



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

EDILZA BATISTA SOARES

SEPARAÇÃO JUDICIAL E DANO MORAL

SOUSA - PB
2006

EDILZA BATISTA SOARES

SEPARAÇÃO JUDICIAL E DANO MORAL

Monografia apresentada a Coordenação de Pós-Graduação do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil.

Orientador: Professor Me. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira.

SOUSA - PB
2006

EDILZA BATISTA SOARES

SEPARAÇÃO JUDICIAL E DANO MORAL

BANCA EXAMINADORA

Prf^o. Ms. Dr. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira

Prf^o. Ms.

Prf^o. Ms.

Sousa - PB

Março - 2006

DEDICATORIA

Ao meu Esposo Nelson Soares da Silva pelo incentivo e paciência.

As minhas Filhas Réa Sylvia Batista Soares e Érika Batista Soares pela alegria da minha vitória.

Aos meus pais Adonias Batista da Silva e Maria José da Silva pelo carinho com que sempre me cercaram.

A todos eles o meu mais profundo reconhecimento e gratidão.

AGRADECIMENTOS ESPECIAIS

A Deus pelo dom da vida e infinita bondade.

Ao professor Joaquim Cavalcante de Alencar pelo incentivo e preocupação para a conclusão deste trabalho.

A Tica Alencar e Maria da Guia que nos acompanharam.

Agradeço especialmente ao meu orientador Dr. Eduardo Jorge Pereira de Oliveira pelo acompanhamento deste trabalho tão importante para o meu enriquecimento jurídico.

A Marina que alegremente e bondosamente servia lanches e o tão saboroso cafezinho.

A todos os mestres que ministraram as disciplinas desta especialização.

RESUMO

A presente Monografia de conclusão de curso de especialização em direito processual civil trata da possibilidade de reparação civil por dano moral na dissolução da sociedade conjugal fundada no casamento, especificamente na separação judicial litigiosa baseada na quebra de dever conjugal pelo outro cônjuge. Assim, no primeiro capítulo falamos sobre alguns aspectos do Direito de Família necessários ao entendimento do tema, no segundo capítulo epigrafamos alguns aspectos da responsabilidade civil e do dano moral, e, por fim, no derradeiro capítulo, tratamos especificamente do título deste trabalho, ou seja, da possibilidade do cônjuge inocente na separação litigiosa pedir reparação por dano moral em face do cônjuge culpado, além de alguns aspectos jurídicos relacionados. Para a consecução da pesquisa foram utilizadas diversas doutrinas, artigos científicos publicados em *sites* e relacionados ao tema, normas jurídicas e jurisprudências dos mais diversos Tribunais de Justiça do país.

Palavras-chave: Casamento. Separação judicial litigiosa. Responsabilidade civil. Dano moral. Cônjuge inocente. Cônjuge culpado.

ABSTRACT

The present Monograph of conclusion of course of specialization in civil procedural law deals with the possibility of recovery for pain and suffering in the established conjugal dissolution of the corporation in the marriage, specifically in the based litigious judicial separation in the in addition having conjugal for the other spouse. Thus, in the first chapter we speak on some aspects of the necessary Family law to the agreement of the subject, in as the chapter we some aspects of the civil liability and to the pain and suffering, and, finally, in the last chapter, we specifically deal with the heading of this work, or either, of the possibility of the innocent spouse in the contentious separation to ask for repairing for pain and suffering in face of the guilty spouse, beyond some related legal aspects. For the achievement of the research diverse doctrines had been used, published in sites and related scientific articles to the subject, rules of law and jurisprudences of the most diverse Courts of Justice of the country.

Word-key: Marriage. Litigious judicial separation. Civil liability. Pain and suffering. Innocent spouse. Guilty spouse.

LISTA DE ABREVIATURAS

c/c – combinado com

CCB (ou simplesmente CC) - Código Civil Brasileiro

CPC – Código de Processo Civil

CRFB/88 – (ou simplesmente CF) Constituição da Republica Fedrativa do Brasil de 1988

LICC – Lei de Introdução ao Código Civil

LD – Lei do Divórcio

s.d. – *sine die* – sem data

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

TJSC – Tribunal de Justiça de Santa Catarina

v.g. – *verbi gratia* - por exemplo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO 1 - ASPECTOS RELEVANTES DO DIREITO DE FAMÍLIA	15
1.1 Breves aspectos históricos do casamento e sua dissolução	15
1.2 Direito de família	16
1.2.1 Conceito	16
1.2.2 Casamento	17
1.2.3 Conceito	17
1.2.4 Natureza jurídica	18
1.2.5 Efeitos jurídicos	16
1.3 As dissoluções da sociedade e do vínculo conjugal	20
1.3.1 Noções gerais	20
1.3.2 Separação de fato	21
1.3.3 Separação judicial	22
1.3.3.1 Noções gerais	22
1.3.3.2 Espécies e modalidades	23
1.3.3.3 Causas da separação judicial litigiosa como sanção	24
1.3.3.4 Efeitos da separação judicial	29
CAPÍTULO 2 DIVÓRCIO	30

2.1 Noções gerais	30
2.1.2 Espécies e modalidades	30
2.1.3 Efeitos do divórcio	32
CAPITULO 3 ASPECTOS DESTACADOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL E DO DANO MORAL	33
3.1 A responsabilidade civil	33
3.1.1 A importância	33
3.1.2 Conceito de responsabilidade	34
3.1.3 Modalidades de responsabilidade	34
3.1.4 Fundamentos e teorias da responsabilidade civil	37
3.1.5 Pressupostos	38
3.1.6 Danos patrimoniais e danos extra patrimoniais	40
3.2 O dano moral	41
3.2.1 Conceito	41
3.2.3 Espécies	43
3.2.4 A reparabilidade	43
3.2.5 Natureza da reparação	43
3.2.6 A cumulação com dano material	46
3.2.7 A relação com os direitos da personalidade	48

3.2.8 O quantum indenizatório	50
CAPÍTULO 4 - O DANO MORAL NA SEPARAÇÃO LITIGIOSA	52
4.1 O dano moral nas dissoluções da sociedade e do vínculo conjugal no direito estrangeiro	52
4.2 O dano moral na separação judicial no direito brasileiro	54
4.2.1 A Lei	54
4.2.2 A Doutrina	56
4.2.3 A Jurisprudência	58
4.3 A Natureza da responsabilidade civil entre cônjuges	61
4.4 Sustentações que defendem a reparação do dano moral na separação judicial litigiosa	62
4.5 Causas que podem ensejar reparação por dano moral entre cônjuges	65
CONCLUSÃO	67
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	70

INTRODUÇÃO

No casamento, quando gravemente descumpridos um ou mais deveres conjugais, podem ocorrer danos, sejam eles patrimoniais ou morais. Assim, este trabalho tem por escopo a análise da possibilidade de reparação civil destes danos, especialmente os danos morais, originados no grave descumprimento de uma ou mais obrigações matrimoniais.

O casamento, como é cediço, configura-se como uma das bases da família, e a família, por sua vez, como a pedra angular da nossa sociedade. Desta feita vislumbramos a relevante importância social deste trabalho, pois, muitas vezes, o casamento é abalado com lesões a direitos personalíssimos praticadas por um dos cônjuges em face do outro, em virtude de descumprimento de um ou mais deveres conjugais, que podem gerar graves conseqüências no íntimo do consorte inocente, o que não deve restar impune para quem praticou o ato lesivo e sem compensação para quem teve a lesão.

Embora o dano moral seja tema de grandes debates, inclusive no que diz respeito a sua quantificação, verificamos que há inquietação de muitos estudiosos e operadores do direito com relação ao dano moral na separação judicial, havendo discussões a respeito do cabimento deste, com opiniões doutrinárias e jurisprudenciais às vezes divergentes.

Há, com relação à pesquisa, alguns questionamentos ou problemas, previamente apontados no projeto de pesquisa, e que merecem ser investigados na presente monografia jurídica, quais sejam: a) Existe possibilidade jurídica de um cônjuge requerer reparação de dano moral na separação judicial?; b) Como se configura a questão da reparação de dano moral na separação judicial no sistema jurídico brasileiro?; c) Quais fatos podem gerar reparação de dano moral entre os cônjuges?

Como respostas prévias aos problemas supra apresentados, ou seja, como hipóteses, têm-se as seguintes: a) Acredita-se que sim, na situação em que um cônjuge dá causa à separação judicial cometendo grave violação dos deveres do casamento; b) Numa prévia pesquisa observa-se que: em nosso ordenamento jurídico não há, atualmente, legislação específica no que tange a danos morais entre cônjuges; já há diversos doutrinadores que se manifestaram acerca do tema e que são favoráveis à tese de reparação de dano moral na separação judicial litigiosa; e não há, atualmente, muitas decisões de Tribunais que tratam deste assunto; c) Qualquer violação de dever conjugal que ofenda a direitos personalíssimos do cônjuge inocente, causando dano de natureza moral, pode ensejar pedido de reparação.

Como objetivo geral do presente trabalho adotamos o seguinte: Pesquisar e escrever acerca da possibilidade de reparação civil por dano moral na separação judicial litigiosa e aspectos jurídicos destacados.

Há também, para a consecução do presente trabalho, diversos objetivos específicos, quais sejam: a) Destacar aspectos do Direito de Família pertinentes ao tema, principalmente acerca da dissolução da sociedade conjugal; b) Destacar aspectos da responsabilidade civil e do dano moral em geral; c) Verificar os fundamentos legais, doutrinários e jurisprudenciais da reparabilidade do dano moral na dissolução da sociedade conjugal; d) Destacar algumas sustentações que defendem a reparabilidade do dano moral na separação judicial; e) Identificar casos que podem ensejar pedido de reparação de dano moral na separação judicial litigiosa.

Para a consecução da pesquisa foi adotado o método dedutivo. Assim, tem-se por formulação geral a possibilidade de reparação civil por dano moral na separação judicial litigiosa ocorrida em virtude de grave violação de dever(es) do casamento.

Como técnica aplicada destaca-se a técnica da pesquisa bibliográfica, consistente na pesquisa e colheitas de documentações indiretas presentes em fontes primárias (norma jurídica, jurisprudências, etc.) e secundárias (doutrinas, artigos, revistas, etc.) que versam sobre a matéria.

Quanto à estrutura da monografia, ou seja, como ela foi desenvolvida, destaca-se, de forma sintética, o seguinte: no primeiro capítulo serão abordados alguns

aspectos destacados do direito de família, pertinentes ao tema deste trabalho, tais como: breves aspectos históricos do casamento e sua dissolução; conceito e natureza do direito de família; conceito, natureza e efeitos jurídicos do casamento; noções gerais das dissoluções da sociedade e do vínculo conjugal; a separação de fato; noções gerais da separação judicial; espécies e modalidades de separação judicial; causas da separação litigiosa como sanção; efeitos da separação judicial; noções gerais, espécies, modalidades e efeitos do divórcio.

No segundo capítulo será tratado sobre noções, espécies e efeitos do divórcio.

No terceiro capítulo se tratará de alguns aspectos da responsabilidade civil e do dano moral de maneira geral, ou seja: a importância, o conceito, as espécies, os fundamentos, as teorias e os pressupostos da responsabilidade civil; os danos patrimoniais e os danos extrapatrimoniais; breves aspectos históricos, o conceito, as espécies, a reparabilidade e a natureza da reparação do dano moral; a cumulação do dano moral com dano material; a relação do dano moral com os direitos da personalidade e o *quantum* indenizatório.

No quarto e derradeiro capítulo se explicitará então especificamente a questão do dano moral na separação judicial litigiosa, tema desta monografia, na qual destacam-se os seguintes aspectos: o dano moral na separação no direito brasileiro, ou seja, especificamente como está sendo regulado por lei, e como está sendo vista a questão pela doutrina e pela jurisprudência; sustentações que defendem a reparação civil por dano moral entre cônjuges; e casos que podem ensejar pedido de reparação de dano moral na separação judicial litigiosa.

Por fim, nas considerações finais, se verificará então, em resumo, as confirmações ou não das hipóteses anteriormente descritas.

CAPÍTULO 1 - ASPECTOS RELEVANTES DO DIREITO DE FAMÍLIA

1.1 Breves aspectos históricos do casamento e sua dissolução

Como é cediço, no direito brasileiro, ao tempo do Império prevalecia a doutrina da Igreja em matéria de casamento, sendo ele indissolúvel.

Consoante salienta Pereira, C. (1999, p. 141), “Proclamada a República, o Decreto nº. 181, de 24 de janeiro de 1890, instituindo o casamento civil, manteve o critério da indissolubilidade, que sobreviveu como política legislativa da Primeira República”.

O Código Civil de 1916, seguindo a mesma linha, considerou indissolúvel o vínculo matrimonial. No ano de 1934 o princípio da indissolubilidade do casamento foi inserido na Constituição pelo legislador, permanecendo nas reformas constitucionais de 1937, 1946, 1967 e na Emenda Constitucional nº.1 de 1969. (Pereira, C., 1999).

Com a aprovação da Emenda Constitucional nº. 9, de 28 de julho de 1977, foi aberta a porta ao divórcio no Brasil. Em seguida, a Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977, também permitiu o divórcio, alterando profundamente o Código Civil em matéria de família, que repousava na indissolubilidade do casamento, sendo então abolida a palavra desquite, a qual foi substituída pela expressão separação judicial.

Mais atualmente, a possibilidade de dissolução do matrimônio foi reforçada pela CRFB/88 (art. 226, § 6º.) e pelo CCB, que também permitem a dissolução do casamento.

1.2 Direito de família

1.2.1 Conceito

Muitos são os conceitos atribuídos ao Direito de Família. Conforme Rodrigues (1999, p. 4-5),

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

E, para melhor entendimento do tema deste trabalho, que está diretamente vinculado com este ramo do Direito, necessário se faz destacar alguns destes conceitos.

Conforme ensina o jurista Beviláqua, *apud* Venosa (2003, p. 23), o direito de família pode ser conceituado como sendo:

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

Para Lafayette, *apud* Rodrigues (1999, p. 3), o Direito de Família é aquele que “[...] tem por objetivo a exposição dos princípios de direitos que regem as relações da família, do ponto de vista da influência dessas relações não só sobre as pessoas como sobre os bens”.

No entender de Wald (1999, p. 25), direito de família é o que “[...] regula as relações existentes entre os seus diversos membros e as influências que exercem sobre as pessoas e os bens”.

1.2.2 Casamento

1.2.3 Conceito

O conceito do casamento é bastante controvertido na doutrina, pois os doutrinadores, ao conceituá-lo, não raro refletem concepções originais do casamento ou tendências filosóficas.

No entendimento de Acquaviva (1997, p. 103), o casamento é “[...] a união lícita e permanente do homem e da mulher”.

