



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

CARLOS ANDRÉ PEREIRA DE MELO

DANOS MORAIS NA SEPARAÇÃO

SOUSA - PB
2009

CARLOS ANDRÉ PEREIRA DE MELO

DANOS MORAIS NA SEPARAÇÃO

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Ma. Maria de Lourdes Mesquita.

SOUSA - PB
2009

CARLOS ANDRÉ PEREIRA DE MELO

DANOS MORAIS NA SEPARAÇÃO

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof.(a) Maria dos Remédios L. Barbosa

Banca Examinadora:

Data da aprovação: _____

Orientadora: Prof.(a) Maria dos Remédios L. Barbosa

Examinador(a)

Examinador(a)

SOUSA

2009

Dedico este trabalho aos meus pais, João Pereira de Melo (*in memoriam*) e Maria do Socorro da Costa, que são para mim um amparo seguro com o qual sempre poderei contar.

Aos meus irmãos João P. de Melo Jr. e Joseane P. de Melo, pelas palavras de incentivo e segurança.

Ao meu padrinho Cláudio, meu segundo pai, pelo incentivo e paciência.

A minha esposa Katiuscia M. Jansen, pelo carinho e apoio a mim prestado.

AGRADECIMENTOS

A Deus pelo dom da vida, e pela força para superar os momentos mais difíceis.

Aos meus pais que sempre foram e sempre serão a fonte de minha inspiração.

Aos meus irmãos que abriram mão da minha companhia para a realização deste sonho.

Ao meu padrinho que se tornou meu segundo pai, por mim proporciona a realização de um sonho.

A minha querida esposa pela ajuda nesta caminhada e por compreender a minha ausência em alguns momentos.

Aos meus companheiros e amigos do dia-a-dia e do trabalho que tanto mim ensinaram, George, Luciano, Paulo Gustavo, Fred, Wagner, Josean, Augusto, Leonardo, Waldey, Zé Roberto, Jardson, Diego entre tantos outros.

Aos meus amigos de hoje e sempre, Henrique, Péricles, Paulo, Ênio, Emanuel, Diogeano (grande), Dedé, Tico, Julio, Junior, Tenório, Allison, Thiagos, Erick, Everton, Clayton, Luciano e tantos outros, pelo companheirismo nesses cinco anos.

A todas as meninas da turma e amigas que encontrei nesta cidade.

A todos da residência que foi minha segunda casa.

A minha orientadora e amiga Prof. (a) Remédios que mim ajudou na concretização deste trabalho.

A todos meus professores, Mário, Epifânio, Robson Antão, Francinaldo, Eduardo Jorge, Admilson, Márcio, Jardel, e todas as professoras no decorrer desta caminhada.

A vida, pela razão inerente de ser.

“carregamos para o mundo o reflexo daquilo que construímos em nosso relacionamento no lar, sendo ele o manancial e a inspiração de nossas atitudes na sociedade, de nossa personalidade e de nossas metas na existência”.

(Zoamar Zanolini Nazareth)

RESUMO

O presente trabalho possui como finalidade fundamental avaliar a possibilidade de reparação por danos morais oriundos das relações tidas como conjugais em virtude da violação de um ou mais deveres conjugais. Nota-se que com a evolução da sociedade e dos relacionamentos, vem surgindo nos tribunais do país vários casos que necessitam de guarida, pelo poder público, a respeito do tema em apreço, **haja visto** que o mesmo não possui legislação específica, ao contrário de alguns países. Para a realização deste trabalho usou-se o método dedutivo e histórico-evolutivo, sendo realizado por meio de pesquisas bibliográficas em doutrinas, jurisprudência, artigos científicos publicados em periódicos sobre o tema. Na elaboração do presente trabalho observou-se a preocupação existente entre os juristas quanto à reparação por danos morais nas relações conjugais, logo, preferiu-se fazer uma abordagem histórica sobre o direito de família, destacando seus princípios, seus vínculos, suas formas de dissolução, sua evolução ao longo do tempo; realizou-se também uma análise sobre o dano moral e a responsabilidade civil. Constatou-se enfim, que o tema proposto é de grande importância para a comunidade científica, a qual deverá analisar e criar legislação que discorra sobre o assunto, com o único e verdadeiro intuito de que seja analisado e apreciado pelo poder judiciário cada caso concreto, que exista ou venha a existir em nossos tribunais e seja condenado o ofensor a indenizar o ofendido pelo sofrimento.

Palavras-chave: Relacionamento; Responsabilidade Civil e Danos Morais;

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objetivo fundamental para evaluar la posibilidad de indemnización por daños morales derivados de las relaciones maritales adoptadas como resultado de la violación de uno o más fallos. Tenga en cuenta que con la evolución de la sociedad y las relaciones, está surgiendo en los tribunales del país varios casos que necesitan refugio por el público sobre el tema en cuestión, sabiendo que no tiene una legislación específica, a diferencia de algunos países. Para este trabajo se utiliza el método deductivo y la evolución histórica, está llevando a cabo a través de búsquedas en la literatura sobre doctrinas, jurisprudencia, artículos científicos publicados en revistas sobre el tema. En la preparación de este estudio, no existe la preocupación entre los expertos jurídicos en cuanto a indemnización por daño moral en las relaciones conyugales, por lo que prefirió adoptar un enfoque histórico sobre el derecho de familia, centrándose en sus principios, sus vínculos y formas de disolución, su evolución en el tiempo, hubo también un análisis de los daños y la responsabilidad. Hay, por último, que el tema propuesto es de gran importancia para la comunidad científica, que debe revisar y desarrollar una legislación que habitan sobre el tema, con el único propósito real de que es analizado y evaluado por el poder judicial de cada caso, existe o existirá en nuestros tribunales y se condenó al agresor a indemnizar a la víctima por el sufrimiento.

Palabras claves: relación, de responsabilidad civil y daños morales;

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 RESPONSABILIDADE CIVIL E DANO MORAL	12
2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	12
2.2 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	14
2.2.1 Ação ou omissão	14
2.2.2. Culpa ou dolo do agente.....	15
2.2.2.1 <i>Graus de culpa</i>	17
2.2.3 Nexo de Causalidade.....	17
2.2.4 Dano	18
2.2.4.1 <i>Dano Patrimonial</i>	19
2.2.4.2 <i>Dano Moral</i>	19
2.2.5 Espécies de responsabilidade civil	20
2.2.5.1 <i>Responsabilidade contratual e extracontratual</i>	20
2.2.5.2 <i>Responsabilidade Subjetiva e Objetiva</i>	21
3 ASPECTOS IMPORTANTES DO DIREITO DE FAMÍLIA	24
3.1 BREVES ASPECTOS DA EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA	24
3.2 ASPECTOS LEGAIS DA ENTIDADE FAMILIAR E PRINCÍPIOS NORTEADORES.....	25
3.3 CASAMENTO	27
3.3.1 Natureza Jurídica.....	28
3.3.2 Efeitos Jurídicos	30
3.4 UNIÃO ESTÁVEL	31
3.4.1 União Estável no Direito Brasileiro antes do novo Código Civil	31
3.4.2 A união Estável e o Novo Código Civil.....	34
3.4.2.1 <i>A dualidade de sexos</i>	36
3.4.2.2 <i>Convivência Pública</i>	37
3.4.2.3 <i>Convivência Contínua e Duradoura</i>	38
3.4.2.4 <i>A estabilidade da relação e a intenção de constituir família</i>	38
4. DANO MORAL NA SEPARAÇÃO	40
4.1 AS FORMAS DE DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE E DO VINCULO CONJUGAL... ..	40
4.2 DA SEPARAÇÃO DE FATO.....	41
4.3 DA SEPARAÇÃO JUDICIAL	42

4.3.1 Causas da Separação Litigiosa como Sanção.....	43
4.3.2 Efeitos da Separação Judicial.....	47
4.3.3 Separação por escritura	48
4.4 DISSOLUÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL	48
3.5 DO DANO MORAL, REPARAÇÃO E QUANTIFICAÇÃO NAS RELAÇÕES CONJUGAIS.....	49
4.5.1 Jurisprudência sobre o dano moral na união estável e no casamento	53
4.6 DADOS SOBRE SEPARAÇÃO POR CONDUTA DESONROSA NO BRASIL COM BASE NO IBGE.....	57
5 CONCLUSÃO	60
REFERÊNCIAS	62
ANEXOS	65

1 INTRODUÇÃO

Nos relacionamentos como o casamento, a união estável, assim como nos demais existe a possibilidade de algum dos companheiros ou algum dos cônjuges vir a sofrer danos morais ou patrimoniais, ou ainda ambos, quando é descumprido um ou mais deveres conjugais. Deste modo este trabalho possui finalidade de analisar a possibilidade de reparação civil por estes danos, sobretudo os danos morais, oriundos do descumprimento de um ou mais deveres conjugais.

O tema sugerido neste trabalho mostra a enorme discussão que existe acerca do dano moral nas relações conjugais, notadamente porque existem diversos posicionamentos na jurisprudência e na doutrina que são controversos, além do mais não existe lei específica para tratar da matéria. Logo para não deixar ninguém sem a devida tutela do poder judiciário usa-se as disposições gerais relativas à responsabilidade civil para dirimir tais discussões.

A metodologia usada neste trabalho é a do método dedutivo e histórico-evolutivo, sendo realizado por meio de pesquisas bibliográficas de doutrinas e jurisprudência, que trazem posições e discussões sobre o tema trabalhado relativas às divergências existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Este trabalho possui como objetivo geral a pesquisa sobre a possibilidade de reparação civil por dano moral na separação. Possui também outros objetivos específicos quais sejam: enfatizar os aspectos relativos ao direito de família sobre o tema, na união estável e no casamento; observar os fundamentos legais, jurisprudenciais aplicáveis ao caso e doutrinários; destacar os aspectos da responsabilidade civil e do dano moral; identificar casos que possam ensejar pedido de dano moral; destacar alguns posicionamentos que são favoráveis à reparação do dano moral no rompimento por descumprimento dos deveres.

O trabalho está estruturado em três capítulos. No primeiro será abordado alguns aspectos sobre o direito de família, os princípios norteadores e os aspectos históricos pertinentes à entidade familiar. Será realizado uma abordagem sobre o instituto do casamento o qual configura-se como uma das bases da família, o instituto da união estável que ganhou proteção e destaque a partir da Constituição de 1988.

O segundo capítulo trata dos institutos da responsabilidade civil e do dano moral, apresentando a parte histórica, conceitos e pressupostos de admissibilidade; a responsabilidade civil é sem dúvidas um dos institutos que mais vem adquirindo espaço, destaque e importância no cenário jurídico brasileiro. Em decorrência da evolução das

relações humanas em meio às sociedades quanto ao quanto ao dano são inúmeras as controvérsias relacionadas à possibilidade de sua aplicação em relação ao tema em estudo.

O terceiro capítulo aborda as formas de dissolução da sociedade e do vínculo conjugal, seja na esfera do casamento, através da separação de fato, da separação judicial ou na esfera da união estável e sua dissolução, observando em ambos as conseqüências ocorridas pela quebra desse vínculos. É observado ainda algumas das decisões existentes no nosso ordenamento sobre ambos os institutos e dados com base no IBGE sobre a separação tendo como motivo a conduta desonrosa ao outro consorte.

Desta forma, o presente trabalho monográfico possui a finalidade de expor a problemática do danos morais nas relações (casamento e união estável), contribuindo com novas reflexões sobre o tema exposto.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL E DANO MORAL

Antes de tratar sobre o tema danos morais na separação objeto deste trabalho, faz-se necessário analisar para um melhor entendimento o desenvolvimento ao longo da história dos institutos do dano moral e da responsabilidade civil. Tomando como base seus conceitos, pressupostos essenciais, a sua formação e a família haja vista ter sido a primeira forma de organização social conhecida pelos homens.

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A noção de responsabilidade para Rei (2000, p. 4):

Possui suas raízes nos primórdios da humanidade, quando surgiram os primeiros agrupamentos humanos que tinham como objetivo prover suas necessidades, que não conseguiria se vivesse de maneira isolada. Logo precisou-se constituir diretrizes legais em prol da convivência pacífica dos seus membros. Assim sendo, ao viver em sociedade o homem tem o dever de não cometer atos que possam prejudicar outros indivíduos os quais possam lhes resultar em danos.

Assim, uma vez que produza o ato danoso, o indivíduo fica obrigado a repará-lo.

Os primeiros indícios históricos sobre dano moral estão presentes nos Códigos de Manu, Hammurabi; a lei de Moisés também adotou algumas soluções quanto à reparação por danos morais, conforme se observa em Deuteronômio 22:13,19 onde a vítima sofre uma indiscutível humilhação.

Se um homem desposar uma mulher e, depois de coabitar com ela, a aborrecer, e lhe imputar delitos vergonhosos, e contra ela divulgar má fama, dizendo: Tomei esta mulher, e me cheguei a ela, porém não a achei virgem, os pais da moça tomarão as provas da virgindade dela, e as levarão aos anciãos da cidade, à porta. O pai da moça dirá aos anciãos: Dei minha filha por mulher a este homem, porém ele a aborreceu, e lhe imputou delitos vergonhosos dizendo: Não achei tua filha virgem. Então os pais estenderão a roupa dela diante dos anciãos da cidade, os quais tomarão aquele homem e o castigarão. Condená-lo-ão em cem ciclos de prata, e o entregarão ao pai da moça, porque divulgou má fama sobre uma virgem de Israel.

Para Rei (2000, p. 5) entre os gregos, desde os tempos homéricos, a compensação financeira por danos morais constituía-se como uma tradição:

As normas instituídas pelo Estado extinguiram o direito de vingança privada e determinaram que a reparação do dano poderia ter natureza pecuniária. No Direito Romano, a Lei das XII Tábuas previa penas patrimoniais para crimes como dano, injúria e furto, a mesma lei apresentava inicialmente apenas três modalidades de injúrias e que, com o passar do tempo, ficaram ineficazes para acompanhar o desenvolvimento social romano.

Ainda conforme Rei (2000) a Idade Média foi marcada pela adoção do Direito canônico, o qual teve enorme influência no território brasileiro e nas Ordenações Filipinas em virtude da força da religião católica na época. O direito canônico **influenciou** até a vigência do Código Civil brasileiro de 1916 (Lei 3.071), pois vigorava nele o instituto dos sponsais, o qual previa que a recusa do noivo em se casar, sem um motivo justo, importaria na sua condenação em perdas e danos, sendo, portanto, mais uma manifestação do que se convencionou chamar de danos morais.

De acordo com Camargo (2006) as Ordenações Filipinas já prescreviam uma reparação pecuniária pela sedução de mulher virgem (Título XXIII do Livro V), no caso do homem não se casar com ela e o Título XXXVIII do Livro III previa que, em hipótese de demanda por dívida já paga, deveria ser procedida a restituição em dobro do valor recebido. Então pode-se dizer que **o marco inicial do instituto da responsabilidade civil se deu com o Código Civil Francês de 1804**, o qual passou a ser conhecido, em 1807, como Código Napoleônico em homenagem ao seu idealizador, tal texto foi o primeiro a implementar as idéias introduzidas pelo direito romano, acrescentando outras contribuições as quais serviram para consolidar o que hoje se entende por responsabilidade civil, tal código continua ainda hoje a influenciar legislações mundo afora. (grifo nosso)

Segundo Rei (2000) a promulgação da Constituição da República Brasileira de 1988 finalizou qualquer dúvida restante no tocante à reparabilidade pelo dano moral, uma vez que até então não era consenso na nossa doutrina. O artigo 5º da Carta Magna, em seus incisos V e X, estatuiu a indenização pelo dano moral como sendo uma garantia dos direitos individuais. Conforme transcrito abaixo:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

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

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, **assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;**
(grifo nosso)

Conforme reza a lei 5.869 que institui o Código de Processo Civil, em seu art. 2º, para que o sofredor do dano possa receber o ressarcimento, deve-se acionar o Estado para obter-se a tutela jurisdicional, através da propositura de uma ação judicial. Logo:

Art. 2º Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais.

2.2 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

O Código Civil de 2002, precisamente em seus arts. 186 e 927, aplica um preceito inteiramente aceito que é a de que todo aquele que causa dano a outrem possui o dever de repará-lo:

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.

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

Para Rodrigues (2006, PP. 14 e 15) são elementos essenciais da responsabilidade civil, ou seja, seus pressupostos: “a ação ou omissão – comportamento humano; a culpa ou dolo do agente; a relação de causalidade entre a ação e o dano; o dano causado à vítima”.

2.2.1 Ação ou omissão

Para Sousa (2007, p. 16) “ação ou omissão humana voluntária é um dos pressupostos necessários para a configuração da responsabilidade civil, ou seja, é a conduta humana positiva ou negativa, guiada pela vontade do agente, que resulta em um dano ou prejuízo”.

Dessa forma a responsabilidade do agente pode resultar de ato próprio, de ato de terceiro que esteja sob a responsabilidade do agente, ou de danos causados por coisas (animais) que estejam sob a atenção do agente.

