

REPARAÇÃO CIVIL NA SEPARAÇÃO LITIGIOSA CULPOSA

Inacio de Carvalho Neto

Sumário:

1. Intróito
2. Argumentos Contrários à Indenizabilidade do Ato Culposo
3. Contrariedade à Moral e aos Bons Costumes
4. Ausência de Dispositivo Expresso
5. Os Alimentos como Indenização
6. Sucumbência
7. Diversidade de Esferas Jurídicas Atingidas
8. Cabimento da Indenização
9. Abatimento da Verba Alimentar
10. Danos Derivados do Descumprimento do Dever Conjugal e Danos Derivados do Rompimento Matrimonial
11. Cumulação de Demandas
12. Culpa Recíproca
13. Responsabilidade Contratual ou Extracontratual
14. Não Configuração da Responsabilidade
15. Condenação Criminal
16. As Causas em Espécie
17. Conclusão
18. Referências Bibliográficas

1. Intróito

A questão fundamental a ser tratada no presente texto diz respeito à possibilidade de se obrigar o cônjuge culpado pela separação litigiosa culposa a reparar os danos causados ao outro pelo seu ato culposos, ou pela dissolução mesma do casamento.

Como afirma Maria Antonieta Pisano MOTTA, começamos falando de amor e terminamos sempre falando de dinheiro. Realidade difícil, mas compreensível se entendermos o caminho trilhado desde o sonho construído a dois, no qual o par se basta para viver na mais plena felicidade e, percorreremos todas as decepções, chegando às necessárias indenizações que cada um sente merecer por ter sido enganado, ludibriado, traído.

Como se costuma dizer: o "meu bem" do namoro transforma-se em "meus bens" depois da separação, pois neste momento cada um quer resgatar o que acha que lhe pertence e que foi tomado pelo outro num momento de distração, de relaxamento, de engano.

Cada um quer ser indenizado pelo "prejuízo" sofrido em nome do amor que acabou, e assim o dinheiro torna-se pleno de significações simbólicas. Transforma-se em prêmio e castigo que as pessoas feridas não hesitam em usar para dar vazão às suas mais inconfessáveis emoções. Iniciaremos o tema expondo os argumentos contrários à idéia da reparabilidade dos danos, para refutá-los, um por um, em seguida.

2. Argumentos Contrários à Indenizabilidade do Ato Culposos

José de Castro BIGI arrola sinteticamente três argumentos contrários à indenizabilidade do dano moral provocado pelo ato culposos.

O primeiro deles, defendido por Guillermo BORDA na Argentina, é no sentido de que o ressarcimento é contrário à moral e aos bons costumes.

Um segundo argumento, valendo igualmente para o direito brasileiro e argentino, é que não há na lei um dispositivo que especificamente regule a espécie.

Um terceiro argumento se desenvolve no sentido de que se estaria violando o princípio do non bis in idem, pois o cônjuge culpado já está apenado com a prestação de alimentos, honorários e custas.

Procuraremos demonstrar, adiante, que nenhum dos três argumentos procede.

3. Contrariedade à Moral e aos Bons Costumes

O argumento de que o ressarcimento é contrário à moral e aos bons costumes, em verdade, seria mais corretamente dirigido contra a indenizabilidade do dano moral, não especificamente contra a indenizabilidade do dano provocado pelo ato culposos. Com efeito, se este argumento fosse válido, a

indenização de qualquer dano moral seria contrária à moral e aos bons costumes, e não somente o de que aqui se trata.

Como assinala Geneviève THOMAS, "se a atribuição de uma soma de dinheiro não aparece como um modo de reparação muito apropriado, isto é devido muito mais ao conjunto do problema da reparação do dano moral, que deveria ser revisto ou repostado em causa, que à única questão da violação da obrigação de fidelidade entre os cônjuges".

Sobre a indenizabilidade do dano moral já discutiremos em outro trabalho, sendo somente de se concluir que, no estágio atual do direito brasileiro, torna-se até bizantina a discussão, já que superada.

Ademais, como questiona Regina Papa dos SANTOS, se um acidente de trânsito, mesmo que provoque um pequeno prejuízo, gera ao culpado o dever de repará-lo, se a propaganda enganosa fomenta a reparabilidade de danos acarretados aos consumidores, se o extravio de bagagem em transporte aéreo enseja a indenização pelos prejuízos ocasionados ao passageiro, se até mesmo a pessoa jurídica é alvo de resguardo da honra objetiva, com direito à reparação dos danos a esse direito da personalidade, qual seria a razão para a inadmissibilidade do direito do cônjuge à indenização pelos danos oriundos de violação por seu consorte de dever conjugal?

Mas se tem advertido também para o fato de que não se pode banalizar o instituto com questões de meros caprichos pessoais. Como nota Marilene Silveira GUIMARÃES, "um pedido de indenização somente não será imoral se houver um dano realmente grave e a reivindicação não tiver por objeto apenas o lucro fácil".

4. Ausência de Dispositivo Expresso

É certo que, ao contrário dos Códigos francês, português e peruano, nossa lei não tem dispositivo expresso determinando a indenização em caso de dissolução do casamento. Mas isto não impede que se fale em obrigação de indenizar os danos daí advindos.

Nos termos do art. 159 do Código Civil, qualquer ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência que violar direito, ou causar prejuízo a outrem, é fato gerador da responsabilidade civil.

O ato culposos, nos termos do art. 5º., caput, da Lei do Divórcio, consiste em ato que importe em grave violação dos deveres do casamento ou conduta desonrosa.

Daí já se vê o perfeito enquadramento do ato culposos como fato gerador de responsabilidade. Com efeito, um ato de grave violação dos deveres do casamento ou uma conduta desonrosa configura ação ou omissão voluntária que viola direito, além de, em regra, causar prejuízo ao cônjuge.

Sendo ato ilícito, naturalmente gera a obrigação de reparar o dano, nos termos do art. 159 do Código Civil.

Já Eduardo ESPÍNOLA via claramente tal enquadramento, quando afirmava:

"Quanto à sanção civil consistente na indenização devida pelo cônjuge adúltero e seu cúmplice ao inocente, pode afirmar-se que encontra fundamento no art. 159 do Código Civil, mas os nossos costumes são francamente contrários às pretensões desse gênero, não nos constando que os tribunais brasileiros tenham sido provocados a se pronunciarem sobre o assunto".

Vê-se, portanto, cair por terra o segundo argumento da doutrina contrária à indenizabilidade do ato culposos, já que não há necessidade de lei expressa prevendo a indenizabilidade para cada caso específico.

5. Os Alimentos como Indenização

5.1. Intróito

A alegação de ocorrência de bis in idem por já ser o cônjuge culpado condenado em alimentos, custas e honorários advocatícios também não colhe. Aqui trataremos, em primeiro lugar, dos alimentos, deixando a questão das custas e honorários para ser tratada adiante.

Assentado que o ato culposos configura ato ilícito, obrigando à indenização, coloca-se então a questão de se saber se os alimentos em que é condenado o cônjuge culpado já se constituem na indenização do dano. Sem dúvida este é o argumento mais sério contra a indenizabilidade do ato culposos, mas igualmente improcedente, como passaremos a ver.

5.2. Teorias Sobre a Natureza Jurídica da Obrigação

Discutível é a natureza da obrigação alimentar a que é condenado o cônjuge culpado pela separação. Para Mário Moacyr PÔRTO, cuida-se de verdadeira indenização. Eis as palavras do eminente autor:

"Temos a firme convicção de que a dívida de alimentos de que cuida o art. 19 da Lei 6.515, de 26.12.77, é, na verdade, uma indenização por ato ilícito, que se cumpre sob a forma de pensão

alimentícia. Uma reparação pecuniária pela dissolução prematura e reprovável da sociedade conjugal, por culpa de um dos cônjuges (art. 5º, caput, da Lei 6.515)".

O próprio autor, entretanto, alinha os argumentos contrários a essa tese:

"a) A lei alude expressamente a uma 'pensão', o que positivaria a feição alimentar da prestação fixada pelo juiz.

b) O cônjuge inocente tem direito à pensão, se dela necessitar, o que não se compatibilizaria com a natureza indenizatória da obrigação".

E objetiva:

"Não é o nome que define a natureza de uma obrigação, o predicado de um direito, a índole de uma instituição. Entre nós, não é raro o emprego da expressão 'alimentos' para designar a forma como deverá ser cumprida uma dívida indenizatória. É o que acontece, por exemplo, com o ressarcimento do prejuízo resultante de homicídio (art. 1.735 do CC) ou lesões corporais (art. 1.539 do CC). A expressão 'alimentos', que a lei usa, significa apenas que, no pagamento da indenização, dever-se-á seguir o critério, a forma, o processo empregado para o implemento de uma obrigação alimentar. É uma referência, servindo de base para o cálculo da indenização".

