

ANA CAROLINA GASPARINI

**RESPONSABILIDADE CIVIL E DANO MORAL
NO DIREITO DE FAMÍLIA**

ANA CAROLINA GASPARINI

RESPONSABILIDADE CIVIL E DANO MORAL À
FAMÍLIA

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Instituto
Municipal de Ensino Superior,
como requisito de Curso de
Graduação de Direito.

Orientador: Jesualdo Eduardo de Almeida Junior
Área de concentração: Direito Civil

ASSIS
2010

FICHA CATALOGRÁFICA

GASPARINI, Ana Carolina

Responsabilidade civil e dano moral no direito de família / Ana Carolina Gasparini. Fundação Municipal de Ensino Superior - FEMA - Assis, 2010.

64 p.

Orientador: Jesualdo Eduardo de Almeida Junior

Trabalho de Conclusão de Curso - Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis

1.Responsabilidade Civil. 2.Dano.

CDD: 340

Biblioteca da FEMA

RESPONSABILIDADE CIVIL E DANO MORAL NO DIREITO DE FAMÍLIA

ANA CAROLINA GASPARINI

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Instituto
Municipal de Ensino Superior,
como requisito de Curso de
Graduação de Direito analisado
pela seguinte comissão
examinadora:

Orientador: Jesualdo Eduardo de Almeida Junior

Analizador (1): Gerson José Benelli

Assis
2010

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho exclusivamente à minha mãe Vera e meu pai Luis, pois sem o esforço e total apoio deles não teria dado nem o primeiro passo para a realização desse sonho. Sempre mostrando-me o caminho que devo seguir, com muito amor, carinho e compreensão. Obrigada por tudo. Amo vocês.

AGRADECIMENTOS

Quero agradecer àquelas pessoas que me deram amor, que sorriram para mim quando eu precisei; que afagaram meus cabelos enquanto eu chorei; que me indicaram os caminhos; que seguraram minha mão e disseram: “vai em frente” quando eu dizia “não consigo”.

Primeiramente quero agradecer a Deus por me proporcionar a realização dessa etapa, toda a força que tive para enfrentar momentos difíceis, e essa oportunidade.

Não posso deixar de agradecer meus pais, por confiarem na minha capacidade e me ajudarem nesse sonho. Por me entenderem e estarem comigo nas horas mais difíceis me dando força e coragem pra seguir em frente e acreditar que tudo isso um dia irá valer a pena. Por estarem sempre ao meu lado me ensinando sempre a ser uma pessoa melhor.

Ao meu mestre e orientador Jesualdo por me ajudar nessa etapa tão difícil, me ajudando e tirando dúvidas, sem o qual não teria finalizado esse trabalho, é uma honra ser sua orientanda, muito obrigado pelas suas aulas que me ajudaram muito e sua orientação, meu eterno agradecimento.

A todos os meus professores que no decorrer desses anos ajudaram cada um de uma forma a contribuir com o conhecimento que tenho hoje. Obrigado Jesualdo, Claudio Sanches, Edgard, Maria Luiza, Ricardo Fracasso Fernando Sá, Lenise que está sempre pronta a ajudar e não mede esforços para nos passar seu conhecimento, que me ajudou muito, a Leonardo de Genova que muitas vezes me mostrou o caminho a seguir, e ao coordenador do curso Gerson Beneli.

Ao meu marido Marcos que sempre esteve ao meu lado me dando força nos momentos difíceis, ouvindo minhas

angústias e medos, minhas noites sem dormir, e por entender a minha ausência todas as noites, e minha filha Ana Clara que é a razão de toda essa luta, que muitas vezes tive que deixar em casa doente para poder ir à faculdade. AMO VOCÊS.

À minha eterna amiga Gislaene que não poderia esquecer, pois essa faculdade não seria a mesma sem ela e as nossas conversas na sala de aula, uma pessoa maravilhosa que sempre esteve do meu lado nas horas que mais precisei, nos choros e nas alegrias, nas provas e nas peças difíceis, e não esquecendo as caronas.

E a todos que direta ou indiretamente contribuíram para esse período.

RESUMO

A finalidade do presente trabalho é a reflexão sobre a aplicação da teoria da responsabilidade civil às possíveis violações dos deveres jurídicos pertinentes às relações familiares, em especial nas relações decorrentes da união estável. Para isso partiu-se da análise das possibilidades e casos concretos de responsabilidade civil no âmbito familiar.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil; Violações; Deveres; Relações Familiares; União Estável.

ABSTRACT

The purpose of this work is a reflection on the application of the theory of liability for possible violations of legal duties pertaining to family relations, especially in relationships derived from the stable. To do so is an analysis of the possibilities and actual cases of civil liability within the family.

Keywords: Liability; Violations; Duties; Family Relations; Stable Union.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	11
2. RESPONSABILIDADE CIVIL E DANO MORAL.....	13
2.1 CONCEITOS.....	13
2.2 CARACTERIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	15
2.3 TIPOS DE RESPONSABILIDADE CIVIL....	17
2.3.1 Responsabilidade Civil Contratual.....	17
2.3.2 Responsabilidade Civil Extracontratual.....	18
2.3.3 Responsabilidade Subjetiva.....	19
2.3.4 Responsabilidade Objetiva.....	23
2.4. CONCEITO DE DANO MORAL.....	25
2.4.1 Dano Moral no Direito Brasileiro.....	31
3. RESPONSABILIDADE CIVIL E DANO MORAL ENTRE CÔNJUGES.....	35
3.1 A RELAÇÃO CONJUGAL.....	35
3.2 O PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS ENTRE CÔNJUGES NO DIREITO BRASILEIRO.....	38
3.3 APURAÇÃO DA CULPA.....	41
4. RESPONSABILIDADE CIVIL E UNIÃO ESTÁVEL.....	45
4.1 HISTÓRICO.....	45
4.2 CONCEITO E CARACTERIZAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL.....	48
4.3 DISSOLUÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL E SEUS EFEITOS.....	53
4.4 A OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR.....	54
5. RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO.....	59
5.1 CASAMENTO E SEPARAÇÃO.....	59
5.2 ABANDONO DO LAR.....	61
5.3 VALORIZAÇÃO DO AFETO NA CIÊNCIA JURÍDICA.....	64
5.4 A AFETIVIDADE ENQUANTO DEVER DOS PAIS.....	66

5.5 RESPONSABILIDADE CIVIL X AFETIVIDADE....	67
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	69
REFERÊNCIAS.....	70
ANEXO A.....	75
ANEXO B.....	76
ANEXO C.....	77
ANEXO D.....	82

1 INTRODUÇÃO

Entende-se como família o centro de preservação da pessoa. Antes de ser considerada como célula básica da sociedade, é considerada a essência do ser humano. Por conta do seu valor extremo, ela deve ser zelada e protegida pelo Estado conforme artigo 5º da Constituição Federal:

A preservação da dignidade opera-se especialmente por meio da proteção aos direitos da personalidade, que têm como objeto os atributos físicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais, compondo-se de valores inatos, como a vida, a integridade física e psíquica, a liberdade e a honra.

Além disso, as relações familiares, bem como suas obrigações e direitos, são tratadas junto à Vara da Família. Esta se inclui na modalidade de Direito de Família contendo estas normas jurídicas relacionadas com a estrutura, organização e proteção da família. Uma tribuna criada especialmente para as questões familiares é extremamente importante tendo em vista os inúmeros e mais variados casos a serem resolvidos.

Nos casos de rompimentos de relações conjugais, os direitos de personalidade podem ser violados, decorrentes de descumprimentos de deveres do casamento, como por exemplo, o respeito e a proteção.

Além disso, situações como atentado à vida do cônjuge, abandono moral, ofensas morais, entre outras, ofendem e lesam os direitos da personalidade do indivíduo. Por isso o cônjuge que se sentir lesado pode solicitar indenização por danos sofridos. A ocorrência do desamor não justifica o direito à indenização tendo em vista que amar não é dever jurídico.

Para o cumprimento da responsabilidade civil na separação conjugal é necessário que haja o ato ilícito e o dano moral ou material, ligados pelo nexo causal. Na união estável o procedimento para a responsabilidade civil é o mesmo do casamento. Tendo ocorrido o descumprimento de um dos deveres da relação, é possível a indenização.

Inserida ainda no Direito de Família, a responsabilidade civil relativa à união estável gera, ainda, muita polêmica. No entanto, a relação é respaldada em lei tanto quanto o casamento então, os companheiros também têm direitos assim como obrigações perante a união.

A indenização passou a ser também legalizada perante a união estável. Uma possível dissolução da relação pode permitir que a parte lesada solicite um pedido de indenização, seja o motivo qual for. No entanto, cabe à justiça avaliar e confirmar a verdadeira existência da união e, de acordo com o motivo, fazer jus à decisão.

Relativo a pais e filhos, a responsabilidade civil tem grande importância principalmente no que tange aos deveres de guarda, sustento e educação. Sendo assim, a justiça tem reconhecido a aplicação conveniente nos casos de responsabilidade civil nas relações de família.

O objetivo do trabalho é proporcionar uma visão geral da responsabilidade civil no Direito de Família, tendo em vista as mudanças ocorridas desde a Constituição Federal de 1988. Isso implica o surgimento de novas leis que atendem às mudanças sócio-econômicas de um mundo tão moderno refletindo, assim, nas relações paterno-filiais. Isso requer a constante evolução da legislação, assim como atualização dos especialistas na área jurídica.

2.2 RESPONSABILIDADE CIVIL E DANO MORAL

2.1 CONCEITOS

O objetivo principal desse capítulo é estudar a responsabilidade civil, seus conceitos, pressupostos e espécies. E ligado a isso, analisar o conceito de dano moral no Direito brasileiro. Um capítulo que serve de alicerce, com conceitos básicos e simples, para que assim possa ser discorrido o tema da presente monografia.

O termo “responsabilidade” deriva do verbo latino *respondere*, de *spondeo*, e de acordo com Diniz (1993, p. 28) correspondia à antiga:

Obrigação contratual do direito quiritário romano onde o devedor se vinculava ao credor nos contratos verbais. Esses contratos implicavam em perguntas e respostas (*spondesne mihi dare Centum? Spondeo*, ou seja, promete me dar um cento? Prometo)..

A questão da responsabilidade decorrente do dano sempre foi presente na humanidade, desde os povos mais primitivos. Os romanos não construíram uma teoria de responsabilidade civil, porém, acabaram por contribuir para a evolução da mesma. Isso se deu através do desenvolvimento no desenrolar de casos, decisões de juízes, respostas de juriconsultos e constituições imperiais. Disso tudo foram extraídos princípios e conceitos sistematizados. No império romano as responsabilidades civis e penais não eram distintas, mas acarretavam numa pena imposta ao causador do dano. Por conta de se tratar de um tema com grandes divergências doutrinárias, citaremos as definições de autores diferentes.

De acordo com os professores Gagliano e Pamplona Filho (2003, p. 76):

De fato, nas primeiras formas organizadas de sociedade, bem como nas civilizações pré-romanas, a origem do instituto está calcada na concepção da vingança privada, forma por certo rudimentar, mas

compreensível do ponto de vista humano como lúdima reação pessoal contra o mal sofrido.

Diante da visão do delito do Direito Humano, existiu a Pena do Talião que evoluiu com o advento da Lei das XII Tábuas. Essa lei consistiu na fixação do valor da pena a ser paga pelo ofensor ao ofendido.

A idéia de responsabilidade segundo Santana (1997, p. 4):

Ingressa na órbita jurídica depois de ultrapassada, entre os povos primitivos, a fase da reação imediata, inicialmente grupal, depois individual, passando pela sua institucionalização, com a pena do talião, fundada na idéia de devolução da injúria e na reparação do mal com mal igual, já que qualquer dano causado à outra pessoa era considerado contrário ao direito natural.

A partir de então, com o desenvolvimento tecnológico e a consequente divisão social do trabalho, a pena deixou de ser pessoal para ser patrimonial.

O ápice da evolução deu-se com a Lex Aquilia que originou a responsabilidade civil delitual ou extracontratual, ou seja, a responsabilidade civil aquiliana.

No Código Civil de Napoleão foi incorporada a idéia de reparação do dano sofrido, que substituiu a concepção de pena. Essa mudança exerceu grande influência no Código Civil Brasileiro de 1916.

Em 1966 o Supremo Tribunal Federal admitiu a reparação do dano moral. A Constituição Federal foi promulgada em 05 de outubro de 1988 estabelecendo em seu artigo 37, § 6º, que:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

O Artigo 12 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor) estabeleceu que:

O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

Por último, o Código Civil Brasileiro de 2002 consagrou a responsabilidade civil no parágrafo único do artigo 927 e previu, no artigo 186, a reparação do dano exclusivamente moral.

A responsabilidade civil segundo Pereira (1992, p. 148):

Consiste na efetivação da reparabilidade abstrata em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma. Reparação e sujeito passivo compõem o binômio da responsabilidade civil, que então se enuncia como o princípio que subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano.

Já Azevedo (1994, p. 98) cita que “A responsabilidade civil é a situação de indenizar o dano moral ou patrimonial, decorrente de inadimplemento culposos, de obrigação legal ou contratual, ou imposta por lei.”

Serpa Lopes (1995, p. 68) enfatiza que o conceito de responsabilidade civil “significa a obrigação de reparar um prejuízo, seja por decorrer de uma culpa ou de um outra circunstância legal que a justifique, como a culpa presumida, ou por uma circunstância meramente objetiva.”

Esse entendimento é o mesmo de Soares (1997, p. 9) dizendo que a responsabilidade civil “se exprime na obrigação de responder por alguma coisa, ou seja, assumir o pagamento do que se obrigou ou do ato que praticou.” Sendo assim, a responsabilidade pode ser gerada de compromisso ou ato praticado que gerou dano.

Diante das definições citadas, afirma-se que a responsabilidade civil é a obrigação que uma pessoa tem de reparar o dano causado à outra. Há diversas condições onde uma pessoa pode ser considerada responsável pelo dano sofrido por outra pessoa. Com isso a justiça pode definir em que medida

a pessoa que cometeu o dano está obrigada a repará-lo. O dano é reparado através da indenização que é quase sempre pecuniária podendo o dano ser à integridade física, à honra ou aos bens de uma pessoa. A grande dificuldade é estabelecer quais os requisitos essenciais para a configuração da responsabilidade.

2.2 CARACTERIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Como em todas as doutrinas e jurisprudências, vários autores têm seus estudos voltados à responsabilidade civil. Enfatizaremos Diniz (1993) que cita três elementos necessários para a configuração da responsabilidade civil:

a) Uma ação ou omissão: é o ato voluntário podendo ser praticado:

a.1 - Pelo próprio agente causador do dano;

a.2 - Por terceiros, nos casos de danos causados pelos filhos, tutelados, curatelados, empregados, hóspedes e educandos;

a.3 - Por fato causado por animais e coisas que estejam sob a guarda do agente.

b) Um dano patrimonial ou moral:

b.1 - O dano patrimonial, também chamado de material, é o dano real ao patrimônio acarretando na perda, total ou parcial, dos bens materiais cabendo, nesse caso, indenização pelo responsável;

b.2 - O dano moral é a lesão de interesses imateriais de pessoa física ou jurídica cabendo também reparação dos prejuízos à vítima. A justiça inclui nos danos morais, além de ofensas à personalidade, a dor, o sofrimento e a angústia.

c) O liame entre os dois primeiros: é a chamada relação de nexo de causalidade entre a ação ou omissão e o dano patrimonial ou moral. Não há a obrigação de indenizar se não existir o nexo causal, afinal, a causa do dano tem que estar relacionada com o comportamento do agente.

A regra geral que norteia a teoria da responsabilidade civil consiste na determinação de que o causador do dano o repare de acordo com o que se encontra insculpido no artigo 159 do Código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia, violar direito ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.”

Se existir um dano, espera-se que o mesmo seja compensado. A dúvida existente, atendo-se na jurisprudência brasileira, é que muitos casos são resolvidos de forma a não agradar as possíveis vítimas. Isso acaba levando-as a solicitar recursos ocasionando maior demora na definição do caso, além do aumento de honorários advocatícios. Por outro lado, muitas vezes a justiça se depara com casos tão simples que poderiam muito bem ser resolvidos de forma madura e sem o envolvimento da justiça, mas, infelizmente o que pesa nesse caso é a chamada honestidade e integridade do indivíduo.

2.3 TIPOS DE RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil, surgindo da inadimplência de uma obrigação negocial, é chamada de responsabilidade contratual, ou seja, um negócio jurídico que teve uma obrigação não cumprida. Ainda existe a responsabilidade extracontratual, também chamada delitual ou aquiliana, como já foi citado anteriormente, é aquela decorrente diretamente da lei, ou seja, ofensor e vítima não precisam ter qualquer relação contratual para ocorrer o dano. Então, esses dois tipos de responsabilidade são decorrentes de um fato gerador.

2.3.1 Responsabilidade Civil Contratual

Comumente a doutrina conceitua a responsabilidade contratual como violação de um contrato, ou seja, uma das partes envolvidas em um negócio descumpriu a sua obrigação. Nesse caso a lei entende que esse tipo de responsabilidade refere-se apenas à vontade das partes em descumprir uma obrigação.

Outros autores entendem que, além da vontade das partes, a violação pode ocorrer também baseada em uma lei. Poderíamos citar como exemplo o pagamento do IPTU quando então um cidadão deixa de pagá-lo. Tratando-se de um imposto, o cidadão tem a obrigação de pagar, pois se não o fizer torna-se um inadimplente com o Estado. Isso porque houve uma relação entre o Estado e o sujeito, pois o imposto é algo estabelecido, tornando-se assim obrigatório.

Relativo à obrigação de pagamento de impostos, alguns estudiosos tratam o assunto como dever jurídico e não obrigação. Vejamos a definição de Caio Mário da Silva (2002, p. 25):

Atentemos, mais de perto, no assunto. Há obrigações que decorrem exclusivamente da Lei como são os deveres políticos (ser eleitor) ou as determinadas para com o estado (pagar tributos), ou ainda as pecuniárias na órbita familiar (alimentar os filhos). Mas todas elas não podem inscrever-se como obrigações em sentido técnico estrito, aqui considerado. São, antes, deveres jurídicos.

Na responsabilidade contratual não há necessidade do contratante provar a culpa do inadimplente para receber indenização de perdas e danos. Simplesmente prova-se o inadimplemento, mais nada. Para livrar-se da culpa, o devedor deve provar a inexistência da mesma ou presença de qualquer excludente do dever de indenizar. O devedor pode até isentar-se da indenização se provar que o episódio se deu por conta de caso fortuito ou força maior.

2.3.2 Responsabilidade Civil Extracontratual

Como já citado anteriormente, a responsabilidade extracontratual também é chamada de delitual ou aquiliana. Sua ocorrência se dá antes do dano acontecer não havendo assim nenhum vínculo jurídico entre as partes, portanto, sem nenhum tipo de relação obrigacional. Trata-se da prática de um ato ilícito causado por pessoa capaz ou incapaz. Esse tipo de responsabilidade tem como fonte a lei.

Contrário ao que ocorre na contratual, na responsabilidade extracontratual há necessidade do lesado provar a culpa do agente. Para a efetivação de uma indenização a lei preconiza algumas condições:

- Ação ou omissão do agente;
- Nexos de causalidade entre a ação do agente e o dano causado;
- Dano moral ou material;
- Dolo ou culpa.

Como exemplo citaremos o caso de um indivíduo que conduz o seu automóvel nas ruas de uma determinada cidade e, por falta de atenção colide seu carro contra outro. Nesse caso a ocorrência se deu por imprudência de um dos motoristas, mas em momento algum estava previsto o acontecido, ou seja, não havia nenhum acordo entre as partes, existindo então a culpa por um dano. Cabe, nesse caso, a aplicação do artigo 186 do Código Civil dizendo que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Apesar de a responsabilidade extracontratual basear-se na culpa, pode ainda basear-se na responsabilidade sem culpa, baseada no risco. Sendo assim, alguns autores dividem a responsabilidade civil extracontratual, quanto ao fundamento, em subjetiva e objetiva. Essas não são consideradas como diferentes espécies de responsabilidade, mas sim como diferentes formas de considerar a obrigação de reparar o dano.

Sabemos que a todo o momento surgem casos de responsabilidade civil, afinal, quando um indivíduo sofre um dano, tanto moral como material, ocorrem desequilíbrios de acordo com a origem do dano. Essas situações levam aos pedidos de soluções, mesmo porque ofensas não podem ficar sem reparação.

2.3.3 Responsabilidade Subjetiva

A responsabilidade subjetiva ou *aquilianiana* é baseada na culpa do agente e essa culpa deve ser comprovada para a posterior obrigação indenizatória. O causador do dano somente torna-se responsável quando há o reconhecimento da ação se com dolo ou culpa. Essa é a teoria clássica, também chamada teoria da culpa ou subjetiva, pois depende do comportamento do sujeito. Nesse caso a prova da culpa *lato sensu*, que abrange o dolo, ou *strictu sensu*, constitui-se num pressuposto do dano indenizável. A culpa *lato sensu* é caracterizada pela negligência ou imprudência. É o elemento subjetivo onde o sujeito tem vontade de praticar o ato danoso. O dolo *strictu sensu* é a intenção que o sujeito tem de praticar o dano.

Como exemplo podemos citar o caso de uma instituição que nega a re-matrícula de um determinado aluno. Sendo assim, o dano poderá enquadrar-se em três situações:

- Acadêmica;
- Financeira ou material;
- Moral.

Para haver a comprovação do nexo da causalidade, ou seja, o elo entre a conduta culposa do causador do dano e dano sofrido, há necessidade de demonstração da situação onde o dano específico foi decorrente de uma determinada conduta culposa.

Se o aluno comprovar que o dano alegado, em uma das três situações citadas anteriormente, foi resultante da instituição de ensino, pelo fato do mesmo estar inadimplente, estará demonstrado o nexo causal. O aluno que provavelmente irá requerer indenização pelo ato danoso, deverá provar os três elementos essenciais: conduta culposa do agente, dano sofrido e nexo causal. Caso o aluno não consiga provar nenhum deles, o seu pedido poderá ser julgado improcedente.

No artigo 186 (artigo 159 do Código Civil de 1916) do Código Civil de 2002, manteve-se a culpa como elemento fundamental da responsabilidade

subjetiva, ou seja, para o ressarcimento deve-se comprovar a culpa, sendo a ação do agente voluntária, negligente ou imprudente ou seja, “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

O artigo 927 também contempla a culpa na responsabilidade subjetiva enfatizando que “Aquele que, por ato ilícito (artigos 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

Como a responsabilidade subjetiva é fundada na culpa e no dolo, este último sempre acarretará responsabilidade.

A idéia da responsabilidade subjetiva pode ser explicada numa situação onde o agente tem a intenção de praticar o ato danoso ou ainda se tem conduta negligente. Isso demonstra que a responsabilidade subjetiva possui como características imprescindíveis:

- A ação ou omissão do sujeito ativo;
- A vítima sendo o sujeito passivo;
- Um dano sofrido pela vítima;
- O nexo de causalidade entre o causador do dano e a vítima.

Há casos na responsabilidade subjetiva chamados de *culpa in eligendo* ou *in vigilando* onde a vítima, evidenciando a causa, impede, possivelmente, o agente causador da culpa de responder civilmente por ausência de causalidade.

Infelizmente a responsabilidade subjetiva mostrou-se por muito tempo insuficiente levando o lesado à insatisfações em relação aos seus prejuízos. Isso porque em muitos casos era impossível que a vítima conseguisse provar o dano. Isso ainda acontece pois num mundo tão moderno onde a tecnologia está cada vez mais avançada, e até mesmo a questão do crescimento demográfico, muitas vezes impedem a vítima de conseguir provar a culpa do dano que sofreu.

Normalmente ocorrem casos, por exemplo de acidente de trabalho em que o empregado nunca conseguiu provar a culpa do empregador, quer por

falta de documentos que comprovassem e até mesmo falta de testemunhas. Essa última muitas vezes ocorre por conta de medo pois muitas vezes, a participação como testemunha num processo, pode levá-la à demissão.

Para Stoco (1999, p. 76):

A insatisfação com a teoria subjetiva tornou-se cada vez maior, e evidenciou-se a sua incompatibilidade com o impulso desenvolvimentista de nosso tempo. As multiplicações de oportunidades e das causas de danos evidenciaram que a responsabilidade subjetiva mostrou-se inadequada para cobrir todos os casos de reparação.

No caso do Direito de Família, a responsabilidade civil é subjetiva onde é necessário haver a demonstração de culpa pra que a vítima possa solicitar o ressarcimento da dano sofrido. Como exemplo podemos citar a ruptura de um noivado. A relação ainda não é um contrato, portanto, trata-se de responsabilidade civil subjetiva decorrendo do ato culposo em sentido lato (culpa e dolo) por um dos noivos.

E quais podem ser as consequências nesses caso? O casal, no exemplo, duas pessoas livres e desimpedidas, noivam com a intenção futura de se casarem e tudo isso cria expectativa. O rompimento da relação pode ocasionar danos tanto materiais como morais, mesmo com base no artigo 1538, inciso III do novo Código Civil que enfatiza “a celebração do casamento será imediatamente suspensa se algum dos contraentes: III- manifestar-se arrependido.”