Ainda de acordo com Sousa (2007, p. 16) a violação do comportamento humano (positivo ou negativo) será:

Sob o aspecto contratual: inadimplência da obrigação prevista contratualmente; legal: conduta contrária ao mandamento legal; ou social: o comportamento não chega a infringir a lei, mas desviar-se da intenção social a qual se destina, como nos atos praticados com abuso do direito. Para se caracterizar a responsabilidade pela omissão torna-se imprescindível que se tenha presente a obrigação de praticar determinado fato e que do descumprimento deste dever incida o dano. Essa obrigação de agir pode derivar da lei: dever de prestar socorro às vítimas de acidente; de convenção: pessoa que assume a guarda, vigilância ou custódia de outra; ou da própria criação de alguma situação de perigo: pois criado o perigo, surge a obrigação de quem o gerou de afastá-lo.

A responsabilidade por ato de terceiro é bastante interessante, pois, admite estender a obrigação de reparar o dano à pessoa diversa daquela que praticou a conduta danosa. Para Camargo (2006, p. 6):

Isso só se observa quando há a presença de uma relação jurídica entre os dois agentes (o causador do dano e o responsável) causadores da obrigação de fiscalização, a qual quando violada permite que o subordinado pratique um comportamento culposo e ocasione, direta ou indiretamente, dano à vítima. Tal responsabilidade é caracterizada pelo descuido do dever de vigilância ou do dever de escolha.

Sousa (2007) explica que apesar de constituir regra geral, a ilicitude humana não é condição essencial para gerar responsabilidade civil. Um exemplo claro são os casos de desapropriação, em que, movido por interesse público, devidamente previsto em normas legais, o ente governamental retira do patrimônio do particular um bem e o indeniza por esse ato, apesar de lícita sua conduta.

2.2.2. Culpa ou dolo do agente

Santos (2006, p. 2) considera o elemento culpa como requisito essencial da responsabilidade civil, pois sua importância é acentuada nos casos da responsabilidade subjetiva: “na responsabilidade objetiva a simples ocorrência do fato danoso e a existência do nexo causal entre ele a conduta e do agente gera a obrigação de indenizar, não se perquirindo sobre a culpabilidade daquela conduta”.

Ainda para Santos (2006, p. 2) “alguns autores protegem a aplicação desse elemento como pressuposto de responsabilidade civil, não adiantando um comportamento humano que acarrete um dano, mas esse comportamento deve ser culposo”.

Agir com culpa, no falar de Carlos Roberto Gonçalves (2002, p. 475), significa: “atuar como agente em termos de, pessoalmente, merecer a censura ou reprovação do direito. A culpa considerada para efeito de responsabilidade civil abrange a culpa *lato sensu* (a qual inclui o dolo) e a culpa *strito sensu*”.

A obrigação de indenizar derivada da culpa em *strito sensu* conduz o homem a viver em sociedade de maneira a respeitar os outros e seus patrimônios, não bastando atuar com conduta lícita, sendo necessário o comportamento cuidadoso a fim de não causar dano a outrem.

A doutrina traz ainda a seguinte gradação da culpa: grave, leve ou levíssima. Contudo, tal gradação não influencia na decisão do quantum indenizatório, conforme pode-se observar no art. 944, parágrafo único do Código Civil:

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.

Conforme análise do artigo acima disposto percebe-se que não influencia na decisão do quantum indenizatório a classificação da culpa em grave, leve e levíssima, pois, tal definição é medida pela extensão do dano.

Entretanto, o seu parágrafo único prevê a possibilidade de o juiz, observando que existe excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, reduzir eqüitativamente a indenização.

2.2.2.1 *Graus de culpa*

Em seu trabalho Sousa (2007, pp. 23 e 24) classifica a culpa como sendo: grave, leve e levíssima.

A culpa grave reveste-se de conduta do agente que mesmo agindo sem intenção alcança um resultado específico não vindo a tomar nenhuma medida cautelar na prática do ato. A culpa leve por sua vez consiste naquela na qual o agente não toma as devidas precauções para a prática de determinada ação, sendo certo que se tivesse agido com as cautelas próprias do homem comum, o dano poderia ter sido evitado. Por fim, a culpa levíssima é aquela que após olhos do homem comum praticamente não houve culpa.

A distinção entre essas classificações se faz necessária visto que com o advento no novo Código Civil de 2002, deve ser sem dúvida pesada pelo juiz, quando dá estipulação do quantum indenizatório.

Isto porque o artigo 944 do Código Civil, ao tempo que prescreve que a indenização dever ser medida pela extensão do dano, em seu parágrafo único, possibilita a aferição do grau de culpa, a fim de reduzir a indenização.

Ademais, o artigo 945 do CC de 2002 prevê a avaliação do grau de culpa da vítima e do autor, nos casos de culpa concorrente, uma vez que afirma que caso a vítima tenha concorrido culposamente para o evento danoso, sua indenização deverá ser fixada levando em conta a gravidade de sua culpa em comparação com a do autor do dano. Assim dispõe o art. 945 do CC:

Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

2.2.3 Nexos de Causalidade

Terceiro dos requisitos essenciais da responsabilidade civil a obrigação de reparação civil só passa a existir quando há uma relação de causalidade entre a ação ou omissão do agente e o dano sofrido pela vítima. Sem esse pressuposto não existe obrigação de indenizar.

Em relação ao nexa causal, Silvio de Salvo Venosa (2006, p. 42) trata bem desse conceito:

O conceito de nexa causal, nexa axiológico ou relação de causalidade das leis naturais. É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano. Trata-se de um elemento indispensável. A responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexa causal. Se a vítima que experimentou um dano, não identificar o nexa causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida.

Torna-se obrigatório que o dano seja decorrência clara e explícita da atitude danificadora do réu. A questão traz dificuldades quando não é possível identificar o elo de causalidade entre o ato de uma pessoa e o dano causado, principalmente quando há presença de vários comportamentos, que de alguma forma, contribuíram para a produção do resultado danoso.

É necessário que não se confunda nexa de causalidade com imputabilidade, uma vez que esta diz respeito a um elemento subjetivo, dizendo respeito apenas ao sujeito. Enquanto que o nexa se relaciona com os elementos objetivos consistentes na atividade ou inatividade do sujeito

Igualmente é importante fazer referência às excludentes de responsabilidade, como por exemplo, o fato exclusivo da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito ou força maior e a cláusula de não indenizar (no tocante à responsabilidade civil contratual). São tais situações em que não existe a obrigação de indenização.

Com relação ao caso fortuito ou força maior, Silvio de Salvo Venosa (2006, p. 42) trata bem desse fato de exclusão:

O caso fortuito ou força maior são excludentes do nexa causal, porque o cerceiam, ou o interrompem. Na verdade, no caso fortuito e na força maior inexistente relação de causa e efeito entre a conduta do agente e o resultado danoso.

2.2.4 Dano

O dano é um elemento fundamental para a imposição do dever de indenizar, sem a lesão, o ato ilícito pode passar longe dos olhos do mundo jurídico.

Existe como finalidade específica a indenização imposta ao autor da conduta ilícita, qual seja, repara o dano sofrido.

Desta forma, o dano nada mais é do que a lesão a um interesse jurídico tutelado, patrimonial ou não, causado pela ação ou omissão do sujeito infrator.

O dano para ser indenizável precisa preencher alguns requisitos. Maria Helena Diniz (2005, p. 67-69) elenca como indispensáveis os seguintes requisitos: “a) diminuição ou destruição de um bem jurídico, patrimonial ou moral, pertencente a uma pessoa; b) efetividade ou certeza do dano; c) causalidade; d) subsistência do dano; e) Legitimidade; e f) ausência das causas excludentes de responsabilidade.”

2.2.4.1 *Dano Patrimonial*

Levenhagem (1999, p. 85) “faz uma afirmação ao dizer em sua obra que existe dano patrimonial ou material, quando ocorre um desgaste ou uma redução no patrimonial da vítima”.

O dano patrimonial divide-se em: a) dano emergente, o qual a vítima sofreu simplesmente pela ocorrência do fato danoso; e b) lucro cessante, nesse a vítima deixa de lucrar em decorrência do ato lesivo.

Deve-se tomar atenção para a que a busca da reparação não transforme em enriquecimento indevido para a vítima. Para tanto é necessário ter em mente o princípio da razoabilidade, o qual encontra-se inserido no art. 402 do Código Civil Brasileiro conforme transcrito abaixo juntamente com o art. 403, o qual também dispõe sobre a matéria:

Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que **razoavelmente** deixou de lucrar.

Art. 403. **Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.**
(grifos nossos)

2.2.4.2 *Dano Moral*

Chama-se dano moral ou extrapatrimonial o dano sofrido por alguém em seu íntimo, não alcançando o seu patrimônio, podendo ocorrer ou não juntamente com o dano material.

O doutrinador Silvio de Salvo Venosa (2006, p.280) conceitua o dano moral como sendo:

Dano moral consiste em lesão ao patrimônio psíquico ou ideal da pessoa, à sua dignidade enfim, que se traduz nos modernos direitos da personalidade. Somente a pessoa natural pode ser atingida nesse patrimônio. Contudo avoluma-se em nossa jurisprudência a admissão do dano moral à pessoa jurídica, por extensão do conceito às pessoas naturais que dela participam.

A reparação dos prejuízos causados no âmbito moral, só se adequaram à realidade social com a promulgação da Constituição de 1988, mais precisamente no art. 5º incisos V e X, a qual tornou efetiva esse tipo de prestação jurisdicional.

Seguindo a Constituição, o Código Civil considerou em seu art. 186, o dano moral como um ato ilícito.

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.

2.2.5 Espécies de responsabilidade civil

Para Silva (2007) em virtude da convivência conflituosa do homem em sociedade, a responsabilidade civil, obteve em sua essência um conceito indivisível, tornando o direito unânime em tratar a responsabilidade civil como fonte obrigacional, onde o agente causador do dano responde a reparação à pessoa ou aos bens da vítima.

A responsabilidade civil apresenta-se sob alguns aspectos, conforme a perspectiva analisada, podendo ser contratual ou extracontratual e ainda subjetiva ou objetiva.

2.2.5.1 Responsabilidade contratual e extracontratual

De acordo com Soares (2006) a diferença básica quanto ao fato gerador (contratual e extracontratual) é a de que na responsabilidade contratual o agente causador do ato danoso pode ser responsabilizado por uma conduta violadora proveniente de norma contratual.

Soares (2006, p. 35) em sua obra distingue-as quanto ao conceito, pressupostos e matéria, sendo pois necessária analisar tal trecho:

A responsabilidade extracontratual ou aquiliana é a resultante da violação de um dever geral de abstenção, de respeito aos direitos alheios legalmente previstos. Tal responsabilidade é assim chamada pois originou-se na lei de aquilia, consubstanciando-se numa conduta humana positiva ou negativa de uma norma violadora de um dever de cuidado. A responsabilidade contratual é proveniente da formação de um contrato e da sua obrigatoriedade.

Quanto aos pressupostos, as responsabilidades são iguais, a diferença está no ônus da prova, no agente causador do dano e na origem da responsabilidade.

No que diz respeito à matéria de prova, a responsabilidade extracontratual necessita da prova da existência dos elementos necessários à responsabilização, se faz necessário provar a existência da violação da norma de comportamento. Na contratual, o contrato é a norma preestabelecida, e o comportamento de alguma das partes causa a reparação do dano.

2.2.5.2 Responsabilidade Subjetiva e Objetiva

Na responsabilidade subjetiva ou também chamada de Teoria da Culpa, o fato é um pressuposto material da existência do direito que resulta de uma atividade humana ou natural que atua no mundo exterior.

Para Diniz (2006) o fato natural nada mais é senão um evento qualquer, que pode ou não contar com a participação do homem para sua ocorrência. Já no fato jurídico o evento marca o começo ou o término de relações jurídicas, possibilitando a conservação, modificação ou extinção de direitos.

De acordo com Soares (2006, p. 36) “os fatos humanos também podem ser caracterizados como atos jurídicos, pois, geram efeitos jurídicos. Estão nesta subclassificação o ato lícito que é motivo de obrigação e o ato ilícito que implica no agente que tem a intenção de prejudicar outrem”.

A teoria da responsabilidade subjetiva originou-se no Código Napoleônico, e foi implantado no Direito Civil brasileiro pelo artigo 159 do Código de 1916, assim dispõe:

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.

A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste código, arts 1.518 a 1.532 e 1.532 e 1.537 a 1.553. (redação dada pelo decreto do poder legislativo nº 3.725 de 15.01.1919)

No Código Civil de 2002 o disposto acima foi dividido em mais de um artigo, constante na parte geral, livro III, Título III “dos atos ilícitos” e na parte especial, Livro I, Título IX, “da responsabilidade civil”.

No entender de Silva (2007) essa mudança inseriu e modificou algumas palavras tendo como propósito deixar claro a intenção do legislador, como também o posicionamento já pacífico que haverá responsabilidade por danos morais independente da existência cumulativa de dano material, conforme consta no art. 186, assim como o abuso do direito como ato ilícito no art. 186 e o conceito de responsabilidade constante no parágrafo único do art. 927.

Faz-se necessário transcrever mais uma vez os artigos elencados no artigo anterior para melhor fixação:

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.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos por seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. (grifo nosso)

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

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa nos casos específicos em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos do outrem.

Se observar bem na leitura dos artigos anteriores, nota-se que a responsabilidade da conduta do agente no art. 159 do Código Civil de 1916 como nos arts 186 e 187, *caput*, ambos no Código Civil de 2002 é elemento subjetivo do ato ilícito.

Igualmente, se o agente não for voluntário seja por ação ou omissão, ou ainda o fato danoso seja originário por força maior, caso fortuito ou qualquer outro motivo que exclua responsabilidade, excluída estará a mesma.

Para Soares (2006, p. 37) muito embora tenha-se como regra geral a responsabilidade civil, a legislação brasileira criou algumas exceções em que se aplicam a responsabilidade objetiva.

Na teoria objetiva ou não do risco, não se cogita na intenção ou o modo de atuação do agente, mas apenas a relação de causalidade entre a ação lesiva e o dano, porque de antemão aquela ação ou atividade, por si só é considerada perigosa.

Existem várias outras teorias sobre o risco: o risco integral, em que qualquer fato deve obrigar o agente a reparar o dano, bastando a existência de dano ligado a um fato para que surja o direito à indenização; a teoria do risco proveito, baseada na idéia de que quem tira proveito ou vantagem de uma atividade e causa dano a outrem tem o dever de repará-lo; a teoria dos atos normais e anormais, medidos pelo padrão médio da sociedade.

Ainda conforme Soares (2006) a teoria adotada pelo novo Código Civil é a que melhor explica a responsabilidade objetiva, qual seja a do risco, criando o dever de reparar o dano que surge da atividade normalmente exercida pelo agente, que cria risco a direitos ou interesses alheios.

3 ASPECTOS IMPORTANTES DO DIREITO DE FAMÍLIA

Antes de adentrar no conceito dos institutos do casamento e da união estável, torna-se necessário falar um pouco sobre o conceito de família, o qual se transformou várias vezes em épocas distintas adequando-se sempre aos valores sociais vigentes.

Atualmente o conceito de família mais adequado seria o constituído pelo casamento e pela união estável.

O casamento é à base da organização social e é um ato solene que une duas pessoas (homem e mulher) com o intuito de constituir família, criar filhos e tendo como principal requisito a fidelidade recíproca.

A união estável ocupa um enorme espaço na sociedade atual em virtude de vários aspectos dentre os quais seria mais importante destacar a liberdade do homem e sobretudo a da mulher, diferente dos dogmas existentes em torno da família tradicional.

De modo geral após a constituição de 1988 a família sofreu enormes modificações, sobretudo ao reconhecer a união estável como família legítima fazendo com que várias famílias formadas por assim dizer à margem do direito possuíssem a mesma reverência que apenas era admitida no casamento.

3.1 BREVES ASPECTOS DA EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA

O homem desde sua criação sentiu a necessidade de viver em sociedade, seja por instinto, seja para afastar-se da solidão. No entendimento de Silva (2007) a lei do mais forte vigorava na sociedade nesta época e o mais fraco era submetido a este. Neste contexto surgiu a figura do casamento, com a finalidade de impor limites ao homem na sua incansável busca pelo prazer. Surgiu então a família eminentemente patriarcal, onde apenas o homem era detentor do poder familiar. Tal poder foi incentivado pelas leis romanas o qual era chamado *Pater Familias*.

Uma nova concepção de família, embasada em laços afetivos, de carinho e amor, só surgiu com a revolução industrial fazendo com que a mulher saísse do anonimato e contribuísse com o sustento da família.

Mesmo com todo este contexto o Código Civil de 1916 permaneceu considerando como indissolúvel o matrimônio apenas em 1977 o Brasil abriu a possibilidade de divórcio, com a lei 6.515.

Atualmente muitos são os conceitos atribuídos ao direito de família. Conforme Rodrigues (2006, p. 4-5).

O vocábulo é usado em vários sentidos. Num conceito mais amplo poder-se-ia definir a família como formada por todas aquelas pessoas ligadas por vínculo de sangue, ou seja, todas aquelas pessoas providas de um tronco ancestral comum; o que corresponde a incluir dentro da órbita da família todos os parentes consangüíneos. Numa acepção um pouco mais limitada, poder-se-ia compreender a família como abrangendo os consangüíneos em linha reta e os colaterais sucessivos, isto é, os colaterais até quarto grau. Num sentido ainda mais restrito, constitui a família o conjunto de pessoas compreendido pelos pais e sua prole. É com essa conotação que a maioria das leis a ela se refere.

