

OS DANOS MORAIS PELO DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES PESSOAIS NO CASAMENTO

Jesualdo Eduardo de ALMEIDA JUNIOR¹

Resumo: este artigo fez uma análise sobre a questão dos danos morais na seara familiar, sobretudo quando se tem a dissolução de um casamento notadamente em casos de abuso entre os cônjuges, adultério, sevícias etc, bem como a questão da quantificação e prova destes ditos danos morais.

Palavras-chaves: danos morais – entidades familiares – casamento – indenização – prova – quantificação.

Abstract: this article did a analyze about the question of judgment damage in the family, especially when had the dissolution of a marriage mainly in the cases of abuse between the husbands, adultery, aggressions etc, and the question of the damage calculation and proof of this judgment damage.

Keys word: - judgment damage – family entity - marriage - give satisfaction for damage – proof - damage calculation.

Sumário: Introdução; 2. Dos danos morais; 3. A evolução da discussão no mundo; 4. Natureza contratual do casamento; 5. Dos opositores à tese da reparabilidade dos danos morais nas entidades familiares; 6. Dos defensores da tese da reparabilidade dos danos morais, ainda que em seara familiar; 7. Algumas ponderações sobre o tema; 7.1. Da Inexistência de previsão legal; 7.2. A reparação dos danos morais na quebra dos deveres conjugais; 7.3. A obrigação de pagar alimentos supre o dever de reparar os danos? 7.4. A partilha dos bens supriria os danos morais; 8. Requisitos para a reparação dos danos morais na ruptura das entidades familiares; 9. Considerações finais; Bibliografia.

INTRODUÇÃO

Talvez o leitor se pergunte: ora, se a família é um ambiente de afeto e carinho, por que dar espaço a uma questão eminentemente pecuniária, como a reparação de dano moral nessa área?

¹ Doutorando pela Universidade del Museo Social argentino. Mestre em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pelo Instituto Toledo de Ensino/Bauru (2005). Advogado sócio do escritório Zanoti e Almeida Advogados Associados. Professor da graduação e professor/coordenador da pós-graduação das Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente/SP, da FEMA/IMESA, e dos cursos de pós-graduação da PUC/PR e da Universidade Estadual de Londrina.

A resposta a essa questão parte de vários prismas. Primeiro, entendemos que os danos morais não são questões patrimoniais. Há mera reparação de uma infração de um dever pessoal.

Além disso, todo cidadão tem o peculiar dever de ressarcir qualquer conduta consciente que tenha eventualmente vulnerado e imposto um dano a outro sujeito, quer esta violação decorra de uma transgressão contratual, quer se trata de responsabilidade *aquiliana*.²

Ademais, se o objeto de estudo são os efeitos pessoais que irradiam de uma comunhão de vidas, então há que se estudar também as conseqüências que a infração a esses deveres ocasionam.

E, provavelmente o motivo suficiente: a polêmica em torno do assunto, na medida em que há ardorosos defensores da tese da reparabilidade desses danos, e outros ferozes adeptos de corrente adversa.

Neste sentido, fizemos uma abordagem sobre as possibilidades dos descumprimentos dos deveres familiares e suas conseqüências. Após, trouxemos os defensores das teses da reparabilidade dos danos morais, e aqueles que são contrários.

Ao final, apontamos nossos posicionamentos com os requisitos que entendemos atinentes para a especificação destes danos.

Valhemo-nos de método dedutivo, e pesquisa de fonte doutrinária e jurisprudencial, que, conquanto escassa, é um norte para os estudos desta seara.

2 DOS DANOS MORAIS

O dano, como afirma Carlos Alberto Bittar³ (1999/10), configura-se como as conseqüências das ações lesivas que geram a reparabilidade ou a

² MADALENO, Rolf. *Responsabilidade civil na conjugalidade e alimentos compensatórios*. Revista Brasileiro de Direito de Família e Sucessões. Porto Alegre: Magister ; Belo Horizonte: IBDFAM, 207, v. 13 (dez./jan.2010), p. 1.

³ *Reparação civil por danos morais*, 3ª. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 10

indenizabilidade. Dano, portanto, é a diminuição, a destruição, o vilipêndio, o aviltamento de um bem jurídico pertencente ao seu titular.

Entende-se por dano moral aquele que atinge o animo psíquico, moral e intelectual da vítima⁴.

Para Yussef Said Cahali⁵, dano moral “é a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranqüilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos, classificando-se desse modo, em dano que afeta a parte social do patrimônio moral (honra, reputação, etc.) e dano que molesta a parte afetiva do patrimônio moral (dor, tristeza, saudade, etc.), dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante, etc.) e dano moral puro (dor, tristeza, etc.)”.

Também já se ecoou na jurisprudência que dano moral “é a sensação de abalo à parte mais sensível do indivíduo: o seu espírito”.⁶

Para Rui Stocco⁷, firmando-se nas lições de Pontes de Miranda, “*nos danos morais a esfera ética da pessoa é que é ofendida; o dano não patrimonial é o que só atingindo o devedor como ser humano, não lhe atinge o patrimônio*”.

Os danos morais se referem, assim, às incomodidades, agitações, vexames e restrições, constrangimentos, dor, angustia, depressão, infâmia, calúnia, difamação, injúria, segurança, tranqüilidade, amor próprio, intimidade...

Maria Helena Diniz⁸ explica que o dano moral pode ser de duas ordens: direto e indireto. Por dano moral direto entenda-se a lesão que atinge um bem jurídico não patrimonial como os direitos de personalidade (vida, integridade, honra, decoro, intimidade, sentimentos afetivos etc).

⁴ VENOSA, Silvio de Santo, *Op. Cit.*, p. 33.

⁵ *Dano Moral*, 2ª. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 42.

⁶ *In* RT 613/184

⁷ *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência*. 4. Ed., São Paulo: RT, 1999, p. 670

⁸ *Op. Cit.*, p. 83.

Dano moral indireto, por seu turno, seria aquele que atinge um bem jurídico patrimonial, com valor extrapatrimonial como, por exemplo, a perda de um anel de noivado.

Durante muito tempo houve profunda discussão na literatura jurídica sobre a reparabilidade do dano moral. Paulatinamente a construção doutrinária e, mormente, a jurisdicional, passaram a admiti-la. É bem verdade que o Código Civil, desde 1916, no seu artigo 76, já dispunha que "para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral."

Porém, mesmo ante esse dispositivo legal negava-se a reparação a esses danos.

Tal discussão restou nocauteada com o advento da Constituição Federal de 1988, que expressamente consagrou a indenização a título exclusivo de dano moral⁹.

Posteriormente, o legislador ordinário consagrou em seus textos o assunto. O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, por exemplo, contempla o instituto no seu artigo 6., VI.¹⁰ Também a Lei de Ação Civil Pública¹¹ e, recentemente, o novo Código Civil brasileiro, que em seu artigo 186, assim dispôs: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar o direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."

Logo, quando um cidadão tiver maculada sua moral poderá pleitear a devida e justa reparação, isto porque sua honra, sua moral, sua dignidade enfim, são sentimentos que brotam do mais profundo do ser humano; um sentimento essencialmente espiritual.

Todavia, não basta a ocorrência de qualquer contrariedade, desconforto, mágoa, irritação ou aborrecimento para a configuração do dano moral, que somente existirá caso seja efetivamente atingido o sentimento

⁹ CF, arts. 5., V, X

¹⁰ CDC, art. 6 ., VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos

¹¹ Lei 7347, de 24-07-1985, art. 1º. Regem-se pelas disposições legais desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados

peçoal de dignidade comum. E as pretensões reparatórias que se ajuízam nos Juízos deste país nem sempre têm essa marca.