De maneira um pouco mais extensa e diferente, ensina Rodrigues (1999, p.17) que o casamento é “[...] o contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência”.

Já para Pereira, C *apud*. Lafayette, (1999, p. 32), “*O casamento é um ato solene pelo qual duas pessoas de sexo diferente se unem para sempre, sob promessa recíproca de fidelidade no amor e da mais estreita comunhão de vida*”.

Diniz (2002, p. 39) afirma que “O casamento é o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa o auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família legítima”.

1.2.4 Natureza Jurídica

A natureza jurídica do casamento é controversa na doutrina, existindo pelo menos três teorias: a teoria institucional; a teoria contratual; e a teoria eclética.

Adotando a teoria contratual do casamento, assim ensina Pereira, C (1999, p. 35-36):

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

Ainda com relação à natureza jurídica do casamento, ponderamos que em virtude do caráter volitivo presente na sua formação, duração e extinção, e sendo uma instituição regulamentada por normas de ordem pública sua natureza contratual tem caráter especial, posto que ao final estamos a lidar com pessoas.

1.2.5 Efeitos Jurídicos

Os efeitos jurídicos do casamento são enumerados pela doutrina, que, não raras vezes, os especificam de forma bastante extensa.

Segundo Diniz (2002, p. 122), os efeitos jurídicos do casamento podem ser conceituados como “[...] conseqüências que se projetam no ambiente social, nas relações pessoais e econômicas dos cônjuges, nas relações pessoais e patrimoniais entre pais e filhos, dando origem a direitos e deveres próprios e recíprocos, disciplinados por normas jurídicas”.

Ainda conforme Diniz, (2002), os efeitos jurídicos do matrimônio podem ser classificados em três classes, ou seja: social, pessoal e patrimonial.

Com relação a estas três classes de efeitos jurídicos do matrimônio, explica Diniz (2002, pp. 121-122) que:

A primeira proclama que o matrimônio cria a família matrimonial, estabelece o vínculo de afinidade entre cada cônjuge e os parentes do outro e emancipa o consorte de menor idade (CC, art. 5º, parágrafo único, II). A segunda, de ordem pessoal, apresenta o rol dos direitos e deveres dos cônjuges e dos pais em relação aos filhos. A terceira, alusiva aos efeitos econômicos, fixa o dever de sustento da família, a obrigação alimentar e o termo inicial da vigência do regime de bens, pois este começa a vigorar desde a data do casamento e é alterável (CC, art. 1639, §§ 1º e 2º.); dispõe, com intuito de preservar o patrimônio da entidade familiar, sobre a instituição do bem de família (CC, arts. 1.711 a 1.722), sobre os atos que não podem ser praticados por um dos cônjuges sem a anuência do outro (CC, art. 1.647) e, ainda, confere direito legitimário e sucessório ao cônjuge sobrevivente, além de algumas prerrogativas na sucessão aberta (CC, arts. 1.829, I, II, e III, 1.830, 1.831, 1.832, 1.838) etc.

Dentre os efeitos do casamento destacam-se os *efeitos pessoais* dos direitos e deveres do matrimônio, pois, em virtude do descumprimento dos deveres do casamento é possível que surjam danos, passíveis de reparabilidade, na qual constitui tema do presente trabalho.

Não obstante as especificações doutrinárias existentes acerca dos efeitos do casamento, o CCB, respeitando o princípio constitucional da isonomia, disposto no art. 5º., inciso I, da CRFB/88, dispôs em seu art. 1.566 acerca dos deveres dos cônjuges o seguinte:

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

I - fidelidade recíproca;

II - vida em comum, no domicílio conjugal;

III - mútua assistência;

IV - sustento, guarda e educação dos filhos;

V - respeito e consideração mútuos. (ACQUAVIVA, 2003, p. 227).

1.3 As dissoluções da sociedade e do vínculo conjugal

1.3.1 Noções Gerais

A priori, cumpre destacar que as dissoluções da sociedade e do vínculo conjugal são atualmente reguladas pelo CCB e pela Lei 6.515/77.

O CCB introduziu algumas mudanças nas dissoluções da sociedade e do vínculo conjugal, revogando a Lei 6.515/77 no que diz respeito às disposições de natureza material, atinentes às causas, requisitos e espécies da separação e do divórcio, conforme leciona Oliveira (2002, p. 4):

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

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

Em rápida síntese, é importante citar as considerações de Pereira, S. (*s.d.*, p. 3-4) quanto às modificações nas dissoluções da sociedade e do vínculo conjugal advindas com o CCB:

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

Especificamente com relação ao divórcio, pode ser afirmado, com base em Oliveira (*s.d.*), que subsistem as mesmas formas de divórcio de que trata a Lei n. 6.515/77, ou seja: a) indireto - pela conversão da separação judicial, decorrido o prazo de um ano, e; b) direto - pela comprovada separação de fato por mais de dois anos, conforme prescreve o artigo 1.580, parágrafos 1º e 2º, do CCB. Não se menciona a culpa, bastando que se verifique o decurso do prazo estabelecido em cada uma dessas situações.

1.3.2 Separação de Fato

Podemos afirmar, portanto, que a separação de fato é aquela que ocorre quando, de comum acordo ou por decisão unilateral, resolve(m) o(s) cônjuge(s) se apartar(em), sem que haja a intervenção do Poder Judiciário para a dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal, ou seja, sem a separação judicial ou o divórcio.

Discute-se, na doutrina, se a separação de fato tem o efeito ou não de extinguir os deveres conjugais.

Monteiro (1997), por exemplo, partilha do entendimento daqueles para quem a separação de fato não põe termo ao dever de fidelidade.

Para nós, no entanto, no que pese opiniões célebres em contrário, em virtude da inexistência da comunhão de vidas entre os cônjuges, seria contrário à realidade e insustentável tentar impor aos cônjuges a fidelidade recíproca.

Para Santos, R. (1999, p. 92), “Em face da cessação da comunhão de vida entre os cônjuges, principalmente após longo período de afastamento entre eles, não há como impor-lhes os deveres de fidelidade e coabitação, por razões da própria natureza humana”.

1.3.3 Separação Judicial

1.3.3.1 Noções gerais

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

1.3.3.2 Espécies e modalidades

Basicamente, há duas espécies de separação judicial, a consensual e a litigiosa. A separação consensual está prevista no art. 1.574 do CCB e pode ocorrer quando os cônjuges, casados há mais de um ano, de comum acordo resolvem dissolver a sociedade conjugal. Para que a decisão de ambos tenha eficácia jurídica e seja decretada a separação judicial é necessário que a avença seja homologada pelo juiz, sendo que este pode recusar a homologação caso verifique que o acordo não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges, conforme prevê o parágrafo único do art. 1.574 do CCB.

A separação litigiosa, permitida pelo art. 1.572, *caput* e §§ 1º. e 2º., do CCB, é aquela que é proposta por apenas um dos cônjuges, mediante processo contencioso, qualquer que seja o tempo de casamento, desde que presentes as hipóteses legais. (DINIZ, 2002).

De acordo com a doutrina (Diniz, 2002), há três modalidades de separação judicial litigiosa, quais sejam: a) separação litigiosa como sanção (culposa), que pode ocorrer quando proposta por um dos cônjuges no caso do outro ter violado gravemente dever(es) do casamento, de modo que torne insuportável a vida em comum (*caput* do art. 1.572 do CCB); b) separação litigiosa como falência, que é possível de ser solicitada nos casos de separação de fato por mais de um ano (§1º. do art. 1.572 do CCB); c) separação litigiosa como remédio, que pode ocorrer quando o outro cônjuge estiver acometido de doença mental grave, manifestada após o casamento, tornando-se impossível a continuação da vida em comum. Tal

separação só será possível desde que, após duração de dois anos, a doença tenha sido reconhecida como incurável (§ 2º. do art. 1.572 do CCB).

1.3.3.3 Causas da separação judicial litigiosa como sanção

Este tópico tem relevante importância neste trabalho, pois, via de regra, as causas da separação judicial litigiosa como sanção, praticadas pelo cônjuge culpado na separação, geram danos a direitos personalíssimos do cônjuge inocente, além de possíveis reflexos na órbita patrimonial.

Primeiramente, é importante epigrafar as distinções existentes entre a causa legal ou abstrata da causa real ou concreta da separação judicial, conforme GOMES (1999, p. 238):

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

Não são poucas as causas que podem ensejar pedido de separação judicial litigiosa como sanção, pois a lei abre bastante margem neste sentido.

Dispõe o art. 1.572 do CCB que: “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”. (Acquaviva, 2003, p. 227).

Deve ser lembrado, antes de se especificar, de forma não exaustiva, as causas da separação litigiosa como sanção, que sempre deverá estar presente na separação litigiosa

como sanção o requisito *da insuportabilidade* (g.n) da vida em comum, que cabe ao juiz analisar.

Gonçalves, (1999, p. 75-76), redigindo a respeito disto, salienta que:

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

Assim, para que não reste dúvidas quanto à quebra de dever do casamento e conseqüente insuportabilidade da vida em comum como causa culposa da separação judicial (art. 1.572, do CCB), devem então ser lembrados os deveres matrimoniais determinados no art. 1.566 no Código Civil Brasileiro, quais sejam: “I - fidelidade recíproca; II- vida em comum no domicílio conjugal; III – mútua assistência; IV – sustento, guarda e educação dos filhos; V – respeito e considerações mútuos”. (Acquaviva, 2003, p. 227).

Segundo Diniz (2002, p. 259): “Qualquer violação desses deveres autoriza o inocente, que não concorreu para sua prática (RT, 264:280), a requerer a separação, por se tornar insuportável a vida em comum”.

Ainda segundo Diniz (2002, p. 259), a prática do adultério configura-se “[...] desde que haja voluntariedade de ação e consumação de cópula carnal propriamente dita”.

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

O dever da vida em comum no domicílio conjugal, que também pode ensejar separação judicial litigiosa quando não cumprido, é também denominado de dever de coabitação. Gonçalves, C. (1999, p. 74), escrevendo acerca do dever de coabitação, destaca que: “[...] quando desrespeitado caracteriza o *abandono do lar conjugal*. Exige-se, para que se configure tal infração, o requisito da voluntariedade, o ânimo, a intenção de não mais regressar ao lar comum”.

Conforme salienta Diniz (2002), o abandono deve se dar durante um ano contínuo, para que seja caracterizado.

Complementa ainda Gonçalves, C. (1999, p. 74-75), que: “Se um dos cônjuges, depois de um certo tempo, passa a negar-se à prática do ato sexual (ao pagamento do *debitum conjugale*), dá causa, também à separação judicial por infração ao dever de coabitação”.

Outro dever é o da mútua assistência, que, consoante Diniz (2002), pode ser configurado o seu descumprimento na ocorrência de: tentativa de morte, sevícia e injúria grave.

A tentativa de morte configura-se com o começo de execução do crime, que não se consuma por fatos alheios à vontade do agente, sendo que não há necessidade de condenação criminal para que seja concedida a separação judicial. (DINIZ, 2002).

As sevícias são os maus tratos, agressões físicas, pancadas e todas as espécies de atentados à integridade corporal do outro cônjuge. (PEREIRA, C. 1999).

A injúria grave, conforme Pereira, C. (1999, p. 145), “É todo ato que implique em ofensa à integridade moral do cônjuge”.

Dentre as causas da separação judicial, a injúria grave, consoante escreve Diniz (1999, p. 261), “[...] é a mais freqüentemente invocada [...], em virtude da grande extensão ou elasticidade de seu conceito”.

Acrescenta Diniz (2002, p. 261), referindo-se à injúria, que ela pode se real ou verbal, ou seja: “A injúria real deriva de gesto ultrajante, que diminui a honra e a dignidade do outro ou põe em perigo seu patrimônio. [...] A injúria verbal consiste em palavras que ofendem a respeitabilidade do outro consorte”.

Diniz (2002) cita, como exemplo da prática de injúria real, os seguintes casos: expulsão do leito conjugal, transmissão de moléstia venere, recusa das relações sexuais, ciúme infundado, práticas homossexuais, atentados ao pudor, relações imorais de familiaridade com pessoas do sexo oposto, proibição de cultivar relações com os familiares, maus-tratos a parentes próximos do cônjuge, negação de tratamento urbano e cortês. Como exemplo de prática de injúria verbal, Diniz (2002) cita os seguintes casos: imputação caluniosa de

adultério; contumélia; difamação; suspeitas infundadas; confidências depreciativas; desconfiança despropositada; comparações desprimorosas; entrega, por um dos consortes, à amigos, de escritos onde relata seus encontros extra-conjugais.

Outro dever de ambos os cônjuges, conforme já foi escrito, é o de sustento, guarda e educação dos filhos. A respeito deste dever, ensina Gonçalves, C. (1999, p. 75):

O quarto dever, de *sustento, guarda e educação dos filhos*, quando descumprido, além de configurar, em tese, os crimes de abandono material e intelectual e poder acarretar a perda do pátrio poder, constitui também causa para a separação judicial, pois o casamento fica comprometido quando a prole é abandonada material e espiritualmente. Embora não se trate de agressão direta ao outro cônjuge, é ele atingido pelo sofrimento dos filhos.

O último dos deveres de ambos os cônjuges elencados no art. 1.566 do CCB, que, quando quebrado pode ensejar o pedido de separação judicial litigiosa, é o de respeito e considerações mútuos, na qual vale destacar as lições de Santos, R. (2003, p. 4):

O novo Código Civil estabelece, expressamente, como dever oriundo do casamento, o respeito e a consideração mútuos (art. 1.566, inciso V), que tem como objeto os direitos da personalidade do cônjuge e, na conformidade do Código Civil de 1916, resulta da interpretação do dever de mútua assistência.

Além do art. 1.572 do CCB, que determina que a grave violação dos deveres do casamento e conseqüente insuportabilidade da vida em comum pode ensejar a separação judicial, o art. 1.573, também do CCB, prevê algumas causas exemplificativas que podem caracterizar a insuportabilidade da vida em comum:

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

- I – adultério;
- II - tentativa de morte;
- III - sevícia ou injúria grave;
- IV - abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo;
- V - condenação por crime infamante;
- VI - conduta desonrosa. (ACQUAVIVA, 2003, p. 227)

Como já foi visto, o adultério pode ser encaixado na quebra do dever de fidelidade; a sevícia e a tentativa de morte está presente no descumprimento do dever de mútua assistência; o abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo configura

a quebra do dever de vida em comum, no domicílio conjugal; a condenação por crime infamante pode ser encaixada na injúria grave, que ocorre como forma de não cumprimento do dever de mútua assistência; e a conduta desonrosa poderia também configurar-se na injúria grave, modalidade de descumprimento do dever de mútua assistência.