Torna-se indispensável ainda destacar outros conceitos para um melhor entendimento.

Segundo o jurista Beviláqua, *apud* Soares (2006, p. 16), o direito de família pode ainda ser conceituado como sendo:

O complexo de normas, que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos, que dele resultem, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, as relações entre pais e filhos, o vínculo do parentesco e os institutos complementares da tutela e curatela.

3.2 ASPECTOS LEGAIS DA ENTIDADE FAMILIAR E PRINCÍPIOS NORTEADORES

O direito de família se compõe de normas que regulam as relações familiares, da sua criação até sua dissolução, seja casamento, união estável, relações entre pais e filhos, tutela curatela entre outros.

Para Lafayette *apud* Silva (2007, p. 13), o direito de família é aquele que: “tem por objetivo a exposição dos princípios de direito que regem as relações da família, do ponto de vista da influencia dessas relações não só sobre as pessoas como os bens”.

Dentre os institutos observados pelo direito de família serão abordados o casamento e a união estável.

Maria Helena (2005, p. 41) conceitua casamento como sendo: “o vínculo jurídico entre homem e mulher, livres, que se unem, segundo as formalidades legais, para obter o auxílio

mutuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica, e a constituição de uma família”.

Logo percebe-se que o casamento é a união entre duas pessoas de sexos opostos que compartilham sonhos e anseios. Tal união é revestida de formalidades das quais advêm direitos e deveres para ambos.

Com relação ao instituto da união estável, Sousa (2007, p. 32) o define como sendo: “a forma de constituição de entidade familiar que não comporta um rito específico, como se dá no casamento”.

O direito de família está alicerçado por princípios que o regem, segundo Silva (2007), são eles: *O Princípio da dignidade da pessoa humana* que ampara o direito da família garantindo para as entidades familiares, isonomia nas relações conjugais, na filiação, nas separações e divórcios, garantindo o livre direito de conviver. *O Princípio da Liberdade* que assegurou a livre escolha da relação conjugal, o regime de bens, o de recompor os relacionamentos conjugais entre outros. *O princípio da Igualdade e Respeito à diferença* que se faz presente em vários momentos, notadamente quando equipara os direitos e deveres dos cônjuges, competindo a ambos a direção da sociedade conjugal. *O Princípio da Solidariedade Familiar, O Princípio da Igualdade entre os Filhos e o Princípio da Afetividade*.

Sabe-se que em décadas passadas os filhos advindos fora do casamento só poderiam ser registrados como ilegítimos, sendo tratados como filho adulterino ou filho incestuoso, caracterizando-se por demais a discriminação.

A Constituição Federal de 1988, no art. 227 § 6º prevê que “os filhos havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designação discriminatória relativa a filiação”.

Nota-se que a Constituição veio corrigir essa discriminação existente, invocando o princípio da igualdade entre filhos, garantindo os direitos a que fazem jus.

Com as mudanças sociais os casais passaram a não mais buscar nos relacionamentos conjugais a segurança patrimonial, mas sim a afetiva. Conforme cita Villella *apud* Silva (2007, p. 19):

As relações de família, formais ou informais, indígenas ou exóticas, ontem como hoje, por mais complexas que se apresentem, nutrem-se, todas elas, de substâncias triviais e ilimitadamente disponíveis a quem delas queiram tomar afeto, perdão, solidariedade, paciência, devotamento, transigência, enfim, tudo aquilo que, de um modo ou de outro, possa ser reduzido à arte e à virtude do viver em comum. A teoria e a prática das instituições de família, em última análise, de nossa competência em dar e receber amor.

Enfim, com o princípio da afetividade os relacionamentos antes tidos como “negócios” passaram a ser vistos sobre o prisma da afetividade.

3.3 CASAMENTO

A família foi a primeira forma de organização social a ser conhecida pelos homens, sendo guiada pelo *Pater Familias* que era representado pela figura do pai. Conforme cita Belincanta (2002, p. 3):

Conforme um maior número de famílias foi se reunindo em torno de um mesmo fogo sagrado, surgiu uma organização social mais complexa, conhecida como cidade, na qual continuava sendo a família o núcleo principal. Com o passar do tempo a família adquiriu um sobrevalor moral-social, especialmente através do Direito Canônico, influenciando a grande maioria dos ordenamentos jurídicos existentes.

A constituição Federal de 1988 traz no seu art. 266 a noção de que a família é a base da sociedade tendo proteção especial.

No aspecto jurídico, o instituto do casamento, desperta um interesse a partir do estudo do período de dominação do Império Romano, no qual existiam normas que regulavam a existência do instituto que era dividido em três espécies distintas: a *confarretio*, que era o casamento dos cidadãos romanos, ou seja, dos patrícios; a *coemptio*, que era o casamento dos plebeus, ou seja, os que não eram cidadãos romanos; e o *usus*, que era equivalente a um usucapião, pois a mulher era adquirida pela posse. Sousa (2007, p. 30)

Várias são as definições que a doutrina traz acerca do casamento. No entendimento de Acquaviva *apud* Soares (2006, p. 17), o casamento é “a união lícita e permanente do homem e da mulher”

De modo um pouco mais extenso e diferente, ensina Rodrigues (2006) que o casamento é o contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência.

Já para Pereira *apud* Soares (2006, p. 17), “o casamento é um ato solene pelo qual duas pessoas de sexo diferente se unem para sempre, sob promessa recíproca de fidelidade no amor e da mais estreita comunhão de vida”.

Segundo Sousa (2007, p. 30) através do conceito de casamento pode-se enumerar algumas de suas finalidades. Dentre os fins do casamento, se encontra: a) a instituição da família matrimonial; b) a procriação de filhos; c) a legalização das relações sexuais; d) a prestação de auxílio mútuo; e) o estabelecimento de deveres patrimoniais ou não; f) a educação dos filhos; e também g) a atribuição do nome, seja para o cônjuge, seja para os filhos.

Logo, nota-se de longe que a união de um homem com uma mulher traz direitos e obrigações. Estes estão elencados no Novo Código Civil de 2002 no art. 1.566, quais sejam:

Art. 1.566 . São deveres de ambos os cônjuges:

- I – Fidelidade recíproca;
- II - vida em comum, no domicílio conjugal;
- III-mutua assistência;
- IV-sustento, guarda e educação dos filhos;
- V-respeito e consideração mútuos.

3.3.1 Natureza Jurídica

A doutrina é controversa acerca da natureza jurídica do casamento. Para Silva (2007, p. 14):

Os civilistas procuram estabelecer a natureza jurídica do casamento dividindo-a em três vertentes: a concepção individualista ou classicista na qual o casamento é decorrente de um contrato resultante de um acordo firmado entre os cônjuges, do qual resultam obrigações advindas a partir da lavratura contratual. Já a corrente institucional entende que o casamento se trata de uma instituição social, refletindo uma situação jurídica que surge da vontade dos contraentes, mas esta encontra normas preestabelecidas na lei assim que estabelecida a vontade. Na visão eclética, ocorre a fusão das duas correntes. Tal teoria vê o casamento como um ato jurídico não negocial *sui generis*.

Adotando a teoria contratual do casamento, assim ensina Pereira *Apud* Soares (2006, p. 18):

O que no matrimônio deve primordialmente ser considerado é o paralelismo com os contratos em geral, que nascem de um acordo de vontade, e realizam os objetos que cada um tem em vista, segundo a motivação inspiradora das declarantes e os efeitos assegurados pela ordem jurídica. A natureza contratual do casamento não é contrariada pela exigência legal de forma especial e solene da manifestação volitiva, que obedece à padronização prefixada e ao ritual específico da celebração. Não é igualmente negada pela participação direta do estado no ato constitutivo, pois que o princípio da ordem pública também costuma estar presente em numerosos outros contratos de direito comum. Não é contraditada ainda pelo fato de não se admitir acordo liberatório que, no campo contratual, via de regra, concede às mesmas vontades geradoras de avença o poder de resolvê-la (distrato). O que se deve entender, ao assegurar a natureza do matrimônio, é que se trata de um *contrato especial* dotado de conseqüências peculiares, mais profundas e extensas do que as convenções de efeitos puramente econômicos, ou *contrato de Direito de Família*, em razão das relações específicas por ele criadas.

Na concepção institucionalista, Diniz (2007, p. 44) defende-a quando afirma que:

A idéia de matrimônio é, ante essas considerações, oposta à de contrato. Considerá-lo como um contrato é equipará-lo a uma venda ou a uma sociedade, colocando em plano secundário seus nobres fins. (Grifos nosso)

Roust, *apud* Silva (2007, p. 15), esclarece a visão eclética:

Ocorre uma união estável entre o elemento volitivo ao elemento institucional, tornando o casamento, um ato complexo, ou seja, concomitantemente contrato (na formação) e instituição (no conteúdo), sendo bem mais do que um contrato, embora não deixe de ser um contrato.

Logo, as pessoas são livres e se casam quando querem, contudo ao assumir essa vontade, assumem também os direitos e as obrigações advindas dessa relação. É mister ressaltar que é mais aceita pelos doutrinadores a corrente que defende o casamento como uma forma de contrato.

O Código Civil de 1916 consolidou o casamento civil, sem fazer qualquer referência ao casamento religioso. A Constituição Federal de 1988, no seu art. 226, § 1º, “afirma que o casamento é civil e gratuita a sua celebração, e o § 2º, do citado artigo, afirma que o religioso tem efeito civil, nos termos da lei”.

Atualmente, os artigos 1.515 e 1.516 do Código Civil descrevem a matéria do registro do casamento religioso para efeitos civis, desde que esteja de acordo com a lei. Para um melhor entendimento faz-se necessário transcrevê-los:

Art 1.515. O casamento religioso, que atender as exigências da lei para a validade do casamento civil, equipara-se a *este*, desde que registrado no registro próprio, produzindo efeitos a partir da data de sua celebração.

Art. 1.516. O registro do casamento religioso submete-se aos mesmos requisitos exigidos para o casamento civil.

1º O registro civil do casamento religioso deverá ser promovido dentro de noventa dias de sua realização, mediante comunicação do celebrante ao ofício competente, ou *por* iniciativa de qualquer interessado, desde que haja sido homologada previamente a habilitação regulada neste Código. Após o referido prazo, o registro dependerá de nova habilitação.

§ 2º O casamento religioso, celebrado sem as formalidades exigidas neste Código, terá efeitos civis se, a requerimento do casal, for registrado, a qualquer tempo, no registro civil, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente e observado o prazo do artigo 1.532.

§ 3º Será nulo o registro civil do casamento religioso se, antes dele, qualquer dos consorciados houver contraído com outrem casamento civil

Diniz (2006, p.46-49) explica que: “para que o casamento religioso gere efeitos civis, deve-se seguir as mesmas formalidades do casamento civil. Deste modo o casamento que não atenda aos dispositivos destes artigos configura-se juridicamente como união estável”.

3.3.2 Efeitos Jurídicos

Os efeitos jurídicos do casamento são enumerados pela doutrina, as vezes de forma bastante extensa.

De acordo com Diniz (2006, p. 123), os efeitos jurídicos do casamento podem ser conceituados como “conseqüências que se projetam no ambiente social, nas relações pessoais e econômicas dos cônjuges, nas relações pessoais e patrimoniais entre pais e filhos, dando origem a direitos e deveres próprios e recíprocos, disciplinados por normas jurídicas”.

Com relação aos efeitos jurídicos do matrimônio Diniz (2002, PP. 122-123) classifica-os em três classes e explica que:

A primeira proclama que o matrimônio cria a família matrimonial, estabelece o vínculo de afinidade entre cada cônjuge e os parentes de outro e emancipa o consorte de menor idade (CC, art. 5º., parágrafo único II). A segunda, de ordem pessoal, apresenta o rol dos direitos e deveres dos cônjuges e dos pais em relação aos filhos. A terceira, alusiva aos efeitos econômicos, fixa o dever de sustento da família, a obrigação alimentar e o termo inicial da vigência do regime de bens, pois este começa a vigorar desde a data do casamento e é alterável (CC, art. 1.639, §§ 1º

e 2º); dispõe, com intuito de preservar o patrimônio da entidade familiar, sobre a instituição do bem de família (CC, arts. 1.711 a 1.722), sobre os atos que não podem ser praticados por um dos cônjuges sem a anuência do outro (CC, art. 1.647) e, ainda, confere direito legitimário e sucessório ao cônjuge sobrevivente, além de algumas prerrogativas na sucessão aberta (CC, art. 1.829, I, Ie III, 1.830, 1.831, 1.832, 1.833) etc.

Dentre todos os efeitos do casamento deve-se destacar os efeitos pessoais e deveres do matrimônio, uma vez que descumprido tais deveres é possível que emanem danos, passíveis de reparabilidade.

3.4 UNIÃO ESTÁVEL

3.4.1 União Estável no Direito Brasileiro antes do novo Código Civil

As relações extra matrimoniais no Brasil apresentavam-se na maioria das vezes como repressora, isto devido ao fato de o Brasil adotar regras rígidas quanto a família, devendo estar constituída por um casamento formal.

De acordo com Malheiros *apud* Cavalcanti (2002, p. 13) "O concubinato ingressa no Século XX, entre nós, ainda sob o estigma que lhe dedicou o pensamento católico. No Código Civil Brasileiro, as considerações ao concubinato e à prole dele decorrente são opressivas".

O art. 358 do Código Civil Brasileiro, somente revogado recentemente, pela Lei 7841, de 17/10/89, sob a inspiração do preceito constitucional da CF/88, art. 227, § 6º, dava por irreconhecíveis os filhos havidos por adultério ou incesto.

Conforme leciona Pereira *apud* Cavalcanti (2002, p. 17) o Brasil nunca tipificou o concubinato como crime, mas também não o regulamentava:

Como a família deveria ser calcada no casamento, o relacionamento extramatrimonial não poderia ser reconhecido como família. Importante ressaltar que essa falta de regulamentação não se configura numa repulsa ao concubinato, mas sim, na defesa da família legítima formada pelo casamento, apesar de essas relações concubinárias serem marcantes como fato social.

Para melhor entendimento de como as uniões extra-matrimoniais sempre estiveram presentes na sociedade brasileira faz-se necessário transcrever a explanação dada por Cavalcanti (2002, p. 12-13):

Na época imperial, as leis brasileiras seguiam as Ordenações de Portugal, que já se colocavam contrárias às relações concubinárias, as quais eram igualadas à mancebia, com fundamento nos ensinamentos da Igreja Católica, que se posicionava de forma contrária a toda e qualquer união entre homem e mulher, diferente de casamento, já que o matrimônio, perante um sacerdote, era um sacramento. Com o Decreto n.º 181, de 24 de janeiro de 1890, passou a vigorar, no Brasil, o casamento civil como o único meio de constituição de família legítima. Da mesma forma, tratou do tema o texto constitucional de 1891, que também proibiu a dissolução do vínculo conjugal, por inegável influência religiosa. Essa disposição legal colocou à margem do Direito, tanto as famílias formadas por casamentos religiosos que, por sua vez, não possuíam efeitos civis, como aquelas resultantes de uniões informais. O primeiro texto legal a trazer norma benéfica à companheira foi o Decreto n.º 2681, de 07.12.1912, que previu a responsabilidade das empresas de estradas de ferro, no caso de morte de passageiro, de prestar indenização aos seus dependentes, inclusive à companheira.

Ainda conforme Cavalcanti (2002, p. 12-13) com o advento do Código Civil de 1916, a situação do então denominado concubinato não melhorou.

O legislador mais uma vez se absteve de regulamentar ou mesmo conceituá-lo, entretanto inseriu em seu texto regras repressoras ao concubinato. Isto nos demonstra que, nessa época, a relação extraconjugal, com ou sem impedimento matrimonial, não era bem vista pela nossa sociedade e ordenamento jurídico. Após o advento da legislação codificada de 1916, ocorreu uma certa evolução sobre o tema. Primeiramente, com relação à legislação de acidente do trabalho, a Lei n.º 3724, de 1919, que equiparou a companheira à esposa, desde que comprovadamente sustentada pelo homem. A primeira legislação previdenciária que estabeleceu direitos à companheira foi o Decreto n.º 20.465, de 1931, que empregou o termo "mulher", podendo por interpretação extensiva, ser aplicada também nos casos de mulher não casada. Já a Lei n.º 3807, de 1960, Lei da Previdência Social, tornou possível a designação da companheira como dependente, na falta dos dependentes expressamente mencionados na lei. E salto ainda maior foi estabelecido em 1973 com a Lei de Registros Públicos, Lei n.º 6015, que autorizou a mulher, solteira, separada judicialmente ou viúva, companheira de homem, também, solteiro, viúvo ou separado judicialmente a requerer a averbação do nome do companheiro em seu registro de nascimento.

Conforme observe-se que as uniões extra-matrimoniais sempre existiram na sociedade brasileira, entretanto a jurisprudência agiu de forma a negar efeitos jurídicos a essas relações consideradas como imorais. O avanço jurisprudencial da questão se tornou de suma importância para os efeitos advindos dessas relações extra-matrimoniais afastando assim graves injustiças presentes em leis ultrapassadas.

