



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

RICHELIAU ROUKY REGIS REULINO

O DANO MORAL NA RUPTURA DA SOCIEDADE CONJUGAL
FUNDADA NA CULPA

SOUSA - PB
2009

RICHELIAU ROUKY REGIS REULINO

O DANO MORAL NA RUPTURA DA SOCIEDADE CONJUGAL
FUNDADA NA CULPA

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 Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Esp. Admilson Leite de Almeida Júnior.

SOUSA - PB
2009

RICHELIAU ROUKY REGIS RAULINO

O DANO MORAL NA RUPTURA DA SOCIEDADE CONJUGAL FUNDADA NA
CULPA

Trabalho de Conclusão apresentado ao
Curso de Ciências Jurídicas Sociais, da
Universidade Federal de Campina
Grande, em cumprimento dos requisitos
necessários para obtenção do título de
Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Esp. Admilson Leite de
Almeida Júnior

Aprovada em: de de 2009.

COMISSÃO EXAMINADORA

Admilson Leite de Almeida Júnior
Professor Esp. Orientador

Professor (a)

Professor (a)

Aos meus Pais, Manoel Raulino Sobrinho e Verônica Maria Regis Raulino, que são para mim um alicerce, base e fortaleza da minha vida.

À minha Irmã Clara Shayana Regis Raulino, fonte de incentivo e perseverança.

À minha namorada Márcia Jordana Freire Gomes, minha companheira e inspiradora na batalha da vida.

AGRADECIMENTOS

Primeiro a Deus, pela oportunidade de viver este momento tão especial para mim.

Aos meus Avós José Raulino da Costa e Francisca Lobo da Costa, Pedro Regis de Melo e Maria do Carmo Queiroz.

À minha fiel e sempre presente namorada e companheira Márcia Jordana, a qual está presente nos bons e também difíceis momentos da vida.

Agradeço ao meu orientador Prof. Admilson Leite de Almeida Júnior, pelo acompanhamento deste trabalho.

À minha Irmã por toda a sua dedicação no auxílio com os recursos de informática.

Às minhas Tias e Tios, os quais contribuíram com palavras de apoio moral e incentivador, Fátima, Francinilde, Mônica, Socorro, Anchieta, João, Expedito, Marinete, França, Marizete, Lobo e Raimundo.

Aos meus eternos amigos Wolmer Borgonha, Márcio José, Vagner, Frederico, Klinton, Wander, Aluísio, Junior Fortunato, Allysson e Daniel.

Aos meus colegas de sala e de trabalho pelo incentivo.

Em especial aos meus pais, que proporcionaram e contribuíram de maneira imensurável para essa minha formação acadêmica.

“É preciso amar as pessoas como se não houvesse amanhã, porque se você parar para pensar, na verdade não há.”

(Renato Russo)

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade analisar a indenização na ruptura culposa da sociedade conjugal fundada na culpa de um dos consortes, a qual é um tema abrangente, bastante discutido na doutrina e na jurisprudência, e encontra amparo na responsabilidade civil, que adota o princípio geral de direito que impõe a quem causa dano a outra pessoa o dever de reparar. Tal ferramenta foi introduzida pelo constituinte brasileiro de 1988 entre os direitos e garantias fundamentais, no art. 5º, X, já as causas passíveis de arguição pelo autor na busca da reparação pela ruptura da sociedade conjugal por culpa do réu, vêm elencadas no art. 1.573 do Código Civil de 2002. No caso concreto, o ordenamento jurídico tem a pretensão de preservar e manter os laços matrimoniais. Neste conjunto surge a grande celeuma: haveria indenização na ruptura culposa da sociedade conjugal fundada na culpa de um dos consortes? Em que pese o debate em torno da matéria, através da existência da responsabilidade recíproca entre os consortes, na qual avaliou-se o dano moral na ruptura da sociedade conjugal no direito comparado, e sua configuração do dano moral e a conduta conjugal culposa e o seu cabimento na ruptura da união estável. Tentou-se avaliar de maneira precisa e objetiva, através de uma pesquisa doutrinária e jurisprudencial, uma maneira justa de se fazer à reparação do cônjuge vítima, na ruptura da sociedade conjugal fundada na culpa de um dos consortes; designadamente, almejou-se ponderar a quantificação do dano moral no contexto conjugal e os pretextos determinantes e sua reparação na esfera da sociedade conjugal.

Palavras-chave: Sociedade Conjugal. Ruptura Culposa. Reparação.

ABSTRACT

The present work has for purpose to analyze the compensation in the guilty rupture of the matrimonial society founded in the fault of one of the consorts, which is a comprehensive theme, quite discussed in the doctrine and in the jurisprudence, and it finds help in the civil responsibility, that it adopts the general beginning of right that imposes to who causes damage the other person the duty of repairing. Such tool was introduced by the Brazilian Constitution of 1988 between the rights and fundamental guarantees, in the said article 5th, X, already the susceptible causes to oral test for the author in the search of the repairing for the rupture of the matrimonial society for the defendant's fault, are listed in the article 1.573 of the Civil Code of 2002. In the concrete case, the juridical order has the pretension to preserve and to maintain the matrimonial bonds. In this group many opinions appear: would there be compensation in the guilty rupture of the matrimonial society founded in the fault of one of the consorts? In that it weighs the discussion around the matter, through the existence of the reciprocal responsibility among the consorts, in the which the moral damage and the guilty matrimonial conduct, and the pertinence in the rupture of the stable union. It tried to evaluate in a precise and objective way, through a doctrinaire and jurisprudential research, a fair way to do to the spouse victim's repairing, in the rupture of the matrimonial society founded in the fault of one of the consorts; it was wanted to consider the quantification of the moral damage in the matrimonial context and the decisive excuses and its repairing in the sphere of the matrimonial society.

Key words: Matrimonial society. Guilty rupture. Repairing.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 O DANO MORAL NO CONTRATO DA RESPONSABILIDADE CIVIL	13
1.1 A responsabilidade	13
1.2 O dano moral e suas reparações	18
2 A RUPTURA DA SOCIEDADE	23
2.1 A sociedade conjugal e os deveres recíprocos entre os consortes.....	23
2.2 A ruptura da sociedade conjugal fundada na culpa.....	28
2.3 A sociedade conjugal e os efeitos de sua dissolução	38
3 A CONFIGURAÇÃO DO DANO MORAL NA RUPTURA DA SOCIEDADE CONJUGAL.....	42
3.1 O dano moral na ruptura da sociedade conjugal no direito comparado	42
3.2 A configuração do dano moral e a conduta conjugal culposa	46
3.3 O dano moral na ruptura da união estável	51
3.4 A quantificação do dano moral no contexto conjugal	54
CONCLUSÃO.....	57
REFERÊNCIAS.....	61

INTRODUÇÃO

Nos relacionamentos conjugais, assim como nos demais relacionamentos, existe a possibilidade de se sofrer danos, seja de natureza patrimonial, moral ou ambos, no momento em que se ferem seriamente as obrigações advindas da relação, sendo imprescindível à comprovação do dano.

Assim, o assunto sugerido demonstra-se relevante discussão acadêmica acerca da probabilidade da reparação aos danos ocasionados nos relacionamentos conjugais. O tema é controverso e polêmico, principalmente em decorrência da deficiência de lei específica e dos diversos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais.

A pesquisa levanta alguns questionamentos, dentre eles: Há possibilidade de se requerer a reparação dos danos morais na separação judicial e na união estável no direito brasileiro?

É adequado advertir que o método de abordagem para a preparação deste trabalho monográfico foi o dedutivo através de técnicas de pesquisa bibliográfica tendo como base entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, trazendo para o bojo do trabalho discussões e posições relativas às divergências doutrinárias, levando em apreço matéria de alta inquirição existentes no ordenamento jurídico.

Desta forma, o assunto apresenta grande importância, com o objetivo de verificar e descrever a respeito da aceitação da reparação dos danos morais nas relações conjugais, uma vez que, muitos ignoram este fato por tratar-se de uma matéria não regulamentada em lei específica, no qual se aplicam as disposições gerais da reparação civil, para tanto, no plano fático gera grandes discussões, dotadas de valor e saber jurídico, fixando de tal modo, num método evolutivo incoercível, pois não se aceita a idéia conformista e desatualizada de que no direito da família não pode existir a figura da responsabilidade civil e da procedente indenização, seja ela material ou moral.

Sem dotar os consortes ou companheiros desses meios, contra as deslealdades, insultos, agravos, maus tratos e todo tipo de injuridicidades praticadas na relação familiar, nunca se garantirá e se confirmará na prática toda essa importância. Tanta é a importância da família que está consagrada em capítulo especial, como base da sociedade, e, por isso, destinatária de especial proteção do Estado.

Sendo a família, incontestavelmente, a célula da sociedade e o casal o seu núcleo, o direito precisa proporcionar meios de concretização desse alicerce estrutural. Uma indenização pela dor, pela angústia e pelo sofrimento, toda vez que a causa da dissolução do vínculo conjugal ou da relação entre os consortes tenha importância pela acuidade da desonra causada ou pela injúria praticada entre os mesmos, é a resposta do direito das obrigações ao anseio não atendido pelas regras do direito da família.

Esse, sem dúvida, é o caminho, até como forma de repreensão à conduta desonrosa, à violência doméstica e a toda uma onda de descumprimento das mais consagradas obrigações decorrentes da relação nupcial, matrimonializada ou não. Tudo é produto de uma evidente modificação na percepção de valores e bens jurídicos tuteláveis, que cria, concomitantemente, circunstância e perspectivas novas, e o presente trabalho pretende ser nítido exemplo disso.

É certo que o legislador do século passado não mirou essa realidade. Estranha-se, no entanto, que o atual código civil não tenha presumido e ordenado o fato. Não se pode, mesmo assim, desconhecê-las e negar-lhes guarida e retaliação. Por isso a única forma de consolar satisfatoriamente a consternação experimentada pelo dano causado quando da ruptura culposa da sociedade matrimonial é consolidar formas para que a vítima minore seus desalentos; assim também podendo punir o responsável pela falta cometida e dissuadir todos os que da sanção tiverem conhecimento para que não façam o mesmo.

O trabalho está estruturado em três capítulos. No primeiro capítulo, realiza-se uma análise de modo geral acerca da responsabilidade e uma abordagem genérica sobre o dano moral e suas reparações, vendo em linhas gerais do seu surgimento até a conquista da lei brasileira de divórcio, dando-se destaque ao aspecto jurídico da entidade familiar e os princípios norteadores do direito de família, fundamentais para a aplicação do direito.

No segundo capítulo, enfatiza-se a ruptura da sociedade conjugal, a importância dos deveres recíprocos entre os consortes, que cada vez mais ganha espaço no direito de família, como forma de tornar o processo de separação, divórcio e guarda dos filhos menos doloroso para os envolvidos. Examinando em linhas gerais as ações de família, fundamentada na ruptura da sociedade conjugal fundada na culpa, de modo a analisar a importância de melhor preparar a sociedade conjugal para os efeitos advindos de sua dissolução.

No capítulo final aborda-se a configuração do dano moral na ruptura da sociedade conjugal de forma a fazer um comparativo com o direito comparado, abordando a configuração do dano moral e a conduta conjugal culposa, averiguando-se também a possibilidade da configuração do dano moral na ruptura da união estável e por fim a quantificação do dano moral no contexto conjugal.

O presente trabalho fundado através de uma pesquisa científica, alicerçada em um estudo doutrinário e jurisprudencial, o qual deve apresentar como consequência uma visão panorâmica da problemática do possível cabimento da reparação moral nos relacionamentos conjugais, desde que configurado o extenso dano provocado e devidamente comprovada a culpa, sendo extensiva essa reparação à União Estável.

Desta maneira, é importante enfatizar que este estudo poderá proporcionar um norteamento a pesquisadores que pretendam seguir esta mesma linha de pensamento, além do mais, a intenção é oferecer reflexões teóricas e debates acadêmicos para que estes possam ter argumentos para lutar pela justiça.

1. O DANO MORAL NA RESPONSABILIDADE CIVIL

Para se estudar o dano moral na ruptura da sociedade conjugal fundada na culpa, é necessário iniciar com uma análise rápida acerca de diversos momentos históricos pelos quais a responsabilidade civil esteve presente, fazendo uma ponte de referência para os dias atuais. Será averiguado o conceito de responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro, sobre a ótica de doutrinadores conceituados no Brasil. Complementando o capítulo uma abordagem sobre o dano moral e as maneiras de suas reparações.

1.1 A responsabilidade

Desde o início dos tempos, o homem busca pela tão almejada garantia de uma vida pacífica e harmoniosa dentro de uma sociedade.

O princípio do Talião preconizava que a vingança deveria ser individual, na proporção da ofensa, "olho por olho dente por dente". O Poder Público passou a intervir declarando quando e como deveria ser feito este ajuste de contas, como forma de evitar abusos, independentemente da culpa, uma vez causado o dano este deveria ser reparado, não importando se este estava na esfera patrimonial, mesmo assim, pagava-se com a integridade física ou até mesmo com a vida.

Com o advento da Revolução Industrial, observou-se que muitos danos eram causados independentemente de culpa, como ocorriam nos acidentes trabalhistas, e existindo a justa preocupação na reparação causada, originou-se a Responsabilidade Objetiva, prevista por teoria do risco.

O princípio pelo qual se pune a culpa por danos injustamente provocados independentemente de obrigacional já existente, a Lei Aquiliana veio fortalecer a ideia da reparação pecuniária do dano e a culpa como responsabilidade, brotando daí a Responsabilidade Subjetiva.

O Renascimento e a Revolução Francesa, na Idade Média e na Idade Moderna, foram sem dúvida, grandes marcos da evolução histórica, concentrando nas bases os fundamentos morais dos direitos individuais da personalidade. Ambos

confirmaram a indispensabilidade de se garantir a fraternidade, a independência das pessoas e a intangibilidade dos direitos humanos.

O direito canônico, com toda a sua influência no sistema pátrio, foi uma das bases para se chegar reparabilidade do dano moral, sendo referência em diversos dispositivos de várias legislações as quais têm influência pela Igreja. (AMARANTE, p.19, 2001)

Fundado no direito canônico, o pré-codificado brasileiro adotou o princípio da reparabilidade pelo não cumprimento da promessa de casamento, vigente no eclesiástico. Não se impunha a casar, mas obrigava a reparação das perdas e danos decorrentes pelo descumprimento do ajustado. As arras esponsalícias serviam como verdadeira cláusula penal. Todas as penalidades canônicas encontravam-se nitidamente ligadas à fé religiosa e a atividades administrativas da igreja, e a sentença declaratória da infâmia garantia o cumprimento das penalidades. Em relação à pena, não ultrapassava o indivíduo ofendido, por influência do que, no nosso direito sucessório, também ultrapassava aquelas aplicadas ao herdeiro indigno ou deserddado.