O noivo que rompeu a relação não pode ser obrigado a manter o noivado, se ainda o quiser, porém, há a possibilidade de ação com o pedido de indenização por danos sofridos por conta da ruptura. Por outro lado, a doutrina enfatiza que a responsabilidade civil só é aplicada quando o rompimento for ocasionado de maneira injustificada.

Formas justificadas de rompimento de um noivado podem ser atribuídas a culpas graves (infidelidade, injúria grave, etc.), culpas leves (desonestidade, aversão ao trabalho, etc.) e culpas levíssimas (grave

enfermidade, mudança de religião, etc.). É importante salientarmos as formas justificadas, ou seja, as que não são passíveis de indenização, caso contrário, haveria constantemente a ruptura de noivados pelo interesse de indenização. E ainda mais: é necessário que a promessa de casamento tenha sido feita livremente pelos noivos para que aquele que rompeu o noivado seja responsabilizado. Isto quer dizer que convites, correspondências e testemunhas podem servir para a parte que alegou o rompimento demonstrar que de fato houve noivado.

Na realidade cabe ao magistrado avaliar cada caso para decidir de forma justa a causa que pode ocasionar na indenização.

2.3.4 Responsabilidade Objetiva

A responsabilidade objetiva independe da culpa. É a chamada teoria objetiva ou do risco onde a responsabilidade do agente decorre do seu próprio ato oferecendo perigo de lesão ao patrimônio de outrem. Não há um vínculo com o dever de ressarcir. Para a justificativa da responsabilidade civil do agente faz-se necessário apenas a existência do dano e o nexo de causalidade e a indenização tange no conceito material do evento danoso. Em alguns casos pode ocorrer a responsabilidade objetiva imprópria, ou seja, a culpa, e em outros, a responsabilidade civil objetiva propriamente dita onde a prova da culpa é totalmente prescindível.

Por conta de não haver exigência de prova de culpa na responsabilidade objetiva, há casos onde a culpa é presumida pela lei, ou mesmo de dispensa a sua comprovação. Se a culpa for presumida, inverte-se o ônus da prova. Sendo assim, o autor deve apenas provar a ação ou omissão do agente e o dano causado visto que a culpa já se presume.

Um exemplo da responsabilidade objetiva é um comerciante num ramo de consumo qualquer. Ele torna-se responsável por eventuais prejuízos causados aos consumidores, independentemente de atuar com culpa. São os

chamados acidentes de consumo onde o produto ou o serviço geram danos materiais ou pessoais.

Na lei civil há necessidade da prova da culpa e na relação entre consumidores a prova descartada. Sendo assim, a existência do dano efetivo ao ofendido é suficiente.

A Lei 8.078/90 estabeleceu a responsabilidade objetiva dos produtos e fornecedores da cadeia produtiva. E ainda não levou em consideração a existência da culpa frente aos danos causados por acidentes de consumo ou vícios na qualidade dos mesmos ou na prestação dos serviços.

Segundo Nery (2002, p. 725):

A norma estabelece a responsabilidade objetiva como sendo o sistema geral da responsabilidade do CDC. Assim, toda indenização derivada de relação de consumo, se sujeita ao regime da responsabilidade objetiva, salvo quando o Código expressamente disponha em contrário. Há responsabilidade objetiva do fornecedor pelos danos causados ao consumidor, independentemente da investigação de culpa.

É notório que a responsabilidade subjetiva pouco importa quando o caso envolve relações de consumo, pois esta não se insere nos critérios determinantes de condenação à reparação do dano. Isso porque havendo ou não a intenção de lesar, o que se leva em conta é a existência do prejuízo e sendo assim o causador é obrigado a repará-lo.

Dias (1944, p. 95) relata que "no sistema da culpa, sem ela, real ou artificialmente criada, não há responsabilidade; no sistema objetivo, responde-se sem culpa, ou, melhor, esta indagação não tem lugar".

Sendo assim, a prova da culpa é o precedente para a variação dos sistemas da obrigação indenizatória civil, assim como o problema da distribuição do ônus probatório. Esse último trata-se da questão da distinção entre a responsabilidade civil subjetiva e a responsabilidade civil objetiva.

Como exemplo de responsabilidade objetiva, citamos abaixo um pedido de indenização onde o município de Curitiba, no estado do Paraná foi

responsabilizado pelo afogamento de um menor em uma lagoa. Aos 13 anos de idade, um estudante, juntamente com outros colegas, resolveu tomar banho em uma represa improvisada construída pela prefeitura municipal. O estudante veio a óbito após entrar na lagoa e por conta da água estar muito suja e ter muito barro no fundo, dificultou sua saída, levando-o ao afogamento. Na ocasião o local era desprovido de qualquer aviso ou placa informando a proibição de nadar. Somente após o acidente as autoridades competentes iniciaram um trabalho para aterrar a lagoa. A perda do filho jamais repararia a dor dos pais naquele momento, mas era de direito da família solicitar a indenização, tendo em vista que o acontecido foi uma imprudência do município. Era de responsabilidade das autoridades municipais a fiscalização e conservação do local sendo o mesmo considerado patrimônio urbanístico da cidade. A lagoa era tão desnecessária naquele local que posterior ao fato foi aterrada.

Vejamos que um descaso ocasionou a morte de um inocente que com certeza jamais imaginaria que o local apresentasse perigo. Mesmo porque sabemos que nessa faixa de idade geralmente as crianças têm uma energia muito grande e de certa forma gostam de experimentar tudo que é diferente.

Como foi possível observar em alguns relatos exemplos de responsabilidade objetiva, conclui-se que o novo Código Civil adotou a teoria do risco, sendo a responsabilidade objetiva inserida em dois casos: quando a atividade desenvolvida pelo autor do dano implicar risco para direitos de outros e nos casos especificados em lei. A teoria objetiva defende a desvinculação do dever de ressarcir quando um indivíduo causa a noção de culpa.

O sistema jurídico brasileiro entende como responsabilidade objetiva, ou seja, sem a existência de culpa, casos como um animal que causou prejuízos, seu dono tem o dever de ressarcir o dano a terceiros. Outro exemplo clássico e corriqueiro são os acidentes de trabalho considerados como teoria do risco, ou seja, a reparação é independente da culpa.

O artigo 12 do novo Código Civil trata da prevenção e reparação integral nos casos de lesão a direitos de personalidade quando então “Pode-se

exigir que cesse a ameaça ou lesão, a direito de personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.”

O Supremo Tribunal de Justiça possibilita a cumulação de pedido de reparação material e moral num único pedido. Pode-se acrescentar, ainda, o pedido de reparação por danos estéticos. Segue abaixo um exemplo de pedido como esse:

"Agravo regimental. Recurso especial não admitido. Dano moral e dano estético. Cumulação. 1. Possível a cumulação da indenização por dano moral com o dano estético. Precedentes. 2. A alegação de que a condenação por danos morais e estéticos, ainda que decorrente do mesmo fato não fosse deferida em função de títulos diversos, é questão ausente do Acórdão recorrido, ficando impossibilitado o exame do tema em face de ausência de prequestionamento". (Superior Tribunal de Justiça, ACÓRDÃO: AGA 305666/RJ (200000439215), 374087 AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO, DATA DA DECISÃO: 29/08/2000, ORGÃO JULGADOR: - TERCEIRA TURMA, RELATOR: MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, FONTE: DJ DATA: 23/10/2000 PG: 00141, VEJA: RESP 162566-SP, RESP 192823-RJ, RESP 219807-SP (STJ)).

A idéia de personalidade é intimamente ligada à pessoa, de modo inseparável. É um atributo da pessoa humana e sendo assim apta para adquirir direitos e contrair obrigações.

O artigo 12 respalda os direitos do morto quando então se fala em legitimidade de ascendentes, descendentes, cônjuge e colaterais até quarto grau pleitearem indenização no caso de danos à personalidade de pessoa falecida. Esses são os *lesados indiretos*, que sofrem muitas vezes um dano reflexo, indireto, denominado *dano em ricochete*.

Um avanço na legislação brasileira é o Decreto 2681/1912 no seu artigo 26, Leis de Acidentes do Trabalho de 1934, Decreto 483/1938 (Código Brasileiro do Ar), que designou a responsabilidade objetiva do proprietário de aeronaves por danos causados a pessoas em terra por coisas que delas caísse, bem como por danos derivados das manobras das aeronaves em terra. Ou seja, para o indivíduo que utiliza esse tipo de transporte há uma garantia para os ressarcimentos de eventuais danos.

Infelizmente grande parte da população desconhece seus direitos e nem imagina o quanto já pode ter sido penalizada de inúmeras formas e por diversas situações, sem ter sido ressarcida por danos sofridos.

2.4 CONCEITO DE DANO MORAL

O dano moral se dá quando abala a honra ou a dignidade de pessoas físicas ou jurídicas. Ele surge da dor e esta não tem preço, pois resulta em efeitos maléficos causando sofrimento. A vítima de um dano moral pode vir a tornar-se um indivíduo apático, mórbido, humilhado, envergonhado, enfim, muitas vezes inapto a conviver normalmente na sociedade. E para isso existem meios adequados para a recuperação do indivíduo lesado, ou seja, a reparação para que a vítima possa ter meios de buscar essa recuperação.

Devemos salientar que o dano moral não pode ser confundido com aborrecimento, tendo em vista que esse é ocasionado de situações do dia-a-dia que muitas vezes não são caracterizados como dano de natureza moral.

Na bibliografia há inúmeros conceitos de dano moral segundo a jurisprudência e até mesmo as seguradoras têm os seus. Uma delas diz que dano moral é:

Ofensa ou violação que, mesmo sem ferir ou causar estragos aos bens patrimoniais de uma pessoa, ofenda seus princípios e valores morais, tais como os que se referem a sua liberdade, a sua honra, a seus sentimentos, a sua dignidade e/ou a sua família. Em contraposição ao patrimônio material, é tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico, ficando a cargo do Juiz, no processo, o reconhecimento de tal dano, bem como a fixação de sua extensão e eventual reparação, devendo ser sempre caracterizado como uma punição que se direciona especificamente contra o causador dos danos. Disponível em: <http://portocentralseguros.com.br/vocabulario-de-seguros>.

Na verdade o conceito de dano moral está ligado diretamente ao poder de decisão do caso concreto. A jurisprudência mostra-se vacilante no reconhecimento das situações que caracterizam essa espécie de dano, pois

para que se caracterize o dano moral a justiça analisa a prova do nexo de causalidade, ou seja, o fato que gerou o dano e suas consequências à moral da vítima.

Apesar de em alguns casos a jurisprudência indicar parâmetros de fixação de valores de indenização por danos morais, ainda é subjetivo esse critério. Isso se deve pelo fato de que cada vítima, seja ela física ou jurídica, deve ser analisada conforme sua situação atual, pois os prejuízos acarretarão diferentes situações em cada uma. Salientamos aqui que a indenização por danos morais existe para tentar reparar a dor, o sofrimento ou ainda uma situação de constrangimento sofrida pela vítima e, além disso, pode ser o estímulo para que o ofensor não torne a praticar o ato.

O juiz, na análise de processos de indenização por danos morais, mensura o grau de seqüela produzido na vítima, pois o mesmo varia de um indivíduo ao outro. Sendo assim, consegue avaliar o caso de forma a condenar de forma justa o ofensor beneficiando assim, de forma satisfatória, a vítima. Existem casos em que o ofensor age com a intenção de prejudicar a vítima e, sendo assim, a condenação deve resultar numa pena vem avaliada atingindo acima valores mais altos.

Alguns autores salientam a importância da análise de alguns aspectos que devem ser analisados pelos juízes nos processos de danos morais: a extensão do dano; a situação patrimonial e imagem do lesado; a situação patrimonial do ofensor e intenção do autor do dano. Entende-se que a análise da situação patrimonial do ofensor serve para que a indenização a ser paga seja arbitrada de forma a corrigir a prática que gerou ou dano, isto é, o ofensor pagará pelo seu ato de forma que realmente sinta nas suas finanças.

O resultado de uma perda pecuniária não se restringe ao dano moral. Não se refere apenas ao material, mas aos sentimentos abrangendo sofrimentos físicos que não geram consequências patrimoniais. O dano moral atinge o que está fora do material, ou seja, não se trata do patrimônio do lesado. É um ato indenizável constituindo-se em lesão incidente na personalidade da vítima acarretando-lhe dor, vergonha e constrangimento, conseqüente da conduta praticada por um terceiro. Vale ressaltar que nem tudo

que não é dano patrimonial pode ser entendido como dano moral.

O dano moral não é restrito apenas aos sentimentos e à sensibilidade. Aplica-se, também, às perturbações nas capacidades de querer, sentir e entender e ainda inclinações afetivas.

Sendo assim, é de extrema importância ressaltar as diferentes definições de ilustres doutrinadores de dano moral.

Yussef Cahali (1998, p. 20) define dano moral como:

A privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranqüilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos.

Aguiar Dias ressaltou que "com os danos não patrimoniais, todas as dificuldades se acumulam, dada a diversidade dos prejuízos que envolvem e que de comum só têm a característica negativa de não serem patrimoniais".

Maria Helena Diniz (2003, p. 68) conceituou dano moral como a "lesão a um interesse que visa à satisfação ou gozo de um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade (...) ou nos atributos da pessoa."

Caio Mário da Silva Pereira (1996, p. 88) define o dano moral como:

Ofensa a direitos de natureza extrapatrimonial - ofensas aos direitos integrantes da personalidade do indivíduo, como também ofensas à honra, ao decoro, à paz interior de cada um, às crenças íntimas, aos sentimentos afetivos de qualquer espécie, à liberdade, à vida, à integridade.

Limongi França (1977, p. 211) diz que o dano moral é "aquele que, direta ou indiretamente, a pessoa física ou jurídica, bem assim a coletividade, sofre no aspecto não econômico dos seus bens jurídicos".

Sendo assim, moral é um dano sem reflexos patrimoniais e por isso muitos autores utilizam a expressão *dano pessoal*, pois atinge todas as esferas

do ser humano (estética, imagem, honra, liberdade sexual e psíquica). Diante das definições já citadas, fica claro que podemos ser lesados no que somos e não apenas no que temos.

De acordo com Oliveira (2002, p. 35):

A doutrina ampara tal entendimento quando qualifica, com razão, como pessoal (moral, na nomenclatura clássica) a agressão física a alguém em estado inconsciente ou comatoso, destituído de percepção da violência, sem possibilidade de expressão de qualquer sentimento de dor. Chega-se a afirmar que basta a agressão física para a configuração de dano pessoal. Em síntese, basta a violação de qualquer integridade, de qualquer direito da personalidade, para a configuração do dano pessoal.

O conceito definido pelo autor acima é válido, mesmo porque o dano pessoal é mais adequado para definir a violação a um direito de personalidade. Porém, muitos autores acreditam que os termos danos moral e dano pessoal podem caminhar paralelamente visto que *dano moral* encontra-se inserido na doutrina e jurisprudência. Além disso, é a nomenclatura que faz parte da Constituição Federal de 1988 (artigo 5º, inciso X) e no novo Código Civil (lei n. 10.406/02), o artigo 186 que diz que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Numa decisão do Supremo Tribunal de Justiça, um empresário no ramo de criação de avestruzes recebeu mensagens vexatórias através de um site de relacionamentos que é acessado por qualquer internauta. Na ocasião as mensagens relacionavam-se a dívidas contraídas pelo filho do empresário. As mensagens difamatórias levaram o STJ a acatar o pedido de indenização por danos morais, pois entendeu que publicamente o empresário foi exposto a uma situação de constrangimento por uma situação do filho.

Outro caso levou o Tribunal Superior do Trabalho a condenar uma renomada rede de confecções a indenizar por danos morais uma funcionária que, no caso, foi demitida por ter 38 anos e não atender os padrões de beleza da rede. A indenização estabelecida pelo TST foi de R\$ 30 mil reais à ex-funcionária.

Nota-se que os casos de dano moral estendem-se às mais diferentes esferas sendo cabíveis de decisão somente pela justiça.

2.4.1 Dano moral no direito brasileiro

Como já foi dito anteriormente, há dificuldade de um juiz quantificar, materialmente, o dano moral. Porém, esse não deve ser o obstáculo para uma efetiva condenação. Jamais deverá se ter como parâmetro a equivalência entre a lesão moral e a quantia em dinheiro, pois não existe a possibilidade de se quantificar materialmente a tristeza, a orfandade, nem a dor do espírito. A indenização pelo dano moral torna-se, assim, autônoma em relação à dos danos materiais.

Como não há um critério único e definido para a reparação de danos morais, fica por conta de a justiça avaliar os casos e encerrá-los de forma justa.

A Carta Constitucional de 1988 contemplou claramente a indenização por dano moral, pois até o final dos anos 80, portanto, anterior ao documento citado, ocorriam os entendimentos que preconizavam o dano moral como irreparável, economicamente. No início, mesmo com o advento da Carta Constitucional, a questão do dano moral foi muito hostilizada no Brasil pela doutrina e também pela jurisprudência.

O Decreto 2.681 de 07.12.1912, que regula a responsabilidade civil das estradas de ferro do Brasil, abordava sobre a reparação do dano moral, isso antes do Código Civil de 1916. O artigo 21 do referido decreto cita que "no caso de lesão corpórea ou deformidade, além das perdas e danos, das despesas do tratamento e dos lucros cessantes" (danos materiais), o juiz deve arbitrar "uma indenização conveniente". Esse artigo acabou constituindo uma disposição clara que acolhe a reparação por danos morais, então, o direito a indenização por danos morais foi estendido a todas as empresas transportadoras.

Relativo o Código Civil de 1916, os artigos. 159 (responsabilidade por danos extracontratuais) e 1056 (responsabilidade por danos contratuais) têm caráter amplo e aberto e permite-se a compreensão da existência dos danos morais. Isso se deve às hipóteses delituosas onde são atingidos e feridos os aspectos da moralidade e da afetividade pessoais.

Sendo assim, Pereira (1998, p. 41) conclui que:

O princípio da reparação por dano moral encontra guarida no ordenamento brasileiro, apesar de ressentir de uma norma genérica da reparação por dano moral. É de ressaltar, porém, que já de longa data a doutrina nacional orientava-se no sentido de admitir a tese positiva do dano moral, muito embora, alguns autores, aceitando a reparabilidade do dano moral como tese, negavam tivesse sido a mesma acolhida pelo legislador brasileiro, como princípio geral, ressaltando, certas disposições específicas previstas em lei.

Ficou claro a necessidade de se consolidar a reparação dos danos morais e isso se deu durante as várias tentativas de reforma do Código Civil Brasileiro. O Anteprojeto de Código de Obrigações de 1941 previa um capítulo específico referente à reparação civil (Título I, Capítulo VI) e previa expressamente a reparação decorrente de dano moral, nos artigos 181 ("Além da que foi devida pelos prejuízos patrimoniais, cabe a reparação pelo dano moral, moderadamente arbitrada") e 182 ("Não ocorrendo prejuízo patrimonial ou sendo insignificante, será o autor do ato lesivo condenado a pagar em dinheiro, nos termos no artigo anterior").

Surge em 1972 um novo Anteprojeto de Código Civil que se transformou em Projeto de Lei que por sua vez originou o Código Civil - Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. O texto básico trata-se da responsabilidade mesmo em caso de dano exclusivamente moral (art. 186), prevendo a reparação de danos conforme o título IX, artigos 927 a 954.

De acordo com a Constituição Federal, o respeito à dignidade da pessoa e sua intimidade são alguns dos direitos estabelecidos no artigo 5º, incisos IV e X:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

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

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Entende-se que a pessoa humana deve conviver de forma igual a qualquer outra, tendo seus direitos adquiridos. Portanto, qualquer violação a um desses direitos proporciona à vítima o pedido de indenização por danos morais.

Mais uma ressaltou que não há um parâmetro para se estimar um valor a ser ressarcido, portanto, o juiz deve ter como princípio a razoabilidade. A liquidação do dano moral é prevista no art. 1553 do Código Civil, ou seja, por arbitramento. Porém, não é fator limitante para que o juiz fixe um valor para a indenização, quando for o caso.

A atenção especial dada pelos juízes nos processos de indenização por danos morais são cruciais porque hoje, no Brasil, fala-se até mesmo de uma indústria do dano moral. Algumas pessoas aproveitam-se de situações que, a rigor, não levariam a uma indenização justa. Analisando alguns casos chegamos à conclusão que as indenizações foram incabíveis. Um exemplo é o do proprietário de um carro que teve o aparelho de som subtraído do seu automóvel que estava num estacionamento. Consta que a vítima entrou com o pedido de indenização por danos morais por ter entrado em depressão após o fato. Entendemos que se trata de um fato totalmente fora do que poderia ser enquadrado em danos morais, mas trata-se sim, de um furto, cabendo outro tipo de processo.

Num outro caso um indivíduo comprou um aparelho telefônico celular e o mesmo deixou de funcionar. O cliente alegou que o incidente causou-lhe transtornos na sua vida social. O fato, aos nossos olhos, faria jus a uma

indenização por danos morais caso os transtornos fossem na ordem de trabalho, ou seja, se o indivíduo dependesse única e exclusivamente do objeto para realizar suas atividades laborais que lhe garantem o sustento.

Portanto, é nítido o interesse em algumas ações de indenização por danos morais em se adquirir um valor de forma considerada “fácil”, sem nenhum esforço.

No ano de 2009 a governadora do estado do Rio Grande do Sul, Yeda Crusius entrou com uma ação de indenização por danos morais contra a revista VEJA alegando como injustas as denúncias apresentadas em uma reportagem sobre irregularidades em sua campanha eleitoral e no governo. Seu advogado argumentou que as denúncias de corrupção fazem parte de uma “guerra política” da oposição. No meio político com certeza esse tipo de ação deve ocorrer constantemente nos tribunais e aí fica mais uma vez a nossa indignação, pois será que essa também não é uma forma “fácil” de se obter lucros? Fala-se em indústria do dano moral e por que não falar-se também em indústria do prejuízo?

Relativo à família, um caso no estado da Bahia em 2007 levou a Igreja Universal do Reino de Deus a indenizar por danos morais os pais de um menor de 14 anos assassinado por um pastor auxiliar da igreja. Inicialmente o pedido foi de um milhão de reais e a justiça o julgou como improcedente. Todavia, num segundo momento a sentença foi revista por outro corpo judiciário que condenou a igreja a pagar quinhentos mil reais para cada um dos pais do menor, tendo em vista o tribunal ter entendido que a igreja foi culpada pelo ato. Sendo assim foi considerada como responsável civilmente subjetiva, pois houve falha na escolha do auxiliar bem como falha em vigiar os membros.

Imaginamos que a sentença foi digna, talvez tenha reparado, de certa forma, a dor e o sofrimento dos pais. E com certeza pode servir como reflexão ao réu em não repetir o ato.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL E DANO MORAL ENTRE CÔNJUGES

3.1 A RELAÇÃO CONJUGAL

A relação conjugal é a união de duas pessoas intencionadas em viverem mutuamente em comum. Essas pessoas, quando unidas, passam a ser cônjuges. Do latim *conjuge* = *con*, “um com o outro” e *juge, re*, “ligação ou união”.

Nessa relação comum incluem-se atividades, interesses e construções comuns, podendo ou não incluir atividade sexual. Essa, por sua vez, pode ter finalidade apenas procriativa, apenas prazerosa ou com ambas as finalidades. Certamente isso dependerá do acordo do casal e até mesmo pré-definições culturais-sociais. A relação conjugal logo nos remete à idéia de família, mesmo sabendo que o conceito desta é muito variado.

Na visão tradicional da humanidade, relação conjugal refere-se a um relacionamento biunívoca, ou seja, um cônjuge para com o outro, exclusivamente, e vice-versa. Esse relacionamento trata-se de:

- Casamento ou matrimônio: relação entre um homem e uma mulher;
- União estável: relação entre um homem e uma mulher assemelhada e, eventualmente, equiparada, ao casamento.

O Código Civil Brasileiro entende que através do casamento é que se constitui a família legítima, conforme o artigo 229 do Código Civil: "*O matrimônio gera efeitos que alcançam toda a sociedade, sendo o principal deles a constituição da família legítima (...)* (Código de Direito Civil Anotado, 1996, p. 241).

Anterior à promulgação da Constituição de 1988 os deveres e obrigações em um casamento eram atribuídos a um ou o outro cônjuge. Posteriormente à mesma, deveres e obrigações tornaram-se inexistentes ou

comuns entre ambos os cônjuges. Essa definição é clara no artigo 233 do Código Civil Brasileiro: "O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos" (Código de Direito Civil Anotado, 1996, p. 244).

Conforme o artigo 231 do Código Civil Brasileiro ainda existe os deveres que são comuns entre ambos os cônjuges:

- I - fidelidade recíproca;
- II - vida em comum no domicílio conjugal;
- III - mútua assistência;
- IV - sustento guarda e educação dos filhos.

Tais deveres são reclamados pela ordem pública e de interesse social.

Algumas culturas e países têm aceito as relações conjugais entre pares do mesmo sexo entre si. Por conta disso as uniões estáveis, e até mesmo os casamentos, têm sido mais frequentes entre homossexuais, seja masculinos entre si ou femininos entre si.

