

NILBER KENUP HERNANDES

Responsabilidade Civil na Dissolução da Sociedade Conjugal Instituída pelo Casamento

Artigo Científico Jurídico apresentado como exigência final da disciplina Trabalho de Conclusão de Curso à Universidade Estácio de Sá – Curso de Direito.

Orientadores: Prof(a). Mariana de Freitas Rasga
Prof(a). Iraélcio Ferreira Macedo
Prof(a). Tatiana Citeli de Matos

Rio de Janeiro
Campus São João de Meriti
2011

RESUMO: Este trabalho tem por objeto avaliar a aplicação do instituto da responsabilidade civil na hipótese de dissolução, por culpa de um dos cônjuges, da sociedade conjugal estabelecida pelo casamento. No desenvolvimento, além da abordagem constitucional, com foco nos princípios da dignidade da pessoa humana e da proteção à família e seus reflexos sobre o tema, são abordados os seguintes assuntos: o dever de indenizar, os danos indenizáveis, a possibilidade de cumulação de indenizações, a natureza jurídica da pensão alimentícia. Ao fim, a partir de análises na doutrina e jurisprudência, são extraídas algumas conclusões.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Desenvolvimento; 2.1 Abordagem Constitucional; 2.2 Responsabilidade do Cônjuge Causador da Ruptura da Sociedade Conjugal de Indenizar o Outro; 2.3 Danos Indenizáveis ou Passíveis de Compensação, na Ruptura da Sociedade Conjugal; 2.4 Natureza dos Alimentos Previstos no Art. 1.702, do Código Civil; 3. Considerações Finais; 4. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo jurídico tem como escopo avaliar a incidência da responsabilidade civil na dissolução da sociedade conjugal formada pelo casamento, motivada por um dos cônjuges, nas hipóteses de separação judicial e divórcio, bem como sua relação com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da proteção à família.

A relevância do tema pode ser evidenciada pela observação de divergências jurisprudenciais e ausência de uniformização das decisões, em grau de recurso, na jurisprudência de quatro dos principais tribunais pátrios, a saber: Rio de Janeiro, São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul.

Na elaboração será utilizado o método bibliográfico, consistindo na consulta a legislação, doutrina e jurisprudência.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 Abordagem Constitucional

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), promulgada em 05 de outubro de 1988, erigiu a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado, conforme demonstra a redação do art. 1º, III, da CRFB/88.

Para melhor compreender a extensão desse princípio constitucional, mister se faz conhecer o significado do termo “dignidade”. Segundo definição do dicionário Houaiss¹, dignidade é: qualidade moral que infunde respeito; consciência do próprio valor; honra, autoridade, nobreza; qualidade do que é grande, nobre, elevado; modo de alguém proceder ou de se apresentar que inspira respeito; solenidade, gravidade, brio, distinção; respeito aos próprios sentimentos, valores; amor-próprio.

Dentre os muitos significados, três são as que mais carregam importância ao princípio em comento: “consciência do próprio valor”, “respeito aos próprios sentimentos” e “amor-próprio”. Certamente foram esses aqueles que nortearam a *mens legis* do legislador original na sua opção, de estabelecer a dignidade da pessoa humana, como um dos pilares do Estado. Essa decisão norteou toda Carta e, como não poderia deixar de ser, teve seus reflexos espalhados por todo ordenamento jurídico pátrio, inclusive no campo do direito de família.

Prosseguindo no exercício de sua atividade o legislador original deferiu à família o *status* de pilar da sociedade, conferiu-lhe a proteção especial do Estado (como se verifica no *caput* do art. 226, da Carta Magna), adotando assim, o princípio da proteção à família.

No entender do ilustre ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Rui Rosado de Aguiar Júnior, essas escolhas do legislador originário tiveram como consequência a criação de um problema, pois, segundo ele, há um natural antagonismo envolvendo os princípios da dignidade da pessoa humana e o princípio da proteção à família. Argumenta o eminente ex-ministro que a o princípio da dignidade, ao conferir proteção ao indivíduo, acaba por invadir a esfera do direito de família e pode entrar em conflito com o interesse da entidade familiar, desse modo, conclui: “Esse fim (proteção da família) por certo fica dificultado ou pelo menos

¹ HOUAISS, Antônio; VILAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, 1º ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009

abalado com a possibilidade de pleitos judiciais entre os cônjuges, reparatórios de ofensas e prejuízos”².

Data venia, embora reconhecendo a relevância da questão levantada pelo ilustre jurista, não será ela tratada nesse trabalho. Até porque, diante de um caso concreto, surgindo conflito entre princípios constitucionais, deverá ser buscada através da hermenêutica constitucional uma solução que preserve a unidade constitucional.

Quando esse conflito envolver direitos fundamentais, a solução poderá ser encontrada por meio da aplicação do princípio da concordância prática ou da harmonização. De acordo com esse princípio, os direitos fundamentais e valores constitucionais deverão ser harmonizados, no caso concreto, por meio de juízo de ponderação que vise preservar e concretizar ao máximo os direitos e bens constitucionais protegidos. Entretanto, não sendo possível atingir o fim do conflito, ou seja, obter-se a harmonização dos direitos colidentes, por meio desse método, poderá ser aplicado o princípio da proporcionalidade como "meta-princípio", isto é, como "princípio dos princípios", que privilegiará um e atenuará o outro, sempre considerando as vicissitudes do caso *sub examine*, visando preservar os princípios constitucionais em jogo, de modo a ser encontrada a melhor solução possível.

O texto constitucional, no que tange à família, reconhece como entidades familiares: a) aquela estabelecida por meio do instituto do casamento (seja civil ou religioso, conforme previsto nos parágrafos 1º e 2º, do art. 226, da CRFB/88); b) a formada pela união estável, que conforme disposição no §3º, do mesmo artigo, deve ter facilitada sua conversão em casamento (Posteriormente esta conversão foi regulamentada, por meio da Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996); c) a chamada “família monoparental”, uma comunidade formada por apenas um dos pais e seus descendentes (conforme previsão no §4º, do art. 226, da CRFB/88). Entretanto, essa última espécie, em que pese sua relevância social, deixará de ser apreciada no presente artigo, por fugir ao objetivo proposto.

O convívio estabelecido entre o casal é o ponto em comum nas duas primeiras espécies constitucionais de entidade familiar, mesmo estando apenas implícito na expressão: “comunhão plena de vida”, contida no art. 1.511, do Código Civil (CC), no caso de casamento, ou explícita na sentença “convivência duradoura, pública e contínua”, constante do *caput do art. 1º*, da Lei 9.278/96, na hipótese de união estável. Entretanto, apesar do fato da união estável conferir aos conviventes os mesmos direitos e deveres do casamento, nesse

² AGUIAR JÚNIOR, Rui Rosado de. *Responsabilidade Civil no Direito de Família*. ADV - Advocacia Dinâmica: Seleções Jurídicas, n. 2, p. 39-43, fev. 2005, cit. p 39.

trabalho serão apenas consideradas as questões envolvendo a dissolução da sociedade conjugal estabelecida pelo casamento.

Sabe-se que só pode existir convívio saudável onde houver respeito e consideração mútuos, mas além desses requisitos, são igualmente indispensáveis o adimplemento de cada uma das demais obrigações (também constantes do art. 1.566, do CC), espontaneamente assumidas, quando da celebração do casamento. A violação voluntária de qualquer uma delas, por um dos cônjuges, faz nascer para o outro o direito de requerer a dissolução da sociedade conjugal, conforme estabelecido no art. 1.572 e 1.573, do CC.

Mas, além do direito de requerer a dissolução da sociedade conjugal, com todas as suas implicações³, surge também outro direito assegurado na Carta Magna, a responsabilidade civil, que se constitui em outro avanço promovido pela Constituição de 1988, principalmente por ter reconhecido sua aplicação na esfera extrapatrimonial.

No inciso X, do art. 5º, da CRFB/88, foi estabelecido não só a proteção do manto da inviolabilidade para: a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, mas, no caso de violação desses direitos da personalidade, também foi assegurado, o direito a uma indenização, de cunho reparador para os danos materiais, assim como a compensação dos danos morais.