Entre os vários cânones estudados pelos doutrinadores que nos servem de fonte, no nº 2.354, parágrafo 1º, havia danos tipicamente morais, consagrando a teoria da sua reparação, dentre os quais: a venda de escravos, o rapto, casos de violência e lesões físicas. (AMARANTE, p.19, 2001)

Histórica base dessa competência assegura fundamento para o encaminhamento e extensão do tema na seara dos direitos da personalidade, até abranger as hipóteses de sancionamento da culpa na ruptura da sociedade conjugal pelo dano moral. E justifica porque é no ambiente conjugal onde precisam ser atendidos e prestigiados. A evolução destes princípios, averiguado historicamente, de outra parte, a punição pelo seu descumprimento, por meio da responsabilização do dano causado, torna evidente a existência de uma dúplici natureza jurídica do instituto como se passa a avaliar.

A Responsabilidade Civil no ordenamento jurídico brasileiro, na ótica de Maria Helena Diniz (2002, p.10), está dividida em: "civil, criminal e moral". Sendo que a civil resulta em detrimento a terceiros, podendo este ser particular ou Estado, ficando a vítima a pleitear a restauração do dano sofrido, de maneira a restituir o status anterior à lesão ou a sua reparação em dinheiro. Adentrando na área criminal, o transgressor da ordem social, infringe a norma penal, na qual será incumbida uma

sanção descrita na Lei, exceto as hipóteses previstas de imputabilidade penal. A moral verifica-se na ocorrência da violação dos sentimentos pessoais e interligadas à consciência do indivíduo.

É conceituada, a Responsabilidade Civil, por Maria Helena (2002, p.10) como:

Responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obrigam uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesmo praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou simples imposição legal.

Esta Responsabilidade para ser pleiteada, necessita de requisitos, preceituados segundo Carlos Roberto (2002, p.15), como: I – ação ou omissão do agente; II – culpa ou dolo do agente; III – relação de causalidade; IV – dano.

Ação ou omissão do agente está referendada pela Lei, quando alguém venha a causar dano a outrem em virtude de ação ou omissão. Sendo que esta responsabilidade pode ser derivada de ato próprio, de ato de terceiro que esteja sob sua guarda, ou de danos causados por coisas ou animais os quais lhe pertença. É presumida a culpa do dono neste último caso (responsabilidade objetiva imprópria). Na omissão, para que haja a configuração da responsabilidade, faz-se necessária a existência do dever jurídico de não se omitir, e que fique claro que o dano poderia ser evitado. Este dever jurídico pode está previsto em Lei (dever de prestar socorro às vítimas de acidentes impostos a todo condutor de veículos) ou de convenção (dever de custódia, de guarda, de vigilância) podendo também ser objeto de criação de alguma situação especial de perigo.

A culpa incide na falta de diligência que se exige do homem médio, a vítima para obter a reparação do dano, exige que se prove o dolo ou culpa do agente. Ressaltando se que o dolo caracteriza-se pela vontade livre e consciente de praticar determinado ato ilícito; já na culpa, o agente não visa causar prejuízo a vítima, mas sua conduta negligente, imprudente ou fruto de sua imperícia resulta o dano causado. (RODRIGUES, 2007)

A relação de causalidade é o nexos causal existente entre ação ou omissão do agente e o dano verificado. Preceitua Carlos Roberto Gonçalves (2002, p.17) que “as excludentes da responsabilidade civil, como a culpa da vítima e o caso fortuito e a força maior (CC, art.393), rompem o nexos de causalidade, afastando a responsabilidade do agente”.

A prova do Dano sofrido pela vítima se faz necessário, pois ninguém será responsabilizado civilmente sem a sua comprovação. Pode ser este Dano na esfera patrimonial como também na órbita extra-patrimonial (moral).

Ocorrendo a ação ou omissão do agente, sua culpa, o nexo de causalidade e o dano experimentado pela vítima, então à parte prejudicada estará no direito de solicitar a reparação do bem lesionado, podendo requisitar perdas e danos patrimoniais e/ou morais, onde para Sérgio Cavalieri Filho (2007, p.225) "o anseio de obrigar o agente, causador do dano, a repará-lo inspira-se no mais elementar sentimento de justiça".

As excludentes de ilicitude da responsabilidade têm a finalidade de evitar que alguém seja condenado a reparar um dano que não deu causa, verificadas na:

- Culpa exclusiva da vítima - a ausência da relação de causalidade entre o agente e dano, averiguando-se que este não contribuiu para que o mesmo tenha acontecido, não se pode pleitear a reparação;
- Legítima defesa, estado de necessidade ou exercício regular de direito – elenca o art. 188 do CC, que atos provindos desta natureza, não constituem atos ilícitos, a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão à pessoa, a fim de remover perigo iminente;
- Caso fortuito e força maior – o dano foi provocado por fatores imprevisíveis, causados por força da natureza, tais como terremotos e enchentes ou por força maior, vindos de atitudes humanas, como guerra, revoluções, que não poderiam ser evitados;
- Fato de terceiro – terceiro deu causa o dano, excluindo da responsabilidade o agente e a vítima;
- Cláusula de não indenizar – é aquela declarada por uma das partes contratantes, que não será responsável por danos emergentes do contrato, seu inadimplemento total ou parcial. Trata-se da desobrigação acordada do dever de reparar o dano. Essa cláusula não extinguiu a responsabilidade que, em princípio, apenas a lei pode eliminar em determinadas ocasiões, mas evita a sua consequente indenização.

Dentre as teorias que se dedicaram na busca da solução do problema, duas fazem *jus* à ênfase, não só pelo enfoque distinto pelo qual cada uma examina a questão, mas também, pela relevância prática que obtiveram. Enquanto uma generaliza as condições, a outra as individualiza ou qualifica. Sendo estas: A Teoria da Equivalência dos Antecedentes e a Teoria da Causalidade Adequada.

A Teoria da Equivalência dos Antecedentes não faz distinção entre causa (relativo à existência) e condição (produção de efeitos positivos ou negativos). Se várias concorrem para o mesmo resultado, todas têm o mesmo valor, sendo que estas se equivalem. Causa é a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido, sem distinção da maior ou menor importância que cada um teve. Por isso, essa teoria é também chamada de equivalência das condições. Para averiguar se uma determinada condição é causa, elimina-se mentalmente essa condição, através de uma suposição. Se o resultado sumir, a condição é causa, mas, se persistir, não o será. Deste modo, condição é todo antecedente que não pode ser excluído mentalmente sem que venha a retirar-se o efeito.

Teoria da Causalidade Adequada é a que merece mais ênfase entre aquelas que individualizam ou qualificam as condições. Causa, nesta visão, é o precedente não só necessário, mas também, apropriado a produzir o resultado. Entretanto, nem todas as condições serão causa, mas, apenas aquelas que forem as mais adequadas a produzir o evento. O fato tem que ter sido um caso concreto, uma condição *sine qua non* do prejuízo. Este fato tem que ser, em abstrato, uma causa adequada do dano. A ideia base da doutrina é a de que só há uma relação de causalidade existente entre fato e dano quando o ato ilícito praticado pelo agente seja de modo a provocar o dano sofrido pela vítima segundo o curso normal das coisas e a experiência comum da vida. O julgador deverá retrocedendo ao instante da conduta inserir-se no lugar do agente e, com base no conhecimento das leis da natureza, nas condições particulares em que se encontrava o agente, enunciar seu juízo sobre a idoneidade de cada condição.

Sergio Cavalieri Filho (2004, p 68) em sua obra sobre responsabilidade civil, cita outras teorias, mas já desatualizadas nos dias de hoje:

Outras teorias individualizadoras trataram do problema do nexo causal, como a da causa eficaz, de Birkmeyer, para o qual causa é a condição mais eficaz, segundo um critério quantitativo; teoria do equilíbrio, de Binding (causa é a condição que rompe o equilíbrio entre as condições positivas e negativas do aparecimento do resultado), etc., todas já

ultrapassadas na atualidade.

Neste sentido competirá à vítima não só a prova do dano, como ainda a prova de que este emanou de um ato ou de uma omissão culposa praticada pelo agente. O agente por sua vez, para se abster do dever de reparar, precisa provar a ausência de um ou mais pressupostos. Conseguirá provar, como exemplo, que agiu de maneira prudente e diligente, em observância à lei (afasta o elemento culpa) ou que o dano sofrido pela vítima não tem relação com o ato por ele praticado (afasta o elemento nexa causal), também pode ser provado que a vítima não sofreu nenhum prejuízo moral ou patrimonial (afasta o elemento dano).

O vigente Código Civil no seu artigo 927, parágrafo único, leciona que haverá a obrigação de indenizar, independentemente de culpa, nos casos previstos em lei, ou quando a atitude praticada pelo autor do dano aludir, por seu caráter, risco para os direitos de outrem. Dessa maneira, o atual diploma afasta a teoria da culpa e nitidamente adota a Teoria do Risco, chamada de objetiva, segundo a qual preceitua como aquele que em decorrência de sua atividade, cria um risco de danos a terceiro, fica compelido a reparar, sendo desnecessário que a ação do agente signifique imprudência ou negligência.

1.2 O dano moral e suas reparações

Já fora contestável a questão da reparabilidade do dano moral, encontrando-se hoje pacificada mesmo no que tange à sua cumulabilidade com o dano material. Com relação ao dano moral a questão a ser estudada não é mais a de se questionar se ele é ou não reparável, se pode ou não ser cumulado com o material, mas sim, o que será o próprio dano moral. Este é o ponto de partida para o levantamento de todas as questões relacionadas ao dano moral, inclusive quanto à sua reparação.

Na primeira fase negava-se ressarcibilidade ao dano moral, sob pretexto de ser ele irreparável. Chegava-se ao extremo de considerar imoral estabelecer preço para a dor. Aos poucos foi sendo demonstrado que esses argumentos tinham por embasamento um sofisma, por isso que não se trata de *pretium doloris*, mas de simples compensação pela tristeza injustamente imposta à vítima. O ressarcimento

do dano moral tem mais uma função satisfatória, na qual se procura um bem que recompense, de certo modo, o sofrimento ou a humilhação sofrida. Suprime-se o conceito de equivalência, do dano material, pelo de compensação, que se obtém abrandado, de maneira indireta as sequelas do sofrimento.

Em uma segunda fase, passou a ser admitida a compensação do dano moral, desde que autonomamente, não sendo cumulado com o material. O argumento era o de que o dano material absolve o moral, afastando, nesse caso, a sua reparação. Em vários casos, a vítimas, além do detrimento patrimonial, suportavam também dano moral, que forma um adicional não abarcado pela reparação material. Sendo que o dano material, conforme já exposto, atinge bens do patrimônio da vítima, enquanto o dano moral afronta bens da personalidade. Estava nessa fase quando introduzir-se em vigor a Constituição de 1988, na qual é expressa a admissibilidade da reparabilidade do dano moral.

Dano moral seria aquele que não tem caráter patrimonial, assim sendo, todo dano não material. Dano moral é qualquer sofrimento que não é causado por perda pecuniária. Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não prejudicando seu patrimônio, advém da dor, a qual não tem preço. É detrimento de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome, a integridade psicológica, como se infere dos arts. 1º, III, e 5º, V e X da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, desconforto, tristeza, vexame e humilhação. Ressaltam-se efeitos maléficos marcados pela dor, pelo sofrimento. É a apatia, a morbidez mental, que tomam conta do ofendido. Surge o padecimento íntimo, a humilhação, a vergonha, o constrangimento de quem é ofendido em sua honra ou dignidade, o vexame e a repercussão social por um crédito negado. Para que se amenize esse estado de melancolia, de desânimo, há de se proporcionar os meios adequados para a recuperação da vítima.

Diversas foram às oposições que se pleiteou contra a reparação do dano puramente moral. Indagava-se, que seria imoral dar valor monetário à dor, o dano moral dispensa prova em concreto, pois se passa no interior da personalidade. Trata-se de presunção absoluta. Desse modo, não precisa a mãe comprovar que sentiu a morte do filho; ou o agravado em sua honra demonstrar em juízo que sentiu a lesão; ou o autor provar que ficou vexado com a não-inserção de seu nome no uso público da obra, e assim por diante. Não se está pagando a dor nem se lhe

atribuindo um preço e sim apacando o sofrimento da vítima, fazendo com que ela se distraia se ocupe e assim supere a sua crise de melancolia.

A dor não é genérica, é personalíssima, variando de pessoa a pessoa. Uns são mais fortes, outros mais suscetíveis ao sofrimento. Existem pessoas que dispensam os derivativos: são os estóicos, os de coração empedernido. Na avaliação do dano moral, o juiz deve medir o grau de seqüela produzido, que diverge de pessoa a pessoa. A humilhação, a vergonha, as situações vexatórias, a posição social do ofendido, o cargo por ele exercido e a repercussão negativa em suas atividades devem somar-se nos laudos avaliatórios para que o juiz saiba dosar com justiça a condenação do ofensor.

Existem os que entendem que a restituição pelo dano moral vem agregada à indenização pelo dano material. O que se enfatiza é a repercussão do dano ocorrido. Colabora para somar o valor do ressarcimento o elemento propositado do agente do dano. Existe agressor que atua com planejamento, utilizando de má-fé, exclusivamente para danificar, ferir a honra e a boa fama do ultrajado. Neste caso, a condenação deve abordar quantias maiores.

À Constituição Federal sucumbiu a resistência *quantum* à reparação do dano moral, ao discorrer, no título "Dos direitos e garantias fundamentais" (art. 5º), que "é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem" (n. V), declarando ainda "invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação" (n. X). Admite-se, hoje, a propositura de ação com pedido cumulativo de indenização do dano material e do dano moral. Discorre, sobre tal dispositivo, a Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça: "São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato".

Embora os direitos da personalidade, ou seja, intransmissíveis, a aspiração ou direito de exigir sua indenização pecuniária, em caso de ofensa, transmite-se aos sucessores, nos termos do art. 943 do Código Civil "O direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança.". Neste entendimento já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: "O direito de ação por dano moral é de natureza patrimonial e, como tal, transmite-se aos sucessores da vítima" (RSTJ, 71:183). E, embora também seja imprescritível, a pretensão à sua reparação está sujeita aos prazos prescricionais estabelecidos em lei.