Neste sentido o Supremo Tribunal Federal editou quatro súmulas que trouxeram mais conforto para esses relacionamentos que não eram formalizados pela celebração do casamento que são:

Súmula 35: "Em caso de acidente do trabalho ou de transporte, a concubina tem direito a ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio".

Súmula 380: "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".

Súmula 382: "A vida em comum sob o mesmo teto, 'more uxório', não é indispensável à caracterização do concubinato".

Súmula 447: "É válida a disposição testamentária em favor de filho adulterino do testador com sua concubina".

A doutrina de Malheiros *apud* Cavalcanti faz menção a sumula nº 380 do STF como sendo:

A orientação que predominou durante décadas confirmada pela Súmula 380, era de que o relacionamento concubinário funcionava em termos de sociedade de fato, que, em caso de dissolução, permitia ao sócio retirante fazer a apuração de seus haveres, e aí indispensável a comprovação de que este sócio contribuiu efetivamente para a formação do acervo reclamado, sob a égide de que o direito, por princípio que lhe é ínsito, condena e impede o enriquecimento sem causa, circunstância em que se veria o consorte em nome do qual foram os bens titulados, caso não se reconhecesse o direito do outro.

De acordo com Cavalcanti (2002), a súmula 380 do STF estabeleceu alguns princípios para a possibilidade da partilha de bens: a) o concubinato não gera necessariamente uma sociedade de fato; b) essa sociedade de fato pertence ao domínio das relações econômicas, ficando, portanto, dela excluídas as relações de ordem imaterial; c) a existência da sociedade de fato exige o esforço conjunto para a formação do patrimônio; d) é requisito dessa sociedade de fato a inexistência de impedimento matrimonial entre os concubinos.

Conforme explica Cavalcanti (2002) durante muito tempo aplicou-se ao concubinato as regras relativas ao direito das obrigações e não do direito de família. Antes da Constituição Federal de 1988 era necessário, em primeiro lugar, comprovar a existência de uma sociedade de fato entre as partes, para que efeitos pudessem ser aplicados, inclusive relativos à sua dissolução com posterior partilha de bens. Entretanto, só era possível tal partilha, se

comprovado que os dois contribuíram através de atividades laborais lucrativas para aquisição do patrimônio em comum.

Apenas em 1994, com a promulgação da Lei nº 8.971, é que o assunto passou a tomar os contornos tal qual o conhecemos atualmente. A primeira novidade da mencionada lei foi estabelecer o procedimento ao direito de alimentos e sucessão. Assim a união extra-matrimonial chamada pela Constituição Federal de 1988 união estável passou definitivamente a surtir efeitos como família, equiparando-se, em alguns aspectos, ao casamento. A Lei nº 9.278 de 1996, mudou parcialmente a Lei nº 8.971, de 1994. Nessa acepção, a lei de 1996 reconheceu a necessidade de estabelecer um regime de bens básico para essas uniões e, nesse texto, o legislador optou por um regime semelhante ao da comunhão parcial de bens, em que os companheiros criam um patrimônio comum, presumindo-se a cooperação de ambos no decorrer da união.

3.4.2 A união Estável e o Novo Código Civil

O Novo Código Civil de 2002 teve o intuito de atualizar o texto legal aos princípios fundamentais da Constituição Federal de 1988. Assim sendo o direito de família não poderia deixar de ressaltar a importância da união estável no nosso atual sistema familiar legal, bem como da sua regulamentação. Para tanto, foi criado um capítulo em separado dentro do título "Do Direito de Família", para tratar da União Estável. Nesse capítulo o legislador praticamente acolhe as posições mais sólidas e dominantes da jurisprudência e doutrina atual.

O artigo 1.723 do Novo Código Civil reconhece a união estável como entidade familiar, reproduzindo quase que completamente o artigo 1º da Lei 9278/96:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável

Art. 1º é reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.

Observa-se que o artigo 1.723 não estabeleceu prazo mínimo para a caracterização da união estável, mas fixou elementos mínimos para sua configuração e comprovação como: a) entre homem e mulher; b) convivência pública; c) contínua; d) duradoura; e) com o objetivo de constituir família.

Afirma Cavalcanti (2002, p. 16) que “o legislador determinou no novo Código Civil que as relações não esporádicas entre homem e mulher impedidos de casar denominam-se concubinato, fazendo uma distinção terminológica entre concubinato e união estável”.

Conforme explica Sousa (2007) há que se destacar que: “não é toda e qualquer união entre homem e mulher que pode se reconhecida como entidade familiar. Desse termo, se excluem do conceito as uniões adulterinas e aquelas que envolvam pessoas proibidas de casar entre si por impedimentos absolutos”.

Por tal razão, o Código Civil estabeleceu como condição, à caracterização da união estável, a ausência dos impedimentos de que trata seu art. 1.521, com exceção dos separados judicialmente e de fato, que embora não possam se casar novamente podem viver em união estável. Dispõe o CC em seu art. 1.521:

Art. 1.521. Não podem casar:
I — os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;
II — os afins em linha reta;
III — o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;
IV — os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;
V — o adotado com o filho do adotante;
VI — as pessoas casadas;
VII — o cônjuge com o condenado por homicídio doloso ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

A união estável foi reconhecida pela Constituição de 1988, adquirindo assim sede constitucional e poder legal. O art. 226 §3º expõe que:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Ao observar o referido artigo percebe-se que a união estável não é matrimônio, pois o texto constitucional que o proclama, ao dizer que a lei facilitará a sua conversão em casamento.

Com relação à possibilidade do uso do nome do companheiro, a Lei nº 6.015 de 1973, Lei dos Registros Públicos, no seu art. 57 § 2º já previa tal possibilidade:

Art. 57 Qualquer alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito a registro, arquivando-se o mandato e publicando-se a alteração pela imprensa.

[...]

§ 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.

Com relação aos *requisitos da união estável* elencados no *caput do art. 1.723* torna-se necessário para um melhor entendimento do instituto a **abordagem individual** de cada um deles.

3.4.2.1 A dualidade de sexos

Este requisito deve ser tido como mais importante para caracterizar a ocorrência da união estável, o que impede falar em união estável entre pessoas do mesmo sexo. Logo qualquer outra espécie de relacionamento que não composto por homem e mulher traduziria-se numa sociedade de fato, sem o escopo de constituir família.

Na visão de Hippolito (2009, p. 1) “A união civil entre pessoas do mesmo sexo poderá retirar da ilegalidade milhares de pessoas que têm todo o direito de escolher o sexo de seu parceiro”. Em 1995, a então deputada Marta Suplicy apresentou o projeto de lei nº 1.115/95, em favor da regularização da parceria civil entre pessoas do mesmo sexo. Tal projeto ainda não foi apreciado.

quando descreve que “a sexóloga e então deputada Marta Suplicy defendeu, em polemico projeto de lei, a legalização do casamento entre homossexuais”.

Porém, nem as leis 8.971/94 e 9.278/96, nem o Código Civil de 2002, abriram espaço para tal possibilidade deixando restrito a união estável ao relacionamento entre um homem e uma mulher.

Para Sousa (2007, p. 38) “o relacionamento homossexual não se confunde com a união estável e deve ser tratado com suas próprias regras. O Direito Civil está em processo de reconstrução e não poderá ignorar os problemas sociais para sempre. Chegara o momento em que o legislador terá que enfrentar essas e outras questões e disciplinar os direitos e deveres daquelas pessoas humanas dignas que necessitam de proteção do estado, apesar de suas opções diferenciadas e não tradicionais”.

De acordo com Couto *apud* Sousa (2007, p. 38) “o Código Civil estabeleceu a possibilidade de conversão da união estável em casamento, mediante requerimento ao juiz de direito. O simples pedido não basta, pois o casamento é ato solene e formal com rito próprio que é a habilitação, a publicidade, a oposição de impedimentos e a celebração. E também no aspecto processual nota-se que a união equipara-se ao casamento quando passa a competência para o juízo especializado de família e sendo ainda assegurado o segredo de justiça quando da tramitação destes processos”.

3.4.2.2 *Convivência Pública*

Para Welter (2003, p. 6) “a publicidade de uma relação afetiva diz respeito a um casal que partilha os problemas comuns, prestando auxílio moral e material, não se dispensando respeito mútuo. Não se caracteriza a união estável o relacionamento às ocultas, típico das relações adúlteras ou censuradas pela sociedade”.

Diante do conceito percebe-se que não caracteriza a união estável, encontros casuais, que importe na quase total desvinculação do casal, em termos sexuais e afetivos.

Descreve Sousa (2007) que: “existe o entendimento que aponta a desnecessidade da convivência dos companheiros sob o mesmo teto, admitindo a possibilidade de os mesmo já residirem em locais separados antes de torna-se união estável e continuarem a assim viver por todo o tempo, seja por razões de ordem profissional, ordem pessoal ou por qualquer outro motivo”.

3.4.2.3 *Convivência Contínua e Duradoura*

Com a promulgação da Lei nº 9.278/96 tornou-se necessária a comprovação da convivência duradoura, pública e contínua entre um homem e uma mulher, suprimindo a exigência dos cinco anos de convivência que a Lei nº 8.971/94 estabelecia.

Para Sousa (2007, p. 35) “o que vai ditar a estabilidade da união estável, não é necessariamente o tempo ou a quantidade de noites que o casal passa junto, nem a quantidade de relações sexuais que mantenham”.

Em relação a este requisito é interessante expor a idéia de Bezerra;Lima (2004) que:

Embora a união estável, seja um fato antigo e, enquanto tal, familiar no campo da conjugalidade, como novo arranjo conjugal constituído após o reconhecimento jurídico, passou a gerar estranhamento, ensejando uma série de problemas ligados, primeiramente, a sua própria definição. É importante considerarmos nesse sentido que a união estável está inserida em um contexto social em que o namoro se transformou em algo por vezes muito próximo daquilo que do ponto de vista social e até mesmo legal a caracteriza, fator este que, muitas vezes, dificulta o estabelecimento de limites entre ambas as formas de relacionamento amoroso e a própria definição - inclusive jurídica, apesar das características e requisitos legais - do que atualmente está se considerando como união estável.

Embora a lei estabeleça uma série de características e requisitos determinantes em conjunto da união estável, observamos que existe na literatura jurídica a respeito do tema uma concordância de que os mesmos são apenas indicadores, na medida em que isoladamente não poderiam caracterizar esse novo arranjo, sendo a intenção de vida em comum ou, em termos jurídicos, a convivência *more uxório* e o *affectio maritalis* os principais elementos caracterizadores da união estável. Tais aspectos subjetivos referem-se ao querer compartilhar a vida, ao desejo de construir uma vida em comum, conjugal.

Muito se pergunta o que vem a ser uma relação duradoura, pública e contínua. Duradoura seria a que se prolonga no tempo. Já a pública é a que se revela ao grupo social abertamente e a contínua a que não sofre interrupções enquanto durar ou se sofrer que não sejam suficientes a ponto de descaracterizar uma relação estável.

3.4.2.4 *A estabilidade da relação e a intenção de constituir família*

No entender de Silva (2007) “a idéia de estabilidade não pode ser concebida *a priori*, mas sim após razoável decurso de tempo, que firma a presunção de seriedade e solidez no

compromisso assumido pelo casal. Sua constatação dar-se-á em momento posterior ao início do relacionamento”.

Presume-se que caso o relacionamento venha a se dissolver, não se tratará de união estável, e sim de um mero namoro ou mera tentativa fracassada de convivência podendo-se chamar de uma “união instável”.

Em relação à intenção de constituir família, Sousa (2007) afirma que é necessário observar que a filiação não pode ser tomada como uma condição essencial ao reconhecimento da união estável, até porque idosos, ou pessoas de meia idade, que já tiveram filhos de relacionamento anteriores, geralmente se unem pela afeição recíproca e sem a intenção de gerar novos dependentes.

A prática sexual não é condição essencial ao conhecimento união estável, conforme citado no conceito acima descrito tal prática vai se dar pela “idade” do casal que pode ao invés de sexo da ênfase ao carinho, à companhia, compreensão e auxílio mútuo.

4 DANO MORAL NA SEPARAÇÃO

A evolução dos “relacionamentos entre homem e mulher” fez com que a Constituição de 1988 bem como o Código Civil de 2002 e outras leis infraconstitucionais reconhecessem e disciplinassem os institutos do casamento e da união estável.

Expressa a boa doutrina que as formas de dissolução do vínculo conjugal tanto é aplicável à união estável como ao casamento, a qualquer dos cônjuges ou companheiros que tenham como insuportável a vida em comum.

Logo é possível dependendo do caso em concreto a reparação por danos morais proporcional ao dano sofrido por qualquer dos cônjuges ou companheiros.

4.1 AS FORMAS DE DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE E DO VÍNCULO CONJUGAL

Assim que surgiu o instituto do casamento o mesmo possuía a característica de ser indissolúvel, quanto aos relacionamentos extra-matrimoniais estes eram reprovados pela sociedade.

Assevera Venosa *apud* Silva (2007, p. 24), que:

Nas sociedades primitivas e nas civilizações antigas, era comum a situação de inferioridade da mulher. Por essa razão, a forma mais usual de separação do casal era o repúdio da mulher pelo homem, ou seja, o desfazimento da sociedade conjugal pela vontade unilateral do marido, que dava por terminada o enlace, com o abandono ou a expulsão da mulher do lar conjugal.

O Código Civil Brasileiro introduziu mudanças nas dissoluções da sociedade e no vínculo conjugal revogando a Lei 6.515 de 1977. Conforme leciona Oliveira *apud* Soares (2006, p. 20):

O novo Código Civil brasileiro, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, com vigência apazada para 10 de janeiro de 2003, incorpora em seu texto capítulo referente à dissolução da sociedade conjugal, que havia saído para legislação própria desde o advento do divórcio. Estará revogada, assim, a Lei nº 6.515/77, que trata da separação judicial e do divórcio, ao menos no que tange às suas disposições de natureza material, atinentes às causa, requisitos e espécies, muito embora ainda subsistam sãs disposições de cunho processual, especialmente as relativas à

conversão da separação judicial em divórcio (artigos 35 e 37) e ao divórcio consensual artigo 40, § 2º).

Relativo às modificações nas dissoluções da sociedade conjugal advindas com o Código Civil de 2002, faz-se necessário transcrever as considerações de Pereira *apud* Soares (2006, p. 21):

[...] passou o novo Código Civil a aceitar a presunção de morte para ter o casamento como dissolvido (art. 1.571, § 1º, combinado com os art. 6º e 7º). O prazo para separação judicial litigiosa por doença mental foi reduzido para dois anos (art. 1.572, § 2º). [...] continua a [...] pena de perda de bens para quem se utiliza da separação judicial litigiosa com base em doença mental do réu (art. 1.572, § 3º). Não é mais prevista contra quem teve a iniciativa de separação judicial litigiosa por passagem de tempo. [...] foi ressuscitada a enumeração que existia no atual Código Civil antes da lei nº 6.515/77 (art. 1.573). Ainda bem que aquele elenco é meramente exemplificativo e não taxativo. O prazo de casamento, para poder solicitar separação judicial amigável, é de um ano e não mais de dois anos (art. 1.574). [...] passa a ser admitir o divórcio sem previa partilha de bens, ou seja, para qualquer modalidade de divórcio (art. 1.581). [...] No entanto, o divorciado não deve casar enquanto não houver partilha (art. 1.523, III). [...] da mesma forma não mais surge, no novo Código Civil, obstáculo ao divórcio como aquele trazido pelo art. 36, parágrafo único, inciso II, da Lei 6.515/77. [...] foi dificultada [...] a conversão da separação judicial em divórcio pela ausência, no novo código civil, de regra como a do art. 44 da Li 6.515/77. Sabe-se que fantasiadamente obscuro no artigo 44 encontrou, como interpretação majoritária, a de que tem a haver com o divórcio por convenção (e não com o divórcio direto) e que permite a contagem do prazo de um ano desde qualquer processo no qual tenha sido determinada ou presumida a separação dos cônjuges (separação fática), o que torna muito mais amplo do que o art. 25 da mesma lei. Pelo novo código, o prazo de um ano só poderá ser contado da separação judicial ou medida cautelar de separação de corpos, e não de qualquer processo.

Com relação ao divórcio, pode ser afirmado com base em Soares (2006), que subsistem as mesmas formas de divórcio de que trata a Lei 6.515/77, ou seja: a) indireto – pela conversão da separação judicial, decorrido o prazo de um ano, e b) direto – quando existe a comprovação da separação de fato por mais de dois anos, conforme reza o artigo 1.580, parágrafos 1º e 2º do Código Civil Brasileiro.

4.2 DA SEPARAÇÃO DE FATO

Quando acaba a vontade de permanência dos relacionamentos, é comum nos dias atuais que ocorra a separação de fato, culminando no fim da coabitação conjugal. A partir de

então começa o processo de dissolução do casamento e toda uma discussão na doutrina, ao se perguntar se a separação de fato tem o poder ou não de extinguir os deveres conjugais.