Tem-se entendido que a responsabilidade é o poder de reparar ou compensar o dano, seja este de conteúdo material, ou imaterial, como é o dano moral. Nas lições do eminente jurista e professor, Sérgio Cavalieri Filho, encontramos uma singela, mas profunda, definição de dano moral: “dano moral é violação do direito à dignidade”. Continuando sua cátedra o insigne mestre nos ensina que: “foi justamente por considerar a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, corolário do direito à dignidade que a Constituição inseriu em seu art. 5º, V e X, a plena reparação do dano moral”⁴.

Progressivamente esse entendimento doutrinário vem se consolidando no judiciário. Isso pode ser constatado, por exemplo, no voto do Ministro Cezar Peluso, do Supremo Tribunal Federal (STF) que, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 447.584/RJ, acolheu a proteção ao dano moral como “verdadeira tutela constitucional da dignidade humana”, considerando-a “um autêntico direito à integridade ou à incolumidade moral, pertencente à classe dos direitos absolutos”.

³ A esse respeito convém consultar os artigos: 1.575, 1.576, 1.578, 1.579, 1.703 e 1.704, todos do Código Civil.

⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8ª ed. 3ª reimpr. São Paulo: Atlas, 2009. p. 80.

De modo semelhantemente o Ministro Luiz Fux, do STJ, no julgamento do Recurso Especial (REsp) nº 612.108/PR (1ª Turma, DJ de 3.11.2004), bem delineou que "deflui da Constituição Federal que a dignidade da pessoa humana é premissa inarredável de qualquer sistema de direito que afirme a existência, no seu corpo de normas, dos denominados direitos fundamentais...". Também o Ministro Massami Uyeda, da 3ª Turma do STJ, relator no julgamento do REsp nº 1002801/DF, em 14/05/2010, além de ter reconhecido a aplicação da Súmula nº 37, do STJ (que prevê a cumulatividade das indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato), considerou também que, ao ser aferida a ocorrência, ou não, do dano moral, cabe ao julgador o dever de analisar minuciosamente não só as condições relacionadas com a ofensa, propriamente dita, mas também, considerar as "consequências do fato para a sua vida pessoal, tendo em vista que cada pessoa é detentora de uma situação peculiar no meio social".

Sabe-se que a dignidade é inerente ao ser humano, e nem mesmo a incapacidade civil (seja relativa ou absoluta) pode afastá-la. Nesse sentido é relevante o voto da Ministra Nancy Andrighi, do STJ, no julgamento do REsp nº 1.037.759/RJ (2008/0051031-5): "As crianças, mesmo da mais tenra idade, fazem jus à proteção irrestrita dos direitos da personalidade, entre os quais se inclui o direito à integridade mental, assegurada a indenização pelo dano moral decorrente de sua violação..."

Entretanto, muito embora exista previsão constitucional, uma série de problemas surge quando a questão envolve a caracterização, a quantificação e compensação do dano moral decorrente da dissolução culposa da sociedade conjugal.

Atualmente muitos dos tribunais pátrios ainda mantêm o entendimento de não ser cabível a aplicação do instituto da responsabilidade civil, notadamente quanto à possibilidade de indenização pelo dano moral, na dissolução do casamento. Nesse sentido, tem-se, por exemplo, o voto da Desembargadora Helda Lima Meireles, da 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ), no julgamento da Apelação Cível nº 0001323-55.2007.8.19.0207, em 01/02/11, pois segundo declarou, não foram encontrados motivos que justificassem a caracterização da responsabilidade civil no caso de desfazimento de casamento dias após a celebração. Nesse voto cumpre destacar o seguinte trecho, onde a magistrada justifica seu entendimento: "Além disso, ainda que ao réu pudesse ser atribuída responsabilidade, infere-se que a autora não sofreu dano moral..."

Desta decisão resta claro a opção da eminente magistrada pela não aplicação do conceito de dano moral *in re ipsa*, ou seja, o dano decorrente do próprio fato.

Entretanto, existem situações que autorizam, excepcionalmente, que o dano moral seja presumido, ou seja, independa da comprovação do grande abalo psicológico sofrido pela vítima, sendo afastada a regra geral, na qual para a configuração do dano moral é necessário provar a conduta, o dano e o nexos causal. Um exemplo de dano moral *in re ipsa* é aquele decorrente da inscrição indevida em cadastro de inadimplentes. Uma vez que a jurisprudência tem admitido (tem presumido o dano) que, ocorrendo tal situação, estaria sendo afeta a dignidade da pessoa humana, tanto em sua honra subjetiva, como perante a sociedade.

Mas, diante disso surgem algumas questões: a) se a jurisprudência já pacificou o entendimento de que a inscrição indevida, no cadastro de inadimplentes, caracteriza o dano moral *in re ipsa*, como ainda pode insistir em não atribuir ao rompimento do vínculo conjugal a capacidade, de por si só, macular a honra e a dignidade do cônjuge inocente?; b) como a jurisprudência pode admitir que o vínculo solenemente firmado pelos nubentes, pode ser unilateralmente rompido sem trazer quaisquer consequências?; c) como pode o jurisdicionado se conformar diante da decisão omissa, que não perquiriu a culpa pela dissolução do matrimônio?; d) como a vítima pode aceitar passivamente que o judiciário considere se tratar de “um mero dissabor”, a dor por ela sofrida ao ser surpreendida pela descoberta de que o outro manteve, por longo tempo, uma vida paralela de infidelidade, situação conhecida por todo, exceto pela vítima?

Infelizmente, ao invés de buscar respostas para tais indagações, a maioria dos nossos tribunais tem preferido evitar à discussão, no que tange à perquirição da culpa pela dissolução da sociedade conjugal, alegando como motivo a proteção da intimidade conjugal. Nesse sentido vale ser considerado o posicionamento da Desembargadora Celia Meliga Pessoa, da 18ª Câmara Cível, do TJRJ, no julgamento da Apelação Cível, nº 0005127-54.2009.8.19.0209, em 13/01/2011. A digna magistrada iniciou seu voto com a seguinte afirmação: “A investigação de culpa na separação judicial viola garantias fundamentais, como o direito à dignidade, à vida privada e à intimidade”. Para substanciar seu entendimento a Desembargadora buscou respaldo em um posicionamento do STJ, que assim resumiu: “uma vez evidenciada a insuportabilidade da vida em comum, e manifestado por ambos os cônjuges o propósito de se separarem, o mais conveniente é reconhecer esse fato e decretar a separação, sem imputação da causa a qualquer das partes”. Por certo, a conveniência suscitada, só atende ao interesse do julgador, não aos da vítima.

Contudo, ainda é mais lamentável, a constatação de que o voto da referida Desembargadora não retrata um entendimento isolado, pois apenas reproduziu outros anteriores, do mesmo tribunal, conforme comprovam os seguintes provimentos: Apelação

Cível, nº 0013642-04.2006.8.19.0203 (2009.001.26850), Des. Elisabete Filizzola, Julgamento: 29/07/2009 - 2ª Câmara Cível, do TJRJ; Apelação Cível, nº 0005967-45.2005.8.19.0002 (2007.001.15175), Des. Antônio Eduardo F. Duarte, Julgamento: 13/11/2007 - 3ª Câmara Cível, do TJRJ; Apelação Cível, nº 0002205-60.2006.8.19.0204 (2007.001.24687), Des. Roberto Felinto, Julgamento: 24/07/2007 - 8ª Câmara Cível, do TJRJ.

Muito embora o casamento seja um instituto do Direito Civil, ele recebe a proteção do Estado através da aplicação do princípio da constitucional da proteção à família, conforme art. 226, de nossa Carta Magna. Entretanto, por outro lado, é cediço que nem mesmo o Estado pode arranhar os limites da dignidade da pessoa humana, ainda que tenha por pretensão promover a proteção da família.