Sobre a quantificação do dano moral na sua reparação, discorre Carlos Roberto Gonçalves (2002, p. 96):

O problema da quantificação do dano moral tem preocupado o mundo jurídico, em virtude da proliferação de demandas, sem que existam parâmetros seguros para sua estimação. Enquanto o ressarcimento do dano material procura colocar a vítima no estado anterior, recompondo o patrimônio afetado mediante a aplicação da fórmula "danos emergentes-lucros cessantes", a reparação do dano moral objetiva apenas uma compensação, um consolo, sem mensurar a dor. Em todas as demandas que envolvem danos morais, o juiz defronta-se com o mesmo problema: a perplexidade ante a inexistência de critérios uniformes e definidos para arbitrar um valor adequado.

O Código Civil de 2002 faz referência ao dano moral no art. 186, ao descrever que comete ato ilícito aquele que, "por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral". A avaliação do dano moral, bem como definição de critérios para sua quantificação, fica a cargo da doutrina e da jurisprudência.

A Constituição vigente institui como dano moral a transgressão do direito à dignidade. E por atender a inviolabilidade da intimidade, da vida humana, da honra e da imagem corolário do direito à decência que a Constituição inseriu em seu art. 5º, V e X, a plena retaliação do dano moral. Este é o novo ponto de vista constitucional, pelo qual deve ser estudado o dano moral, que já deu início a ser averiguado pelo Judiciário, conforme se constata o acórdão a seguir transcrito:

Qualquer agressão à dignidade pessoal lesiona a honra, constitui dano moral e é por isso indenizável. Valores como a liberdade, a inteligência, o trabalho, a honestidade, aceitos pelo homem comum, formam a realidade axiológica a que todos estamos sujeitos. Ofensa a tais postulados exige compensação indenizatória (Ap. cível 40.541, rel. Des. Xavier Vieira, in ADCOAS 144.719).

Toda pessoa, por mais pobre e humilde que seja, mesmo que inteiramente sem formação cultural e bens materiais, será, todavia, possuidora de um conjunto de bens que compõem a sua personalidade (atributos do ser humano), de maior valor que o patrimônio. É a dignidade humana que não é adstrita apenas dos ricos, cultos ou poderosos, que deve ser por todos respeitados.

Os bens que compõem a personalidade estabelecem valores diferentes dos bens patrimoniais, cujo abuso resulta no que se convencionou em designar de dano moral. Essa comprovação, por si só, demonstra que o dano moral não se confunde

com o dano material; tem essência própria e autônoma, de modo a deprecar tutela jurídica independente. No entanto, o dano material atinge o patrimônio, e o dano moral atinge a pessoa, sendo este uma reação psicológica que a pessoa sente em razão de uma violação a um bem componente de sua personalidade, causando-lhe vexame, sofrimento, humilhação e outras dores do espírito.

Adentrando nesta nova concepção dos chamados novos direitos da personalidade, cita-se: intimidade, bom nome, imagem, privacidade, a integridade da esfera íntima. Resguarda-se aí o interesse da pessoa humana de guardar só para si, ou para estrito círculo de pessoas, os vários aspectos da sua vida privada: convicções religiosas, filosóficas, políticas, sentimentos, relações afetivas, aspirações, hábitos, gostos, estado de saúde, situação econômica, e financeira dentre outras.

Note-se que hoje o dano moral não mais se restringe à dor, tristeza e sofrimento, abraçando em sua tutela todos os bens personalíssimos, razão pela qual se revela mais apropriado chamá-lo de dano imaterial ou não patrimonial, como ocorre no Direito Português. Devido à razão dessa natureza imaterial, o dano moral é insusceptível de avaliação pecuniária imposta ao gerador do dano, sendo esta mais um contentamento do que mesmo uma indenização.

O necessário para a configuração do dano moral não é o ilícito em si mesmo, mas o *quantum* da repercussão que ele possa apresentar. O mesmo ataque pode acarretar lesão em bem patrimonial e personalíssimo, causando dano material e dano moral. Não é preciso neste último que a agressão tenha uma repercussão externa, necessitando apenas que atinja um sentimento íntimo e pessoal de dignidade da vítima, pois a eventual repercussão ensejará tão somente o seu agravamento.

2 A RUPTURA DA SOCIEDADE CONJUGAL

O capítulo em tela tratará sobre a ruptura da sociedade de modo geral, adentrando mais especificamente nos deveres recíprocos existente entre os consortes, com aprofundamento na ruptura em si da sociedade conjugal, fundada na culpa de um dos companheiros. Serão estudados os efeitos da dissolução da sociedade conjugal.

2.1 A sociedade conjugal e os deveres recíprocos entre os consortes

As relações conjugais firmam-se no respeito e em considerações mútuas, no amor, na assistência recíproca e nos deveres de fidelidade, insere-se a estas pessoas a perspectiva que buscam além de todos esses aspectos a estabilidade da vida em comum. Lastrando-se na falta de norma reguladora para a transgressão deste, é que se vai buscar na responsabilidade civil mecanismo para supressão desta lacuna.

Acerca da responsabilidade civil segundo Maria Berenice (2006, p. 100):

A responsabilidade decorrente das relações efetivas deveria ter por base a repetida frase de Saint-Eupéry: és responsável por quem cativas. É só isso que o amor poderia gerar: o direito de ser feliz e o dever de fazer o outro feliz. Mas infelizmente, como diz a velha canção, o anel que tu me deste era vidro e se quebrou, o amor que tu me tinhas era pouco e...

A preocupação elementar das sociedades primitivas era a satisfação das necessidades básicas. Com meios técnicos arcaicos para enfrentar os rigores da natureza, o problema primordial do homem primitivo era prover sua própria subsistência.

O homem começou a viver em grupos com o passar dos tempos, a partir disso, homem e mulher repartiam as tarefas, nesse sentido a pessoa solteira era um flagelo para a sociedade daquela época. Nas sociedades primitivas não havia uma relação conjugal caracterizada, mas relações familiares grupais promíscuas.

Mais tarde, em Roma, a família organizou-se sobre o princípio da autoridade, que envolvia quantos a ela estavam subordinados. O pai detinha absoluto poder no âmbito familiar; chefiando, realizava o culto dos deuses domésticos e difundia

justiça. Empunhava sobre os filhos direito de impor-lhes pena corporal, vendê-los e inclusive tirar-lhes a vida. A mulher estava plenamente subordinada à autoridade do marido, não tendo autonomia, e ainda podendo ser repudiada por ato unilateral do mesmo.

Apenas o pai era detentor do patrimônio, desempenhando o poder sobre os bens da família, como decorrência do poder sobre os filhos e sobre a mulher.

Mais tarde, a família passou a se estabelecer como organismo de produção, ou seja, o pai utilizava sua esposa e filhos, para o trabalho braçal, a fim de custear a subsistência familiar.

Com o passar dos tempos, suavizaram estas regras severas: observou-se que o casamento trazia fatores que modificavam a realidade da época, buscando o amparo dos bens adquiridos no decorrer da vida, e propondo deixar os bens no âmbito familiar após sua morte.

O indivíduo sempre sentiu a necessidade de viver em união, portanto, somente após a civilização romana foi que se observou que a família somente era bem sucedida e estruturada quando formada por um homem e uma mulher e filhos, partindo para evoluções até chegarmos à entidade familiar de hoje, como veremos a seguir.

Na evolução posterior ao período romano, a família auferiu subsídios do direito germânico. Adotou a espiritualidade cristã, restringindo o grupo familiar aos pais e filhos.

Contudo, no direito moderno, adquiriu outras peculiaridades. Trocando a organização autocrática por uma orientação democrática ativa, ou seja, os membros decidiam diretamente, adquirindo direitos e obrigações no meio familiar, até mesmo a mulher, antes dominada pelo poder do pai ou do marido.

A magnitude do poder marital considera-se um eufemismo vazio do antigo conteúdo, atualmente os filhos já podem contrair seus bens, que, em sua menoridade, são administrados e utilizados pelos pais. A mulher adquire seu patrimônio próprio, o qual o marido não pode utilizar, e ainda tem a capacidade de proteger a sua parte no acervo comum, em desfavor dos credores do marido. Colabora no governo do domicílio, dividindo com ele as decisões e os encargos.

Atualmente, a família está se reduzindo em termos de números de indivíduos, devido à necessidade econômica ou mesmo, a oportunidade de levar a mulher a desempenhar atividades extradomicílio, amortecendo o dirigismo no seu interior. A

educação também sofreu alterações, em seu aspecto de formação pessoal dos filhos.

A família transformou-se intensamente, e o Estado com seu dever de assistência sobre ela, precisa estabelecer estrutura com a finalidade de assegurar equilíbrio, por isso, tanto mais desenvolvida uma nação, mais fortalecida a família estará.

A família auferiu imenso amparo do Estado, recebendo um Capítulo na CF/1988, disposto a partir do art. 226 até o art. 230, que cuidam da família, casamento, filhos, idosos, cônjuges, deficientes físicos, direitos trabalhistas e previdenciários, etc., fundamentando-se especialmente no princípio da dignidade da pessoa humana.

A família brasileira ajustou em tradição eminente patriarcal, em que a chefia do grupo familiar se dirigiu sucessivamente ao homem, no interesse do sustento, da estabilização e harmonia da entidade familiar, só admissível quando submetida esta a uma autoridade única, sendo que o desenvolvimento de tal autoridade ao proporcionar seu desempenho concomitantemente pelo homem e pela mulher, podendo haver entre estes uma situação de verdadeiro confronto, sem condições de ser, no futuro contornado.

Com o desenvolvimento da sociedade, vem crescendo a dificuldade financeira, estabelecendo entre o homem e a mulher uma igualdade na cooperação que proporcionam à família, sem, contudo, conceber tal igualdade perante a lei e a sociedade, averiguando-se a obrigação de existir sempre uma autoridade que deliberasse no caso de desacordo entre os cônjuges. A união e a permanência da família faziam com que se escolhesse confiar a chefia ao marido, assim reconhecido no antigo Código Civil de 1916, *in verbis*: "Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos. Compete-lhe: I – a representação legal da família."

A vigente Constituição, assim como no Código Civil atual, não deixa mais imprecisão de que ficou extinguida a figura do gerenciador da sociedade conjugal. Não mais se confere ao marido qualquer regalia, ou sobrecarga de responsabilidades como provedor financeiro do lar, assim as decisões de interesse da família serão aceitas por ambos os cônjuges, conforme prescreve o art. 226, § 5º, da CF/88 e o art. 1.565 e 1.568 do Código Civil/2002.

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

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

Art. 1.568. Os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, para o sustento da família e a educação dos filhos, qualquer que seja o regime patrimonial.

Os consortes se deparam ao mesmo nível de equidade na sociedade conjugal, da qual contraem direitos e obrigações, admitidos reciprocamente.

Ao nascer, o homem torna-se componente complementar de um instituto natural, o organismo familiar. A ela mantém-se unido durante a sua vivência, mesmo que venha a estabelecer nova família pelo matrimônio, compondo-se dos consortes e de seus filhos.

A proteção estatal às famílias não é eventual, ou expositiva. O ordenamento jurídico leva a necessidade da família como centro básico de toda composição social, onde a pessoa adquire seu sustento e amparo, além do mais fundamental à sua educação. Assim discorre o art. 226 da Constituição Federal de 1988: "A família, base da sociedade tem especial proteção do Estado".

O núcleo principal da família é composto pelo marido e pela mulher, caracterizando-se pela coexistência social, física, e pela solidariedade econômica, vindo o Estado a aferir, contudo, amparo à família por considerá-la a célula base de toda sua estrutura.

É preceituada a sociedade conjugal por De Plácido e Silva (2005, p 1313) em Vocabulário Jurídico, da seguinte forma:

É a que se estabelece entre homem e mulher, como fundamental efeito do casamento civil, ou do casamento religioso a que se der valor de civil. A sociedade conjugal, que se institui pelo casamento, importa no estabelecimento de uma comunhão de bens e de interesses, de que participam os dois cônjuges. A sociedade conjugal se dissolve somente pela morte de um dos cônjuges, pela anulação ou nulidade do casamento, e pelo divórcio.

Propondo-lhes maior garantia para o instituto familiar, a lei civil adotou alguns deveres viventes entre os consortes e para com as proles, objetivando com isso resguardar a harmonia social.

Dentre os deveres recíprocos entre os consortes, estão: a fidelidade, a vida

comum no domicílio conjugal, a mútua assistência, o sustento, a guarda e educação dos filhos, o respeito e a consideração mútuos, conforme o art. 1.566 do CC/2002, no entanto, acontecendo transgressão de algum desses deveres, procederá em causa para a separação judicial litigiosa, segundo art. 1.572 do CC/2002.

A fidelidade mútua é compreendida na acepção física e moral, ou seja, como mantimento de relações sexuais privativo como o outro consorte e dever da fidelidade de cada parte do casal em relação ao outro. Todo relacionamento humano depende desta, pois o mesmo ordena equilíbrio de transparência e concordância. A carência de lealdade causa a marginalização dos infieis. A base familiar está centrada num relacionamento monogâmico, no qual o casal tem sobre si o dever de fidelidade.

A vida a dois é a habitação mútua em moradia no mesmo lugar, selecionado de comum acordo e no empenho do casal, conforme o art. 1.569 do CC/2002.

Selecionado o local de convívio por ambos os consortes, os mesmos carecerão de nele residir, entretanto, algumas circunstâncias poderão acontecer, ocasionando uma restrição à regra, como no evento de um ou ambos os consortes precisarem retirar-se da residência matrimonial em virtude do ofício, enfermidade ou outras circunstâncias que não cheguem a conceber a renúncia do lar voluntariamente.

Outra obrigação vivente entre os consortes é a recíproca proteção ética e econômica, devendo ambos contribuir na conservação da ascendência, conforme o art. 1.566, inciso III, do CC/2002.

Passando os consortes a conviverem juntos, carecerão os dois cooperar um com o outro, ou seja, havendo auxílio mútuo, para acolher as necessidades da família e entre eles no campo carnal e moral. Cabendo até mesmo, tal poder de vir a ser desdobrado após a dissolução da sociedade matrimonial.

Com essa acepção, os consortes são sujeitos a convergir, na magnitude de seus bens e dos proveitos de seu trabalho, para o sustento da família e da criação dos filhos, qualquer que seja o regimento patrimonial seguido pelo casal, assim prescreve o art. 1.568 do CC/2002.

Nesta obrigação, os consortes em relação à descendência, necessitarão em conjunto dispor de alguma saída, materiais e morais, para a educação dos filhos, segundo ordena o art. 229 da CF/88, os pais têm a obrigação de auxiliar, designar e ensinar os filhos menores, adotando tal princípio constitucional, o Estado propicia a

proporcionar maior amparo à descendência.