Conforme Diniz (2002) salienta, a expressão conduta desonrosa (art. 1.573, inc. VI, do CCB) é indeterminada e nada objetiva, cabendo aos Juízes e Tribunais verificarem em cada caso quando a conduta é ou não desonrosa, levando em consideração elementos como o ambiente familiar, o grau de instrução e a sensibilidade do cônjuge, etc. Entre outros exemplos de possível configuração de conduta desonrosa, Diniz (2002) cita: uso de drogas, lenocínio, ociosidade, vício de jogo, exploração de negócios desonrosos, prática de crimes sexuais, namoro, insolvência do cônjuge, envolvimento amorosos virtuais, etc.

Além disto, ainda com relação às causas da separação por culpa de um dos cônjuges, o parágrafo único do art. 1.573 do CCB também determina que “O juiz poderá considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum”.

Para finalizar este tópico quanto às causas da separação judicial litigiosa como sanção, é válido citar as palavras críticas de Santos, L. (*s.d.*, p. 4) acerca das mudanças advindas com o CCB, em relação ao Código Civil Brasileiro de 1916:

O art. 1572 adota a fórmula genérica das causas culposas que servem de fundamento para o pedido de separação judicial, nos exatos termos do art. 5º, “caput”, da Lei 6.515/77, prevendo, ademais, em seus parágrafos, as hipóteses de separação com causa objetiva e a denominada separação “remédio”, com prazo encurtado para dois anos. Por outro lado, o art. 1573, surpreendentemente – em formulação que lembra o antigo art. 317 (hoje revogado), do CCB – trata de elencar os motivos que “podem” ensejar a “impossibilidade da vida em comum”. Trata-se, é certo, de hipóteses meramente exemplificativas (“podem”), mas de todo desnecessárias, ante a formulação genérica do artigo anterior. Ademais, para tornar ainda mais patente a incongruência e desnecessidade desse rol de hipóteses, o parágrafo único do art. 1573, em regra que merece encômios, concede, de forma bastante abrangente, ao juiz a possibilidade de “*considerar outros fatos, que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum*”. Vê-se, assim, que o Projeto não guarda coerência, pois (1) em um primeiro momento, formula hipóteses relativamente abertas (nos moldes da LD), (2) depois, sem qualquer necessidade, exemplifica motivos específicos e, finalmente, (3) para arrematar, dá total liberdade ao juiz para considerar quaisquer outras causas.

1.3.3.4 Efeitos da separação judicial

Quanto aos efeitos da separação judicial, Pereira, C. (1999) os divide em três, ou seja, os efeitos pessoais com relação aos consortes, efeitos patrimoniais relativamente aos consortes e efeitos quanto aos filhos.

Desta forma, são efeitos pessoais em relação aos consortes, Diniz, (2002, p. 303), destaca:

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

Quanto aos efeitos patrimoniais relativamente aos cônjuges, Diniz (2002, p. 303) destaca os seguintes:

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

Assim como Diniz (2002), Pereira, C. (1999) destaca, entre os efeitos patrimoniais da separação, a possibilidade de ocorrer indenização por perdas e danos (dano patrimonial ou moral) em virtude do prejuízo sofrido pelo cônjuge inocente.

Com relação aos efeitos quanto aos filhos, epigrafa Diniz (2002, p. 3003-304):

Não altera o vínculo de filiação. – Passa-os à guarda e companhia de um dos cônjuges, ou, se houver motivos graves, de terceiro. – Assegura ao genitor, que não tem a guarda da prole, o direito de visita, de tê-los temporariamente em sua companhia nas férias e dias festivos e de fiscalizar sua manutenção e educação. – Garante aos filhos menores e maiores inválidos pensão alimentícia. – Possibilita que ex-cônjuges, separados judicialmente, adotem em conjunto criança, desde que preenchidos os requisitos legais (CC, art. 1.622, parágrafo único).

CAPÍTULO 2 - DIVÓRCIO

2.1 Noções gerais

Conforme determina o art. 1.571, § 1º, do CCB, o casamento válido só pode ser dissolvido pela morte ou pelo divórcio, o que significa dizer que a pessoa que contrai matrimônio só pode convolar novas núpcias após a morte do cônjuge ou divórcio.

2.1.2 Espécies e modalidades

Duas são as espécies de divórcio: por conversão da separação judicial e pela separação de fato”. Entretanto, Diniz prefere chamar aquela espécie de divórcio indireto e esta de divórcio direto. (DINIZ, 2002).

O divórcio direto, previsto no art. 226, § 6º, da CRFB/88 e também no art. 1.580, § 2º, do CCB, segundo Diniz (2002, p. 285), “[...] distingue-se do indireto, porque resulta de um estado de fato, autorizando a conversão direta da separação de fato por mais de 2 anos, desde que comprovada, em divórcio, sem que haja prévia separação judicial”.

Diniz (2002) classifica o divórcio direto em duas modalidades, ou seja, divórcio consensual direto e divórcio litigioso direto. Acerca destas modalidades, pode-se destacar a seguinte lição da referida autora:

Divórcio consensual direto {Decorre do mútuo consentimento dos cônjuges que se encontram separados de fato há mais de 2 anos (CF, art. 226, § 6º, Lei 6.515, art. 40, com redação da Lei n. 7.841/89, art. 2º), seguindo o procedimento do CPC, arts. 1.120 a 1.124, e da Lei 6.515, art. 40, § 2º. Divórcio litigioso direto {Conceito {É o que se apresenta quando pedido por um dos consortes separados de fato há mais de 2 anos {Procedimento {Lei n. 6.515, art. 40, § 3º, que não mais tem eficácia, embora tenha vigência. (DINIZ, 2002, p. 304-305).

Consoante Gonçalves, C. (1999, p. 85), o divórcio indireto é também dividido em duas modalidades: “formulado por ambos (consensual) ou por um só dos cônjuges (litigioso)”.

O divórcio indireto consensual é aquele decorrente do mútuo consentimento dos cônjuges, que pedem em consenso a conversão da separação judicial (litigiosa ou consensual) em divórcio. (DINIZ, 2002).

Com relação a esta modalidade de divórcio indireto, é válido destacar as seguintes considerações de Santos (1999, p. 105):

No divórcio-conversão consensual, tido como procedimento de jurisdição voluntária, os divorciandos podem manter as cláusulas estabelecidas na separação judicial, ou modificá-las, no tocante aos alimentos entre eles, à pensão alimentícia destinada aos filhos, à guarda e a regulamentação das visitas referentes à prole e, até mesmo, aos aspectos patrimoniais.

Em se tratando do divórcio indireto litigioso, ensina Diniz (2002, p. 304) que ele é:

[...] obtido mediante sentença judicial proferida em processo de jurisdição contenciosa, em que um dos consortes, judicialmente separado há mais de 1 ano, havendo recusa do outro, pede ao juiz que converta a separação judicial (consensual ou litigiosa) em divórcio. *Procedimento*: Lei 6.515, arts. 31, 35, parágrafo único, 47, 48, 37, §§ 1º. e 2º., 36 e parágrafo único, I e II, 32; Lei 7.841/89, art. 2º., CPC, art. 82, II.

2.1.3 Efeitos do divórcio

Neste tópico, na qual cumpre destacar os efeitos do divórcio, é interessante destacar as seguintes lições escritas por Diniz (2002, p. 305-306):

Dissolução do vínculo conjugal civil e cessação dos efeitos civis do casamento religioso inscrito no Registro Público (Lei no. 6.515, art. 24). – Cessação dos deveres recíprocos dos cônjuges. – Extinção do regime matrimonial, procedendo a partilha conforme o regime. – Possibilidade de novo casamento ao divorciado. – Inadmissibilidade de reconciliação (Lei no. 6.515, art. 33). – Pedido de divórcio sem limitação numérica (Lei n. 7.841/89, art. 3º). – Término do regime de separação de fato, se se tratar de divórcio direto. – Conversão da separação judicial em divórcio, se for indireto. – Possibilidade de adoção conjunta de criança pelos ex-cônjuges divorciados (CC, art. 1.622 e parágrafo único). – Direito a 1/3 do FGTS quando o ex-cônjuge for demitido ou vier a aposentar-se. – Inalterabilidade dos direitos e deveres dos pais em relação aos filhos (Lei no. 6.515, art. 27 e parágrafo único), embora possa modificar as condições do exercício do pátrio poder e guarda dos filhos. Quanto aos alimentos devidos pelos pais à prole observa-se o art. 28 da Lei n. 6.515 e art. 1.699 do CC. Os filhos herdam os bens de seus pais (Lei n. 6.515, art. 51, que alterou a Lei n. 883/49, art. 2º, CF/88, art. 227, § 6º). – Continuação do dever de assistência por parte do cônjuge que moveu ação de divórcio, nos casos legais. – Extinção da obrigação alimentar do ex-cônjuge devedor se o ex-cônjuge credor contraiu novo casamento (Lei n. 6.515, arts. 29 e 30). – Direito ao uso do nome do ex-consorte, salvo se o contrário estiver disposto na sentença (CC, art. 1.571, § 2º).

No próximo capítulo veremos os vários aspectos jurídicos da responsabilidade civil e do dano moral, pois é necessário conhecer a teoria da responsabilidade civil e do dano moral, mesmo que brevemente, para que, por fim, no terceiro e último capítulo, seja tratado especificamente dos danos morais que podem surgir nas causas culposas da separação judicial.

CAPÍTULO 3 - ASPECTOS DESTACADOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL E DO DANO MORAL

3.1 A responsabilidade civil

3.1.1 A importância

Antes de adentrarmos no assunto dano moral, é importante ressaltar alguns aspectos jurídicos acerca da responsabilidade civil, pois, por meio dos preceitos da responsabilidade civil é que surge o dever de reparar danos causados a terceiros.

A responsabilidade civil é de fundamental importância por traduzir, de certa forma, a própria noção de justiça, restabelecer a ordem social e pessoal, consoante salienta Stoco (1999, p. 59):

Essa imposição estabelecida pelo meio social regrado, através dos integrantes da sociedade humana, de impor a todos o dever de responder por seus atos, traduz a própria noção de Justiça existente no grupo social estratificado. Revela-se, pois, com o algo inarredável da natureza humana. Do que se infere que a responsabilização é meio e modo de exteriorização da própria Justiça e a responsabilidade é a tradução para o sistema jurídico do dever moral de não prejudicar o outro [...].

E ainda Santos, R. (1997, p. 131):

Conclui-se que a teoria da responsabilidade civil visa ao restabelecimento da ordem ou equilíbrio pessoal e social, por meio da reparação dos danos morais e materiais oriundos da ação lesiva a interesse alheio, único meio de cumprir-se a própria finalidade do Direito, que é viabilizar a vida em sociedade, dentro do conhecido ditame de *neminem laedere*.

3.1.2 Conceito de Responsabilidade

Etimologicamente, conforme ensina Gonçalves C. (1994, p. 15), responsabilidade “[...] origina-se do latim *respondere*, que encerra a idéia de segurança ou garantia da restituição ou compensação do bem sacrificado. Teria, assim, o significado de recomposição, de obrigação de restituir ou ressarcir”.

Já para Savatier, *apud* por Rodrigues (2002, p. 6), a responsabilidade é definida como: “[...] a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam”.

3.1.3 Modalidades de Responsabilidade

De acordo com Santos, R. (1999), a responsabilidade pode ser dividida em jurídica e moral e também em civil e penal.

A respeito das responsabilidades jurídica e moral, ensina Santos, R. (1997, p.132-133):

Há responsabilidade jurídica se a ação lesiva acarretar prejuízo, porque o equilíbrio social, que é a própria finalidade do Direito, somente é atingido diante da existência de dano, enquanto que na responsabilidade moral a única investigação a ser feita é a de saber se o estado de consciência ou alma do agente acusa a existência de má ação ou pecado, conforme sua crença, não importando a ocorrência de prejuízo, de modo que um simples mau pensamento pode gerá-la.

No que tange à responsabilidade civil e penal, pode ser epigrafado que uma única ação ou omissão pode repercutir somente numa das esferas (cível ou penal), ou em ambas, e, tanto numa quanto noutra responsabilidade há infração a um dever por parte do agente, sendo que no caso de crime (responsabilidade penal) há infração a uma norma de direito público, lesionando a sociedade, sendo o agente responsabilizado com uma pena, ao passo que no caso de ilícito civil (responsabilidade civil) o interesse diretamente lesado é o privado, não havendo necessidade de infração a norma de ordem pública pelo agente, podendo o prejudicado pleitear a reparação ou se manter inerte. No caso de um único ato ilícito repercutir na ordem civil e na penal, poderá haver uma dupla reação do ordenamento jurídico, impondo-se pena ao delinqüente e também se acolhendo pedido de indenização formulado pela vítima.

Acerca da responsabilidade civil, que é a mais pertinente neste trabalho, aduz Azevedo (*apud* Crispino, *s.d.*, p. 1) que ela é “[...] a situação de indenizar o dano moral ou patrimonial, decorrente de inadimplemento culposo, de obrigação legal ou contratual, ou imposta por lei”.

Conforme destaca Diniz (2003, p. 25), “[...] a *responsabilidade civil* requer prejuízo a terceiro, particular ou Estado, de modo que a vítima poderá pedir reparação do dano, traduzida na recomposição do *statu quo ante* ou numa importância em dinheiro”.

A responsabilidade civil pode ser dividida, quanto ao seu fato gerador, em contratual ou extracontratual (Diniz, 2003). Quando deriva de um contrato diz-se que ela é contratual, ao passo que a responsabilidade extracontratual, também chamada de aquiliana, é aquela que se baseia, em princípio, na culpa. (Führer, 2001).

Conforme Diniz (2003, p. 121), responsabilidade contratual é aquela que é “[...] oriunda de inexecução contratual”, ao passo que a extracontratual é a “[...] resultante da violação de um dever geral de abstenção pertinente aos direitos reais ou de personalidade”.

Neste ponto, acerca das responsabilidades contratuais e extracontratuais, deve ser destacado acerca de três correntes existentes: a monista, a dualista e a eclética. Assim, acerca dessas três correntes ensina Santos, R. (1997, p. 140-141):

Os partidários da teoria dualista chegam ao extremo de considerar a expressão “responsabilidade” apropriada apenas ao terreno extracontratual, utilizam o termo “garantia” para identificar as conseqüências da inexecução de obrigação contratual e apontam várias diferenças entre ambas. [...] Em contraposição à teoria dualista, há a tese monista, ou da unidade das duas responsabilidades, que apregoa a absoluta semelhança entre a responsabilidade extracontratual e a contratual, sob o fundamento de que toda “inexecução de contrato representa um delito”, de forma que a responsabilidade contratual é absorvida pela extracontratual. [...] As duas teorias brevemente analisadas são extremas. A primeira, por separar totalmente as duas espécies de responsabilidade, e a segunda, por uni-las de forma absoluta, ao ponto de apregoar uma única espécie: a extracontratual. Os seguidores da teoria eclética apontam a existência de uma única responsabilidade no terreno teórico e de duas responsabilidades no plano técnico.