Estabelecidas as relações conjugais, há dois pressupostos cultural-sociais que as compreendem: a monogamia e a poligamia.

Na monogamia, onde *monós* = "um" + *gámos* = "esposo ou esposa", a relação deve ser biunívoca e exclusiva. No caso de infidelidade há sanções de várias ordens sendo a única modalidade de relação conjugal considerada válida pela visão judaico-cristã. O questionamento sobre a monogamia gira em torno de relatos bíblicos quando então Abraão, Isaque, Jacó e outros, praticavam a poligamia que era aceita de forma natural na sociedade da época.

Na poligamia, lê-se *poli* = "diversos, muitos" + *gámos* = "esposo ou esposa". A relação estabelecida é plurívoca e não-exclusiva havendo também sanções de várias ordens para a prática da infidelidade. A poligamia é uma modalidade aceita pela visão islâmica. Já que a poligamia trata-se da relação entre um homem e várias mulheres ou entre uma mulher e vários homens, a

tradição antropológica, cultural e história, ainda estabeleceu conceitos diferenciados para ambas as situações:

- Poliandria: *poli* = “diversos, muitos” + *andrós* = homem. Trata-se da relação entre uma mulher e mais de um homem;

- Poliginia: *poli* = “diversos, muitos” + *ginós* = “mulher”. É a relação entre um homem e mais de uma mulher.

Apesar de grande parte da sociedade mundial rejeitar a poligamia, a prática é comum em várias culturas ainda existentes e consideradas mais primitivas.

Em agosto de 1964, o Supremo Tribunal Federal regulamentou as uniões conjugais informais que já representavam mais de 60% das famílias constituídas no território nacional. As relações conjugais não eram amparadas por regra alguma e em especial as mulheres, que na sua maioria não estavam inseridas no mercado de trabalho, dedicavam suas vidas aos seus companheiros. Não havendo nenhuma lei que tratasse a respeito, nos momentos de ruptura de uma relação, não havia direitos à partilha de bens, tão pouco pensão alimentícia. Foi então que através da Súmula 380 que as famílias informais passaram a ter seus direitos: "Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum".

Para se comprovar a relação conjugal nos casos de partilha de patrimônio, deveriam existir as seguintes situações:

- O casal deveria viver sob o mesmo teto, ou não, como se fossem marido e mulher, durante um tempo mínimo de cinco anos;

- Ambas as partes teriam que ter contribuído financeiramente para a aquisição de bens. Na partilha o concubino que colaborou com um percentual maior para a aquisição dos bens, ficaria com a parte proporcional à contribuição.

A Constituição Federal de 1988, no seu artigo 226, parágrafo 3º, a relação jurídica denominada concubinato passou a designar-se como união estável, regulamentada, posteriormente, através da Lei 9.278/96.

A Lei 8.971/94 regulou os direitos sucessórios na união informal iniciando aí a luta para a garantia do direito de pensão alimentícia ao companheiro incapaz de obter renda própria.

3.2 O PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS ENTRE CÔNJUGES NO DIREITO BRASILEIRO

A relação conjugal nos leva ao conceito de família e sendo assim, a sua possível deteriorização gera danos de espectro moral marcando profundamente a vida dos seus integrantes, entre outras consequências. Dessa forma, quando atos entre cônjuges resultem dano um para com o outro, devem ser compreendidos como ilícitos. E esses, por sua vez, devem ser considerados como fatores geradores de responsabilidade civil.

O artigo 186 do Código Civil de 2002 diz que “aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Os danos morais provenientes de um casamento podem estar associados à pressão psicológica, traição, maus tratos ou qualquer outra atitude ou comportamento que viole os deveres do matrimônio. É quando um dos cônjuges atinge o outro de forma a lhe causar humilhação, vergonha, constrangimento e sofrimento, enfim, sentimentos oriundos da ofensa à honra e à dignidade.

Como o dano moral é todo sofrimento humano não causado por uma perda patrimonial, o indivíduo é respaldado pela Constituição Federal, no seu art. 5º, incisos V e X:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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

Inciso X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Os direitos da personalidade envolvem os direitos à integridade física e moral. Relativo à integridade moral, inserem-se o direito à honra, o direito, à liberdade, ao recato, à imagem, ao nome e direito moral do autor. Sendo assim, a ruptura de um noivado, por exemplo, quando a data do casamento já está marcada, é uma situação que a tinge a honra e o decoro. Nesse caso cabe a indenização por dano moral e material.

Relativo a pedidos de indenização por danos morais entre cônjuges no que diz respeito à legislação brasileira, inicialmente, faz-se necessário elucidar que existem doutrinadores e pessoas que excluem a reparação indenizatória de cunho moral ante a relação conjugal, conforme salienta Cahali (1995, p. 301):

[...] discretamente, nosso direito partilha do entendimento de que basta a imposição do encargo alimentar em favor do inocente, ou da manutenção do dever de assistência em favor do não responsável pela separação judicial, como forma suficiente de ressarcimento do prejuízo sofrido com a dissolução da sociedade conjugal.

Todavia, outros aceitam a indenização por danos morais, conforme Rof Madaleno (1999, p. 59):

A indenização por dano moral dentro da separação judicial busca compensar o real sofrimento do cônjuge judicialmente declarado vítima da separação litigiosa. “Sua função é a de ressarcir a honra conjugal afetada, a integridade moral de que alvo o esposo ofendido, ou, como prescreve o direito constitucional, garante a indenizabilidade da violação a todos os direitos de personalidade.

Já, outros autores acreditam que a responsabilidade só terá cabimento se o cônjuge culpado tiver sido extremamente desleal ou cruel em seu comportamento. Coelho (2006, p. 35) salienta que:

Se um dos cônjuges manteve relacionamento sexual fora do casamento, mas foi discreto e nunca deixou transparecer a traição a

amigos ou conhecidos do casal, o adultério leva à sua condenação como culpado pelo fim da sociedade conjugal, mas não é responsabilização por danos morais.

Se o cônjuge traidor causar dano à concubina, o artigo 159, do Código Civil Brasileiro ampara a vítima sendo clara que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

No dia 24/08/2007 foi publicada a notícia de uma mulher que deveria indenizar o ex-marido por traição, conforme Anexo 1. No caso a esposa omitiu a real paternidade do filho e esse caso rendeu ao ex-marido o valor de quinze mil reais. Trata-se de um caso onde entendemos que a decisão judicial foi justa tendo em vista que o ex-marido, que durante todo o tempo que estava casado, achou que o filho realmente fosse seu, causando-lhe, assim, dor e sofrimento. Ressaltamos também a questão dos direitos e deveres recíprocos onde, nesse caso, a mulher traiu o marido, portanto, descumpriu um dos deveres do casamento.

Sendo assim é absolutamente legal qualquer pessoa, homem ou mulher, pleitear em juízo a indenização por danos morais. No caso citado a justiça analisou a traição por parte da esposa como causa da separação judicial e a caracterização de danos morais na hipótese de infidelidade.

Além da traição, a justiça constantemente analisa e conclui casos que envolvem ex-cônjuges. Inúmeras situações podem levá-los a pedidos de indenização por danos morais. A indenização deve ser a compensação ao ofendido pelo desgosto, pelo sofrimento, pelo vexame, ao mesmo tempo em que representa uma sanção ao culpado. A indenização é aferida pela extensão do dano moral, pelo abatimento psicológico do ofendido, porém, devem ser analisadas as condições sócio-econômicas de ambas as partes.

Num caso onde o ex-cônjuge solicitou uma indenização por danos morais decorrentes de agressão e falta de respeito por parte da companheira (Anexo 2). O pedido, inicialmente foi julgado improcedente e a vítima apelou. Nesse caso não foi concedida justa causa ao solicitante, pois a justiça entendeu que os ex-companheiros procuravam de alguma forma agredirem-se

e no caso, o pedido de indenização não passava de uma forma de prejudicar o outro. Por conta dessa decisão o solicitante, no caso o ex-marido, além de ter perdido a causa, ainda teve que arcar com os honorários advocatícios.

Imaginamos que, em qualquer esfera, um pedido de indenização deve ser muito bem pensado e analisado, tanto pela suposta vítima como pelo seu advogado. Isso se torna necessário para que, posteriormente não ocorra como o caso citado. A vítima, que a rigor ganharia o processo, além de perdê-lo, teve despesas como honorários. Muitas vezes os pedidos de indenização são indevidos e cabe ao advogado responsável pelo caso orientador muito bem seu cliente, independente da suposta decisão judicial.

A justiça, nesses casos, com certeza faz um balanço e uma análise da situação, pois pedidos de indenização não são acatados de forma aleatória. E muitas vezes ocorre que a parte que se diz ofendida, aproveita-se da oportunidade que talvez não seja convincente ao juiz.

3.3 APURAÇÃO DA CULPA

Antes de analisarmos a questão da apuração da culpa, é necessário que se faça a distinção entre culpa conjugal e culpa civil. A culpa conjugal é a condição para ajuizamento da ação de separação litigiosa. É o caso onde o cônjuge que solicita a separação não acusa o outro de culpado pelo rompimento e nem pede que o outro seja julgado culpado. Um processo como esse nem teria seguimento, pois a culpa do outro é o fator imprescindível para a separação. O juiz trabalha com as consequências do fato e, havendo um ato ilícito, é necessário encontrar o culpado para que ele seja punido.

A culpa civil corresponde à teoria da culpa em se tratando de descumprimento de contrato e responsabilidade civil. Ainda para complementarmos a idéia em questão, sucintamente elencaremos a questão do casamento e sua ruptura.

O casamento é a relação de formação de família baseada na afetividade e como é reconhecido e regulamentado pelo Estado, há deveres

dos cônjuges conforme o artigo 1566 do Código Civil Brasileiro:

- Fidelidade recíproca;
- Vida em comum no domicílio conjugal;
- Mútua assistência;
- Sustento, guarda e educação dos filhos;

A violação de qualquer um desses direitos por parte de um dos cônjuges, como por exemplo, o abandono e outros condicionam a parte lesada a requerer a indenização por danos morais. Ocorre a violação da boa fé lesando a confiança que um depositava no outro.

No caso da separação, para que esta seja efetivada, é necessária a constatação que um dos cônjuges praticou um ato culposo previsto em lei, portanto, é necessário um critério fundado na culpa. O ato culposo será a causa da separação ou o chamado divórcio-sanção. Por outro lado, a separação pode ser decretada a pedido de um dos cônjuges se os mesmos refletirem e chegarem à conclusão que a vida em comum tornou-se impossível. Sendo assim, não há necessidade de atribuir a culpa em uma das partes.

Realmente pensemos que, quando o amor porventura acaba num casamento, é o suficiente para a separação do casal. Entendemos que a convivência nessas condições só traria desgostos, infelicidade e talvez o início de agressões e ofensas morais. Para evitar-se uma situação como essa nada como o livre arbítrio do casal dialogar e chegar a um consenso comum. Isso é bom para o casal e para os filhos, através dessa forma pacífica de entendimento, talvez não traga muitos traumas.

A separação entre cônjuges ocorre quando é comprovado o fracasso do casamento, situação estipulada pela lei. Esse fracasso pode ocorrer em consequência de uma separação de fato por determinado tempo ou uma doença grave mental de um dos cônjuges. Nesses casos são hipóteses objetivas e não há investigação de existência ou não de culpa. Basta apenas a constatação da interrupção da vida conjugal. Esse tipo de separação é denominado divórcio-falência ou divórcio-remédio.

Grande parte da jurisprudência é adepta ao afastamento da discussão da culpa, optando pelo chamado “mitigação da culpa nas ações de separação judicial”. A discussão da culpa, identificação do culpado que levou a relação ao fim, causa muito mais sofrimento de quem está envolvido na situação. Os adeptos a não apuração na separação de um casal são favoráveis a um bom relacionamento entre o casal, até mesmo para preservar a integridade emocional dos filhos, quando for o caso. Porém, há casos em que a não apuração da culpa não deve ser absoluta.

Os deveres da família, quando não cumpridos, acarretam danos morais aos lesados. Lesões corporais, o descumprimento do dever de visitar os filhos, a infidelidade, injúrias graves, entre outras, são situações de violação. Tão importante quanto essas, uma situação favorável à apuração da culpa num processo de separação judicial é a condição dos alimentos. Qualquer ser humano tem direito a alimentos, mesmo porque são indispensáveis à sobrevivência.

No caso de traição, agressões, abandono, entre outros, a apuração da culpa tem o objetivo de restabelecer a ordem ou equilíbrio pessoal e social dos lesados.

Diante das opiniões divergentes em relação à apuração ou não da culpa, a Proposta de Emenda à Constituição 28/2009 (PEC 28/2009), aprovada em 07/07/2010, elimina a culpa como causa nas separações judiciais. A PEC 28/2009 tem um texto simples e curto cujo objetivo é alterar o artigo 226 da Constituição Federal de 1988, mais especificamente o seu parágrafo 6º:

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

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

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

§ 6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Com a aprovação da PEC 28/2009 os deveres conjugais estabelecidos no artigo 1566 do Código Civil, caem no lugar comum. Além disso, não haverá encargo para o cônjuge culpado conforme o artigo 1.704 do Código Civil:

Art. 1.704. Se um dos cônjuges separados judicialmente vier a necessitar de alimentos, será o outro obrigado a prestá-los mediante pensão a ser fixada pelo juiz, caso não tenha sido declarado culpado na ação de separação judicial.

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

Sem a apuração da culpa, os processos judiciais com certeza terão um andamento mais ágil e sem discussões que possam levar a ressentimento e mágoas do casal.

Num caso de separação litigiosa onde a esposa acreditava que o marido estava traindo-a, ou seja, caso onde deveria haver apuração da culpa (Anexo 3). A justiça entendeu que o fim do casamento teve responsabilidade de ambas as partes, portanto, o ex-marido deveria pagar pensão alimentícia somente aos filhos. Em se tratando da ex-mulher estar inapta ao trabalho, o ex-marido terá a obrigação de ressarcir-la em pensão alimentícia também.

No caso citado a separação ocorreu por culpa recíproca. É claro que os casos de separação judicial são inúmeros e das mais diferentes formas de culpa. Por isso a análise cuidadosa dos casos para que a justiça aja de forma coerente e justa.

No Direito de Família o cônjuge faltoso sofria punições de natureza material quando então era feita a análise da culpa por conta da ruptura conjugal. As punições abrangiam a prestação de alimentos e sanções relativas à perda da guarda dos filhos. Nos dias de hoje o dano moral pode ser indenizado tanto no casamento como na união estável e, além das causas relacionadas nos artigos 1.566 e 1.724 do Código Civil de 2002, constituírem-se como causas de ruptura da relação, também são consideradas condutas delituosas.

4. RESPONSABILIDADE CIVIL E UNIÃO ESTÁVEL

4.1 HISTÓRICO

Desde as civilizações clássicas o concubinato puro foi aceito pela legislação. Na Idade Média essa condição foi aceita mesmo posterior ao Cristianismo sendo que após o Concílio de Trento (movimento católico ocorrido em Trento, na Itália, cujo objetivo era combater a Reforma Protestante), a igreja católica passou a repudiar o concubinato. O Brasil submeteu-se às disposições estabelecidas no movimento. Lentamente a legislação passou a reconhecer o concubinato. Apesar de não haver nada citado na constituição, a Súmula nº 380 do Supremo Tribunal Federal acolheu o concubinato puro.

Somente através da Constituição Federal de 1998 é que o concubinato passou a ser chamado de união estável sendo esta reconhecida como entidade familiar representada por um homem e uma mulher, podendo haver ou não filhos. A alteração do nome para união estável deu-se por conta da forma hostil como o termo concubinato era tratado. A sociedade acreditava, e muitos ainda julgam, que a simples união de pessoas sem a presença da ordem jurídica é considerada fora da lei. Sem a ocorrência do casamento era considerada um ato ilícito.

Vale lembrar que hoje o concubinato no Brasil é definido como uma relação impedida não podendo ser considerada como entidade familiar. Trata-

se da relação não eventual entre um homem e uma mulher, portanto, impedidos de casar.

Sendo reconhecida a união estável passou a constituir judicialmente uma concepção em relação aos deveres e direitos dos concubinos. De acordo com o parágrafo 3º da Constituição Federal de 1988, “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

Posterior a Constituição Federal de 1988 o tema foi tratado pela Lei 8.971/94 e após, pela Lei 9.278/96, além do Código Civil de 2002 (artigos 1723 a 1727). A Lei 8.971/94 regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão estabelecendo como condição para a união estável, a união de pessoas solteiras, separadas judicialmente, divorciadas ou viúvas, que conviviam por mais de cinco anos ou que tenha filhos comuns.

Já a Lei 9.278/96, regula o parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal regulamentando que:

Art. 1º É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.

Art. 2º São direitos e deveres iguais dos conviventes:

I - respeito e consideração mútuos;

II - assistência moral e material recíproca;

III - guarda, sustento e educação dos filhos comuns.

Art. 3º (VETADO)

Art. 4º (VETADO)

Art. 5º Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito.

§ 1º Cessa a presunção do **caput** deste artigo se a aquisição patrimonial ocorrer com o produto de bens adquiridos anteriormente ao início da união.

§ 2º A administração do patrimônio comum dos conviventes compete a ambos, salvo estipulação contrária em contrato escrito.

Art. 6º (VETADO)

Art. 7º Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta Lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos.

Parágrafo único. Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.

Art. 8º Os conviventes poderão, de comum acordo e a qualquer tempo, requerer a conversão da união estável em casamento, por requerimento ao Oficial do Registro Civil da Circunscrição de seu domicílio.

Art. 9º Toda a matéria relativa à união estável é de competência do juízo da Vara de Família, assegurado o segredo de justiça.

Art. 10. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 11. Revogam-se as disposições em contrário.

Portanto, a lei citada retirou o prazo de duração da união, bem como o estado civil das partes. Sendo assim, indicou novos requisitos para o reconhecimento da união estável sendo estes a durabilidade, a publicidade da relação e o intuito de constituir família. Fica claro que não há mais prazo de duração da relação para ser considerada união estável.

A lei ainda trata dos deveres e direitos dos conviventes sendo estes iguais para ambas as partes. Permite também que o casal seja respaldado na esfera posse de bens. Os mesmos são analisados e definidos para que, num eventual processo de separação, a divisão de bens seja justa. Nos casos de possível dissolução da união deve haver a decisão clara para que as partes tenham suas ansiedades satisfeitas.

Acreditamos que o primordial da lei é o resguardo que a união estável tem de ser assegurada pela Vara de Família. Todas as questões relacionadas a esse tipo de união são levadas, analisadas e resolvidas especialmente no âmbito do Direito de Família, fugindo assim, de maiores burocracias e atrasos nos processos se fossem incluídos nas varas cíveis.

O Código Civil teve participação na distinção e normatização da união estável reproduzindo a lei de 1996 com uma exceção: incluiu a condição de não existência de impedimento matrimonial quando não for o caso de pessoas separadas de fato ou judicialmente.

Nota-se que a evolução para a condição de união estável aconteceu de forma lenta, mas finalmente teve o seu reconhecimento e um ponto de grande relevância é a proteção do Estado, ou seja, a relação foi reconhecida tão quanto o casamento o é.

Historicamente se falando o progresso da união estável foi satisfatório. O mesmo não podemos dizer sobre o que a sociedade pensa e conceitua sobre o tema. Sabemos que por conta do tradicionalismo a união não é bem vista por alguns olhos e dessa forma tem seus momentos de discriminação. Infelizmente são questões pessoais que acaba, não tendo peso algum, pois nas questões relativas à relação, há todo o respaldo da lei.

4.2 CONCEITO E CARACTERIZAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL

A união estável tem como conceito básico e geral a relação de convivência entre um homem e uma mulher sem a interferência matrimonial. É uma relação duradoura, sem prazo mínimo de duração e independe da existência de filhos. Como no casamento, a união estável é protegida por lei tendo assim deveres e direitos adquiridos.

A relação não é formal e sendo assim, para ser constituída em casamento, as partes devem estar habilitadas para tal realizando o processo em cartório de registro civil. Talvez a opção de muitos casais em manter a condição de união estável seja por conta da mesma ser respaldada por lei constitucional, assim como o casamento.

O tema envolve muitas definições de grande estudiosos e entre eles está Viana (1999, p. 29) enfatizando que “União estável é a convivência entre homem e mulher, alicerçada na vontade dos conviventes, de caráter notório e estável, visando à constituição de família.”

Há algum tempo estabelecia-se o prazo de cinco anos de duração de convivência para que se constituir em união estável. O novo Código Civil não menciona um prazo mínimo. Nessa condição de união, não há necessidade que as partes coabitem no mesmo domicílio. Mesmo morando em locais

diferentes, a união estável será considerada desde que comprovada como através, por exemplo, da existência ou não de filhos.

Um simples namoro não é considerado união estável sendo essa condição considerada como objetivando constituir uma família, e não a constituição de família propriamente dita como é a união estável.

Diniz (1990, p. 223-224) caracteriza a união estável da seguinte forma:

Para que se configure a relação concubinária, é mister a presença dos seguintes elementos essenciais: 1) continuidade das relações sexuais, desde que presentes, entre outros aspectos a estabilidade, ligação permanente para fins essenciais à vida social, ou seja, aparência de casamento; 2) ausência de matrimônio civil válido entre os parceiros; 3) notoriedade das afeições recíprocas, afirmando não se ter concubinato se os encontros forem furtivos ou secretos, embora haja prática reiterada de relações sexuais; 4) honorabilidade, reclamando uma união respeitável entre os parceiros (RT, 328:740, RTJ, 7:24); 5) fidelidade da mulher ao amásio, que revela a intenção de vida em comum; 6) coabitação, uma vez que o concubinato deve ter a aparência de casamento, com a ressalva à Súmula 382.

A legislação, a doutrina e a jurisprudência constituíram uma série de requisitos que caracterizam a união estável sendo essa reconhecida, assim, pelo direito. São os requisitos os seguintes:

- Diversidade de sexo entre os parceiros: A convivência deve ser somente entre um homem e uma mulher, excluindo-se, assim, a participação de terceiros. Segundo Parizatto (1988, p. 67):

Como imitação natural do casamento, a diversidade de sexo é a característica básica do concubinato. Está entre suas finalidades fundamentais o intercâmbio de relações sexuais entre os conviventes concubinários. Deve ser posto como expectativa válida o desejo de procriar. Tanto assim que a existência de filhos é suporte de deferimento de direitos pela própria lei, muitas vezes cautelosa em acolher a união livre. A geração de filhos, em verdade, serve para impregnar de maior moralidade a união, por demonstrar os elevados propósitos dos companheiros.

Vale salientar que, embora excluídas da legislação, há uma nova jurisprudência sendo criada para a admissão da dissolução da sociedade formada por pessoa do mesmo sexo.

- Notoriedade de afeições recíprocas: Há necessidade da convivência do casal ser notória, mesmo que para um grupo restrito (família, alguns amigos, etc.), não sendo caracterizado como união estável se as relações forem secretas. De acordo com Diniz (1996, p. 21):

Notoriedade de afeições recíprocas, que não significam de modo algum publicidade. A esse respeito bastante expressiva é a lição de Cunha Gonçalves, segundo o qual a ligação concubinária há de ser notória, porém pode ser discreta, caso em que a divulgação do fato se dá num círculo mais restrito, dos amigos, o das pessoas de íntima relação de ambos, o dos vizinhos da concubina, que poderão atestar as visitas frequentes do amante, suas entradas e saídas.

- Fidelidade: Nesse caso a união estável caracteriza-se pela fidelidade recíproca entre os companheiros. O argumento é devido o fato de considerarem a fidelidade como o propósito da vida em comum sendo então a verdadeira característica de casados. Essa postura se dá mesmo pelo fato da fidelidade não estar expressa no Código Civil, afinal, um ato de infidelidade pode levar ao fim da comunhão de vida.

- Coabitação: Segundo Rodrigues (2000, p. 249), uma das características da união estável “seria a coabitação, ou seja, devem os conviventes viver sob o mesmo teto”.

Pode ainda ser considerada como união estável, mesmo que as partes não residam no mesmo domicílio, desde que seja notória a existência de uma vida equiparada à dos casados civilmente.

- Estabilidade - união duradoura e contínua: A união deve ser contínua, não podendo ser esporádica, mesmo admitindo-se eventualmente a separação momentânea dos conviventes, podendo ocorrer por brigas ou desentendimentos. Para Cahali (2002, p. 65):

Neste contexto, o prolongamento da união no tempo, funcionaria apenas como uma das provas do concubinato, mas não requisito

para a produção de seus efeitos. Com efeito, para a caracterização da união estável são verificados outros fatores que não o tempo pela sua natureza de relacionamento como se matrimônio fosse, embora, repita-se, a durabilidade possa ser relevante como meio de prova à verificação do instituto.

- Objetivo de formação de núcleo familiar: Os conviventes devem ter a intenção de constituir uma família, caracterizando, assim, a seriedade da relação e a vontade da mesma serem estável.

- Inexistência de impedimentos matrimoniais: De acordo com o Código Civil de 2002, são conhecidas como pessoas impedidas de terem suas uniões reconhecidas conforme segue:

Art. 1.517. O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida à maioridade civil.