Assim, para o autor, o art. 19 da Lei do Divórcio é, a rigor, apenas desdobramento do art. 159 do Código Civil.

Mas o autor reconhece a possibilidade de indenização baseada neste último dispositivo, como se vê do seguinte exemplo por ele ministrado em outra obra:

"Para um melhor esclarecimento, imaginemos a seguinte hipótese - o marido (e excepcionalmente a mulher) sevicia ou pratica uma lesão corporal no parceiro, ofensa que ocasionou uma redução de sua capacidade de trabalho. O delito não justifica, apenas, a dissolução contenciosa da sociedade conjugal e a conseqüente fixação de uma 'pensão' de alimentos (Lei do Divórcio, arts. 5º., caput e 19). O cônjuge responsável responde, ainda, cumulativamente, pelo prejuízo à saúde do cônjuge agredido, nos termos do disposto nos arts. 159 e 1.539 do Código Civil, sem prejuízo das sanções penais. Admitamos, ainda, o caso do cônjuge que difama o outro e a difamação se reflita, desastrosamente, na reputação do parceiro, em sua atividade profissional ou vida em sociedade. O ultraje justifica não apenas a separação judicial contenciosa e, se for o caso, a pensão de alimentos, como, ainda, uma indenização do dano resultante da injúria (CC, art. 1.547). A ação fundamenta-se no art. 159 do Código Civil e é independente da ação que visa à dissolução litigiosa da sociedade conjugal e ao chamado 'divórcio-sanção'. As indenizações são, assim, cumuláveis".

Argumenta-se que a condenação em alimentos ao culpado tem justamente por fim a reparação do dano ocasionado pelo ato culposos, e que o recebimento, pela vítima, dos alimentos já a coloca em posição equivalente ao seu statu anterior, o que equivale à indenização in natura. Neste sentido, na doutrina francesa, é a lição de Jacques BORRICAND:

"A pensão alimentícia é concedida ao cônjuge inocente a título de reparação do dano que seu cônjuge lhe causou por sua falta. O cônjuge inocente vai, com efeito, se encontrar privado dos recursos sobre os quais o seu casamento lhe permitia contar".

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro já assim decidiu:

"Nessas condições, portanto, parece razoável que a pretensão indenizatória, como a deduzida pela apelante, não pode ser solucionada com fundamento nas regras próprias das simples obrigações, como se pretende. O eventual descumprimento dos deveres do casamento não se resolvem perdas e danos, como nas obrigações, porque dá ensejo à separação judicial e posterior divórcio, figuras do Direito de Família, que já trazem em si sanções outras, específicas, em detrimento do cônjuge declarado culpado, tais como: a mesma declaração de culpa, a obrigação ou exoneração de prestar alimentos, a obrigação de partilhar os bens, conforme o regime de casamento, a perda da guarda dos filhos, a perda do direito de usar o nome do cônjuge varão. Sanções estas que, a não ser para os espíritos essencialmente materialistas, são mais eficazes para reparar os danos imateriais do cônjuge inocente do que a compensação do dano moral, que se pretende fazer com uma certa soma em dinheiro, em outras situações, convenhamos".

No regime legal anterior à Lei do Divórcio, Tito FULGÊNCIO já defendia essa natureza indenizatória da pensão alimentícia entre ex-cônjuges.

No sistema atual também adota esse posicionamento Orlando GOMES, que adita o caráter de "sanção" à obrigação alimentar em análise.

E o Des. Luiz Melíbio Uiraçaba Machado, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, também já fez menção a tal tese:

"...Realmente, o que me preocupou foi a fixação dos alimentos em 50% da remuneração que o apelante recebe do INPS como aposentado. Mas as circunstâncias, me parece, justificavam a fixação pelo juiz, exatamente por esse aspecto que foi ponderado pelo eminente Relator. É que, em

se tratando de um executivo que tinha um status bastante respeitável, tenho para mim que se deve manter, até onde for possível, depois da separação do casal, para a família, o status que havia antes. Alguns entendem até mesmo que os alimentos devem ser fixados, neste caso, inclusive com algum caráter indenizatório. Não são aqueles alimentos apenas para manter a subsistência da pessoa, a alimentação, o vestuário, até, mas com o caráter indenizatório de manutenção do status que existe por ocasião da separação".

Ainda como argumento favorável à tese indenizatória, pode ser apontada a transmissibilidade da obrigação de prestar alimentos aos herdeiros do devedor, dentro dos limites das forças da herança, estatuída pelo art. 23 da Lei do Divórcio.

Por outro lado, a corrente que considera "alimentar" a natureza dessa obrigação funda-se em duas razões diferentes: a primeira no "prolongamento ou sobrevivência" do dever de "assistência material" que vigora no casamento. A segunda é fundada na natureza mesma da pensão, da maneira como a estipulou a Lei do Divórcio. Segundo esse pensamento, a própria lei utiliza a expressão "pensão" e a condiciona à existência dos seguintes pressupostos: a necessidade do cônjuge inocente e os recursos do consorte culpado, sendo que 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.

Jussara Nasser FERREIRA argumenta que "sobrepor ao direito alimentar moldura indenizatória é equívoco, ou pior, ideologia falsa em desfavor do cônjuge inocente, que em verdade não recebe um plus indenizatório, como apregoadado. Recebe, sim e tão-somente, alimentos necessários ao sustento".

João Claudino de Oliveira e CRUZ, em posição conciliatória, considera misto o caráter da pensão alimentícia: de indenização, porque é prestada ao cônjuge inocente, e de alimentos, porque em sua fixação são adotados os critérios especiais sobre as necessidades e recursos dos consortes, além da possibilidade de sua revisão.

Yussef Said CAHALI também adota esta posição, identificando naquela obrigação uma "indenização alimentar". E justifica seu pensamento da seguinte forma:

"Uma obrigação em forma de alimentos criada por lei, mas de fundamentação indenizatória do prejuízo resultante da extinção antecipada do dever de socorro, dever de que aquela obrigação de alimentos não seria propriamente o prolongamento, mas a substituição".

Augusto BELLUSCIO explica que a jurisprudência argentina assentou, ao cabo de longa discussão, o critério de que - independente da pensão alimentícia concedida ao cônjuge inocente, que reparava os prejuízos derivados do divórcio em si - o cônjuge inocente podia obter indenização de danos e prejuízos, se resultassem dos fatos que haviam motivado a dissolução do vínculo nupcial, um prejuízo material e moral distinto daquele que originou a ruptura do casamento e que a pensão teve por objetivo reparar.

Neste sentido, também, a lição de Peter BENJAMIN:

"A jurisprudência francesa sempre admitiu que a esposa que obtém o divórcio pode receber uma indenização pelo prejuízo que sofreu de seu marido, independentemente do prejuízo que repara a pensão alimentícia".

Pode-se, então, assim esquematizar as diversas correntes a respeito: a) autores que consideram que a pensão tem natureza indenizatória, que se subdividem em duas correntes: a.1) a dos que não admitem qualquer indenização afora a pensão alimentícia e a.2) a dos que admitem indenização complementar; b) autores que consideram que a pensão tem natureza alimentar, que também se subdividem em duas correntes: b.1) a dos que entendem tratar-se a pensão de "prolongamento ou sobrevivência" do dever previsto no art. 231, III, do Código Civil e b.2) a dos que fundamentam na sua natureza intrínseca; c) autores que consideram mista a natureza da pensão, considerando-a uma "indenização alimentar".

5.3. Refutação à Teoria dos Alimentos como Indenização

Assim expostas todas as teorias, cumpre-nos optar, justificando, por uma delas. Não se pode dizer, data venia, ser fim da condenação do culpado em alimentos a reparação do dano. Do contrário não se entenderia a expressão "se dela necessitar", empregada no art. 19 da Lei do Divórcio. 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.

Sendo certo que a reparação dos danos deve ter caráter ressarcitório (danos materiais) ou compensatório e punitivo (danos morais), verifica-se a insuficiência daquela consequência da dissolução da sociedade conjugal decretada pela culpa do cônjuge, mesmo que seja havida como

indenizatória.

Neste sentido a lição de José de Castro BIGI:

"Também na dissolução da sociedade conjugal, se o cônjuge culpado deve arcar com o pagamento de pensão alimentícia, isso seria o bastante? Mais uma vez, insistimos que a dissolução da sociedade conjugal, em si mesma, gera conseqüências para o cônjuge culpado, como transformá-lo em devedor de alimento ao cônjuge. Se o cônjuge culpado praticou um ato antijurídico, se infringiu um dano injusto ao outro cônjuge, tudo isso, se apaga com a separação e a pensão? Evidentemente não".

Portanto, não há como confundir a pensão alimentícia com o ressarcimento do ato ilícito conjugal.

