido”.(NR)

“Art. 1.790. O companheiro participará da sucessão do outro na forma seguinte:

I - em concorrência com descendentes, terá direito a uma quota equivalente à metade do que couber a cada um destes, salvo se tiver havido comunhão de bens durante a união estável e o autor da herança não houver deixado bens particulares, ou se o casamento dos companheiros se tivesse ocorrido, observada a situação existente no começo da convivência, fosse pelo regime da separação obrigatória (art. 1.641);

II - em concorrência com ascendentes, terá direito a uma quota equivalente à metade do que couber a cada um destes;

III – em falta de descendentes e ascendentes, terá direito à totalidade da herança.

Parágrafo único. Ao companheiro sobrevivente, enquanto não constituir nova união ou casamento, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar”.(NR)

“Art.1.800.....

§ 1º Salvo disposição testamentária em contrário, a curatela caberá à pessoa cujo filho o testador esperava ter por herdeiro, e, sucessivamente, às pessoas indicadas no art. 1.797;

.....”(NR)

“Art.1.801.....

III - o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge;

.....”(NR)

“Art.1.815.....

Parágrafo único. O direito de demandar a exclusão do herdeiro ou legatário extingue-se em dois anos, contados da abertura da sucessão ”.(NR)

“Art.1.829.....

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.641); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

.....”(NR)

“Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, enquanto permanecer viúvo ou não constituir união estável, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar ”.(NR)

“Art. 1.834. Os descendentes do mesmo grau, qualquer que seja a origem do parentesco, têm os mesmos direitos à sucessão de seus ascendentes ”.(NR)

“Art. 1.835.....

Parágrafo Único. Se não houver pai ou mãe, o filho portador de deficiência que o impossibilite para o trabalho, e desde que prove a necessidade disto, terá, ainda, direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar, enquanto permanecer na situação que justificou esse benefício”.(NR)

“Art. 1.848. Salvo se houver justa causa, declarada no testamento, não pode o testador estabelecer cláusula de inalienabilidade e de impenhorabilidade, sobre os bens da legítima.

.....
§ 3º Ao testador é facultado, livremente, impor a cláusula de incomunicabilidade ”.(NR)

“**Art. 1.859.** Extingue-se em cinco anos o direito de requerer a declaração de nulidade do testamento ou de disposição testamentária, e em quatro anos o de pleitear a anulação do testamento ou de disposição testamentária, contado o prazo da data do registro do testamento ”.(NR)

“**Art. 1.860.** Além dos absolutamente incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem o necessário discernimento ”.(NR)

“**Art.1.864**.....

.....

§1º

§ 2º A certidão do testamento público, enquanto vivo o testador, só poderá ser fornecida a requerimento deste ou por ordem judicial ”.(NR)

“**Art.1.881**.....

Parágrafo único. O escrito particular pode ser redigido ou digitado mecanicamente, desde que seu autor numere e autentique, com a sua assinatura, todas as páginas ”.(NR)

“**Art.1.909**.....

Parágrafo único. Extingue-se em quatro anos o direito de anular a disposição, contados da data do registro do testamento ”.(NR)

“**Art.1.965**.....

§ 1º. O direito de provar a causa da deserdação, ou de o deserdado impugná-la, extingue-se no prazo de dois anos, a contar da data da abertura da sucessão;

§ 2º. São pessoais os efeitos da deserdação: os descendentes do herdeiro deserdado sucedem, como se ele morto fosse antes da abertura da sucessão. Mas o deserdado não terá direito ao usufruto ou à administração dos bens que a seus sucessores couberem na herança, nem à sucessão eventual desses bens”.(NR)

“**Art. 2.002.** Os descendentes que concorrerem à sucessão do ascendente comum, e o cônjuge sobrevivente, quando concorrer com os descendentes, são obrigados, para igualar as legítimas, a conferir o valor das doações que em vida receberam do falecido, sob pena de sonegação.

.....”.(NR)

“**Art. 2.038.**

.....