Parágrafo único. Se houver divergência entre os pais, aplica-se o disposto no parágrafo único do art. 1.631.

Art. 1.521. Não podem casar:

I - os ascendentes com os descendentes seja o parentesco natural ou civil;

II - os afins em linha reta;

III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V - o adotado com o filho do adotante;

VI - as pessoas casadas;

VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

Art. 1.523. Não devem casar:

I - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros;

II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal;

III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida à partilha dos bens do casal;

IV - o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas.

Parágrafo único. É permitido aos nubentes solicitar ao juiz que não lhes sejam aplicadas as causas suspensivas previstas nos incisos I, III e IV deste artigo, provando-se a inexistência de prejuízo, respectivamente, para o herdeiro, para o ex-cônjuge e para a pessoa tutelada ou curatelada; no caso do inciso II, a nubente deverá provar nascimento de filho, ou inexistência de gravidez, na fluência do prazo.

Art. 1.550. É anulável o casamento:

I - de quem não completou a idade mínima para casar;

II - do menor em idade núbil, quando não autorizado por seu representante legal;

III - por vício da vontade, nos termos dos arts. 1.556 a 1.558;

IV - do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento;

V - realizado pelo mandatário, sem que ele ou o outro contraente soubesse da revogação do mandato, e não sobrevivendo coabitação entre os cônjuges;

VI - por incompetência da autoridade celebrante.

Parágrafo único. Equipara-se à revogação a invalidade do mandato judicialmente decretada.

A questão do impedimento é muito polêmica, pois se tem conhecimento de casos onde o suposto pretendente desloca-se de sua cidade original para, por exemplos, prestar serviços em outra. Na ocasião conhece outra mulher pela qual passa a constituir vida e omite um fato de extrema importante: mantém um relacionamento duradouro com outra mulher na sua cidade natal. Além disso, pode ocorrer do pretendente ainda ter filhos e sendo assim, arma-se uma enorme confusão que acomete várias vítimas que muitas vezes desconheciam de qualquer anormalidade.

Ainda como característica da união estável, relativo a tipos de partilha de bens, o que prevalece é o regime da comunhão parcial de bens, podendo ainda ser definido um contrato entre as partes sobre os bens dos companheiros com a mesma flexibilidade que existe no pacto antenupcial. Porém, não há necessidade da realização desse pacto sendo o acordo podendo ser feito durante a união. Há indicação para que o acordo seja público podendo o casal não optar dessa forma. Fala-se de um acordo, pois o mesmo poderá servir de prova da existência da união estável. Sendo assim os companheiros tem a liberdade de optar pelo regime da comunhão universal, comunhão parcial,

separação de bens ou participação final dos aquestos. Essa opção deve ser feita por escrito garantindo assim a decisão das partes;

4.3 DISSOLUÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL E SEUS EFEITOS

A dissolução da união estável pode ocorrer por simples vontade de ambas as partes ou na forma litigiosa. Se a forma de dissolução for amigável, como a união não é uma relação formal, a sua ruptura também será da mesma forma através de acordos aceitos pelas partes. No caso de divergências entre o casal, existe a possibilidade das partes recorrerem à justiça. Para isso deverá haver a comprovação da relação sendo os meios lícitos considerados as provas testemunhais e documentais.

Sua dissolução pode ocorrer pelos seguintes fatos:

a) morte de um dos conviventes;

b) pelo casamento;

c) pela vontade das partes e,

d) pelo rompimento da convivência, seja por abandono ou por quebra dos deveres inerentes à união estável (deslealdade, tentativa de homicídio, sevícia, conduta desonrosa, etc.).

Em vista disso gera três consequências:

- A necessidade da divisão do patrimônio;

- O pagamento de alimentos ao companheiro necessitado;

- A guarda dos filhos, quando eles existirem.

Na divisão do patrimônio, analisa-se tudo que foi adquirido no período de união de acordo com o regime de bens escolhido. Isso se porventura o casal tiver reconhecido a união estável através de um advogado. No caso negativo, aplica-se o regime da comunhão parcial de bens onde os bens de cada companheiro adquiridos antes da união, pertencem exclusivamente a ele.

No caso de bens adquiridos após a união, eles pertencerão a ambas as partes, com exceção de heranças e doações.

No caso de pagamento de alimentos, como no fim de um casamento, é dever dos companheiros ajudar o outro se um deles não tiver condições financeiras de se sustentar.

Relativo à guarda dos filhos, o novo Código Civil é claro quando cita que a qualquer um dos companheiros é atribuído os deveres de guarda e conservação do acervo patrimonial e dos filhos menores. Com isso, a guarda poderá caber ao pai ou a mãe.

A dissolução da união estável pode ocorrer de forma extrajudicial ou judicial. No caso de pagamento de alimentos, o ideal é que a dissolução seja judicial, pois assim há uma garantia maior quanto ao recebimento.

No caso da interrupção da união estável por morte, além da partilha dos bens, se houver herança e benefícios previdenciários, existe essa possibilidade para o companheiro vivo, se, é claro, lhe forem devidos. Nesse caso deve haver comprovação da união estável.

4.4 A OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR

Como a união estável foi reconhecida e as questões ligadas à sua dissolução têm sido cada vez mais discutidas nos meios judiciais, existe o reconhecimento das obrigações de indenização. Citaremos algumas obrigações de indenização na união estável:

1) Direito previdenciário: Anterior ao Código Civil o Decreto 2.681, de 1912, que tratava da responsabilidade civil das estradas de ferro, já previa a indenização da concubina por morte do companheiro. Esse foi o primeiro passo das indenizações de direito previdenciário sendo que hoje, a companheira ou o companheiro pode tornar-se dependente do segurado conforme estabelecido no Regulamento dos Benefícios da Previdência Social. Felizmente as leis previdenciárias sempre trataram as uniões extra matrimoniais da mesma forma que tratavam o casamento.

No ano de 2008 o Ministério Público Federal no Espírito Santo estabeleceu que o Instituto Nacional de Seguridade Nacional (INSS) não mais exigiria que eventuais beneficiários recorressem à justiça para provarem a união estável (Anexo 4). Esta decisão mostra o quanto à união está avançando e conquistando cada vez mais o seu espaço relativo aos seus direitos.

2) Serviços prestados: Alguns tribunais reconheceram a indenização pelos serviços prestados pela concubina, no lar do casal, durante a existência da relação. Enfatizava-se que seria extremamente constrangedor à concubina recorrer à justiça buscando indenização por tanto tempo de dedicação a casa e à família. A indenização se daria por serviços prestados ao companheiro dedicando tanto tempo, carinho e apoio ao mesmo. Por conta dessa situação os tribunais ampararam a concubina nos casos de dissolução da união estável. O objetivo seria o de amenizar a situação da companheira tendo em vista o seu desamparo após a dissolução.

Houve um caso verídico na cidade de Jataí, no estado de Goiás, onde uma dona de casa solicitou uma indenização de R\$ 24.000,00 contra o ex-companheiro por serviços prestados. O pedido foi negado, pois a união estável é definida atualmente como semelhante ao casamento, portanto, a mulher não tem direito a indenização por serviços domésticos, pois os mesmos configuram como dever de mútua assistência.

Sendo a assistência mútua um dever dos cônjuges, tanto na união estável como no casamento, ocorrendo o descumprimento desse dever como, por exemplo, recusa de fornecimento de subsistência, falta de proteção ao companheiro doente ou idoso ou falta de apoio nas adversidades, pode ser entendida pela justiça como infração, levando o companheiro que se tornou vítima, a solicitar indenização. Lembrando que esse tipo de indenização não impede, em alguns casos, do cônjuge lesado solicitar ainda indenização por serviços prestados na união estável.

Devemos refletir na condição onde um dos cônjuges pode encontrar-se com a saúde debilitada, necessitando, portanto de maior atenção e auxílio da outra parte. Uma relação conjugal não deve estar limitada apenas numa esfera laboral, mas sim, numa esfera de ajuda moral e mútuo auxílio.

Mais um caso no estado do Rio Grande do Sul mostrou um pedido de indenização por serviços prestados sendo o mesmo intitulado como incabível.

UNIÃO ESTÁVEL. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR SERVIÇOS PRESTADOS. DESCABIMENTO. 1. Se a tônica do relacionamento amoroso é a solidariedade e a dedicação recíproca dos companheiros, seja lá de que forma tenham estabelecido a administração da convivência, então descabe estabelecer indenização pelos serviços domésticos prestados, pois não é mensurável economicamente o grau de dedicação entre pessoas que se entregam a uma união estável, na qual cada um se doa ao outro como pode, já que o amor comporta múltiplas manifestações exteriores e que se materializam tanto no relacionamento sexual, como também nos próprios favores que reciprocamente são prestados no cotidiano. 2. A união estável foi elevada à dignidade de entidade familiar e seus efeitos jurídicos pessoais e patrimoniais são balizados pelos efeitos atribuídos ao casamento civil, inclusive no que tange ao regime de bens, motivo pelo qual, se aos cônjuges não é atribuída qualquer indenização pelos serviços prestados no recesso do lar em favor do grupo familiar, também tal direito não é assegurado aos companheiros. 3. Descabe cogitar de qualquer indenização quando da relação afetiva não decorreu qualquer comportamento ilícito, seja civil ou penal, de uma das partes e que tenha sido lesivo a direito da outra. Recurso desprovido. (Apelação Cível Nº 70026121004, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 18/02/2009).

O caso acima exemplifica as constantes idas e vindas de processos de indenização por danos morais nas dissoluções de união estável tendo em vista que alguns doutrinadores entendem que a condição de favores entre as partes deve ser recíproca. Dessa forma não cabe aí uma indenização por algo que é praticamente a obrigação do casal.

3) Obrigação alimentar: Esta é contemplada no artigo 1º da Lei 8.971/94 estabelecendo que:

A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei 5.478/68, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade.

Ressaltando mais uma vez que a citada lei já não tem mais o valor no que diz respeito à convivência mínima estabelecida para a união estável.

A obrigação alimentar é incontentável, afinal, ninguém sobrevive sem o alimento. Vale ressaltar que para a justiça, na solicitação de indenização por alimentos, é necessário provar que houve uma união duradoura. No casamento o culpado pela dissolução da união perde o direito a receber os alimentos. O mesmo não ocorre com a união estável quando então não há previsão a respeito da culpa valendo assim a decisão judicial. O que é válido no caso de pedido de alimentos na união estável é o solicitante provar as suas necessidades e a outra parte provar as possibilidades do ressarcimento.

4) Além dos tipos de indenização citados acima, ocorrem muitos casos na justiça de indenização por danos morais no caso de ruptura da união estável. Para essa caracterização há quatro requisitos básicos que devem ser atendidos: apuração da culpa, conhecimento público, prova dos danos, valoração dos danos e cumulação de pedidos (separação ou divórcio e pedido de ressarcimento). Chega-se a citar que a partilha de patrimônio supre o dano moral. Isso não é correto tendo em vista que ao material não pode ser relacionado o sentimento e as condições pessoais das partes envolvidas.

Belmiro Pedro Welter (2000, p. 65) define a indenização por danos morais entre cônjuges da seguinte maneira:

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

Para analisarmos um pouco mais a constante da indenização por danos morais na união estável, citaremos o caso ocorrido em Iguape, São

Paulo, quando então a justiça condenou o companheiro a pagar seis meses de pensão no valor de R\$ 1.440,00 e indenização por danos morais no valor de R\$ 4.800,00 a sua ex-companheira. Além da pensão e da indenização por danos morais, o ex-companheiro ainda foi obrigado a pagar metade da dívida de R\$ 3.000,00 adquirida pelo casal durante a união estável. A ex-companheira justificou o pedido de indenização pelo fato de ter sido expulsa de casa pelo ex-companheiro de forma repentina, assim como do comércio que ambos trabalhavam, e que funcionava na própria casa. O ex-companheiro ainda trocou as fechaduras da casa, impedindo-a de entrar em casa, retirar seus pertences e de trabalhar. Sendo assim foi obrigada a morar e depender de vizinhos. O início de tudo se deu por conta do ex-companheiro ter assediado a filha do primeiro casamento da ex-companheira que morava com o casal. O juiz entendeu que a relação do casal foi comprovada como união estável e para isso deveriam arcar com seus direitos e obrigações. A tentativa de assédio contra a filha da ex-companheira, que acabou não sendo comprovada, não justificou que o ex-companheiro privasse mãe e filha de moradia e trabalho, ficando, assim, sem condições de sustento. Essa foi a maior alegação para que o juiz desse a causa favorável à ex-companheira.

Outro fator de grande ocorrência é a questão da separação de bens na dissolução da união estável. Conta um caso que o indivíduo manteve união estável por três anos tendo como fruto do relacionamento uma filha que na ocasião da separação tinha apenas um ano e cinco meses. O ex-companheiro afirmou que antes da união ele havia comprado uma casa e todos os móveis, portanto, sua ex-companheira não colaborou financeiramente em nada. A lei é clara dizendo que na união estável os bens adquiridos antes da união não podem ser partilhados entre o casal, somente as aquisições durante a relação. Portanto, as partes estão protegidas pela legislação numa possível ruptura de união estável onde qualquer um iniciou a relação já com algum bem ou patrimônio.

5. RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

5.1 CASAMENTO E SEPARAÇÃO

O casamento é o instituto jurídico que origina a família. Esta é denominada célula fundamental da sociedade tendo proteção especial do Estado conforme artigo 226 da Constituição Federal de 1998 citando que “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

A sociedade conjugal se dá quando é dissolvida, no casamento, por vontade das partes ou por descumprimentos dos deveres por parte de um dos cônjuges. Mesmo que essa sociedade seja dissolvida, o casamento ainda se constituirá até que seja definido o divórcio ou ainda se houver o falecimento de um dos cônjuges.

Para a dissolução da sociedade conjugal, a forma mais simples de efetivá-la é a separação judicial. Ela pode ser consensual, ou seja, sem litígio. Nesse caso as partes devem estar de acordo com o estabelecido na separação. A separação ainda pode ser contenciosa, com litígio onde uma das partes não aceita a separação ou o que está estabelecido pela outra parte.

No processo de separação não é permitido a participação de terceiros, sejam eles os filhos ou qualquer outra pessoa, com exceção de incapacidade civil quando então um dos cônjuges não tem condições legais para participar do processo. Nesse caso a parte poderá ser representada por curador, ascendente ou irmão de acordo com o parágrafo 1º do artigo 3º da Lei 6.515/77 que é claro enfatizando que “O procedimento judicial da separação caberá somente aos cônjuges, e, no caso de incapacidade, serão representados por curador, ascendente ou irmão.”

O juiz homologa a separação judicial somente se as partes realmente a desejarem. Porém, para a efetivação do divórcio, o Estado deve examinar o caso e conferir se os requisitos legais atendem o esperado. Decorrido o prazo estabelecido pela lei, o divórcio é concedido. Após a separação judicial, os ex-cônjuges passam a não ter deveres conjugais um para com o outro e nenhum

deles pode casar-se novamente sem antes a promoção do divórcio conforme os artigos 1º e 2º da Lei 6.515/77:

Art. 1º- A separação judicial, a dissolução do casamento, ou a cessação de seus efeitos civis, de que trata a Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, ocorrerão nos casos e segundo a forma que esta lei regula.

Art. 2º- A sociedade conjugal termina:

I - pela morte de um dos cônjuges;

II - pela nulidade ou anulação do casamento;

III - pela separação judicial;

IV - pelo divórcio.

Parágrafo único. O casamento válido somente se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio.

A separação consensual geralmente ocorre de forma simples e rápida pelo fato de ser voluntária de acordo com o artigo 34 ainda da Lei 6.515/77:

A separação judicial consensual se fará pelo procedimento previsto nos artigos. 1.120 e 1.124 do Código de Processo Civil, e as demais pelo procedimento ordinário.

§ 1º A petição será também assinada pelos advogados das partes ou pelo advogado escolhido de comum acordo.

Mesmo na separação onde o casal esteja de acordo com os acordos, o juiz pode negar a homologação quando comprovar que os interesses dos filhos ou de qualquer um dos cônjuges não estejam preservados conforme parágrafos 2º, 3º e 4º do artigo 34 da Lei 6.515/77:

§ 1º O juiz pode recusar a homologação e não decretar a separação judicial, se comprovar que a convenção não preserve suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges.

§ 3º Se os cônjuges não puderem ou não souberem assinar, é lícito que outrem o faça a rogo deles.

§ 4º As assinaturas, quando não lançadas na presença do juiz, serão, obrigatoriamente, reconhecidas por tabelião.

Apesar de a separação judicial significar o fim de uma relação conjugal, a lei é clara informando os efeitos jurídicos da separação e ainda

estabelece ao juiz o dever de tentar a reconciliação do casal, como cita o artigo 3º da Lei 6.515/77 bem como seu parágrafo 2º:

Art. 3º - A separação judicial põe termo aos deveres de coabitação, fidelidade recíproca e ao regime matrimonial de bens, como se o casamento fosse dissolvido.

§ 2º O juiz deverá promover todos os meios para que as partes se reconciliem ou transijam, ouvindo pessoal e separadamente cada uma delas e, a seguir, reunindo-as em sua presença, se assim considerar necessário.

Um fator de grande importância é a oportunidade que a justiça oferece aos cônjuges de rever e repensar a situação ocorrida, pois anterior à decisão final, existe a grande possibilidade de reversão. Muitas vezes um pedido de separação ocorre até de forma espontânea pelas partes, porém, os motivos podem não ser suficientes para tal.

5.2 ABANDONO DO LAR

Aos pais é incumbido o dever de educação dos seus filhos e essa obrigação é respaldada pelo artigo 229 da Constituição Federal de 1988 dizendo que “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”

Ainda no conceito de educação, devem estar incluídos o afeto, o carinho, assistência e atenção aos filhos, conforme o artigo 1643 do Código Civil que diz que “Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I - dirigir-lhes a criação e educação; II - tê-los em sua companhia e guarda”.

Uma das formas de ocorrência do abandono afetivo dá-se pela separação do casal. Essa situação pode ocasionar o afastamento do pai dos filhos da relação interrompida. Com o afastamento o pai pode vir a acomodar-se e dessa forma a função paterna é estendida à mãe das crianças. Pode ocorrer também que a própria mãe imponha o afastamento do pai ao convívio das crianças.

Há uma questão sobre um caso de abandono afetivo: o filho pode vir a solicitar judicialmente danos morais e indenização por abandono do seu genitor, até mesmo se o mesmo estiver efetuando corretamente o pagamento de pensão alimentícia? É algo totalmente divergente na doutrina. Quem é favorável a essa questão, argumenta a questão da dignidade da pessoa humana, respaldada pela Constituição Federal. Como argumentos a doutrina ainda elenca a importância o artigo 227 da Constituição Federal que cita os deveres constitucionais da família e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

A oposição salienta a impossibilidade de coagir um pai a amar o seu filho e ainda a inadequação do postulado da responsabilidade civil às relações afetivas.

Normalmente pode ocorrer também o dano afetivo nas relações conjugais. O cônjuge que não cumprir o seu dever, praticando ato ilícito e ocasionando dano ao consorte, é passível de responsabilidade civil gerando ocasionando a reparação dos prejuízos, sejam eles materiais ou morais. Muitos doutrinadores ainda argumentam que não há dano afetivo nas relações conjugais. Enfim, a doutrina divide as opiniões frente a esse tema.

Como é esperado, posterior a separação, a maioria dos envolvidos sofre muito e há também humilhação. No caso de culpa grave onde uma das partes sofre muito e passa por grandes humilhações, cabe aí o dano moral no direito de família.

Num casamento, quando há o abandono do lar por tempo indeterminado por um dos cônjuges e quando esse não notifica o paradeiro e para onde foi, configura-se dano moral. Nesse caso, o cônjuge que foi abandonado fica preocupado, sofre e, muitas vezes, não tem amparo moral e material.

Ainda numa relação conjugal as formas de assistência como alimentação, saúde e moradia, quando descumpridas, configuram como dano moral e ainda injúria grave. Torna-se extremamente difícil um dos cônjuges responsabilizar-se sozinho com as necessidades no mínimo básicas do filho. A educação, o sustento e os cuidados essenciais para o crescimento e

desenvolvimento da criança são primordiais e considerados deveres do casamento, ou seja, os pais devem cumprí-los juntos. No caso de abandono por parte de um dos cônjuges, o culpado, ou seja, o que abandonou o lar, deve ressarcir o outro principalmente quando ocorre o fato da vítima não ter condições de prestar auxílios material e moral aos filhos. O dano moral se dá por conta de todos os sentimentos envolvidos na situação por parte da vítima: preocupações, amarguras e desilusões.

Os pedidos de indenização por danos afetivos não precisam ocorrer apenas em casos de separação judicial. Eles são cabíveis de ocorrer na vigência do casamento. Conforme o artigo 244 do Código Penal:

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, 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.

O abandono causa a ruptura da vida em comum na relação conjugal, ou seja, não haverá mais convivência no mesmo ambiente. Além disso pode ocorrer a chamada incidência do débito conjugal quando então não ocorre satisfação por ambas as partes das necessidades sexuais que deve existir entre cônjuges.

O dano afetivo só existe se houver o descumprimento de um dos deveres do casamento. Se porventura o cônjuge que abandona o lar alega justa causa ou ainda por motivos de trabalho, não é devido o pedido de indenização pois não há, nesses casos, nenhum descumprimentos de dever. Quando o cônjuge que abandona o lar for o mantenedor da família, é óbvio o pedido de indenização pois com a sua ausência ocorrerão privações.

5.3 VALORIZAÇÃO DO AFETO NA CIÊNCIA JURÍDICA

Uma união conjugal deve, a rigor, ter como imprescindíveis o amor e a parceria. Em uniões que existam filhos, esses fatores são mais importantes ainda, pois os pais têm que limitar seus problemas entre o casal e abster os filhos de quaisquer preocupações, limitando a eles, muito amor, carinho e demonstrar o laço de união da família.

Na jurisprudência a questão do amor na era discutida até pouco tempo atrás sendo apenas o patrimônio o destaque na legislação. O Direito de Família defende a existência do afeto sendo esse primordial e relevante nas questões de ruptura de relações familiares, não se limitando, portanto, apenas as questões patrimoniais, afinal, o afeto compreende o princípio da dignidade humana.

A estrutura familiar foi sempre constituída pela disposição tradicional: pai, mãe e filho sendo o pai quem comandava o lar. Atualmente esse modelo familiar não é, na maioria, o que corresponde à realidade, pois o amor tem conseguido ocupar posição nessa estrutura unindo as famílias e não apenas existindo uma estrutura hierárquica.

No entanto, o Direito não acompanhou essas alterações sociais, mas tem se esforçado para tal. No Poder Judiciário Brasileiro ainda prevalece a idéia que o elemento biológico é o ponto fundamental para a relação entre pai e filho. Porém, há casos na justiça onde a mãe solicita a investigação de paternidade da filha. Até esse momento a filha tinha como pai o atual companheiro da mãe. Ao ser intimado pela justiça, o pai biológico, que não tem nenhuma relação com a filha, não quer assumir a paternidade. Por outro lado, o companheiro da mãe, o chamado “pai-social”, é categórico em afirmar que não abre mão de assumir a filha, mesmo não sendo sua biologicamente. No final do processo o pai biológico tornou-se pai de direito da criança, cabendo-lhe assim todos os deveres da paternidade. Também houve a troca do nome da criança excluindo assim o nome do “pai-social”. Este, apesar de insatisfeito com a decisão judicial, continuou sendo o companheiro da mãe da criança e ainda assumindo o papel de “pai-social”.

Esse caso é motivo de polêmica entre doutrinadores e mesmo cidadãos comuns, pois a questão é: pai é aquele que cria? O pai biológico tem o dever de cumprir suas obrigações, mas, e o aspecto afetivo? Quais as consequências para a criança que até há pouco tempo tinha como pai aquele companheiro da mãe? Nesse caso é claro a existência de um conflito entre a paternidade biológica e a social.

Num outro exemplo de paternidade, após a separação conjugal, o pai biológico solicita o direito de manter vínculo com a filha através de visitas agendadas, fato negado pela mãe. Na análise do processo o juiz verifica que a filha do casal fora adotada pelo atual companheiro da mãe. A pergunta novamente é: quem é o pai? É um caso novamente de conflito entre pais biológico e adotivo, havendo aí uma suposta falha da paternidade biológica levando outro homem a adotar a criança.

Ainda exemplificando uma situação de afeto, uma mãe confessa ao companheiro a possibilidade do mesmo não ser o pai biológica da criança. No processo de investigação de paternidade conclui-se que realmente o cônjuge não é o pai biológico da criança e diante disso inicia-se um conflito. O verdadeiro pai biológico pretende assumir toda a responsabilidade, mas o agora “pai-social” não abre mão da sua relação afetiva com a criança. A situação culminou na relação do casal e o ex-cônjuge recorreu à justiça para ter o reconhecimento da paternidade, alegando que não possuía outros filhos. A justiça negou o pedido alegando que a paternidade biológica é um direito da criança não cabendo a outros terem interesses na decisão.