Ainda acerca da teoria eclética, complementa Santos, R. (1997, p. 143-144) que:

As duas ordens de responsabilidade identificam-se em seus pressupostos por serem espécies de um mesmo gênero, que é a responsabilidade civil, havendo diferenças em sua regulamentação jurídica, oriundas da existência de vínculo anterior entre as partes na responsabilidade contratual, que inexistente na responsabilidade extracontratual. No domínio extracontratual da responsabilidade subjetiva, o lesado deve demonstrar a existência da culpa do ofensor, enquanto no campo contratual a culpa é extensiva *ex re ipsa*, ficando o credor em posição mais vantajosa.

Em relação ao seu fundamento, a responsabilidade pode também ser dividida em objetiva e subjetiva (Diniz, 2003), que serão tratadas no próximo tópico.

Relativamente ao agente, a responsabilidade pode ser direta ou indireta. Assim, Conforme Diniz (2003, p. 121), responsabilidade direta é aquela “[...] proveniente da própria pessoa imputada”, e a responsabilidade indireta é a que “[...] promana de ato de terceiro, vinculado ao agente, de fato de animal ou de coisa inanimada sob sua guarda”.

3.1.4 Fundamentos e Teorias da Responsabilidade Civil

Conforme leciona Santos (1997), dois são os fundamentos da responsabilidade civil: a culpa e o risco.

Entretanto, entende Falavigna (*s.d*, p. 1) a respeito dos fundamentos da responsabilidade civil, ao escrever que “O Fundamento da responsabilidade civil está no fato de que todo dano merece ser indenizado, sendo esta uma regra moral que se torna jurídica, já que se proíbe que se causem prejuízos”.

Partindo dos fundamentos da responsabilidade civil conforme proposto por Santos, R. (1999), pode então a responsabilidade civil ser encarada de acordo com duas teorias, a da responsabilidade objetiva e a da responsabilidade subjetiva.

A respeito da responsabilidade objetiva, Rodrigues (2002, p. 11) destaca o seguinte:

Na responsabilidade objetiva a atitude culposa ou dolosa do agente causador do dano é de menor relevância, pois, desde que exista relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente, surge o dever de indenizar, quer tenha este último agido ou não culposamente. A teoria do risco é a da responsabilidade objetiva. Segundo essa teoria, aquele que, através de sua atividade, cria um risco de dano para terceiros deve ser obrigado a repará-lo, ainda que sua atividade e o seu comportamento sejam isentos de culpa. Examina-se a situação, e, se for verificada, objetivamente, a relação de causa e efeito entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima, esta tem direito de ser indenizada por aquele.

Já a outra teoria, a subjetiva (também chamada de teoria da culpa) que é a mais pertinente nesta monografia, é aquela que pressupõe a culpa como fundamento da responsabilidade civil, sendo que, desta forma, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se este agiu com dolo ou com culpa. (GONÇALVES, 1994).

A culpa, conforme Santos, R., 1999, p. 136 *apud* Savatier “[...] é a inexecução de um dever que o agente podia conhecer e observar”.

3.1.5 Pressupostos

A doutrina não é unânime na enumeração e no estabelecimento de nomenclaturas dos pressupostos da responsabilidade civil.

Santos, R. (1997), por exemplo, ensina que são três os pressupostos para que surja a responsabilidade civil e o direito à reparação: a) ação (comissiva ou omissiva); b) dano; c) nexos causal.

Rodrigues (2002), no entanto, epigrafa quatro pressupostos: a) ação ou omissão do agente; b) culpa do agente; c) relação de causalidade; d) dano experimentado pela vítima.

Santini (1997), de outra forma, ensina que são três pressupostos: a) prejuízo; b) ato culposos; c) nexos causal.

No que pese a enumeração feita pelos renomados doutrinadores, entendemos que a enumeração de Santos, R. (1997) é bastante precisa, pois leva em consideração as duas teorias (a da responsabilidade objetiva e a subjetiva), ou seja, nas outras duas é descrita a culpa, e a culpa, como já visto anteriormente, nem sempre precisa estar presente ou comprovada para que surja o dever de reparar (teoria da responsabilidade objetiva), e, ademais, na ação do agente pode-se englobar a idéia da culpa (teoria da responsabilidade subjetiva), sendo desnecessário separar a culpa como outro pressuposto.

Assim, a ação do agente, conforme Santos, R. (1997, p. 135), pode ser entendida da seguinte forma:

A ação, qualificada pelo Direito como geradora da obrigação de reparar, tem caráter comissivo ou omissivo e consubstancia-se em ato do próprio imputado ou fato de terceiro, de animal ou de coisa, traduzindo-se em ato ilícito ou lícito, porque ao lado da responsabilidade subjetiva ou com culpa existe a responsabilidade objetiva, que se baseia no risco.

Já a respeito do dano, Reis (1999, p.4) ensina que este “[...] deve ser considerado como uma lesão a um direito, que produza imediato reflexo no patrimônio material ou imaterial do ofendido, de forma a acarretar-lhe a sensação de perda”.

Entretanto, de maneira mais extensa ensina o doutrinador Varela (*apud* REIS, 1999, p. 7) que:

[...] o dano é a perda *in natura* que o lesado sofreu, em consequência de certo fato, nos interesses (materiais, espirituais ou morais) que o direito violado ou a norma infringida visam tutelar. É a lesão causada no interesse juridicamente tutelado, que reveste as mais das vezes a forma de uma destruição, subtração ou deterioração de certa coisa, material ou incorpórea.

Deve ser lembrado, entretanto, que nem todos os danos são indenizáveis, pois o dano tem que ser injusto, conforme ensina Bittar (1997, p. 30):

Frise-se, no entanto, que nem todo dano é reparável. Cumpre se mostre injusto, configurando-se pela invasão, *contra ius*, da esfera jurídica alheia, ou de valores básicos do acervo da coletividade, diante da evolução operada nesse campo. [...] afastam-se, desde logo, desse contexto, os danos justos, como tais definidos no direito posto, e aqueles provenientes de forças da natureza ou do acaso (força maior e caso fortuito), desde que não relacionados ou mesclados a ações humanas lesivas. Com isso, tem-se que, de um lado, a danificação proveniente de ação autorizada pelo Direito, ou dano justo (como, por exemplo, nos ato de legítima defesa; de devolução de injúria; de desforço pessoal; de destruição de coisa para remoção de perigo e outras situações explicitadas no ordenamento positivo) e, de outro, os danos decorrentes de atuação exclusiva do acaso, ou do próprio lesado, não são reparáveis.

O art. 188 do CCB determina os casos que não configuram atos lícitos, ou seja, os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido e ou praticado a fim de remover perigo iminente, com a ressalva do parágrafo único deste mesmo artigo para este último caso (quando for absolutamente necessário e não havendo excesso). O art. 393 do CCB também prescreve as excludentes por força maior e caso fortuito.

A respeito do dano indenizável, ensina Diniz (*s.d.*, p.1) o seguinte:

Para que haja dano indenizável, será imprescindível a ocorrência dos seguintes requisitos: a) diminuição ou destruição de um bem jurídico, patrimonial ou moral, pertencente a uma pessoa, pois a noção de dano pressupõe a do lesado; b) efetividade ou certeza do dano, porque a lesão não poderá ser hipotética ou conjectural; c) relação entre a falta e o prejuízo causado; d) subsistência do dano no momento da reclamação do lesado; e) legitimidade, uma vez que a reparação só pode ser pleiteada pelo titular do direito atingido; f) ausência de causas excludentes de responsabilidade, pois pode ocorrer dano de que não resulte dever ressarcitório, como o causado por caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima, etc.

Com relação ao terceiro pressuposto da responsabilidade civil, o nexo causal, esclarece Santos, R. (1997, p. 135) que ele é o “[...] liame entre a ação e o dano”, ou seja, é a relação, a ligação existente entre a conduta lesiva do agente e o dano causado.

3.1.6 Danos Patrimoniais e Danos Extrapatrimoniais

Basicamente, pode ser apontada a existência de duas espécies de danos: os patrimoniais e os extrapatrimoniais. Assim, interessante é estabelecer as fronteiras entre eles.

Assim sendo, indica Costa (*apud* REIS, 1999, p. 5) que:

[...] distingue-se entre danos patrimoniais e não patrimoniais, consoante sejam ou não susceptíveis de avaliação pecuniária. Quer dizer, os primeiros, porque incidem sobre interesses de natureza materiais ou econômicos, refletem-se no patrimônio do lesado, ao contrário dos últimos, que se reportam a valores de ordem espiritual, ideal ou moral.

Como é cediço, no dano patrimonial busca-se a reposição do dano, em espécie ou em dinheiro, de modo que o patrimônio do ofendido pode ser reconduzido ao estado em que se encontrava se não tivesse ocorrido o evento danoso, e, diversamente, no dano extrapatrimonial isto não é possível, devendo ocorrer, neste caso, uma reparação satisfativa.

Consoante ensina Bittar (1997, p. 40), há algumas divergências doutrinárias acerca desta divisão, conforme se observa na seguinte citação:

Pondera-se, de início, que há posições divergentes sobre as designações mencionadas, inclusive algumas pessoais, mas, de modo geral, a divisão em patrimoniais e não patrimoniais (extrapatrimoniais) é a de mais fácil circulação, pois se vale do método de exclusão, considerando como morais os que não se revistam de cunho patrimonial (estes indicados, primordialmente, pela conversibilidade em pecúnia). Mas acaba não enunciando, de modo explícito, aqueles danos, deixando ao intérprete a formulação concreta. Opera, no entanto, com plena identificação entre danos materiais e imateriais.

Deve ser lembrado, conforme ensina Santos (1999), que uma única ação ou omissão lesiva pode ter duplo efeito, ou seja, patrimonial e extrapatrimonial, como por exemplo, no caso de ofensa à honra que ocasiona distúrbio nervoso e o ofendido necessita se internar, ocasionando dano patrimonial em decorrência do dano moral, sendo ambos passíveis de reparação.

3.2 O dano moral

3.2.1 Conceito

Antes de falarmos a respeito do dano moral, é importante que se discorra, mesmo que brevemente, acerca da moral.

Conforme ensina Vázquez (2000, p. 24):

[...] *moral* vem do latim *mos* ou *mores*, “costume” ou “costumes”, no sentido de conjunto de normas ou regras adquiridas por hábito. A moral se refere, assim, ao comportamento adquirido ou modo de ser conquistado pelo homem.

Ainda acerca da moral, transcreva-se o seguinte entendimento do supracitado autor:

A moral pura orienta-se pelos critérios de valor que, por filosofia, devem estar inculcados no pensamento humano para o norteamento do cotidiano, ou seja, na razão. A moral para o direito consiste na valoração ínsita no sentimento de cada ser humano enquanto indivíduo, abrangendo critérios pessoais que fogem ao domínio

exclusivo da razão. Tais critérios criam princípios como: *O direito à vida, liberdade, intimidade, privacidade, honra, imagem e outros*, que são os chamados “direitos da personalidade”. (ASSIS NETO, 1998, p. 28-29)

Já Especificamente com relação ao dano moral, Diniz (2003, p. 84) o conceitua como sendo: “[...] a ofensa de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica provocada pelo fato lesivo”.

Conforme Silva (*apud* Parizatto, 1998, p. 6), danos morais consistem em: “[...] lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, em contraposição ao material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico”.

Para Savatier (*apud* SANTINI, 1997, p. 43): “Dano moral é todo sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária”.

Segundo Nunes e Caldeira (1999, p. 1):

[...] o dano moral é aquele que afeta a paz interior de uma pessoa, atingindo-lhe o sentimento, o decoro, o ego, a honra, enfim, tudo o que não tem valor econômico, mas que lhe causa dor e sofrimento. É, pois, a dor física e/ou psicológica sentida pelo indivíduo

Conforme antes salientado e para finalizar este tópico dano moral é aquele que repercute no íntimo de uma pessoa, sendo provocado por ação ou omissão de outrem e que causa em alguém uma dor ou qualquer sentimento possível de gerar efeitos sobre o estado psicológico.

Para complementar o entendimento com relação ao dano moral, é interessante citar as seguintes palavras de Bittar (1997, p 45):

Qualificam-se como morais os danos em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade, em que repercute o fato violador, havendo-se, portanto, como tais aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração social). Localiza-se, assim a temática dos danos morais na teoria da responsabilidade civil, na exata medida da consideração da pessoa em si, ou em suas projeções sociais, individualizando-se aqueles nas lesões às sedes assinaladas. São, no fundo, reações na personalidade do lesado a agressões ou a estímulos negativos recebidos do meio ambiente através da ação de terceiros, que atinjam seus bens vitais, no dizer de Larenz.

3.2.3 Espécies

Alguns doutrinadores têm dividido o dano moral em espécies, e nem sempre as nomenclaturas e as especificações são iguais, conforme será verificado adiante.

Conforme Führer (2001, p. 99):

[...] a expressão dano moral tem duplo significado. Num sentido próprio, ou estrito, refere-se ao abalo dos sentimentos de uma pessoa, provocando-lhe dor, tristeza, desgosto, depressão, perda da alegria de viver, etc. E num sentido impróprio, ou amplo, abrange também a lesão de todos e quaisquer bens ou interesses pessoais (exceto os econômicos), como a liberdade, o nome, a família, a honra e a própria integridade física. Por isso, a lesão corporal é um dano moral, no sentido técnico do termo.

Já para Bittar (1997, p. 52), os danos morais podem ser puros (ou diretos) ou reflexos (ou indiretos), sendo que aqueles se referem aos danos que “se exaurem nas lesões a certos aspectos da personalidade”, enquanto que estes “constituem efeitos ou interpolações de atentados do patrimônio ou aos demais elementos materiais do acervo jurídico lesado”. Este, aliás, é também o entendimento de Diniz (2003).

Conforme Bittar (1997), os casos de danos morais verificados nos textos legais, na doutrina ou na jurisprudência, resolvem-se, em substância, na proteção dos chamados direitos da personalidade, pois a violação dos direitos da personalidade resulta em dano moral, e é inviável a enumeração exaustiva dos danos morais possíveis, sendo também dificultosa a tentativa de classificação.

Mais adiante, em tópico específico, será visto sobre os direitos da personalidade.

3.2.4 A Reparabilidade

Inicialmente, neste tópico, é válido redigir a respeito da terminologia. Assim, pode ser destacado que não há uma sintonia doutrinária no que diz respeito à terminologia que designa a idéia de reparação por dano moral.

Cahali (1998), por exemplo, prefere o termo reparação do dano moral, deixando o termo ressarcimento para o dano patrimonial. Bittar (1997) também utiliza o termo reparação.