Não restam dúvidas que uma vez findo o amor, não existem outros laços suficientemente fortes, para manterem os cônjuges vinculados ente si. Sendo certo, nessa hipótese, o reconhecimento da extinção do vínculo conjugal.

Entretanto, como já mencionado anteriormente, não basta a simples dissolução do vínculo conjugal, é imperioso que o Estado, através da prestação jurisdicional, promova a apuração de uma eventual responsabilidade civil nessa dissolução. Até, porque, não parece justo invocar o princípio da dignidade da pessoa humana (suscitado na expressão “a investigação de culpa na separação judicial viola garantias fundamentais, como o direito à dignidade, à vida privada e à intimidade”, já citada anteriormente), como meio de justificativa para a não aferir a responsabilidade civil na dissolução da sociedade conjugal.

Nos próximos tópicos deste trabalho serão abordados alguns aspectos desse tema tão complexo.

2.2 Responsabilidade do Cônjuge Causador da Ruptura da Sociedade Conjugal de Indenizar o Outro

Conforme ensina a Bíblia Sagrada⁵, o casamento tem a propriedade de constituir um novo ente, o casal, (“e serão os dois uma só carne”; “já não são mais dois, mas uma só

⁵ “Respondeu-lhes Jesus: Não tendes lido que o Criador os fez desde o princípio homem e mulher, e que ordenou: Por isso deixará o homem pai e mãe, e unir-se-á a sua mulher; **e serão os dois uma só carne?** Assim **já não são mais dois, mas uma só carne.** Portanto o que Deus ajuntou, não o separe o homem.” (*Bíblia Sagrada* (Versão Revisada). 9ª impressão. João Ferreira de Almeida (Trad.) Rio de Janeiro: Imprensa Bíblica Brasileira, 1993. p. 22, O Evangelho Segundo Mateus 19: 4 a 6). (Grifo nosso).

carne.”). Esse ente possui “personalidade” distinta daquelas das partes que o originaram (do homem e da mulher que constituíram o matrimônio). Desse modo, se o casal possui personalidade própria, certo é que tem também uma “identidade moral” e, nesse caso, qualquer desvio (ético ou moral) de um dos cônjuges, afetará diretamente a dignidade do outro, uma vez que esta foi fundida à daquele na formação da personalidade do casal.

O casamento civil, nos termos do art. 1.511, do Código Civil, “estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”. Esta comunhão plena de vida será designada no presente trabalho, como sociedade conjugal.

É oportuno registrar que, da leitura do art. 1.514, do Código Civil, se observa que o casamento depende da expressa manifestação de vontade, por parte de cada um dos cônjuges, em estabelecer o vínculo conjugal. Uma vez sendo manifestada essa vontade, pelos dois nubentes, o celebrante os declara casados. Decorrendo daí, na hipótese de se dar a dissolução da sociedade conjugal, por culpa de um dos cônjuges, o direito do outro de buscar, com base na responsabilidade daquele, a justa compensação pelos danos sofridos.

A palavra responsabilidade, segundo Carvalho Neto⁶, deriva do vocábulo latino *respondere*, que por sua vez tem origem na palavra latina *spondeo* (que pode ser traduzido por “prometo”). No direito romano essa expressão era utilizada na concretização da *stipulatio* (forma verbal de celebração de contrato). Sendo assim, ao se empregar o termo responsabilidade, deve-se ter em conta o seu sentido jurídico, qual seja, trata-se da promessa de responder pelo cumprimento do contrato firmado.

Existem muitas semelhanças entre a *stipulatio* do direito romano e a celebração do casamento, pois em ambas a manifestação da vontade é verbal. Além disso, assim como na *stipulatio* o *spondeo* obriga o devedor a indenizar o credor pelo descumprimento do avençado, também o “sim” no casamento, é fonte de responsabilidade pelo descumprimento dos deveres recíprocos dos cônjuges. Isso por que esses são deveres jurídicos originários e sua violação tem como consequência o surgimento do dever jurídico sucessivo (responsabilidade), ou seja, o dever de indenizar os danos causados.

Os deveres de mútua obrigação entre os cônjuges estão explicitados nos incisos do art. 1.566, do Código Civil, são eles: 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. Uma vez tendo sido violado qualquer desses deveres, nasce para o cônjuge vitimado o direito de propor a ação de dissolução da sociedade conjugal, conforme

⁶ CARVALHO NETO, Inácio de. *Responsabilidade Civil no Direito de Família*. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2009. p. 23.

previsão do art. 1.572, do Código Civil, alegando que essa violação tornou “insuportável a vida em comum”.

No art. 1.573, do Código Civil, são elencados alguns fatos que podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida, são eles: I – adultério; II – tentativa de morte; III – sevícia⁷ ou injúria grave; IV – abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo; V – condenação por crime infamante; VI – conduta desonrosa. Além desses, prevê ainda o parágrafo único, do mesmo artigo, que o juiz, no exercício da sua discricionariedade poderá considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum.

Pode, também, ser alegado como motivo para dissolução da sociedade conjugal a hipótese de um dos cônjuges ser acometido por grave doença mental, após o casamento, que seja considerada de cura improvável, após dois anos e que, também, torne insuportável a manutenção da vida em comum, conforme disposto no §2º, do art.1.572, do Código Civil. Mas, é evidente que nesta hipótese não será cabível a pretensão de responsabiliza-lo.

Parece muito justo se permitir ao cônjuge vitimado, que cumulativamente à dissolução do vínculo conjugal, peça a uma indenização pelos danos daí decorrentes, pois toda e qualquer lesão, à dignidade de um cônjuge, perpetrada pelo outro, dá ao lesado o direito de buscar, na responsabilidade daquele, a reparação do dano.

Para que a alguém seja imposta a obrigação de reparar um dano, são necessários os seguintes pressupostos: ação ou omissão do agente, sua culpa, o dano experimentado pela vítima e o nexos causal unindo o dano à ação ou omissão. Nesse ponto é importante tecer alguns comentários sobre cada um destes elementos.

Por ação ou omissão do agente, entenda-se aquela conduta que acarreta lesão a um direito, quer pela infração de um dever legal (ato praticado contra o direito), quer pelo abuso do direito (mesmo sem infringir o direito, mas ultrapassando sua finalidade social).

Em regra geral a obrigação de reparar o dano depende da culpa do agente em sentido amplo (que engloba o dolo e a culpa), conforme art. 186, do Código Civil. Mas, em regra, é responsabilidade da vítima demonstrar a culpa do agente, pois se trata de responsabilidade subjetiva. Contudo, há exceções a essa regra, hipóteses em que a culpa é presumida, ou seja, a responsabilidade é objetiva, mas todas devem estar previstas em lei.

⁷ Ensina Cunha Gonçalves que: o termo sevícia, palavra derivada do francês *sevices*, significa maltratar, castigar severamente, praticar ofensas corporais graves. No Direito de Família esse termo comporta toda espécie de violência física que ponha em risco a integridade física do cônjuge ofendido (CUNHA GONÇALVES, Luiz da. *Direitos de Família e Direitos das Sucessões*. Lisboa: Edições Ática, 1955. p. 95).

Várias são as definições de dano. Para Sílvio Venosa⁸, dano é toda diminuição de patrimônio, já Caio Mário⁹, conceitua dano como “toda ofensa a um bem jurídico”. Certo é que tanto o patrimônio material quanto a personalidade de um indivíduo podem sofrer lesões. Mas, nesses casos, é necessário fazer distinção quanto à forma de reparação de danos de naturezas diferentes. O dano material comporta indenização (indenizar é tornar indene, ou seja, sem dano), já o dano moral, por seu conteúdo extrapatrimonial, pode ser apenas compensado.

Por nexos causal entende-se o liame que liga a ação ou omissão do agente ao resultado danoso, ou seja, para que o dano seja imputado ao agente, é necessário, que decorra de sua ação ou omissão.

Na dissolução culposa do casamento, na maioria das vezes predominam os danos morais, mas em alguns casos podem coexistir danos materiais a serem indenizados.