O acatamento e exposição mútuos, acrescidos de acordo com o atual Código Civil, advindo assim o rol de deveres mútuos. Fundamentado nesta nova modalidade, os consortes carecem estabelecer uma conduta particular condizente com os princípios éticos, com a intenção de adequar-se ao outro consorte, garantia de consideração e respeito mútuo.

Matrimônio e sociedade conjugal se divergem, pois se pautam de forma tão estreita que se convergem interdependentes e não aceitam falar na vivência de um sem que o outro também esteja presente. O estabelecimento conjugal é o que normalmente se concebe e que se procura consolidar quando se toma todas as providências em lei previstas e que se volta a emprestar-lhe a mais extensa legitimidade. Habilitam-se os contraentes para o matrimônio e com este surge a sociedade conjugal, como efeito espontaneamente decorrente.

A sociedade conjugal decorre absolutamente do matrimônio, constituindo-se em efeito dele decorrente, que se institui pela união no estabelecimento de uma comunhão de bens e de interesses, de que participam os dois consortes.

2.2 A ruptura da sociedade conjugal fundada na culpa

Em diferentes momentos da história da humanidade, há convívio das pessoas, seja no âmbito familiar, seja no profissional, social, ou mesmo, de negócio, for marcada por relações de amor e ódio. Dentre todas, as relações de amor que sempre fizeram à história, destacam-se o desmedido amor de Romeu e Julieta, contrariamente ao ódio nutrido pelas suas famílias, Montecchio e Capuletto. Bertoldo Mateus Oliveira Filho (2002, p. 32) demonstra isso na crítica que faz da história das relações conjugais:

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

As relações de amor deixam sempre fascínio, exemplo; as de ódio deixam culpa e a necessidade, para o direito, de puni-las. Na relação conjugal, importa culpabilidade porque é exatamente nas relações familiares que deve prevalecer o afeto, a cumplicidade, dedicação e amor.

A perspectiva de culpa, quando é feita através de uma retrospectiva, impõe a posição de inferioridade da mulher em relação ao homem. Não difere esta previsão na ruptura na aplicação das sanções por culpa da mulher. Caso de certas faltas, tais como adultério, esterilidade, tentativa de envenenamento, o repúdio, formas de rupturas unilateral do casamento, eram privilégios apenas dos homens, as mulheres submissas, por sua vez não poderiam nem repudiar os homens.

A ideia de culpa estava presente no Código Civil de 1916, perdurando mesmo com a Lei dos Divórcios, e só começando a ser sucumbida pela doutrina e jurisprudência, posterior a Constituição de 1988. O desquite litigioso, convencional pelo Código de 1916, estava sujeito a provar a culpa em qualquer das quatro hipóteses enumeradas pelo art. 317, sendo: adultério, tentativa de morte, sevícias ou injúria grave, ou ainda, o abandono voluntário do lar conjugal durante dois anos.

Sendo indissolúvel o matrimônio, perfeitamente dedutível era o estigma que a imputação de culpa impunha ao cônjuge assim reconhecido. A Lei de Divórcio, mesmo derogando o art. 317 do Código, ao elencar no seu art. 5º as hipóteses da separação, sanção, consagra a culpa na imputação de conduta desonrosa ou de qualquer ato violador dos deveres do casamento.

A constituição de 1988 através de um processo histórico de transformações da estrutura familiar amenizou este posicionamento normativo. Os arts. 226 e 227 de seu texto determinaram o amparo da família como meio para a concretização da personalidade dos seus componentes, delimitando a entidade familiar da entidade matrimonial, esta, apenas uma espécie privilegiada daquela, admitindo-se, expressamente, a união estável e as famílias monoparentais, formadas por qualquer dos pais e seus descendentes.

No atual código civil, a culpa continua presente na base das possibilidades de ruptura unilateral da relação. O *caput* do art. 1.572 preceitua: "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". A qual ensejará em uma separação judicial litigiosa, que é permitida, a pedido de qualquer dos cônjuges, a separação mediante processo

contencioso, qualquer que seja o tempo de casamento, estando presentes hipóteses legais que tornam intoleráveis a vida em comum, devendo, o órgão julgante apreciar objetivamente os fatos que evidenciem a impossibilidade da convivência matrimonial.

Conforme os pretextos legais, três serão as condições de separação judicial litigiosa ou não consensual realizada por iniciativa da vontade unilateral de qualquer dos consortes bem como a separação litigiosa como pena, ocorre quando um dos consortes atribui ao outro comportamento de desonra que importune depreciação no ambiente familiar ou no meio social em que vive o casal ou qualquer ato que importe em grave defloramento dos deveres matrimoniais arrolados no Código Civil, art. 1.566, fidelidade recíproca, vida em comum no domicílio conjugal, mútua assistência, sustento, guarda e educação dos filhos, respeito e consideração mútuos; separação litigiosa como falência, se houver ruptura da vida em comum, ou separação de fato, há mais de um ano e impossibilidade de sua reconstituição, pouco importando o motivo que levou à ruptura fática da convivência conjugal; separação litigiosa como remédio, que ocorre quando o cônjuge a pede ante o fato de estar o outro acometido de grave doença mental, manifestada após o matrimônio, que torne impossível a continuação da vida em comum por acarretar, p.ex., constantes agressões físicas, desde que, após uma duração de dois anos, a enfermidade tenha sido reconhecida, por perícia médica, de cura improvável.

Como efeitos patrimoniais da separação judicial litigiosa como remédio haverá reversão em benefício do cônjuge enfermo, que não pediu a separação judicial, do remanescente dos bens que levou para o casamento, e se o regime matrimonial de bens adotados o permitirem, a meação de tudo o que foi adquirido na constância da sociedade conjugal. A lei procura favorecer o companheiro, mentalmente doente, conferindo-lhe vantagens patrimoniais.

O entendimento esposado exalta a tipificação genérica da Lei de divórcio que conferia a separação, apenas com pressuposto na conduta desonrosa ou na prática de ato transgressor dos deveres do casamento, sempre que tornassem intolerável a vida em comum. Com o esgotamento do casamento, o exame da culpa só serve para aumentar os ressentimentos, não originando benefício para as partes nem para a prole. Neste contexto, vale dizer que a simples quebra do afeto matrimonial desestrutura o casamento, permitindo reconhecer a sua ruptura independentemente de prova da culpa.

Na regulamentação do desquite, no Código Civil de 1916, as penalidades estavam elencadas nos artigos 320, 321, 324 e 326, todas revogadas em 1977 pela Lei de Divórcio. A previsão alimentar decorrente do reconhecimento de culpa, no desquite, destinava-se à mulher inocente e pobre, antecipando-se sua sujeição à prova da necessidade. Vale enfatizar que o art. 321 presumia, também em decorrência da culpa, a imposição da coação de o cônjuge culpado contribuir com uma cota, fixada pelo juiz, para a criação e educação dos filhos.

A perda do direito ao uso do nome do marido era decorrência da condenação da mulher na ação de desquite, e o mesmo ocorria com relação à guarda dos filhos menores, que ficavam com o cônjuge inocente, sem qualquer ressalva quanto aos seus interesses, como faz hoje o Estatuto da criança e do Adolescente.

Detalhe interessante, quanto à guarda, constava dos parágrafos 1º e 2º do art. 326, para o caso de culpa recíproca, em que se garantia à mulher a guarda das filhas, enquanto menores, e dos filhos até seis anos; já o parágrafo 2º garantia a guarda dos filhos maiores de seis anos ao homem. Daí, o consenso popular até hoje existente, mesmo sem qualquer alicerce legal, de que com a mãe ficam as filhas mulheres e o pai, com os filhos homens.

Na Lei de Divórcio de 1977, a culpa estava presente na fixação dos alimentos, na perda do sobrenome de família do cônjuge e perda da guarda dos filhos menores como sanções impostas para as hipóteses previstas no *caput* do art.5º, noutra situação, elencada no parágrafo do citado artigo, e art. 26º, previam as situações não culposas de separação, as designadas “separação remédio”. Sendo estas inaplicáveis para os casos de divórcio direto, pois está explícito que sua aplicabilidade restringe-se ao divórcio direto.

Os alimentos tinham sua fixação fundada por culpa prevista no art.19º; a perda pela mulher, do sobrenome do marido, quando derrotada na separação, no art. 17º e a admissibilidade da perda da guarda dos filhos menores na disposição do art. 10º. Acerca do desenvolvimento de uma nova interpretação destes artigos, posteriores a constituição, Vitor Ugo Oltramari (2005, p.64) na sua obra sobre o dano moral na ruptura da sociedade conjugal discorre o seguinte:

Reconhecidamente, desde algum tempo, especialmente após a Constituição de 1988, e, no caso da guarda, ainda mais após o Estatuto da Criança e do Adolescente, qualquer das previsões apontadas foi sendo temperada na sua interpretação pela doutrina e pela jurisprudência. Assim é que o condicionamento da fixação dos alimentos à necessidade do

inocente ganhou ainda mais corpo em razão da isonomia constitucional entre os cônjuges (art. 226, parágrafo 5º), visto que, primordialmente, os alimentos eram fixados em favor da mulher, por tradição economicamente dependente do marido. Verdade é que, a partir da implantação constitucional da isonomia, a condenação à prestação de alimentos alcançou a mulher, tendo em vista o dever de ambos os cônjuges contribuírem para a manutenção da família (art. 233, IV, do CC).

A Lei nº 8.408/92 introduziu no parágrafo único do art. 25 da lei 6.515/77, o inciso III, identificando, por força da evolução do tempo, a nova linha imprimida à matéria. A conservação do nome de casada da mulher passou a ser exceção, devendo retornar ao nome de solteira, salvo nas hipóteses de "evidente prejuízo para a sua identificação", "manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida" ou de "dano grave reconhecido em decisão judicial". A tendência hoje é de a mulher nem assumir o sobrenome do homem, mantendo cada um a sua própria identidade e individualização.

O cônjuge vencido na ação de separação por culpa, com o reconhecimento de ter este praticado ato de grave transgressão das obrigações do matrimônio ou ter mantido comportamento desonroso, é adequado que se atribua ao inocente a (não precisa de crase) posse dos filhos, no fundamento de ter mantido conservada a instituição conjugal, preservando os deveres assumidos.

Acontecendo culpabilidade mútua, variavelmente dos mantimentos, no qual as proles menores permanecerão na posse da genitora, salvo se o juiz constatar que de tal solução possa incidir prejuízo de ordem moral para eles. Na presunção de qualquer dos genitores terem característica de exercer a guarda, o parágrafo 2º permite o seu deferimento à pessoa notoriamente apropriada da família de qualquer dos consortes, facultando ao juiz, existindo motivos graves, segundo o artigo 13 da mesma lei, ainda ajustar a sua concessão de maneira divergente.

Isto era devido à posição da mulher no campo social, profissional e, especialmente, legal, a qual não era a atual, de igualdade constitucionalmente garantida. Sendo, que também o interesse do menor não tinha a evidência que hoje lhe é imposta pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). As disposições atinentes à guarda estendiam-se aos filhos maiores inválidos, de acordo com o art. 16 da Lei de Divórcio.

Faz-se necessário observar que qualquer julgamento da culpa na Lei de Divórcio, vivendo-se a contemporaneidade decorrente da Constituição 1988 e do novo milênio, induz a interpretá-la erroneamente. Não se pode esquecer que ela

data de 1977, nem deixar de lembrar a aversão, na época, para a sua aprovação. Com a ótica na atualidade, a doutrina e a jurisprudência vinham conduzindo o assunto de forma diferente, mais preocupadas com a valorização do afeto e do sentimento em si recíproco, do que menos, com a configuração da culpa.

Já em relação à guarda dos filhos menores, a disciplina do ECA protege o interesse do menor, o que nem sempre se ratifica na companhia do cônjuge inocente, justamente em função das condições e dos benefícios para o menor; e os alimentos, sabiamente condicionados a prova do binômio possibilidade/necessidade, muito mais que da culpa. Relacionado no que se tange para a partilha dos bens do casal, em nada era subordinado da apuração de culpa.

No vigente Código Civil, a circunstância não é desigual. O art. 1.578 é taxativo ao determinar que o cônjuge culpado só perca o direito de valer-se do nome do outro quando assim expressamente arguido pelo inocente e se a alteração não ocasionar, como já era previsto o art. 25 da Lei de Divórcio, evidente detrimento para a sua identificação, manifesta diferença entre o seu nome e o dos filhos havidos da união dissolvida, ou dano grave reconhecido na decisão judicial.

A fixação da guarda no atual Código já não acata a noção de culpa ou de prioridade da mulher. Na proposição de dissolução consensual da sociedade conjugal, o art. 1.583 garante a observância do que o casal acordar. Nas circunstâncias contenciosas, até mesmo na ruptura por culpa, presume-se a inexistência de acordo quanto à guarda dos filhos, que, em virtude disso, passa a ser disciplinada pelo art. 1.584. Determina-se que seja deferida "a quem revelar melhores condições para exercê-la", retificando o desajuste para a atualidade do art. 10 da Lei de Divórcio, o qual punia o cônjuge culpado com a perda da guarda. Com tudo, o art. 13 já previa uma preocupação com o interesse do menor quando permitia ao juiz regular de forma diferente "a bem dos filhos".

O único interesse que deve predominar na aceção da guarda é o bem-estar dos filhos menores. Neste sentido está no art. 1.586 CC vigente ("Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes a situação deles para com os pais."), quando se vê, que não restou nenhum acondicionamento acerca da perda de guarda por culpa conjugal. Difere da direção histórica da questão, em desfavor da culpa (art. 10, da Lei de Divórcio) ou em favor da mulher, pela sua condição feminina e materna, o legislador atual mostra-se muito mais preocupado com os interesses da

criança, do que com os questionamentos da lide conjugal. Deste modo, o empenho para o bem-estar do menor já é marca determinada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em relação aos alimentos, o art. 1.694 do CC, absorveu a obrigação parental e assistencial entre cônjuges e companheiros, deliberando, a segurança da condição social do alimentando e introduzindo na sua conjuntura as necessidades educacionais. Às hipóteses de culpa estão marcadas no parágrafo 2º do art. 1.694 (os necessários), restringidos ao imprescindível o sustento. Tal disciplina, de forma peculiar para a relação marital, está prevista no parágrafo único do art. 1.704. A inserção dos alimentos necessários na disciplina do novo Código admite a sua fixação nos casos de culpa recíproca pela ruptura, o que era inadmissível no sistema anterior.