Observe-se que a disposição constante no parágrafo único do art. 1.716 do Projeto de Código Civil reforça a corrente contrária à natureza indenizatória da pensão alimentícia, visto que assegura ao cônjuge responsável pela separação judicial o direito de receber verba alimentar que seja indispensável à sua sobrevivência, desde que não tenha parentes em condições de prestá-los e não possua aptidão para o trabalho.

Ademais, se é certo que os alimentos, em regra, restauram o statu quo ante da vítima, isto não é absolutamente verdadeiro sempre. Em primeiro lugar, como se viu, o valor dos alimentos estão condicionados à possibilidade do devedor, o que pode fazer com que a vítima não fique completamente indene.

Os alimentos têm um fim específico, que não abrange todas as finalidades da indenização. Na fixação dos alimentos, tem-se em vista, exclusivamente, o sustento do cônjuge credor, não se tendo em conta outros aspectos a indenizar.

Figure-se o exemplo da mulher que sofre sevícias de seu marido, das quais lhe decorram lesões graves que a façam necessitar de acompanhamento médico constante. Condenado este em ação de separação culposa, será ele obrigado a alimentá-la. O valor da pensão, pressupondo-se que ele tenha condições de pagar o valor para ela necessário, certamente incluirá as despesas médicas que ela terá. Nessa parte estaria a vítima indene. Ocorre, entretanto, que o valor da pensão não poderá incluir as despesas passadas que ela já efetivou em função das lesões sofridas, já que não se pode conceber alimentos com caráter retroativo.

Daí se conclui que os alimentos não indenizam integralmente nem mesmo o dano material. E o que dizer então do dano moral? Assim como no exemplo citado, o dano moral é também fato passado, que não poderá ser incluído no cálculo do valor da pensão alimentícia ao cônjuge vítima. Ademais, não poderia o dano moral ser incluído no cálculo do valor da pensão alimentícia, já que não é esta sua finalidade.

Há mais um argumento para se negar a natureza exclusivamente indenizatória dos alimentos: é que a responsabilidade civil é, em regra, fundada na culpa; para que alguém seja obrigado a indenizar é mister que tenha agido com culpa. Ora, os alimentos previstos no art. 19 da Lei do Divórcio não se limitam aos casos em que o cônjuge tenha agido com culpa; ao contrário, são eles devidos inclusive nas hipóteses de separação litigiosa não culposa (art. 5º., §§ 1º. e 2º.).

Ademais, a disciplina específica dos alimentos tem outros impeditivos à aceitação da doutrina que pretende configurá-los como indenização. Veja-se, v. g., a questão da extinção da obrigação. Se o cônjuge credor se casa novamente, extingue-se a obrigação alimentar, o que não ocorreria com a reparação civil. Cite-se ainda a possibilidade de renúncia aos alimentos, que não afeta a indenização. E é possível, em tese, a reparação do dano mesmo sem a dissolução da sociedade conjugal, embora não seja tal fato comum, não devendo mesmo ser estimulado.

Além disso, a pensão alimentícia sujeita-se a revisão, a qualquer tempo, em face da incidência do princípio rebus sic stantibus, diante de modificação nas possibilidades do devedor ou nas necessidades do credor, como faculta o art. 401 do Código Civil.

Por outro lado, a perda do direito a alimentos pelo cônjuge que viola dever conjugal somente tem a característica de sanção, ínsita na responsabilidade civil, diante de necessidade de pensão alimentícia, pois, caso contrário, essa punição é marcada por inocuidade. Como exemplifica Mário Moacyr PORTO, caso o cônjuge lese a integridade física de seu consorte, provocando-lhe incapacitação ao trabalho, o ato ilícito praticado não é suficientemente punido, e os danos acarretados não são devidamente ressarcidos pela decretação da separação judicial com base na culpa do ofensor e pela fixação de pensão alimentícia em benefício do lesado. Do mesmo modo, essas reparações são insuficientes na hipótese de injúria grave, pela qual o cônjuge ofende a honra do consorte, de modo a prejudicá-lo em sua vida social ou profissional.

Conclui-se, portanto, ser puramente alimentar a natureza jurídica da obrigação instituída pelo art. 19 da Lei do Divórcio.

Mas ainda que se considerasse indenizatória a natureza da referida pensão alimentícia, seu caráter

reparatório seria incompleto, tendo em vista que não chega a compensar ou ressarcir os prejuízos do lesado e condiciona-se ao preenchimento de pressupostos - necessidade do cônjuge credor e possibilidade do cônjuge devedor -, nos moldes do art. 400 do Código Civil.

Na verdade, como salienta René SAVATIER, a pensão alimentícia apenas ressarcir os prejuízos causados ao cônjuge inocente pela cessação do dever de assistência material de seu consorte.

O que se está a afirmar é que, embora possam os alimentos ser computados como indenização de parte dos danos sofridos pela vítima, não se configuram eles uma verdadeira indenização, por não atenderem ao requisito da completude, ou seja, por não repararem integralmente o dano.

Em verdade, como bem afirma Mário Moacyr PORTO, "a pensão pelo juiz fixada em favor do ex-consorte inocente expressa, simplesmente, uma indenização pela ruptura temporã e maliciosa da sociedade conjugal", não indenizando "outros prejuízos que o cônjuge inocente tenha sofrido em consequência do comportamento reprovável do outro cônjuge".

É neste sentido a lição de Rolf MADALENO:

"Os alimentos, no entanto, sempre tiveram destinação específica de subsistência do parceiro desprovido de recursos próprios para sua manutenção, não se confundido jamais como paga indenizatória decorrente do rompimento culposo do casamento, muito embora, mas sem razão, alguns textos de doutrina negassem a indenização dos danos derivados da separação culposa, por considerá-los cobertos com a pensão alimentícia em favor do inocente. Basta ver que a indenização carrega, no seu objetivo, um fundamento de punição pecuniária daquele que violou sagrados deveres éticos do casamento ou do seu estado de família, enquanto que os alimentos, embora também satisfaçam à vítima, têm como função assegurar-lhe a sobrevivência física e cessam quando desaparecem as necessidades do beneficiário, isto quando não surjam outras razões de exoneração, como, por exemplo, o remaridamento do alimentário ou sua independência financeira com a alocação de um trabalho e da sua correlata remuneração".

José de Aguiar DIAS também afirma que "a indenização deferida nessas circunstâncias se distingue da pensão concedida a título alimentar", argumentando que "a diferença entre a pensão e a indenização está em que os alimentos só podem ser exigidos pelo cônjuge que prova necessidade, ao passo que a reparação civil pode ser exigida independentemente da situação econômica do prejudicado. A indenização, ademais tem caráter definitivo: não pode ser suprimida, aumentada ou diminuída, enquanto que a pensão alimentar é essencialmente variável, precisamente pelo fato de atender às necessidades do alimentário e às condições econômicas do alimentante".

E o autor ainda dá conta de uma decisão da Corte de Cassação francesa, datada de 21 de junho de 1927:

"...independentemente da pensão alimentar, o cônjuge a favor de quem foi pronunciado o divórcio pode obter uma indenização, com base no art. 1.382 do Código Civil, se lhe advém dos fatos da causa prejuízo material ou moral distinto do que derivou da dissolução do casamento em si".

Cite-se ainda Caio Mário da Silva PEREIRA:

"Afora os alimentos, que suprem a perda de assistência direta, poderá ainda ocorrer a indenização por perdas e danos (dano patrimonial e dano moral), em face do prejuízo sofrido pelo cônjuge inocente"

E o então Desembargador Athos Gusmão Carneiro, em voto vencido proferido na 1ª. Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, assim se expressou:

"Ora, eminentes Colegas, quer-me parecer 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 sofridos pelo cônjuge inocente".

Em suma: a pensão alimentícia inscrita no art. 19 da Lei do Divórcio tem natureza alimentar, não se configurando verdadeira indenização. Ainda que possa ela ter eventual caráter indenizatório, nada impede a sua cumulação com a indenização dos danos materiais ou morais não cobertos pela condenação em alimentos.

6. Sucumbência

Se nem os alimentos, como vimos, podem ser considerados verdadeira indenização, muito menos o serão as verbas de sucumbência.

A condenação em custas e honorários advocatícios é sanção de natureza puramente processual, limitando-se a ressarcir o vencedor pelas despesas da demanda. Não tem ela a menor pretensão de ressarcir o cônjuge inocente pelos danos sofridos em função do ato culposo praticado pelo culpado, ou da dissolução mesma do casamento. Conclui-se, portanto, não ser válido também o argumento contrário à indenizabilidade do ato culposos

fundado na ocorrência de bis in idem.

7. Diversidade de Esferas Jurídicas Atingidas

Poder-se-ia objetar ainda que, sendo o ato culposos causa para a separação litigiosa culposa, não poderia, ao mesmo tempo, dar causa à responsabilidade civil.