Entretanto a questão fundamental não é esta, pois o mais complicado nesses casos tem sido a caracterização da culpa.

Vários são os exemplos, na jurisprudência de nossos tribunais, de decisões que evitam caracterizar a culpa pela dissolução da sociedade conjugal. Só a título de exemplo observe-se o seguinte trecho de acórdão: “A orientação da jurisprudência gaúcha é no sentido da irrelevância da aferição da culpa quando da separação judicial”. (Apelação Cível nº 70021640743- 2007 - TJRS).

Vê-se que esse entendimento reflete uma orientação jurisprudencial do Estado do Rio Grande do Sul, cujo judiciário tem, alcançado notoriedade por assumir a vanguarda da proteção dos interesses dos homossexuais. Mas, paralelamente, mantém posição extremamente conservadora, ao insistir na inadmissibilidade do dano moral decorrente da dissolução culposa da sociedade conjugal. Tal contrate se depreende do seguinte trecho de acórdão: “Esta Corte entende que a quebra de um dos deveres inerentes ao casamento, a fidelidade, não gera o dever de indenizar.” (Apelação Cível nº 70023479264, Sétima Câmara Cível, TJRS, Relator Des. Ricardo Raupp Ruschel, julgada em 16/07/2008).

Infelizmente, igual posicionamento tem sido adotado em outros tribunais pátrios, conforme resta patente a partir da análise das seguintes decisões: “É certo que a questão da traição provoca frustração, decepção e mágoa entre as partes, ressaltando-se que estas são inerentes à própria dissolução do casamento, porém, incapazes de caracterizar dano moral.”

⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Contratos em Espécie e Responsabilidade Civil*. v. 3. São Paulo: Atlas, 2001, p. 644.

⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 53.

(Apelação Cível nº 2009.001.54920/54914 - TJRJ); “Assim, ainda que descumprido um dever conjugal, tal circunstância não sustenta o reconhecimento, para fins indenizatórios, da responsabilidade civil” (Apelação c/ Revisão nº 536.562.4/2-00 – TJSP); “Ainda que do rompimento de uma relação afetiva resultem transtornos de ordem psíquica (...), não se pode considerar a decepção amorosa, advinda de uma separação judicial, como fundamento do dano moral indenizável.” (Apelação Cível nº 1.0024.03.057520-3/001 – TJMG).

Vê-se que, em relação à responsabilidade resultante da dissolução culposa da sociedade conjugal, resta ainda um longo caminho a ser trilhado, notadamente no que concerne ao reconhecimento do dano moral e da necessidade de sua reparação.

Para melhor compreensão dos aspectos que circundam o tema deve-se retomar a análise do instituto do casamento, assunto já introduzido na unidade anterior. Tomando-se como base a corrente contratualista do casamento (que entre nós, por exemplo, é defendida por Regina Papa dos Santos¹⁰ e Elizier Willian Gomes Mendes¹¹), pode-se entender a responsabilidade civil como consequência direta do descumprimento das cláusulas contratuais, quis sejam, aquelas elencadas no art. 1.566, do Código Civil.

A principal consequência da aplicação da teoria contratualista ao casamento seria a admissão da inversão do ônus da prova, em favor do autor da ação. Sendo assim, caberia ao réu provar em juízo a não violação dos deveres do casamento.

Muito embora, a admissão dessa hipótese favoreça o reconhecimento dos direitos do cônjuge vitimado, não deve ser aceita, pelo simples fato do casamento ser muito mais que um simples contrato, pois além da forte tradição religiosa, muitas vezes presente no casamento, nele há também, predominância da norma de ordem pública (regras impostas pelo Estado, às quais as partes somente podem aderir). Esse último aspecto faz o casamento tomar forma de instituição.

De todo exposto conclui-se que o casamento é, na verdade muito mais que um simples contrato, é um contrato de direito de família, ou seja, um misto de contrato e instituição e por esse fato, deve ser regido pelas normas do direito de família e não pelo direito das obrigações, que disciplina os contratos.

No art. 186, do Código Civil, são encontradas as bases da responsabilidade extracontratual ou aquiliana: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou

¹⁰ PAPA DOS SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva. *Reparação Civil na Separação e no Divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 166-169.

¹¹ MENDES, Elizier Willian Gomes. *Danos Morais na Separação e no Divórcio*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.p. 127.

imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Sabe-se que no momento em que for gerado dano ao patrimônio alheio, surge para o seu titular, o direito de reclamar a reparação desses danos, conforme previsão do art. 927, da Lei Civil: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Portanto, a responsabilidade civil tem natureza de dever jurídico sucessivo, uma vez que surge a partir da violação de uma obrigação originária, o dever de não lesar ninguém (*neminem laedere*).

Prevê, ainda, o Parágrafo único, do art. 927, do Código Civil, que a lei pode especificar casos em que haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, ou quando a própria natureza da atividade desenvolvida pelo autor do dano, implicar em risco para os direitos de outrem, ou seja, a lei pode especificar situações em que a responsabilidade será objetiva.

A partir dessas considerações chega-se ao entendimento que no casamento há predominância da responsabilidade aquiliana, sendo admitidas hipóteses onde a responsabilidade é objetiva. Portanto, uma vez tendo sido verificada a produção de um dano, seja ele patrimonial ou extrapatrimonial, e também, a existência de nexos causal, ligando esse dano à conduta do agente, este pode ser responsabilizado independentemente de culpa, por aplicação do conceito de dano *in re ipsa*, ou seja, o dano decorrente do próprio fato.

Aplicando-se tais entendimentos à dissolução do casamento, causada por um dos cônjuges, através da violação unilateral de algum dos deveres conjugais, restará evidente sua obrigação de indenizar aquele que sofreu os danos decorrentes dessas violações.

Portanto, não parece justo negar a reparação dos danos morais, ao cônjuge que, ao longo de toda vida em comum, se manteve fiel, cumprindo todos os deveres conjugais, mas sofreu as injustas e graves consequências de uma traição covarde, ou das humilhações, perpetradas por aquela pessoa que, livre e espontaneamente, prometeu honrar os compromissos matrimoniais.

A dor da traição, segundo o senso comum, é das mais fortes e duradouras, sendo, inclusive, capaz de gerar sequelas de difícil superação. E muito embora, o crime de adultério tenha sido expressamente revogado, pela Lei nº 11.106, de 28-3-2005, passando a ser considerado como conduta atípica, é bom lembrar que mesmo deixando de ser um ilícito penal, o adultério continua sendo causa suficiente para propositura da ação de reconhecimento da impossibilidade de comunhão de vida, conforme disposto no art. 1.573, I, do Código Civil.

Parece claro que as maiorias dos tribunais, que insistem em não reconhecer o dano moral resultante do adultério, fundamentam suas decisões nessa mudança legislativa, considerando que se o adultério não é um ilícito penal, não pode gerar dano moral indenizável. Nesse sentido vale a análises dos seguintes arrestos: "O importante, para efeito de verificação do dano moral indenizável, não é o adultério em si mesmo, porque fato previsível e até comum" (Apelação Cível nº 361.324-4/7-00 - TJSP); "O simples fato de a autora afirmar ter sido abandonada por seu companheiro não significa que deva ser indenizada, pois se impõe que o alegado dano moral seja decorrente de efetivo ato ilícito." (Apelação Cível nº 1.0878.05.008902-7/001- TJMG); "violação dos deveres do matrimônio, dentre eles o de fidelidade conjugal, (...) por si só, não enseja o arbitramento de indenização por dano moral." (Apelação Cível nº 0005638-23.2007.8.19.0209 – TJRJ); "O comportamento leviano com relação à fidelidade (...) não serve de abrigo à pretensão indenizatória por dano moral, em que pese não se olvide o sofrimento sempre presente em rompimentos amorosos." (Apelação Cível nº 70020580304 – TJRS).

Embora sejam oriundos de tribunais, de quatro dos Estados que concentram as maiores populações brasileiras¹², esses entendimentos refletem posicionamentos já superados na moderna doutrina.