Conforme comentou Ênio Santarelli Zuliani¹², "monopoliza-se a ação de dano moral porque, no momento, é o maior sucesso de bilheteria jurídica, figurando no topo das listas das mais acessadas nos fóruns e tribunais."

Hoje há um desvirtuamento nas pretensões reparatórias. Qualquer questiúncula, por mais ridícula que seja, é motivo para aventureiros ajuizarem demandas embasados numa pretensiosa ofensa à sua moral.

Não se nega que o patrimônio íntimo, o sentimento, o conforto espiritual, sejam relevantes. São! Tanto que a própria Constituição Federal no rol dos Direitos e Garantias Individuais, fez inserir a possibilidades de se reparar os males que lhe forem causados. Contudo, há verdadeiras teratologias nos fóruns brasileiros. Melina Lobo Dantas¹³ alerta:

Há, nos dias atuais, um sério risco de nosso país atingir o nefando "status" a que chegaram os Estados Unidos da América, onde se criou uma verdadeira "indústria" de indenização. São várias as notícias daquele país que nos chegam através dos jornais: escolas que se recusam a dar qualquer remédio ou lenitivo aos seus alunos, com receio de que lhes cause reação adversa; garotos que não mais se relacionam socialmente com os colegas, por determinação dos pais, que temem acusações de assédio sexual; e vários outros. O Brasil, tal como ocorre "aliunde", corre o risco de o instituto da responsabilidade civil por dano moral banalizar-se e desmoralizar-se, por força dos desvios de enfoque, do desregramento específico e do abandono aos princípios e preceitos do Direito.

Destarte, mesmo diante do texto constitucional ainda persiste uma certa resistênciã na doutrina respeitante à possibilidade da reparação de um dano de ordem moral. Há facção respeitável e corajosa que nega, inclusive, qualquer tipo de reparabilidade neste sentido. Maria Helena Diniz¹⁴ traz um

¹² *Dano Moral: a era da jurisprudência. In Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre: Síntese, n.13, set./out., 2001, p.20*

¹³ *Da fixação dos danos morais*, Porto Alegre: Síntese Publicações, 2002, CD-ROM n.37 Produzida por Sonopress Rimo Indústria e Comércio Fonográfico Ltda.

¹⁴ *Curso de direito civil brasileiro - responsabilidade civil*. 9. Ed. Guarulhos: Saraiva, 2005, p. 35

elenco dos principais argumentos dos adversários da reparabilidade dos danos morais podendo ser destacados:

a) a efemeridade do dano moral; b) o escândalo da discussão em juízo de sentimentos íntimos; c) a incerteza da ocorrência do dano; d) a dificuldade em se descobrir a existência desse dano; e) a impossibilidade de rigorosa avaliação pecuniária; f) a imoralidade da compensação da dor com o dinheiro; g) a interferência do arbítrio judicial nessa reparação; entre outros

Mas, nem tanto ao céu nem tanto à terra! É possível sim a reparação de danos morais. O que deve se evitar são os abusos. Como já se disse, “o abuso não pode impedir o uso”.

Eis, então, nossa problemática: pleitear-se a reparação de danos morais perante o cônjuge ou o companheiro por descumprimento dos deveres de parceria é abusivo ou legítimo?

A discussão é acalorada e a resposta esta longe de ser unívoca como se verá.

3 A EVOLUÇÃO DA DISCUSSÃO NO MUNDO

Ângela Cristina da Silva Cerdeira¹⁵ fez rápida abordagem do tema sob o enfoque do direito anglo-americano, onde permeava a tese da *interpousal immunity* ou imunidade interconjugal, segundo a qual se vedava a possibilidade de um cônjuge poder agir para o ressarcimento de um prejuízo causado em consequência de um ato ilícito cometido pelo outro, salvo se o ilícito praticado fosse penalmente relevante.¹⁶

Passado esse primeiro estágio, a jurisprudência anglo-americana adotou o novo dogma da "tranqüilidade familiar" em substituição à "imunidade familiar". Nesse momento, os "cônjuges passam a poder celebrar contratos

¹⁵ *Da responsabilidade civil entre os cônjuges*, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 43

¹⁶ *Op. cit.*, p. 17.

entre si e a executar judicialmente as respectivas obrigações"¹⁷, embora, nesse estágio, as questões estivessem restritas àquelas de cunho patrimonial.

Num terceiro momento, a jurisprudência norte-americana permitiu à mulher o manuseio de ações por *personal injury*, ainda que a entendendo como decorrência de um direito patrimonial.

Não somente a jurisprudência e a doutrina estrangeira evoluíram. A legislação também. Em 1962, na Inglaterra, a *Law Reform (Husband and Wife) Act* permitiu que um cônjuge propusesse ação contra seu parceiro, negando somente esse procedimento na Constancia do casamento.

O que se tem na Inglaterra e nos Estados Unidos, portanto, é o declínio absoluto da "imunidade conjugal". Fala-se abertamente na tese da reparabilidade de danos entre cônjuges, ainda que de cunho estritamente moral.

Também na França já houve decisões dispondo que "*um époux est tenu de réparer ses et sur ses biens propres le dommage cause à son conjoint, pendant la mariage, par son quase-délit.*"¹⁸

Inclusive a *Cour de Cassation* já entendeu que uma mulher poderia propor ação de reparação civil contra seu marido por este tê-la impedido de entrar na residência de ambos, sem justo motivo. O regime da responsabilidade civil é, assim, utilizado na França para sancionar a violação dos deveres conjugais.

Na Espanha a doutrina de La Crus Berdejo e Garcia Cantero é adepta da possibilidade de reparação civil dos danos causados pelos descumprimentos dos deveres pessoais, notadamente da fidelidade.

A Itália, contudo, ainda possuía prevalência de não se admitir a interferência estatal no seio familiar, mesmo que para reparar danos, já havendo decisões no sentido de se admitir, quando muito, a reparação somente dos danos materiais.

Na Alemanha, os tribunais superiores têm rejeitado as ações reparatorias desde jaez sob o argumento de que a regulamentação especial do direito de família exclui qualquer pretensão de natureza aquiliana. Conforme

¹⁷ CERDEIRA, Ângela Cristina da Silva. *Da responsabilidade civil entre os cônjuges*, p.24

¹⁸ In CERDEIRA, Ângela Cristina da Silva, *Da responsabilidade civil entre os cônjuges*, p. 36.

Rolf Madaleno¹⁹, o direito do divórcio alemão está sustentado no princípio da ruptura conjugal, e se fosse permitido indenizar entre os cônjuges no direito de família, estaria sendo reintroduzido o princípio da culpa.

Em Portugal, a tese da reparabilidade dos danos morais ganha rápida adesão, mormente pela doutrina de Ângela Cristina da Silva Cerdeira²⁰.

Deste modo, vê-se que não há pacificidade sobre a questão e a resposta não é tão simplista. Primeiramente, para que se perquiria sobre a reparabilidade dos danos morais nas relações heterossexuais, sobretudo no casamento, faz-se mister entender qual a natureza jurídica desse instituto, a fim de se apurar se a eventual responsabilidade civil de um cônjuge em face do outro está assentada num descumprimento contratual ou numa responsabilidade aquiliana, delitual.

4 NATUREZA CONTRATUAL DO CASAMENTO

Há quem pregue que o casamento não é um negócio jurídico. Suas condições são impostas pela lei e não há possibilidade de se alterá-las pela livre vontade das partes. Ademais, o casamento, diferentemente dos contratos, é uma confluência de valores sociais e religiosos. Dele advém a família e o estado de casado, o parentesco por afinidade, expectativas sucessórias etc. Portanto, sua natureza jurídica é publicista, pois é o Estado que legaliza e lhe impõe condições e conseqüências.