§ 2º Igualmente proíbe-se a constituição de enfiteuse e subenfiteuse dos terrenos de marinha e acrescidos, subordinando-se as existentes às disposições contidas na legislação específica;

§ 3º Fica definido o prazo preempatório de dez anos para a regularização das enfiteuses existentes e pagamentos dos foros em atraso, junto à repartição pública competente. Decorrido esse período, todas as enfiteuses que se encontrarem

regularmente inscritas e em dia com suas obrigações, serão declaradas extintas, tornando-se propriedade plena privada. As demais, reverterão de pleno direito para o patrimônio da União ”.(NR)

“**Art. 2.045.** Revogam-se a Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 - Código Civil, a Parte Primeira do Código Comercial, Lei nº 556, de 25 de junho de 1850, as Leis nº 4.121, de 27/08/1962, 8.560, de 1992, 8.971, de 29/12/1994 e 9.278, de 10/05/1996, o Decreto nº 3.708 de 1919, e ainda os arts. 1º a 27 da Lei nº 4.591, de 16/12/1964, os arts. 71 a 75 da Lei nº 6.015, de 31/12/1973, os arts. 1º a 33, art. 43, art. 44, art. 46, da Lei nº 6.515, de 26/12/1977, os arts. 39 a 52, da Lei nº 8.069, de 13/07/1990, ”.(NR)

Art. 2º. Dê-se Capítulo II do Título V do Livro I da Parte Especial da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, a seguinte redação :

CAPÍTULO II : DA REVISÃO E DA EXTINÇÃO DO CONTRATO

Art. 3º. Dê-se à Seção I do Capítulo II do Título V do Livro I da Parte Especial da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, a seguinte redação :

“Seção I : Da revisão”

Art. 4º. Dê-se à Seção II do Capítulo II do Título V do Livro I da Parte Especial da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, a seguinte redação :

“Seção II : Da resolução”

Art. 5º. Dê-se à Seção IV do Capítulo II do Título V do Livro I da Parte Especial da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, a seguinte redação :

“Seção IV : Do distrato”

Art. 6º. Acrescente-se após o art. 478 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, a “Seção V”, com o seguinte título :

“Seção V : Da cláusula resolutiva”

Art. 7º. Dê-se ao título do Livro III da Parte Especial da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, a seguinte redação :

“DA POSSE E DOS DIREITOS REAIS”

Art. 8º . Acrescente-se após o art. 1727 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 , o seguinte dispositivo :

“**Art. 1727-A** . As disposições contidas nos artigos anteriores (1.723 a 1.727) aplicam-se , no que couber, às uniões fáticas de pessoas capazes, que vivam em economia comum, de forma pública e notória, desde que não contrariem as normas de ordem pública e os bons costumes” .

Art. 9º . Acrescente-se após o art. 1963 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 , o seguinte dispositivo :

“**Art. 1.963-A**. Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserção do cônjuge:

I – prática de ato que importe grave violação dos deveres do casamento, ou que determine a perda do poder familiar;

II – recusar-se, injustificadamente, a dar alimentos ao outro cônjuge ou aos filhos comuns;

III – desamparado do outro cônjuge ou descendente comum com deficiência mental ou grave enfermidade”.