Nesse ponto é oportuno lembrar que o texto do artigo 186, do Código Civil, ao fazer a caracterização do ato ilícito indenizável, não exige que o mesmo seja um ilícito penal, bastando, que seja produzido um dano. Por outro lado, não se pode ignorar que, mesmo tendo sido produzidos danos, em decorrência de conduta ilícita de um agente, há hipóteses em que não haverá incidência da responsabilidade civil, Essas hipóteses, estão previstas no art. 188, do CC, e são conhecidas como excludentes de ilicitude, sendo as seguintes: a) atos praticados no exercício regular de um direito; b) atos praticados em legítima defesa; c) atos praticados em estado de necessidade. Ora, uma vez sendo excluída a ilicitude, é afastada a incidência da regra prevista no art. 927, do CC. Portanto, não há possibilidade de ocorrer condenação com base na responsabilidade civil.

Portanto, o cerne da questão não reside no fato do adultério ser, ou não, um ilícito penal (crime), mas sim, de ter ele a capacidade de produzir, na sua vítima, danos passíveis de indenização e de não estar abrigado por uma excludente de ilicitude. Felizmente existem

¹² Os Estados mais populosos do Brasil, segundo o censo 2010, do IBGE, são: São Paulo, Minas Gerais, Rio de Janeiro, Bahia, Rio Grande do Sul e Paraná, pois concentram, em conjunto, 58,7% da população total do país. Informação disponível em: <http://noticias.r7.com/brasil/noticias/ibge-atualiza-censo-e-populacao-se-aproximados-191-milhoes-20110429.html>. Acesso em: 29/04/2011.

aqueles que já compreenderam, defendem e aplicam esses conceitos e, dessa forma têm contribuído para a manifestação da justiça, em sua melhor essência.

Na moderna doutrina vale o registro do posicionamento de Rui Stoco¹³ sobre esse tema. Para ele o adultério “ofende a honra objetiva da pessoa, de sorte a causar mágoa, tristeza, frustração e angústia”. Prosseguindo na exposição do seu entendimento o mesmo autor afirma que, para produzir danos morais, não é necessário que o adultério chegue ao conhecimento de outras pessoas além do cônjuge traído, “só o comportamento já causa mal à pessoa, ofendendo a sua dignidade, ferindo o seu amor próprio”. Conclui, afirmando que o dano moral está ínsito na conduta (dano *in re ipsa*) e nesse caso: “mostra-se exagerado e desarrazoado impor que, para que se reconheça a obrigação do cônjuge infiel reparar, se exija que essa infidelidade ganhe publicidade e se converta em despuorida exibição pública”. No mesmo sentido são relevantes os ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves¹⁴, para quem o adultério se constitui na “mais grave das faltas, não só por representar ofensa moral ao consorte, mas também, por infringir o regime monogâmico e colocar em risco a legitimidade dos filhos”.

Na moderna jurisprudência, também, são encontrados alguns exemplos desse mesmo entendimento. Dentre eles convém destacar os seguintes arrestos: “A traição, no caso, dupla (da esposa e do ex-amigo), gera angústia, dor e sofrimento, sentimentos que abalam a pessoa traída (...) assegurando-se ao cônjuge/amigo lesado o direito à reparação do dano sofrido.” (Apelação Cível nº 0120967-33.2004.8.19.0001 (2007.001.42220) – TJRJ); “São indenizáveis danos morais causados em virtude da traição do marido, que praticou ato ilícito, violando seu dever de fidelidade, o que acarretou danos à esposa traída.” (Apelação Cível nº 1.0145.09.539414-7/001 – TJMG); “Prova satisfatória da culpa do varão pela falência do casamento (...) Possibilidade, porém, de cumulação do pedido de indenização por danos morais, de procedência inegável, pela grave injúria cometida pelo marido contra a mulher.” (Apelação Cível nº 485.477-4/9-00 – TJSP); “No caso restou comprovado o dano moral, haja vista as provas obtidas durante a instrução processual que demonstram o descumprimento do dever de fidelidade pela apelada” (Apelação Cível nº 351.827-4/4-00 – TJSP).

Além desses bons exemplos o colendo Superior Tribunal de Justiça, já tem admitido a indenização por descumprimento dos deveres conjugais de lealdade e sinceridade, confirmando a obrigação de indenizar pelo adultério praticado, que resultou na assunção de

¹³ STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*, 7ª ed. São Paulo, RT, 2007, p. 809

¹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro – Direito de Família*, v. VI, 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 231.

filho alheio pelo marido enganado (Resp. 742.137 RJ - Ministra Nancy Andrighi). Nesse mesmo julgamento merece destaque o voto-vista do Exmo. Sr. Ministro Castro Filho, no trecho onde recorda que o direito à indenização dos danos causados pelo adultério “é tão antigo como o próprio adultério”, pois já na Odisseia, obra clássica de Homero, é narrada “uma assembleia de deuses pagãos, em que se discutia sobre adultério de Afrodite com Ares, apanhados em flagrante, o que acabou por gerar condenação a indenização”.

Ainda no STJ, merece igual destaque o seguinte entendimento: “O sistema jurídico brasileiro admite, na separação e no divórcio, a indenização por dano moral. Juridicamente, portanto, tal pedido é possível. Responde pela indenização o cônjuge responsável exclusivo pela separação.” (REsp. 37051/SP - Relator Min. Nilson Naves).

Apesar das conclusões obtidas, neste trabalho, estarem, em sua maioria, relacionadas ao descumprimento do dever de fidelidade, através da prática do adultério (somente pelo fato de ser este, o motivo mais recorrente nos tribunais), nada impede que possam ser extrapoladas para outras hipóteses de descumprimento dos deveres conjugais.

Desta forma, pode ser confirmada a responsabilidade, do cônjuge motivador da ruptura da sociedade conjugal, em responder, através de indenização, pelos danos sofridos pelo consorte vitimado, por sua conduta violadora dos compromissos do casamento. Nesse sentido, pode servir de exemplo o seguinte arresto, que trata da prática de sevícia: “A agressão física praticada contra a mulher caracteriza ato ilícito e enseja, quando provoca lesões corporais leves, indenização por dano moral, notadamente quando o rosto feminino estampa as marcas da violência e da humilhação” (Apelação cível nº 330.227.4/2-00 – TJSP).

2.3 Espécies de Danos Passíveis de Indenização ou Compensação, na Ruptura da Sociedade Conjugal

Conforme conclusão alcançada no tópico anterior, a responsabilidade na dissolução da sociedade conjugal é aquiliana, sendo sua base legal obtida pela combinação dos arts. 186, 187 e 927, todos do Código Civil. Embora, no texto do art. 186, do Código Civil, só o dano moral tenha menção expressa, não existem divergências quanto ao entendimento de que o dano material está ali implícito. Além disso, nos termos do art. 944, do Código Civil, o valor da indenização deverá ser estipulado com base na extensão do dano.

Também, já ficou assentado que os danos materiais, por sua natureza, comportam indenização, ao passo que os morais só são passíveis de compensação, devido os seu conteúdo extrapatrimonial.

Analisando, com base no critério da origem, os danos decorrentes dissolução da sociedade conjugal, podem ser dividido em dois grandes grupos: a) danos imediatos, que se originam diretamente do descumprimento de qualquer dos deveres conjugais; b) danos mediatos, aqueles decorrentes da ruptura da sociedade conjugal.

No grupo dos danos imediatos predominam aqueles de natureza moral, mas também, podem estar presentes danos materiais. Já, no conjunto dos danos mediatos, a predominância é dos materiais.

Dentre os danos morais imediatos encontram-se aqueles que atingem, de maneira direta, a personalidade do cônjuge lesado. Sabe-se que a personalidade de uma pessoa abriga em seu bojo um grande conjunto de bens, todos protegidos pelo ordenamento jurídico pátrio, inclusive sendo objeto das garantias constitucionais. Entre eles estão: a dignidade, a honra, a boa fama, a intimidade, a integridade psíquica e a física.