De outra banda, há quem defenda que o casamento é um contrato, conquanto um contrato que não se assemelhe àqueles do direito patrimonial. Que, ao se casarem, as partes, de livre e espontânea vontade, submetem-se às cláusulas pré-condicionadas pela lei. Logo, é típica instituição de direito privado.

Desbastada dessas arestas a conceituação do instituto, evidencia-se que o casamento é, efetivamente, um contrato: há um concurso de vontades, para determinado fim, explicitamente previsto em lei.

¹⁹ *Op. cit.*, p. 12

²⁰ *Loc. cit.*

Nem se diga que as conseqüências do casamento já estão previstas na lei e que, por isso, não seria um pleno contrato. Sim, pois todos os corolários de um contrato estão previstos em lei, ao menos *contrario sensu*. Como bem atesta João Andrades Carvalho²¹:

Na realidade, o casamento é uma instituição do ponto de vista dos valores sociais e religiosos. Mas no campo do direito, isto é, de ponto de vista estritamente jurídico, não há como não considerá-lo contrato, pelas características que apresenta. O ordenamento jurídico define modelo aos quais se adapta todo ato jurídico realizado de acordo com esse mesmo ordenamento jurídico. Não existe maneira de fugir de tais paradigmas, a menos que a lei os defina de modo diverso. O que, alias, não é caso do casamento, porque o próprio Código Civil trata o casamento como sociedade conjugal

De fato, o artigo 1571, do novo Código Civil, prontifica que o casamento é uma sociedade conjugal. Sociedade, como se sabe, advém de um pacto, de um contrato.

Todas as críticas em torno da teoria contratualista, ao nosso ver, não prosperam. Dizer que o casamento só se perfaz com o ato solene do presidente do ato (oficial do cartório ou líder religioso) em nada lhe retira o caráter contratual. Com efeito, há outros contratos que também reclamam solenidades, inclusive a intervenção de um agente estatal. A hipoteca de um imóvel, por exemplo.

Sob o mesmo enfoque, nem se diga que para o casamento a simples vontade dos cônjuges não basta pois se faz mister a presença homologatória do Estado. Como dito, outros contratos reclamam a mesma intervenção, sem perderem o caráter contratual por isso.

Outrossim, não vence a alegação de que é a lei quem impõe certas cláusulas ao contrato. Hoje, com o dirigismo contratual e com a aceitação das normas gerais contratuais, muitos dos contratos estão pré-condicionados às normas legais cogentes, não podendo os contraentes alterar tais imposições. A autonomia da vontade contratual é relativa, similarmente ao que ocorre com o casamento.

²¹ *Direito Civil - Direito de Família*. 4ª Ed. Ed. Atlas: São Paulo, 2004, V. VI, p. 367

Ademais, o casamento é passível de distrato. O que é o divórcio senão um distrato! Tanto é que o artigo 1571, do Código Civil dispõe que a "sociedade conjugal" termina pela separação ou pelo divórcio.

Logo, parece-nos que a teoria contratualista é a que melhor se encaixa para definir o casamento. E, sob esse enfoque, a tese da responsabilidade civil ganha ainda mais fôlego.

Nada obstante a isto, ainda que se entenda o casamento como instituição, não haveria óbice algum para a tese de reparação civil conjugal.

Para nos, inclusive, quer-nos parecer anódina essa discussão. O resumo de nossa tese é: se houve violação aos deveres conjugais e isso trouxe danos morais ao inocente, impõe a reparação.

5 DOS OPOSITORES À TESE DA REPARABILIDADE DOS DANOS MORAIS NAS ENTIDADES FAMILIARES

Nos dizeres de Rolf Madaleno²², "o Direito de Família ainda não tem nenhuma simpatia para com a doutrina da responsabilidade civil, e o Código Civil brasileiro mantém um conveniente silêncio" sobre o assunto.

No Direito de Família não existe a figura de indenização. Amor não se paga; convivência não se paga!, já se disse outrora.

Essa tem sido a retórica dos defensores da tese de não ressarcibilidade dos danos morais havidos entre os cônjuges, se oriundos das relações pessoais entre estes.

"O que é isso"?, pergunta Sérgio Couto, apondo sua indignação quanto à questão.²³ E, ainda, conclui:

A lei não prevê as sanções quando ocorre infrações aos deveres de família, não se afigurando razoável a dupla penalização pelo mesmo fato, As ações já decididas, pretendendo a indenização, foram rechaçadas. Temos o registro de varias decisões, - nesse sentido RT 765/191, 737/390, AC 14.156, TJRJ; EAp. 369/99, TJRJ; RJTJRS, 190/382; AC 82.002/SP - certo, porem, que o STJ, vem entendendo

²² *Op. cit.*, p. 11

²³ *Afronta à família*. Porto Alegre: Síntese Publicações, 2002, CD-ROM n.37. Produzida por Sonopress Rimo e Comercio Fonografico Ltda.

de forma diferente, a teor do respeitabilíssimo voto relatado pelo insigne Min. NILSON NAVES, que compôs a unanimidade da Turma, ao qual, com a mais respeitosa vênua, não emprestamos adesão.

Vê-se que Sérgio Couto é totalmente contrário à tese da reparabilidade dos danos morais por quebra de deveres familiares, isso porque a lei já prevê outras sanções como a separação ou o divórcio.

E é ainda mais enfático:

Colocar no varal das Varas de Família situações graves, chocantes, porque intimistas, para emporcalhar a vida um do outro a pretexto de indenização por dano moral, é alimentar o sadomasoquismo de quem, na desavença judicial, não pretende que feneça as antigas idiosincrasias, parecendo que o assunto se insere nos domínios da psicanálise. Quem pagará por esse dano moral, reprimido à sombra da Justiça? E não venha com o argumento de correrem os feitos em "segredo de justiça", pois isso não é verdade. As vísceras dos amor perdido são lançadas aos olhares dos curiosos, e quando as partes em litígio tem notoriedade, cresce ainda mais o estrepito judicial.²⁴

Essa tese encontra ressonância em parte da jurisprudência. A 14ª. Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por unanimidade, sendo Relator o Des. Marlan de Moraes Marinho, na Apelação Cível nº 14.156/98 (acórdão de 13 de maio de 1999), esposando o argumento de que o casamento é uma instituição, negou pretensão reparatória de danos morais. Eis parte do aresto:

DIVORCIO - DANOS MORAIS - REPARAÇÃO - INADMISIBILIDADE - Admitindo-se que o casamento é um contrato, não se pode deixar de notar que ele se assemelha ao contrato do direito patrimonial. Embora esteja submetido à livre vontade das partes, não podem estas estipular condições ou termos, nem opor cláusulas ou modos, nem disciplinar as relações conjugais de maneira contrária à lei. Por isso, as controvérsias decorrentes de sua eventual dissolução não poder ser solucionadas com regras próprias das obrigações. Recurso improvido.

Segundo exposto no corpo do acórdão, sendo institucional a natureza jurídica do casamento, os cônjuges aderem às regras públicas

²⁴ *Loc. Cit.*

formuladas para o matrimônio e dentro de seu espectro não há expressão legal que preveja sanções materiais pela infringência às regras da instituição matrimonial.

Deste modo, em se admitindo que o casamento é uma instituição, ficaria de pronto negada qualquer pretensão de danos morais em sua seara.

Por outro lado, nem mesmo imaginando-se o casamento enquanto contrato poderia reverter essa posição, uma vez que esse "contrato de casamento" teria roupagem diferente do direito patrimonial, sendo vedado aos cônjuges sujeitar o casamento à cláusulas que não são previstas em lei. E a reparação do dano moral nesta questão não esta prevista em lei.

Além disso, para a culpa pela ruptura do casamento já existem sanções previstas em lei, sendo as mais relevantes:

- a) a separação judicial ou o divórcio, sendo que essa sentença marcara moralmente o esposo faltoso pela sua culpabilidade;
- b) a culpa separatória deveria, em tese, influenciar sobre a guarda do prole;
- c) o cônjuge culpado perde o direito de usar o sobrenome do esposo inocente;
- d) a perda do direito de pensão alimentar.