Tal argumento, entretanto, não pode ser aceito. É perfeitamente possível que um mesmo fato atinja duas ou mais esferas jurídicas. É o que, em regra, ocorre, v. g., com o crime, que, além de atingir a esfera penal, normalmente dá margem à obrigação de reparar o dano.

E mesmo no campo das causas culposas, há fatos que, além de se constituírem em atos culposos, também atingem a esfera criminal. É o caso, v. g., do adultério, que infringe o dever de fidelidade, caracterizando-se como ato culposos, mas também caracteriza infração penal (art. 240 do Código Penal).

No âmbito do direito administrativo se afirma tranqüilamente que um ato ilícito praticado por funcionário público pode, ao mesmo tempo, incidir na esfera administrativa, na esfera civil e na esfera penal.

Daí poder-se concluir com segurança que o ato culposos pode se constituir também em ato ilícito civil, gerando responsabilidade civil, sem que se possa objetar com a duplicidade de conseqüências.

8. Cabimento da Indenização

Do que foi exposto já é possível concluirmos com segurança ser perfeitamente cabível a indenização dos danos causados pelo ato culposos do cônjuge condenado na ação de separação litigiosa culposa. Os pressupostos da obrigação estão assentados: há a ação ou a omissão do agente; está presente o dolo ou a culpa deste; houve dano à vítima; está configurada a relação de causalidade entre o ato culposos e o dano gerado. Aperfeiçoada está, em conseqüência, a obrigação de reparar o dano.

Some-se a isso a inexistência de qualquer causa de não configuração da responsabilidade, e o fato de que os alimentos em que foi condenado o agente não reparam integralmente o dano, e só se pode concluir pela admissibilidade da indenização civil.

No Brasil, foi Amaral GURGEL, provavelmente, o primeiro autor a admitir a indenização em tais casos. Comentando Acórdão de um Tribunal francês, expôs o autor:

"Ela, segundo a decisão do Tribunal, tinha quando de seu casamento, uma situação modesta. A sua situação pecuniária e os meios de existência com que contava vão ser notavelmente diminuídos, em razão do divórcio.

Ser-lhe-á mais difícil, em virtude de sua idade, de sua situação de mulher divorciada e do encargo do filho que lhe é confiado, poder conseguir a primitiva situação.

É bem de ver que sofre, por isso, um prejuízo moral, e não é admissível que um marido possa abandonar bruscamente sua mulher, sem motivos, depois de longos anos de vida comum e nas condições afrontosas por que o fez, para viver com uma mulher casada a seu lado".

É amplamente majoritária na doutrina, nacional e estrangeira, a admissibilidade da indenização. Pode-se mencionar, apenas exemplificadamente, as autorizadas opiniões de Yussef Said CAHALI, Caio Mário da Silva PEREIRA, Carlos Alberto BITTAR, Euclides Benedito de OLIVEIRA e Carlos Roberto GONÇALVES.

9. Abatimento da Verba Alimentar

No cálculo da verba indenizatória devem ser levados em conta os alimentos a que o cônjuge culpado foi condenado.

Como se disse acima, os alimentos não deixam de constituir uma forma de indenização pelos danos patrimoniais que advieram do ato culposos. Assim, esses danos, já indenizados pelos alimentos, não entrarão no cálculo da indenização, o que equivale a dizer que os alimentos serão abatidos da indenização final.

E o que puder ser concedido a título de alimentos sê-lo-á preferencialmente por essa via, só se utilizando da via da reparação civil para as hipóteses excedentes. Assim, v. g., o caso referido por Regina Papa dos SANTOS, em que uma Corte francesa condenou a mulher a reparar os prejuízos acarretados ao marido por tê-lo abandonado quando ele se encontrava com as duas pernas amputadas, em face do que passou a depender de terceiras pessoas para sobreviver. A hipótese poderia ser enquadrada no item necessidade da pensão alimentícia. Ou seja, o valor necessário a título de pensão alimentícia a ser paga pelo culpado no caso abrangeria os custos com assistência por uma enfermeira. Não se deveria, portanto, falar de indenização no caso.

10. Danos Derivados do Descumprimento do Dever Conjugal e Danos Derivados do Rompimento Matrimonial

É de se distinguir entre os danos acarretados pelo descumprimento do dever conjugal e os prejuízos oriundos da ruptura do casamento.

Os primeiros derivam dos fatos constitutivos das causas do rompimento matrimonial, ou seja, da violação a dever conjugal, razão pela qual são denominados "imediatos". Tais danos podem ser de natureza moral ou material.

Apresentam-se como danos morais imediatos aqueles que atingem a esfera da personalidade do cônjuge lesado, causando-lhe sofrimento, dentre os quais estão os oriundos do descumprimento do dever de fidelidade, por adultério ou pela prática de ato que demonstre a intenção de satisfação do instinto sexual fora do tálamo; do dever de coabitação, pelo abandono voluntário e injustificado do lar e pela recusa de satisfação do débito conjugal; do dever de mútua assistência, pela prática de tentativa de homicídio, de sevícias e de injúrias graves; e do dever de sustento, guarda e educação dos filhos, pela prática de maus-tratos contra os infantes, por exemplo.

Tais situações ou atitudes do cônjuge podem acarretar ao consorte, concomitantemente, danos materiais ou patrimoniais, como no caso das sevícias ou lesões corporais, que, além dos danos morais, geram prejuízos econômicos, decorrentes do tratamento médico e, de acordo com sua gravidade, até mesmo de uma incapacitação para o exercício de atividades profissionais ou mesmo para o serviço doméstico.

Os danos decorrentes do rompimento do matrimônio são chamados mediatos, por terem ligação indireta com o descumprimento de dever conjugal.

Tais danos têm caráter quase sempre patrimonial, por embasarem-se nas disparidades que a ruptura do matrimônio pode originar entre os consortes, dando-se como exemplos os prejuízos pela liquidação de sociedade imposta pela partilha de bens, a privação de rendimentos sobre bens que passam a caber com exclusividade ao outro cônjuge e os gastos com mudança para outro imóvel.

Mas os danos mediatos podem ser também de ordem moral, se referentes ao sofrimento ocasionado pelo rompimento do casamento .

Neste sentido, decidiu o Tribunal português que "a solidão resultante da dissolução do casamento e os sentimentos de frustração, instabilidade e insegurança daí decorrentes e que, seguramente, afetarão o cônjuge moral, física e psicologicamente são danos graves a merecerem a tutela do direito, através de indenização arbitrada a favor do cônjuge ofendido" .

A doutrina francesa faz claramente essa distinção, ao diferenciar a aplicação do art. 266 do Código Civil francês aos danos mediatos da aplicação da regra geral do art. 1.382 (correspondente ao nosso art. 159) aos danos imediatos.

11. Cumulação de Demandas

Entendem Mário Moacyr PORTO e Carlos Roberto GONÇALVES ser possível a cumulação das demandas de separação judicial e de indenização . No mesmo sentido é a lição de Elízio Willian Gomes MENDES, que ressalta a necessidade de imediatidade entre a dissolução do casamento e a demanda de indenização . E o Código Civil português deixa esta possibilidade expressa.

Parece-nos, entretanto, questionável tal entendimento no que tange ao direito brasileiro, especialmente em função do disposto no art. 292, § 1º, II, do Código de Processo Civil:

"Art. 292 - É permitida a cumulação, num único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão.

§ 1º - São requisitos de admissibilidade da cumulação:

I - que os pedidos sejam compatíveis entre si;

II - que seja competente para conhecer deles o mesmo juízo;

III - que seja adequado para todos os pedidos o tipo de procedimento".

Sendo o pedido indenizatório da competência da Vara Cível, enquanto o processo de separação judicial compete à Vara de Família, parece-nos incabível, ante a ausência, no direito brasileiro, de regra semelhante ao art. 1.792º. do Código Civil português, tal cumulação.

12. Culpa Recíproca

É de se questionar se, havendo culpa recíproca , pode qualquer dos cônjuges demandar a indenização do outro, ou se ambos ficam impedidos de pleitear a indenização em face de seu ato culposos.

Em primeiro lugar, é de se lembrar que, ao contrário do direito canônico, nosso direito não admite a chamada compensação de culpas, em que o adultério recíproco exclui a possibilidade de ambos requererem a separação. Em nosso direito, praticando ambos os cônjuges atos culposos, poderá qualquer deles (ou ambos) demandar a separação culposa contra o outro. Mas será que pode ele também demandar indenização?

O art. 266 do Código Civil francês só defere a indenização quando o divórcio é pronunciado por culpa exclusiva de um dos cônjuges. Mas, como também deixamos claro, a doutrina francesa distingue a indenização devida em função deste dispositivo, referente à dissolução do casamento em si, da indenização devida com base no art. 1.382, referente aos atos culposos. Quanto a estes, nenhuma limitação se impõe.