Não restam dúvidas que a lesão a qualquer desses bens extrapatrimoniais integrantes da personalidade, tem potencial de acarretar ao seu titular: humilhação e sentimento de inferioridade que podem levar à baixa estima; sentimentos de frustração, que ampliados pela angústia, podem levar ao desespero; dor moral e sofrimento intenso, etc. Todo esse misto de sentimentos pode gerar reflexos orgânicos, comprometendo a saúde, tais como o abalo psicoemocional e a depressão.

Sabe-se que a depressão, uma vez instalada, pode levar à dependência química, quer seja pelo uso abusivo de medicamentos antidepressivos, de bebidas alcoólicas, ou mesmo de drogas ilícitas. Tais quadros, em casos extremos, podem levar até ao suicídio.

Como exemplos de atos que podem acarretar danos de ordem moral têm-se: a infidelidade, caracterizada pela prática de adultério, ou qualquer ato que demonstre a intensão de buscar, fora do casamento a satisfação do apetite sexual, como por exemplo, o chamado “adultério virtual”, ou como prefere Marilene Silveira Guimarães¹⁵, “infidelidade virtual”; a prática de sevícias, que muitas vezes, chegam a caracterização do crime de lesões corporais ; o abandono moral do cônjuge ou dos filhos; a recusa injustificada à prestação do débito

¹⁵“O indivíduo casado ou unido estavelmente e que, ao mesmo tempo, mantenha um relacionamento erótico-afetivo virtual está praticando *infidelidade virtual*. Esta somente se transformará em adultério se houver a materialização do relacionamento. Portanto, tecnicamente, a expressão correta é *infidelidade virtual*.” (GUIMARÃES, Marilene Silveira. *Adultério virtual, infidelidade virtual*. Disponível em: http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/marilene/AdultVirtual.pdf. Acessado em: 06/05/2011).

conjugal; a ausência injustificada ou a recusa em conviver no lar conjugal; a calúnia, a injúria e a difamação que caracterizam crimes contra honra do cônjuge; a tentativa de homicídio praticada contra o cônjuge, etc.

O fato de algumas dessas condutas serem tipificadas como crime, faz com que uma eventual condenação na esfera penal, venha servir de garantia para, no juízo civil, serem buscadas as respectivas indenizações, conforme previsão do art. 91, I, do Código Penal, combinado com o art. 935 do Código Civil: “Art. 91. São efeitos da condenação: I – tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime”; “Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”.

Entretanto, a dissolução da sociedade conjugal independe de uma eventual condenação criminal, pois a prática de qualquer dessas condutas, por si só, caracteriza a “impossibilidade da comunhão de vida”, prevista no art. 1.573, do Código Civil, conforme já comentado no tópico anterior.

Ainda no grupo dos danos imediatos, são de natureza material aqueles que diminuem o patrimônio de um cônjuge ou da família. Podem ser indicados como exemplos: os prejuízos econômicos decorrentes do abandono material e moral; os custos gerados pelos tratamentos médicos e psicológicos (das lesões, eventualmente, geradas pelas sevícias, ou decorrentes da tentativa de homicídio); os eventuais prejuízos ocasionados pelos crimes contra a honra do cônjuge, como perda de emprego, ou por ter sido preterido em processo de promoção.

Com relação aos danos mediatos, seu conteúdo, como já mencionado, é eminentemente material, pois decorrem, em sua maioria das situações de disparidade econômica proporcionadas pela ruptura do casamento.

Mesmo com a ascensão da mulher ao mercado de trabalho, não é raro que o homem contribua com a maior parte do custeio da família. Mas, quando é dissolvida a sociedade conjugal, ele passa a um padrão mais elevado, pois deixa de contribuir com muitas das despesas regulares da família, enquanto a mulher e os filhos entram numa situação de penúria financeira, dependendo quase exclusivamente de uma eventual prestação de alimentos.

São exemplos de danos patrimoniais decorrentes da dissolução do casamento: os prejuízos decorrentes da partilha do patrimônio do casal; os efeitos patrimoniais da liquidação de eventual sociedade; privação dos rendimentos do trabalho, no caso de um só cônjuge ser o provedor do lar; diminuição do patrimônio individual de cada cônjuge pela necessidade de

compartilhamento dos custos relacionados à manutenção dos filhos; despesas com aluguel, ou compra, de novo imóvel, etc.

É evidente, que não se pretende, com os exemplos listados acima, esgotar esse tema, até porque, esse não é o objetivo do presente trabalho. Mas, não restam dúvidas que o descumprimento dos deveres conjugais, não só pode resultar na dissolução da sociedade conjugal, como também, gerar danos morais e materiais.

A questão fundamental que se apresenta agora, é saber se, no Direito Brasileiro, uma ação de separação, baseada no descumprimento de dever conjugal, que cumulativamente busque a indenização dos danos materiais e a reparação dos danos morais, tem bom prognóstico de sucesso?

Na jurisprudência são encontrados alguns julgados que negam tal cumulação, como os seguintes: “Indenização em face rompimento da relação conjugal - Não cabimento – Casamento que, como instituição, conta com regras específicas a dispensar, de outras áreas, a aplicação de condições diversas.” (Apelação c/ Revisão nº 536.562.4/2-00 – TJSP); “O eventual descumprimento dos deveres do casamento não se resolve em perdas e danos (...) porque dá ensejo à separação judicial e posterior divórcio (...) que já trazem em si sanções outras específicas.” (Apelação Cível nº 14.156/98 – TJRJ).

Essas decisões exemplificam o posicionamento segundo o qual bastam as sanções previstas nos art. 1.575, 1.576, 1.578, 1.579, 1.703 e 1.704, todos do Código Civil, que tratam de consequências da dissolução da sociedade conjugal tais como: partilha de bens, guarda dos filhos, prestação de alimentos, entre outros. Tal entendimento é lamentável, pois deixa de reconhecer direitos que estão previstos, não só na lei civil, mas também, na Constituição Federal, de 1988, tais como aqueles previstos no inciso X, do seu artigo 5º, que garantem o direito a uma indenização, no caso de violação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assunto já discutido no tópico 2.1 (Abordagem Constitucional).

Outra decisão que também merece alguns comentários é esta: “A configuração do dano moral requer que a violação do dever de fidelidade extrapole a normalidade genérica, sob pena de *bis in idem*.” (Apelação Cível nº 369.581-4/7-00 – TJSP). Apesar de todo o respeito devido, ao digno representante do poder judiciário que prolatou esse voto no acórdão, não se pode concordar com esse argumento. O alegado *bis in idem*, comum no Direito Penal e Processual Penal ("*non bis in idem*" - não repetir sobre o mesmo), é um princípio que veda que alguém seja responsabilizado (apenado) mais de uma vez pelo mesmo fato (crime). Ao suscitar tal instituto, em sede de direito de família, o magistrado tentou colocar no mesmo plano situações totalmente dispares, pois fez confusão entre danos imediatos e mediatos,

assunto já abordado nas linhas iniciais deste tópico. Conforme já demonstrado, são danos diferentes, portanto sua indenização não seria caso de ocorrência de *bis in idem*, como entendeu o julgador de maneira equivocada.

Não obstante a esses posicionamentos contrários e outros semelhantes, na jurisprudência tem predominado o entendimento de que são cumuláveis as indenizações, por danos morais e materiais, ao reconhecimento da dissolução da sociedade conjugal.

Nesse sentido podem ser considerados, os seguintes arrestos de decisões: “Lesões corporais praticadas pelo marido à mulher na constância do casamento. Danos morais fixados de acordo com a lesão causada com moderação e proporcionalidade.” (Apelação Cível nº 28762/2009 – TJRJ). Nesse acórdão foi reconhecido o direito às indenizações dos danos materiais (despesas médicas) e a reparação dos danos morais, sofridos por uma esposa que foi submetida a sevícias praticadas pelo seu esposo, durante a constância da sociedade conjugal.