Por sustentarem que as infrações aos deveres pessoais redundam na separação ou no divórcio crêem que isto já é sanção suficiente, e a única aplicável, salvo em casos específicos como nas sevícias e no adultério, que a reprimenda também pode ser penal, com o senão que agora o adultério deixou de ser ilícito penal.

Além disso, há uma clara tendência em se afastar a discussão “da culpa” nas rupturas familiares. Neste pensar Rolf Madaleno²⁵:

Tendência irreversível do Direito de Família é a completa abolição das razões causais nas demandas de sepração judicial que deixam de pesquisar o descumprimento dos deveres do casamento, para

²⁵ *Op. cit.*, p. 15

prevalecer o direito fundamental à felicidade com o princípio da ruptura, que toma o lugar processual do superado princípio da culpa. O fato de os cônjuges solicitarem a dissolução de sua sociedade afetiva sem alegarem nenhuma causa, mas tão só a mera vontade de romper a relação, não significa ignorar os casos patológicos de ruptura dos laços conjugais, quando um dos consortes ao tem nenhum escrúpulo em maltratar e humilhar seu consorte

Porém, há de se atentar às teses contrárias. Vejamos:

6 DOS DEFENSORES DA TESE DA REPARABILIDADE DOS DANOS MORAIS, AINDA QUE EM SEARA FAMILIAR

De plano cabe consignar: a discussão em torno da responsabilidade civil não tem relação com a questão “culpa” para fins de separação e/ou divórcio. Uma coisa é dissolver-se o vínculo conjugal para o qual não há que se perquirir sobre culpa; outro é a responsabilidade civil, cujo elemento culpa é imprescindível

Ademais, observemos o posicionamento ululante de Ângela Cristina da Silva Cerdeira²⁶:

Mas, mesmo que consideremos o divórcio como uma sanção ou admitamos que todas as perspectivas são conciliáveis, a garantia dos direitos familiares de natureza pessoal continua fragilizada se, no caso de sua violação, não forem aplicáveis os princípios da responsabilidade civil.

Por conseguinte, é inequívoco: uma coisa é a ruptura do vínculo conjugal; outra, a reparação de danos disto decorrente.

A teoria da reparabilidade dos danos na seara familiar ganha dia-a-dia mais adeptos, inclusive nos Tribunais, como o Tribunal de Justiça e São Paulo, no julgamento da Apelação Cível 361.324-4/7, em declaração de voto vencido do Desembargador Ênio Santarelli Zulliani, que reconheceu o direito da esposa traída ser indenizada pelos danos morais decorrentes de infidelidade conjugal em resultado da conduta desleal do seu esposo.

²⁶ *Op. cit.*, p.83

Yussef Said Cahali²⁷ lembra que

...já se pronunciam, em nossa jurisprudência, algumas manifestações favoráveis à indenização pelos danos sofridos pelo cônjuge inocente, em razão da causa que provocou a dissolução da sociedade conjugal. Perante o nosso direito, lamentavelmente, a Lei do Divórcio, desprezando os reclamos da melhor doutrina, não estabelece qualquer sanção pecuniária contra o causador da separação, por danos materiais ou morais sofridos pelo cônjuge inocente.

Paulo Luiz Netto Lôbo argumenta que “os danos morais e materiais (por exemplo, a doença de um provocada pela agressão do outro a honra) devem ser indenizadas, segundo as regras comuns, além da sanção indireta da separação judicial. Não há mais imunidades especiais a disputas dentro da família”²⁸

Belmiro Pedro Welter²⁹ é bastante categórico quanto à possibilidade da reparação destes danos. Diz o citado autor:

Concordamos com a corrente minoritária que admite a indenização do dano moral na ação de separação judicial ou união estável litigiosa e com culpa (artigo 5º, cabeça, da Lei nº 6.515/77, por grave infração dos deveres do casamento ou conduta desonrosa), podendo o pedido ser cumulado, ou não, desde que observado o seguinte: a) o pedido de separação judicial ou dissolução de união estável e/ou indenização por dano moral deve ser ajuizado logo após a ocorrência da conduta culposa, sob pena de incidir o perdão do cônjuge ofendido, que impede o exercício do direito indenizatório, pois, nesse caso, “a inércia temporal conspira contra a invocação da causa da separação e faz com que os resíduos conflituosos não mais transpirem em processos nos quais a fática e já enfadonha ruptura transformou-se em silenciosa resignação” (6); b) é exclusiva do cônjuge ou convivente inocente a demanda indenizatória de dano moral. Se recíproca a culpa, inviável o pedido já que ambos terão parcela de culpa; c) o pedido de indenização por dano moral pode ser examinado tão-só na separação judicial ou na união estável litigiosa e com culpa, em que se discute a grave infração aos deveres do casamento ou conduta desonrosa; e d) a conduta do cônjuge

²⁷ *Op.cit.*, p. 83

²⁸ *Loc. cit.*

²⁹ *Dano Moral. Culpa*. Porto Alegre: Síntese Publicações, 2002, CD-ROM n. 37, Produzida por Sonopress Rimo Industria e comercio fonográfico Ltda.

culpado deve ser tipificada como crime, ofensiva à integridade moral do cônjuge ofendido, produzindo dor martirizante e profundo mal-estar e angústia, na medida em que uma grave ofensa a bem jurídico, que o legislador elevou à categoria criminosa, é que poderá resultar em indenização de dano moral, devendo-se formatar corte vertical nas demais condutas –não criminosas-, as quais apenas são causas à dissolução da separação judicial, divórcio e união estável”

Assim, para Belmiro Pedro Welter é admissível a indenização, sobretudo nas hipóteses abaixo listadas:

Resumindo, é admissível a indenização de dano moral no casamento e na união estável, desde que observados os seguintes critérios objetivos e subjetivos: 01) 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; 02) o direito ao dano moral é exclusivo do cônjuge inocente; 03) o pedido somente é possível na ação de separação judicial ou dissolução de união estável litigiosa e com culpa; 04) a conduta do cônjuge culpado deve ser tipificada com o crime; 05) o comportamento delituoso deve ser ofensivo à integridade moral do cônjuge ofendido, produzindo dor martirizante e profundo mal-estar e angústia.”³⁰

Já há, inclusive, decisão abonadora desta teoria no Superior Tribunal de Justiça. Em acórdão promissor, essa Corte decidiu, sobre o relatório do Min. Nilson Naves:

O sistema jurídico brasileiro admite, na separação e no divórcio, a indenização por dano moral. Juridicamente, portanto, tal pedido é possível: responde pela indenização o cônjuge responsável exclusivo pela separação. 3. Caso em que, diante do comportamento injurioso do cônjuge varão, a turma conheceu do especial e deu provimento ao recurso, por ofensa ao artigo 159 do Código Civil, para admitir a obrigação de se ressarcirem danos morais.”³¹

Para esses, viu-se, é perfeitamente factível as indenizações por danos morais havidas na seara familiar.

³⁰ *Dano Moral. Culpa*. Porto Alegre: Síntese Publicações, 2002, CD-ROM n. 37, Produzida por Sonopress Rimo Industria e comercio fonográfico Ltda.

³¹ STJ - REsp 37051 - SP - 3ª T. - Rel. Min. Nilson Naves - DJU 25.06.2001 - p. 00167

7 ALGUMAS PONDERAÇÕES SOBRE O TEMA

Reconhecemos que as fundamentações que buscam negar a reparação dos ditos danos morais entre os cônjuges são relevantes. No entanto, não vemos como se impedir essa pretensão indenizatória em certos casos.