Art. 10º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

ANEXO D - JUSTIFICATIVA DA INCLUSÃO DO PARÁGRAFO 2º AO ARTIGO 927

50. Art 927: O texto que estamos propondo acrescentar como parágrafo ao artigo 927 é sugestão da professora REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA. Os argumentos da citada professora para justificar a necessidade de inclusão desse novo texto e aos quais me acosto inteiramente, são os seguintes: “ *Já que a responsabilidade civil avança conforme progride a civilização, há necessidade de constante adaptação desse instituto às novas necessidades sociais. Bem por isso, as leis sobre essa matéria devem ter caráter genérico, como a regra a seguir sugerida, e aos tribunais cabe delas extrair os preceitos para aplicá-los ao caso concreto. Em suma, não se pode negar a importância da responsabilidade civil, que invade todos os domínios da ciência jurídica, sendo o centro do direito civil e de todos os demais ramos do direito, tanto de natureza pública quanto privada, por constituir-se em proteção à pessoa em suas mais variadas relações. Dentre as relações de caráter privado destacam-se as familiares, em que também devem ser aplicados os princípios da responsabilidade civil, como já reconhecem a doutrina brasileira (Mário Moacyr Porto, Responsabilidade civil entre marido e mulher, in Responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência, coord. Yussef Said Cahali, São Paulo, Saraiva, 1984, p. 203; Carlos Alberto Bittar, Reparação Civil por Danos Morais, 3ª ed, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 189; Carlos Roberto Gonçalves, Responsabilidade civil, 6ª ed, São Paulo, Saraiva, 1995, p. 71; José de Aguiar Dias, Da responsabilidade civil, 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1979, v II, p. 14/16) e a jurisprudência pátria (STJ – 3ª Turma, Recurso Especial nº 37051, Relator Min. Nilson Naves, j. 17.04.2001; TJSP – 4ª Câmara Civil, Apelação nº 220.943-1/1, Relator Des. Olavo Silveira, j. 09.03.1995; TJSP – 6ª Câmara de Direito Privado, Apelação nº 272.221.1/2, Relator Des. Testa Marchi, j. 10.10.1996; TJSP - 10ª Câmara de Direito Privado, Relator Des. Quaglia Barbosa, j. 23.04.1996, in BAASP 2008/04-m, de 23.06.1997 e RJ 232/71; TJSP - 2ª Câmara de Direito Privado, Relator Des. Ênio Santarelli Zuliani, j. 23.02.1999, in RT 765/191; TJSP – 2ª Câmara de Direito Privado, Apelação nº 101.160-4/0, Rel. Des. Osvaldo Caron, j. 19.09.2000; TJSP – 6ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Octavio Helene, j. 31.08.2000, in JTJ/SP 235/47). Embora as relações familiares sejam repletas de aspectos, especialmente pessoais, afetivos, sentimentais e religiosos, envolvendo as pessoas num projeto grandioso, preordenado a durar para sempre, por vezes o sonho acaba, o amor termina, o rompimento é inevitável. Nestas rupturas, são inúmeras as situações em que os deveres de família são violados, com desrespeito especialmente aos direitos da personalidade dos envolvidos nessas relações, a acarretar graves danos aos membros de uma família. As sevícias, ofensivas à integridade física, e injúrias graves, violadoras da honra, praticadas por um dos cônjuges contra o outro (v. Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos Santos, Reparação Civil na Separação e no Divórcio, São Paulo, Saraiva, 1999, p. 76- 79, 153 e 163-165), o atentado à vida do convivente, configurado em contaminação de doença grave e letal ou em abandono moral e material da companheira (v. Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos Santos, Responsabilidade Civil dos Conviventes, Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, Síntese e IBDFAM, v. 1, nº 3, outubro/dezembro de 1999, p. 36-39); o abandono moral e material pelo filho do pai idoso e enfermo; a recusa quanto ao reconhecimento da paternidade, com consequente negação à prestação de alimentos, embora haja a certeza desse vínculo de parentesco (v. Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos Santos, Reflexões sobre o reconhecimento da filiação extramatrimonial, Revista de Direito Privado, coord. Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, São Paulo, Revista dos Tribunais, nº 1, janeiro/março de 2000, p. 83 e 84); estes são alguns exemplos de desrespeito aos direitos da personalidade no seio familiar. Os lesados nessas circunstâncias, dentre tantas outras, em obediência ao princípio da proteção à dignidade da pessoa humana, merecem a devida reparação pelos danos sofridos.*

*Recorde-se que o princípio da reparação de danos encontra respaldo na defesa da personalidade, 'repugnando à consciência humana o dano injusto e sendo necessária a proteção da individualidade para a própria coexistência pacífica da sociedade', de modo que 'a teoria da reparação de danos ou da responsabilidade civil encontra na natureza do homem a sua própria explicação' (v. Carlos Alberto Bittar, *Reparação Civil por Danos Morais*, cit., p. 13-28). Por fim, salientamos que a aplicabilidade dos princípios da responsabilidade civil ao Direito de Família tem amplo respaldo constitucional, precisamente na cláusula geral de proteção à dignidade humana, constante do art. 1º, inciso III da Lei Maior. E outro relevante dispositivo da Constituição Federal que fundamenta a tese reparatória no Direito de Família é o art. 226, § 8º, ao estabelecer que 'O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações'. Remissão deve ser feita ao artigo 185 do novo Código Civil, que estabelece: 'Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito', sendo, evidentemente, ato ilícito aquele praticado em violação a um dever de família. Inobstante haja a aplicabilidade dos princípios da responsabilidade civil às relações de família com base nesta regra geral, deve ser explicitamente estabelecida a regra a seguir proposta, como ocorre no Direito Francês (Código Civil, art. 266) e Português (Código Civil, art. 1.792), dentre outros ramos do Direito Comparado. Em suma a responsabilidade civil é verdadeira tutela privada à dignidade da pessoa humana e a seus direitos da personalidade, inclusive na família, que é centro de preservação do ser humano, antes mesmo de ser havida como núcleo essencial da nação. Conclui-se que a teoria da responsabilidade civil visa ao restabelecimento da ordem ou equilíbrio pessoal e social, inclusive em relações familiares, 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* “.*