Defende Dias *apud* Silva (2007, p. 25), que “cessada a convivência, o casamento não gera mais efeitos, faltando apenas a chancela judicial [...] **não há mais sequer o dever de fidelidade**, a impedir a constituição de novos vínculos afetivos”. (grifo nosso)

Para Santos *apud* Soares (2006, p. 22), “em face da cessação da comunhão de vida entre os cônjuges, principalmente após longo período de afastamento entre eles, não há como impor-lhes os deveres de fidelidade e coabitação, por razões da própria natureza humana”.

Contudo Monteiro *apud* Sousa (2007, p. 17) “partilha do entendimento daqueles para quem a separação de fato não põe fim ao dever de fidelidade”

Nota-se na sociedade atual que em virtude da inexistência de comunhão de vidas entre cônjuges, seria contrário por assim dizer à realidade e insustentável tentativa de impor os deveres de fidelidade recíproca.

4.3 DA SEPARAÇÃO JUDICIAL

Segundo Soares (2006) “a separação judicial tem por finalidade dissolver a sociedade conjugal, pondo fim aos deveres de coabitação, fidelidade recíproca e ao regime de bens, constituindo-se também como uma medida preparatória do divórcio, quando então poderá ser dissolvido o vínculo conjugal, com as respectivas liberações aos cônjuges para contraírem novo casamento”.

Existem basicamente duas espécies de separação judicial no direito brasileiro, a consensual e a litigiosa. A separação consensual está prevista no artigo 1.574 do Código Civil, com o seguinte texto:

Art. 1.574. Dar-se-á a separação judicial ai por mútuo consentimento dos cônjuges se forem casados por mais de um ano e o manifestarem perante o juiz, sendo por ele devidamente homologada a convenção.

Parágrafo único, O juiz pode recusar a homologação e não decretar a separação judicial se apurar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges.

A separação litigiosa está disposta no artigo 1.572 e seus parágrafos, sendo a mesma proposta por só um dos cônjuges, mediante processo litigioso, conforme discorre o mesmo:

Art. 1.572. Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum.

§ 1º A separação judicial pode também ser pedida se um dos cônjuges provar ruptura da vida em comum há mais de um ano e a impossibilidade de sua reconstrução.

§ 2º O cônjuge pode ainda pedir a separação judicial quando o outro estiver acometido de doença mental grave, manifestada após o casamento, que torne impossível a continuação da vida em comum, desde que, após uma duração de dois anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável.

§ 3º No caso do § 2º, reverterão ao cônjuge enfermo, que não houver pedido a separação judicial, os remanescentes dos bens que levou para o casamento, e se o regime dos bens adotado o permitir, a meação dos adquiridos na constância da sociedade conjugal.

De acordo com Diniz (2006), “há três modalidades de separação judicial litigiosa, quais sejam: a) separação litigiosa como sanção (culposa), que pode ocorrer quando proposta por um dos cônjuges no caso do outro ter violado gravemente dever(es) do casamento, de modo que torne insuportável a vida em comum (*caput* do art. 1.572 do CCB); b) separação litigiosa como falência, que é possível de ser solicitada nos caso de separação de fato por mais de um ano (§1º do art. 1.572 do CCB); c) separação litigiosa como remédio, que pode ocorrer quando o outro cônjuge estiver acometido de doença mental grave, manifestada após o casamento, tornando-se insuportável a continuação da vida em comum, tal separação só será possível desde que, após duração de dois anos, a doença tenha sido reconhecida como incurável (§2º do art. 1.572 do CCB).

4.3.1 Causas da Separação Litigiosa como Sanção

Tal matéria possui uma importante relevância neste trabalho, uma vez que, as causas da separação litigiosa como sanção, praticadas pelo cônjuge culpado na separação provocam danos a direitos do cônjuge inocente.

Inicialmente é necessário destacar algumas distinções existentes colocadas como essenciais por Gomes *apud* Soares (2006, p.24)

As causas fundamentais da separação, enunciadas na lei, são os atos ou fatos abstratamente considerados enquanto a *causa petenti* é um desses atos ou fatos concretos, no qual o autor funda sua *pretensão*. A distinção interessa porque a sentença não pode impedir a propositura da segunda ação, com o mesmo *fundamento* ou pela mesma causa, se o ato é praticado em outra época, diferente sendo, nessas condições a causa de pedir.

Deve-se atentar que sempre deverá estar presente na separação litigiosa como sanção o requisito da insuportabilidade da vida em comum conforme dispõe no *caput* do artigo 1.572 do CCB.

Sobre tal tema discorre Gonçalves *apud* Silva (2007, p. 26) que:

[...] se o cônjuge inocente, cientificado de falta cometida pelo outro [...], prossegue coabitando com o infrator, sem que a falta grave provoque a repulsa ao casamento, entender-se que tal infração não tornou insuportável a vida em comum, tendo-o perdoado.

É necessário lembrar novamente os deveres matrimônias elencados no art. 1.566 do CCB, quais sejam: “I – fidelidade recíproca; II – vida em comum no domicílio conjugal; III – mútua assistência; IV – sustento, guarda e educação dos filhos; V – respeitos e considerações mútuos”.

De acordo com Diniz (2006, p. 259): “qualquer violação desses deveres autoriza o inocente, que não concorreu para sua prática, a requerer a separação, por se tornar insuportável a vida em comum”.

Ainda conforme Diniz (2006, p. 259), a prática do adultério configura-se “[...] desde que haja voluntariedade de ação e consumação de cópula carnal propriamente dita”.

Para Soares (2006, p. 25):

Existem outras manifestações da conduta humana que podem quebrar o dever de fidelidade, como, por exemplo: prática de atos libidinosos com terceira pessoa que não envolvem a copula sexual, freqüência a determinados locais não apropriados a pessoas casadas, saídas demoradas e freqüentes com amigos não casados, etc., pois o termo de fidelidade, além de não ser muito preciso, pode também sofrer variações de acordo com o tempo e os costumes.

Para Gonçalves *apud* Silva (2007, p. 28), “Se um dos cônjuges, depois de um certo tempo, passa a negar-se à prática do ato sexual (ao pagamento do *debitum conjugale*), dá causa, também à separação judicial por infração ao dever de coabitação”.

A injúria grave, conforme Pereira *apud* Silva (2007, p. 28), “é todo ato que implique em ofensa à integridade moral do cônjuge.

Diniz (2006, p. 261) em sua obra refere-se à injúria como sendo real ou verbal:

A injúria real deriva de gesto ultrajante, que diminui a honra e a dignidade do outro ou põe em perigo seu patrimônio; como por exemplo: expulsão do leito conjugal, transmissão de moléstia venérea, recusa de relações sexuais, práticas homossexuais, atentados ao pudor, relações imorais de familiaridade com pessoas do sexo oposto, proibições de cultivar relações com familiares, maus tratos a parentes próximos do cônjuge, negação de tratamento urbano e cortes [...] A injúria verbal consiste em palavras que ofendem a respeitabilidade do outro consorte; como exemplo tem-se: imputação caluniosa de adultério, contumélia, difamação, suspeitas infundadas, confidências depreciativas, desconfiança despropositada, comparações desprimorosas, entrega, por um dos consortes, a amigos, de escritos onde relata seus encontros amorosos.

O último dos deveres conjugais que está elencado no artigo 1.566 do CCB é o respeito mútuo, com relação a este, vale transcrever as lições de Santos *apud* Soares (2006, p. 27):

O Novo Código Civil estabelece, expressamente, como dever oriundo do casamento, o respeito e a consideração mútua (art. 1.566, inciso V), que tem como objetos os direitos da personalidade do cônjuge e, na conformidade do Código Civil de 1916, é ele atingindo pelo sofrimento dos filhos.

Ainda em relação a este último dever Fiúza (2003, p. 790) relata que:

A mútua assistência tem duplo conteúdo: material e imaterial. No aspecto material, traduz-se no auxílio econômico necessário à subsistência dos cônjuges. No aspecto imaterial consubstancia-se na proteção aos direitos da personalidade do cônjuge, dentre os quais se destacam a vida, a integridade física e psíquica, a honra e a liberdade. Desse modo, configuram descumprimento quanto a esse dever a recusa ao fornecimento de meios materiais à subsistência do consorte e também, por exemplo, a ausência de proteção ao cônjuge doente ou idoso, a falta de consolo quando do falecimento de um ente querido do consorte, a ausência de defesa em suas adversidades com terceiros.

Além do artigo 1.572 do Código Civil, o qual determina as violações dos deveres do casamento e a conseqüente insuportabilidade da vida em comum, o artigo 1.573 ainda no Código Civil, prevê algumas causas exemplificativas que podem levar à insuportabilidade da vida em comum:

Art. 1.573. Pode caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos:

- I — adultério;
- II — tentativa de morte;
- III — sevícia ou injúria grave;
- IV — abandono voluntário do lar conjugal;
- V — condenação por crime infamante;
- VI — conduta desonrosa

Parágrafo único. O juiz poderá considerar outros fatos, que tomem evidente a impossibilidade da vida em comum

Para Soares (2006) “O adultério pode ser encaixado na quebra do dever de fidelidade; a sevícia e a tentativa de morte estar presente no descumprimento do dever de mútua assistência; o abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo configura a quebra do dever de vida em comum, no domicílio conjugal; a condenação por crime infamante pode ser encaixada na injúria grave, que ocorre como forma de não cumprimento do dever de mútua assistência; e a conduta desonrosa poderia também configurar-se na injúria grave, modalidade de descumprimento do dever de mútua assistência”.

De acordo com Diniz (2006) “a expressão conduta desonrosa (art. 1.573, inc. VI, CCB) é indeterminada e nada objetiva, cabendo aos juízes e tribunais verificarem em cada caso quando a conduta é ou não desonrosa, levando em consideração elementos como o ambiente familiar, o grau de instrução e a sensibilidade do cônjuge, etc. Como exemplos de possível configuração de conduta desonrosa tem-se o uso de drogas, lenocínio, ociosidade, vício de jogo, exploração de negócios desonrosos, prática de crimes sexuais, envolvimento amorosos virtuais, etc.

Diante do tópico relacionado à separação judicial litigiosa, torna-se imprescindível citar as palavras de Santos *apud* Silva (2007, p. 28) com relação às mudanças acrescentadas com o novo Código Civil em relação ao Código Civil de 1916:

O art. 1.572 adota a fórmula genérica das causas culposas que servem de fundamento para o pedido de separação judicial, nos exatos termos do art. 5º “caput”, da lei 6.515/77, prevendo, ademais, em seus parágrafos, as hipóteses de separação com causa objetiva e a denominada separação “remédio”, com prazo encurtado para dois anos. Por outro lado, o art. 1.573, surpreendentemente – em formulação que lembra o antigo art. 317 (hoje revogado), do CCB – trata de elencar os motivos que “podem” ensejar a “impossibilidade da vida em comum”. Trata-se, é certo, de hipóteses meramente exemplificativas (“podem”), mas de todo desnecessárias, ante a formulação genérica do artigo anterior. Ademais, para tornar ainda mais patente a incongruência e desnecessidade desse rol de hipóteses, o parágrafo único do art. 1.57, em regra que merece encômicos, concede, de forma bastante abrangente, ao juiz a possibilidade de “considerará outros fatos, que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum”. Vê-se, assim, que o projeto não guarda coerência, pois (1) em primeiro momento, formula hipóteses relativamente abertas (nos moldes da LD), (2) depois, sem qualquer necessidade, exemplifica motivos

específicos e, finalmente, (3) para arrematar, dá total liberdade ao juiz para considerar quaisquer outras causas.

4.3.2 Efeitos da Separação Judicial

Em relação aos efeitos da separação judicial, Pereira *apud* Soares (2006, p. 32) os divide em efeitos pessoais com relação aos consortes, efeitos patrimoniais relativamente aos consortes e efeitos quanto aos filhos.

Com relação aos efeitos em relação aos consortes, Diniz (2006, p. 303), destaca:

Pôr termo aos deveres recíprocos do casamento (CC, art. 1.576). – Impedir o cônjuge de continuar a usar o sobrenome do outro se declarado culpado na separação litigiosa, desde que isso seja requerido pelo cônjuge inocente e não se configurem os casos do art. 1.578, I a III, do CC. Ao passo que na separação consensual tem opção ou não de usar o sobrenome de casado. – impossibilitar a realização de um novo casamento. – autorizar a convecção em divórcio, cumprido 1 ano de vigência de separação judicial ou da decisão concessiva de separação de corpos. – proibir que sentença de separação judicial de empresário ou ato de reconciliação sejam opostos a terceiros antes de arquivados e averbados no Registro Público de Empresas Mercantis (CC, art. 980).

Quanto aos efeitos patrimoniais relativamente aos cônjuges, Diniz (2006, p. 303) elenca os seguintes:

Pôr fim ao regime matrimonial de bens, sendo que a partilha será feita mediante proposta dos cônjuges, homologado por juiz (na separação consensual) ou por ele deliberada (na litigiosa). – substituir o dever de sustento pela obrigação alimentar (Lei nº 6.515, arts. 19, 21 §§ 1º e 2º, 22 parágrafo único, 23, 29, 30; CC arts 1.702, 1.700, 1.699, 1.707, 1.708 e 1.709). – dar origem, se litigiosa a separação, à indenização por perdas e danos, ante prejuízos morais ou patrimoniais sofridos pelo cônjuge inocente. – suprimir direito sucessório entre os consortes em concorrência ou na falta de descendente e ascendente (CC, arts. 1.829, 1.830 e 1.838). – impedir que ex-cônjuge de empresário separado judicialmente exija desde logo a parte que lhe couber na cota social, permitindo que concorra a divisão periódica de lucros, até que a sociedade se liquide (CC, art. 1.027).

Destaca Diniz (2006, p. 303-304) os efeitos quanto aos filhos:

Não altera o vínculo de filiação. – passa-os à guarda e companhia de um dos cônjuges, ou, se houver graves motivos, de terceiro. – assegura ao genitor, que não tem a guarda da prole, o direito à visita, de tê-los temporariamente em sua companhia nas férias e dias festivos e de fiscalizar seu sustento e educação. – garante aos filhos menores e maiores inválidos pensão alimentícia. – possibilita que ex- cônjuge,

separado judicialmente, adote em conjunto uma criança, desde que preenchidos os requisitos legais (CC, art. 1.622, paragrafo unico).

4.3.3 Separação por escritura

Recentemente a Lei nº 11.441 de 2007 alterou dispositivos do Código de Processo Civil Brasileiro, possibilitando a separação e o divórcio consensual por escritura pública, com partilha de bens, bastando apenas que os cônjuges sejam maiores e capazes e não possuam filhos menores de dezoito anos ou interdiados. Assim dispõe o art 1.124-A, que diz:

Art. 1.124-A - A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento.

§ 1º A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para o registro civil e o registro de imóveis.

§ 2º O tabelião somente lavrará a escritura se os contratantes estiverem assistidos por advogado comum ou advogados de cada um deles ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

§ 3º A escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei.

Tal medida servirá para facilitar a separação e o divórcio, pois é um meio ágil, como também serve para diminuir o número de ações dessa natureza na via judicial. Nada impede porém que se ingresse diretamente na via judicial.

4.4 DISSOLUÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL

O instituto da união estável que é caracterizado pelo relacionamento público, entre um homem e uma mulher, solteiros ou desimpedidos de contrair casamento, assim com os separados judicialmente, divorciados, viúvos ou separados de fato há mais de 2 anos desde que demonstrem interesse de constituir família.

De acordo com o Código Civil em seu art. 1.725 “na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime de comunhão parcial de bens”.

Posiciona-se Dias *apud* Silva (2007, p. 34):

Quem vive em união estável e adquire algum bem, ainda que em nome próprio, não é o seu titular exclusivo. O fato de o patrimônio figurar como de propriedade de um não afasta a co-titularidade de outro. Trata-se de presunção *jure et de jure*, isto é, não admite prova e contrário, ressalvadas as exceções legais de incomunicabilidade.

Existe ainda no direito brasileiro outros regulamentos que atribuem direitos aos conviventes a exemplo da lei nº 4.069/62 que no seu artigo 5º § 3º dispõe:

O servidor civil, militar ou autárquico, solteiro, desquitado ou viuvo, poderá destinar a pensão, se não tiver filhos capazes de receber o benefício, à pessoa que vive sob sua dependência econômica no mínimo há cinco anos e desde que haja subsistido impedimento legal para o casamento.

§ 4º se o servidor tiver filhos, somente poderá destinar à referido beneficiária, metade da pensão.

Para Silva (2007, p. 35) “a união estável dissolve-se mediante afastamento pessoal dos companheiros, cessação da parceria ou do compartilhamento sob o mesmo teto. Podendo ainda de forma consensual realizar pacto a ser homologado em juízo, onde se reconhece e dissolve a união. Não havendo consenso, pode-se ingressar em juízo com ação de reconhecimento e dissolução da união estável, pleiteando-se para os companheiros as mesmas proteções dos institutos processuais destinados ao casamento, inclusive antecipação de tutela e medidas cautelares, como por exemplo, à separação de corpos”.

4.5 DO DANO MORAL, REPARAÇÃO E QUANTIFICAÇÃO NAS RELAÇÕES CONJUGAIS

No cenário jurídico brasileiro, ocorrem manifestações favoráveis a indenizações por danos sofridos pelo cônjuge inocente, por infração dos deveres do casamento e da união estável. As dúvidas relativas a este tema foram fixadas de forma clara com o advento da constituição de 1988, mais precisamente em seu art. 5º, X.