Desde que a vida de casado tenha sido martirizante para um dos cônjuges em face de condutas desviantes do parceiro, causando-se-lhe profundo mal-estar espiritual e angústia, não há porque deixar de contemplá-lo com eventual indenização a título de danos morais³².

Vejamos, assim, cada uma das críticas que se ventilam contra o tema, procurando, na medida do possível, afastá-las:

7.1 Da Inexistência de Previsão Legal

Tem se dito que não caberia essa indenização nestes casos pois ela não conta com previsão legal. Ora, mas a reparabilidade dos danos morais é previsão constitucional como direito fundamental. De fato, está prevista no artigo 5º, V e X, da Constituição Federal.

Ademais, a preservação da dignidade da pessoa humana é objetivo fundamental da Republica Federativa do Brasil encontrando destaque no artigo 1º, III, também da Constituição Federal.

E é exatamente nas relações familiares onde se acentua a necessidade de proteção dessa dignidade, já que a família é o centro da preservação da pessoa.

As relações entre os membros de uma entidade familiar são diuturnas e constantes (o que podemos chamar de endo-relacionamentos), ao passo que as relações intersubjetivas com estranhos ou com o Estado (exo-relacionamentos), se intensas também são, não são tão constantes como as relações familiares.

³² O mesmo conceito valerá para a união estável.

Destarte, o sistema constitucional de garantia de direitos dever ser focado diretamente sobre o microcosmo da família, posto que nesta se mostram as mais intensas relações humanas.

Não se pode falar em "direitos de liberdade", "de igualdade", "a honra", "direitos de personalidade", se tais não foram exercitados e garantidos já no âmbito familiar; não há pessoa humana com dignidade se esta não poder ser manifestada no núcleo familiar.

Se este sistema não funcionar dentro do círculo familiar, com muita probabilidade seus membros não poderão executar esse conjunto de princípios na sua plenitude.

Se se fala em direito à dignidade, exige-se primeiramente que marido e mulher rendam-se condignamente;

Se se fala em defesa à honra, exige-se que os consortes honrem-se singularmente, vendando-se relações sexuais fora do estreitamento familiar;

Por outro lado, se se prega a liberdade, essa liberdade parece restringida na órbita familiar, posto que com o casamento a liberdade sexual fica tolhida na medida em que não se admite relações sexuais com terceiros.

Destarte, vê-se que a família é a primeira destinatária dos Direitos Fundamentais, e como tal fica à mercê de todo o sistema de direitos e garantias previstos constitucionalmente, inclusive a reparação dos danos morais. Sendo assim, a reparação dos danos morais consagradas na Constituição tem plena aplicabilidade ao caso em tela.

Além da consagração constitucional já citada, o cabimento da referida indenização fundamenta-se nas regras gerais sobre responsabilidade civil, constantes do art. 186 do Código Civil, pelo qual "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete o ilícito" (grifos nossos).

Não nos descuidemos da regra do abuso de direito prevista no art. 187. Com efeito, também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Neste aspecto, observa Carlos Roberto Gonçalves que "o instituto do abuso do direito é destinado a reprimir

exercício antissocial dos direitos subjetivos e, portanto, tem aplicação em todos os campos do direito³³.

Tanto pelo texto constitucional como no infraconstitucional não se depreende restrição da incidência destes danos e de sua reparabilidade, em nenhuma órbita, inclusive na familiar.

Neste diapasão, não há como se sustentar que a reparação dos danos morais em sede familiar não conta com amparo legal.

7.2 A reparação dos danos morais na quebra dos deveres conjugais.

Já se disse: amor não se indeniza! Ora, mas quando se propugna pela reparação de danos morais em seara familiar não esta se impõe reparação pela falta de amor. De fato, como visto alhures, o amor não é exigível juridicamente posto não ser um dever previsto na legislação.

No entanto, a fidelidade, a mútua assistência, o respeito e a consideração mútuos são deveres, e como tais exigíveis. Logo, sendo descumpridos, impõe-se a reparação por essa ofensa, se ofensa existir.

A prestação dos deveres familiares são nitidamente obrigações legais pelas quais os parceiros obrigam-se mutuamente a dar, fazer ou não fazer determinadas condutas.

Poder-se-ia argumentar: ora, a obrigação exigível juridicamente que reverte em perdas e danos a que a lei se refere e aquela com caráter econômico. E os deveres pessoais não têm cunho econômico!

Esse posicionamento parte de uma falsa premissa. Na verdade, a obrigação é apenas uma das modalidades de deveres jurídicos. A obrigação é apenas um dever de cunho econômico. Entretanto, a lei pode impor outros deveres que aprioristicamente falando nada tem de venal.

Por exemplo, o dever jurídico de não atacar a honra alheia. Esse dever jurídico não tem caráter econômico, mas seu descumprimento gera a sanção; gera o dever de indenizar, além de uma pena criminal.

³³ GONÇALVES, Carlos Roberto (Coord.); Azevedo, Antônio Junqueira de. *Comentários ao código civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 11, p. 297

Assim, se não se pode ferir a honra alheia, com igual -- ou maior -
- razão não se pode ferir a honra de seu parceiro, cujas conseqüências são as
mesmas: dever de indenizar e reprimenda criminal.

Nosso ordenamento jurídico esta repleto de situações não
obrigacionais em sentido estrito das quais emergem os deveres de reparação
de danos. É a chamada responsabilidade extracontratual ou aquiliana. O
próprio artigo 186, do Código Civil, é claro neste sentido, contemplado a
hipótese da reparação dos danos mais por fato contratual, e mesmo
extracontratual.

Meramente por citar-se, o direito de informar: caso esse extrapole
a veracidade ou ponha em xeque a honra e a boa-fama alheia, incorrer-se-á
em danos morais passíveis de indenização³⁴; também no caso de homicídio,
quando se perde um ente querido³⁵; ainda nos casos de responsabilidade pelo
fato da coisa ou do animal que esteja sob guarda do dono; cabe citar, além
desses, a responsabilidade civil no direito de vizinhança; e mesmo a
responsabilidade civil do Estado.

Em todos esses casos a infração não é obrigacional -- ou
contratual. Antes, há uma transgressão a um dever jurídico, emergindo em tese
a reparação dos danos morais, se ocorrentes deveras.

Para nós, quer-nos parecer, como dito, que o casamento é um
contrato. Assim, aplica-se-lhe toda a teoria geral da obrigação contratual,
naquilo evidentemente que lhe for compatível. Via de conseqüência, há que se
analisar o art. 247, do Código Civil. Ei-lo: *Incorre na obrigação de indenizar
perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só imposta ou só por
ele exeqüível.*

Sendo assim, se o parceiro descumpre o dever a ele imposto de
lealdade ou fidelidade, "incorre na obrigação de indenizar perdas e danos."

³⁴ É perfeitamente possível o ajuizamento de ação de indenização para composição de danos
materiais e morais fundada no direito comum decorrente de difamação e calúnia feita por meio
da imprensa, situação em que não é cabível a aplicação do prazo de decadência previsto na
Lei de Imprensa. (TAMG - AP 0347209-9 - Conselheiro Lafaiete - 4ª C.Civ. - Rel. Juiz Paulo
Cezar Dias - J. 31.10.2001)

³⁵ O nascituro também tem direito aos danos morais pela morte do pai, mas a circunstancia de
não tê-lo conhecido em vida tem influencia na fixação do quantum. STJ - RESP . 399028 - SP -
4ª T. - Rel. Min. Sálvio Figueiredo Teixeira. - DJU 15.04.2002

Conclui-se facilmente, portanto, que no ordenamento jurídico brasileiro, não somente as obrigações contratuais, mas também os deveres jurídicos não obrigacionais submetem-se ao regime de perdas e danos, com inclusão dos danos morais em seara familiar.