Os filhos, a rigor, são conquistados pelo afeto que é uma relação construída diariamente. A convivência familiar deve proporcionar à criança um ambiente com toda a forma de demonstração de amor, mostrando a ela a sua real importância de ter sido gerada. É claro que, infelizmente, não é isso que acontece em parte dos lares, mas é a condição ideal para uma convivência feliz e harmônica. O afeto é ainda motivo de conflito no Direito, cabendo aos profissionais da área, permitirem a abertura de um espaço sempre aberto para a discussão e análise da questão. Mesmo porque, para que uma pessoa alcance sua dignidade, é necessário que o seu desenvolvimento seja

respeitado e o mais importante, que a afetividade esteja presente desde a sua concepção.

5.4 A AFETIVIDADE ENQUANTO DEVER DOS PAIS

Para a criação e formação dos filhos é crucial a presença dos pais. E nessa relação deve haver, como já foi dito anteriormente, a presença constante da afetividade. Segundo Assumpção (2004, p. 53):

(...) o afeto está presente nas relações familiares, tanto na relação entre homem e mulher (plano horizontal) como na relação paterno filial (plano vertical, como, por exemplo, a existente entre o padrasto e enteado), todos unidos pelo sentimento, na felicidade e no prazer de estarem juntos.

Enfim, as bases afetivas é que edificam a família e permitem a formação de sujeitos de direitos e deveres. E os deveres dos pais podem ser destacados na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Civil. Os artigos 227 e 229 da Constituição Federal regem que:

Art.227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Já o Estatuto da Criança e do Adolescente, nos seus artigos 3º e 22º enfatiza que:

Art. 3º - A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o

desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade”.

Art. 22º - Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Aos pais, portanto, cabe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos. O não cumprimento desses deveres pode configurar em crime de abandono material ou abandono intelectual. Esses deveres não podem ser vistos apenas sob a forma patrimonial, mas também de forma afetiva. Sendo assim Cassettari afirma que:

A Constituição Federal estabelece deveres para os pais com relação aos filhos, de assistência, criação e educação. Estes deveres não apresentam somente critérios materiais, mas também afetivos, já que não basta prover o sustento, mas se faz indispensável dar carinho e afeto, como pegar no colo, beijar, abraçar, permitindo o chamado “contato de pele”, que servem para dar proteção e segurança.

É óbvio que o abandono material até pode ser reparado, porém, o abandono afetivo pode gerar nos filhos consequências traumáticas e muitas vezes irreversíveis, tendo em vista que a figura do pai representa para o filho segurança e proteção.

5.5 RESPONSABILIDADE CIVIL X AFETIVIDADE

A questão da responsabilidade civil e a afetividade causa uma diversidade de opiniões nas decisões judiciais. Um exemplo no estado de Minas Gerais a justiça condenou o pai a pagar ao filho uma indenização por danos morais de 200 salários mínimos por abandono afetivo. O pedido se deu por conta do pai até pagar regularmente a pensão alimentícia após a separação conjugal do casal, porém, deixou de prestar auxílio afetivo ao filho. Consta no processo que o pai afastou-se do filho a partir dos seis anos de idade do mesmo. A criança, por sua vez, tentou, por inúmeras vezes, aproximar-se do pai, pois pleiteava apenas o afeto e reconhecimento do pai. Esse, mostrando-se sempre frio, rejeitou o filho. O pai recorreu da decisão e

entendeu-se que o abandono afetivo não justificava a solicitação de indenização por danos morais. A justiça definiu ainda que a pena para o pai fosse a perda do poder familiar.

A grande questão é se esse pai realmente teve o sentimento de perda e sofreu com isso. E, ao que parece, em momento algum a justiça considerou a situação afetiva do principal envolvido: a criança.

A responsabilidade civil se dá por conta da ocorrência de algum dano. No caso da falta de afetividade, quando essa não ocasionar dano ao filho, não cabe o direito de indenização. Então, sempre há a necessidade da análise do dano decorrente da falta de afeto. Há casos onde a tradicional cultura familiar ocorria de forma fria e nesses casos, havendo uma ruptura na relação entre pai e filho, as partes quase não sentem a falta de afetividade tendo em vista a forma como conviviam. Porém, há casos reais onde filhos podem ter consequências sérias decorrentes da ausência de afeto, cabendo assim, a responsabilidade civil. Mesmo porque a família tem extrema importância necessitando de proteção social e jurídica. Segundo Hironaka (2003, p. 45):

O dano causado pelo abandono afetivo é, antes de tudo, um dano culposamente causado à personalidade do indivíduo. Macula o ser humano enquanto pessoa, dotada de personalidade, que, certamente, existe e manifesta-se por meio do grupo familiar, responsável que é por inculcar na criança o sentimento de responsabilidade social, por meio do cumprimento das prescrições, de forma a que ela possa, no futuro, assumir a sua plena capacidade de forma juridicamente aceita e socialmente aprovada. Trata-se de um direito da personalidade, portanto.

Portanto, para que se efetive a indenização é necessário que se constate a culpa, ou seja, o abandono afetivo pelo pai, independente da origem da relação paterno-filial ou materno-filial. Com certeza a justiça não pode obrigar um pai a amar o seu filho, mas se a falta desse amor gerar danos morais à criança é cabível a responsabilidade civil para arcar com as consequências que surgirão.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É notória a importância que as questões relacionadas aos danos de família têm, tendo em vista que esta é a base da sociedade. E as responsabilidades frente a ela são inúmeras, cabíveis de ressarcimento. Tanto que é inserida no Direito de Família quando então as questões são resolvidas especialmente na Vara de Família. Esse tribunal trata especificamente de problemas desse gênero proporcionando assim, a valorização das questões familiares. No entanto, dentre os diversos casos existentes e publicados, nota-se que, apesar de amparada pela lei, a união estável, em qualquer questão levada a juízo, deve ser muito bem analisada, pois alguns pedidos acabam sendo incoerentes com a realidade.

Talvez uma das maiores conquistas no Direito de Família tenha sido o reconhecimento e a proteção constitucional da união estável. Desta forma os companheiros são respaldados e amparados quando houver necessidade. Dentre outros as obrigações alimentares e os direitos previdenciários são os mais importantes e imprescindíveis benefícios de qualquer indivíduo e os companheiros que optam pela união estável têm essa garantia.

Mais uma vez vemos a importância do Direito e da Justiça que são os grandes responsáveis, a princípio, por grandes decisões envolvendo famílias. Decisões estas que podem perdurar por toda a vida.

REFERÊNCIAS

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

ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduardo de. Os danos morais pelo descumprimento dos deveres pessoais no casamento. *Temas & Idéias*. V. 11, nº 11, 2006.

ASSUMPÇÃO, Luiz Roberto de. *Aspectos da Paternidade no Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Com a promulgação da Lei 9.278, em 10 de maio de 1996, está em vigor o Estatuto dos Concubinos. *Revista Literária de Direito*. São Paulo: Editora Literária de Direito, maio/jun. 1996.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de direito civil: Teoria geral das obrigações*. 5ª ed. São Paulo: Ed. RT, 1994.

BRASIL, *Código Civil*. 46 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

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

BRASIL. Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF, 1973.

BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de junho de 1990. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Brasília, DF, 1990.

BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Brasília, DF, 2002.

CAHALI, Francisco José. *Contrato de convivência na união estável*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAHALI, Yussef Said. *Dano e Indenização*, p. 4, apud Wladimir Valler. *A reparação do dano moral no direito brasileiro*, 1997, p. 34.

CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*, 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CASSETTARI, Christiano. *Responsabilidade Civil dos Pais por Abandono Afetivo de seus Filhos - Dos Deveres Constitucionais*. Artigo Jurídico. Material fornecido pelo professor Christiano aos alunos do curso de especialização em Direito Civil e Processo Civil das Faculdades Integradas Antonio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente - SP. www.unitoledo.br. Site do professor: www.professorchristiano.com.br.

CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. *Casamento e união estável: requisitos e efeitos pessoais*. Barueri: Manole, 2004.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 5.

Dias, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1944. v. 1.

DIAS, José Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. V. II, Rio de Janeiro: Forense, 1979.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993, v. 7.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 1990.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Responsabilidade Civil, 17ª ed., São Paulo : Saraiva, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: sucessões*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Direito Civil*. São Paulo: RT, 1977.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil - Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade Pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

Juris Way. *Na separação litigiosa por culpa recíproca, pode um dos cônjuges pedir alimentos ao outro?* Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/EuJuizCaso.asp?id_caso=74>. Acesso em: 30 jun. 2010.

Jus Brasil Notícias. *MPF/ES: união estável para fins previdenciários não precisará mais ser provada na justiça*. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/104401/mpf-es-uniao-estavel-para-fins-previdenciarios-nao-precisara-mais-ser-provada-na-justica>>. Acesso em: 03 jul. 2010.

Jus Brasil Jurisprudência. *TJDF - Apelação civil no juizado especial: ACJ 20071010115223 DF*. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2534862/apelacao-civel-no-juizado-especial-acj-20071010115223-df-tjdf>>. Acesso em: 01 jul. 2010.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil Comentado: Direito de Família, Relações de Parentesco, Direito Patrimonial: Arts 1591 a 1693*. Coordenação Álvaro Villaça Azevedo - São Paulo: Atlas, 2003, v. XVI

MADALENO, Rolf. *Divórcio e dano moral*. *Revista Brasileira de Direito de Família*. São Paulo, n. 2, jul/ago/set, 1999, p. 59-67.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Novo Código Civil e Legislação extravagante anotados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 725.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *União Estável: do concubinato ao casamento: antes e depois do novo código civil*. 6 ed. São Paulo: Método, 2003.

OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira. *O dano pessoal no Direito do Trabalho*, São Paulo: LRT, 2002.

PARIZATTO, João. Roberto. *Os direitos e os deveres dos concubinos*. São Paulo: Sumus, 1988.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*, 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 2.

Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes. *(Notícias comentadas) TJ/MG confirma indenização por danos morais decorrente de traição*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20070824143526774&mode=print>. Acesso em: 30 jun. 2010.

REIS, Clayton. *Dano moral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

REIS, Clayton. *Avaliação do dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

Revista do Advogado, Publicada pela Associação dos Advogados de São Paulo, nº 49, Dezembro/96.

RODRIGUES. Sílvia. *Direito civil: direito das coisas*. São Paulo: Saraiva, 2000.

SANTANA, Heron José. *Responsabilidade Civil por Dano Moral ao Consumidor*. Minas Gerais: Edições Ciência Jurídica, 1997.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. 5 ed. (Revista e atual. Por José Serpa Santa Maria). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989, v. II.

SILVA, Wilson Mello da. *O dano moral e sua reparação*. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SORAES, Orlando. *Responsabilidade civil no direito brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

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

VIANA, Marco Aurélio S. *Da União Estável*. São Paulo: Saraiva, 1999.

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

ANEXOS

ANEXO A

MULHER DEVE PAGAR R\$ 15 MIL DE INDENIZAÇÃO A EX-MARIDO TRAÍDO

A 13ª Câmara Cível do TJ-MG (Tribunal de Justiça de Minas Gerais) condenou uma auxiliar de escritório a pagar R\$ 15 mil de indenização por danos morais a seu ex-marido, em razão da descoberta, após a separação do casal, de que ele não era o pai biológico da filha que nasceu ainda durante o casamento e foi registrada como se fosse sua.

O comerciante alega que, após homologada sua separação judicial, ele foi alertado por vizinhos e pessoas de seu convívio social, inclusive colegas de trabalho, da existência de dúvidas quanto à paternidade de sua filha caçula, nascida durante seu casamento com a auxiliar de escritório. Foi então que ele se submeteu a um exame de análise de DNA, em ação proposta na 3ª Vara de Família de Belo Horizonte.

Se ficar comprovado que o comerciante não era o pai biológico da menina, ele entrou com uma ação na primeira instância, com o intuito de obter reparação pelos danos psíquicos derivados da conduta materna. Segundo ele, sua ex-esposa omitiu, deliberadamente, a real paternidade da criança, o que deixou abalada sua honra e dignidade.

Em contrapartida, a auxiliar de escritório se defendeu, afirmando que só tomou ciência da inexistência de vínculos consangüíneos de sua filha com o ex-marido, ao submeter-se ao exame de DNA, revelando que não omitiu, conscientemente, a verdadeira paternidade da menor. E imputa ao ex-parceiro um comportamento agressivo e libertino, e a prática de atos sexuais excêntricos e relacionamentos homossexuais.

O juiz de Direito Matheus Chaves Jardim, da 19ª Vara Cível de Belo Horizonte, acatou o pedido do comerciante e fixou a indenização por danos morais em R\$ 15 mil, considerando a frustração e melancolia que o autor passou ao ser subtraído, repentinamente, de sua condição de pai, "calando-lhe profundamente ao espírito a constatação tardia de não lhe pertencer a criança".

O relator do recurso interposto no Tribunal de Justiça, desembargador Francisco Kupidlowski, ao confirmar a sentença do juiz de primeiro grau, ressaltou que "o casamento faz nascer entre os cônjuges direitos e deveres recíprocos, destacando-se entre eles os deveres de lealdade, respeito e fidelidade".

Acompanharam o relator os desembargadores Adilson Lamounier e Cláudia Maia.

ANEXO B

Indenização por dano moral. Discussão entre ex-cônjuges. Suposta ofensa à imagem e à reputação do autor. Dano não configurado.

1 - Trata-se de apelação de sentença que julgou improcedente pedido de reparação por danos morais, segundo o apelante, de ofensas perpetradas contra ele, pela apelada, sua ex-esposa, com intuito de denegrir sua imagem e reputação perante o filho menor do casal. Sustenta, ainda, o recorrente, que além das ofensas, a recorrida, valendo-se da condição de policial, ameaçou-o de prisão.

2 - O acervo probatório soa autos revela intenso histórico de desentendimentos entre as partes, restando evidente que a relação pessoal que travam entre si caracteriza-se pela agressividade e ausência de respeito. Infere-se que as situações mais corriqueiras são azo a discussões e agressões morais entre recorrente e recorrida, que mais parecem preocupados em manter suas mágoas e ressentimentos mútuos, a despeito dos interesses do filho do ex-casal.

3- Conforme anotado pelo magistrado da instância antecedente, ao prolatar a sentença, "...as discussões travadas entre casais e ou ex-casais, são corriqueiras e o fato descrito na inicial que o autor considera ofensivo à sua honra e que dão esteio ao pedido de indenização por danos morais, não pode ser analisado de forma isolada, mas sim no contexto das relações existentes entre as partes. Para dar ensejo a indenização por dano moral os fatos têm que exceder o natural para espécie" (fl. 94).

4 - Vê-se que na hipótese não se configuram os requisitos que ensejam a reparação por danos morais, mormente porque a prova dos autos evidencia que as partes alimentam mutuamente o ambiente de agressões, que decorre, supostamente da separação do casal.

5 - Em situação semelhante, decidiu a segunda turma recursal dos juizados especiais cíveis e criminais: civil. Indenização por danos morais. Suposta ofensa à honra. Quizila decorrente de relacionamento amoroso rompido. Amantes que, após separação conturbada, buscam atingir um ao outro, com medidas policiais e judiciais das mais diversas. Atitude a ser repelida pelo judiciário. Ação improcedente. Sentença mantida. Demonstrado que o pedido de indenização por dano moral, por suporta ofensa a honra, na verdade é mais um dos procedimentos intentados pelos membros de um ex-casal de amantes que, após rompimento conturbado de relacionamento amoroso, tentam resolver no judiciário suas diferenças pós-namoro, buscando medidas punitivas recíprocas, apenas com a intenção de atingir um ao outro, é de ser mantida a sentença monocrática que julgou improcedente o pedido (20040910106005ACJ, relator Jesuíno Risato, segunda turma recursal dos

juizados especiais cíveis e criminais do D.F., julgado em 05/10/2005, DJ 25/10/2005.

6 - Recurso conhecido e não provido. Recorrente condenado ao pagamento de custas e honorários advocatícios, arbitrados em 10% (dez por cento) do valor da causa (art. 55 da Lei de Regência), cuja cobrança fica sobrestada porque beneficiária da justiça gratuita (art. 12, Lei 1.060/50).

ANEXO C

Maria, casada a mais de 15 anos com João, em regime de comunhão parcial de bens, mãe de três filhos menores, desconfia que seu marido esteja tendo um caso amoroso com outra mulher, e interpela o marido. João se defende alegando que a mulher com quem anda se encontrando é apenas uma antiga colega de faculdade e que o assunto por eles tratado é de ordem profissional.

Diante desta alegação, Maria resolve a segui-lo e acaba por vê-lo, acompanhado de uma mulher, entrando num prédio residencial.

Depois de aproximadamente três horas, João sai do tal edifício e depara com Maria à sua espera.

Maria lhe diz que já sabe de tudo e seria melhor para ele confessar a traição. João fica muito nervoso e não consegue explicar o que ali estava fazendo. Apenas declara que estava ali à negócios, e, ainda, discute com Maria dizendo que não aguenta mais suas crises de ciúmes.

Maria confirmou que João continuou a se encontrar com a tal mulher. A convivência conjugal passou a ser insuportável, não mais havendo consenso entre casal.

As brigas, que passaram a ser constantes e permeadas de ofensas mútuas, aconteciam, na maioria das vezes, na presença dos filhos. João, sem dar qualquer explicação, passou a dormir periodicamente fora de casa. Não mais suportando tal situação, Maria procurou um advogado e ajuizou ação de separação litigiosa.

ARGUMENTOS DO AUTOR NA PETIÇÃO INICIAL

Que a autora descobriu que o marido está se relacionando intimamente com outra mulher.

Que não há mais vida conjugal entre ela e o marido há mais de um ano.

Que não aceita ceder a guarda dos filhos, posto que o marido, atualmente, tem uma vida desregrada e descompromissada para com os filhos, ficando dias sem tê-los em sua companhia, devido ao horário que passou a chegar em casa.

Que o réu é comerciante e tem uma retirada mensal de aproximadamente de R\$ 4.800,00.

Que o casal adquiriu na constância do casamento um apto. Sito à rua Bacana, 31, Centro, Belo Horizonte/MG, com valor estimado de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), um automóvel marca Fiat, modelo Uno, ano 2006, avaliado em R\$19.000,00 (dezenove mil reais) e ainda, possuem a importância de R\$ 47.000,00 (quarenta e sete mil reais) aplicados em conta conjunta de poupança na Ag. 258797, do Banco Dinheirão, Conta nº1, além dos bens móveis de menor monta que guarnecem a residência do casal (documentos inclusos).

Que a autora necessita de pensão alimentícia para ela e as crianças, vez que não tem emprego e nem condições de se manter sozinha.

DO PEDIDO

1. A autora requer preliminarmente que seja concedida medida cautelar de separação de corpos e alimentos provisórios, pois a convivência sob o mesmo teto tornou-se insuportável para a requerente, trazendo complicações de ordem psicológica para ela e os filhos. E, como não trabalha, não tem como se sustentar e aos seus filhos, e necessita que o marido lhes preste alimentos.

2. A citação pessoal do réu para, querendo, apresente contestação no prazo legal, sob as penas da revelia.

3. A partilha dos bens do casal descritos acima, observando o regime de bens adotado quando da celebração do casamento.

4. Que lhe seja concedida a guarda dos filhos menores, ressalvado o direito de visita do pai nos finais de semana: Sábado - das 09:00 às 18:00h; Domingos e Feriados nacionais: das 09:00 às 20:00h; Nas férias escolares, durante sete dias em tempo integral a ser acordado entre o casal.

5. Que seja arbitrada pensão alimentícia em dois salários mínimos para cada filho do casal e três salários mínimos para a autora, a serem depositados mensalmente em conta corrente de nº 000001 do Banco SemGrana S/A - Ag. Centro.

6. Pela produção de todas as provas admitidas em direito, o depoimento do réu, a intimação e oitiva das testemunhas abaixo: Glaucy Maia, Rua B, Nº 1ª, Bairro Sol nesta capital Sodécio Pimenta, Rua Y, nº 311111, Bairro Sol, nesta capital Zerilda Rino, Rua T, nº 1231, Bairro Sol nesta capital

7. Os benefícios da Justiça gratuita, por ser pobre no sentido legal. Declaração anexa.

8. Que seja julgado procedente o pedido, com a condenação do réu no ônus da sucumbência e expedição do competente mandado de averbação ao Cartório do Registro Civil, bem como para o Cartório de Registro de Imóveis.

9. Voltando a autora a usar o nome de solteira, ou seja, Maria Amélia.

ARGUMENTOS DO RÉU NA CONTESTAÇÃO

O réu contestou relatando que a mulher com quem fora visto é realmente uma colega de faculdade e que atualmente mantém com ela relacionamento puramente profissional e afasta por completo a idéia de que teve ou tem qualquer relacionamento mais íntimo com a referida colega; Que a autora sempre teve crises de ciúmes, não permitindo que o marido tenha amizades, principalmente as do sexo feminino, e que quando ela o via conversando com alguma mulher, fazia verdadeiros escândalos em público, levando-o ao constrangimento.

Que as discussões do casal, se davam geralmente por motivo fútil, e de iniciativa da autora e que realmente acabam em gritaria, mas não por sua vontade e sim, pelas provocações e insultos proferidos por ela.

Que já não têm vida more uxória desde julho de 2006, por imposição de sua mulher.

Que não pediu a separação antes por receio de agravar o comportamento de sua mulher com relação a ele, e, também, por querer proteger os filhos. Que hoje já não tem amigos, tampouco amigas, pois estes se afastaram devido as agressões verbais por parte de sua mulher.

Que a mulher, depois do casamento, não continuou com os estudos e atualmente não trabalha porque logo nos primeiros meses, depois do enlace conjugal, ela engravidou e daí por diante optou por cuidar dos filhos e do lar. Que não tem maior contato com os filhos por culpa da mãe que os obriga a dormir muito cedo, impedindo a coincidência de horários. Todavia, sempre está em contato telefônico com os mesmos (conta telefônica anexa) e nos finais de semana em tempo integral.

Que não concorda com os valores propostos a título de pensão alimentícia, pois, com a separação será necessário alugar uma moradia, bem como adquirir móveis e outros utensílios domésticos, além de ter de contratar uma empregada para cuidar dos afazeres domésticos, o que acarretaria uma despesa extra de mais de R\$1.000,00 (um mil reais) mensais. Assim, propõe o pagamento da importância de um salário mínimo para cada filho e um para a mulher.

Que as testemunhas arroladas pela autora fazem parte do seu círculo de amizades e são de índole duvidosa, pois sempre estão envolvidas em "fuxicos e mexericos" nas vizinhanças.

Que com relação aos bens arrolados na partilha, insta ressaltar, que o carro, é bem sub-rogado, do que fora adquirido a título gratuito, como presente de seu pai, pela formatura do curso de administração de empresas, em dezembro de 1993. (comprovantes anexos).

Que o casamento resta falido, não por culpa dele como aponta a exordial, mas pelo desgaste provocado pelo comportamento psicótico da

autora, que pouco a pouco consumiu todo o amor, afeto, carinho e respeito que existia na vida conjugal.

Pede, com base nos fatos apresentados, seja julgado improcedente o pedido da autora.

Requer a intimação das testemunhas conforme rol anexo.

DAS PROVAS APRESENTADAS EM AUDIÊNCIA

A autora provou a hipossuficiência financeira para se manter sozinha; Documentos juntados: certidão de casamento e dos filhos, escritura do imóvel, DPVAT e extrato de poupança.

Foi comprovada a propriedade dos bens arrolados pela autora; As testemunhas da autora foram ouvidas e não houve contradições em seus depoimentos, todas apontaram uma vida conjugal conturbada.

O réu comprovou sua renda e o local de trabalho, e sua capacidade para prestar alimentos.

Dentre as testemunhas do réu todas afirmaram ter conhecimento dos fatos alegado pela defesa, exceto a indigitada amante, que se contradisse quando perguntada se teve relações sexuais com o réu.

Solução proposta pelo Coordenador (Sentença):

Tendo por base a inicial e a contestação e, apreciadas as provas produzidas, ficou demonstrado que tanto o réu quanto o autor tiveram culpa na falência do casamento.

Assim, apurada a culpa recíproca dos "separandos", fica desautorizado o pedido de alimentos para a autora, e resguardado o direito dos filhos a alimentos, impondo ao pai a obrigação de prestar alimentos a eles, enquanto estiver equilibrada a proporção necessidade dos alimentados e possibilidade do alimentante.

No entanto, o direito é instrumento de pacificação social e não pode ser utilizado para condenar quem quer que seja ao abandono material. O art. 1709 do NCC dispõe que até mesmo o cônjuge culpado da separação tem direito à alimentos. Então, nada mais justo que aquele que também teve culpa na dissolução do casamento, provada a sua inaptidão para o trabalho e nem parentes em condições de fornecê-los, perceba do marido a prestação alimentícia necessária à sua subsistência.

Diante disso, esta coordenadoria entende que ante a impossibilidade de reconciliação, a separação será decretada por culpa recíproca, e a mulher deverá receber alimentos provisórios do marido pelo prazo suficiente à sua reabilitação profissional.”

ANEXO D

MPF/ES: união estável para fins previdenciários não precisará mais ser provada na Justiça

O reconhecimento desse tipo de união com provas testemunhais agora poderá ser feito em âmbito administrativo, isto é, diretamente junto às agências do INSS espalhadas pelo país.