Segundo explica Silva (2007, p. 42) “no direito português, a partir da promulgação da Constituição de República de 1976, Portugal passou a admitir o princípio da igualdade entre os cônjuges. Autorizando inclusive, a expressa reparação aos danos causados como consequência da separação ou do divórcio e também os produzidos durante a vida em comum e que foram determinantes para a dissolução do casamento, devendo este último buscar aplicabilidade no princípio geral da responsabilidade civil, nos termos do art. 1.792 do Código Civil”.

Explica Branco *apud* Silva (2007, p. 43) que o direito alemão se mostra contrário à reparação nos relacionamentos conjugais, quando esclarece:

A jurisprudência alemã, não obstante alguns julgados, tendentes à admissibilidade daquela reparação, tem se mostrado francamente contrária. À tese afirmativa, por considerar como sustentado pela doutrina daquele país, que as relações familiares não poderiam estar sujeitas às regras de responsabilidade civil, uma vez que tal circunstância implicaria na imposição indireta de cumprimento dos deveres que são inerentes àquela forma especial de vínculo jurídico, no âmbito do qual deve prevalecer a liberdade.

Belicanta (2003) explica as formas para se compensar o dano sofrido pelo cônjuge ou companheiro inocente :

O ponto mais sensível da discussão é que a dor não admite uma valoração pecuniária. Mas no dano moral não podemos afirmar que há uma reparação no prejuízo, sendo preferível considerá-lo como uma compensação pelo abalo da paz interior. Esta compensação do dano moral deve exercer duas funções, uma de pena imposta ao causador da lesão e outra de satisfação para com o ofendido.

A primeira dificuldade a surgir é relativa à fixação da forma de compensação. Devido ao caráter de denominador comum que ostenta o dinheiro na vida moderna e proporcionando toda sorte de utilidades e satisfações interiores e econômicas, este assume o meio mais fácil de quantificar o restabelecimento do status quo ante.

A pena pecuniária constitui uma penalidade das mais significativas ao lesionado em nosso mundo capitalista e consumista, **já que "o bolso é a parte mais sensível do corpo humano"**.

Estabelecido o dinheiro como a forma mais utilizada de pagamento, passamos agora a analisar sua quantificação. Existem várias leis esparsas no campo civil que prevêm limites para a fixação da quantificação do dano moral. Porém nossos tribunais, inclusive o Supremo Tribunal de Justiça, têm defendido a tese de que não mais se aplicam tais limites.

Para alcançar-se a mais justa fixação utiliza-se de maneira mais uniforme o arbitramento do juiz. A este caberá determinação do valor com base em critérios subjetivos (posição social ou política do ofendido, intensidade do ânimo de ofender: culpa ou dolo) ou em critérios objetivos (situação econômica do ofensor, risco criado, gravidade e repercussão da ofensa). (Grifo Nosso)

Para Alvin (2001, p. 3) a maioria dos países ocidentais estabeleceu em seus ordenamentos jurídicos o princípio da culpa nas dissoluções da sociedade conjugal. Para um melhor entendimento deste trabalho torna-se mister transcrever um trecho da obra.

Aquele considerado o culpado pelo fim do casamento perde determinados direitos que teria em relação ao outro cônjuge. É que a culpa carrega consigo uma idéia de punição, de vingança. Esta concepção transcende em muito a concepção jurídica, ou melhor, a concepção jurídica de culpa tem sua fonte em princípios que nem sabemos localizar exatamente, tão distante e arraigada está em nós. Certamente está ligada à história da criação do mundo. Fato é que quase todos os sistemas sociais e jurídicos estruturam-se basicamente em torno dela.

Investigar sobre a culpa é adentrar em uma 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. Deus criou o mundo e logo colocou o dilema do bem e do mal, se se pode ou não morder o fruto proibido e ao mesmo tempo desejado. Sendo o desejo mais forte que a proibição, instalou-se o pecado original. A queda de Adão tornou-o culpado por um crime, juntamente com Eva, fazendo todos homens nascerem com a marca de uma culpa pelo seu delito, transformado em pecado original.

Ainda de acordo com Alvin (2001, p.3) a investigação da culpa sempre interessou e instigou os vários campos do conhecimento, como se vê:

Como exemplo pode-se citar, na filosofia, o eterno pensar sobre o bem e o mal. Para a Psicanálise as complexas vias do sentimento de culpa, prazer e dor; para o Direito, a relação crime e castigo. Desde as organizações mais primitivas o resgate da culpa estará no sofrimento administrado sob a forma de um dever. "Dever de justiça condenatória que autoriza a imposição de um sofrimento que supostamente resgata. Em palavras mais claras, a própria força da culpa é capaz de produzir uma justiça baseada no direito de vingança". E aqui não se pode deixar de invocar Kant quando diz que o imperativo categórico cheira a crueldade.

No caso específico da culpa pela dissolução do casamento, não é diferente da idéia de vingança ou crueldade. Entretanto, o imperativo ético não deveria ser este. Aquele que rompeu deveres do casamento, sendo infiel, por exemplo, talvez seja o traído e não o traidor. Precisamos repensar séria e profundamente a questão da culpa na conjugalidade. Talvez devêssemos começar substituindo-a pela noção de responsabilidade, considerando que aquela paralisa e esta constrói.

Alvin *apud* Villela (2001, p.3) aponta o atraso existente no ordenamento jurídico brasileiro na década de setenta quando faz o seguinte apontamento:

Um dos sinais de atraso do ordenamento jurídico brasileiro é a instalação da culpa nas separações conjugais: "Vício seríssimo da lei é o de ainda se estruturar sobre o velho e decadente princípio da culpa. 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). De um lado, não cabe ao Estado intervir na intimidade do casal para investigar quem é culpado e quem é inocente nesta ou naquela dificuldade

supostamente invencível. Depois, haverá algo de mais presunçoso que se crer capaz de fazê-lo? Dizer quem é culpado e quem não o é, quando se trata de um relacionamento personalíssimo, íntimo e fortemente interativo como é o conjugal, chegaria a ser pedante, se antes disso não fosse sumamente ridículo. Nem os cônjuges, eles próprios, terão muitas vezes a consciência precisa de onde reside a causa de seu malogro, quase sempre envolta da obscuridade que, em maior ou menor grau, impregna todas as ações humanas".

Em sua obra Freitas (2006,) entende haver sem sombra de dúvidas a reparação do dano moral destacando como necessário a reflexão sobre o mais grave efeito do rompimento matrimonial e que, por não possuir texto expresso em lei, na grande maioria das vezes é desprezado pelos operadores do direito, os quais consideramos serem os responsáveis por alertar aos casais que a eles se achegam diariamente com as almas arrasadas, a saber, o efeito **PSICOLÓGICO**. (grifo nosso)

Para Alvin (2001, p. 8) a Separação é "muito antes de um processo judicial, um processo psíquico, interno. Onde é preciso separar as questões da objetividade das questões da subjetividade".

De acordo com Freitas (2006) É lamentável observar que os advogados que militam na área de família, numa imensa maioria não possuem a perspicácia de entender a gravidade do problema que se faz presente "bem debaixo de seus narizes". Preocupam-se tão somente em saber o montante dos bens do casal para projetar o valor de seus honorários. **Raramente tem-se notícia de casais que estavam em dúvidas sobre a conveniência ou não da separação e que foram consultar a opinião de um advogado tenham voltado para os seus lares reconciliados**. (grifo nosso)

Portanto, quando o divórcio realmente se concretiza, é preciso também fazer uma avaliação emocional e espiritual, entretanto, não são raros os cônjuges que recusam esse tipo de ajuda, entrando quase sempre em profunda depressão, o que ainda interfere direta e consideravelmente nos filhos, os quais, prejudicados também pela ausência do pai ou da mãe, crescem desequilibrados, inseguros e com extrema carência afetiva, o que dificultará, no futuro, que eles formem novas famílias e indo de encontro à proteção. (Grifo nosso)

De acordo com Alvin (2001, p. 10) O instituto do Dano Moral há que ser aplicado nas relações de Direito de Família da forma mais ampla possível. Acompanhando as evoluções no campo jurídico, não há como deixar de aplicar o instituto nesta subárea do direito civil:

Cabe tal aplicação tanto nas relações de casamento como de união estável, assim como em qualquer relação de parentesco, de paternidade e maternidade, etc. Cabe, nas investigatórias positivas e ou nas negatórias de paternidade e ou de

maternidade, no caso de negativa ou negação da mãe ou de qualquer parente que tenha conhecimento, em revelar quem é o pai ou quem é a mãe de alguém. Logo, aplica-se ao Direito de Família o princípio geral de que **diante de ação lesiva é assegurado o direito do ofendido à reparação**, o qual inspira a responsabilidade civil e viabiliza a vida em sociedade, com o cumprimento da finalidade do Direito e o restabelecimento da ordem ou equilíbrio pessoal e social. Enfim, **A prática de ato ilícito pelo cônjuge, que descumpra dever conjugal e acarreta dano ao consorte, ensejando a dissolução culposa da sociedade conjugal, gera a responsabilidade civil e impõe a reparação dos prejuízos, com o caráter ressarcitório ou compensatório, consoante o dano seja de ordem material ou moral.** Veja que a prática da infidelidade desrespeita o artigo 1.566, I, do Código Civil (2002), que impõe a fidelidade recíproca como dever de ambos os cônjuges. (Grifo nosso)

4.5.1 Jurisprudência sobre o dano moral na união estável e no casamento

Para Alvin (2001, p. 13) O Judiciário é o lugar onde as partes depositam seus restos. O resto do amor e de uma conjugalidade que deixa sempre a sensação de que alguém foi enganado, traído. Como a paixão arrefeceu e o amor obscureceu, o ‘meu bem’ transforma-se em ‘meus bens’”.

E aí um longo e tenebroso processo judicial irá dizer quem é o culpado da separação. Enquanto isso, não se separam. O litígio, aliás, é uma forma de não se separarem pois enquanto dura o litígio a relação continua. Já que não podem se relacionar pelo amor, relacionam-se pela relação prazerosa da dor. É muito mais fácil pensar que o culpado é sempre o outro cônjuge. Assim, a responsabilidade é sempre do outro.

É impressionante como as versões de um mesmo casamento apresentam-se completamente diferentes, segundo o ângulo de cada parte. Existirá mesmo uma verdade no litígio conjugal, ou são apenas versões que fazem a-versões? Quem terá razão no fim do casamento? O Direito sempre atribuiu a um dos cônjuges a culpa pela separação. Aquele que descumpriu um dos deveres do casamento elencados pela Lei é o culpado e deverá pagar por isso. Alvin (2001)

Ainda para Alvin (2001, p. 13) “na maior parte dos processos judiciais, **a causa alegada como ensejadora das separações judiciais está vinculada ao rompimento do dever de fidelidade**, principalmente quando o autor da ação é o marido”. (grifo nosso)

Entretanto, muitas vezes o “culpado” da separação foi, de alguma forma, empurrado a ter a relação extraconjugal em razão da falta de afeto e carinho, e às vezes o fez porque a relação já havia acabado. Quem traiu primeiro: aquele que não deu carinho e afeto, propiciando um espaço e esvaziamento da relação, ou quem foi buscar fora do casamento outra relação? O que o Direito considera causa de uma separação pode não ser a causa, mas a consequência.

Para Welter (2003) na jurisprudência, em praticamente todos os julgados consultados, em que se concedeu a indenização de dano moral no casamento e na união estável, foi devido à ocorrência de ilícito penal, e não só devido à infração aos deveres constantes dos artigos 1.566 e 1.724 do CC.

A primeira decisão de Tribunal Brasileiro a respeito da reparação de dano moral em separação judicial ocorreu no Rio Grande do Sul em 1981. É mister citar tal acórdão:

No caso em concreto, o desquite foi decretado por haver o marido cometido agressões físicas, sevícias, e ainda, por injúria, grave contra a mulher. Da agressão física não resultaram apenas as eventuais consequências no âmbito penal, nem apenas a indenização pelos prejuízos no âmbito patrimonial que a lesão à saúde, em consequência da agressão física acarreta ao injustamente agredido um dano moral, alias, muito mais relevante em se tratando de agressão de um cônjuge contra o outro. E esse dano moral, creio, impede ressarcido. TJRS – Apelação Cível nº. 36.016. Relator: desembargador Cristovam Daiello Moreira. Julgado em: 17/03/1981.

Ainda na região Sul, nota-se no acórdão Catarinense que foi acolhido o pedido de reparação de danos morais decorrentes do descumprimento do dever de fidelidade.

Indenização. Danos Morais. Adulterio. Varão de origem humilde. Meio rural. Comunidade rural de padrões rígidos. Filha adulterina nascida na constância do casamento, supostamente filha de um padre. Fato tornado público. Grave constrangimento. Situação peculiar que justifica a condenação por dano moral. Critério. Pedido estimado em valor expressivo. Fixação em quantia inferior. Sucumbência recíproca. Inocorrência. TJSC – Apelação Civil nº. 97.012008-7. Relator: desembargador Pedro Manoel Abreu. Julgado em 13/05/1999.

O Superior Tribunal de Justiça conferiu indenização por danos morais na constância do casamento, tendo em vista que “a separação litigiosa requerida pela mulher baseou-se na insuportabilidade da vida em comum, adjetivado o comportamento do marido como violento, irascível, tirânico, autoritário e ameaçador, proclamando ela seu fundado temor de ver-se objeto de violências físicas, além das psíquicas”. Aqui, o pedido de indenização não foi acolhido devido à infração dos deveres do matrimônio, mas, sim, porque o ex-marido

cometeu o crime de ameaça e lesão corporal. (STJ - Recurso Especial nº 37051, 3ª Turma. Relator: Min. Nilson Naves. 17.04.2001.)

Welter (2003, p. 4) traz em sua obra dois acórdãos oriundos do Tribunal de Justiça de São Paulo que são citados pela doutrina, os quais se torna necessário sua apreciação: “em que houve a concessão de indenização de dano moral na constância do casamento, em decorrência do contágio do cônjuge pelo vírus da AIDS e ao abandono do cônjuge que estava grávida e perdeu o emprego, abortando voluntariamente”. Esses dois casos, da mesma forma, comprovam que não houve tão-só infração aos deveres do casamento, mas conduta delituosa (artigo 121, c/c artigo 14, II, tentativa de homicídio pela transmissão do vírus da AIDS, artigo 125, aborto, e artigo 244, abandono material, todos do Código Penal)”.

Segundo Pereira *apud* Welter (2003, p. 4) parte da doutrina contesta a indenização por dano moral no casamento e na união estável, pois seria o término da paixão, do amor, da libido, da força do sexo, impondo puritanismo retrógrado. “É dizer, numa só palavra, a indenização não é exigida pela ruptura do desejo de felicidade, e sim porque, quem tinha o dever de contribuir para a felicidade, retribuiu com conduta delituosa.”.

O Tribunal de Justiça do estado de São Paulo, também já julgou casos em que foram solicitadas reparações civis por danos morais em separações judiciais, sendo acolhida a tese da reparabilidade, conforme citado por Soares (2006, p. 59).

Em acórdão proferido pela 4ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação Civil nº. 220.943-1/1, em março de 1995, tendo como relator o desembargador Olavo Silveira, com participação dos desembargadores Barbosa Pereira e Barreto Fonseca, foi o marido condenado a pagar a indenização à mulher, por tê-la acusado infundada e injuriosamente na demanda de separação judicial, atribuindo-lhe a prática de adultério, que não restou provada, e causando-lhe dano moral. [...] Outra decisão judicial que condenou um dos cônjuges a indenizar o consorte pela violação de dever conjugal, encontra-se no acórdão referido por votação unânime, em 10 de outubro de 1996, pela 6ª Câmara de Direito Privado do TJSP, na Apelação Civil nº. 272.221.1/2, com a participação dos desembargadores Munhoz Soares, Reis Kunt e P. Costa Manso, tendo sido relatado por Testa Marchi. O referido acórdão julgou pedido de reparação de danos morais deduzido pelo marido, em razão de simulação de gravidez por parte de sua mulher.