Entretanto, a respeito disto, é válido citar as seguintes considerações de Cahali (1998, p. 42):

[...] a sanção do dano moral não se resolve numa indenização propriamente, já que indenização significa eliminação do prejuízo e das suas conseqüências, o que não é possível quando se trata de dano extrapatrimonial; a sua reparação se faz através de uma compensação, e não de um ressarcimento; impondo ao ofensor a obrigação de pagamento de uma certa quantia de dinheiro em favor do ofendido, ao mesmo tempo que agrava o patrimônio daquele, proporcionando a este uma reparação satisfativa.

Em não se tratando mais de terminologias, é interessante destacar que atualmente não mais se discute acerca da possibilidade de se reparar dano moral, pois esta possibilidade é garantida pela CRFB/88, disposta expressamente no CCB, e amplamente aceita pela doutrina e jurisprudência brasileiras.

A CRFB/88, em seu art. 5º., incisos V e X assim garante:

Art. 5º [...]

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

[...]

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (ACQUAVIVA, 2003, p. 39-40)

O art. 927 (*caput*) e o art. 186, ambos do CCB, assim prescrevem:

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

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (ACQUAVIVA, 2003, p. 193; 164)

Assim, como foi possível observar acima, a reparação de dano moral é garantida constitucionalmente e pelo CCB, de maneira bastante clara e ampla.

A jurisprudência brasileira, que outrora tinha alguma resistência à tese da reparação de dano moral, sofreu grande influência com o advento da CRFB/88, que elevou a indenização por dano moral à categoria de cláusula pétrea, como um direito fundamental, pois, a partir da promulgação da CRFB/88, os Tribunais brasileiros passaram a admitir a reparação de dano moral, de modo que em nossos Tribunais não mais se cogita atualmente se os danos morais podem ou não ser reparados.

A respeito disto, ensina Bittar (1997, p. 108):

Com efeito, a Carta de 1988 sufragou a tese da reparabilidade dos danos morais, incluindo a matéria no texto sobre os direitos fundamentais da pessoa humana (art 5º), dentre os quais inclui os direitos autorais [...]. Depois de declarar, em seu preâmbulo, que se destina a assegurar o exercício dos direitos individuais e sociais, bem como de instituir como fundamento da República a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III), a Constituição garante os direitos básicos da personalidade (art. 5º, *caput*), enumerando, depois, inúmeros outros, como a intimidade, a vida privada, a honra, a imagem das pessoas (inc. X) e o direito de resposta em manifestação pela imprensa (inc. V). Assegura, quanto a esses bens, exemplificativamente colocados, indenização por danos materiais e morais, instituindo, portanto, como direito escrito, o princípio em análise. Com isso, em nosso sistema, *tolitur quaestio*: danos morais são perfeitamente reparáveis.

A respeito da inserção expressa da reparação de dano moral no CCB, Falavigna (*s.d.*, p. 7) ensina o seguinte: “A indenização do dano exclusivamente moral, contida no artigo 186, não é nenhuma novidade, já que consagrada pela doutrina e jurisprudência e reconhecida pela Constituição Federal, inciso X, do artigo 5º.”.

Neste tópico, é importante também destacar acerca da prevalência da tese da reparabilidade plena, conforme salienta Bittar (1997, p.109):

Prospera, ao lado da tese da reparabilidade, a noção de que deve a satisfação do dano ser plena: vale dizer, abranger todo e qualquer prejuízo suportado pelo lesado e, de outro lado, situar-se em níveis que lhe permitiam efetiva compensação pelo constrangimento ou pela perda sofridos. [...] do vasto universo fático possível, qualquer dano moral verificado por atuação de outrem merece a necessária reparação, dentro da extensão que no Direito desfruta a idéia de dano injusto[...].

Ainda consoante o referido autor: “Sendo dano moral e constatado, direta ou indiretamente sob presunção judicial, conforme a hipótese, deve merecer o amparo do Direito”. (BITTAR, 1997, p. 43).

A reparabilidade plena encontra-se perfeitamente sintonizada com a dignidade humana, que as Declarações Fundamentais do Homem e as Constituições modernas afirmam, expressamente, como valor supremo na escala social. Aliás, a paz social e a tranqüilidade que devem imperar no cenário fático, afastando-se qualquer fato danoso, sob os sancionamentos na esfera civil, também justificam a plena reparabilidade. (BITTAR, 1997).

Assim, segundo Bittar (1997, p. 116), “não mais se justifica qualquer posição que não seja a da plena reparabilidade de qualquer dano injusto, experimentado por alguma pessoa, em virtude de ação ou omissão alheias”.

Também neste item (reparabilidade dos danos morais), deve ser destacado, brevemente, a respeito da prova do dano moral.

Como é de se imaginar, o dano moral não é tão fácil de ser provado objetivamente, por se tratar de algo subjetivo, ou seja, o bem atingido não se traduz em matéria, sendo difícil de ser visualizado, ao contrário do que ocorre com o dano patrimonial, de modo que, no dano moral a prova deve ocorrer diferentemente da prova do dano patrimonial.

A respeito disto, Bittar (1997, p. 214) escreve que:

Na concepção moderna da teoria da reparação de danos morais prevalece, de início, a orientação de que a responsabilização do agente se opera por força do simples fato da violação. Com isso, verificado o evento danoso, surge, *ipso facto*, a necessidade de reparação, uma vez que presentes os pressupostos de direito. Dessa ponderação, emergem duas conseqüências práticas de extraordinária repercussão em favor do lesado: uma, é a dispensa da análise da subjetividade do agente, outra, a desnecessidade de prova de prejuízo em concreto.

Conforme Cahali (1998), a prova do dano moral deve ser feita por presunção relativa, de modo que basta a alegação do dano pelo autor, restando a outra parte a produção de provas em sentido contrário.

3.2.5 Natureza da Reparação

Mais uma vez, a doutrina também não é unânime com relação à natureza da reparação.

Para Diniz (2003, p. 116), “A reparação do dano moral é um misto de pena e de satisfação compensatória”.

Entendemos que a reparação de danos morais tem três funções, ou seja, uma compensatória, outra punitiva e uma terceira função que é a social, ou seja: por meio de uma quantia paga em dinheiro pelo agente causador do dano moral haverá uma função satisfativa e compensatória para o ofendido, bem como haverá, ao mesmo tempo, uma função punitiva para o ofensor (assim, tendo em vista que na função punitiva da reparação do dano moral o ofensor tem o seu patrimônio diminuído, deve ser atentado para que esta diminuição do patrimônio tenha realmente caráter preventivo, daí a importância de se verificar as condições financeiras do ofensor no momento da apuração do *quantum indenizatório*), e, por último, entende-se que haverá a função social do dano moral quando a condenação do ofensor gera nele um processo de conscientização, exercendo importante papel inibidor de novos atos prejudiciais a terceiros, produzindo imediatos reflexos no contexto social.

3.2.6 A Cumulação com Dano Material

Por algum tempo foi negada a possibilidade de cumulação do dano moral com o dano material, por se entender que a indenização do dano material excluiria o dano moral em face de um único evento ilícito, entretanto, conforme acentua Theodoro Júnior (1998, p. 6-7), “Hoje, porém [...] está solidamente assentado, na doutrina e na jurisprudência, não só a plena

reparabilidade do dano moral como sua perfeita cumulatividade com a indenização de lesão patrimonial”.

A Súmula 37 do STJ, pacificando a discussão, dispôs de forma clara que: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato” (Acquaviva, 1999, p. 1400).

O Tribunal de Justiça Catarinense já tratou da questão e optou pela aplicação da citada Súmula 37 do STJ, conforme se observa nos fundamentos da decisão do juiz de primeiro grau adotados pela Câmara: “[...] No que se refere à condenação cumulativa de dano moral, a posição mais acertada da doutrina é no sentido de sua possibilidade. Desse entendimento comunga o Superior Tribunal de Justiça, através da Súmula 37[...]” (SANTA CATARINA(a), 1999, p. 6).

3.2.7 A Relação com os Direitos da Personalidade

Conforme Diniz (1999), a pessoa tem direitos patrimoniais (reais) e também direitos da personalidade.

A personalidade, conforme Telles Jr. (*apud* por DINIZ, 1999, p. 99), consiste:

{...} no conjunto de caracteres próprios da pessoa. A personalidade não é um direito, de modo que seria errôneo afirmar que o ser humano tem direito à personalidade. A personalidade é que apóia os direitos e deveres que dela irradiam, é objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como a primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens.

Os direitos da personalidade, no âmbito do Direito Civil, conforme Diniz (2002) podem ser entendidos como sendo:

[...] o direito da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física (vida, alimentos, o próprio corpo vivo ou morto, o corpo alheio vivo ou morto, partes separadas do corpo vivo ou morto) e a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística e literária) e a sua integridade moral (honra, recato, segredo pessoal, profissional e doméstico, imagem, identidade pessoal, familiar e social) [...] É o direito comum da existência, porque é simples permissão dada pela norma jurídica a cada pessoa, de defender um bem que a natureza lhe deu de maneira primordial e direta.

Para Santos, R. (1999, p. 148), os direitos da personalidade são:

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

Os direitos da personalidade são divididos em duas teorias: a teoria monista e a teoria pluralista (Oltramari, F e Oltramari, V. H., *s.d.*), aquela também identificada como corrente naturalista e esta como corrente positivista.

A respeito destas teorias, ensinam Oltramari, F e Oltramari, V. H. (*s.d.*, p. 2) que:

O estudo da evolução dos direitos da personalidade desemboca, quanto a sua classificação, em duas importantes correntes. A que defende a “teoria monista”, para quem a personalidade é una, não se decompondo em uma classificação identificativa dos diferentes aspectos da sua manifestação. Mesmo reconhecendo um direito único, geral e abstrato, asseguram ser capaz de garantir a individualidade da pessoa nos seus mais diferentes aspectos. De outra parte, a “teoria pluralista” defende a identificação individualizada dos direitos da personalidade como forma de não deixar dúvidas sobre o seu reconhecimento e proteção. A vantagem da primeira, corre por conta da garantia da proteção em qualquer aspecto que a lesão aconteça, possibilitando a absorção de novos riscos à personalidade que possam surgir da evolução social no tempo e no espaço. A vantagem da teoria pluralista é não deixar dúvidas quanto a identificação dos direitos garantidos, não atendendo, contudo, o problema decorrente das transformações sociais, com a criação de novos direitos. A orientação da tipicidade aberta é majoritária, exatamente, porque a tipificação prevista na Constituição e na legislação civil, não esgota as situações suscetíveis de tutela jurídica. No caso, como vimos, a Constituição brasileira prevê a cláusula geral de tutela da personalidade, insculpida no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), o que “é parte integrante da ordem normativa, não se podendo restringir à mera diretriz hermenêutica ou regra limitadora da legislação ordinária”, ampliando, assim, a proteção da pessoa humana, não só pelo Direito Público ou pelo Direito Privado, “mas em proteção da pessoa humana pelo Direito”.

Conforme Bittar (1989), os direitos da personalidade são classificados em: físicos, psíquicos e morais.

É possível, portanto, observar, de maneira bastante clara, que a CRFB/88, além de proteger amplamente a pessoa humana, também em seu art. 5º, inciso X, garantiu proteção

específica aos direitos da personalidade, ao proclamar que: “são 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”.

O CCB, diferente do Código Civil Brasileiro de 1916, tratou dos direitos da personalidade em onze artigos (art. 11 ao art. 21), demonstrando a preocupação do legislador acerca da tutela da personalidade, entretanto, essa enumeração do Código Civil não é *numerus clausus*, pois, em nosso Direito há uma verdadeira cláusula geral da proteção e promoção da pessoa humana e dos direitos da personalidade, em virtude da norma esculpida no art. 1º, inciso III, da CRFB/88, na qual consagrou a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República, de modo que, em nosso Direito predomina a corrente naturalista, segundo o qual os direitos da personalidade não são somente aqueles previstos expressamente pelo direito positivo, pois são direitos inatos.

Para finalizar este item, é importante também citar a seguinte conclusão de Santos, R. (1997, p. 149-150) ao analisar as classificações dos direitos da personalidade:

Observa-se que há uma nova concepção sobre esses direitos, pela qual existe “um direito geral de personalidade”, de modo a garantir o respeito a todos os elementos, potencialidades e expressões da personalidade humana, ou seja, a toda a esfera individual em seus vários aspectos ou manifestações, que acaba por apontar os mesmos bens da personalidade antes citados, aos quais são acrescidos os sentimentos, a inteligência, a vontade, a igualdade, a segurança e o desenvolvimento da personalidade.

3.2.8 O *Quantum* Indenizatório

Há, em nosso direito, diferentes ensinamentos a respeito da quantificação da reparação do dano moral, sendo este um campo em que a doutrina tem debatido de forma bastante ampla, pois constitui uma problemática da reparação do dano moral.

Neste tópico, entende Silva, A. (2000, p. 5) que:

Deve o julgador diante do caso concreto utilizar-se daquele que melhor possa representar os princípios de equidade e de Justiça, levando-se em conta as condições *latu sensu* do autor e do réu, como também a potencialidade da ofensa, a sua permanência e seus reflexos no presente e no futuro; devendo, no entanto, ter o cuidado de não fixar valores ínfimos que não sirvam para desestimular as práticas ofensivas, como por exemplo o arbitramento de valores de até 100 (cem) salários mínimos, nos casos em que o réu seja detentor de grande patrimônio econômico, uma vez que neste caso, o *quantum* fixado perderá sua função educativa, posto que não servirá como meio de coibir e desencorajar a prática de novos atos ilícitos, uma vez que a pessoa humana como centro do direito na responsabilidade civil, necessariamente precisa ter sua integridade física, sua imagem e personalidade integralmente preservadas.

Também com relação ao *quantum* indenizatório, é de se destacar as lições de Theodoro Júnior (1998, p. 44-45):

[...] para aproximar-se do arbitramento que seja prudente e equitativo, a orientação maciça da jurisprudência, apoiada na melhor doutrina, exige que o arbitramento judicial seja feita a partir de dois planos relevantes: a) o nível econômico do ofendido; e b) o porte econômico do ofensor; ambos cotejados com as condições em que se deu a ofensa.