Em cumprimento a uma recomendação do Ministério Público Federal no Espírito Santo (MPF/ES), o Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS) não vai mais exigir que seus eventuais beneficiários que tiverem que utilizar provas testemunhais para comprovar união estável recorram à Justiça. O reconhecimento desse tipo de união agora poderá ser feito em âmbito administrativo, isto é, diretamente junto às agências do INSS espalhadas pelo país.

De acordo com o procurador da República André Pimentel Filho, que no Espírito Santo responde pela Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão, a medida vai encurtar o caminho de quem vive em união estável e procura a autarquia em busca de direitos previdenciários. A expectativa é de que essa mudança, que vale para todo o Brasil, represente menos ações na Justiça. Antes, as pessoas tinham que recorrer à Justiça para provar algo que poderiam provar já perante o INSS, explicou o procurador.

O reconhecimento da união estável era feito no âmbito administrativo com no mínimo três provas documentais, que podiam ser desde certidão de nascimento de filho em comum ou comprovante de que residem num mesmo endereço até documentos que comprovem conta bancária conjunta ou apólice de seguro do qual o companheiro seja o beneficiário.

A partir da alteração da rotina do INSS, quem não tiver o número mínimo de provas documentais poderá complementar o conjunto probatório com a apresentação de testemunhas. Antes, esse tipo de prova só era considerado válido na Justiça.

A recomendação do procurador André Pimentel Filho foi enviada à Diretoria de Benefícios do INSS, em Brasília. Acionada pela autarquia, a Advocacia-Geral da União (AGU) se manifestou no mesmo sentido, e sugeriu que fosse alterada a rotina para o reconhecimento da união estável. É dever do administrador público facilitar o exercício de direitos pelo administrado, destacou a AGU.

O procedimento administrativo cível que resultou no envio da recomendação ao INSS foi instaurado em fevereiro deste ano. A Justiça Federal no Espírito Santo enviou ao MPF uma representação na qual informava que o INSS estava descumprindo a legislação, já que havia exigido comprovação judicial de união estável de uma pessoa que pleiteava a concessão do benefício de pensão por morte.

Assessoria de Comunicação Social
Procuradoria da República no Espírito Santo
Telefone: (27) 3211-6444

<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/104401/mpf-es-uniao-estavel-para-fins-previdenciarios-nao-precisara-mais-ser-provada-na-justica>

Inserida ainda no Direito de Família, a responsabilidade civil relativa à união estável gera, ainda, muita polêmica. No entanto, a relação é respaldada em lei tanto quanto o casamento então, os companheiros também têm direitos assim como obrigações perante a união.

A indenização passou a ser também legalizada perante a união estável. Uma possível dissolução da relação pode permitir que a parte lesada solicite um pedido de indenização, seja o motivo qual for. No entanto, cabe à justiça avaliar e confirmar a verdadeira existência da união e, de acordo com o motivo, fazer jus à decisão.

Relativo a pais e filhos, a responsabilidade civil tem grande importância principalmente no que tange aos deveres de guarda, sustento e educação. Sendo assim, a justiça tem reconhecido a aplicação conveniente nos casos de responsabilidade civil nas relações de família.

O objetivo do trabalho é proporcionar uma visão geral da responsabilidade civil no Direito de Família, tendo em vista as mudanças ocorridas desde a Constituição Federal de 1988. Isso implica o surgimento de novas leis que atendem às mudanças sócio-econômicas de um mundo tão moderno refletindo, assim, nas relações paterno-filiais. Isso requer a constante evolução da legislação, assim como atualização dos especialistas na área jurídica.

2.2 RESPONSABILIDADE CIVIL E DANO MORAL

2.1 CONCEITOS

O objetivo principal desse capítulo é estudar a responsabilidade civil, seus conceitos, pressupostos e espécies. E ligado a isso, analisar o conceito de dano moral no Direito brasileiro. Um capítulo que serve de alicerce, com conceitos básicos e simples, para que assim possa ser discorrido o tema da presente monografia.

O termo “responsabilidade” deriva do verbo latino *respondere*, de *spondeo*, e de acordo com Diniz (1993, p. 28) correspondia à antiga:

Obrigação contratual do direito quiritário romano onde o devedor se vinculava ao credor nos contratos verbais. Esses contratos implicavam em perguntas e respostas (*spondesne mihi dare Centum? Spondeo*, ou seja, promete me dar um cento? Prometo)..

A questão da responsabilidade decorrente do dano sempre foi presente na humanidade, desde os povos mais primitivos. Os romanos não construíram uma teoria de responsabilidade civil, porém, acabaram por contribuir para a evolução da mesma. Isso se deu através do desenvolvimento no desenrolar de casos, decisões de juízes, respostas de jurisperitos e constituições imperiais. Disso tudo foram extraídos princípios e conceitos sistematizados. No império romano as responsabilidades civis e penais não eram distintas, mas acarretavam numa pena imposta ao causador do dano. Por conta de se tratar de um tema com grandes divergências doutrinárias, citaremos as definições de autores diferentes.

De acordo com os professores Gagliano e Pamplona Filho (2003, p. 76):

De fato, nas primeiras formas organizadas de sociedade, bem como nas civilizações pré-romanas, a origem do instituto está calcada na concepção da vingança privada, forma por certo rudimentar, mas

compreensível do ponto de vista humano como lúdima reação pessoal contra o mal sofrido.

Diante da visão do delito do Direito Humano, existiu a Pena do Talião que evoluiu com o advento da Lei das XII Tábuas. Essa lei consistiu na fixação do valor da pena a ser paga pelo ofensor ao ofendido.

A idéia de responsabilidade segundo Santana (1997, p. 4):

Ingressa na órbita jurídica depois de ultrapassada, entre os povos primitivos, a fase da reação imediata, inicialmente grupal, depois individual, passando pela sua institucionalização, com a pena do talião, fundada na idéia de devolução da injúria e na reparação do mal com mal igual, já que qualquer dano causado à outra pessoa era considerado contrário ao direito natural.

A partir de então, com o desenvolvimento tecnológico e a consequente divisão social do trabalho, a pena deixou de ser pessoal para ser patrimonial.

O ápice da evolução deu-se com a Lex Aquilia que originou a responsabilidade civil delitual ou extracontratual, ou seja, a responsabilidade civil aquiliana.

No Código Civil de Napoleão foi incorporada a idéia de reparação do dano sofrido, que substituiu a concepção de pena. Essa mudança exerceu grande influência no Código Civil Brasileiro de 1916.

Em 1966 o Supremo Tribunal Federal admitiu a reparação do dano moral. A Constituição Federal foi promulgada em 05 de outubro de 1988 estabelecendo em seu artigo 37, § 6º, que:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

O Artigo 12 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor) estabeleceu que:

O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

Por último, o Código Civil Brasileiro de 2002 consagrou a responsabilidade civil no parágrafo único do artigo 927 e previu, no artigo 186, a reparação do dano exclusivamente moral.

A responsabilidade civil segundo Pereira (1992, p. 148):

Consiste na efetivação da reparabilidade abstrata em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma. Reparação e sujeito passivo compõem o binômio da responsabilidade civil, que então se enuncia como o princípio que subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano.

Já Azevedo (1994, p. 98) cita que “A responsabilidade civil é a situação de indenizar o dano moral ou patrimonial, decorrente de inadimplemento culposos, de obrigação legal ou contratual, ou imposta por lei.”

Serpa Lopes (1995, p. 68) enfatiza que o conceito de responsabilidade civil “significa a obrigação de reparar um prejuízo, seja por decorrer de uma culpa ou de um outra circunstância legal que a justifique, como a culpa presumida, ou por uma circunstância meramente objetiva.”

Esse entendimento é o mesmo de Soares (1997, p. 9) dizendo que a responsabilidade civil “se exprime na obrigação de responder por alguma coisa, ou seja, assumir o pagamento do que se obrigou ou do ato que praticou.” Sendo assim, a responsabilidade pode ser gerada de compromisso ou ato praticado que gerou dano.

Diante das definições citadas, afirma-se que a responsabilidade civil é a obrigação que uma pessoa tem de reparar o dano causado à outra. Há diversas condições onde uma pessoa pode ser considerada responsável pelo dano sofrido por outra pessoa. Com isso a justiça pode definir em que medida

a pessoa que cometeu o dano está obrigada a repará-lo. O dano é reparado através da indenização que é quase sempre pecuniária podendo o dano ser à integridade física, à honra ou aos bens de uma pessoa. A grande dificuldade é estabelecer quais os requisitos essenciais para a configuração da responsabilidade.

2.3 CARACTERIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Como em todas as doutrinas e jurisprudências, vários autores têm seus estudos voltados à responsabilidade civil. Enfatizaremos Diniz (1993) que cita três elementos necessários para a configuração da responsabilidade civil:

a) Uma ação ou omissão: é o ato voluntário podendo ser praticado:

a.1 - Pelo próprio agente causador do dano;

a.2 - Por terceiros, nos casos de danos causados pelos filhos, tutelados, curatelados, empregados, hóspedes e educandos;

a.3 - Por fato causado por animais e coisas que estejam sob a guarda do agente.

b) Um dano patrimonial ou moral:

b.1 - O dano patrimonial, também chamado de material, é o dano real ao patrimônio acarretando na perda, total ou parcial, dos bens materiais cabendo, nesse caso, indenização pelo responsável;

b.2 - O dano moral é a lesão de interesses imateriais de pessoa física ou jurídica cabendo também reparação dos prejuízos à vítima. A justiça inclui nos danos morais, além de ofensas à personalidade, a dor, o sofrimento e a angústia.

c) O liame entre os dois primeiros: é a chamada relação de nexo de causalidade entre a ação ou omissão e o dano patrimonial ou moral. Não há a obrigação de indenizar se não existir o nexo causal, afinal, a causa do dano tem que estar relacionada com o comportamento do agente.

A regra geral que norteia a teoria da responsabilidade civil consiste na determinação de que o causador do dano o repare de acordo com o que se encontra insculpido no artigo 159 do Código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia, violar direito ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.”

Se existir um dano, espera-se que o mesmo seja compensado. A dúvida existente, atendo-se na jurisprudência brasileira, é que muitos casos são resolvidos de forma a não agradar as possíveis vítimas. Isso acaba levando-as a solicitar recursos ocasionando maior demora na definição do caso, além do aumento de honorários advocatícios. Por outro lado, muitas vezes a justiça se depara com casos tão simples que poderiam muito bem ser resolvidos de forma madura e sem o envolvimento da justiça, mas, infelizmente o que pesa nesse caso é a chamada honestidade e integridade do indivíduo.

2.3 TIPOS DE RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil, surgindo da inadimplência de uma obrigação negocial, é chamada de responsabilidade contratual, ou seja, um negócio jurídico que teve uma obrigação não cumprida. Ainda existe a responsabilidade extracontratual, também chamada delitual ou aquiliana, como já foi citado anteriormente, é aquela decorrente diretamente da lei, ou seja, ofensor e vítima não precisam ter qualquer relação contratual para ocorrer o dano. Então, esses dois tipos de responsabilidade são decorrentes de um fato gerador.

2.3.1 Responsabilidade Civil Contratual

Comumente a doutrina conceitua a responsabilidade contratual como violação de um contrato, ou seja, uma das partes envolvidas em um negócio descumpriu a sua obrigação. Nesse caso a lei entende que esse tipo de responsabilidade refere-se apenas à vontade das partes em descumprir uma obrigação.

Outros autores entendem que, além da vontade das partes, a violação pode ocorrer também baseada em uma lei. Poderíamos citar como exemplo o pagamento do IPTU quando então um cidadão deixa de pagá-lo. Tratando-se de um imposto, o cidadão tem a obrigação de pagar, pois se não o fizer torna-se um inadimplente com o Estado. Isso porque houve uma relação entre o Estado e o sujeito, pois o imposto é algo estabelecido, tornando-se assim obrigatório.

Relativo à obrigação de pagamento de impostos, alguns estudiosos tratam o assunto como dever jurídico e não obrigação. Vejamos a definição de Caio Mário da Silva (2002, p. 25):

Atentemos, mais de perto, no assunto. Há obrigações que decorrem exclusivamente da Lei como são os deveres políticos (ser eleitor) ou as determinadas para com o estado (pagar tributos), ou ainda as pecuniárias na órbita familiar (alimentar os filhos). Mas todas elas não podem inscrever-se como obrigações em sentido técnico estrito, aqui considerado. São, antes, deveres jurídicos.

Na responsabilidade contratual não há necessidade do contratante provar a culpa do inadimplente para receber indenização de perdas e danos. Simplesmente prova-se o inadimplemento, mais nada. Para livrar-se da culpa, o devedor deve provar a inexistência da mesma ou presença de qualquer excludente do dever de indenizar. O devedor pode até isentar-se da indenização se provar que o episódio se deu por conta de caso fortuito ou força maior.

2.3.2 Responsabilidade Civil Extracontratual

Como já citado anteriormente, a responsabilidade extracontratual também é chamada de delitual ou aquiliana. Sua ocorrência se dá antes do dano acontecer não havendo assim nenhum vínculo jurídico entre as partes, portanto, sem nenhum tipo de relação obrigacional. Trata-se da prática de um ato ilícito causado por pessoa capaz ou incapaz. Esse tipo de responsabilidade tem como fonte a lei.

Contrário ao que ocorre na contratual, na responsabilidade extracontratual há necessidade do lesado provar a culpa do agente. Para a efetivação de uma indenização a lei preconiza algumas condições:

- Ação ou omissão do agente;
- Nexos de causalidade entre a ação do agente e o dano causado;
- Dano moral ou material;
- Dolo ou culpa.

Como exemplo citaremos o caso de um indivíduo que conduz o seu automóvel nas ruas de uma determinada cidade e, por falta de atenção colide seu carro contra outro. Nesse caso a ocorrência se deu por imprudência de um dos motoristas, mas em momento algum estava previsto o acontecido, ou seja, não havia nenhum acordo entre as partes, existindo então a culpa por um dano. Cabe, nesse caso, a aplicação do artigo 186 do Código Civil dizendo que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Apesar de a responsabilidade extracontratual basear-se na culpa, pode ainda basear-se na responsabilidade sem culpa, baseada no risco. Sendo assim, alguns autores dividem a responsabilidade civil extracontratual, quanto ao fundamento, em subjetiva e objetiva. Essas não são consideradas como diferentes espécies de responsabilidade, mas sim como diferentes formas de considerar a obrigação de reparar o dano.

Sabemos que a todo o momento surgem casos de responsabilidade civil, afinal, quando um indivíduo sofre um dano, tanto moral como material, ocorrem desequilíbrios de acordo com a origem do dano. Essas situações levam aos pedidos de soluções, mesmo porque ofensas não podem ficar sem reparação.

2.3.3 Responsabilidade Subjetiva

A responsabilidade subjetiva ou *aquilianiana* é baseada na culpa do agente e essa culpa deve ser comprovada para a posterior obrigação indenizatória. O causador do dano somente torna-se responsável quando há o reconhecimento da ação se com dolo ou culpa. Essa é a teoria clássica, também chamada teoria da culpa ou subjetiva, pois depende do comportamento do sujeito. Nesse caso a prova da culpa *lato sensu*, que abrange o dolo, ou *strictu sensu*, constitui-se num pressuposto do dano indenizável. A culpa *lato sensu* é caracterizada pela negligência ou imprudência. É o elemento subjetivo onde o sujeito tem vontade de praticar o ato danoso. O dolo *strictu sensu* é a intenção que o sujeito tem de praticar o dano.

Como exemplo podemos citar o caso de uma instituição que nega a re-matrícula de um determinado aluno. Sendo assim, o dano poderá enquadrar-se em três situações:

- Acadêmica;
- Financeira ou material;
- Moral.

Para haver a comprovação do nexo da causalidade, ou seja, o elo entre a conduta culposa do causador do dano e dano sofrido, há necessidade de demonstração da situação onde o dano específico foi decorrente de uma determinada conduta culposa.

Se o aluno comprovar que o dano alegado, em uma das três situações citadas anteriormente, foi resultante da instituição de ensino, pelo fato do mesmo estar inadimplente, estará demonstrado o nexo causal. O aluno que provavelmente irá requerer indenização pelo ato danoso, deverá provar os três elementos essenciais: conduta culposa do agente, dano sofrido e nexo causal. Caso o aluno não consiga provar nenhum deles, o seu pedido poderá ser julgado improcedente.

No artigo 186 (artigo 159 do Código Civil de 1916) do Código Civil de 2002, manteve-se a culpa como elemento fundamental da responsabilidade

subjetiva, ou seja, para o ressarcimento deve-se comprovar a culpa, sendo a ação do agente voluntária, negligente ou imprudente ou seja, “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

O artigo 927 também contempla a culpa na responsabilidade subjetiva enfatizando que “Aquele que, por ato ilícito (artigos 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

Como a responsabilidade subjetiva é fundada na culpa e no dolo, este último sempre acarretará responsabilidade.

A idéia da responsabilidade subjetiva pode ser explicada numa situação onde o agente tem a intenção de praticar o ato danoso ou ainda se tem conduta negligente. Isso demonstra que a responsabilidade subjetiva possui como características imprescindíveis:

- A ação ou omissão do sujeito ativo;
- A vítima sendo o sujeito passivo;
- Um dano sofrido pela vítima;
- O nexo de causalidade entre o causador do dano e a vítima.

Há casos na responsabilidade subjetiva chamados de *culpa in eligendo* ou *in vigilando* onde a vítima, evidenciando a causa, impede, possivelmente, o agente causador da culpa de responder civilmente por ausência de causalidade.

Infelizmente a responsabilidade subjetiva mostrou-se por muito tempo insuficiente levando o lesado à insatisfações em relação aos seus prejuízos. Isso porque em muitos casos era impossível que a vítima conseguisse provar o dano. Isso ainda acontece pois num mundo tão moderno onde a tecnologia está cada vez mais avançada, e até mesmo a questão do crescimento demográfico, muitas vezes impedem a vítima de conseguir provar a culpa do dano que sofreu.

Normalmente ocorrem casos, por exemplo de acidente de trabalho em que o empregado nunca conseguiu provar a culpa do empregador, quer por

falta de documentos que comprovassem e até mesmo falta de testemunhas. Essa última muitas vezes ocorre por conta de medo pois muitas vezes, a participação como testemunha num processo, pode levá-la à demissão.

Para Stoco (1999, p. 76):

A insatisfação com a teoria subjetiva tornou-se cada vez maior, e evidenciou-se a sua incompatibilidade com o impulso desenvolvimentista de nosso tempo. As multiplicações de oportunidades e das causas de danos evidenciaram que a responsabilidade subjetiva mostrou-se inadequada para cobrir todos os casos de reparação.

No caso do Direito de Família, a responsabilidade civil é subjetiva onde é necessário haver a demonstração de culpa pra que a vítima possa solicitar o ressarcimento da dano sofrido. Como exemplo podemos citar a ruptura de um noivado. A relação ainda não é um contrato, portanto, trata-se de responsabilidade civil subjetiva decorrendo do ato culposo em sentido lato (culpa e dolo) por um dos noivos.

E quais podem ser as consequências nesses caso? O casal, no exemplo, duas pessoas livres e desimpedidas, noivam com a intenção futura de se casarem e tudo isso cria expectativa. O rompimento da relação pode ocasionar danos tanto materiais como morais, mesmo com base no artigo 1538, inciso III do novo Código Civil que enfatiza “a celebração do casamento será imediatamente suspensa se algum dos contraentes: III- manifestar-se arrependido.”

O noivo que rompeu a relação não pode ser obrigado a manter o noivado, se ainda o quiser, porém, há a possibilidade de ação com o pedido de indenização por danos sofridos por conta da ruptura. Por outro lado, a doutrina enfatiza que a responsabilidade civil só é aplicada quando o rompimento for ocasionado de maneira injustificada.

Formas justificadas de rompimento de um noivado podem ser atribuídas a culpas graves (infidelidade, injúria grave, etc.), culpas leves (desonestidade, aversão ao trabalho, etc.) e culpas levíssimas (grave

enfermidade, mudança de religião, etc.). É importante salientarmos as formas justificadas, ou seja, as que não são passíveis de indenização, caso contrário, haveria constantemente a ruptura de noivados pelo interesse de indenização. E ainda mais: é necessário que a promessa de casamento tenha sido feita livremente pelos noivos para que aquele que rompeu o noivado seja responsabilizado. Isto quer dizer que convites, correspondências e testemunhas podem servir para a parte que alegou o rompimento demonstrar que de fato houve noivado.

Na realidade cabe ao magistrado avaliar cada caso para decidir de forma justa a causa que pode ocasionar na indenização.

2.3.4 Responsabilidade Objetiva

A responsabilidade objetiva independe da culpa. É a chamada teoria objetiva ou do risco onde a responsabilidade do agente decorre do seu próprio ato oferecendo perigo de lesão ao patrimônio de outrem. Não há um vínculo com o dever de ressarcir. Para a justificativa da responsabilidade civil do agente faz-se necessário apenas a existência do dano e o nexo de causalidade e a indenização tange no conceito material do evento danoso. Em alguns casos pode ocorrer a responsabilidade objetiva imprópria, ou seja, a culpa, e em outros, a responsabilidade civil objetiva propriamente dita onde a prova da culpa é totalmente prescindível.

Por conta de não haver exigência de prova de culpa na responsabilidade objetiva, há casos onde a culpa é presumida pela lei, ou mesmo de dispensa a sua comprovação. Se a culpa for presumida, inverte-se o ônus da prova. Sendo assim, o autor deve apenas provar a ação ou omissão do agente e o dano causado visto que a culpa já se presume.

Um exemplo da responsabilidade objetiva é um comerciante num ramo de consumo qualquer. Ele torna-se responsável por eventuais prejuízos causados aos consumidores, independentemente de atuar com culpa. São os

chamados acidentes de consumo onde o produto ou o serviço geram danos materiais ou pessoais.

Na lei civil há necessidade da prova da culpa e na relação entre consumidores a prova descartada. Sendo assim, a existência do dano efetivo ao ofendido é suficiente.

A Lei 8.078/90 estabeleceu a responsabilidade objetiva dos produtos e fornecedores da cadeia produtiva. E ainda não levou em consideração a existência da culpa frente aos danos causados por acidentes de consumo ou vícios na qualidade dos mesmos ou na prestação dos serviços.

Segundo Nery (2002, p. 725):

A norma estabelece a responsabilidade objetiva como sendo o sistema geral da responsabilidade do CDC. Assim, toda indenização derivada de relação de consumo, se sujeita ao regime da responsabilidade objetiva, salvo quando o Código expressamente disponha em contrário. Há responsabilidade objetiva do fornecedor pelos danos causados ao consumidor, independentemente da investigação de culpa.

É notório que a responsabilidade subjetiva pouco importa quando o caso envolve relações de consumo, pois esta não se insere nos critérios determinantes de condenação à reparação do dano. Isso porque havendo ou não a intenção de lesar, o que se leva em conta é a existência do prejuízo e sendo assim o causador é obrigado a repará-lo.

Dias (1944, p. 95) relata que "no sistema da culpa, sem ela, real ou artificialmente criada, não há responsabilidade; no sistema objetivo, responde-se sem culpa, ou, melhor, esta indagação não tem lugar".

Sendo assim, a prova da culpa é o precedente para a variação dos sistemas da obrigação indenizatória civil, assim como o problema da distribuição do ônus probatório. Esse último trata-se da questão da distinção entre a responsabilidade civil subjetiva e a responsabilidade civil objetiva.

Como exemplo de responsabilidade objetiva, citamos abaixo um pedido de indenização onde o município de Curitiba, no estado do Paraná foi

responsabilizado pelo afogamento de um menor em uma lagoa. Aos 13 anos de idade, um estudante, juntamente com outros colegas, resolveu tomar banho em uma represa improvisada construída pela prefeitura municipal. O estudante veio a óbito após entrar na lagoa e por conta da água estar muito suja e ter muito barro no fundo, dificultou sua saída, levando-o ao afogamento. Na ocasião o local era desprovido de qualquer aviso ou placa informando a proibição de nadar. Somente após o acidente as autoridades competentes iniciaram um trabalho para aterrar a lagoa. A perda do filho jamais repararia a dor dos pais naquele momento, mas era de direito da família solicitar a indenização, tendo em vista que o acontecido foi uma imprudência do município. Era de responsabilidade das autoridades municipais a fiscalização e conservação do local sendo o mesmo considerado patrimônio urbanístico da cidade. A lagoa era tão desnecessária naquele local que posterior ao fato foi aterrada.

Vejamos que um descaso ocasionou a morte de um inocente que com certeza jamais imaginaria que o local apresentasse perigo. Mesmo porque sabemos que nessa faixa de idade geralmente as crianças têm uma energia muito grande e de certa forma gostam de experimentar tudo que é diferente.

Como foi possível observar em alguns relatos exemplos de responsabilidade objetiva, conclui-se que o novo Código Civil adotou a teoria do risco, sendo a responsabilidade objetiva inserida em dois casos: quando a atividade desenvolvida pelo autor do dano implicar risco para direitos de outros e nos casos especificados em lei. A teoria objetiva defende a desvinculação do dever de ressarcir quando um indivíduo causa a noção de culpa.