Em nosso modo de ver, em princípio, nada impede a demanda de indenização por qualquer deles, ou até mesmo por ambos. Exemplificando: se a mulher comete adultério e o marido a agride fisicamente, cometeram ambos atos culposos, sendo possível a decretação da separação por culpa recíproca. Transitada em julgado esta decisão, nada impede que o marido peça indenização pelos danos morais sofridos em função do adultério, e a mulher peça a ele indenização pelos danos materiais e morais decorrentes das sevícias.

Note-se não se poder falar, no caso, em culpa exclusiva da vítima, para excluir a última hipótese de indenização, já que o adultério da mulher não pode ser considerado causa de não configuração da responsabilidade do marido pelos danos decorrentes das sevícias sofridas.

Mas há casos em que tal indenização não será devida.

Primeiramente, não se poderá, no caso, falar em indenização dos danos derivados do rompimento da relação conjugal, já que a culpa pelo rompimento foi de ambos. E não se podendo falar, em nosso direito, em principal culpado, como ocorre no direito português, a culpa concorrente dos cônjuges no caso exclui a possibilidade de indenização. Assim, em caso de culpa recíproca, só há possibilidade, em tese, de indenização pelo dano decorrente dos atos culposos em si, não do rompimento da relação.

E mesmo com relação aos atos culposos, se forem eles excludentes entre si, a caracterizar causa de não configuração da responsabilidade, também não se poderá falar em indenização. Seria o caso, por exemplo, de ambos os cônjuges cometerem adultérios, em condições semelhantes de agravamento à honra do consorte.

13. Responsabilidade Contratual ou Extracontratual

Entende Regina Papa dos SANTOS ser possível se falar em responsabilidade contratual na infração de deveres do casamento. Para a autora, o casamento é um contrato e os deveres do casamento estipulados no art. 231 do Código Civil são cláusulas contratuais que, se infringidos, dão azo à responsabilidade contratual.

No mesmo sentido, Elizier Willian Gomes MENDES afirma que se deve, "para gerar direito ao lesado à reparação pelos danos causados, aplicar os princípios da responsabilidade civil contratual ao casamento".

A principal consequência desta tese seria admitir a inversão do ônus da prova em favor do autor da ação de reparação. Incumbiria ao réu demonstrar que não violou um dever do casamento.

Com a devida vênia, não concordamos com tal entendimento. Se é certo que o casamento é um contrato, embora de natureza especial (contrato de direito de família, como entende hoje a doutrina majoritária), não se pode, entretanto, incluir o *neminem laedere* como cláusula contratual. Não se pode aceitar a idéia de que o marido que, v. g., causa lesões corporais em sua mulher, está infringindo uma cláusula contratual do casamento.

Fica claro, assim, que a responsabilidade de que se está tratando só pode ser aquiliana (extracontratual).

É neste sentido a precisa lição de José de Castro BIGI:

"E, por último, é preciso deixar claro que essas ações de ressarcimento por dano moral ou material originam-se de culpa extracontratual, culpa aquiliana. Não decorrem de culpa contratual, já que o matrimônio, embora muitos o considerem um contrato, é contrato *sui generis*. Inclino-me, mais, a apresentá-lo como Planiol e Ripert, como uma instituição. Também a Professora Celina A. PERROT caracteriza o casamento como instituição: "La familia generadora de derechos e obligaciones de contenido extrapatrimonial: fidelidad, asistencia reciproca, cohabitación". Mas mesmo que se admita a natureza de contrato de direito de família, *sui generis*, a culpa decorre da prática de um ato antijurídico, produzindo consequências não decorrente do contrato".

E, na doutrina francesa, PLANIOL e RIPERT são claros ao afirmar a natureza aquiliana dessa responsabilidade:

"As interrupções não foram chamadas para justificar essa indenização ao artigo 1142 que acorda perdas e danos pela inexecução de uma obrigação contratual; a obrigação de fidelidade é uma obrigação legal, o casamento não tem exclusivamente um caráter contratual. Ele se mantém no direito comum da responsabilidade delitual (art. 1382)".

14. Não Configuração da Responsabilidade

As causas de não configuração da responsabilidade, como circunstâncias que desconfiguram a obrigação de o agente reparar o dano, são, todas elas, aplicáveis à hipótese aqui tratada. São elas, em síntese: o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal, o exercício regular de um direito, a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito e a força maior, o fato de terceiro, a cláusula de não indenizar, a renúncia e o consentimento do ofendido.

Não é esta a via adequada para estudar todas elas minuciosamente. Cabe-nos aqui referenciar, entretanto, uma situação que tem aplicação específica à separação litigiosa culposa: o perdão. Embora não previsto expressamente na Lei do Divórcio, o perdão concedido expressa ou tacitamente, como referido no revogado art. 319 do Código Civil, exclui do cônjuge ofendido a possibilidade de requerer a separação culposa. Também mencionamos ali que o perdão se aplica não mais exclusivamente ao adultério, como previa o Código Civil, mas agora a todas as causas culposas.

A questão que agora nos interessa é a de saber se o cônjuge ofendido que perdoa a causa culposa pode pretender, ainda assim, indenização do ofensor.

A solução a esta questão só pode ser negativa. A uma, porque as demandas entre cônjuges, na constância do casamento (ressalte-se que o perdão impede a decretação da separação, que só ocorrerá, eventualmente, por outra causa), devem ser evitadas, para não desestabilizarem a família. A duas, porque, dependendo do regime de bens entre os cônjuges vigente, seria incongruente se falar em obrigação de um cônjuge indenizar o outro, mormente em se tratando do regime de comunhão universal. A três, e como fator decisivo, porque o perdão configura hipótese de renúncia, elencada entre as causas de não configuração da responsabilidade.

É neste sentido a lição de Rolf MADALENO:

"Também deve ser assinalado que a reconciliação ou o perdão do cônjuge vitimado pelo agravo moral apaga os efeitos danosos da conduta culposa indenizável, pois, como destaca Aparecida L. AMARANTE, o perdão importa na renúncia ao direito de invocar a culpa". Também cabe aqui uma palavra sobre a prescrição, que não é propriamente uma causa de não configuração da responsabilidade.

Pretende Elizier Willian Gomes MENDES que "não há que se pretender reclamar danos morais advindos do divórcio e da separação já há muito ocorridos", entendendo que "a jurisprudência há de se pronunciar e quantificar sobre esse tempo, podendo ser, talvez, o mesmo lapso temporal que se aguarda do casamento até a possibilidade de se requerer o divórcio direto". Com a devida vênia, temos que discordar. A demanda tem prazo próprio de prescrição (vinte anos, nos termos do art. 177 do Código Civil), não se extinguindo pela simples conversão da separação judicial em divórcio ou pelo decurso do prazo necessário a essa conversão. Tratam-se de demandas absolutamente autônomas. Parece-nos, portanto, insustentável a idéia de se fixar jurisprudencialmente prazo prescricional inferior ao legal.

15. As Causas em Espécie

15.1. Intróito

Neste item pretendemos tratar de algumas das causas que mais comumente justificam a consideração do ato culposos como ato ilícito, gerador da obrigação de reparar o dano. Longe de pretendemos esgotar as causas possíveis, a enumeração é apenas exemplificativa, limitando-se às causas mais comuns.

15.2. Adultério

O adultério é a mais grave forma de violação ao dever de fidelidade, que pode ser classificado como um dos pilares do casamento.

O adultério gera, em regra, indiscutivelmente, dano moral indenizável, sobretudo quando vem a conhecimento público. Tal fato já foi reconhecido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que, entretanto, negou a indenização na espécie, por falta de pedido.

Imagine-se a hipótese de o casal residir em cidade pequena, pacata, ou conviver em meio a grupos tradicionais (religiosos, v. g.). Fatores dessa jaez devem ser especialmente levados em conta na fixação do quantum da indenização.

Para José de Aguiar DIAS, sem cogitar do dano moral que incontestavelmente acarreta, o adultério pode produzir dano material e, em presença dele, a admissibilidade da ação reparatória não pode sofrer objeção, ainda por parte dos que se negam a reconhecer a reparabilidade do dano moral.

E o Tribunal de Apelação do Uruguai já decidiu caso desta natureza. A mulher acionou o marido por danos morais e materiais que tiveram como causa o adultério - que é a máxima deslealdade para

com o outro cônjuge e também para a família inteira. O adultério ficou provado na ação de divórcio. Como consequência do adultério a mulher passou a padecer de problemas psíquicos e foi obrigada a procurar assistência médica. Restou provada na ação, através de prova testemunhal e documental, a existência desses prejuízos e o nexo de causalidade. Inclusive reclamou, como danos morais, o que gastou com o advogado que assistiu a autora na ação de divórcio por adultério. O Tribunal condenou o cônjuge culpado a ressarcir esses danos materiais. Também condenou no ressarcimento do dano moral.