Acerca do arbitramento da pecúnia a ser paga na indenização por danos morais, Diniz (2003, p. 96) propõe as seguintes regras aos órgãos judicantes:

a) evitar indenização simbólica e enriquecimento sem justa causa, ilícito ou injusto da vítima. A indenização não poderá ter valor superior ao dano, nem deverá subordinar-se à situação de penúria do lesado; nem poderá conceder a uma vítima rica uma indenização inferior ao prejuízo sofrido, alegando que sua fortuna permitiria suportar o excedente do menoscabo; b) não aceitar tarifação, porque esta requer despersonalização e desumanização, e evitar porcentagem do dano patrimonial; c) diferenciar o montante indenizatório segundo a gravidade, a extensão e a natureza da lesão; d) verificar a repercussão pública provocada pelo fato lesivo e as circunstâncias fáticas; e) atentar às peculiaridades do caso e ao caráter anti-social da conduta lesiva; f) averiguar não só os benefícios obtidos pelo lesante com o ilícito, mas também a sua atitude ulterior e situação econômica; g) apurar o real valor do prejuízo sofrido pela vítima; h) levar em conta o contexto econômico do país. No Brasil não haverá lugar para a indenização de grande porte, como as vistas nos Estados Unidos; i) verificar a intensidade do dolo ou o grau de culpa do lesante (CC, art. 944, parágrafo único); j) basear-se em prova firme e convincente do dano; k) analisar a pessoa do lesado, considerando a intensidade de seu sofrimento, seus princípios religiosos, sua posição social ou política, sua condição profissional e seu grau de educação e cultura; l) procurar a harmonização das reparações em casos semelhantes; m) aplicar o critério do *justum* ante as circunstâncias particulares do caso *sub judice* (LICC, art. 5º), buscando sempre, com cautela e prudência, a equidade.

Ainda neste tópico, é interessante destacar alguns aspectos acerca do valor da causa na ação de reparação de dano moral.

Conforme ensina Cahali (1998, p. 694-65):

Em substância, a questão pertinente ao valor da causa na ação de reparação de dano moral resolve-se por via de estimativa unilateral do autor, que se sujeita contudo ao controle jurisdicional, remarcado ainda pela sua provisoriedade. Tratando-se de pedidos cumulados, observa-se o mesmo critério quanto à estimativa do valor da causa no concernente aos danos morais, respeitado o patamar mínimo dos efeitos patrimoniais da ação.

No próximo e derradeiro capítulo será tratado especificamente dos danos morais que nascem na relação conjugal, ou seja, aqueles decorrentes das causas que podem gerar separação litigiosa (notadamente a separação judicial litigiosa como sanção).

CAPITULO 4 - O DANO MORAL NA SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA

4.1 O dano moral nas dissoluções da sociedade e do vínculo conjugal no direito estrangeiro

Diferente do Brasil, em muitos outros países já há previsão legal expressa assegurando especificamente a reparação de dano moral na separação judicial e no divórcio.

No direito francês, o princípio da reparabilidade dos prejuízos oriundos da dissolução do vínculo conjugal já era acolhido pela jurisprudência antes mesmo da Lei de 2 de Abril de 1941 que o estabeleceu de forma expressa. (Santos, R. 1999).

A jurisprudência francesa, antes da citada Lei, admitia a condenação ao cônjuge culpado a indenizar os prejuízos acarretados ao inocente, tendo como fundamento a regra geral da responsabilidade civil determinada no art. 1.382 do Código Civil. (Santos, R. 1999).

Santos, R. (1999, p. 23), ensinando sobre dano moral entre cônjuges no direito estrangeiro, destaca o seguinte acerca da legislação francesa:

A Lei de 2 de abril de 1941 estatuiu que "Independente de outras reparações devidas pelo cônjuge contra o qual o divórcio foi pronunciado, os juízes poderão atribuir ao

cônjuge que obteve o divórcio indenização pelos prejuízos materiais e morais causados pela dissolução do casamento”.

Conforme Santos, R. (1999, p.23-24), após a segunda reforma do Código Civil francês, produzida pela Lei de 11 de julho de 1975:

A doutrina passou a admitir dois fundamentos legais para a reparação de danos no divórcio: a regra constante do art. 226, no que concerne aos prejuízos provocados diretamente pela dissolução do casamento, e a norma disposta no art. 1.382, no que tange aos danos acarretados por grave violação de dever conjugal.

Acrescenta ainda Santos, R. (1999, p. 40-41), acerca do direito português, que “[...] os danos morais emergentes dos fatos causais do divórcio não restam sem reparação, podendo ser indenizados com base na regra geral sobre responsabilidade civil por atos ilícitos, constante do art. 483, I, do Código Civil [...]”.

Com relação aos países sul-americanos, Oltramari, F. e Oltramari V. H. (s.d., p.4) destacam o seguinte:

Já dos países sul-americanos, para José de Castro BIGI, as melhores contribuições jurisprudenciais vêm do Uruguai e, especialmente, da Argentina. No Uruguai, de 1989 para cá, em decorrência de julgado paradigmático relatado pela Ministra Varela Motta, que concedeu danos materiais e morais em caso de adultério, tendo em vista que, em decorrência, a mulher teve que se submeter a tratamento médico. Na Argentina, a primeira tendência foi repelir as tentativa[s], tendo a primeira decisão favorável sido proferida pela 1ª Sala da Corte da Capital Federal, com fundamento nas normas de caráter geral (“dos atos ilícitos”, “dos delitos contra a pessoa” e “das obrigações que nascem dos ilícitos que não são delitos”) reconhecendo nas causas de divórcio, verdadeiros atos ilícitos, quebrando, assim, as barreiras do casamento à configuração do direito ao ressarcimento de danos.

No direito peruano é também admitida expressamente no art. 351 do Código Civil a possibilidade de reparação de dano moral em favor do cônjuge inocente no divórcio (Oltramari, F e Oltramari, V. H., s.d.).

Para finalizar esta breve análise da reparação civil por dano moral no direito alienígena, é interessante destacar, conforme Santos (1999) que a falta de previsão legal expressa gerou, em princípio, na Argentina, uma certa resistência à tese de reparabilidade dos danos morais nos rompimentos das sociedades e dos vínculos conjugais, o que, com o passar do tempo, foi mudado pelo valioso trabalho dos doutrinadores, sendo que hoje é vencedora a tese da reparabilidade do dano moral nas dissoluções da sociedade e do vínculo conjugal, não devendo ocorrer de maneira diferente no Brasil.

4.2 O dano moral na separação judicial no direito brasileiro

4.2.1 A lei

Embora não aja, no Brasil, uma previsão legal específica a respeito de dano moral ocorrido no casamento em virtude de grave descumprimento de dever conjugal ou em virtude da própria separação ou divórcio.

Não obstante, é possível, em nosso direito, invocar judicialmente reparação de dano moral na separação judicial com base na regra geral de responsabilidade civil prevista no art. 927 c/c o art. 186, ambos do CCB, bem como na proteção aos direitos da personalidade também prevista no CCB (art. 12), e também, constitucionalmente, no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, inciso III, da CRFB/88, e no direito fundamental de reparação de dano moral e tutela aos direitos da personalidade, garantidos na CRFB/88, em seu art. 5º, incisos V e X.

Gonçalves, C. (1994, p. 69), escrevendo sobre o tema, ensina que a regra geral de responsabilidade civil do CCB é perfeitamente aplicável no caso de separação motivada na infração aos deveres conjugais, conforme se verifica na citação seguinte:

[...] deve caber a indenização, se o dano causado, e provado, for de natureza moral. O que nos parece, contudo, carecer de fundamento legal, no atual estágio de nossa legislação, é o pedido fundado no só fato da ruptura conjugal, ainda que por iniciativa do outro cônjuge. Provado, no entanto, que a separação, provocada por ato injusto do outro cônjuge, acarretou danos, sejam materiais ou morais, além daqueles já cobertos pela pensão alimentícia (sustento, cura, vestuário e casa), a indenização pode ser pleiteada, porque *legem habemus*: o art. 159 do Código Civil.

No mesmo sentido, ensina Cahali (1998, p. 669-670) que “[...] não há dúvida de que o cônjuge agredido em sua integridade física ou moral pelo outro tem contra este ação de indenização, com fundamento no art. 159 do CC [...]”.

Também acerca da aplicação da regra geral de responsabilidade civil no caso de separação judicial, Costa, L. (1999) destaca que:

Alguns sustentam que não temos dispositivo específico da reparação do dano decorrente do casamento. Isto, data venia, é balela, porque o artigo 159 do Código Civil dá margem a qualquer tipo de reparação de dano, dispondo: *Aquele que, por ação ou omissão, voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.*

Gonçalves, E. (s.d., p. 2), falando dos novos contornos à família introduzidos pela CRFB/88, assim destaca:

A família passou a ser reconhecida como um lugar onde a vida deve ser compartilhada e a dignidade humana enaltecida. Se assim o é, impõe concluir que os atos que revelem a falta de afeto e de respeito mútuo entre seus membros, especialmente quando deles resultem dano, deve ser compreendidos como ilícitos. Por sua vez, como atos ilícitos devem ser considerados fatos geradores de responsabilidade civil.

Como foi visto, a reparação dos danos morais é assegurada pelo CCB de modo genérico, e, além disto, há também os fundamentos legais esculpados na CRFB/88, que também possibilitam pedido de reparação de dano moral quando este ocorre em virtude de descumprimento de dever conjugal.

A CRFB/88, em seu art. 1º, inciso III, estabeleceu como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana, servindo como uma verdadeira cláusula geral de proteção à pessoa, conforme ensina Santos, R. (2003, p. 1):

A dignidade da pessoa humana como princípio fundamental de direito constitucional e de direito de família. Verdadeira cláusula geral de proteção integral à pessoa, a dignidade é fundamento da República Federativa do Brasil, na conformidade do art. 1º, inciso III, da Constituição Federal. Como valor supremo de nosso ordenamento, deve informar todas as relações jurídicas e está sob seu comando a legislação infraconstitucional. [...] Na família, a tutela da dignidade da pessoa humana, em todo o alcance desta expressão, deve ser assegurada tanto no curso das relações familiares como diante de seu rompimento, cabendo ao direito oferecer instrumentos para impedir a violação a este valor maior. A Constituição da República contém princípios de extrema importância na preservação da dignidade dos membros de uma família [...] (g.n)

Ainda acerca da dignidade da pessoa humana nas relações familiares, Santos, R. (2003, p. 3) faz as seguintes considerações:

Sem olvidar que as relações familiares têm conteúdo afetivo, é indispensável que o direito confira a devida proteção à família _núcleo essencial da nação_ e aos membros que a integram. Nessa preservação exerce especial destaque a tutela à dignidade da pessoa em suas relações conjugais, com base na isonomia entre homens e mulheres e por meio do respeito recíproco aos direitos da personalidade. Como dissemos no início, a preservação deste valor maior deve ocorrer não somente no curso, assim como no fim das relações conjugais, e, para tanto, é indispensável a aplicação dos princípios da responsabilidade civil, que conferem ao cônjuge lesado o direito à devida reparação dos danos morais e materiais decorrentes de ofensa a seus direitos da personalidade [...] Tais princípios independem de previsão legal expressa no direito de família, por estarem contidos na Parte Geral do Código Civil (art. 159 do Código Civil de 1916 e art. 186 do novo Código Civil).

O CCB, em seu art. 12 proclama que: “Pode se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”. (Acquaviva, 2003, p. 155).

Assim, como já foi possível observar, o dano moral tem como natureza a violação de atributos personalíssimos, e, tanto a CRFB/88 quanto o CCB protegem amplamente a pessoa humana e seus direitos personalíssimos.

Desta forma, conforme se extrai do que foi supra escrito, a reparação de dano moral ocorrido na relação conjugal em virtude de descumprimento de dever conjugal é assegurada por lei, não de forma específica, mas: a) no artigo legal civilista que prevê que todo e qualquer dano causado por ato ilícito, ainda que este seja exclusivamente moral, deve ser reparado (art. 927 c/c 186, ambos do CCB); b) no artigo civilista que prevê a possibilidade de reclamação de perdas e danos no caso de ameaça ou lesão dos direitos da personalidade (art. 12, do CCB); c) pela Constituição, tendo em vista que a CRFB/88 prevê a dignidade da pessoa humana como um princípio fundamental (art. 1º. inciso III) e o art. 5º. incisos V e X, também da CRFB/88, prevê a reparação dos danos morais e a tutela aos direitos da personalidade.

4.2.2 A doutrina

Neste tópico, é interessante citar algumas justificativas para o cabimento da reparação de dano moral na separação judicial apontadas pela doutrina.

Conforme ensina Santos, R. (1999, P. 187):

No Direito brasileiro, diante da legislação vigente e projetada, é descabida qualquer interpretação que impeça a aplicação dos princípios e regras sobre a responsabilidade civil à dissolução culposa da sociedade conjugal, porque a essência ética do casamento e a defesa da paz familiar, argumentos estes nos quais busca apoiar-se aquela exegese, não tem qualquer valia depois que um dos cônjuges promove contra o outro uma ação de separação judicial. Realmente, é desejável que os Tribunais acolham as demandas cujos pleitos indenizatórios referem-se aos danos decorrentes do grave descumprimento de dever conjugal, o que, se não constituir um freio aos rompimentos matrimoniais, aliviará a situação do cônjuge inocente e lesado.

Gonçalves, E. (*s.d.*, p. 12), que também coaduna com os que entendem ser possível a reparação de dano moral na separação judicial, leciona o seguinte:

Por assegurar a Constituição Federal o princípio da reparabilidade do dano moral (art. 5º, incisos V e X), não se justifica mais que se exclua da responsabilidade civil a violação culposa de direitos da personalidade assegurados a cada membro da família, causando o dano moral. Impõe-se que a dignidade pessoal de cada indivíduo da família seja respeitada, bem como, que seja observada a igualdade e a solidariedade que as relações familiares exigem.

Interessantes são também as justificativas para o cabimento da reparação de dano moral em virtude de grave descumprimento de dever conjugal dissertadas por Oltramari F. e Oltramari V. H. (*s.d.*, p.11-12):

[...] as relações de família vivem, na atualidade, um processo de repersonalização. E o Direito Civil, vive um processo de publicização, despatrimonialização e constitucionalização, termos que identificam a alteração dos seus rumos desde a superação do liberalismo jurídico que o faziam a Constituição do Direito Privado. [...] É evidente, na Constituição de 1988, que os interesses tutelados são os da pessoa humana. A família é concebida com base nos princípios da liberdade e da igualdade, entre os cônjuges e companheiros na relação matrimonial e entre os filhos, independentemente da condição do seu nascimento. Por isso a relevância do presente estudo. Diante da elevação do princípio da dignidade e dos direitos da personalidade à preceito constitucional, e agora, também, integrando o texto do novo Código Civil. Dentro dessa realidade que revaloriza a dignidade humana e garante à pessoa, o centro de toda a tutela jurídica civil, hoje, mais do que ao seu patrimônio, é impossível não reconhecer a configuração da responsabilidade civil nas relações familiares. Inexistindo, por ora, texto legal expresso, é certo o papel da jurisprudência. Como já aconteceu com a evolução do concubinato à união estável, da isonomia entre homem e mulher, ou da equiparação dos filhos de qualquer condição, e tantos outros institutos de direito, os pronunciamentos judiciais começam, também, em relação à responsabilização civil das afrontas aos direitos subjetivos nas relações familiares. Não se pode mais conceber o desconhecimento, o silêncio e a acomodação das vítimas de qualquer tipo de afronta a tais direitos. Tanto na relação conjugal como da filiação não reconhecida. [...] Havendo culpa, danos e liame causal entre um e outro, é fundamental que haja responsabilização indenizatória. [...] A acomodação, tanto das vítimas, como dos advogados e do

Judiciário, em geral, à proposta inovadora do reconhecimento e responsabilização pelos danos causados em qualquer das hipóteses analisadas, beneficia e estimula o desrespeito à dignidade da pessoa humana. Para que a família seja, efetivamente, a base da reconstrução social de um novo mundo, os fundamentos do Direito Civil e, especialmente, do Direito de Família, precisam ser repensados e reconstruídos sob o prisma de novos paradigmas que garantam atualidade e efetividade.