O sistema jurídico brasileiro entende como responsabilidade objetiva, ou seja, sem a existência de culpa, casos como um animal que causou prejuízos, seu dono tem o dever de ressarcir o dano a terceiros. Outro exemplo clássico e corriqueiro são os acidentes de trabalho considerados como teoria do risco, ou seja, a reparação é independente da culpa.

O artigo 12 do novo Código Civil trata da prevenção e reparação integral nos casos de lesão a direitos de personalidade quando então “Pode-se

exigir que cesse a ameaça ou lesão, a direito de personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.”

O Supremo Tribunal de Justiça possibilita a cumulação de pedido de reparação material e moral num único pedido. Pode-se acrescentar, ainda, o pedido de reparação por danos estéticos. Segue abaixo um exemplo de pedido como esse:

"Agravo regimental. Recurso especial não admitido. Dano moral e dano estético. Cumulação. 1. Possível a cumulação da indenização por dano moral com o dano estético. Precedentes. 2. A alegação de que a condenação por danos morais e estéticos, ainda que decorrente do mesmo fato não fosse deferida em função de títulos diversos, é questão ausente do Acórdão recorrido, ficando impossibilitado o exame do tema em face de ausência de prequestionamento". (Superior Tribunal de Justiça, ACÓRDÃO: AGA 305666/RJ (200000439215), 374087 AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO, DATA DA DECISÃO: 29/08/2000, ORGÃO JULGADOR: - TERCEIRA TURMA, RELATOR: MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, FONTE: DJ DATA: 23/10/2000 PG: 00141, VEJA: RESP 162566-SP, RESP 192823-RJ, RESP 219807-SP (STJ)).

A idéia de personalidade é intimamente ligada à pessoa, de modo inseparável. É um atributo da pessoa humana e sendo assim apta para adquirir direitos e contrair obrigações.

O artigo 12 respalda os direitos do morto quando então se fala em legitimidade de ascendentes, descendentes, cônjuge e colaterais até quarto grau pleitearem indenização no caso de danos à personalidade de pessoa falecida. Esses são os *lesados indiretos*, que sofrem muitas vezes um dano reflexo, indireto, denominado *dano em ricochete*.

Um avanço na legislação brasileira é o Decreto 2681/1912 no seu artigo 26, Leis de Acidentes do Trabalho de 1934, Decreto 483/1938 (Código Brasileiro do Ar), que designou a responsabilidade objetiva do proprietário de aeronaves por danos causados a pessoas em terra por coisas que delas caísse, bem como por danos derivados das manobras das aeronaves em terra. Ou seja, para o indivíduo que utiliza esse tipo de transporte há uma garantia para os ressarcimentos de eventuais danos.

Infelizmente grande parte da população desconhece seus direitos e nem imagina o quanto já pode ter sido penalizada de inúmeras formas e por diversas situações, sem ter sido ressarcida por danos sofridos.

2.4 CONCEITO DE DANO MORAL

O dano moral se dá quando abala a honra ou a dignidade de pessoas físicas ou jurídicas. Ele surge da dor e esta não tem preço, pois resulta em efeitos maléficos causando sofrimento. A vítima de um dano moral pode vir a tornar-se um indivíduo apático, mórbido, humilhado, envergonhado, enfim, muitas vezes inapto a conviver normalmente na sociedade. E para isso existem meios adequados para a recuperação do indivíduo lesado, ou seja, a reparação para que a vítima possa ter meios de buscar essa recuperação.

Devemos salientar que o dano moral não pode ser confundido com aborrecimento, tendo em vista que esse é ocasionado de situações do dia-a-dia que muitas vezes não são caracterizados como dano de natureza moral.

Na bibliografia há inúmeros conceitos de dano moral segundo a jurisprudência e até mesmo as seguradoras têm os seus. Uma delas diz que dano moral é:

Ofensa ou violação que, mesmo sem ferir ou causar estragos aos bens patrimoniais de uma pessoa, ofenda seus princípios e valores morais, tais como os que se referem a sua liberdade, a sua honra, a seus sentimentos, a sua dignidade e/ou a sua família. Em contraposição ao patrimônio material, é tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico, ficando a cargo do Juiz, no processo, o reconhecimento de tal dano, bem como a fixação de sua extensão e eventual reparação, devendo ser sempre caracterizado como uma punição que se direciona especificamente contra o causador dos danos. Disponível em: <http://portocentralseguros.com.br/vocabulario-de-seguros>.

Na verdade o conceito de dano moral está ligado diretamente ao poder de decisão do caso concreto. A jurisprudência mostra-se vacilante no reconhecimento das situações que caracterizam essa espécie de dano, pois

para que se caracterize o dano moral a justiça analisa a prova do nexo de causalidade, ou seja, o fato que gerou o dano e suas consequências à moral da vítima.

Apesar de em alguns casos a jurisprudência indicar parâmetros de fixação de valores de indenização por danos morais, ainda é subjetivo esse critério. Isso se deve pelo fato de que cada vítima, seja ela física ou jurídica, deve ser analisada conforme sua situação atual, pois os prejuízos acarretarão diferentes situações em cada uma. Salientamos aqui que a indenização por danos morais existe para tentar reparar a dor, o sofrimento ou ainda uma situação de constrangimento sofrida pela vítima e, além disso, pode ser o estímulo para que o ofensor não torne a praticar o ato.

O juiz, na análise de processos de indenização por danos morais, mensura o grau de seqüela produzido na vítima, pois o mesmo varia de um indivíduo ao outro. Sendo assim, consegue avaliar o caso de forma a condenar de forma justa o ofensor beneficiando assim, de forma satisfatória, a vítima. Existem casos em que o ofensor age com a intenção de prejudicar a vítima e, sendo assim, a condenação deve resultar numa pena vem avaliada atingindo acima valores mais altos.

Alguns autores salientam a importância da análise de alguns aspectos que devem ser analisados pelos juízes nos processos de danos morais: a extensão do dano; a situação patrimonial e imagem do lesado; a situação patrimonial do ofensor e intenção do autor do dano. Entende-se que a análise da situação patrimonial do ofensor serve para que a indenização a ser paga seja arbitrada de forma a corrigir a prática que gerou ou dano, isto é, o ofensor pagará pelo seu ato de forma que realmente sinta nas suas finanças.

O resultado de uma perda pecuniária não se restringe ao dano moral. Não se refere apenas ao material, mas aos sentimentos abrangendo sofrimentos físicos que não geram consequências patrimoniais. O dano moral atinge o que está fora do material, ou seja, não se trata do patrimônio do lesado. É um ato indenizável constituindo-se em lesão incidente na personalidade da vítima acarretando-lhe dor, vergonha e constrangimento, conseqüente da conduta praticada por um terceiro. Vale ressaltar que nem tudo

que não é dano patrimonial pode ser entendido como dano moral.

O dano moral não é restrito apenas aos sentimentos e à sensibilidade. Aplica-se, também, às perturbações nas capacidades de querer, sentir e entender e ainda inclinações afetivas.

Sendo assim, é de extrema importância ressaltar as diferentes definições de ilustres doutrinadores de dano moral.

Yussef Cahali (1998, p. 20) define dano moral como:

A privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranqüilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos.

Aguiar Dias ressaltou que "com os danos não patrimoniais, todas as dificuldades se acumulam, dada a diversidade dos prejuízos que envolvem e que de comum só têm a característica negativa de não serem patrimoniais".

Maria Helena Diniz (2003, p. 68) conceituou dano moral como a "lesão a um interesse que visa à satisfação ou gozo de um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade (...) ou nos atributos da pessoa."

Caio Mário da Silva Pereira (1996, p. 88) define o dano moral como:

Ofensa a direitos de natureza extrapatrimonial - ofensas aos direitos integrantes da personalidade do indivíduo, como também ofensas à honra, ao decoro, à paz interior de cada um, às crenças íntimas, aos sentimentos afetivos de qualquer espécie, à liberdade, à vida, à integridade.

Limongi França (1977, p. 211) diz que o dano moral é "aquele que, direta ou indiretamente, a pessoa física ou jurídica, bem assim a coletividade, sofre no aspecto não econômico dos seus bens jurídicos".

Sendo assim, moral é um dano sem reflexos patrimoniais e por isso muitos autores utilizam a expressão *dano pessoal*, pois atinge todas as esferas

do ser humano (estética, imagem, honra, liberdade sexual e psíquica). Diante das definições já citadas, fica claro que podemos ser lesados no que somos e não apenas no que temos.

De acordo com Oliveira (2002, p. 35):

A doutrina ampara tal entendimento quando qualifica, com razão, como pessoal (moral, na nomenclatura clássica) a agressão física a alguém em estado inconsciente ou comatoso, destituído de percepção da violência, sem possibilidade de expressão de qualquer sentimento de dor. Chega-se a afirmar que basta a agressão física para a configuração de dano pessoal. Em síntese, basta a violação de qualquer integridade, de qualquer direito da personalidade, para a configuração do dano pessoal.

O conceito definido pelo autor acima é válido, mesmo porque o dano pessoal é mais adequado para definir a violação a um direito de personalidade. Porém, muitos autores acreditam que os termos danos moral e dano pessoal podem caminhar paralelamente visto que *dano moral* encontra-se inserido na doutrina e jurisprudência. Além disso, é a nomenclatura que faz parte da Constituição Federal de 1988 (artigo 5º, inciso X) e no novo Código Civil (Lei n. 10.406/02), o artigo 186 que diz que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Numa decisão do Supremo Tribunal de Justiça, um empresário no ramo de criação de avestruzes recebeu mensagens vexatórias através de um site de relacionamentos que é acessado por qualquer internauta. Na ocasião as mensagens relacionavam-se a dívidas contraídas pelo filho do empresário. As mensagens difamatórias levaram o STJ a acatar o pedido de indenização por danos morais, pois entendeu que publicamente o empresário foi exposto a uma situação de constrangimento por uma situação do filho.

Outro caso levou o Tribunal Superior do Trabalho a condenar uma renomada rede de confecções a indenizar por danos morais uma funcionária que, no caso, foi demitida por ter 38 anos e não atender os padrões de beleza da rede. A indenização estabelecida pelo TST foi de R\$ 30 mil reais à ex-funcionária.

Nota-se que os casos de dano moral estendem-se às mais diferentes esferas sendo cabíveis de decisão somente pela justiça.

2.4.1 Dano moral no direito brasileiro

Como já foi dito anteriormente, há dificuldade de um juiz quantificar, materialmente, o dano moral. Porém, esse não deve ser o obstáculo para uma efetiva condenação. Jamais deverá se ter como parâmetro a equivalência entre a lesão moral e a quantia em dinheiro, pois não existe a possibilidade de se quantificar materialmente a tristeza, a orfandade, nem a dor do espírito. A indenização pelo dano moral torna-se, assim, autônoma em relação à dos danos materiais.

Como não há um critério único e definido para a reparação de danos morais, fica por conta de a justiça avaliar os casos e encerrá-los de forma justa.

A Carta Constitucional de 1988 contemplou claramente a indenização por dano moral, pois até o final dos anos 80, portanto, anterior ao documento citado, ocorriam os entendimentos que preconizavam o dano moral como irreparável, economicamente. No início, mesmo com o advento da Carta Constitucional, a questão do dano moral foi muito hostilizada no Brasil pela doutrina e também pela jurisprudência.

O Decreto 2.681 de 07.12.1912, que regula a responsabilidade civil das estradas de ferro do Brasil, abordava sobre a reparação do dano moral, isso antes do Código Civil de 1916. O artigo 21 do referido decreto cita que "no caso de lesão corpórea ou deformidade, além das perdas e danos, das despesas do tratamento e dos lucros cessantes" (danos materiais), o juiz deve arbitrar "uma indenização conveniente". Esse artigo acabou constituindo uma disposição clara que acolhe a reparação por danos morais, então, o direito a indenização por danos morais foi estendido a todas as empresas transportadoras.

Relativo o Código Civil de 1916, os artigos. 159 (responsabilidade por danos extracontratuais) e 1056 (responsabilidade por danos contratuais) têm caráter amplo e aberto e permite-se a compreensão da existência dos danos morais. Isso se deve às hipóteses delituosas onde são atingidos e feridos os aspectos da moralidade e da afetividade pessoais.

Sendo assim, Pereira (1998, p. 41) conclui que:

O princípio da reparação por dano moral encontra guarida no ordenamento brasileiro, apesar de ressentir de uma norma genérica da reparação por dano moral. É de ressaltar, porém, que já de longa data a doutrina nacional orientava-se no sentido de admitir a tese positiva do dano moral, muito embora, alguns autores, aceitando a reparabilidade do dano moral como tese, negavam tivesse sido a mesma acolhida pelo legislador brasileiro, como princípio geral, ressaltando, certas disposições específicas previstas em lei.

Ficou claro a necessidade de se consolidar a reparação dos danos morais e isso se deu durante as várias tentativas de reforma do Código Civil Brasileiro. O Anteprojeto de Código de Obrigações de 1941 previa um capítulo específico referente à reparação civil (Título I, Capítulo VI) e previa expressamente a reparação decorrente de dano moral, nos artigos 181 ("Além da que foi devida pelos prejuízos patrimoniais, cabe a reparação pelo dano moral, moderadamente arbitrada") e 182 ("Não ocorrendo prejuízo patrimonial ou sendo insignificante, será o autor do ato lesivo condenado a pagar em dinheiro, nos termos no artigo anterior").

Surge em 1972 um novo Anteprojeto de Código Civil que se transformou em Projeto de Lei que por sua vez originou o Código Civil - Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. O texto básico trata-se da responsabilidade mesmo em caso de dano exclusivamente moral (art. 186), prevendo a reparação de danos conforme o título IX, artigos 927 a 954.

De acordo com a Constituição Federal, o respeito à dignidade da pessoa e sua intimidade são alguns dos direitos estabelecidos no artigo 5º, incisos IV e X:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

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

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Entende-se que a pessoa humana deve conviver de forma igual a qualquer outra, tendo seus direitos adquiridos. Portanto, qualquer violação a um desses direitos proporciona à vítima o pedido de indenização por danos morais.

Mais uma ressaltou que não há um parâmetro para se estimar um valor a ser ressarcido, portanto, o juiz deve ter como princípio a razoabilidade. A liquidação do dano moral é prevista no art. 1553 do Código Civil, ou seja, por arbitramento. Porém, não é fator limitante para que o juiz fixe um valor para a indenização, quando for o caso.

A atenção especial dada pelos juízes nos processos de indenização por danos morais são cruciais porque hoje, no Brasil, fala-se até mesmo de uma indústria do dano moral. Algumas pessoas aproveitam-se de situações que, a rigor, não levariam a uma indenização justa. Analisando alguns casos chegamos à conclusão que as indenizações foram incabíveis. Um exemplo é o do proprietário de um carro que teve o aparelho de som subtraído do seu automóvel que estava num estacionamento. Consta que a vítima entrou com o pedido de indenização por danos morais por ter entrado em depressão após o fato. Entendemos que se trata de um fato totalmente fora do que poderia ser enquadrado em danos morais, mas trata-se sim, de um furto, cabendo outro tipo de processo.

Num outro caso um indivíduo comprou um aparelho telefônico celular e o mesmo deixou de funcionar. O cliente alegou que o incidente causou-lhe transtornos na sua vida social. O fato, aos nossos olhos, faria jus a uma

indenização por danos morais caso os transtornos fossem na ordem de trabalho, ou seja, se o indivíduo dependesse única e exclusivamente do objeto para realizar suas atividades laborais que lhe garantem o sustento.

Portanto, é nítido o interesse em algumas ações de indenização por danos morais em se adquirir um valor de forma considerada “fácil”, sem nenhum esforço.

No ano de 2009 a governadora do estado do Rio Grande do Sul, Yeda Crusius entrou com uma ação de indenização por danos morais contra a revista VEJA alegando como injustas as denúncias apresentadas em uma reportagem sobre irregularidades em sua campanha eleitoral e no governo. Seu advogado argumentou que as denúncias de corrupção fazem parte de uma “guerra política” da oposição. No meio político com certeza esse tipo de ação deve ocorrer constantemente nos tribunais e aí fica mais uma vez a nossa indignação, pois será que essa também não é uma forma “fácil” de se obter lucros? Fala-se em indústria do dano moral e por que não falar-se também em indústria do prejuízo?

Relativo à família, um caso no estado da Bahia em 2007 levou a Igreja Universal do Reino de Deus a indenizar por danos morais os pais de um menor de 14 anos assassinado por um pastor auxiliar da igreja. Inicialmente o pedido foi de um milhão de reais e a justiça o julgou como improcedente. Todavia, num segundo momento a sentença foi revista por outro corpo judiciário que condenou a igreja a pagar quinhentos mil reais para cada um dos pais do menor, tendo em vista o tribunal ter entendido que a igreja foi culpada pelo ato. Sendo assim foi considerada como responsável civilmente subjetiva, pois houve falha na escolha do auxiliar bem como falha em vigiar os membros.

Imaginamos que a sentença foi digna, talvez tenha reparado, de certa forma, a dor e o sofrimento dos pais. E com certeza pode servir como reflexão ao réu em não repetir o ato.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL E DANO MORAL ENTRE CÔNJUGES

3.1 A RELAÇÃO CONJUGAL

A relação conjugal é a união de duas pessoas intencionadas em viverem mutuamente em comum. Essas pessoas, quando unidas, passam a ser cônjuges. Do latim *conjuge* = *con*, “um com o outro” e *juge, re*, “ligação ou união”.

Nessa relação comum incluem-se atividades, interesses e construções comuns, podendo ou não incluir atividade sexual. Essa, por sua vez, pode ter finalidade apenas procriativa, apenas prazerosa ou com ambas as finalidades. Certamente isso dependerá do acordo do casal e até mesmo pré-definições culturais-sociais. A relação conjugal logo nos remete à idéia de família, mesmo sabendo que o conceito desta é muito variado.

Na visão tradicional da humanidade, relação conjugal refere-se a um relacionamento biunívoca, ou seja, um cônjuge para com o outro, exclusivamente, e vice-versa. Esse relacionamento trata-se de:

- Casamento ou matrimônio: relação entre um homem e uma mulher;
- União estável: relação entre um homem e uma mulher assemelhada e, eventualmente, equiparada, ao casamento.

O Código Civil Brasileiro entende que através do casamento é que se constitui a família legítima, conforme o artigo 229 do Código Civil: "*O matrimônio gera efeitos que alcançam toda a sociedade, sendo o principal deles a constituição da família legítima (...)* (Código de Direito Civil Anotado, 1996, p. 241).

Anterior à promulgação da Constituição de 1988 os deveres e obrigações em um casamento eram atribuídos a um ou o outro cônjuge. Posteriormente à mesma, deveres e obrigações tornaram-se inexistentes ou

comuns entre ambos os cônjuges. Essa definição é clara no artigo 233 do Código Civil Brasileiro: "O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos" (Código de Direito Civil Anotado, 1996, p. 244).

Conforme o artigo 231 do Código Civil Brasileiro ainda existe os deveres que são comuns entre ambos os cônjuges:

- I - fidelidade recíproca;
- II - vida em comum no domicílio conjugal;
- III - mútua assistência;
- IV - sustento guarda e educação dos filhos.

Tais deveres são reclamados pela ordem pública e de interesse social.

Algumas culturas e países têm aceito as relações conjugais entre pares do mesmo sexo entre si. Por conta disso as uniões estáveis, e até mesmo os casamentos, têm sido mais frequentes entre homossexuais, seja masculinos entre si ou femininos entre si.

Estabelecidas as relações conjugais, há dois pressupostos cultural-sociais que as compreendem: a monogamia e a poligamia.

Na monogamia, onde *monós* = "um" + *gámos* = "esposo ou esposa", a relação deve ser biunívoca e exclusiva. No caso de infidelidade há sanções de várias ordens sendo a única modalidade de relação conjugal considerada válida pela visão judaico-cristã. O questionamento sobre a monogamia gira em torno de relatos bíblicos quando então Abraão, Isaque, Jacó e outros, praticavam a poligamia que era aceita de forma natural na sociedade da época.

Na poligamia, lê-se *poli* = "diversos, muitos" + *gámos* = "esposo ou esposa". A relação estabelecida é plurívoca e não-exclusiva havendo também sanções de várias ordens para a prática da infidelidade. A poligamia é uma modalidade aceita pela visão islâmica. Já que a poligamia trata-se da relação entre um homem e várias mulheres ou entre uma mulher e vários homens, a

tradição antropológica, cultural e história, ainda estabeleceu conceitos diferenciados para ambas as situações:

- Poliandria: *poli* = “diversos, muitos” + *andrós* = homem. Trata-se da relação entre uma mulher e mais de um homem;

- Poliginia: *poli* = “diversos, muitos” + *ginós* = “mulher”. É a relação entre um homem e mais de uma mulher.

Apesar de grande parte da sociedade mundial rejeitar a poligamia, a prática é comum em várias culturas ainda existentes e consideradas mais primitivas.

Em agosto de 1964, o Supremo Tribunal Federal regulamentou as uniões conjugais informais que já representavam mais de 60% das famílias constituídas no território nacional. As relações conjugais não eram amparadas por regra alguma e em especial as mulheres, que na sua maioria não estavam inseridas no mercado de trabalho, dedicavam suas vidas aos seus companheiros. Não havendo nenhuma lei que tratasse a respeito, nos momentos de ruptura de uma relação, não havia direitos à partilha de bens, tão pouco pensão alimentícia. Foi então que através da Súmula 380 que as famílias informais passaram a ter seus direitos: "Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum".

Para se comprovar a relação conjugal nos casos de partilha de patrimônio, deveriam existir as seguintes situações:

- O casal deveria viver sob o mesmo teto, ou não, como se fossem marido e mulher, durante um tempo mínimo de cinco anos;

- Ambas as partes teriam que ter contribuído financeiramente para a aquisição de bens. Na partilha o concubina que colaborou com um percentual maior para a aquisição dos bens, ficaria com a parte proporcional à contribuição.

A Constituição Federal de 1988, no seu artigo 226, parágrafo 3º, a relação jurídica denominada concubinato passou a designar-se como união estável, regulamentada, posteriormente, através da Lei 9.278/96.

A Lei 8.971/94 regulou os direitos sucessórios na união informal iniciando aí a luta para a garantia do direito de pensão alimentícia ao companheiro incapaz de obter renda própria.

3.2 O PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS ENTRE CÔNJUGES NO DIREITO BRASILEIRO

A relação conjugal nos leva ao conceito de família e sendo assim, a sua possível deteriorização gera danos de espectro moral marcando profundamente a vida dos seus integrantes, entre outras consequências. Dessa forma, quando atos entre cônjuges resultem dano um para com o outro, devem ser compreendidos como ilícitos. E esses, por sua vez, devem ser considerados como fatores geradores de responsabilidade civil.

O artigo 186 do Código Civil de 2002 diz que “aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Os danos morais provenientes de um casamento podem estar associados à pressão psicológica, traição, maus tratos ou qualquer outra atitude ou comportamento que viole os deveres do matrimônio. É quando um dos cônjuges atinge o outro de forma a lhe causar humilhação, vergonha, constrangimento e sofrimento, enfim, sentimentos oriundos da ofensa à honra e à dignidade.

Como o dano moral é todo sofrimento humano não causado por uma perda patrimonial, o indivíduo é respaldado pela Constituição Federal, no seu art. 5º, incisos V e X:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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

Inciso X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Os direitos da personalidade envolvem os direitos à integridade física e moral. Relativo à integridade moral, inserem-se o direito à honra, o direito, à liberdade, ao recato, à imagem, ao nome e direito moral do autor. Sendo assim, a ruptura de um noivado, por exemplo, quando a data do casamento já está marcada, é uma situação que a tinge a honra e o decoro. Nesse caso cabe a indenização por dano moral e material.

Relativo a pedidos de indenização por danos morais entre cônjuges no que diz respeito à legislação brasileira, inicialmente, faz-se necessário elucidar que existem doutrinadores e pessoas que excluem a reparação indenizatória de cunho moral ante a relação conjugal, conforme salienta Cahali (1995, p. 301):

[...] discretamente, nosso direito partilha do entendimento de que basta a imposição do encargo alimentar em favor do inocente, ou da manutenção do dever de assistência em favor do não responsável pela separação judicial, como forma suficiente de ressarcimento do prejuízo sofrido com a dissolução da sociedade conjugal.

Todavia, outros aceitam a indenização por danos morais, conforme Rof Madaleno (1999, p. 59):

A indenização por dano moral dentro da separação judicial busca compensar o real sofrimento do cônjuge judicialmente declarado vítima da separação litigiosa. “Sua função é a de ressarcir a honra conjugal afetada, a integridade moral de que alvo o esposo ofendido, ou, como prescreve o direito constitucional, garante a indenizabilidade da violação a todos os direitos de personalidade.

Já, outros autores acreditam que a responsabilidade só terá cabimento se o cônjuge culpado tiver sido extremamente desleal ou cruel em seu comportamento. Coelho (2006, p. 35) salienta que:

Se um dos cônjuges manteve relacionamento sexual fora do casamento, mas foi discreto e nunca deixou transparecer a traição a

amigos ou conhecidos do casal, o adultério leva à sua condenação como culpado pelo fim da sociedade conjugal, mas não é responsabilização por danos morais.