Como assinala Geneviève THOMAS, "o dano moral sofrido pelo cônjuge vítima não é muito difícil de estabelecer: o ultraje à honra conjugal é indiscutível"; e lembra que a jurisprudência tem concedido à vítima contra seu cônjuge reparação pelo ultraje moral sofrido, variando apenas o valor da indenização, sendo que o adultério da mulher é o que mais freqüentemente sugere ação de reparação por parte do cônjuge enganado.

Anote-se ainda a possibilidade de se falar em indenização pelo comparsa do cônjuge adúltero ao inocente. Recentíssima decisão da Justiça americana condenou o amante de uma mulher que se divorciou para com ele casar-se a pagar, ao marido traído, a importância de U\$ 1.400.000,00 (um milhão e quatrocentos mil dólares) a título de indenização.

É de se lembrar que o adultério pode constituir, ainda, impedimento matrimonial ao cônjuge adúltero (art. 183, VII, do Código Civil).

15.3. Injúria Grave

O adultério não é a única forma de se infringir o dever de fidelidade recíproca. Face ao conceito restrito de adultério (prática da conjunção carnal normal), atos diversos da conjunção carnal, que nele não se enquadram, também caracterizam infração ao dever de fidelidade. Estes atos entram na figura genérica da injúria grave.

Assim como o adultério, atos outros também podem causar danos ao cônjuge, que podem gerar a obrigação de indenizar.

Assim, v. g., se um dos cônjuges mantém relacionamento homossexual com terceiros, tal fato pode ocasionar em seu cônjuge profunda dor moral, a justificar a condenação daquele em indenizá-lo.

O mesmo se pode dizer de atos diversos, tais como os relacionamentos extraconjugais íntimos (abraços, beijos, etc.) que, embora não se configurem adultério, podem constituir grave dano moral, violentando a reputação do outro cônjuge.

Recentemente já se fala inclusive do "adultério virtual", o cometido pela Internet, mais propriamente chamado de "infidelidade virtual", já que não se trata de verdadeiro adultério, embora também infrinja o dever de fidelidade.

15.4. Abandono Injusto do Lar

O abandono do lar por um dos cônjuges, especialmente quando se tratar daquele mantenedor da família, pode indiscutivelmente causar danos materiais ao outro, com a privação do necessário para o seu sustento.

O Código Penal incrimina o abandono material no art. 244, que dispõe:

"Art. 244 - Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou valetudinário, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País".

Ademais, independentemente de se tratar do cônjuge que mantém a família materialmente, freqüentemente o abandono provocará danos morais indenizáveis.

É certo que uma ação de alimentos poderá afastar a necessidade mas, até que seja ela proposta, grandes danos já poderão se ter configurado, além dos danos morais, irressarcíveis pelos alimentos.

15.5. Recusa ao Ato Sexual

A recusa ao ato sexual, como infração ao débito conjugal, ocasiona, freqüentemente, sérios problemas psicológicos na vítima. Não se discute ser o ato sexual uma necessidade fisiológica, sendo sua falta causa de diversos distúrbios.

Aquele que injustamente se recusa ao ato sexual, além de dar causa à separação culposa, por infração ao dever de vida em comum no domicílio conjugal, está também praticando ato ilícito,

podendo ser obrigado a reparar eventuais danos ocasionados a seu consorte.

15.6. Ato Sexual Anormal

Tem-se afirmado que a prática de coito anal e demais práticas sexuais ditas anormais (sodomia, sado-masochismo, etc.) podem dar margem à obrigação de indenizar.

Tais práticas sexuais anormais, efetivamente, não correspondem ao débito conjugal, não se podendo afirmar estarem os cônjuges (especialmente a mulher) a elas obrigados.

Entretanto, somente o coito anal praticado contra a vontade expressa da mulher pode dar lugar ao dano moral (e, eventualmente, até material, se houver lesão) que justifique a indenização. Havendo consentimento na prática, ainda que tácito, ou até mesmo pura tolerância, não se pode falar em obrigação de indenizar.

O mesmo se pode dizer, com algumas reservas, das demais formas de prática anormal de sexo. Em regra, somente o dissenso expresso com a prática dá margem à obrigação de indenizar. A reserva diz respeito especialmente ao sado-masochismo, que freqüentemente gera lesões corporais. Aqui, em sendo graves as lesões, o consentimento do cônjuge vítima das agressões não opera eficazmente, sempre havendo lugar para a indenização.

O mesmo se poderá dizer da hipótese (rara na prática, mas em tese possível) em que o coito anal provoque lesão grave.

15.7. Transmissão de Doenças

A transmissão, dolosa ou culposa, de doenças de um cônjuge ao outro é outra causa a justificar a possibilidade de obrigação de indenização. A hipótese mais comum é a de transmissão de doenças venéreas e AIDS.

A primeira observação a se fazer é a de que se requer atitude dolosa ou culposa do cônjuge na transmissão da doença, assim como se requer dolo ou culpa em qualquer outro caso. Se o cônjuge portador da doença não se pode atribuir nenhuma conduta no mínimo culposa, não se poderá falar em obrigação de indenizar. Não há, na hipótese, responsabilidade objetiva. Seria, v. g., o caso do cônjuge que adquiriu AIDS num consultório odontológico e, desconhecendo essa circunstância, transmitiu-a a seu consorte, ou ainda o caso do cônjuge que adquire o vírus em transfusão de sangue em cirurgia médica.

José de Aguiar DIAS também assim entende:

"No mesmo plano devem ser observadas outras infrações aos deveres conjugais, máxime quando em si mesmas constituam violação de um dever geral para com outrem. Assim, a responsabilidade do cônjuge que transmite ao outro moléstia contagiosa, hipótese em que é indiferente, para aparecimento do dever de reparação, que a moléstia tenha ou não sido comunicada intencionalmente, bastando para a caracterização da responsabilidade a simples negligência ou imprudência".

Mas não se exige necessariamente conhecimento da existência da doença pelo cônjuge que a transmite. É possível que a conduta culposa tenha sido até mesmo anterior à aquisição da doença pelo cônjuge que vem a transmiti-la. É o caso, v. g., do cônjuge que mantém relacionamento extraconjugal com pessoa de conduta sexual duvidosa, dela adquirindo doença venérea ou AIDS, transmitindo-a posteriormente ao seu consorte. Sem se levar em conta o adultério cometido, matéria já tratada, ainda que o cônjuge culpado não tenha ciência da aquisição da doença, sua atitude culposa se revelou no ato mesmo de aquisição da doença depois transmitida.

15.8. Atentado Contra a Vida

É por demais evidente que o atentado, por um cônjuge, contra a vida do outro pode gerar neste danos morais e freqüentemente até materiais. Esses danos são indiscutivelmente ressarcíveis.

O Código Civil previa expressamente a "tentativa de morte" como causa para o desquite culposos, expressão esta imprópria, que foi substituída pela causa genérica relativa ao ato que importe em grave violação dos deveres do casamento.

Assim, como violação grave ao dever de mútua assistência, o atentado contra a vida do consorte, além de dar causa à separação litigiosa culposa, gera também a obrigação de indenizar os danos causados, ainda que se trate de tentativa branca, ou seja, que nenhuma lesão provoque.

Deve-se deixar claro que não há necessidade de participação direta do cônjuge, também configurando a hipótese a ação de terceiros a mando do cônjuge.

Ressalte-se, por fim, que a tentativa de homicídio (ou mesmo este consumado) pode ainda gerar impedimento matrimonial para o que perpetrou o crime (art. 183, VIII, do Código Civil).

15.9. Sevícias

Outra causa que era elencada expressamente pelo Código Civil como justificativa para o desquite culposo, a prática de sevícias por um cônjuge contra o outro (normalmente o marido contra a mulher) também configura grave violação ao dever de mútua assistência.

Assim, além de justificar a separação litigiosa por culpa do que infringe ao consorte as sevícias, e além da possível ação penal pelo crime de lesões corporais, pode configurar também obrigação de indenizar pelos danos, materiais e morais, sofridos pelo cônjuge vítima. Como nota Gustavo TEPEDINO, o direito à integridade física configura verdadeiro direito subjetivo da personalidade.

Trata-se, infelizmente, de hipótese ainda bastante comum, que convém ser repelida com rigor pelo Judiciário, já que os casais se devem respeito mútuo. Não pode um dos cônjuges (em regra a mulher) ficar à mercê da agressividade de seu consorte. Como assevera Fernando Brandão Ferreira PINTO, "a dignidade da pessoa humana não é um simples valor moral, mas um valor jurídico, tutelado pelo direito, quando a lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral. Todo indivíduo tem, assim, o direito de exigir de qualquer pessoa que se abstenha de ilicitamente o lesar física ou moralmente, de exigir dos outros um comportamento que respeite os seus diversos modos de ser, físicos ou morais".