Para finalizar este tópico, é interessante destacar as seguintes lições de Bittar (1997, p. 113): “[...] não escapam à necessidade de compensação quaisquer danos de cunho moral, independentemente de suas proporções, ou de suas projeções, cumprindo ao lesante a adoção das providências tendentes à sua satisfação”.

4.2.3 A jurisprudência

Até o momento não há muitas jurisprudências versando acerca de dano moral ocorrido no casamento, bem como na união estável, talvez pela falta de invocação desse direito pelos advogados, entretanto, no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina foram encontrados, até o momento, dois Acórdãos, bem como nos Tribunais de outros Estados (dois no Rio Grande do Sul, dois em São Paulo, e dois no Rio de Janeiro), e também, no Superior Tribunal de Justiça encontra-se acórdão, na qual, em tese, verifica-se a possibilidade de reparação de dano moral decorrente de motivo culposos que pode ensejar a separação judicial litigiosa.

A primeira decisão de Tribunal brasileiro a respeito de reparação de dano moral em separação judicial, de que se tem notícia, ocorreu no Rio Grande do Sul e data de 1981, e, não obstante ter sido negado provimento ao recurso, é válido citar a seguinte argumentação do voto vencido do Desembargador Athos Gusmão Carneiro (*apud Zonta*, 2001, p. 63):

No caso concreto, o desquite foi decretado por haver o marido cometido agressões físicas, sevícias, e ainda, por injúria grave contra a mulher. Da agressão física não resultaram apenas as eventuais conseqüências no âmbito penal, nem apenas a

indenização pelos prejuízos no âmbito patrimonial que a lesão à saúde, em consequência da agressão física acarreta ao injustamente agredido um dano moral, aliás, muito mais relevante em se tratando de agressão de um cônjuge contra o outro. E esse dano moral, creio, impende seja ressarcido. TJRS -Apelação Cível n. 36.016. Relator: Desembargador Cristovam Daiello Moreira. Julgado em: 17/03/1981.

Em se tratando do Tribunal de Justiça da Paraíba, infelizmente, não foi possível colacionar nenhuma jurisprudência a despeito do assunto deste trabalho monográfico.

Porém, em Estados do Sul do país afloram decisões nesse sentido, como é o caso do Acórdão Catarinense em que foi acolhido o pedido de reparação de danos morais decorrentes do descumprimento do dever de fidelidade:

Indenização. Danos morais. Adultério. Varão de origem humilde. Meio rural. Comunidade rural de padrões morais rígidos. Filha adulterina nascida na constância do casamento, supostamente filha de um padre. Fato tornado público. Grave constrangimento. Situação peculiar que justifica a condenação por dano moral. Critério. Pedido estimado em valor expressivo. Fixação em quantia inferior. Sucumbência recíproca. Inocorrência. (SANTA CATARINA(b), 1999, p. 1).

Em São Paulo, por exemplo, o Tribunal de Justiça daquele Estado também já julgou casos em que foram solicitadas reparações civis por danos morais em separações judiciais, sendo acolhida a tese da reparabilidade, conforme citado por Santos, R. (1999, p. 163-164):

Em acórdão proferido pela 4ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação Cível n. 220.943-1/1, em 9 de março de 1995, tendo como relator o Desembargador Olavo Silveira, com a participação dos Desembargadores Barbosa Pereira e Barreto Fonseca, foi o marido condenado a pagar indenização à mulher, por tê-la acusado infundada e injuriosamente na demanda de separação judicial, atribuindo-lhe a prática de adultério, que não restou provada, e causando-lhe dano moral. [...] Outra decisão judicial, que condenou um dos cônjuges a indenizar o consorte pela violação de dever conjugal, encontra-se no acórdão proferido por votação unânime, em 10 de outubro de 1996, pela 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação Cível n. 272.221.1/2, com a participação dos Desembargadores Munhoz Soares, Reis Kuntz e P. Costa Manso, tendo sido relatado por Testa Marchi. O referido acórdão julgou pedido de reparação de danos morais deduzido pelo marido, em razão de simulação de gravidez por parte de sua mulher.

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul também já foi admitida a tese de reparação de dano moral na separação judicial no caso de injúrias, conforme se verifica na seguinte ementa:

EMENTA: INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. SEPARAÇÃO JUDICIAL. INJÚRIAS PRATICADAS PELO CÔNJUGE. APLICAÇÃO DO ART-1547 E SEU PARÁGRAFO ÚNICO DO CÓDIGO CIVIL. O DANO MORAL, DECORRENTE DOS MOTIVOS QUE OCASIONARAM A SEPARAÇÃO

JUDICIAL, E INDENIZÁVEL. EMBARGOS ACOLHIDOS EM PARTE. VOTOS VENCIDOS. (RIO GRANDE DO SUL, 1989, p. 1). (g.n)

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro também já decidiu pelo cabimento do dano moral ocorrido em virtude de agressões por um dos cônjuges:

Ação de indenização proposta pela ex-esposa. Danos materiais e morais. Alegações de agressões físicas durante a constância do casamento. Conjunto probatório confirmando que o casamento passou a ser palco de agressões injustas por parte do ex-marido, comprovadas não só pelos registros policiais, como pelo depoimento das testemunhas e fotografias. Dano material incomprovado. Dano moral inequívoco. Parcial provimento do recurso para afastar-se o dano material. (RIO DE JANEIRO, 2002, p. 1).

Em julgamento recente, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro também decidiu afirmando que é possível a cumulação de pedido de separação com indenização por dano moral:

Separção judicial. Pedido cumulativo de indenização por dano moral. É cabível em reconvenção pedido cumulativo de dano moral juntamente com o de separação judicial, sendo o Juízo de Família competente para o processamento e julgamento de tal pedido, estando o fundamento da alegação na violação das obrigações do cônjuge. Aplicação dos arts. 85, I, letra "a" c/c 96 do CODJERJ. Preliminares outras argüidas na contestação ainda não decididas em primeiro grau de jurisdição, não podendo ser examinadas sem decisão do Juízo "a quo". Recurso provido em parte. (RIO DE JANEIRO, 2003, p. 1).

O Superior Tribunal de Justiça já pode decidir uma questão onde fora invocado o direito de reparação de dano moral na separação judicial, e a tese foi aceita, conforme se depreende da ementa que segue:

Separção judicial. Proteção da pessoa dos filhos (guarda e interesse). Danos morais (reparação). Cabimento. [...] 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 reparação. 3. Caso em que, diante do comportamento injurioso do cônjuge varão, a Turma conheceu do especial e deu provimento ao recurso, por ofensa ao art. 159 do Cód. Civil, para admitir a obrigação de se ressarcirem danos morais (BRASIL, 2001, p. 1).

Na referida decisão do STJ ficou evidenciado no voto do Min. Waldemar Zveiter o reconhecimento de lesão em face dos direitos da personalidade (*apud* Oltramari, F e Oltramari, V. H., *s.d.*):

[...] *O dano moral, como é cediço, é a lesão praticada contra os direitos da personalidade considerados essenciais à pessoa humana (integridade física e moral,*

nome, fama, dignidade, honradez, imagem, liberdade, intimidade). Tamanha é a dimensão e a relevância desses direitos que sua tutela jurídica foi elevada ao patamar constitucional. Isto porque, a par do ressarcimento de natureza material, o indivíduo é titular de direitos integrantes de sua personalidade, não podendo a ordem jurídica conformar que tais garantias sejam impunemente atingidas.

Assim, pelo que foi exposto, pode ser considerado que, apesar de serem poucas as decisões encontradas em nossos Tribunais, parece que estes estão caminhando no mesmo sentido da doutrina, ou seja, no de admitir a reparação de dano moral na separação judicial.

Para finalizar este tópico, é válido destacar que os magistrados, ao se depararem com casos de danos morais entre cônjuges, devem aplicar a lei com equidade, que, conforme ensina Lopes, M. (1993, p. 225) “se apresenta como a busca do melhor resultado na dinâmica de aplicação do direito de cada caso individual”, de forma que, ao aplicarem a lei, acompanhem as mudanças sociais e apliquem o que determina o art. 5º. da Lei de Introdução ao Código Civil: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

4.3 A natureza da responsabilidade civil entre cônjuges

Muito se discute sobre qual a natureza do casamento, Santos, R. (1999), entende que, por ser o casamento um contrato, a responsabilidade entre cônjuges é contratual, aplicando-se os princípios gerais que regem a extinção dos contratos na dissolução da sociedade e do vínculo conjugal, e, sendo assim, não se exige a prova da culpa, que se presume pelo descumprimento do dever previamente assumido.

Assim, de qualquer forma, sendo a responsabilidade civil entre cônjuges de natureza contratual ou extracontratual, é certo que há responsabilidade civil, sendo cabível o pedido de reparação do dano moral.

4.4 Sustentações que defendem a reparação do dano moral na separação judicial litigiosa

Neste tópico serão destacadas, brevemente, algumas refutações aos principais argumentos contrários à reparação do dano moral na separação judicial.

Um dos argumentos utilizados para se argumentar contra o dano moral na separação judicial é o de que o cônjuge culpado seria condenado a pagar alimentos, ocorrendo *bis in idem*, entretanto, conforme enfatiza a doutrina, é descabido tal argumento, em virtude das diversas peculiaridades dos alimentos.

Conforme leciona Cahali (1998, p. 668):

[...] quer-me parecer que encontram origem completamente diferente a pensão alimentícia que o cônjuge culpado deve ao cônjuge inocente e pobre, pensão que substitui o dever de assistência, e a indenização por danos morais pelo cônjuge inocente.

No mesmo sentido, é interessante destacar as lições de Pereira (1999, p. 156), na qual ensina que: “Afora os alimentos, que suprem a perda da assistência direta, poderá ainda ocorrer a indenização por perdas e danos (dano patrimonial ou moral), em face do prejuízo sofrido pelo cônjuge inocente”.

A natureza dos alimentos, para muitos doutrinadores, é bastante diversa da reparação civil por dano moral, tendo em vista que os alimentos não tem caráter indenizatório, e sim alimentar.

Assim, vários argumentos contrários à natureza indenizatória dos alimentos podem ser citados, dentre os quais se destaca: a) A Lei utiliza a expressão pensão (*caput* do art. 1.704, do CCB); b) A pensão pode não ser devida se o cônjuge não é desprovido de recursos (art. 1.702, do CCB); c) Os alimentos são concedidos tendo em vista as necessidades do reclamante e os recursos da pessoa obrigada (art. 1694, § 1º, do CCB), e, “no princípio da reparação ou indenização por ato ilícito não se levam em conta as possibilidades do devedor ou responsável e as carências do credor ou vítima da ofensa” (Carvalho Neto, *s.d.*, p. 5); d) Os

alimentos podem também ser solicitados pelo cônjuge culpado na separação, conforme dispõe o art. 1.704 do CCB, ao contrário da responsabilidade civil (subjéitiva), na qual somente o culpado é obrigado a reparar; e) A pensão alimentícia é temporária, podendo ser extinta, por exemplo, com o casamento do(a) credor(a) (art. 1.708, do CCB), o que não ocorreria no caso de reparação civil.

Ademais, por mais que se admita que a pensão alimentícia tenha natureza indenizatória, é válido afirmar, conforme Santos, R. (1999), que seu caráter indenizatório seria incompleto, pois ela não chega a compensar ou ressarcir os prejuízos do lesado e está condicionada ao preenchimento dos pressupostos legais acima destacados (quem pede deve estar desprovido de recursos, não pode estar casado, etc.).

Assim, entendemos que, a concessão judicial da pensão não tira do cônjuge inocente a possibilidade de demandar o cônjuge culpado para a obtenção de indenização por outro prejuízo (moral, p. ex.) que tenha sofrido ou advindo do comportamento reprovável do outro cônjuge, de acordo com as regras de responsabilidade civil, tendo em vista que os alimentos reparam somente o prejuízo decorrente da ruptura do dever de socorro, ao passo que os outros prejuízos podem ser ressarcidos com base nas regras do direito comum, não ocorrendo, assim, uma dupla indenização pelo mesmo dano, mas indenizações diversas de prejuízos diferentes.

É também argumentado por aqueles que são contrários à reparação de dano moral na separação judicial que, além dos alimentos, haveria a perda da guarda dos filhos menores e a proibição de manutenção do patronímico do cônjuge, na qual seriam as únicas formas de punições e compensações que poderiam existir na hipótese de separação judicial.

Entretanto, verifica-se, que tal argumento é descabido, tendo em vista que, com relação à guarda dos filhos, em nosso Direito, vige, há muito tempo, o princípio da prevalência dos interesses dos menores, não inferindo, a culpa, na guarda dos filhos, vez que o cônjuge culpado pela separação pode permanecer com a guarda dos filhos.

O CCB veio reforçar esta tese da prevalência dos interesses dos menores ao dispor o seguinte:

Art. 1.583. No caso de dissolução da sociedade ou do vínculo conjugal pela separação judicial por mútuo consentimento ou pelo divórcio direto consensual, observar-se-á o que os cônjuges acordarem sobre a guarda dos filhos.

Art. 1.584. Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la.

Parágrafo único. Verificando que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz deferirá a sua guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, de acordo com o disposto na lei específica.

Art. 1.586. 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.

Art. 1.588. O pai ou a mãe que contrair novas núpcias não perde o direito de ter consigo os filhos, que só lhe poderão ser retirados por mandado judicial, provado que não são tratados convenientemente.

Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação. (ACQUAVIVA, 2003, p. 228). (ACQUAVIVA, 2003, p. 228).

A perda do patronímico (ou sobrenome) também nem sempre ocorrerá, em virtude do que dispõe o art. 1.578 do CCB, *in verbis*:

Art. 1.578. O cônjuge declarado culpado na ação de separação judicial perde o direito de usar o sobrenome do outro, desde que expressamente requerido pelo cônjuge inocente e se a alteração não acarretar:

I - evidente prejuízo para a sua identificação;

II - manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida;

III - dano grave reconhecido na decisão judicial.