Satisfazer à prova da sua indispensabilidade à subsistência do pretendente, independentemente da sua parcela de culpa para a ruptura. Já o artigo 1.702 ("Na separação judicial litigiosa, sendo um dos cônjuges inocente e desprovido de recursos, prestar-lhe-á o outro a pensão alimentícia que o juiz fixar, obedecidos os critérios estabelecidos no art.1694"), mesmo que aparentemente trate de hipótese de culpa, condiciona a sua concessão à configuração das condições de fixação estabelecidas pelo parágrafo 1º art. 1.694. Sobrando indubitado, como se comprova que toda a disposição da obrigação alimentar está dependente da configuração do binômio: necessidade de quem pede possibilidade de quem paga.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a equidade entre os cônjuges (art. 266, parágrafo 5º) auferiu força de princípio normativo fundamental para o Direito de Família, porque deriva do princípio geral (art. 5º, I) e do reconhecimento da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da República (art. 1º, III), segundo já visto. A ela necessitavam se adequar todas as regras e métodos do Direito de Família, como forma de extinguir o desequilíbrio entre os cônjuges, seja nas suas relações pessoais, com os filhos e, mesmo, patrimoniais. Com ausência de suspeitas acerca das desigualdades que existiam foram às causas da hegemonia masculina e, em resultado, da prática de muita discriminação contra a mulher, na maior parte das vezes causando resultados catastróficos na relação familiar.

É necessário ajustar, como já exposto, que a mulher sempre foi, até a Constituição de 1988, subordinada e condicionada à autoridade do homem. Por

causa disso é que todo o desenvolvimento do organismo legislativo protetivo se voltava para a mulher, precisamente porque ela era dependente do marido, não só econômica, mas socialmente também. Partiu daí que, com o casamento, era a mulher que assumia o sobrenome da família do marido.

A guarda dos filhos menores era tradicionalmente assegurada em seu favor porque era condicionada como a rainha do lar, e a segurança de alimentos, calcada na dependência econômica daí decorrente. Ao fazer obedecer às sanções pela ruptura com culpa, a visão do legislador sempre esteve voltada para a mulher, a parte mais frágil da relação, porque, na verdade, em desfavor do homem pouco ou nenhum efeito brotavam. O marido não adotava o nome da esposa, a guarda dos filhos era preferencialmente resguardada para a mulher, e nem se pensava em conceder pensão em favor do marido.

De acordo com a história, as punições sempre foram voltadas contra a mulher, por natural consequência da sua inexpressão social e inteira subordinação em relação ao marido. Atualmente não se aponta muita disparidade nesta situação. As sanções expressas das leis revogadas (Código Civil de 1916 e Lei de Divórcio) eram inerentes à punição contra a mulher provocadora da ruptura, bem mais severas do que as impostas ao homem, quando estes descumpriam das obrigações do matrimônio. A realidade hoje, entretanto, é outra, bem divergente. Há algum tempo, a mulher vem auferindo posição de evidência, sobretudo com a criação do Estatuto da Mulher Casada e, especialmente, da Constituição de 1988, a qual garantiu, a seu benefício, a integral isonomia com o marido.

O Código Civil brasileiro é alicerce que precede o Direito Constitucional de Família, no qual os princípios de liberdade, igualdade e responsabilidade introduzem os membros da família sobre as divergências discriminatórias. Apenas em um regime de igualdade, sem discriminações ou subordinações, pode-se refletir acerca do desenvolvimento da responsabilização civil, notadamente, também o dano moral, como maneira de sancionar as ilicitudes cometidas e a compensação dos danos ocasionados. Sobre o tema Vitor Ugo Oltramari (2005, p.72) preceitua:

Assim, também os favores para atender às preocupações decorrentes da sua situação de dependência e submissão já não têm razão de ser. Tanto é verdade que, em decorrência da consagração da igualdade entre os cônjuges e das posições galgadas pela mulher no mercado de trabalho, a fixação da verba alimentar, muitas vezes, vem sendo limitada a um determinado lapso temporal, de ajuste do ex-cônjuge pensionado à nova

situação socioeconômica. É de se salientar que nada mais impede seja pleiteado pensionamento pelo marido, uma vez configurado o binômio referido, Essa é uma das mudanças geradas em razão da igualdade dos cônjuges na evolução do reconhecimento das sanções oferecidas pelo Direito de Família,

O conjunto de afirmações até aqui estudadas em relação à união matrimonializada devem ser estendidas à união estável. Formalizada ou não, a relação de afeto é a mesma e a sua ruptura culposa tanto pode causar dano ao cônjuge como ao companheiro. A perspectiva positiva, tanto no plano material como no afetivo, desaba quando do rompimento da união estável, da mesma forma que submeter-se no casamento. Daí se alinharem nesta seção referências especificamente relacionadas às uniões de fato, agora fazendo parte do contexto do novo Código Civil.

Acerca das indenizações por serviços prestados, até a Súmula 380 do STF¹, não se pode ignorar a importância desta por retratar a primeira tendência à responsabilização civil na área das uniões não institucionalizadas. Era a forma de indenizar a participação do concubino que não tivesse bens adquiridos em seu nome na constância da união, pela sua contribuição nessa aquisição; do contrário, haveria lesão a um e enriquecimento ilícito do outro. Não se deve deixar sem mencionar o ato ilícito na ruptura da união estável, concubinato não é capaz, de si mesmo, de motivado sem nenhum direito do amante abandonado. Mas as circunstâncias de fato podem caracterizar o ato ilícito, diante do qual não é possível negar a reparação.

De certo, com a nova ordem instaurada em decorrência das Leis n.ºs 8.971/94 e 9.278/96, tanto a conquista patrimonial como os deveres de mútuo amparo entre os conviventes obtiveram outra visão, independentemente da existência de culpa no desfazimento da união. Nem para o casamento, nem para a união estável, o atual Código trouxe qualquer disposição específica.

Ademais dos direitos assistenciais e patrimoniais que devem ser garantidos a quem se une estavelmente, há a perspectiva de ocorrerem danos causados por um companheiro contra o outro seja na constância da união, seja na sua ruptura, isso, sempre que for litigiosa e com culpa a ruptura. Para o seu reconhecimento, que o pedido de dissolução de união estável seja formulado logo após a ocorrência da

¹ Súmula 380 do STF Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

conduta desonrosa, sob pena de configurar o perdão do ofendido. É comum a ocorrência desses danos, pois, desaparecido o interesse, podem aflorar os sentimentos negativos, provocando-se então fissura na moralidade da vítima, por força de investidas indevidas do agente. E não podem ficar sem compensação, sob pena de se praticar profunda injustiça, uma vez que a consagração do direito de indenização, material e moral, pela prática de ato ilícito, não sofre qualquer restrição no sistema brasileiro.

Se partir da pressuposição de que a união estável implica uma comunhão de sentimentos e propósitos elevados, porque os conviventes, diferente do que ocorre no casamento, têm absoluta consciência de que o afeto matrimonial é o vínculo que os mantém na finalidade de estabelecer família estável, daí por que a rescisão íngreme repercute intensamente no *animus* de ambos.

Atualmente se debate muito a ética e a boa-fé que devem predominar na conjuntura das relações jurídicas. Não é diferente nas relações de família, onde esses conceitos morais têm ainda mais a ver com o afeto que lhes dá base, além de impor deveres que, antes de serem legais, são morais. Faz-se necessário aqui destacar que a estipulação de deveres às uniões estáveis serve para que se possam prever critérios abstratos para atribuir consequências jurídicas às situações concretas.

Nas relações informais, isso ocorre muito mais, exatamente por provirem do afeto sustentado apenas nos fatos. Nenhuma lei, nem mesmo a sua inclusão no texto do Código Civil, conseguirá garantir o afeto que deve lhe dar sustentação. A lei não vai obrigá-los a ter afeto, mas vai impingir-lhes responsabilidade. Assim, todos os prejuízos causados pelas contrariedades, desequilíbrios, tensões e outros distúrbios na área do psiquismo do companheiro ofendido pelo comportamento culposos do seu par constituem dano moral, que, evidentemente, precisa ser ressarcido. Mesmo não havendo previsão específica na regulamentação legal da união estável, a regra geral da responsabilização civil do ato ilícito (arts. 186 e 927) garante a possibilidade do seu ressarcimento.

O mesmo problema encontrado no século passado para garantir efeitos às uniões estáveis, hoje plenamente integradas e inteiramente assumidas pela realidade social e jurídica do nosso país, é vivido neste início de século com semelhança à importância da necessidade de, no seu desfazimento culposos, ser garantida a responsabilização civil adequada, principalmente pelo dano moral

causado. A doutrina já é vastamente majoritária e convincente pelos seus argumentos e começa a se encaminhar também a jurisprudência.

2.3 A sociedade conjugal e os efeitos de sua dissolução

A sociedade se diferencia do vínculo matrimonial, que existe entre os consortes em benefício da união, este só desvanece nos acontecimentos de morte de um dos consortes, sentença anulatória ou declaratória de nulidade do matrimônio ou separação; já a sociedade matrimonial interrompe em sua essência porque as partes solicitam a separação judicial, amigável ou litigiosa, conforme o art. 1.571 do CC/2002:

Art. 1.571. A sociedade conjugal termina:
I – pela morte de um dos cônjuges;
II – pela nulidade ou anulação do casamento;
III – pela separação judicial;
IV – pelo divórcio.

No paralelo, fica bem claro que a separação judicial faz finalizar a sociedade conjugal, com ela põe-se termo às necessidades de coabitação, constância mútua e ao regime de domínio, conforme os arts. 1.575 e 1.576 do CC/2002. Logo a junção conjugal simplesmente dissolve-se pela morte de um dos consortes, pela revogação ou nulidade do casamento e pelo desquite, sendo que a separação põe termo aos efeitos civis do consórcio, podendo até mesmo, o divorciado adquirir nova união, pois deixará de haver o impedimento previsto no art. 1.521, VI do Código Civil de 2002.

A principal decorrência da separação judicial, quanto ao indivíduo dos cônjuges é: pôr termo aos deveres mútuos do casamento, coabitação, lealdade e proteção podendo assim, abdicar ao direito se vencer a batalha ou se o ato for de separação consensual; impossibilitar um novo matrimônio, já que o vínculo não foi rompido com a separação, mas somente com o divórcio. Possibilita a conversão da separação em divórcio, cumprido um ano de vigor de separação judicial.

Quanto aos domínios dos cônjuges os mesmos podem pôr fim ao regime conjugal dos bens. Quando a separação for consensual, os consortes sugerem uma

proposta de partilha, que será homologada pelo juiz. Quando a separação for litigiosa, compete ao juiz definir sobre os bens.

Deve-se ressaltar que quanto ao regime de bens, quando for o de separação, não haverá o que dividir; quando for o de comunhão universal, seja qual for o pretexto da separação judicial, os bens de família comum do casal, trazido ou adquirido, serão divididos ao meio; quando for o de comunhão parcial, partilham-se somente os bens adquiridos na constância do casamento, ficando cada consorte com a metade, retirando-se, ainda, cada qual tudo o que trouxe para o matrimônio; e por fim, quando o regime for total, carecerá de ser originada à devolução do dote pelo esposo.

Os pressupostos da obrigação estão assentados, havendo a ação ou a omissão do agente; está presente o dolo ou a culpa deste e resultando dano à vítima, está configurada a relação de causalidade entre o ato culposos e o dano gerado.

A lei prevê, aproximadamente, as decorrências de toda transgressão das obrigações de direito de família, sejam conjugais, sejam parentais. Dão à opinião, que se estendeu na acepção de não haver ação de perdas e danos, ou de compensação, quando alguém faltasse aos seus deveres de direito de família, conjugais ou parentais. Tal opinião foi posta de lado, porque, além da infração e procedente sanção de direito de família, é possível haver causa satisfatória para que haja indenização ou reparação, com base noutra regra de direito civil. Desde que houve o dano, e é de invocar-se alguma norma relativa à compensação por ato ilícito, no sentido lato do direito das obrigações, ou da Parte Geral, cabe ao cônjuge ou ao parente a ação correspondente.

Ratificada a lesão ao consorte pela não realização aos deveres mútuos do matrimônio, deverá o cônjuge lesado ter direito de ser recompensado, ou seja, deverá ser indenizado no que ficou preterido ou prejudicado.

É de se interrogar, havendo mútua culpa, facultará qualquer dos cônjuges impetrem a compensação ao outro, ou se ambos ficam impedidos de requisitar a reparação em face de seu ato culposos.

Santos (1999. p. 137), neste sentido preceitua "se ocorrer a violação por ambos, é caso de decretação de culpas recíprocas, com eventual condenação de ambos à reparação civil".

O direito brasileiro não aceita o chamado equilíbrio de culpas, em que a

infidelidade recíproca afasta a viabilidade de ambos promoverem a separação. Cometendo ambos os cônjuges atos culposos, poderá algum deles ou ambos, impetrar a separação culposa contra o outro.

Deste modo, em caso de culpa recíproca, só há probabilidade, em questão, de ressarcimento pelo dano ocasionado dos atos culposos em si, não da ruptura da relação, salvo que os dois produziram causa à ruptura.

Os consortes, não averiguando os deveres recíprocos, precisarão ser condenados ambos a reparação civil, pois o ordenamento jurídico brasileiro não presume a compensação.

Fez-se recente no direito brasileiro, por longo tempo, a existência de correntes doutrinárias ora recusando, ora confirmando a viabilidade de indenização do dano moral. Com o aparecimento da Constituição Federal de 1988 esta questão não tem mais motivo de ser, pois a finalidade de possibilidade está preterida de maneira explícita no artigo 5º, X da CF.

A questão mais frágil em discussão é que a aflição não acolhe uma valoração pecuniária. Mas no dano moral não há uma represália no detrimento, sendo admissível considerá-lo como um ressarcimento pela transgressão da paz interior. Este ressarcimento do dano moral deve desempenhar dois empregos, uma de pena cominada ao determinante do dano e outra de compensação para com o ultrajado.

Discorre Maria Helena Diniz, (2002. p. 94):

a reparação do dano moral não tem apenas a natureza penal, visto que envolve uma satisfação à vítima, representando uma compensação ante a impossibilidade de se estabelecer perfeita equivalência entre o dano e o ressarcimento. A reparação pecuniária do dano é um misto de pena e de satisfação compensatório.

Na indenização dos detrimientos materiais a perda é objetivamente calculável de acordo com a estimação pecuniária do bem atingido. Porém, na indenização dos danos morais, o detrimento necessitará corresponder a um valor de caráter reparatório à pessoa, ou seja, esta carecerá de ser indenizada pela perda ou dano que tolerou e também punitivo ao ofensor.