O jornal **Paraíba 1** divulgou em 14 de agosto de 2009 uma decisão da 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais TJMG, onde uma mulher foi condenada a pagar uma indenização de R\$ 25 mil para o ex-marido por tê-lo traído durante o casamento. É importante que se analise o caso a fim de perceber como está o entendimento dos tribunais atualmente:

O homem provou a traição da ex-mulher com um exame de DNA, quando foi constatado que ele não era o pai biológico da filha. De acordo com o TJMG, o casal se separou após quatro anos de união e foi determinado para o homem o pagamento de três salários mínimos à filha recém-nascida. Após a separação, ele alegou que havia sido traído pela mulher, fato comprovado pelo exame de DNA, e entrou com pedido de indenização por danos morais e materiais pelos valores pagos por mais de cinco anos como pensão alimentícia para a criança. A Justiça de 1ª Instância concedeu ao ex-marido apenas a indenização por danos morais, no valor de R\$ 40 mil. A ex-mulher recorreu ao TJMG e afirmou que o ex-marido não havia sofrido danos morais porque sabia do relacionamento extraconjugal. Ela disse ainda que o ex-marido afirmou em juízo que “a vida do casal era livre, sendo que no final do relacionamento tanto ela quanto ele tinham relacionamentos extraconjugais do conhecimento de ambos”. Os desembargadores Fernando Caldeira e Duarte de Paula, relator do caso, reexaminaram a questão e decidiram que o dano moral ficou configurado. Paula afirmou que “não se pode negar a humilhação, a tristeza e o abalo em sua honra subjetiva sentidos por um homem que, após anos sendo tido por toda a comunidade como pai de uma criança, gerada durante seu casamento, descobre ter sido traído e enganado por sua ex-esposa”. **Os desembargadores, porém, diminuíram o valor da indenização para R\$ 25 mil por considerar “adequado e suficiente para compensar o transtorno moral sofrido pelo ex-marido, sem causar-lhe enriquecimento sem causa, e, ao mesmo tempo, penalizar a ofensora”.** A desembargadora Selma Marques, que acolheu os argumentos da ex-mulher, foi contra a decisão e alegou que o ex-marido teria assumido o risco de que a ex-esposa tivesse um filho que não fosse seu ao aceitar as relações dela com outros homens, assim como ele também mantinha relações com outras mulheres. Para o desembargador Duarte de Paula, o ex-marido desconhecia que a criança podia não ser sua filha quando a registrou. “O nascimento da menor se deu apenas um mês antes do ajuizamento da ação de separação pelo casal, não sendo provável que alguém resolva assumir um filho que não é seu, de uma pessoa da qual está prestes a se separar, assumindo inclusive deveres patrimoniais”, afirmou Paula. De acordo com o TJMG, a mulher pode recorrer da decisão. (grifo nosso)

Outro caso que foi divulgado na internet no Site de notícias jurídicas **juriway** relata a Sentença proferida pelo juiz da 3ª Vara de Família de Campo Grande-MS, Luiz Cláudio Bonassini da Silva, concedeu indenização de R\$ 53.950,00 em danos morais à esposa traída durante o casamento. Torna-se necessária a avaliação do caso em comento:

Ela provou sofrimento e humilhação com a relação extraconjugal do marido. A esposa, que não pode ser identificada, propôs a ação contra o marido com quem ficou casada desde 21/3 de 1975, tendo com ele dois filhos. Segundo o processo, em razão do comportamento estranho do marido, a esposa começou a investigá-lo e descobriu que ele vinha mantendo casos extraconjugais, inclusive um deles tendo gerado uma filha que conta hoje com 24 anos. O marido contestou alegando que ela já sabia da existência dessa filha e aceitara a situação, inclusive o perdoadado de forma tácita. **Na análise do pedido de indenização, o juiz ponderou que o Código Civil autoriza a indenização por danos morais em caso de lesão aos direitos da personalidade, consagrados pela Constituição Federal, dentre os quais encontra-se o da dignidade da pessoa humana. E em se tratando de pedido de indenização por danos morais entre cônjuges, é necessário que o fato danoso tenha sido determinante para a dissolução da sociedade conjugal, tornando insuportável a vida em comum.** De acordo com o Código Civil, os motivos que podem caracterizar a impossibilidade do casamento são os seguintes: adultério, tentativa de morte, sevícia ou injúria grave, abandono voluntário do lar

conjugal durante um ano contínuo, condenação por crime infamante e conduta desonrosa. No caso do processo, a autora alegou que o fator determinante para a ruptura do casamento foi a descoberta de que o requerido tinha concebido uma filha fora do matrimônio, fato que caracteriza adultério, injúria grave e conduta desonrosa. As provas do processo demonstraram que o marido é pai de uma jovem nascida em 4/5 de 1984, ou seja, durante o casamento, realizado em 21 de março de 1975. A mãe dessa jovem, a amante, depôs em juízo argumentando que trabalhavam juntos nos anos de 1982 e 1983 e que começaram a ter uma relação extraconjugal, engravidou e ficou 19 anos sem contar ao pai sobre a filha. O teste de DNA foi realizado em 13/5 de 2005, quando ela já estava com 19 anos de idade. **Um laudo psicológico demonstrou que a esposa, em fevereiro de 2006, em tratamento, sofria de grande angústia, ansiedade e negativismo, uma depressão reativa à decepção e desgostos que vivenciou na relação conjugal.** No depoimento a esposa afirmou que a separação era para ter acontecido muito antes, mas o sogro do marido, que prezava muito a família, sempre impediu; mas ele faleceu em 2004. "Apesar de conturbada, a convivência do casal estendia-se por mais de 30 anos, e gerou dois filhos, merecendo, com certeza, final mais digno", afirmou o juiz. **Diante desse conjunto probatório, o juiz fixou o valor de R\$ 53.950,00 em indenização moral ao marido que violou os direitos decorrentes do matrimônio, e causou dano moral (sofrimento, humilhação, angústia) a esposa, ofendendo-lhe a dignidade como pessoa humana e, por fim, tornando insuportável a vida em comum. (grifo nosso)**

Para Belicanta, (2002) por interpretação extensiva acredita-se na efetividade do pedido indenizatório na separação culposa grave na união estável, uma vez que o §3º do art. 226 da Constituição Federal estende a proteção do Estado à união estável do homem e da mulher, reconhecendo-a como entidade familiar. No mesmo diapasão o artigo 1º da Lei 9.278/96 reconhece como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher estabelecida com o objetivo de constituição de família. Assim sendo, quando um dos conviventes violar, de maneira culposa grave, o dever de respeito e consideração mútuo (artigo 2º, I da referida Lei) também ensejará a indenização por danos morais, tendo por base os mesmo pressupostos elencados acima com referência ao casamento.

Conclui Welter (2003, p. 12) que:

Os pedidos de indenização por dano moral na constância do casamento e da união estável não são pelo prejuízo que os cônjuges ou companheiros sofreram 'em nome do amor que acabou', e sim pela desumana e indigna conduta delituosa perpetrada contra o consorte, a quem, algum dia, jurou amar, sonhar e fazer feliz por toda a vida, na alegria, na dor, na (des)esperança, na velhice, na (in)felicidade, na tristeza, na (des)confiança, na saúde e na doença, na riqueza e na pobreza, amando e respeitando um ao outro por todos os dias.

4.6 DADOS SOBRE SEPARAÇÃO POR CONDUTA DESONROSA NO BRASIL COM BASE NO IBGE

Alvin (2001, p. 14) discorre sobre o casamento como sendo “mais que uma instituição religiosa e jurídica um sonho de felicidade onde todos querem estabelecer um laço conjugal e selar nossa felicidade”.

Ainda no entendimento de Alvin (2001, p. 15) As leis jurídicas já não dificultam mais as separações judiciais e divórcios:

Há quem responsabilize o Estado por esta liberalização das dissoluções conjugais. Há também aqueles, aprisionados a uma determinada moralidade, que consideram os descasados como entes mobilizadores da desordem social. É como se todos tivessem o destino obrigatório de estabelecer um laço conjugal e agüentar até o fim. Afinal, o que é que garante a manutenção de um casamento? A história já nos mostrou que o princípio jurídico da indissolubilidade não se sustentou diante da revolução dos valores morais e sexuais. O verdadeiro sustento do laço conjugal está no desejo, mesmo porque sem ele não há casal. Mas a fisiologia do desejo é sempre estar desejando outra coisa. Desejo é desejo de desejo.

Os dados do IBGE (2009) - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística apontam para um número crescente de separação de casais. As informações sobre separações e divórcios, até o ano de 2006, eram coletadas somente dos processos judiciais constituídos nas Varas Cíveis e de Família do País. Em 4 de janeiro de 2007, porém, o Presidente da República sancionou a Lei nº. 11.441, que permite aos cônjuges realizarem a separação ou o divórcio, através de escritura pública, em qualquer Tabelionato do País. A dissolução da união ocorre, nos casos previstos pela lei supracitada, se for de natureza consensual e não envolver filhos menores de idade ou incapazes. O objetivo desta lei é o de desburocratizar os procedimentos de separações e de divórcios consensuais.

Ainda conforme o IBGE (2009), pelo motivo acima exposto, as estatísticas de separações e de divórcios reúnem dados oriundos de sentenças judiciais e de registros administrativos lavrados pelos notários. As quais formam um importante conjunto de informações voltadas para o estudo das dissoluções dos casamentos no Brasil. As taxas de divórcio, em 2007, quando se completou 30 anos da instituição do divórcio no Brasil, atingiram o seu maior valor na série mantida pelo IBGE desde 1984. A opção, em 2007, por realizar os divórcios nos Tabelionatos também foi um fator que impulsionou a taxa desse evento para cima. Foram notificados ao IBGE 28.164 registros dessa natureza, a maior parte deles resolvidos com a rapidez da lavratura de uma escritura pública.

Quanto à natureza das separações realizadas no Brasil o IBGE (2009), mostra que em 2007, a maior parte delas foi consensual (75,9%). As separações não-consensuais foram 24,1% do total, a qual se faz referência em especial haja visto ser objeto deste estudo. Em relação ao fundamento da ação e aos requerentes, **10,5% das separações judiciais foram de natureza não-consensual, resultantes de conduta desonrosa ou grave violação do casamento, requeridas pela mulher.** Com o mesmo fundamento, **3,2% das separações foram requeridas pelo homem,** conforme a Tabela 01 em anexo. (grifo nosso)

Ao analisar a **Tabela 01 em anexo**, percebe-se que a proporção de separações não-consensuais requeridas pela mulher é expressivamente maior que as promovidas pelos homens.

Na **tabela 02 em anexo**, nota-se o número de ações por região e também é visível que as mulheres ingressam de maneira quase unânime em todas as regiões.

Já a **Tabela 03 em anexo**, mostra a faixa etária dos autores de ação de separação judicial por conduta desonrosa ou grave violação dos do casamento.

Em sua obra Alvin (2001) conclui que no casamento, quando se depara que o cotidiano, e o véu da paixão já não encobre mais os defeitos do outro, constata-se uma realidade completamente diferente daquela idealizada. Pensa-se até que houve engano na escolha do cônjuge ou companheiro e começa-se a atribuir-lhe a culpa pelo fracasso do casamento. Instala-se então o litígio conjugal para procurar um culpado. Não tendo capacidade para resolver seus próprios conflitos, as partes transferem essa responsabilidade para um Juiz e espera que ele venha apresentar a solução mais adequada. E o amor, quem diria, foi parar na justiça.

5 CONCLUSÃO

Por tudo que foi exposto neste trabalho científico e pelo que se pôde compreender das lições obtidas da jurisprudência e da doutrina, alcançou-se um estudo detalhado sobre os danos morais na separação, constatando-se que realmente existe a possibilidade do cônjuge ou companheiro inocente requerer indenização por danos morais em face do cônjuge ou companheiro causador da separação judicial, quando este, transgredir uma ou mais obrigações do casamento ou da união estável.

Teve-se no curso deste trabalho a oportunidade de conhecer a evolução histórica da família, a qual teve sua origem marcada pelas diferenças entre seus membros, onde a mulher não tinha participação nas tomadas de decisão, restando a elas apenas obedecer às ordens dos homens.

Transformações de cunho social, político e econômico mudaram as formas dos relacionamentos, tornado os mesmos mais iguais quanto aos seus membros.

Diante de tais mudanças foi obrigatório também o direito amoldar-se aos novos princípios dos relacionamentos familiares, sobretudo com o advento da Constituição de 1988, com o novo Código Civil de 2002 e leis infraconstitucionais que romperam velhos dogmas, à proporção que se reconheceu a igualdade em direitos e deveres entre homens e mulheres.

Os relacionamentos atuais se baseiam no respeito e na assistência mútua, com o intuito de construir bases sólidas para a família. Nesta vertente, surgiu a possibilidade de se pleitear a reparação por danos morais oriundos dos mesmos

Para que seja possível tal reparação é necessário que um dos cônjuges ou companheiro possua culpa exclusiva a qual seja responsável pelo rompimento da sociedade conjugal. Para tanto estarão presentes os pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam a ação (comissiva ou omissiva), o dano, o nexo causal.

Observou-se no curso da pesquisa que no Brasil ao contrário de alguns países não existe nenhuma legislação específica ou artigo de lei que trate de danos morais entre cônjuges. Contudo tal reparação pode ser invocada com base na regra geral de responsabilidade civil prevista nos arts. 186 e 927 do Código Civil.

A Constituição Federal de 1988 prevê a reparação civil por danos morais caso seja violado os direitos da personalidade, mais precisamente nos art. 5º incisos V e X.

Verificou-se no estudo que é possível a reparação por dano moral na união estável, uma vez que o direito brasileiro reconheceu-a como entidade familiar, concedendo-lhe

proteção do estado. É tido como união estável o relacionamento amoroso que possua uma estabilidade, seja público, possua o desejo de constituir família, coabitação (não indispensável) entre outros.

Foi possível se verificar, no curso da pesquisa, que vários doutrinadores já apóiam a tese de reparação civil por dano moral na dissolução da sociedade conjugal fundamentada por grave violação dos deveres conjugais.

A jurisprudência também vem admitindo a reparação civil por dano moral na separação. Conforme os dados analisados neste presente trabalho, nota-se o elevado número de separações por descumprimento dos deveres conjugais. Diante deste crescimento de separações e do elevado número de indenizações, os cuidados são necessários para que estes julgados não assumam o papel negativo. Logo, tais julgados devem estar revestidos de bom senso e equilíbrio para os litigantes, com o propósito de diminuir os índices de ilícito nas relações conjugais.

É interessante destacar que a possibilidade de reparação civil por danos morais nas relações conjugais, além de compensar e punir, será também como uma espécie de freio para que todo aquele consorte que queira cometer algum ilícito conjugal, sobretudo a traição, não venha a ficar impune.

Assim pode-se concluir que existe a reparação por danos morais por dano causado por um dos consorte no instituto do casamento ou no instituto da união estável, desde que o outro consorte não tenha contribuído para o término da relação conjugal.

REFERÊNCIAS

ALVIN, Teresa Arruda. (Coord.). Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família - Aspectos constitucionais, civis e processuais, São Paulo, 2001.

BELINCANTA, Fernando César; LOPES, Fernando Augusto Montai y. A possibilidade da compensação do dano moral na separação conjugal . Jus Navigandi, Teresina, ano 7. n. 62, fev. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3743>>. Acesso em: 28 set. 2009

BEZERRA, Neves Eurivado; LIMA Mariana Sanctos. Conjugue ofendido pode receber indenizações por danos morais. Revista Consultor Jurídico. 25 de setembro de 2004

BRASIL. Constituição de República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 20 de julho de 2009.

_____. Código Civil de 1916. Disponível em: <http://www.soleis.adv.br/codigocivil.htm>. Acesso em 20 de julho de 2009.

_____.BRASIL. Código de Processo Civil. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973, com alteração da Lei 11.441, de 04 de janeiro de 2007. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm. Acesso em 20/07/2009

_____.Código Civil (2002). Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm, acesso em 22.09.2007:

_____.Superior Tribunal de justiça. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/> Acesso em: 21/10/2009

_____.Tribunal de Justiça de São Paulo. Disponível em: <http://www.tj.sp.gov.br> Acesso em: 21/10/2009.

_____.Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Disponível em: <http://www.tj.mg.gov.br> Acesso em: 21/10/2009

CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. A união estável e o novo Código Civil. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3083>>. Acesso em: 29 set. 2009

CAMARGO, Mauricio Cesar. Indenização por danos morais ruptura do casamento. Direito Net 24/11/2006. <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/30/22/3022/>. Acesso em: 21 out. 2009.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família. 5v 21ed. São Paulo: Saraiva 2006.

_____. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. 19 ed. Vol. 7 São Paulo: Saraiva 2005

FREITAS, Bruno Henrique de. A dissolução do casamento na Lei nº 6.515/77, na Carta de 1988 e no novo Código Civil: evolução histórica, formas e efeitos. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 931, 20 jan. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7853>>. Acesso em: 19/07/2009.

FIÚZA, Ricardo. Novo Código Civil comentado. São Paulo 2003

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil: responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002

HIPPOLITO, Lucia. Casamento gay, um direito dos cidadãos Disponível em: <http://blogdofavre.ig.com.br/2009/06> Acesso em: 10/10/2009

LOPES, Bárbara Martins. Estupro intra-matrimônio, danos morais entre cônjuges e dignidade da pessoa humana: algumas considerações sobre o débito conjugal. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 622, 22 mar. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6489>>. Acesso em: 21 out. 2009.

LEVENHAGEN, Antônio José de Souza. Do casamento ao Divórcio. 11ª ed. São Paulo: Atlas 1999.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: Direito de Família. 28 ed. v. 6 São Paulo: Saraiva, 2006.

_____, Silvio. Direito Civil: Responsabilidade civil. V. 4. 19. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REI, Cláudio Alexandre Sena. Danos morais entre cônjuges . Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 47, nov. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=541>>. Acesso em: 23 set. 2009.

SOUSA, Diego Nunes. Possibilidade de Reparação Civil Pelo Rompimento injustificado do Noivado. João Pessoa, 2007

SILVA, Cristina Lima Russo. Dano Moral nas Relações Conjugais. Sousa, 2007

SANTOS, Simone Moraes dos. Adultério, traição e dano moral . Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 936, 25 jan. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7871>>. Acesso em: 26/07/2009.