Inclusive o Código é ainda mais expresso em determinadas situações. Ao dispor sobre o dever de mútua assistência entre as pessoas, aí incluídos os parceiros, rezou o artigo 949, desde codex:

No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizara o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido (grifo nosso)."

Não é certo que um cônjuge ou companheiro podem ofender a saúde de outrem? Então, se o fizer, responde pelo prejuízo sofrido pelo inocente.

Também no respeitante ao dever de respeito e considerações mútuos, o Código é claro ao dispor que aquele que imputar ao outro parceiro indevidamente um procedimento desonroso deverá reparar o dano que dessa ofensa redundar. A propósito, o artigo 953, do mesmo diploma: "A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido."

Sob a ótica desses dois deveres pessoais entre os parceiros, quais sejam, do respeito e considerações mútuos, aí englobados o procedimento desonroso e a sevícias, a lei é específica nos artigos citados.

Contudo, para os casos não contemplados expressamente ainda há regra geral do artigo 186, do Código Civil, afora o já citado art. 187, que alberga a regra do exercício abusivo do direito como ato ilícito.

Em razão do exposto, concluímos que caso se entenda que o casamento é uma mera instituição, aplica-se-lhe a regra do artigo 186, do Código Civil. Caso se compreenda o casamento enquanto contrato, além desse artigo, outros, como o art. 227, do mesmo Código também teriam pertinência.

7.3 A obrigação de pagar alimentos supre o dever de reparar os danos?

Para alguns, uma das conseqüências do rompimento da entidade familiar pelo descumprimento dos deveres pessoais seria o dever de prestar alimentos ao parceiro inocente. No entanto, essa verba é de caráter tipicamente alimentar, nada tendo de indenizatória.

Mesmo porque, à luz do artigo 1702, do Código Civil, a imposição dos alimentos demanda que o alimentado prove ser desprovido de recursos. Caso tenha meios para se sustentar, não lhe será deferida a verba alimentar.

Além disso, pela sistemática do artigo 1702, § único, do mesmo Código ainda que o cônjuge ou companheiro sejam culpados pela separação, eventualmente pelo descumprimento dos deveres pessoais, poderá pleitear a verba alimentar. A propósito:

Art. 1704...

Parágrafo único. Se o cônjuge declarado culpado vier a necessitar de alimentos e não tiver parentes em condições de prestá-los nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurá-los, fixando o juiz o valor indispensável à sobrevivência."

Pelo exposto, depreende-se que mesmo o cônjuge culpado pode pleitear alimentos. Já ao inocente seu percebimento não é automático, haja vista que necessita demonstrar sua necessidade, além da possibilidade de pagamento da outra parte. Logo, essa verba não guarda nenhuma relação com a reparação pelo descumprimento dos deveres pessoais.

Aguiar Dias³⁶ assim se manifesta:

Quanto à distinção da pensão alimentícia e da indenização, está no fato de que os alimentos somente poderão ser exigidos pelo cônjuge que provar a sua necessidade, e a indenização poderá ser pleiteada, independentemente da situação econômica do cônjuge inocente. E ainda, a indenização não poder ser suprimida, aumentada, ou diminuída, enquanto a pensão é variável, observando-se a necessidade do alimentado e a possibilidade do alimentante. Alguns autores afirmam que o cônjuge inocente poderá pleitear, além da pensão alimentícia

³⁶ *Responsabilidade civil*. Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 449

uma indenização pelos danos materiais e/ou morais advindos do fato causador da dissolução da sociedade conjugal.

Parece-nos incensurável esse argumento. Eventual condenação do cônjuge culpado ao pagamento da verba alimentar não cria óbice ao ajuizamento de outras ações reparatórias, posto tratarem-se de institutos diversos.

Interessante é a tese de Rolf Madaleno³⁷ que sugere a possibilidade de pensão compensatória cuja quantia seria determinada em razão do desequilíbrio econômico que sofre um dos cônjuges com a ruptura do vínculo afetivo, cuja finalidade não seria de subsistência, mas a de restaurar, com critério de igualdade, o equilíbrio financeiro vigente entre os consortes por ocasião da separação.

Confessa o autor que sua tese é influenciada pela legislação francesa e espanhola que prevêem essa modalidade de alimentos compensatórios. E menciona que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já os concedeu, bem como decisão isolada da Vara da Família de Brasília.³⁸

No entanto, conquanto a nomenclatura seja “alimentos” compensatórios, a medida é muito mais voltada para a “compensação” de danos. O seu diferencial é que o pagamento dar-se-á mediante parcelas mensais, e não através de parcela única.

7.4 A Partilha dos Bens Supriria os Danos Morais

Pelo mesmo enfoque, a partilha dos bens nada tem como reparação dos danos. Argumentar-se que a partilha dos bens já é suficiente ao cônjuge inocente é cerrar aos olhos de que isso premiaria o cônjuge culpado pelo descumprimento dos deveres pessoais.

A partilha de bens não está atrelada ao comportamento pessoal dos cônjuges. Quer tenham sido devassos, quer pudicos, o partilhamento do patrimônio em nada será alterado.

³⁷ *Op. cit.*, p. 21.

³⁸ *Loc. cit*

Portanto, esse argumento, de todos, é o mais absurdo.

Assim, cremos ser possível falar-se em danos morais em seara familiar, desde que preenchidos alguns requisitos

8 REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DE DANOS MORAIS NA RUPTURA DAS ENTIDADES FAMILIARES.

Estamos convencidos da necessidade de se indenizar o cônjuge ofendido pelo descumprimento dos deveres por parte do seu consorte, desde que preenchidos alguns requisitos, quais sejam

I - A apuração da culpa

Para que haja a condenação nos danos morais deve-se perquirir a culpa do descumpridor dos deveres conjugais. Não se pode conceber, e isto é certo, que qualquer separação ou divórcio gerem o dever de indenizar. Ao nosso ver, esse somente existiria se houvesse o descumprimento de um dos deveres impostos pela lei, devendo-se perquirir sobre a culpa do ofensor.

Assim, cremos que somente se ficar demonstrada a culpa ou dolo do ofensor pelo descumprimento dos deveres pessoais no casamento é que emergirá o dever de indenizar.

Por conseguinte, a simples ruptura da sociedade conjugal pela cessação do amor não gera danos morais. Ninguém é obrigado a amar ninguém. O amor é uma obrigação moral, e como tal, destituída de sanção jurídica. A lei não impõe esse dever. E se não há dever, não há sanção.

Nem se diga que essa proposta é um retrocesso na medida que ressuscita a discussão da “culpa” pela cessação do convívio familiar.

Uma coisa é perquirir sobre culpa para fins de divórcio; outra, para fins de reparação de danos.

No primeiro caso, claro, a medida é absolutamente inócua e inclusive contraproducente; mas, no caso de indenizações, é proposta que se impõe.

Deste modo, a casuística responderá se houve culpa do devedor pelo descumprimento de suas obrigações de parceria conjugal.

II - Conhecimento público?

Seria admissível falar-se em reparação de danos morais apenas se os fatos se tornassem público? Somente se a traição fosse conhecida de terceiros, ou o desrespeito tivesse sido presenciado por outros, a reparação seria de rigor?

Não vemos como prosperar essa tese. O dano moral visa reparar o embaraço, o desagrado, a diminuição da auto-estima.

Visa sobretudo defender a dignidade humana. Como negar-se que um esposo que se viu traído não se sinta humilhado, enxovalhado?

Como olvidar-se de uma esposa que foi seviciada não carregue consigo seqüelas permanentes deste ato? Como não aceitar a diminuição de um parceiro que viu seu consorte negar-lhe o débito conjugal sem nenhuma justificativa plausível?

Esses fatos demandam que terceiros venham a ter ciência para que haja a reparação? Qual a diferença?