Para almejar a mais justa definição utiliza-se de caráter uniforme o arbitramento do juiz. A este incumbirá deliberação da importância com fundamento e em critérios subjetivos, com a disposição social ou política do ultrajado, amplitude da vontade de denegrir: dolo ou culpa; ou em critérios objetivos, a conjuntura

econômica do agressor, risco criado, gravidade e claro, a recuperação da ofensa pelo consorte vítima.

Desta forma, enfatiza-se que, em se tratando de indenização patrimonial o juiz utilizará discernimento averiguado em lei, já na reparação moral o arbitramento do *quantum* encobrirá ao sensato arbítrio do julgador, que de ajuste com o caso real, arbitrará apontando a restituição ocasionada por outra pessoa, mesmo que seja o consorte.

3. A CONFIGURAÇÃO DO DANO MORAL NA RUPTURA DA SOCIEDADE CONJUGAL

O ora capítulo fará uma análise acerca da temática que envolve a configuração do dano moral na ruptura da sociedade conjugal, iniciando a sua abordagem fazendo referência com o direito comparado de países da América Latina e Europa. Averiguará também a configuração do dano moral e a conduta conjugal culposa, abordando até mesmo o tema na ruptura da união estável, e por fim, verificará a quantificação do dano moral no contexto conjugal.

3.1 O dano moral na ruptura da sociedade conjugal no direito comparado

Na ausência de norma reguladora do Direito de Família pátrio adequado para as hipóteses de procedimento ilícito na ruptura da sociedade conjugal, implica-se saber como se define os casos nas legislações mais avançadas ou próximas da nossa realidade, para sua aplicação no sistema brasileiro. Em alguns países, essa temática está avançada, amparada inclusive com previsão legal expressa assegurando especificamente a reparação aos danos morais na separação e divórcio.

A apreciação do dano moral no direito comparado, entende-se por analisar o direito francês, em virtude de ser este o primeiro e o mais clássico a adotar não só o dano moral de forma universal bem como, as hipóteses de ruptura da sociedade conjugal. Deve-se estudar o direito português e alemão, pela procedência histórica, e o dos países sul-americanos, o argentino e o peruano, o primeiro pelo avanço das suas posições e o segundo, por ser o único da América do Sul a ter a matéria legislada.

A França foi o primeiro país a regularizar a importância do dano moral na ruptura da sociedade conjugal, mesmo antes da existência de norma expressa. Em suma, por influência da jurisprudência francesa, desde o início do século, foram pronunciadas as primeiras decisões de que o mundo tem conhecimento, tanto na frequência do matrimônio como na sua dissolução. (OLTRAMARI, 2005)

O alicerce da constituição jurisprudencial francesa baseava-se na regra geral, o qual reconhece que “o direito que tem o cônjuge inocente de obter a reparação do

prejuízo que lhe foi causado pela dissolução do casamento”, é aplicação do artigo 1.382 do Código Civil, e finaliza que “a lei aprovou este direito como uma pena contra o autor responsável pela ruptura do lar”. A doutrina francesa pleiteava a possibilidade da aplicação da regra geral do art. 1.382 para qualquer natureza de dano, com acolhimento na responsabilidade pessoal de que cada um deve reparar aos outros os que causarem por sua culpa. (OLTRAMARI, 2005)

Presentemente, o art. 266 do Código Civil francês discorre que em caso de divórcio por culpa exclusiva de um dos cônjuges, este estará sujeito à reparação ao seu cônjuge dos danos materiais e morais oriundos da dissolução do casamento. Se configurado, no entanto, a culpa recíproca e em caso de divórcio por mútua concordância, os arts. 267 e 268, II, estatuem a possibilidade de invalidação de doação ou vantagens consentidas. (OLTRAMARI, 2005)

O legislador francês acolhe de forma expressa o pagamento de alimentos de natureza compensatória, não existindo neste, propriedade de mutabilidade, logo independe do binômio necessidade/possibilidade. Facultando ainda possibilidade para a cumulação entre os pedidos de alimentos e reparação por danos materiais e morais ocorridos durante a relação conjugal e também na consequência de sua ruptura.

O direito lusitano, com o advento Código Civil português de 1967 (Decreto-Lei nº 47.344, de 25 de novembro de 1967), elevou-se internacionalmente na importância do dano moral. O estudo da ideia geral do dano moral, nessa escalada começou a brotar a partir 1929, quando, o Código de Processo Penal Português, em seu art. 34, parágrafo 2º, preceituava, que em caso de condenação criminal, o arbitramento pelo juiz de uma quantia para reparação do dano material e moral seria atribuída em virtude de uma prática de ato ilícito. (OLTRAMARI, 2005)

Esta temática obteve prosseguimento a promulgação da Constituição Portuguesa de 1938, que, disciplinando os direitos da personalidade, garante a indenizabilidade das lesões de ordem moral (art. 8º, nº 17), consolidando-se com a Constituição de 1976, que, no art. 25, consolidou o direito à integridade pessoal, quer seja de característica física ou moral. (OLTRAMARI, 2005)

Os autores portugueses continuamente deram expansão à regra geral da especialidade da responsabilidade civil, consubstanciada no art. 483 do Código Civil, adotando-a como suficiente para se pleitear à sua invocação, pelo consorte inocente, do dano moral sofrido com o divórcio. É necessário destacar, que a

previsão assinalada contém duas limitações: as hipóteses de culpa exclusiva, afastando os casos de culpa recíproca, e os danos que pela sua gravidade mereçam a tutela do direito, como preveem o art. 496. No entanto, o próprio consentimento do divórcio litigioso depende da gravidade da imputação ou da sua reiteração, de modo a comprometer a possibilidade da vida em comum.

Saliente-se que o direito português estabelece que a sentença que decreta o divórcio declare o culpado, contrariamente ao sistema aqui adotado desde a Constituição de 1988, que suprimiu a indagação da culpa nas hipóteses de divórcio. Esta o sujeito submetido a dosagem da culpa, ambos podem ser declarados reciprocamente culpados, ou, se a culpa de um for consideravelmente maior que a do outro, a sentença irá declará-lo principal, o culpado. (OLTRAMARI, 2005)

O direito alemão não comunga as tendências observadas em outras nações, como França, Portugal, Itália, etc. Sendo que seu posicionamento é adverso à reparação nos relacionamentos conjugais. Castelo Bernardo Branco (2006, p.76), preceitua:

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 da 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.

O posicionamento doutrinário do direito alemão se apresenta completamente desfavorável a influências externas nas relações familiares, ponderando que estas devem ser conservadas numa conjuntura de liberdade, não podendo ser ameaçada por sanções vindas de fora. O ordenamento jurídico brasileiro, ao contrário de alguns países, ainda não alcançou o conjunto de norma expressa com relação à reparação dos danos morais nos relacionamentos conjugais acontecidos em virtude de grave descumprimento de deveres conjugais ou no decorrer da separação, divórcio e dissolução da união estável.

O Direito Argentino, mesmo não tendo norma específica que englobe o reconhecimento dos danos causados na ruptura da sociedade conjugal, a Argentina tem, firmemente, a doutrina mais objetiva, por isso atuante, da América Latina. Constituída em ampla maioria dos seus doutrinadores admite a sua reparabilidade

com base na regra geral do art. 1.078, quer na sua redação original, derogada pela reforma geral de 1968, quer na atual (Lei nº 17.711/68), na redação original, ainda vinculado aos delitos penais, compreende o dano moral causado à vítima. (OLTRAMARI, 2005)

A doutrina argentina, embasada na regra geral de reconhecimento DO dano moral, é eloquente ao ponto de influenciar a jurisprudência, que de maneira crescente, passou a acolher o seu ressarcimento como sanção manifestações culposas no relacionamento familiar. Essa avançada doutrina se deve a dois fatores: a evoluída situação familiar e social da mulher adoção realizada pela constituição Argentina do princípio de não causar dano.

A equiparação da mulher ao homem assegurou-lhe na relação conjugal consideração e respeito. Tornando-se um regime de igualdade e sem a existência de qualquer discriminação ou subordinação, com o desenvolvimento da responsabilidade civil, encontram-se um campo muito fértil, e uma força expansiva que permite a sua aplicação nas mais diversas situações extracontratuais e um sentido moralizador e solidário.

Compilado no conceito de que o dano moral está em toda e qualquer frustração do plano existencial da pessoa, sua dignidade e plenitude, fica fácil abranger a sua admissibilidade na quebra das relações conjugais, de maneira tão enaltecida pela doutrina e jurisprudência do vizinho país, mesmo sem haver previsão legal que o consagre.

Sobressaindo mais do que em qualquer ramo do direito, no de família, o ser humano necessita de ter reconhecido o seu valor absoluto e a proteção dos direitos personalíssimos, como vértice de todos os valores jurídicos. Isso porque o Direito de Família tem singularidade própria, justamente porque é influenciada por direitos subjetivos. Com isso, conclui-se que para o direito argentino, o dano moral tem origem nas classificações derivadas do divórcio e da separação.

Não existe grande evolução doutrinária e jurisprudencial com alusão ao reconhecimento do dano moral na ruptura da sociedade conjugal, porém, há, e de forma valiosa, posicionamento com vistas à proteção da dignidade da pessoa humana. Defendendo a necessidade de se garantir tutela integral e unitária das hipóteses de dano subjetivo. Considerando que a Constituição Peruana é uma das mais avançadas do mundo, que dispõe sobre a tutela dos direitos fundamentais da pessoa.

O Peru ainda não oferece bibliografia específica sobre o tema. Apesar do arrojo do princípio legal antes apontado, o pouco que existe tanto na doutrina como na jurisprudência peruana é muito preciso, tanto que só se dedicam poucas linhas ao assunto. A jurisprudência na matéria é ainda elementar, sendo poucos os casos em que se demandem danos morais no processo de separação ou divórcio. (OLTRAMARI, 2005)

O Código Civil peruano, tratando dos alimentos, impõe o dever alimentar em favor do cônjuge inocente. Complementa com a ideia da necessidade e da possibilidade. Mesmo que a mulher não tenha culpa, é necessário que a mulher não tenha bens próprios nem renda suficiente para a sua manutenção; o mesmo ocorre no caso da culpa do marido, se a mulher for rica e o marido pobre e impossibilitado para o trabalho. (OLTRAMARI, 2005)

A previsão específica nos casos de fatos determinadores do divórcio compromete gravemente o interesse pessoal do cônjuge inocente, permite ao juiz fixar determinado valor como reparação do dano moral, independentemente do dever alimentar. Devido à influência da evolução que a matéria vem experimentada no mundo, principalmente em consequência do crescimento social da mulher, e tendo o Peru princípio compilado, certamente os estudos e decisões a respeito deverão fluir muito mais rapidamente nos próximos anos, estimulando e qualificando a sua doutrina e jurisprudência.

3.2 A configuração do dano moral e a conduta conjugal culposa

A responsabilidade civil estende-se por todos os ramos do Direito Civil e também necessita transitar pelo Direito de Família, como em seus aspectos pessoais de vínculo familiar como no campo patrimonial das relações procedentes do mesmo. Adotada no meio conjugal, aproxima a moral e o direito, garantindo unidade familiar e segurança social.

A configuração do dano moral é compreensível atualmente, perante as lesões graves empreendidas por um consorte ou companheiro versus o outro. Já não é mais admissível que impere o medo sobre o silêncio reverencial do cônjuge ultrajada, não existe mais prerrogativa específica e diferença dentro da família,

sancionando que os danos morais devem ser reparados segundo os princípios comuns, além da medida repressiva indireta da separação judicial.

É notório que em face da evolução estabelecida na igualdade entre os consortes, muita coisa se aperfeiçoou para o bem de todos. Entretanto, ainda permanece sendo causa de vexame e desonra, de abuso e humilhação, de descontentamento e angústia, finalmente de dores morais e de efeitos emocionais na relação conjugal, os quais têm que ser combatidos.

Não apresentando o Direito de Família, além da possibilidade de ruptura da relação, qualquer sanção efetiva, como já demonstrada, carecem de ser aplicadas às sanções apresentadas pela responsabilização civil da ilegalidade da ação praticada. Abordando sobre os principais efeitos pessoais da ruptura da relação conjugal, Maria Helena Diniz (2002, pps. 268-269) leciona:

[...] 3) dar origem, se litigiosa a separação, a indenização por perdas e danos, em face de prejuízos morais ou patrimoniais sofridos pelo cônjuge inocente. Deveras, pode haver dano moral por não-cumprimento dos deveres conjugais, lesivo ao direito da personalidade de um dos consortes; logo este poderá pleitear, cumulativamente, com o pedido de separação judicial, indenização pelo gravame sofrido, que lhe prejudicou a saúde, causou sua desonra ou o submeteu a injúria ou a humilhações. Tal pretensão condenatória poderá até mesmo ser deduzida na reconvenção. Pela identidade de *causa petendi*, nada impede que o juízo de família venha a decidir os pedidos cumulados (TJSP, Agl 136.366-4/1-00)...

Analisando que o dano moral se configura pelo efeito da lesão sofrida e pelo caráter da sua repercussão sobre o prejudicado, é incontestável não aceitar que um e outro acontecem no seio familiar. Na união matrimonial nascida essencialmente de uma proposta comum, de sociedade e promessas de amores eternos, como no dito do popular: “e foram felizes para sempre”, todo descontentamento na sua constância ou, ainda mais sensivelmente, na sua dissolução, por algum pretexto, causa consequências permanente na personalidade dos cônjuges envolvidos.

Nas relações de caráter pessoal o dano moral posiciona-se diante do desgaste das relações familiares, determinadas pelos vários problemas que a convivência inadequada pode trazer, sendo uma fonte inesgotável de geração de danos morais os quais marcam profundamente a vítima.

O que deve ser estudado na ruptura da relação conjugal, sempre são as sequelas que o episódio danoso acarreta à vítima: a frustração originada, o vexame, a natureza e dimensão da humilhação, da aflição e do constrangimento a que foi

exposta a parte ultrajada. Ao mesmo tempo deve ser avaliado o grau de censura do comportamento do ex-cônjuge, companheiro ou companheira e a sua capacidade econômica, as condições sociais do ofendido, finalmente, o amargo da ofensa.

Não adiantaria de nada, se o reconhecimento das consequências danosas não fosse determinado por culpa do outro consorte. Frequentemente, mesmo na separação consensual, no divórcio direto sem causa culposa, na própria ruptura da união estável pelo fim do sentimento de afeição, existem descontentamento, insatisfações, desgostos e dissabores que não apresentam como serem compensados por serem parte da própria situação da ruptura da relação. Essencial é a presença de conduta culposa e a verificação da sua amplitude para caracterização do dano moral.