SOARES, Edilza Batista. Separação Conjugal e Dano Moral. Cajazeiras 2006

Tribunal de justiça de Minas gerais condena mulher a pagar uma indenização. Disponível em <http://www.paraiba1.com.br/Noticia/27928> Acesso em 14/08/2009.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: responsabilidade civil. 6 ed. Vol.4 São Paulo: Atlas, 2006.

Vara de Família de Campo Grande concede indenização por danos morais por traição. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/noticia.asp?idnoticia=31641> Acesso em 14/08/2009

WELTER, Belmiro Pedro. A secularização da culpa no Direito de Família. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 26/07/2009.

ANEXOS

Tabela 01 - Separações judiciais concedidas, por natureza e fundamento da ação, segundo a natureza e requerente - 2007

Natureza e requerente	Separações judiciais concedidas (%)					
	Total	Natureza e fundamento da ação				
		Consensual	Não-consensual			Sem declaração
			Conduta desonrosa	Separação de fato	Doença mental	
Total	100,0	75,9	13,7	10,3	0,1	0,0
Consensual	75,9	75,9	0,0	0,0	0,0	0,0
Não-consensual						
Requerida pelo marido	6,6	0,0	3,2	3,4	0,0	0,0
Requerida pela mulher	17,5	0,0	10,5	6,9	0,1	0,0
Sem declaração	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0

Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de População e Indicadores Sociais, Estatísticas do Registro Civil 2007.

Tabela 02 - Processos de separação judicial encerrados em 1ª instância, por natureza e fundamento da ação, segundo o lugar da ação do processo - 2007

Lugar da ação do processo	Processos de separação judicial encerrados em 1ª instância														
	Total	Consensual	Natureza											Sem declaração	Sem declaração
			Total	Conduta desonrosa ou grave violação dos deveres do casamento			Separação de fato			Grave doença mental					
				Total (1)	Requerida pelo marido	Requerida pela mulher	Total (1)	Requerida pelo marido	Requerida pela mulher	Total (1)	Requerida pelo marido	Requerida pela mulher			
Brasil	93 991	67 917	####	14 788	3 466	11 322	11 191	3 737	7 454	73	34	39	-	22	
Norte	247	1 546	697	291	91	200	405	143	262	1	1	-	-	4	
Rondônia	737	549	188	54	18	36	133	41	92	1	1	-	-	-	
Porto Velho	94	66	28	7	5	2	21	9	12	-	-	-	-	-	
Acre	247	156	91	22	10	12	69	33	36	-	-	-	-	-	
Rio Branco	127	67	60	13	3	10	47	26	21	-	-	-	-	-	
Amazonas	181	108	73	29	9	20	44	17	27	-	-	-	-	-	
Região Metropolitana de Manaus	166	94	72	28	9	19	44	17	27	-	-	-	-	-	
Manaus	164	92	72	28	9	19	44	17	27	-	-	-	-	-	
Roraima	76	29	47	20	1	19	27	14	13	-	-	-	-	-	
Boa Vista	51	18	33	14	-	14	19	13	6	-	-	-	-	-	
Pará	461	339	121	66	25	41	55	12	43	-	-	-	-	1	
Região Metropolitana de Belém	139	126	13	12	6	6	1	-	1	-	-	-	-	-	
Belém	116	103	13	12	6	6	1	-	1	-	-	-	-	-	
Amapá	191	100	88	56	12	44	32	13	19	-	-	-	-	3	
Região Metropolitana de Macapá	180	92	85	54	12	42	31	13	18	-	-	-	-	3	
Macapá	164	84	77	51	12	39	26	12	14	-	-	-	-	3	
Tocantins	354	265	89	44	16	28	45	13	32	-	-	-	-	-	
Palmas	82	47	35	25	8	17	10	2	8	-	-	-	-	-	
Nordeste	10 757	6 797	956	767	505	1 262	181	849	1 332	8	3	5	-	4	
Maranhão	375	269	106	39	11	28	67	27	40	-	-	-	-	-	
Região Metropolitana da Grande															
São Luís	141	112	29	18	3	15	11	4	7	-	-	-	-	-	
São Luís	141	112	29	18	3	15	11	4	7	-	-	-	-	-	
Piauí	445	255	190	125	48	77	65	18	47	-	-	-	-	-	
Teresina	153	61	92	81	29	52	11	3	8	-	-	-	-	-	
RIDE - Região Integrada de Desenvolvimento da Grande Teresina	175	73	102	81	29	52	21	7	14	-	-	-	-	-	
Ceará	920	1 454	464	321	69	252	140	57	83	3	3	-	-	2	
Região Metropolitana de Fortaleza	913	783	129	75	13	62	54	20	34	-	-	-	-	1	
Fortaleza	650	577	72	36	9	27	36	12	24	-	-	-	-	1	
Rio Grande do Norte	780	510	270	110	28	82	159	56	103	1	-	1	-	-	
Região Metropolitana de Natal	500	385	115	35	9	26	80	27	53	-	-	-	-	-	
Natal	367	321	46	24	6	18	22	10	12	-	-	-	-	-	
Paraíba	186	678	508	247	74	173	259	121	138	2	-	2	-	-	
Região Metropolitana de João															
Pessoa	511	278	233	88	29	59	143	70	73	2	-	2	-	-	
João Pessoa	432	235	197	82	26	56	113	52	61	2	-	2	-	-	
Pernambuco	853	990	863	375	106	269	487	202	285	1	-	1	-	-	
Região Metropolitana de Recife	729	436	293	110	38	72	183	85	98	-	-	-	-	-	
Recife	404	276	128	41	15	26	87	42	45	-	-	-	-	-	
Alagoas	548	252	295	86	21	65	209	62	147	-	-	-	-	1	
Região Metropolitana de Maceió	179	107	72	17	6	11	55	15	40	-	-	-	-	-	
Maceió	144	85	59	16	5	11	43	10	33	-	-	-	-	-	
Sergipe	1	675	363	106	29	77	257	88	169	-	-	-	-	-	

	038													
Região Metropolitana de Aracaju	621	435	186	43	9	34	143	42	101	-	-	-	-	-
Aracaju	444	340	104	30	6	24	74	26	48	-	-	-	-	-
Bahia	2													
Bahia	612	1 714	897	358	119	239	538	218	320	1		1	-	1
Região Metropolitana de Salvador	674	376	297	91	27	64	206	90	116	-	-	-	-	1
Salvador	562	306	255	80	25	55	175	77	98	-	-	-	-	1
RIDE - Região Integrada de Desenvolvimento do Polo Petrolina/PE e Juazeiro/BA	135	107	28	10	2	8	18	8	10	-	-	-	-	-
Sudeste	56		14	9			5							
Sudeste	555	42 291	256	094	2 020	7 074	120	1 727	3 393	42	21	21	-	8
Minas Gerais	13		4	2			1			17				
Minas Gerais	114	8 859	254	691	642	2 049	546	530	1 016		7	10	-	1
Região Metropolitana de Belo Horizonte	4		1								6			
Horizonte	382	2 963	419	756	175	581	653	235	418	10		4	-	-
Belo Horizonte	2													
Belo Horizonte	398	1 662	736	423	89	334	307	124	183	6	4	2	-	-
Colar Metropolitano da Região Metropolitana de Belo Horizonte	527	420	107	59	16	43	48	18	30	-	-	-	-	-
Região Metropolitana Vale do Aço	406	205	201	142	46	96	59	21	38					
Colar Metropolitano da Região Metropolitana Vale do Aço	38	9	29	22	10	12	7	1	6	-	-	-	-	-
Espírito Santo	2		1											
Espírito Santo	678	1 612	066	619	129	490	446	146	300	1		1	-	-
Região Metropolitana de Vitória	1													
Região Metropolitana de Vitória	020	572	448	161	34	127	287	91	196	-	-	-	-	-
Vitória	171	125	46	21	7	14	25	10	15	-	-	-	-	-
Rio de Janeiro	4													
Rio de Janeiro	134	3 152	981	326	71	255	653	263	390	2	2	-	-	1
Região Metropolitana do Rio de Janeiro	1													
Região Metropolitana do Rio de Janeiro	973	1 520	452	98	22	76	354	146	208	-	-	-	-	1
Rio de Janeiro (Capital)	1													
Rio de Janeiro (Capital)	028	835	193	67	11	56	126	49	77	-	-	-	-	-
São Paulo	36		7	5			2							
São Paulo	629	28 668	955	458	1 178	4 280	475	788	1 687	22	12	10	-	6
Região Metropolitana de São Paulo	11		2	1										
Região Metropolitana de São Paulo	197	9 096	099	230	277	953	862	293	569	7	3	4	-	2
São Paulo (Capital)	4													
São Paulo (Capital)	941	4 295	646	419	108	311	227	100	127	-	-	-	-	-
Região Metropolitana da Baixada Santista	1													
Região Metropolitana da Baixada Santista	259	948	310	139	31	108	168	64	104	3	1	2	-	1
Região Metropolitana de Campinas	2													
Região Metropolitana de Campinas	141	1 766	375	219	36	183	155	41	114	1	-	1	-	-
Sul	16		4	2			2							
Sul	626	11 717	904	653	582	2 071	240	622	1 618	11	5	6	-	5
Paraná	4		1											
Paraná	559	3 300	259	813	170	643	445	136	309	1	-	1	-	-
Região Metropolitana de Curitiba	845	648	197	113	22	91	84	24	60	-	-	-	-	-
Curitiba	339	289	50	35	7	28	15	5	10	-	-	-	-	-
Região Metropolitana de Londrina	589	484	105	79	14	65	26	9	17	-	-	-	-	-
Região Metropolitana de Maringá	213	182	31	20	7	13	11	4	7	-	-	-	-	-
Santa Catarina	5		1											
Santa Catarina	199	3 494	704	999	249	750	704	195	509	1	1	-	-	1
Núcleo Metropolitano da Região Metropolitana de Florianópolis	795	452	343	224	52	172	119	36	83	-	-	-	-	-
Florianópolis	406	258	148	61	13	48	87	24	63	-	-	-	-	-
Área de Expansão Metropolitana da Região Metropolitana de Florianópolis	79	56	23	8	1	7	15	4	11	-	-	-	-	-

Núcleo Metropolitano da Região															
Metropolitana Vale do Itajaí	358	284	74	67	22	45	6	3	3	1	1	-	-	-	
Área de Expansão Metropolitana da Região Metropolitana Vale do Itajaí	120	103	17	11	4	7	6	3	3	-	-	-	-	-	
Núcleo Metropolitano da Região Metropolitana do Norte/Nordeste Catarinense	536	340	196	8	1	7	188	40	148	-	-	-	-	-	
Área de Expansão Metropolitana da Região Metropolitana do Norte/Nordeste Catarinense	455	304	151	102	23	79	49	17	32	-	-	-	-	-	
Núcleo Metropolitano da Região Metropolitana Foz do Rio Itajaí	369	281	88	63	16	47	25	5	20	-	-	-	-	-	
Área de Expansão Metropolitana da Região Metropolitana Foz do Rio Itajaí	58	35	23	18	6	12	5	1	4	-	-	-	-	-	
Núcleo Metropolitano da Região Metropolitana Carbonífera	347	272	75	56	20	36	19	8	11	-	-	-	-	-	
Área de Expansão Metropolitana da Região Metropolitana Carbonífera	48	37	11	5	2	3	6	2	4	-	-	-	-	-	
Núcleo Metropolitano da Região Metropolitana Tubarão	188	85	103	80	27	53	23	6	17	-	-	-	-	-	
Área de Expansão Metropolitana da Região Metropolitana Tubarão	171	104	67	56	10	46	11	4	7	-	-	-	-	-	
Rio Grande do Sul	6	4 923	941	841	163	678	091	291	800	9	4	5	-	4	
Região Metropolitana de Porto Alegre	2														
Alegre	188	1 594	594	211	57	154	380	107	273	3	1	2	-	-	
Porto Alegre	604	499	105	33	14	19	72	17	55	-	-	-	-	-	
Centro-Oeste	7														
Mato Grosso do Sul	806	5 566	239	983	268	715	245	396	849	11	4	7	-	1	
2															
1	156	1 672	484	302	77	225	181	54	127	1	-	1	-	-	
Campo Grande	100	862	238	145	39	106	93	31	62	-	-	-	-	-	
1															
Mato Grosso	258	823	435	202	55	147	225	69	156	8	4	4	-	-	
Cuiabá	327	201	126	91	21	70	30	11	19	5	4	1	-	-	
2															
Goiás	286	1 554	731	314	90	224	415	120	295	2	-	2	-	1	
Região Metropolitana de Goiânia	433	323	110	14	6	8	96	20	76	-	-	-	-	-	
Goiânia	236	174	62	-	-	-	62	11	51	-	-	-	-	-	
2															
Distrito Federal	106	1 517	589	165	46	119	424	153	271	-	-	-	-	-	
RIDE - Região Integrada de Desenvolvimento do Distrito Federal															
2															
e Entorno	386	1 666	720	226	66	160	494	177	317	-	-	-	-	-	

Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de População e Indicadores Sociais, Estatísticas do Registro Civil 2007.

(1) Inclusive sem declaração do cônjuge requerente.

Tabela 03 - Processos de separação judicial encerrados em 1ª instância, por natureza e fundamento da ação, segundo os grupos de idade dos cônjuges na data da abertura do processo - 2007

Grupos de idade dos cônjuges na data da abertura do processo	Processos de separação judicial encerrados em 1ª instância														
	Total	Natureza													
		Consensual	Não-consensual											Sem declaração	Sem declaração
			Total	Conduta desonrosa ou grave violação dos deveres do casamento			Separação de fato			Grave doença mental					
			Total (1)	Requerida pelo marido	Requerida pela mulher	Total (1)	Requerida pelo marido	Requerida pela mulher	Total (1)	Requerida pelo marido	Requerida pela mulher				
Total	93 991	67 917	####	14 788	3 466	11 322	11 191	3 737	7 454	73	34	39	-	22	
Marido															
Menos de 20 anos	246	156	90	49	14	35	41	16	25	-	-	-	-	-	
20 a 24 anos	5 637	3 987	1 645	904	250	654	740	286	454	1	1	-	-	5	
25 a 29 anos	14 494	10 822	3 667	1 988	551	1 437	1 671	627	1 044	8	2	6	-	5	
30 a 34 anos	17 341	12 898	4 441	2 468	579	1 889	1 963	663	1 300	10	6	4	-	2	
35 a 39 anos	17 375	12 776	4 596	2 604	562	2 042	1 975	641	1 334	17	7	10	-	3	
40 a 44 anos	15 424	11 095	4 327	2 493	520	1 973	1 818	521	1 297	16	9	7	-	2	
45 a 49 anos	10 658	7 549	3 107	1 816	374	1 442	1 285	371	914	6	1	5	-	2	
50 a 54 anos	6 155	4 201	1 953	1 161	236	925	784	230	554	8	5	3	-	1	
55 a 59 anos	3 339	2 268	1 070	639	149	490	427	170	257	4	2	2	-	1	
60 a 64 anos	1 508	1 000	508	304	88	216	203	81	122	1	1	-	-	-	
65 a 69 anos	873	585	287	158	60	98	129	58	71	-	-	-	-	1	
70 a 74 anos	388	247	141	79	34	45	62	36	26	-	-	-	-	-	
75 anos ou mais	292	184	108	60	32	28	47	25	22	1	-	1	-	-	
Idade ignorada	261	149	112	65	17	48	46	12	34	1	-	1	-	-	
Mulher															
Menos de 20 anos	1 959	1 309	649	363	155	208	286	123	163	-	-	-	-	1	
20 a 24 anos	11 652	8 407	3 237	1 758	467	1 291	1 474	528	946	5	2	3	-	8	
25 a 29 anos	17 989	13 445	4 539	2 519	614	1 905	2 008	670	1 338	12	6	6	-	5	
30 a 34 anos	18 096	13 413	4 681	2 648	606	2 042	2 018	657	1 361	15	6	9	-	2	
35 a 39 anos	16 365	11 897	4 468	2 603	566	2 037	1 850	590	1 260	15	8	7	-	-	
40 a 44 anos	12 614	9 028	3 583	2 030	416	1 614	1 542	445	1 097	11	5	6	-	3	
45 a 49 anos	7 626	5 252	2 373	1 383	288	1 095	983	320	663	7	3	4	-	1	
50 a 54 anos	4 030	2 702	1 328	781	167	614	540	205	335	7	3	4	-	-	
55 a 59 anos	1 959	1 307	652	383	91	292	268	103	165	1	1	-	-	-	
60 a 64 anos	876	595	280	166	47	119	114	53	61	-	-	-	-	1	
65 a 69 anos	397	292	104	59	17	42	45	15	30	-	-	-	-	1	
70 a 74 anos	136	90	46	23	5	18	23	11	12	-	-	-	-	-	
75 anos ou mais	67	37	30	17	7	10	13	5	8	-	-	-	-	-	
Idade ignorada	225	143	82	55	20	35	27	12	15	-	-	-	-	-	

Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de População e Indicadores Sociais, Estatísticas do Registro Civil 2007.

(1) Inclusive sem declaração do cônjuge requerente.