Entendemos que se os fatos são tornados públicos, isso é apenas agravante para a mensuração da condenação, e nada mais.

A dor, o desconforto psíquico, são questões espirituais, de foro íntimo. Logo, não se faz necessário que terceiros saibam dos fatos, mesmo porque não há como adentrar-se no âmago alheio para se perquirir sobre seus danos, sequer sendo necessários prová-los. É de se ver:

III - Prova dos danos

Se a publicidade não é elemento para a eclosão do dano, salta inegável que este deve ser real ou efetivo, impondo-se como necessária sua demonstração e evidência em face dos acontecimentos e sua repercussão sobre a pessoa.

O dano deve ser plausível, razoável, aceitável para uma pessoa comum. Discussões fúteis devem ser repelidas de plano. Para aqueles que militam nas Varas da Família, sobretudo nas questões de separação e divórcio, sabem que quando da ruptura dos casamentos, salvo em casos de ruptura amigável, questões de somenos importância ganham dimensões estratosféricas.

Qualquer questão, mesmo banal, torna-se uma arma de agressão ao “futuro ex-cônjuge inimigo”. Trava-se uma verdadeira guerra de nervos. Às vezes, de armas cruentas.

Tal comportamento não pode escapar da análise judicial. Questões fúteis, triviais, que não sejam efetivamente um descumprimento de um dever pessoal, mas que se revelam apenas e tão somente com o viés de agressão e perturbação ao outro parceiro, não hão de dar guarida a pretensões ressarcitórias.

Embora pareça paradoxal num primeiro momento, entendemos que os danos morais devem ser efetivos, reais, sérios, críveis. Contudo, alegados esses danos, os mesmos não demandam provas. Os danos morais puros ou diretos são presumidos, e como tais dispensam introdução probatória. Gustavo Tepedino³⁹ assim comenta:

Jamais poderia a vítima comprovar a dor, a tristeza, ou a humilhação através de documentos, perícia ou depoimentos. Neste ponto a razão se coloca ao lado daqueles que entendem que o dano moral está ínsito na própria ofensa, de tal modo que, provado o fato danoso, ‘*pos facto*’ está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural”

Portanto, em casos tais como o ora debatido, é presumível o dano moral, dispensando a necessidade de prova quanto ao mesmo. É o que ministra Yussef Said Cahali⁴⁰:

Pelo menos quando se trata de dano moral padecido pela pessoa física em razão do abalo de crédito decorrente de protesto indevido de título, tem prevalecido na jurisprudência o

³⁹ *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999, p. 52

⁴⁰ *Dano moral*, 2ª. Ed., São Paulo: RT, p. 298/9

princípio geral da presunção do dano, afirmando-lhe a desnecessidade de uma demonstração específica, porquanto ela é inerente ao próprio evento; é fato notório e independe de prova que um protesto comprovadamente indevido, acarreta transtornos para pessoa na sua vida em sociedade, ocasionando-lhe perturbação nas relações psíquicas, na tranquilidade, nos sentimentos, nos afetos, na auto-estima, no conceito e na credibilidade...

O Segundo Grupo de Câmaras do então 1ª Tribunal de Alçada Cível de São Paulo⁴¹ proferiu singular acórdão. Destaca-se alguns tópicos:

Parece que a voz da natureza determina a convicção indubitosa da existência do sofrimento moral, dispensando-se a prova oral, ou seja, o depoimento de circustantes e vizinhos a respeito do sangramento interior da infeliz genitora. Salienta-se que o fato independe de prova... O direito é vida e a hermenêutica da norma deve seguir-lhe os passos. Dispensa-se a prova da normalidade”

Assim, se a dor é íntima, o dano exclusivamente moral não necessita de corroboração probatória. Este se presume com a prática do ilícito.

Exigir o contrário é compelir à produção da prova impossível. Como alguém poderá aferir o íntimo de outrem? Como uma pessoa pode imiscuir-se no âmago alheio para avaliar sua real dor?

No entanto, a dispensa da prova quanto aos danos não exime a vítima de provar os fatos ocorridos.

IV - Valoração dos danos

Uma das discussões mais agudas que a doutrina e a jurisprudência travam diz respeito ao montante devido monetariamente como forma indenizatória.

Como é sabido, a indenização por dano moral é arbitrável judicialmente mediante estimativa prudencial que leve em conta a necessidade de, com a quantia, satisfazer a dor da vítima e dissuadir, de igual e novo

⁴¹ RT 712/170

atentado, o autor da ofensa. O valor da indenização deve levar em conta seu propósito pedagógico e atender aos reclamos compensatórios do ofendido.

De fato, comungamos com Carlos Roberto Gonçalves⁴², para quem os danos morais têm natureza compensatória, punitiva e sancionadora indireta (preventiva de desestimular nos práticas).

Neste desiderato, “causando o dano moral, fica o responsável sujeito às conseqüências de seu ato, a primeira das quais será essa de pagar uma soma que for arbitrada, conforme a gravidade do dano e a fortuna dele, responsável, a critério do Poder Judiciário, como justa reparação do prejuízo sofrido.”

Deveras, a indenização por dano moral deve atender a uma relação de proporcionalidade, não podendo ser insignificante a ponto de não cumprir com sua função penalizante, nem ser excessiva a ponto de desbordar da razão compensatória

De qualquer forma, abominamos a tese da capacidade econômica do ofendido. A condição social da vítima, de pobre, não pode ser valorizada para reduzir o montante da indenização pelo dano moral; a dor das pessoas humildes não é menor do que aquela sofrida por pessoas abonadas.

Além disso, Arnaldo Rizzardo diz ser insignificante o estágio social do ofensor e do ofendido.⁴³ Assim, a quantificação do dano deve olvidar-se da posição social dos envolvidos e seguir os seguintes parâmetros:

a) *a natureza específica da ofensa sofrida*: o dano sofrido deve ser analisado minudentemente, a fim de se apurar se, de fato, impõe-se uma condenação exemplar ou não. Se, por exemplo, de uma discussão acalorada entre os parceiros sobrevém ofensas recebidas durante o entrevero, o calor dos ânimos sobreleva-se como motivo para o descumprimento do dever de respeito e considerações mútuos. Logo, quer-nos parecer que pela circunstância, a natureza específica da ofensa não enseja reparação, mormente se as agressões verbais, neste caso, forem recíprocas;

b) *a intensidade real, concreta, efetiva do sofrimento da vítima*, conquanto essa avaliação seja aliás difícilima;

⁴² *Responsabilidade civil*. 9. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 585.

⁴³ *Responsabilidade civil*, 2. ed., Forense, p. 269.

c) *a repercussão da ofensa, no meio social em que vive o ofendido*: para nós, isso não é condição para ocorrência do dano, mas simples critério de mensuração de seu valor

d) *a existência de dolo por parte do ofensor e/ou o grau de sua culpa*: não se pode falar em culpa objetiva. Há de se constatar inequivocadamente a culpa ou o dolo do ofensor;

e) *o comportamento da vítima*: se, portanto, o comportamento do parceiro inocente tiver contribuição para a eclosão dos fatos que em tese ensejariam os danos morais, haverá reciprocidade de culpas, afastando-se a condenação por danos morais. Além disso, é possível que o cônjuge inocente perdoe o cônjuge ou companheiro culpado, por um ato que acene neste sentido. Por exemplo, se o parceiro inocente volta a ter relacionamento sexual com o ofensor, parece-nos que estaria perdoadando o eventual adultério cometido. Logo, ao impor a condenação, o magistrado sopesaria esses fatos, minorando a condenação, podendo, quiçá, afastar a pretensão indenizatória por culpa concorrente na produção do evento.

f) *as práticas atenuantes realizadas pelo ofensor visando diminuir a dor do ofendido*: o comportamento do parceiro ofensor, após a ocorrência do descumprimento dos deveres pessoais do relacionamento, se inequívocos e consistentes, desde que assimilados pelo outro parceiro - o inocente - podem regular a aplicação da condenação.