Por maior que tenha sido a culpa pela ruptura da sociedade conjugal, tanto matrimonial como de fato, o Direito de Família não preceitua sanções que penitenciam adequadamente o culpado ou que indenizem o inocente. Frequentemente são descumprimentos os deveres do casamento (art. 1.566) ou da constituição da união estável (art. 1.724) transformando o inocente em verdadeira vítima, tamanha a magnitude das ilicitudes praticadas.

A ocorrência de adultério enseja consternação sádica e profunda amargura, com resultado sinistro à vida familiar e, especialmente, ao cônjuge traído. O alcoolismo, motivo de inúmeras uniões desfeitas, apresenta por trás sinais inapagáveis de sofrimento, de maus tratos, de vergonha e humilhação.

Na vigência do código civil de 1916, o STJ no ano de 2001, próximo à entrada em vigor do atual código civil, teve posicionamento favorável ao cabimento dos danos morais em virtude de separação judicial fundada em culpa de um dos consortes (REsp 37051/SP. 3ª Turma do STJ. Relator: Ministro Nilson Naves, julgado em 17/4/2001). Assim discorre tal decisão:

SEPARAÇÃO JUDICIAL, PROTEÇÃO DA PESSOA DOS FILHOS (GUARDA E INTERESSE). DANOS MORAIS (REPARAÇÃO). CABIMENTO.

1. [...]

2. O sistema jurídico brasileiro admite, na separação e no divórcio, a indenização por dano moral. Juridicamente, portanto, tal pedido é possível: responde pela indenização o cônjuge responsável exclusivo pela separação.

3. Caso em que, diante do comportamento injurioso do cônjuge varão, a Turma conheceu do especial deu provimento ao recurso, por ofensa ao art.

159 do Cód. Civil, para admitir a obrigação de se ressarcirem danos morais.

A hipótese de ofensa, neste caso concreto analisado pelo STJ, ensejou a condenação do cônjuge culpado por danos morais. Motivado na infidelidade comprovada pelo varão, o qual descumpriu cláusula obrigatória dos deveres recíprocos existe entre os cônjuges.

Sem descrever o incômodo determinado pela obrigação da coexistência íntima com pessoa dada à embriaguez, acarretando a desagregação conjugal e familiar; ainda mais grave, são as sequelas do convívio com companheiro dado ao uso de drogas, o vício do jogo, a exploração de negócios desonrosos. Já em relação ao perigo de contágio Vitor Ugo Oltramari (2005, p.120) leciona:

A transmissão de doenças venéreas sempre foi causa das piores conseqüências e da maior vergonha e dissabor. Nos últimos tempos, a situação restou agravada com a possibilidade de transmissão da Aids, pelo risco de vida para o cônjuge inocente contaminado. Também isso ocorre com; injúria, a difamação, quando não a própria calúnia perpetrada por um cônjuge contra o outro. Por exemplo, a calúnia contra a honradez profissional do consorte, ou ainda, a acusação infundada em demanda judicial.

O abandono conjugal é fonte da mais densa amargura, determinado, várias vezes, por resultados tão graves, capazes de abater o consorte inocente ao ponto de induzi-lo ao suicídio. E mais, doenças físicas, depressões, transferências de trabalho e até de residência e cidade são impostas como causa culposa da separação.

Sem contar, ainda, em muitos casos, com a vergonha de ser traído e abandonado, para não fazer uso de assimilação ainda mais vexatórias utilizadas na linguagem do dia-a-dia. Na maioria das vezes, os maus-tratos cometidos contra as esposas ou companheiras, vêm crescendo tanto em número e o agravamento que na estrutura policial nacional estão sendo criadas delegacias especializadas para atendimento dos casos de violência contra a mulher.

Há de se fazer menção acerca das hipóteses de injúria grave, tais como, o ciúme doentio, a prática homossexual, atentados ao pudor, à imputação caluniosa de adultério, além das incontáveis formas de injúria verbal, consideradas possível de destruir a pessoa, denominando-as de "violência perversa ou assédio moral". Estas circunstâncias são muitas vezes tão fortes, ao ponto de dissolverem psicologicamente a vítima. Sendo, assemelhadas com os romances policiais

ingleses, em que arsênico é colocado em pequenas gotas no seu café, para poder matar a vítima sem deixar rastro.

Não é admissível que várias situações como essas e outras tantas do dicionário dos acontecimentos reais do direito conjugal passem impunes. E restringidas às sanções àquelas oferecidas pelo Direito de Família, segundo já se averiguou, acabam passando mesmo. Conforme exposto por Belmiro Pedro Welter (2000, p.135) não se pretende que o amor seja indenizado, mas “que seja reparado o dano causado ao cônjuge inocente e vítima de conduta criminosa, ofensiva à sua integridade moral, produzindo dor martirizante e profundo mal-estar e angústia”.

A realidade, fosse continuar a ser nos limites dos efeitos da separação da vida conjugal, em combinação com o elencado pelo atual Código Civil, o consorte culpado pela ruptura, descumpridor das obrigações conjugal e responsável pelas consequências apontadas, nenhuma sanção efetiva sofreria. Entretanto por se tratar de uma questão de justiça e de reconhecimento da dignidade da pessoa humana, não se pode passar em branco.

E devido à deficiência de dispositivo harmônico e específico no livro do Direito de Família, surge-se margem para o deferimento de indenização nos termos do art. 186 CC, “por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência violar direito e causar dano a outrem ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”, desse reconhecimento não podem escapar as ilicitudes cometidas no seio da relação conjugal.

O acolhimento da responsabilidade civil por dano moral tanto na separação judicial como na dissolução da união estável, necessariamente com a culpa e prova dos danos causados à pessoa e à imagem do cônjuge, é coisa para ser suscitada e alimentada pela época presente. O mundo jurídico mais avançado já o vem fazendo, como demonstrado na análise do direito comparado.

Se nas relações sociais e profissionais com terceiros, o apreciação da culpa atribuir indenização, com mais motivo na relação conjugal, na qual a fidelidade é recíproca e a assistência, o respeito e a consideração são mútuos (art. 1566). Por idêntico, a lealdade, o respeito e a assistência devem ser seguidos como relação obrigatória na união estável (art. 1.724).

O Direito de Família, justamente por ser o mais sentimental de todos os direitos, por abordar os afetos e sentimentos das pessoas, necessita dar solução às ilicitudes empreendidas no curso da ruptura da sociedade conjugal. Não podendo,

permanecer impunes as agressões de toda a natureza praticadas entre o casal no seio da família, justamente onde carece ser promovida à harmonia social e familiar.

É fácil identificar no caso real de uma ruptura, estabelecida por abusos físicos, crueldade ou ofensa grave, causas não só de seqüela no campo penal ou de indenização patrimonial, como também, o dano moral que ocasionam, entendendo ainda mais acentuado em se abordando de agressão de um consorte contra o outro.

Gritante a omissão legislativa específica, tanto da Lei de Divórcio, como do vigente Código Civil. A atual previsão do art. 186, acolhendo a idéia do dano moral na definição do ato ilícito, garante elasticidade necessária para sua aplicação no reconhecimento da necessidade de ressarcimento dos danos causados por culpa na ruptura da relação conjugal.

Sabido é que não se pode generalizar a direção da matéria. O fim do sentimento bom e respeitoso recíproco, ou seja, "o amor", tem como consequência o fim do casamento e da união estável, sem que esse fim seja sempre blindado de ilicitude. É essencial reconhecer que o simples fim do amor, mesmo contrariando os deveres conjugais, não é suficiente para caracterizar a ilicitude pretendida para indenizar. É preciso que haja culpa manifesta no rompimento.

No entanto, não se pode facilmente negar à obrigação da sua compensação, entendendo inexistir disposição expressa nesse sentido ou serem satisfatórias às supostas sanções cominadas na disciplina da separação, do divórcio e da união estável. Apesar de que a ruptura faz parte do risco da própria união conjugal e que eventuais atitudes desrespeitosas e que comprometem a boa convivência ensejam, tão-somente, a ruptura do relacionamento.

3.3 O dano moral na ruptura da união estável

As afirmações até então estudadas com relação à união matrimonial devem ser recepcionadas também para a união estável. Formalizada ou não, a relação a qual envolve sentimentos é a mesma, e a sua ruptura culposa tanto pode causar dano ao cônjuge como ao companheiro. A perspectiva positiva, tanto no plano material como no afetivo, ruína-se quando há a rescisão da união estável, da mesma forma que submeter-se no casamento. Daí se ordenarem nesta seção em referências designadamente relacionadas às uniões de fato, agora fazendo parte do

contexto do atual Código Civil.

Acerca do tema em tela, a súmula 380 do STF, preceitua:

STF Súmula nº 380 - 03/04/1964 - DJ de 8/5/1964, p. 1237; DJ de 11/5/1964, p. 1253; DJ de 12/5/1964, p. 1277. Comprovação - Existência de Sociedade de Fato - Cabimento - Dissolução Judicial - Partilha do Patrimônio Adquirido pelo Esforço Comum. 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.

As indenizações por serviços prestados tinham como fundamento legal a Súmula 380 do STF, não se podendo ignorar a importância desta por prescrever a primeira tendência à responsabilização civil na área das uniões não formalizadas. Era a maneira de ressarcir a participação do companheiro que não tivesse bens adquiridos em seu nome na constância da união, pela sua ajuda nessa aquisição; do contrário, existiria detrimento a um e enriquecimento ilícito do outro. Não se carece aceitar a falta de referência do ato ilícito na ruptura da união estável. O concubinato não é capaz, de si mesmo, de motivar nenhum direito do amante abandonado. Mas a conjuntura dos acontecimentos pode ensejar o ato ilícito, diante do qual não é aceitável a recusa da sua reparação.

A nova ordem instaurada em consequência das Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96, tanto a obtenção de bens materiais, como o dever de recíproca assistência entre os companheiros auferiram outra ótica, involuntariamente da existência de culpa na ruptura da união. Nem para o casamento, nem para a união estável, o atual Código ocasionou alguma disposição peculiar.

Não só os direitos assistenciais e patrimoniais precisam ser assegurados a quem se une estavelmente, há a possibilidade de ocorrerem danos causados por um companheiro contra o outro seja na constância da união, seja na sua ruptura, isso, sempre que for litigiosa e com culpa a ruptura. Para que haja o reconhecimento do dano, o pedido da dissolução da união estável deve ser pleiteado logo após o acontecimento da conduta desonrosa, sob pena de averiguar o perdão do ofendido.

O acontecimento desses danos é comum, entretanto se faz necessário tomar as devidas cautelas, pois, ausentado o interesse, podem nascer os sentimentos negativos, causando-se então estragos na moralidade do agredido, por força de investidas impróprias do agente. E não devem ficar sem reparação, sob pena de se cometer intensa injustiça, uma vez que a consignação do direito de indenização,

material e moral, pela prática de ato ilícito, não sofre qualquer restrição no sistema brasileiro.

Partindo-se da hipótese de que a união estável implica uma comunhão de afetos e finalidade elevados, porque os companheiros, distinto do que ocorre no matrimônio, têm absoluta consciência de que o afeto matrimonial é a conexão que os sustentam na finalidade de estabelecer uma família estável, daí porque a ruptura reflete profundamente no *animus* de ambos. Os danos morais são inquestionáveis quando se relacionam ao rompimento da união estável, sedimentada em pressupostos valorativos, motivadas em intensas fissuras no espírito do companheiro inocente que investiu nessa união realizada com o consorte escolhido.

Dentre posicionamentos mais eloquentes e persuasivos está o de Nicolau Eládio Bassalo Crispino (2000, p.166), o qual não comunga com a compensação de danos ocasionados pelo mero acontecimento da ruptura, defende não ser necessária a criação de uma nova maneira de reparação civil com legislação própria e regras diferenciadas para indenizar atos danosos praticados por um companheiro contra o outro. Nicolau Eládio Bassalo Crispino (2000, p.166) chega a fazer em sua obra a seguinte menção:

Eximir a indenização do dano moral praticado pelo homem contra a sua ex-companheira, apenas pela afirmação de que a 'inviabilização das relações humanas, notadamente de relações afetivas na vida comum é da ordem natural das coisas', significa deixar o causador do dano suficientemente crente de que estas e outras ações contra a sua companheira ficariam sempre imunes.

SANTOS (1999. p. 137) já se posiciona adbita ao reconhecimento da probabilidade de indenização na união estável. Desde que no exame do caso real da ruptura se aproximar a existência de um acontecimento culposo, "com agressão à dignidade, à estima e ao respeito que o ofendido faz por merecer, evidencia-se a ocorrência de um dano moral passível de reparação".

Discutem atualmente, com intensidade a ética e a boa-fé que necessitam prevalecer na conjuntura das relações jurídicas. Não é diverso nas relações de família, nas quais esses conceitos morais têm ainda mais a ver com o sentimento que lhes oferece o alicerce, além de impor obrigações que, antes de serem legais, são morais. É admirável aqui destacar que a estipulação de deveres às uniões extra-patrimoniais serve para que se possam presumir critérios abstratos para conferir

implicações jurídicas às circunstâncias palpáveis.

Nos relacionamentos informais ocorre justamente por derivarem do sentimento amparado somente nos acontecimentos. Nenhuma norma jurídica, nem mesmo a sua inserção no contexto do Código Civil, conseguirá garantir o sentimento que deve lhe oferecer manutenção. A lei é para aqueles que não querem dar afeto ou para os que não têm afeto. A lei não vai obrigá-los a ter afeto, mas vai impingir-lhes responsabilidade.

Deste modo, o aglomerado dos estragos ocasionados devido aos aborrecimentos, intranquilidade, conflito e outros distúrbios na área do psicológico do companheiro ultrajado pelo procedimento culposo do seu parceiro estabelecem dano moral, o qual necessariamente, carece ser recompensado. Ainda não existindo previsão específica na regulamentação legal da união estável, a regra geral da responsabilização civil do ato ilícito (arts. 186 e 927) assegura a possibilidade de sua indenização.

O mesmo problema acontecido no século passado para assegurar os efeitos das uniões estáveis, atualmente de todo agregados e completamente assumidas pela realidade social e jurídica do nosso país, é vivido neste início de século com relação ao reconhecimento da possibilidade de na sua ruptura culposo, ser garantida a responsabilização civil apropriada, principalmente pelo dano moral determinado. A doutrina já é vastamente majoritária e persuasiva pelos seus argumentos e inicia-se o encaminhamento também da jurisprudência.