Outro acórdão relevante é o seguinte “Autora (...) afirma ter sofrido humilhações durante a vida conjugal que a levaram a adoecer (...) Desenhos de conotação sexual de autoria do réu que causam ofensa à honra da autora. Dano moral configurado.” (Apelação Cível nº 0012870-54.2009.8.19.0003 –TJ RJ). Nessa decisão foi acolhida a tese de que são indenizáveis os danos morais provocados pela humilhação, perpetrada por meio de desenhos obscenos, de autoria do marido, que atingiram a honra da esposa.

Outro bom exemplo nos é proporcionado pelo tribunal mineiro que reconheceu os danos morais sofridos pela esposa, vítima dos ciúmes doentios do marido, conforme demonstra o seguinte trecho de acórdão: “(...) união dissolvida pelo ciúme doentio e personalidade desequilibrada do varão. Desta forma, não se faz necessário comprovar perdas materiais para a varoa. O dano moral é claro”. (Apelação Cível nº 1.0024.05.899601-8/001 – TJMG).

O tema também já foi objeto de decisão do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 37051/SP, onde o Ministro Nilson Naves, assim reconheceu: “O sistema jurídico brasileiro admite, na separação e no divórcio, a indenização por dano moral. Juridicamente, portanto, tal pedido é possível: responde pela indenização o cônjuge responsável exclusivo pela separação”. Na esteira dessa decisão cite-se, como exemplo, outra de igual teor, proferida pelo tribunal paulista: “ Dissolução de casamento. Cumulação com pedidos indenizatórios. Admissibilidade. Pretensões que decorrem diretamente dos mesmos fatos alegados.” (Agravo de Instrumento nº 0025378-75.2011 – TJSP).

De todo o exposto resta evidente que, não há óbice, legal ou jurisprudencial, quanto a possibilidade de serem buscadas a reparação dos danos morais e ou a indenização pelos prejuízos matérias, cumulativamente aos pedidos de separação (meio jurídico para promover a dissolução da sociedade conjugal), ou de divórcio (instituto que põe termo ao casamento).

2.4 Natureza dos Alimentos Previstos no Art. 1.702, do Código Civil

O artigo 1.702, do Código Civil, traz a previsão de pensão alimentícia, nos seguintes termos: “Na separação judicial litigiosa, sendo um dos cônjuges inocente e desprovido de recursos, prestar-lhe-á o outro a pensão alimentícia que o juiz fixar, obedecidos os critérios estabelecidos no art. 1.694.”

Da leitura do texto legal são extraídas as condições para concessão da pensão alimentícia, são elas: a) a pensão alimentícia é concedida na separação judicial litigiosa, portanto, via de regra, na separação consensual não há concessão de pensão alimentícia; b) seu beneficiário é o cônjuge inocente e desprovido de recursos, logo, para pleitear o recebimento de pensão alimentícia não basta que o requerente seja considerado inocente, é necessário demonstrar ser, também, desprovido dos recursos suficientes para garantir sua sobrevivência com dignidade; c) na fixação do valor da pensão o juiz deverá observar o binômio necessidade/possibilidade (necessidade de quem pede e possibilidade de que está obrigado a pagar), inclusive quanto à necessidade de serem cobertas as despesas com educação, tudo de modo a garantir a manutenção da condição social pretérita à dissolução da sociedade conjugal.

No que diz respeito à natureza jurídica desses alimentos, existem duas principais correntes. A primeira entende que a pensão alimentícia tem natureza indenizatória. A segunda corrente defende o entendimento de que sua natureza é alimentar.

Para os que defensores da corrente indenizatória, a pensão alimentícia seria uma compensação pecuniária pela dissolução prematura da sociedade conjugal. Portanto, ao ser condenado a prestar alimentos, o cônjuge culpado estará sendo obrigado à reparar os danos causados à sua vítima. Nesse sentido decidiu a 4ª Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no julgamento da Apelação Cível nº14.156/98, cujo relator foi o Desembargador Marlan de Moraes Marinho “separação judicial e posterior divórcio (...) já trazem em si sanções outras específicas (...), tais como: (...) a obrigação ou exoneração de prestar

alimentos”. Também é alegado, como argumento favorável a esse entendimento, a previsão da transmissibilidade da obrigação de prestar alimentos aos herdeiros do devedor, nos termos do art. 1.700, do Código Civil, que conforme previsto no art. 1.997, do mesmo diploma, está sujeito aos limites da força da herança.

Já, aqueles que consideram ser alimentar a natureza jurídica da pensão alimentícia instituída no art. 1702, do Código Civil, baseiam a defesa desse posicionamento nos seguintes argumentos: a) a pensão alimentícia seria uma espécie de prolongamento do dever de assistência material, típico do casamento, posto que previsto no inciso IV do art. 1.566, do Código Civil; b) o caráter seria alimentar, pois a lei assim o definiu ao denominá-lo de pensão alimentar e, não só isso, mas também, por ter condicionado sua concessão ao atendimento dos requisitos: necessidade do cônjuge inocente e possibilidade do responsável, ao passo que as indenizações não estão subordinadas ao referido binômio.

Nesse ponto é importante fazer uma análise dos argumentos de cada corrente, para só então se optar por uma delas.

Ao se atribuir caráter indenizatório à pensão alimentícia prevista no art. 1.702, do Código Civil, comete-se um grande equívoco. Isso por que, quando são discutidos os requisitos da obrigação de indenizar, todos concordam que as considerações sobre a capacidade econômica do agente causador do dano, embora sirvam de parâmetro para fixação do valor da indenização, não servem para que seja elidida a reponsabilidade de indenizar. Da mesma forma, a boa capacidade econômica da vítima, não servirá para afastar o direito a indenização pelos danos sofridos, caso contrário, somente os hipossuficientes seriam indenizados. Nesse sentido é valiosa a lição de Inácio Carvalho Neto¹⁶: “Se os alimentos fossem indenização, seriam eles devidos sempre, e não apenas quando houvesse necessidade por parte do credor. Não se concebe uma indenização condicionada à necessidade do credor”.

Reforçam esse entendimento algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ), como por exemplo, a do Ministro Honildo Amaral De Mello Castro, relator no julgamento do Recurso Especial 747.474/RJ: “O critério que vem sendo utilizado por essa Corte Superior na fixação do valor da indenização por danos morais, considera as condições pessoais e econômicas das partes (...) de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido, bem como que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito”. No mesmo sentido foi o voto do Ministro Luiz Fux, relator no julgamento do Recurso Especial 1124471/RJ. Note-se que em ambos a condenação ao pagamento de indenização não ficou subordinada à

¹⁶ CARVALHO NETO, *op. cit.*, p. 274.

comprovação de necessidade da vítima. Enquanto isso, no art. 1702, do Código Civil, a pensão alimentícia está subordinada à comprovação de ser o requerente “desprovido de recursos”.

Também o Ministro Luís Felipe Salomão, no julgamento do Recurso Especial 604.625/RS, fez clara distinção entre indenização e pensão, ao não concordar com o pedido feito por empresa que recorria da condenação ao pagamento de indenização, com base na responsabilidade civil, e que pretendia compensar essa indenização com os valores de condenação anterior ao pagamento de pensão, conforme deixa claro nos seguintes trechos de seu voto: “A indenização de direito comum não se confunde com aquela de caráter previdenciário (...) motivo pelo não há falar em compensação dos valores a que a empresa foi condenada a pagar à título de pensão”. Idêntico entendimento foi exarado pelo Ministro Benedito Gonçalves no julgamento do Recurso Especial 1168831/SP “Diversamente do benefício previdenciário que o recorrente já recebe, a indenização de cunho civil tem por objetivo (...) compensar a vítima pela lesão física causada pelo ato ilícito do agente do Estado”.

Ora, desses votos resta claro que o STJ já consolidou o entendimento que a pensão e a indenização visam o atendimento a objetivos distintos, podendo ser cumuláveis e, portanto, são institutos com naturezas diferentes.