V - cumulação de pedidos - separação ou divórcio, mais o pedido ressarcitório.

Ao nosso sentir, o pedido de reparação de danos morais pode ser lançado na própria petição inicial de separação ou divórcio litigioso. Inclusive em sede de reconvenção.

Isso porque o rito dessas ações é o ordinário, podendo haver a cumulação de pedidos, nos termos do artigo 292, do Código de Processo Civil. Sim, pois o rito é comum a ambos os pleitos. Tanto a reparação civil quanto a separação ou divórcio seguirão o rito ordinário. Ademais, os pedidos não são incompatíveis. E, além disso, o mesmo Juízo se encarregará de julgá-los, uma

vez que o pedido ressarcitório também fica à mercê do Juízo de Família, conforme já se decidiu:

Ação de indenização por despesas processuais, honorários de advogado, tratamento médico e danos morais, proposta por ex-marido contra ex-mulher, em razão de adultério dela. Tratando-se de ação de indenização, cabe ao Juiz da Vara Cível processar e julgar, não a Juiz de Vara da Família, ainda que o ilícito seja adultério, porque não se cuida de relação de família, já extinta. A competência é de Vara da Família, apesar de tratar-se de ação indenizatória, porque o ato ilícito advém de relação de família, ou seja, deveres conjugais descumpridos. V.V. Conflito Negativo de Competência. Pedido indenizatório baseado em matéria relativa aos deveres conjugais. Direito de Família. (TJMG – CC 000,189,873-3/00 – 2ªC.Cív – Rel. p/o AC. Dês. Lúcio Urbano – J. 21.11.2000)”

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conquanto numa entidade familiar haja questões econômicas como a mútua assistência, a partilha de bens, os direitos sucessórios etc., o cerne de um relacionamento com vistas à constituição de uma família reside muito mais em questões pessoais do que em tratos materiais. O respeito mútuo, o carinho, o amor, enfim, a afetividade e seus desdobramentos, são a essência de uma relação.

As relações entre os membros de uma entidade familiar são diuturnas e constantes, ao passo que as relações intersubjetivas com estranhos se intensas também são, não são tão constantes como as relações familiares.

Deste modo, a preocupação em torno dos efeitos pessoais entre os cônjuges e companheiros revela-se de grande importância, uma vez que é no seio familiar que os direitos e deveres de igualdade, lealdade, respeito e considerações mútuos têm sua gênese. E se os familiares conseguirem desenvolvê-los satisfatoriamente, estarão aptos a também manuseá-los no macrocosmo da sociedade.

Assim, é pertinente e justificável que a lei imponha sanções ao descumprimento desses deveres, inclusive àqueles pertinentes à reparação dos danos morais, afora os específicos ao Direito de Família, como a

separação, o divórcio, a verba alimentar e a perda do uso do sobrenome do outro cônjuge.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Álvaro Vilaça. *Dever de coabitação*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976.

BEVILAQUA, Clovis. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1943.

BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, vol. II, 1994.

_____. *Reparação civil por danos morais*. 3ª. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CARVALHO, João Andrades. *Direito Civil - Direito de Família*. 4ª Ed. Ed. Atlas: São Paulo, 2004, V. VI

CAHALI, Yussef Said. *Família e casamento. Doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. *Separação e Divórcio*. 8. Ed., São Paulo: RT, 1995.

_____. *Dano moral*. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 1999.

CERDEIRA, Ângela Cristina da Silva. *Da responsabilidade civil entre os cônjuges*, Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

COLARES, Marcos. *Quando o “meu bem” dá lugar aos “meus bens” no concubinato*. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 09.

CAMPO, Hélio Márcio. *Anulação de casamento por erro essencial quanto à identidade do outro cônjuge*. Porto Alegre: Editora Sagra Luzzatto, 1997.

COUTO, Sérgio. *Afronta à família*. Porto Alegre: Síntese Publicações, 2002, CD-ROM n.37. Produzida por Sonopress Rimo e Comercio Fonografico Ltda.

DA GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *Família não fundada no casamento*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

DANTAS, Melina Iobo. *Da fixação dos danos morais*, Porto Alegre: Síntese Publicações, 2002, CD-ROM n.37 Produzida por Sonopress Rimo Indústria e Comércio Fonográfico Ltda.

DA SILVA, Marcos Alves. *O nome da mulher – um estudo na perspectiva dos direitos da personalidade*. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 09.

DE GUSMÃO, Paulo Dourado. *Dicionário de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

DIAS, Aguiar. *Responsabilidade civil*. Ed. Revista dos Tribunais, 1999
DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. Direito de Família*. 8. ed., São Paulo: Saraiva, vol V, 1994.

DO LAGO, Lúcia Stella Ramos. *Separação de fato entre cônjuges. Efeitos pessoais*. São Paulo: Saraiva, 1989.

GONÇALVES, Carlos Roberto (Coord.); Azevedo, Antônio Junqueira de. *Comentários ao código civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 11, p. 297.

_____. *Responsabilidade civil*. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Tratado de Direito de Família: Origem e Evolução do Casamento*. Curitiba : Ed Juruá, 1991.

_____. *Temas de direito de Família*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

_____. *Mulher separada: continuidade do uso do nome do marido*. Revista dos Tribunais, vol. 780.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Igualdade conjugal – direitos e deveres*, in Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Vol. 31, 1999.

MADALENO, Rolf. *Responsabilidade civil na conjugalidade e alimentos compensatórios*. Revista Brasileiro de Direito de Família e Sucessões. Porto Alegre: Magister ; Belo Horizonte: IBDFAM, 207, v. 13 (dez./jan.2010)

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed., São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, Vol. VII, 1984.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil. Direito de Família*. 12ª ed., São Paulo: Ed. Saraiva, V. II, 1973.

NAMBA, Edson Tetsuzo. *Alimentos no concubinato adulterino*. Revista dos Tribunais, v. 778.

NEGRÃO, Theotônio. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 31. ed., São Paulo: Saraiva, 2000 .

NÉRY JÚNIOR, Nélon. *Código de processo civil comentado e legislação civil extravagante em vigor*. 3. ed., São Paulo: RT, 1997.

OLIVEIRA, José Sebastião. *A evolução do direito de família no direito brasileiro*. Revista de Eventos, Maringá: Universidade Estadual de Maringá, ano II, n. 01, p. 23-89, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 11ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*, 2. ed., Forense, p. 269.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. 23ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, v. II, 1998.

SANTOS, João Manoel de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado*. 10. ed., Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A, Vol IV, 1982.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 15ª ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

STOCCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência*. 4. Ed., São Paulo: RT, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. O papel da culpa na separação e no divórcio. *In: Repensando o direito de família. Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família*/coordenador: Rodrigo da Cunha Pereira – Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

_____. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil. Direito de Família*. São Paulo: Atlas, Vol. V, 2001.

VIANA, Marco Aurélio . *Ação de separação judicial*. São Paulo : Ed. Saraiva, 1985.

WALD, Arnold. *Curso de direito civil brasileiro. Direito de família*. 7. ed., São Paulo: RT, 1990.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *O divórcio e o nome da mulher divorciada*. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 01.

WELTER, Belmiro Pedro. *Direito de família. Questões controvertidas*. Porto Alegre: Síntese Editora, 2000.

_____. *Dano moral*. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 1999.

_____. *Dano Moral. Culpa*. Porto Alegre: Síntese Publicações, 2002, CD-ROM n. 37, Produzida por Sonopress Rimo Industria e comercio fonográfico Ltda.

ZULLIANI, Ênio Santareli. *Dano Moral: a era da jurisprudência*. In Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre: Síntese, n.13, set./out., 2001.