Como nota Arnaldo RIZZARDO, o tapa, a bofetada, o pontapé e outras modalidades de agressões, mais ofendem pelo que representam: a humilhação, o vexame, o escândalo, o ridículo. Ou seja, ainda que não provoque lesões corporais, as sevícias são indenizáveis a título de dano moral.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu um caso desta espécie. A mulher promoveu o seu desquite litigioso e alcançou decisão favorável ao seu pedido, tendo o juiz fixado uma pensão de alimentos em seu favor e reconhecido que a requerente sofrera "sevícias e injúrias" do seu ex-marido (art. 317, III, do Código Civil); não se seguiu a partilha dos bens. Alguns anos depois da sentença que decretou a dissolução da sociedade conjugal, o ex-marido da demandante requereu a partilha do único bem imóvel do antigo casal - um apartamento em que a mulher residia há muitos anos, e que teria sido adquirido com os rendimentos da promovente do desquite. Esta última, então, intentou uma ação de indenização contra o ex-marido, com apoio no art. 159 do Código Civil, sob a alegação de que a pensão que lhe fora concedida não se destinara ao ressarcimento dos danos que sofreu com sevícias e injúrias em sentença reconhecidas, mas como dever de socorro. A ação visou não apenas ao ressarcimento dos danos resultantes das ofensas físicas e morais de que foi vítima como, ainda, à propriedade integral do apartamento onde reside - único bem imóvel - em face do disposto no art. 1.611, § 2.º, do Código Civil.

A ação foi julgada improcedente em primeira instância. O acórdão, por maioria de votos, desatendeu ao apelo sob o preponderante fundamento de que a autora não provara os danos que alegara, ou melhor, não demonstrara a ocorrência de prejuízo patrimonial que teria resultado das sevícias e injúrias. Votou vencido o Desembargador Athos Gusmão Carneiro, que deferia o pedido de indenização dos danos morais sofridos pela autora.

Mas, data venia, o acórdão não acolheu a melhor doutrina. A pensão que se concedeu ao cônjuge visou, unicamente, a reparar o prejuízo resultante da dissolução prematura e culposa da sociedade conjugal. Qualquer outro prejuízo que efetivamente sofra o cônjuge inocente impõe ao cônjuge culpado a obrigação de indenizá-lo, e, como são créditos diferentes, de origens diversas, nada impede sua cumulação.

No caso, a demandante obteve a dissolução da sociedade conjugal e a fixação pelo juiz de uma pensão, em seu favor, em razão de ter argüido e, obviamente, provado a culpa do marido, que durante a constância do casamento não somente a seviciava (ofensas físicas, atentado à integridade corporal, etc.) como a injuriava (ofensa à honra, à respeitabilidade, à dignidade, por atos ou palavras).

Toda injúria, como toda sevícia, acarretam, necessariamente, um dano moral e físico, que o pagamento de uma pensão de alimentos não indeniza, mesmo porque tais práticas desbordam da esfera civil para se constituírem ilícitos penais. A pensão não tem o poder de exonerar o cônjuge culpado ou delinqüente das graves infrações cometidas, não apenas contra as obrigações resultantes do casamento mas, e principalmente, contra as que respeitam à honra e à integridade física da pessoa humana.

Parece que o acórdão - travejado com larga erudição e atilado senso exegético - emprestou uma demasiada importância ao fato de a demandante não ter demonstrado, na ação de indenização, os prejuízos materiais que lhe teriam advindo das sevícias e injúrias. Salvo melhor juízo, o fato de a sentença proferida na ação de desquite litigioso ter acolhido o pedido de dissolução da sociedade conjugal pelo fato de o marido "seviciar e injuriar" a sua mulher, e, por isso mesmo, ter fixado em favor

do cônjuge inocente uma pensão alimentícia, dispensaria a repetição da prova na ação de indenização. Sevícias e injúrias acarretam, só por si, danos, notadamente de natureza moral, pois, como diz Sílvio VENOSA, dano moral consiste em lesão ao patrimônio psíquico ou ideal da pessoa. E seria o caso de se perguntar: o réu, cônjuge delinqüente, poderia demonstrar, na ação de indenização, que bater em sua mulher e ofendê-la em sua dignidade nenhum dano lhe causara? .

A pretensão da mulher de ficar com o único bem imóvel do casal, incorretamente veiculada com base no art. 1.611, § 2º., do Código Civil, em verdade teria cabimento em analogia ao disposto no art. 21, § 1º., da Lei do Divórcio, que foi transposto para nosso direito por influência do art. 275 do Código Civil francês, na redação da Lei nº. 75.617/75.

Em outro acórdão do mesmo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, já referido, foi reconhecido, em tese, o direito à indenização por danos causados pela violação a dever conjugal, embora sem condenação a respeito em face da ausência de prova sobre a existência real de dano.

Como se verifica neste julgado, as causas fáticas do pedido eram as seguintes: tendo sido dissolvida a sociedade conjugal pela responsabilidade do marido, em razão da prática de sevícia e injúria grave, e estipulado o seu dever de prestar alimentos à consorte inocente, esta última teria sofrido sérios prejuízos patrimoniais e morais, em face do comprometimento de sua juventude e de seus melhores anos na "empreitada frustrada por culpa do consorte". Sendo que, além de furtar-se ao pagamento da pensão fixada, o ex-cônjuge ajuizara ação de partilha do único imóvel adquirido pelo casal, bem havido exclusivamente com rendimentos da esposa, durante a vigência do casamento.

Embora tenha sido reconhecido que "a infração ao dever imposto pelo contrato, inclusive o de casamento, acarreta direito à indenização", não foi o marido condenado a indenizar a mulher porque esta "não comprovou a existência de dano indenizável", já que buscava o ressarcimento não propriamente pela prática de sevícia e injúria, mas, sim, pelo descumprimento do dever de "assistência material", substituído pela obrigação alimentar.

Observe-se que tal julgado não teve votação unânime, discordando o Desembargador Athos Gusmão Carneiro, por considerar que a agressão física praticada pelo cônjuge acarretou ao inocente "um dano moral, aliás, muito mais relevante em se tratando de agressão de um cônjuge contra o outro. E esse dano moral... impende seja ressarcido".

15.10. Ofensas à Honra

A injúria, a difamação e a calúnia e, em geral, qualquer atentado ao conceito e à consideração das pessoas são formas de lesão à honra. A proteção penal do sentimento de honra tem na repressão a esses delitos um exemplo frisante. Diz-se mesmo que é a mais expressiva das manifestações desse empenho na manutenção da paz social.

Para Luiz Felipe HADDAD, "a mulher que espalha perante a sociedade que o marido é impotente ou que não é o verdadeiro pai de seus filhos estará certamente inflingindo-lhe (sic) dano moral. Nesses casos, o fato extrapola o problema da quebra de compromisso, para se enquadrar em pura agressão à dignidade da pessoa".

Como decidiu, certa feita, o Tribunal de Alçada de São Paulo, ainda que não configure denúncia caluniosa, por não se ter instaurado ação penal contra a vítima, a acusação injusta obriga à indenização.

15.11. Imputação de Fatos Ofensivos em Juízo

Esta hipótese é, na verdade, uma especificação da anterior. O cônjuge que imputa ao outro, em Juízo, fatos ofensivos à sua honra, está, em verdade, ofendendo sua honra.

Mas esta hipótese é tratada autonomamente por três razões ponderáveis: sua freqüente incidência, sua maior gravidade e sua relação com a teoria do abuso do direito. Já tratamos da hipótese anteriormente, onde afirmamos a possibilidade do cônjuge vítima da imputação ofensiva requerer, em reconvenção, a separação judicial culposa contra o ofensor. Ou seja: a imputação ofensiva caracteriza conduta desonrosa para o efeito de dissolução da sociedade conjugal.

É de se notar que o art. 1.778º. do Código Civil português, com a redação que lhe deu o Decreto-Lei nº. 261/75, hoje alterada pelo Decreto-Lei nº. 496/77, previa como causa de divórcio "o decaimento em ação de divórcio ou separação na qual tenham sido feitas imputações ofensivas da honra e dignidade do outro cônjuge".

Mas é preciso deixar claro aqui que, além da infração ao dever conjugal e, eventualmente, até de norma penal, a imputação ofensiva, por aplicação da teoria do abuso do direito, é também infração civil, dando margem à obrigação do ofensor de indenizar a vítima.

Como afirma Pedro Baptista MARTINS, quem recorre às vias judiciais deve ter um direito a

reintegrar, um interesse legítimo a proteger, ou, ao menos, uma razão séria para invocar a tutela jurídica (caso das ações declaratórias). Por isso, "a parte que intenta ação vexatória incorre em responsabilidade, porque abusa de seu direito".