Já, para aqueles que entendem ser alimentar a natureza da pensão instituída no art. 1.702, do Código Civil, serve de argumento o seguinte fato: a previsão constitucional, e legal, da prisão civil do seu devedor. Uma vez sendo caracterizado o estado de inadimplência quanto à obrigação de prestar alimentos, o devedor fica sujeito a ter decretada sua prisão, pelo prazo de um a três meses, conforme previsto no §1º, do art. 733, do Código de Processo Civil, que instrumentaliza o disposto na norma constitucional contida no art. 5º, LXVII, da Constituição Federal, de 1988¹⁷. Nesse caso, a decretação de prisão é usada como meio coercitivo, objetivando compelir o devedor ao cumprimento da obrigação alimentícia. Nesse sentido, serve como ilustração, o voto do relator, no julgamento do Habeas Corpus 184.305/GO, Ministro Vasco Della Giustina: “A teor do enunciado sumular n.º 309/STJ, é legítima a prisão civil do devedor de alimentos, quando fundamentada na falta de pagamento de prestações vencidas nos três meses anteriores à propositura da execução”. Da mesma

¹⁷ Cabe aqui uma observação importante. Esse dispositivo constitucional prevê, também, a possibilidade de prisão civil do depositário infiel. Entretanto, a adesão do Brasil, em 1992, à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 27, de 25/09/92, e promulgada pelo Decreto nº 678, de 06/11/92) teve como consequência a edição da Súmula Vinculante nº 25, do Superior Tribunal Federal - STF, que declarou a inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel, por ser incompatível com o item 7 do art. 7º, da referida Convenção.

forma foi o voto da Ministra Nancy Andrighi, no julgamento do Recurso em Habeas Corpus 28.528/RS: “É cabível a prisão civil do alimentante inadimplente em ação de execução contra si proposta, quando se visa ao recebimento das últimas três parcelas devidas a título de pensão alimentícia, mais as que vencerem no curso do processo”.

Entretanto, com relação à obrigação de indenizar, por não existe previsão legal, o não pagamento não sujeita o devedor à prisão civil.

Ainda, com relação ao caráter alimentar da pensão, merece comentário o disposto no parágrafo único do art. 1.704, do Código Civil, que garante ao cônjuge responsável pela dissolução da sociedade conjugal o direito de receber a pensão alimentar, nos seguintes termos: “Se o cônjuge declarado culpado vier a necessitar de alimentos, e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurar-los, fixando o juiz o valor indispensável à sobrevivência”. Vê-se que ao ser atribuída natureza indenizatória à pensão alimentar, na hipótese acima, estar-se-ia indenizando o culpado, ou seja, além da vítima suportar o dano, seria também obrigada a indenizar aquele que lhe causou o dano, situação que se mostraria teratológica.

Outro argumento favorável ao entendimento de ser alimentar a natureza da pensão é extraído da análise do Art. 1.699, do Código Civil: “Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo”. Vê-se que a pensão alimentícia está, a qualquer tempo, sujeita à revisão, quando houver modificação no binômio necessidade/possibilidade. Trata-se de aplicação do princípio *rebus sic stantibus* (mesmo estado de coisas, ou seja, manutenção das coisas no estado em que se encontram), princípio não aplicável à indenização, pois ocorrendo o trânsito em julgado da sentença que fixar o valor da condenação ao pagamento de uma indenização, não mais será possível fazer a revisão desse valor, salvo nas hipóteses em que for admitida ação rescisória. Desse fato se extrai outra característica da pensão alimentícia, qual seja, a sentença que a institui não sofre os efeitos da imutabilidade da coisa julgada, pois sempre será possível a revisão do valor, em função de mudanças que afetem o equilíbrio do binômio necessidade/possibilidade.

De todo exposto, com a devida vênia daqueles que possuem entendimentos contrários, conclui-se pela natureza alimentar da pensão instituída no art. 1.702, do Código Civil.

Corroboram com este entendimento, por exemplo, as seguintes decisões de nossos tribunais: “Ação de alimentos. Dissolução conjugal. Binômio necessidade do beneficiário, possibilidade do provedor (...) A pensão alimentícia não tem caráter de indenização. Recurso

desprovido”. (Apelação Cível nº 0004105-40.2004.8.19.0207 (2006.001.07293) - Des. Fernando Cabral - Julgamento: 29/06/2006 - Quarta Câmara Cível – TJRJ); “A pensão deferida como indenização por ato ilícito não se confunde com pensão alimentícia decorrente de vínculos familiares”. (Agravo de Instrumento nº 70034615484, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Bayard Ney de Freitas Barcellos, Julgado em 02/06/2010); “existe o dever de mútua assistência, que se materializa no encargo alimentar, quando existe a necessidade (...) a recorrida sofreu agressão do recorrente (...) legitimando a percepção de indenização pelos danos morais e materiais sofridos”. (Apelação Cível Nº 70028440659, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 26/08/2009).

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema escolhido como objeto desse trabalho, ainda é assunto controverso, seja em sede doutrinária ou jurisprudencial.

É certo que o presente artigo nunca teve a pretensão de por fim à discussão. Até por que as polêmicas, por revolverem o solo fértil das ideias, em alguma medida, contribuem para o crescimento da ciência jurídica.

As opiniões aqui expostas tiveram tão somente o propósito de incrementar futuras reflexões sobre o assunto que, de todo o exposto, demonstrou ser de grande relevância, portanto, estudos mais aprofundados deverão ser feitos.

Os argumentos expostos foram analisados com base na legislação e à luz da doutrina e jurisprudência, sendo extraídas as seguintes conclusões: a) diante de um caso concreto de conflito entre os princípios constitucionais, da dignidade da pessoa humana e da proteção à família, a solução deverá ser buscada através de uma harmonização dos princípios em colisão, com base no princípio da proporcionalidade; b) a responsabilidade civil na dissolução do casamento não é contratual, é aquiliana; c) o dano moral, advindo da dissolução da sociedade conjugal, por culpa de um dos cônjuges, deve ser considerado *in re ipsa*; d) ocorrendo dissolução do casamento por culpa de um dos cônjuges, nasce para o outro o direito de obter daquele a reparação dos danos morais e materiais que sofreu; e) a natureza jurídica da pensão alimentícia, prevista no art. 1.702, do Código Civil, é alimentar e não indenizatória; f) a condenação do cônjuge responsável pela dissolução da sociedade conjugal, ao pagamento de

indenização com base na responsabilidade civil, cumulada com o pagamento de pensão alimentícia, não caracteriza hipótese de *bis in idem*.

4. REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Rui Rosado de. *Responsabilidade Civil no Direito de Família*. ADV - Advocacia Dinâmica: Seleções Jurídicas, n. 2, p. 39-43, fev. 2005.

Bíblia Sagrada (Versão Revisada). 9ª impressão. João Ferreira de Almeida (Trad.). Rio de Janeiro: Imprensa Bíblica Brasileira, 1993.

BRASIL, *Código Civil*. (Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002). Brasília, DF: Congresso Nacional, 2002.

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

CARVALHO NETO, Inácio de. *Responsabilidade Civil no Direito de Família*. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2009.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8ª ed. 3ª reimpr. São Paulo: Atlas, 2009.

CUNHA GONÇALVES, Luiz da. *Direitos de Família e Direitos das Sucessões*. Lisboa: Edições Ática, 1955.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro – Direito de Família*, v. VI, 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GUIMARÃES, Marilene Silveira. *Adultério Virtual, Infidelidade Virtual*. Disponível em: http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/marilene/AdultVirtual.pdf. Acessado em: 06/05/2011.

HOUAISS, Antônio; VILAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, 1º ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

MENDES, Elizier Willian Gomes. *Danos Morais na Separação e no Divórcio*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

Os Estados mais populosos do Brasil. Informação disponível em: <http://noticias.r7.com/brasil/noticias/ibge-atualiza-censo-e-populacao-se-aproxima-dos-191-milhoes-20110429.html>. Acesso em: 29/04/2011.

PAPA DOS SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva. *Reparação Civil na Separação e no Divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999.

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

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*, 7ª ed. São Paulo, RT, 2007.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Contratos em Espécie e Responsabilidade Civil*. v 3. São Paulo: Atlas, 2001.