§ 1º O cônjuge inocente na ação de separação judicial poderá renunciar, a qualquer momento, ao direito de usar o sobrenome do outro.

§ 2º Nos demais casos caberá a opção pela conservação do nome de casado. (ACQUAVIVA, 2003, p. 227).

Assim, a perda da guarda e do patronímico dependem do preenchimento de certos requisitos, e, portanto, nem sempre serão aplicados contra o cônjuge culpado, e, além do mais, não possuem, tampouco, caráter indenizatório, como forma de compensar e punir por possíveis danos morais acarretados ao cônjuge inocente na separação judicial.

Conforme salienta Costa, L. (1999, p. 2):

O Brasil é um dos poucos países do mundo onde o responsável pela separação ou divórcio não sofre penalidade de espécie alguma. Alguns sustentam que pagamento de pensão alimentícia, partilha de bens e a guarda dos filhos, são penalidades. Estas três hipóteses não são penalidades. A pensão de alimentos pode não ser devida se a

mulher tiver boas condições financeiras, a partilha de bens é consequência lógica e a guarda dos filhos nenhum juiz hoje entrega filho menor ao homem porque a mulher foi culpada. O juiz decide hoje de acordo com o interesse do menor, exclusivamente. Logo, o violador do casamento, no nosso direito, não sofre sanção de espécie alguma.

Desta forma, conforme foi possível observar, a reparação do dano moral é possível na separação judicial e não há ocorrência de *bis in idem*, pois a pensão alimentícia, a possível perda da guarda dos filhos e do patronímico são de naturezas diferentes ou incompletas, tendo em vista que estas dependem do preenchimento de certos pressupostos e não punem e nem compensam danos morais.

Um outro argumento levantado por aqueles que são contrários a reparação do dano moral na separação judicial é o de que o amor não se paga, entretanto, conforme ensina a doutrina, tal argumento não tem sentido, notadamente em virtude dos avanços sociais ocorridos, conforme se depreende da seguinte citação:

No terceiro milênio, não se pode aplicar o princípio da efetividade do Direito com base em Lei elaborada há mais de um século, porque mudaram os tempos, transformaram-se os costumes, redefiniram-se novos valores éticos e morais, tendo-se abandonado o tempo em que a mulher absorvia silenciosamente as agressões físicas e morais do seu cônjuge, e tudo em nome do amor e da manutenção da unidade familiar. Por isso, não se pode comungar com o desmatamento do direito ao dano moral, em vista de importar pagamento do amor. Não se está reclamando pecúnia do amor, e sim pagamento contra aquele que se aproveitou da relação jurídica que envolvia o amor para causar graves ofensas delituosas, morais e do martirizante, justamente contra aquele que jurou amar, mas, ao contrário, com a sua conduta tóxica, confiscou-lhe a honra e a própria dignidade humana, princípio elevado à categoria de fundamento de República Federativa do Brasil (artigo 1º, III, da CF).

Em Acórdão Catarinense que entendeu ser possível o pedido de reparação de danos morais em caso de união estável (SANTA CATARINA, 1998), é possível encontrar um relato do parecer do Procurador de Justiça Odil J. Cota na qual este entende que o amor não se paga, e, em virtude disto, seria descabida a reparação por danos morais na separação judicial.

4.5 Causas que podem ensejar reparação por dano moral entre cônjuges

Para iniciar este tópico, é válido ressaltar os casos que, em princípio, não podem ensejar dano moral na separação, quais sejam, a separação consensual, posto que a mera dissolução da sociedade conjugal por comunhão de vontades não enseja qualquer expressão indenizatória; o perdão concedido pelo cônjuge inocente também inviabiliza a reparação por danos morais.

Geralmente, é na separação judicial litigiosa como sanção (em que há grave violação dos deveres conjugais e insuportabilidade da vida em comum) que pode nascer o direito de reparar danos morais entre cônjuges.

Consoante pondera Stoco (1999, p. 449):

O direito de indenização não nasce do só fato da separação judicial ou do divórcio, posto que os incômodos inerentes a um desfazimento de relação conjugal são previsíveis e foram previstos, ademais do que tanto a Magna Carta quanto a Lei do Divórcio já especificam as conseqüências do rompimento culposo do casamento. Em verdade, o direito à indenização nasce do dano (material ou moral) causado pelo comportamento culposo de alguém sobre outro. Isso quer dizer, [...] que para se indenizar o ex-marido ou a ex-mulher não basta a só separação judicial por culpa deste ou daquele. Exige-se um *plus* e que o dano dele decorra. Esse *plus* está consubstanciado na causa, motivo ou fundamento da separação. Se, por exemplo, essa causa for a infidelidade conjugal, ressuma claro que o outro cônjuge sofreu um dano moral evidente, com seu nome alçado à execração pública.

No primeiro capítulo desta monografia já se destacou os deveres conjugais, e estes, quando violados, podem acarretar danos passíveis de reparação, sejam eles de natureza moral ou patrimonial, desde que preenchidos os pressupostos da responsabilidade civil, conforme já visto anteriormente.

Enfim, pode ser afirmado, com base no que foi acima exposto, que, qualquer grave violação dos deveres conjugais que torne insuportável a vida em comum (art. 1572, *caput*, do CCB), repercutindo no cônjuge inocente um dano de natureza não patrimonial, desde que preenchidos os pressupostos da responsabilidade civil, pode ser considerada como causa ensejadora de reparação de dano moral, além da separação judicial litigiosa.

CONCLUSÃO

No decorrer da pesquisa constatou-se que realmente existe a possibilidade do cônjuge inocente na separação judicial requerer reparação civil por dano moral em face do cônjuge considerado causador da separação judicial, nos casos em que este, com gravidade viola um ou mais deveres do casamento, ofendendo direitos da personalidade do outro cônjuge.

Assim, para que seja possível a reparação do dano moral neste caso, é necessária a presença da culpa no desfazimento da sociedade conjugal, ou seja, um dos cônjuges deve agir com culpa exclusiva a ponto de ensejar o término da sociedade conjugal.

Desta forma, presentes os pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam a ação (comissiva ou omissiva), o dano e o nexa causal, o dano moral pode ser reparado.

Verificou-se também, no decorrer da pesquisa, que no Brasil, diferente de muitos outros países, não há, no momento, nenhuma legislação ou artigo de lei específico que trate de danos morais ocorridos entre cônjuges. Entretanto, a reparabilidade do dano moral no caso de grave violação de dever conjugal pode ser invocada com base na regra geral de responsabilidade civil prevista nos arts. 186 e 927 do Código Civil Brasileiro, bem como com base no art. 12, também do Código Civil Brasileiro, na qual é prevista a possibilidade de reclamação de perdas e danos no caso de lesão praticada contra os direitos da personalidade.

Constatou-se, além disto, que o pedido de reparação do dano moral na separação judicial litigiosa pode também ser fundamentado com base na Constituição da República Federativa do Brasil, em especial no art. 5º. incisos V e X, que prevêm a reparação civil por dano moral no caso de violação dos direitos da personalidade. Ademais, a CRFB/88 tem como fundamento, no art. 1º. inciso III, a dignidade da pessoa humana, que deve servir como norteadora de todas as relações sociais, inclusive no casamento, não devendo ficar o Estado-juiz sem dar a devida tutela jurisdicional àquele consorte que a provocou no sentido de pedir reparação civil por dano moral, além da separação judicial, em virtude de atos ilícitos

praticados por um dos consortes que ofendeu a dignidade e violou direitos personalíssimos do outro.

Foi também possível verificar, no caminhar da pesquisa, que já há vários doutrinadores apoiando a tese de reparação civil por dano moral na dissolução da sociedade conjugal motivada em grave violação de dever conjugal. Entretanto, há, atualmente, poucas obras específicas referentes à temática.

Com relação à jurisprudência, comprovou-se que, ao contrário do ocorre com a doutrina, vem esta timidamente admitindo a reparação civil por dano moral na separação judicial litigiosa, pois, para a elaboração da presente monografia, foram pesquisados todos os Tribunais de Justiça brasileiros e encontradas apenas cerca de uma dezena de decisões que tratam da matéria.

A escassez de jurisprudência talvez revele falta de invocações de reparações civis por danos morais nas separações judiciais por parte dos advogados.

No decorrer da pesquisa também foi possível constatar que, em princípio, qualquer grave violação aos deveres do casamento que ofenda a direitos personalíssimos do cônjuge inocente pode se configurar como dano moral, passível de reparação na separação judicial, desde que preenchidos os pressupostos da responsabilidade civil.

Exemplificativamente, várias hipóteses ensejadoras de danos morais entre cônjuges citadas pela doutrina foram apontadas no último tópico do último capítulo da presente monografia, entretanto, já no primeiro capítulo foram epigrafadas as causas da separação judicial litigiosa como sanção, de acordo com a doutrina, causas estas que, conforme já visto, além da possibilidade de ocasionar uma separação judicial, podem também ensejar pedido de reparação civil por dano moral.

Pelo que foi exposto acima, pode-se inferir que as hipóteses foram confirmadas no decorrer da pesquisa.

Por fim, é interessante ressaltar que a tese da possibilidade de reparação civil por dano moral na separação judicial litigiosa, além de compensar e punir (o cônjuge inocente e o cônjuge culpado na separação, respectivamente), pode também servir como um freio para aqueles que, tendo vestido o manto sagrado do matrimônio, sentem-se seguros para

cometerem danos extrapatrimoniais e fiquem impunes pela prática de seus atos ilícitos, em virtude da falta de previsão legal expressa acerca de dano moral na separação judicial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Vademecum universitário de direito*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999.

_____. *Vademecum universitário de direito*. 6. ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2003.

_____. *Dicionário básico de direito Acquaviva*. 2. ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1997.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 37051, de São Paulo. Rel. Min. Nilson Naves. j. 17 abr. 2001. *Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/>>. Acesso em: 07 mar. 2003.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CRISPINO, Nicolau Eládio Bassalo. Responsabilidade civil dos conviventes. *Advocacia Segismundo Gontijo, Juliana Gontijo e Fernando Gontijo – Família, Sucessões e Biodireito*. Disponível em: <<http://www.gontijo-familia.adv.br/escritorio/index.html>>. Acesso em: 15 ago 2005.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. v.1. 15. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. v.5. 18. ed. aum. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. v. 7. 17. ed. aum. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Dicionário jurídico*. v. 3. São Paulo: Saraiva, 1998.

FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz. Apontamentos sobre responsabilidade civil do novo código civil. *Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/Teses/maria%20clara.htm>>. Acesso em: 10 ago 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Coleção sinopses jurídicas: direito de família*. v.2. 4. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Responsabilidade civil*. 5. ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 1994.

GONÇALVES, Edvaldo Sapia. O dano moral nas relações familiares. *Departamento de Direito privado e processual da Universidade Estadual de Maringá*. Disponível em: <<http://www.dpp.uem.br/006.htm>>. Acesso em: 13 ago. 2005.

GOMES, Orlando. *Direito de família*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. v.2. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. Direito de família no novo código civil. *Advocacia Segismundo Gontijo, Juliana Gontijo e Fernando Gontijo – Família, Sucessões e Biodireito*. Out. 2002. Disponível em: <<http://www.gontijo-familia.adv.br/escritorio/outros187html>>. Acesso em: 03 ago. 2003.

OLTRAMARI, Fernanda; Oltramari, Vitor Hugo. As tutelas da personalidade e a responsabilidade civil na jurisprudência do direito de família. *Advocacia Segismundo Gontijo, Juliana Gontijo e Fernando Gontijo – Família, Sucessões e Biodireito*. Disponível em: <<http://www.gontijo-familia.adv.br/escritorio/outros161html>>. Acesso em: 08 ago. 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de Família*. v.5. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. *Instituições de direito civil: fontes das obrigações*. v. 3 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. O Direito de família e o novo Código Civil: principais alterações. *Advocacia Segismundo Gontijo, Juliana Gontijo e Fernando Gontijo – Família, Sucessões e Biodireito*. Disponível em: < <http://www.gontijo-familia.adv.br/escritorio/outros189.html>>. Acesso em: 30 set. 2005.

REIS, Clayton. *Avaliação do dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça. Acórdão em Apelação Cível nº 2002.001.08987. Rel. Des. Maria Henriqueta Lobo. j. 01 jan. 2002. *Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro*. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em: 20 maio 2005.

RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça. Acórdão em Agravo de Instrumento nº 2002.002.15637. Rel. Des. Paulo Gustavo Horta. j. 25 fev. 2003. *Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro*. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em: 20 maio 2005.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Acórdão em embargos infringentes nº 500360169, da capital. Relator: Des. Elias Elmyr Manssour. j. 05 maio 1989. *Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud/result.php?reg=1>. Acesso em: 03 ago. 2005.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. v. 6. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Direito civil: responsabilidade civil*. v. 4. 19. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça. Acórdão em Apelação cível nº 98.013231-2, da capital. A. M. da R. e R.G. J. Relator: Dês. Newton Trisotto. j. 24 nov. 1998. *Tribunal de Justiça de Santa Catarina*. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br>>. Acesso em: 15 ago. 2005.

SANTA CATARINA(a), Tribunal de Justiça. Acórdão em Apelação Cível nº 97.008353-0, de Brusque. Apelante Carlos Bertolli Filho e Carmosina Berlotti e apelado o Estado de Santa Catarina. Rel. Des. Pedro Manoel Abreu. j. 17 junho 1999. *Tribunal de Justiça de Santa Catarina*. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br>>. Acesso em: 20 ago. 2005.

SANTA CATARINA(b), Tribunal de Justiça. Acórdão em Apelação Cível nº. 97.012008-7, de Cunha Porã. P.G. e L.G. Rel. Des. Pedro Manoel Abreu. j. 13 maio 1999. *Tribunal de Justiça de Santa Catarina*. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br>> Acesso em 15 mar. 2005.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. A separação e o divórcio no novo código civil brasileiro. *Advocacia Segismundo Gontijo, Juliana Gontijo e Fernando Gontijo – Família, Sucessões e Biodireito*. Disponível em: <<http://www.gontijo-familia.adv.br/escritorio/outros143html>>. Acesso em: 03 jul. 2005.

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

SILVA, Antônio Cassemiro da. A fixação do *quantum* indenizatório nas ações por danos morais . *Jus Navigandi*, Teresina, a. 4, n. 44, ago. 2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=670>>. Acesso em: 27 maio 2005.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 15. ed. rev. por Nagib Slaibi Filho e Geraldo Magela Alves. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência*. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano moral*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. *Ética*. Trad. João Dell'Anna. 20. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. v. 6. rev. São Paulo: Atlas, 2003.

WALD, Arnaldo. *O novo direito de família*. v.4. 2a.ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.