Exemplificando: o cônjuge que imputa ao outro adultério sabidamente falso estará cometendo: a) conduta desonrosa, a justificar a separação por culpa sua, a ser pedida pelo outro em reconvenção; b) crime de calúnia, a justificar sua condenação criminal; c) ato ilícito, a justificar sua condenação na obrigação de indenizar o outro.

Mas, repise-se, é indispensável a ciência pelo ofensor da falsidade da causa imputada. Ou seja, não basta a improcedência da demanda para que se considere tenha ele abusado do seu direito de ação. Em acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, 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.

Consta do julgado que o cônjuge "agiu de má fé, ao distorcer os fatos, insinuando a prática de adultério por sua mulher e faltando com a verdade ao noticiar a presença de um homem desconhecido, em sua casa, em companhia dela, quando as provas demonstraram tratar-se de pessoa amiga da família e do próprio réu e que ali não estava só, mas acompanhado por outras pessoas". Sendo que, embora não se tenha produzido prova de "efeito material resultante do dano moral verificado", foi dada procedência ao pedido indenizatório, em razão da "dor moral" sofrida pela consorte, decorrente da ofensa à sua "honra e dignidade".

Também o Supremo Tribunal Federal, em antigo acórdão, reconheceu a possibilidade de injúria na ação entre cônjuges:

"Pode ocorrer a injúria de um contra outro cônjuge, no curso da ação de desquite. Tudo se cifra em verificar na atitude do contendor abuso de direito no exercício da demanda ou excesso dos limites da imunidade judiciária".

15.12. Demanda de Interdição

O fato de um dos cônjuges demandar, maliciosamente, a interdição do outro, sabendo ser falsa a imputada doença, pode também ser causa para a obrigação de indenizar.

Trata-se de outra forma de aplicação da já tão mencionada teoria do abuso do direito, no campo do direito de ação. O art. 447, II, do Código Civil dá ao cônjuge a faculdade de promover a interdição do outro. Mas esse direito deve ser exercido com prudência, não podendo servir de meio de vindita.

Requerendo um cônjuge a interdição do outro, alegando doença mental sabidamente falsa, estará lhe causando danos morais (e eventualmente até materiais) ressarcíveis.

15.13. Simulação de Gravidez

Em decisão inédita, o Tribunal de Justiça de São Paulo considerou devida indenização por dano moral decorrente da simulação do estado de gravidez para fins escusos, pela esposa, com repercussão negativa (perturbação das relações psíquicas do ex-marido).

O referido acórdão julgou pedido de reparação de danos morais deduzido pelo marido, em razão de simulação de gravidez por parte de sua mulher.

Nele se verifica, no plano dos fatos, que ambos os cônjuges eram médicos, trabalhavam no mesmo consultório e, quando se iniciaram as desavenças conjugais, a esposa apresentou-se perante o marido e a sociedade com uma falsa gravidez, chegando a obter o afastamento do consorte do lar conjugal, sob este simulado argumento.

Tal atitude da consorte foi havida como "agressão à dignidade pessoal" do marido, "ofensa que constitui dano moral, que exige compensação indenizatória pelo gravame sofrido". A difusão, por motivos escusos, de um estado de gravidez inexistente provocou "um agravo moral que requer reparação, com perturbação nas relações psíquicas, na tranqüilidade, nos sentimentos e nos afetos do autor, alcançando, desta forma, os direitos da personalidade agasalhados nos incs. V e X, do art. 5º, da CF".

E, com efeito, assiste razão à Corte paulista. A simulação de gravidez por parte da mulher pode realmente gerar dano moral indenizável.

15.14. Maus Tratos aos Filhos

Os maus tratos infligidos por um dos cônjuges aos filhos comuns também podem gerar no outro profunda dor, pelo amor que se presume que tenha pela prole.

Não se está aqui a tratar dos danos provocados aos próprios filhos, mas do dano moral sofrido pelo cônjuge que vê seu consorte maltratar sua prole.

A expressão "maus tratos" aqui não tem o sentido limitado que lhe dá o art. 136 do Código Penal. Ao

contrário, abrange todas as formas de infração ao amplo dever inscrito no inciso IV do art. 231 do Código Civil (sustento, guarda e educação dos filhos).

Este dispositivo deixa implícita a possibilidade da demanda que figuramos, tendo em vista que, embora o dever aqui estampado tenha como destinatário(s) o(s) filho(s), trata-se de um dever para com o cônjuge, dever do casamento, diverso do dever para com o(s) filho(s), decorrente do pátrio-poder.

Ou seja: é direito do cônjuge que seus filhos sejam bem tratados por seu consorte. Se a infração a esse dever pode ensejar a separação judicial por culpa do infrator, nada impede também a reparação do dano moral por este provocado em seu consorte, sem prejuízo, repita-se, da indenização que o pai pode ser obrigado a pagar ao filho vítima.

16. Conclusões

Após todo o exposto, é possível se afirmar, em conclusão:

1. O ato de grave violação dos deveres do casamento e a conduta desonrosa são enquadráveis no art. 159 do Código Civil. Os alimentos a que é condenado o cônjuge culpado, embora possam ter também natureza indenizatória, não reparam integralmente o dano, já que só se referem à cessação do dever de mútua assistência.
2. Há danos derivados do descumprimento dos deveres conjugais e danos derivados do rompimento da relação matrimonial, ambos indenizáveis.
3. Não se admite no direito brasileiro a cumulação das demandas de separação ou divórcio e de indenização, por não ser, para ambas, o mesmo foro competente.
4. Mesmo havendo culpa recíproca pode se dar a obrigação de um cônjuge indenizar o outro pelos atos culposos que cometeu.
5. A responsabilidade, nestes casos, não é contratual, mas aquiliana, baseada no *neminem laedere*.
6. Havendo perdão, a causa perdoadada não poderá servir de fundamento para se pedir indenização, por caracterizar o perdão hipótese de renúncia.

17. Referências Bibliográficas

BELLUSCIO, Augusto C.. Danos y perjuicios derivados del divorcio. In: Responsabilidad civil en el derecho de familia, Editorial Hammurabi.

BENJAMIN, Peter. Le divorce, la séparation de corps et leurs effets em droit international privé français et anglais. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1955.

Bíblia Sagrada. Trad. João Ferreira de Almeida (Revisão e corrigida). 71. impressão. Rio de Janeiro: Imprensa Bíblica, 1990.

BIGI, José de Castro. Dano moral em separação e divórcio. In: Revista dos Tribunais. São Paulo, ago./1991, vol. 670.

_____. Indenização por rompimento de casamento. In: Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família. Coord. Tereza Arruda ALVIM. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, vol. 2.

BITTAR, Carlos Alberto. Reparação civil por danos morais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

BORRICAND, Jacques. Les effets du mariage après sa dissolution. Paris: Générale de Droit et de Jurisprudence, 1958.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial nº. 93.253-SP. Relator: Ministro Ari Pargendler. In: Cadernos do Ministério Público do Paraná. Curitiba: Núcleo de Comunicação Institucional, fev./2001, vol. 4, nº. 1.

_____. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Recurso Extraordinário nº. 11.530. Relator: Ministro Orozimbo Nonato. In: Revista Forense. Rio de Janeiro, mar.-abr./1954, vol. 134.

CAHALI, Yussef Said. Divórcio e separação judicial. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. Dano moral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CARVALHO NETO, Inacio de. Responsabilidade do Estado por atos de seus agentes. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. Separação e divórcio: teoria e prática. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2001.

CRISPINO, Nicolau Eládio Bassalo. Responsabilidade civil dos conviventes. In: A família na travessia do milênio: anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

CRUZ, João Claudino de Oliveira e. Dos alimentos no direito de família. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

ESPÍNOLA, Eduardo. A família no direito civil brasileiro. Rio de Janeiro: Conquista, 1957.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Conjugalidade: descasamento, recasamento e fim do amor. In: A família na travessia do milênio: anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

FULGÊNCIO, Tito. Do desquite. São Paulo: Saraiva, 1923.

GOMES, Orlando. Direito de família. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. Responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GUIMARÃES, Marilene Silveira. Adultério virtual, infidelidade virtual. In: A família na travessia do milênio: anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

GURGEL, J. do Amaral. Desquite. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1957, vol. 2.

HADDAD, Luiz Felipe. Reparação do dano moral no direito brasileiro. In: Livro de Estudos Jurídicos. Coord. James TUBENCHLAK e Ricardo Silva de BUSTAMANTE. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991.

MADALENO, Rolf. O dano moral na investigação de paternidade. In: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, nov./1997, vol. 71.

MAIA, Múcio de Campos. Natureza contratual da pensão alimentar estipulada no desquite