3.4 A quantificação do dano moral no contexto conjugal

Atualmente, o posicionamento adverso anda por conta do indeferimento do direito à indenização do dano moral, assimilando que o amor não tem preço e está transformando em um comércio em que o “querer bem” é confundido com “dividir bens”. Vale salientar que não existem inocentes ou culpados, desligando a responsabilidade civil do laço matrimonial.

A arguição é descabida porque a “essência ética do casamento e a defesa da paz familiar” perdem todo e qualquer sentido depois que um consorte ou companheiro requer contra o outro uma ação de separação judicial ou dissolução de

união estável. No fim do amor, puro e simples, é sensato não existir inocente e culpado, vítima e réu, apenas se perderam “o brilho” e “o glamour” que um sentia pelo outro, ou ambos acabaram de sentir este afeto.

Não se pode preceituar, portanto, quando este final é advindo de descumprimento de obrigação, de sagacidade, de culpa, como se depreende de todas as circunstâncias que perpetraram os exemplos expostos na análise da culpa. A ratificação da compensação não se vincula aos fatos comuns do rompimento puro e simples. Por isso, não se pode radicalizar e meramente, entender que se podem pleitear indenizações pelo rompimento do casamento, simplesmente amparado no fundamento da deturpar da falta de amor. O desamor, por si só, não gera o direito a ressarcimento, como assevera Regina Beatriz Tavares da Silva (1999 p. 186-187), “sendo indispensável o preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil”.

Um melhor esclarecimento é satisfazer que se idealize o fim do casamento ou da união estável promovida, por constantes maus tratos, de injúrias graves, de transmissão de doenças venéreas, de adultério escandaloso, de calúnia ou difamação pessoal ou profissional de um cônjuge ou companheiro contra o outro. Em circunstâncias como essas, e em várias outras, não se falem, unicamente, que o amor compadeceu. Por certo, o amor acabou, mas, junto, devastou a pessoa do companheiro, seu conceito e todas as suas expectativas e projetos de vida.

Existindo conduta desfavorável às obrigações do casamento, ou mesmo união estável, por qualquer dos companheiros em desfavor do seu consorte, passa a haver intranquilidade na relação, o que, ocasionando dano, precisa ser indenizado. Belmiro Pedro Welter (2000 pp. 128-135), ardoroso patrono da indenização do dano moral quando da ruptura da sociedade conjugal, propõe ser imprescindível para sua configuração o acontecimento dos seguintes pressupostos:

- 1) a ação de separação judicial ou dissolução de união estável e/ou indenização por dano moral deve ser ajuizada logo após a ocorrência da conduta culposa, sob pena de incidir o perdão do cônjuge ofendido;
- 2) o direito ao dano moral é exclusivo do cônjuge inocente;
- 3) o pedido somente é possível na ação de separação judicial ou dissolução de união estável litigiosa e com culpa;
- 4) A conduta do cônjuge culpado deve ser tipificada como crime;
- 5) O comportamento delituoso deve ser ofensivo à integridade moral do cônjuge ofendido, produzindo dor martirizante e profundo mal-estar e angústia.

O desempenho da reparação dos danos faz completa diferença entre o

sentido da palavra reparação, quando impregnada na materialidade, para uma indenização dos bens espirituais, o que considera uma abstração do direito moderno que, tanto na doutrina como na jurisprudência, aderiram ao sentido de compensação, ou melhor, a satisfação da vítima. Sendo assim, como causa a proporcionar à vítima, no caso o cônjuge inocente, uma maneira de abrandar o seu natural anseio de vingança.

Exatamente por não oferecer o Direito de Família sancionamento eficaz e condizente com as inumeráveis causas culposas do desfazimento de uniões conjugais é que o direito obrigacional precisa fazê-lo. E o faz garantindo, a par dessa compensação ou contentamento da vítima que causa uma amortização do espírito do lesionado, ficando a penalidade do infrator como maneira de abrandar o sentimento natural de vingança, transformando-se em uma forma de vingança autorizada, ou melhor, institucionalizada.

O direito à indenização surge do dano material ou moral, determinado pelo comportamento culposos de alguém sobre outro, mas esse resultado ilícito ganha essa especial importância no meio familiar justamente por contradizer a coerência da relação conjugal. Dessa maneira, transcorre a significância da responsabilidade civil, como ferramenta adequada para instruir as pessoas a conviver de forma mais equilibrada e harmoniosa no ambiente social e familiar.

O que brotou para ser permanente foi interrompido; o que surgiu para ser concretização sucumbiu frustrando; o que assegurava prosperidade determinou consternação, amargura e sofrimento. O papel do dano moral pela ruptura nessas situações é exatamente consolar a frustração de toda uma concepção de vida que, diferentemente dos projetos arquitetônicos, não aceita conserto, reparo, reforma ou pintura nova.

Os sinais do rompimento, da suspensão, da frustração; as amarguras todas só podem ser amenizadas se indenizadas pela fixação de crédito condizente com o mal-estar e o sofrimento ocasionados. Não sendo provável a sua restituição por completo, em decorrência da sua substância unicamente psicológica, o ressarcimento desses estragos adquire um desempenho necessariamente de ressarcimento pecuniária.

A compensação deve garantir à vítima uma indenização pelo descontentamento, pela consternação, pela humilhação, representando, igualmente, uma sanção ao culpado. Assim, recebe aparência de alento para o parceiro inocente

e vítima da quebra do projeto e de medida repressiva do gerador de todas as frustrações.

Aquém desse emprego protecionista e disciplinador, a indenização do dano moral na ruptura da sociedade conjugal tem uma função inibitória, também designada preventiva ou dissuasória, que é da própria natureza da penalidade, tanto na esfera social como no religioso e jurídico. Tanto na área penal como na cível, a pena visa inibir, despersuadir, antecipar, sendo impecavelmente apropriada à máxima do direito penal: "Pune-se porque pecou e para que não peque mais".

É apropriado ressaltar que não se almeja avalizar a conservação das relações conjugais pelo medo. A época presente vem expondo o aumento do número de uniões conjugais rescindidas com culpa demonstrada e de amplitude relevante de um companheiro em desfavor do outro.

Basta ter em pensamento o vasto rol de hipóteses apontadas pela doutrina, que, ainda assim, não esgotam os acontecimentos familiares capazes de atentar ao dano moral. A possibilidade de repreensão modelo, sem dúvida, convence, amedronta, acautela, dificulta o acontecimento de todas as circunstâncias de culpa.

CONCLUSÃO

No desenvolver deste trabalho científico, apresentou-se um pouco da evolução histórica da família, que nasce marcada pelas desigualdades entre seus componentes, onde a mulher e os descendentes não tinham voz ativa, limitando-se a obedecer às ordens do "chefe" da família, o homem.

Entretanto, transformações foram acontecendo, determinadas por alterações de natureza econômica, política e social, de modo que a submissão foi substituída por relacionamentos mais dinâmicos, de forma a respeitar as características próprias de seus componentes.

Perante estas modificações, incumbe ao direito adequar os novos princípios norteadores dos relacionamentos familiares, principalmente com o advento da Constituição Federal de 1988, de onde se quebraram velhos paradigmas e preconceitos, na medida em que se reconheceu a igualdade existente entre homens e mulheres, entre filhos advindos ou não do casamento, reconheceu também a união estável como entidade familiar, recebendo a devida proteção do Estado e sobretudo buscou-se aplicar o princípio da dignidade humana entre os relacionamentos afetivos.

Em alcinha da dignidade humana, é que se procura construir bases sólidas para a família, num composto de dar e receber amor, flucramentado no respeito e assistência mútua, onde se possa entrar e sair condignamente desses relacionamentos.

Neste novo modo de caminhar a humanidade, surge um espírito a se pleitear a reparação aos danos morais oriundos dos relacionamentos conjugais. Um tema novo e polêmico no qual se encontram posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais divergentes, numa construção democrática de justiça.

Mesmo que haja posicionamentos antagônicos, no decorrer desta pesquisa, é possível constatar a possibilidade de o cônjuge inocente requerer a devida reparação aos danos morais causados nos relacionamentos conjugais, na medida em que o causador fere gravemente os deveres do casamento, propiciando transtornos emocionais e psicológicos de grandes proporções.

Para almejar a devida reparação, terá o consorte inocente que se valer dos pressupostos da responsabilidade civil: ação (comissiva ou omissiva), nexo causal e dano sofrido, uma vez que no ordenamento jurídico brasileiro não existe norma

específica. E, presentes os pressupostos da responsabilidade e as condições da ação: interesse de agir, legitimidade e possibilidade jurídica do pedido, o cônjuge inocente está autorizado a pleitear o seu direito.

O estudo do direito em questão permitiu apreciar novos caminhos para calcular as soluções mais apropriadas para os fatos e problemas causados pela flexível mudança da realidade atual da família brasileira. Inconformado com a solução oferecida pela linha adotada pelos últimos regramentos legais das relações familiares, buscou-se atender ao reclamo na linha de um novo Direito de Família, mais preocupada com a pessoa na sua inteireza, partindo da sua dignidade eleita fundamento da própria República.

No Brasil, o que se viu permite concluir, sem dúvida alguma, que as relações de família vivem, na atualidade, uma técnica de repersonalização, e o Direito Civil, um processo de publicização, despatrimonialização e constitucionalização, identificando a alteração dos rumos do direito privado, agora fundamentalmente voltado para a pessoa e o seu ser.

A doutrina brasileira ficou registrada no trabalho, é dadivoso e qualificada nos seus argumentos favoráveis ao reconhecimento do dano moral no descumprimento culposos e na ruptura ilícita dos laços conjugais. A sociedade não se conforma em ver que, mesmo com o atual Código, a solução do reconhecimento ainda continue à margem da disposição legal. A jurisprudência começa a sinalizar a sua adesão. Como nova expectativa, embalado pela valorização dos direitos da personalidade, discute-se um projeto de lei que legisla a matéria. Impossível, portanto, não reconhecer que um novo tempo se anuncia.

A dor, a humilhação e o desgosto causados pelas separações ou desfazimento da união estável, não podem mais ser desconsiderados em face da ausência de texto legal que os puna. Hoje constitucional e civilmente reconhecidos os direitos da personalidade não há como negar-lhes guarida. No Direito de Família, as peculiaridades de cada caso acabam fazendo-o único e irrepetível. Por isso, o julgador precisa garantir, na solução dada para o caso concreto, a evolução indispensável, independentemente da existência de texto legal expresso.

Configurado o dono moral, a responsabilidade civil é invocada, com o desígnio de indenizar aquele que sofreu a agressão moral e ao mesmo tempo aplica uma medida repressiva ao ofensor.

Frisou-se que em outros países a exemplo da França e Portugal, já existe

previsão legal para a indenização decorrente dos relacionamentos conjugais, e outros apontam uma tendência favorável, como Argentina e Brasil.

A corrente doutrinária majoritária brasileira comunga a tese da reparação civil por dano moral na dissolução da sociedade conjugal, mediante grave violação aos deveres conjugais; e em nível jurisprudencial, algumas decisões favoráveis já são encontradas, em número ainda reduzido, talvez pelo escasso número de ações dessa natureza.

A reparação ao dano moral na união estável, é possível, vez que o direito brasileiro a reconheceu como entidade familiar, concedendo-lhe amparo do Estado. Por sua vez, faz-se necessário que seja reconhecido o relacionamento amoroso, como união estável, atendendo aos pressupostos legais: publicidade, permanência estável da relação, desejo de constituir família, capacidade civil, coabitação (não indispensável) e inexistência de impedimentos ao matrimônio.

Vale salientar que a intenção não é criar uma indústria do amor indenizável, banalizando o instituto da responsabilidade civil, dentro dos relacionamentos amorosos, onde qualquer descumprimento aos deveres do casamento acarretasse indenização, como se as pessoas não pudessem romper seus relacionamentos, na realidade o que se espera é que essa ruptura ocorra respeitosamente, de forma a não comprometer a reputação, a imagem a dignidade do par, causando-lhe sofrimento de difícil reparação.

Perante a vasta grandeza das compensações, os cuidados não são excessivos, uma vez que o uso indiscriminado destas poderia produzir um efeito negativo, proporcionando a comercialização dentro das relações familiares, no entanto, em nome desse temor não se pode negar direito a quem possui, constituindo dessa forma o bom senso e equilíbrio para os litigantes e ainda mais para os operadores do direito uma condição essencial para o equilíbrio das relações, atuando como elemento de dignificação dos vínculos entre os cônjuges e companheiros, servindo de mecanismo para reduzir os índices de ilícitos nas relações conjugais.

Diante do exposto, o estudo ao deparar-se com a problemática do dano moral nas relações conjugais, na área do direito indenizatório, coopera com novas cogitações acerca do tema para que sejam abertos debates acadêmicos e legislativos, na batalha incessante pela implantação da justiça.

REFERÊNCIAS

AMARANTE, Aparecida. *Responsabilidade civil por dano a honra*. 5ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

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

BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, Senado, 1988.

_____. Lei nº 6.515/77, de 26 de dezembro de 1977, Regula os casos da dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos. *Vade mecum acadêmico de direito*. São Paulo: Saraiva, 2008.

CRISPINO, Nicolau Eládio Bassalo. Responsabilidade Civil dos Conviventes. *In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). A família na travessia do milênio*. Anais do II Congresso Brasileiro de Família. Belo Horizonte: IBDFAM: OAB-MG: Del Rey, 2000.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Responsabilidade Civil, 7v. 16 ed. São Paulo: Saraiva 2002.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de responsabilidade civil*, 5 ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004.

FILHO, Bertoldo Mateus Oliveira. Relacionamento interfamiliar. *Revista Jurídica Del Rey: Afeto, a ética no direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, ano IV, nº8, maio 2002, p.32.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil, Direito das Obrigações, parte especial, tomo II*, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLTRAMARI, Vitor Ugo. *O Dano moral na ruptura da sociedade conjugal*. 1 ed. Forense, 2005.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*, 20 ed. 4v. São Paulo: Saraiva, 2007.

Recurso Especial nº 3.051 - São Paulo (1993/0020309-6), 3ª Turma, Rel. Min. Nilson Naves, julgado em 17.04.2001, *Revista Jurídica* 285/96 e *Rep, IOB Jurisp.* 3-18211.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Reparação civil na separação e no divórcio*. Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva 1999.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Atualizadores: Nagib Slaid Filho e

Gláucia Carvalho. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SANTOS, Fernando dos. *Questões Processuais no novo Código Civil: A indenização pela dissolução culposa da sociedade conjugal*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 48, 31/12/2007. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2620. Acesso em 28 de junho de 2009.

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

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil. Direito de Família*, 3 ed. 6v. São Paulo. Atlas, 2003.

WELTER, Belmiro Pedro. *Dano Moral na separação, divórcio e união estável*. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2002.