Se o cônjuge traidor causar dano à concubina, o artigo 159, do Código Civil Brasileiro ampara a vítima sendo clara que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

No dia 24/08/2007 foi publicada a notícia de uma mulher que deveria indenizar o ex-marido por traição, conforme Anexo 1. No caso a esposa omitiu a real paternidade do filho e esse caso rendeu ao ex-marido o valor de quinze mil reais. Trata-se de um caso onde entendemos que a decisão judicial foi justa tendo em vista que o ex-marido, que durante todo o tempo que estava casado, achou que o filho realmente fosse seu, causando-lhe, assim, dor e sofrimento. Ressaltamos também a questão dos direitos e deveres recíprocos onde, nesse caso, a mulher traiu o marido, portanto, descumpriu um dos deveres do casamento.

Sendo assim é absolutamente legal qualquer pessoa, homem ou mulher, pleitear em juízo a indenização por danos morais. No caso citado a justiça analisou a traição por parte da esposa como causa da separação judicial e a caracterização de danos morais na hipótese de infidelidade.

Além da traição, a justiça constantemente analisa e conclui casos que envolvem ex-cônjuges. Inúmeras situações podem levá-los a pedidos de indenização por danos morais. A indenização deve ser a compensação ao ofendido pelo desgosto, pelo sofrimento, pelo vexame, ao mesmo tempo em que representa uma sanção ao culpado. A indenização é aferida pela extensão do dano moral, pelo abatimento psicológico do ofendido, porém, devem ser analisadas as condições sócio-econômicas de ambas as partes.

Num caso onde o ex-cônjuge solicitou uma indenização por danos morais decorrentes de agressão e falta de respeito por parte da companheira (Anexo 2). O pedido, inicialmente foi julgado improcedente e a vítima apelou. Nesse caso não foi concedida justa causa ao solicitante, pois a justiça entendeu que os ex-companheiros procuravam de alguma forma agredirem-se

e no caso, o pedido de indenização não passava de uma forma de prejudicar o outro. Por conta dessa decisão o solicitante, no caso o ex-marido, além de ter perdido a causa, ainda teve que arcar com os honorários advocatícios.

Imaginamos que, em qualquer esfera, um pedido de indenização deve ser muito bem pensado e analisado, tanto pela suposta vítima como pelo seu advogado. Isso se torna necessário para que, posteriormente não ocorra como o caso citado. A vítima, que a rigor ganharia o processo, além de perdê-lo, teve despesas como honorários. Muitas vezes os pedidos de indenização são indevidos e cabe ao advogado responsável pelo caso orientador muito bem seu cliente, independente da suposta decisão judicial.

A justiça, nesses casos, com certeza faz um balanço e uma análise da situação, pois pedidos de indenização não são acatados de forma aleatória. E muitas vezes ocorre que a parte que se diz ofendida, aproveita-se da oportunidade que talvez não seja convincente ao juiz.

3.3 APURAÇÃO DA CULPA

Antes de analisarmos a questão da apuração da culpa, é necessário que se faça a distinção entre culpa conjugal e culpa civil. A culpa conjugal é a condição para ajuizamento da ação de separação litigiosa. É o caso onde o cônjuge que solicita a separação não acusa o outro de culpado pelo rompimento e nem pede que o outro seja julgado culpado. Um processo como esse nem teria seguimento, pois a culpa do outro é o fator imprescindível para a separação. O juiz trabalha com as consequências do fato e, havendo um ato ilícito, é necessário encontrar o culpado para que ele seja punido.

A culpa civil corresponde à teoria da culpa em se tratando de descumprimento de contrato e responsabilidade civil. Ainda para complementarmos a idéia em questão, sucintamente elencaremos a questão do casamento e sua ruptura.

O casamento é a relação de formação de família baseada na afetividade e como é reconhecido e regulamentado pelo Estado, há deveres

dos cônjuges conforme o artigo 1566 do Código Civil Brasileiro:

- Fidelidade recíproca;
- Vida em comum no domicílio conjugal;
- Mútua assistência;
- Sustento, guarda e educação dos filhos;

A violação de qualquer um desses direitos por parte de um dos cônjuges, como por exemplo, o abandono e outros condicionam a parte lesada a requerer a indenização por danos morais. Ocorre a violação da boa fé lesando a confiança que um depositava no outro.

No caso da separação, para que esta seja efetivada, é necessária a constatação que um dos cônjuges praticou um ato culposo previsto em lei, portanto, é necessário um critério fundado na culpa. O ato culposo será a causa da separação ou o chamado divórcio-sanção. Por outro lado, a separação pode ser decretada a pedido de um dos cônjuges se os mesmos refletirem e chegarem à conclusão que a vida em comum tornou-se impossível. Sendo assim, não há necessidade de atribuir a culpa em uma das partes.

Realmente pensemos que, quando o amor porventura acaba num casamento, é o suficiente para a separação do casal. Entendemos que a convivência nessas condições só traria desgostos, infelicidade e talvez o início de agressões e ofensas morais. Para evitar-se uma situação como essa nada como o livre arbítrio do casal dialogar e chegar a um consenso comum. Isso é bom para o casal e para os filhos, através dessa forma pacífica de entendimento, talvez não traga muitos traumas.

A separação entre cônjuges ocorre quando é comprovado o fracasso do casamento, situação estipulada pela lei. Esse fracasso pode ocorrer em consequência de uma separação de fato por determinado tempo ou uma doença grave mental de um dos cônjuges. Nesses casos são hipóteses objetivas e não há investigação de existência ou não de culpa. Basta apenas a constatação da interrupção da vida conjugal. Esse tipo de separação é denominado divórcio-falência ou divórcio-remédio.

Grande parte da jurisprudência é adepta ao afastamento da discussão da culpa, optando pelo chamado “mitigação da culpa nas ações de separação judicial”. A discussão da culpa, identificação do culpado que levou a relação ao fim, causa muito mais sofrimento de quem está envolvido na situação. Os adeptos a não apuração na separação de um casal são favoráveis a um bom relacionamento entre o casal, até mesmo para preservar a integridade emocional dos filhos, quando for o caso. Porém, há casos em que a não apuração da culpa não deve ser absoluta.

Os deveres da família, quando não cumpridos, acarretam danos morais aos lesados. Lesões corporais, o descumprimento do dever de visitar os filhos, a infidelidade, injúrias graves, entre outras, são situações de violação. Tão importante quanto essas, uma situação favorável à apuração da culpa num processo de separação judicial é a condição dos alimentos. Qualquer ser humano tem direito a alimentos, mesmo porque são indispensáveis à sobrevivência.

No caso de traição, agressões, abandono, entre outros, a apuração da culpa tem o objetivo de restabelecer a ordem ou equilíbrio pessoal e social dos lesados.

Diante das opiniões divergentes em relação à apuração ou não da culpa, a Proposta de Emenda à Constituição 28/2009 (PEC 28/2009), aprovada em 07/07/2010, elimina a culpa como causa nas separações judiciais. A PEC 28/2009 tem um texto simples e curto cujo objetivo é alterar o artigo 226 da Constituição Federal de 1988, mais especificamente o seu parágrafo 6º:

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

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

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

§ 6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Com a aprovação da PEC 28/2009 os deveres conjugais estabelecidos no artigo 1566 do Código Civil, caem no lugar comum. Além disso, não haverá encargo para o cônjuge culpado conforme o artigo 1.704 do Código Civil:

Art. 1.704. Se um dos cônjuges separados judicialmente vier a necessitar de alimentos, será o outro obrigado a prestá-los mediante pensão a ser fixada pelo juiz, caso não tenha sido declarado culpado na ação de separação judicial.

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

Sem a apuração da culpa, os processos judiciais com certeza terão um andamento mais ágil e sem discussões que possam levar a ressentimento e mágoas do casal.

Num caso de separação litigiosa onde a esposa acreditava que o marido estava traindo-a, ou seja, caso onde deveria haver apuração da culpa (Anexo 3). A justiça entendeu que o fim do casamento teve responsabilidade de ambas as partes, portanto, o ex-marido deveria pagar pensão alimentícia somente aos filhos. Em se tratando da ex-mulher estar inapta ao trabalho, o ex-marido terá a obrigação de ressarcir-la em pensão alimentícia também.

No caso citado a separação ocorreu por culpa recíproca. É claro que os casos de separação judicial são inúmeros e das mais diferentes formas de culpa. Por isso a análise cuidadosa dos casos para que a justiça aja de forma coerente e justa.

No Direito de Família o cônjuge faltoso sofria punições de natureza material quando então era feita a análise da culpa por conta da ruptura conjugal. As punições abrangiam a prestação de alimentos e sanções relativas à perda da guarda dos filhos. Nos dias de hoje o dano moral pode ser indenizado tanto no casamento como na união estável e, além das causas relacionadas nos artigos 1.566 e 1.724 do Código Civil de 2002, constituírem-se como causas de ruptura da relação, também são consideradas condutas delituosas.

4. RESPONSABILIDADE CIVIL E UNIÃO ESTÁVEL

4.1 HISTÓRICO

Desde as civilizações clássicas o concubinato puro foi aceito pela legislação. Na Idade Média essa condição foi aceita mesmo posterior ao Cristianismo sendo que após o Concílio de Trento (movimento católico ocorrido em Trento, na Itália, cujo objetivo era combater a Reforma Protestante), a igreja católica passou a repudiar o concubinato. O Brasil submeteu-se às disposições estabelecidas no movimento. Lentamente a legislação passou a reconhecer o concubinato. Apesar de não haver nada citado na constituição, a Súmula nº 380 do Supremo Tribunal Federal acolheu o concubinato puro.

Somente através da Constituição Federal de 1998 é que o concubinato passou a ser chamado de união estável sendo esta reconhecida como entidade familiar representada por um homem e uma mulher, podendo haver ou não filhos. A alteração do nome para união estável deu-se por conta da forma hostil como o termo concubinato era tratado. A sociedade acreditava, e muitos ainda julgam, que a simples união de pessoas sem a presença da ordem jurídica é considerada fora da lei. Sem a ocorrência do casamento era considerada um ato ilícito.

Vale lembrar que hoje o concubinato no Brasil é definido como uma relação impedida não podendo ser considerada como entidade familiar. Trata-

se da relação não eventual entre um homem e uma mulher, portanto, impedidos de casar.

Sendo reconhecida a união estável passou a constituir judicialmente uma concepção em relação aos deveres e direitos dos concubinos. De acordo com o parágrafo 3º da Constituição Federal de 1988, “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

Posterior a Constituição Federal de 1988 o tema foi tratado pela Lei 8.971/94 e após, pela Lei 9.278/96, além do Código Civil de 2002 (artigos 1723 a 1727). A Lei 8.971/94 regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão estabelecendo como condição para a união estável, a união de pessoas solteiras, separadas judicialmente, divorciadas ou viúvas, que conviviam por mais de cinco anos ou que tenha filhos comuns.

Já a Lei 9.278/96, regula o parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal regulamentando que:

Art. 1º É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.

Art. 2º São direitos e deveres iguais dos conviventes:

I - respeito e consideração mútuos;

II - assistência moral e material recíproca;

III - guarda, sustento e educação dos filhos comuns.

Art. 3º (VETADO)

Art. 4º (VETADO)

Art. 5º Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito.

§ 1º Cessa a presunção do **caput** deste artigo se a aquisição patrimonial ocorrer com o produto de bens adquiridos anteriormente ao início da união.

§ 2º A administração do patrimônio comum dos conviventes compete a ambos, salvo estipulação contrária em contrato escrito.

Art. 6º (VETADO)

Art. 7º Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta Lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos.

Parágrafo único. Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.

Art. 8º Os conviventes poderão, de comum acordo e a qualquer tempo, requerer a conversão da união estável em casamento, por requerimento ao Oficial do Registro Civil da Circunscrição de seu domicílio.

Art. 9º Toda a matéria relativa à união estável é de competência do juízo da Vara de Família, assegurado o segredo de justiça.

Art. 10. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 11. Revogam-se as disposições em contrário.

Portanto, a lei citada retirou o prazo de duração da união, bem como o estado civil das partes. Sendo assim, indicou novos requisitos para o reconhecimento da união estável sendo estes a durabilidade, a publicidade da relação e o intuito de constituir família. Fica claro que não há mais prazo de duração da relação para ser considerada união estável.

A lei ainda trata dos deveres e direitos dos conviventes sendo estes iguais para ambas as partes. Permite também que o casal seja respaldado na esfera posse de bens. Os mesmos são analisados e definidos para que, num eventual processo de separação, a divisão de bens seja justa. Nos casos de possível dissolução da união deve haver a decisão clara para que as partes tenham suas ansiedades satisfeitas.

Acreditamos que o primordial da lei é o resguardo que a união estável tem de ser assegurada pela Vara de Família. Todas as questões relacionadas a esse tipo de união são levadas, analisadas e resolvidas especialmente no âmbito do Direito de Família, fugindo assim, de maiores burocracias e atrasos nos processos se fossem incluídos nas varas cíveis.

O Código Civil teve participação na distinção e normatização da união estável reproduzindo a lei de 1996 com uma exceção: incluiu a condição de não existência de impedimento matrimonial quando não for o caso de pessoas separadas de fato ou judicialmente.

Nota-se que a evolução para a condição de união estável aconteceu de forma lenta, mas finalmente teve o seu reconhecimento e um ponto de grande relevância é a proteção do Estado, ou seja, a relação foi reconhecida tão quanto o casamento o é.

Historicamente se falando o progresso da união estável foi satisfatório. O mesmo não podemos dizer sobre o que a sociedade pensa e conceitua sobre o tema. Sabemos que por conta do tradicionalismo a união não é bem vista por alguns olhos e dessa forma tem seus momentos de discriminação. Infelizmente são questões pessoais que acaba, não tendo peso algum, pois nas questões relativas à relação, há todo o respaldo da lei.

4.2 CONCEITO E CARACTERIZAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL

A união estável tem como conceito básico e geral a relação de convivência entre um homem e uma mulher sem a interferência matrimonial. É uma relação duradoura, sem prazo mínimo de duração e independe da existência de filhos. Como no casamento, a união estável é protegida por lei tendo assim deveres e direitos adquiridos.

A relação não é formal e sendo assim, para ser constituída em casamento, as partes devem estar habilitadas para tal realizando o processo em cartório de registro civil. Talvez a opção de muitos casais em manter a condição de união estável seja por conta da mesma ser respaldada por lei constitucional, assim como o casamento.

O tema envolve muitas definições de grande estudiosos e entre eles está Viana (1999, p. 29) enfatizando que “União estável é a convivência entre homem e mulher, alicerçada na vontade dos conviventes, de caráter notório e estável, visando à constituição de família.”

Há algum tempo estabelecia-se o prazo de cinco anos de duração de convivência para que se constituir em união estável. O novo Código Civil não menciona um prazo mínimo. Nessa condição de união, não há necessidade que as partes coabitem no mesmo domicílio. Mesmo morando em locais

diferentes, a união estável será considerada desde que comprovada como através, por exemplo, da existência ou não de filhos.

Um simples namoro não é considerado união estável sendo essa condição considerada como objetivando constituir uma família, e não a constituição de família propriamente dita como é a união estável.

Diniz (1990, p. 223-224) caracteriza a união estável da seguinte forma:

Para que se configure a relação concubinária, é mister a presença dos seguintes elementos essenciais: 1) continuidade das relações sexuais, desde que presentes, entre outros aspectos a estabilidade, ligação permanente para fins essenciais à vida social, ou seja, aparência de casamento; 2) ausência de matrimônio civil válido entre os parceiros; 3) notoriedade das afeições recíprocas, afirmando não se ter concubinato se os encontros forem furtivos ou secretos, embora haja prática reiterada de relações sexuais; 4) honorabilidade, reclamando uma união respeitável entre os parceiros (RT, 328:740, RTJ, 7:24); 5) fidelidade da mulher ao amásio, que revela a intenção de vida em comum; 6) coabitação, uma vez que o concubinato deve ter a aparência de casamento, com a ressalva à Súmula 382.

A legislação, a doutrina e a jurisprudência constituíram uma série de requisitos que caracterizam a união estável sendo essa reconhecida, assim, pelo direito. São os requisitos os seguintes:

- Diversidade de sexo entre os parceiros: A convivência deve ser somente entre um homem e uma mulher, excluindo-se, assim, a participação de terceiros. Segundo Parizatto (1988, p. 67):

Como imitação natural do casamento, a diversidade de sexo é a característica básica do concubinato. Está entre suas finalidades fundamentais o intercâmbio de relações sexuais entre os conviventes concubinários. Deve ser posto como expectativa válida o desejo de procriar. Tanto assim que a existência de filhos é suporte de deferimento de direitos pela própria lei, muitas vezes cautelosa em acolher a união livre. A geração de filhos, em verdade, serve para impregnar de maior moralidade a união, por demonstrar os elevados propósitos dos companheiros.

Vale salientar que, embora excluídas da legislação, há uma nova jurisprudência sendo criada para a admissão da dissolução da sociedade formada por pessoa do mesmo sexo.

- Notoriedade de afeições recíprocas: Há necessidade da convivência do casal ser notória, mesmo que para um grupo restrito (família, alguns amigos, etc.), não sendo caracterizado como união estável se as relações forem secretas. De acordo com Diniz (1996, p. 21):

Notoriedade de afeições recíprocas, que não significam de modo algum publicidade. A esse respeito bastante expressiva é a lição de Cunha Gonçalves, segundo o qual a ligação concubinária há de ser notória, porém pode ser discreta, caso em que a divulgação do fato se dá num círculo mais restrito, dos amigos, o das pessoas de íntima relação de ambos, o dos vizinhos da concubina, que poderão atestar as visitas frequentes do amante, suas entradas e saídas.

- Fidelidade: Nesse caso a união estável caracteriza-se pela fidelidade recíproca entre os companheiros. O argumento é devido o fato de considerarem a fidelidade como o propósito da vida em comum sendo então a verdadeira característica de casados. Essa postura se dá mesmo pelo fato da fidelidade não estar expressa no Código Civil, afinal, um ato de infidelidade pode levar ao fim da comunhão de vida.

- Coabitação: Segundo Rodrigues (2000, p. 249), uma das características da união estável “seria a coabitação, ou seja, devem os conviventes viver sob o mesmo teto”.

Pode ainda ser considerada como união estável, mesmo que as partes não residam no mesmo domicílio, desde que seja notória a existência de uma vida equiparada à dos casados civilmente.

- Estabilidade - união duradoura e contínua: A união deve ser contínua, não podendo ser esporádica, mesmo admitindo-se eventualmente a separação momentânea dos conviventes, podendo ocorrer por brigas ou desentendimentos. Para Cahali (2002, p. 65):

Neste contexto, o prolongamento da união no tempo, funcionaria apenas como uma das provas do concubinato, mas não requisito

para a produção de seus efeitos. Com efeito, para a caracterização da união estável são verificados outros fatores que não o tempo pela sua natureza de relacionamento como se matrimônio fosse, embora, repita-se, a durabilidade possa ser relevante como meio de prova à verificação do instituto.

- Objetivo de formação de núcleo familiar: Os conviventes devem ter a intenção de constituir uma família, caracterizando, assim, a seriedade da relação e a vontade da mesma serem estável.

- Inexistência de impedimentos matrimoniais: De acordo com o Código Civil de 2002, são conhecidas como pessoas impedidas de terem suas uniões reconhecidas conforme segue:

Art. 1.517. O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida à maioridade civil.

Parágrafo único. Se houver divergência entre os pais, aplica-se o disposto no parágrafo único do art. 1.631.

Art. 1.521. Não podem casar:

I - os ascendentes com os descendentes seja o parentesco natural ou civil;

II - os afins em linha reta;

III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V - o adotado com o filho do adotante;

VI - as pessoas casadas;

VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

Art. 1.523. Não devem casar:

I - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros;

II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal;

III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida à partilha dos bens do casal;

IV - o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas.

Parágrafo único. É permitido aos nubentes solicitar ao juiz que não lhes sejam aplicadas as causas suspensivas previstas nos incisos I, III e IV deste artigo, provando-se a inexistência de prejuízo, respectivamente, para o herdeiro, para o ex-cônjuge e para a pessoa tutelada ou curatelada; no caso do inciso II, a nubente deverá provar nascimento de filho, ou inexistência de gravidez, na fluência do prazo.

Art. 1.550. É anulável o casamento:

I - de quem não completou a idade mínima para casar;

II - do menor em idade núbil, quando não autorizado por seu representante legal;

III - por vício da vontade, nos termos dos arts. 1.556 a 1.558;

IV - do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento;

V - realizado pelo mandatário, sem que ele ou o outro contraente soubesse da revogação do mandato, e não sobrevivendo coabitação entre os cônjuges;

VI - por incompetência da autoridade celebrante.

Parágrafo único. Equipara-se à revogação a invalidade do mandato judicialmente decretada.

A questão do impedimento é muito polêmica, pois se tem conhecimento de casos onde o suposto pretendente desloca-se de sua cidade original para, por exemplos, prestar serviços em outra. Na ocasião conhece outra mulher pela qual passa a constituir vida e omite um fato de extrema importante: mantém um relacionamento duradouro com outra mulher na sua cidade natal. Além disso, pode ocorrer do pretendente ainda ter filhos e sendo assim, arma-se uma enorme confusão que acomete várias vítimas que muitas vezes desconheciam de qualquer anormalidade.

Ainda como característica da união estável, relativo a tipos de partilha de bens, o que prevalece é o regime da comunhão parcial de bens, podendo ainda ser definido um contrato entre as partes sobre os bens dos companheiros com a mesma flexibilidade que existe no pacto antenupcial. Porém, não há necessidade da realização desse pacto sendo o acordo podendo ser feito durante a união. Há indicação para que o acordo seja público podendo o casal não optar dessa forma. Fala-se de um acordo, pois o mesmo poderá servir de prova da existência da união estável. Sendo assim os companheiros tem a liberdade de optar pelo regime da comunhão universal, comunhão parcial,

separação de bens ou participação final dos aquestos. Essa opção deve ser feita por escrito garantindo assim a decisão das partes;

4.3 DISSOLUÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL E SEUS EFEITOS

A dissolução da união estável pode ocorrer por simples vontade de ambas as partes ou na forma litigiosa. Se a forma de dissolução for amigável, como a união não é uma relação formal, a sua ruptura também será da mesma forma através de acordos aceitos pelas partes. No caso de divergências entre o casal, existe a possibilidade das partes recorrerem à justiça. Para isso deverá haver a comprovação da relação sendo os meios lícitos considerados as provas testemunhais e documentais.

Sua dissolução pode ocorrer pelos seguintes fatos:

a) morte de um dos conviventes;

b) pelo casamento;

c) pela vontade das partes e,

d) pelo rompimento da convivência, seja por abandono ou por quebra dos deveres inerentes à união estável (deslealdade, tentativa de homicídio, sevícia, conduta desonrosa, etc.).

Em vista disso gera três consequências:

- A necessidade da divisão do patrimônio;

- O pagamento de alimentos ao companheiro necessitado;

- A guarda dos filhos, quando eles existirem.

Na divisão do patrimônio, analisa-se tudo que foi adquirido no período de união de acordo com o regime de bens escolhido. Isso se porventura o casal tiver reconhecido a união estável através de um advogado. No caso negativo, aplica-se o regime da comunhão parcial de bens onde os bens de cada companheiro adquiridos antes da união, pertencem exclusivamente a ele.

No caso de bens adquiridos após a união, eles pertencerão a ambas as partes, com exceção de heranças e doações.

No caso de pagamento de alimentos, como no fim de um casamento, é dever dos companheiros ajudar o outro se um deles não tiver condições financeiras de se sustentar.

Relativo à guarda dos filhos, o novo Código Civil é claro quando cita que a qualquer um dos companheiros é atribuído os deveres de guarda e conservação do acervo patrimonial e dos filhos menores. Com isso, a guarda poderá caber ao pai ou a mãe.

A dissolução da união estável pode ocorrer de forma extrajudicial ou judicial. No caso de pagamento de alimentos, o ideal é que a dissolução seja judicial, pois assim há uma garantia maior quanto ao recebimento.

No caso da interrupção da união estável por morte, além da partilha dos bens, se houver herança e benefícios previdenciários, existe essa possibilidade para o companheiro vivo, se, é claro, lhe forem devidos. Nesse caso deve haver comprovação da união estável.

4.4 A OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR

Como a união estável foi reconhecida e as questões ligadas à sua dissolução têm sido cada vez mais discutidas nos meios judiciais, existe o reconhecimento das obrigações de indenização. Citaremos algumas obrigações de indenização na união estável:

1) Direito previdenciário: Anterior ao Código Civil o Decreto 2.681, de 1912, que tratava da responsabilidade civil das estradas de ferro, já previa a indenização da concubina por morte do companheiro. Esse foi o primeiro passo das indenizações de direito previdenciário sendo que hoje, a companheira ou o companheiro pode tornar-se dependente do segurado conforme estabelecido no Regulamento dos Benefícios da Previdência Social. Felizmente as leis previdenciárias sempre trataram as uniões extra matrimoniais da mesma forma que tratavam o casamento.

No ano de 2008 o Ministério Público Federal no Espírito Santo estabeleceu que o Instituto Nacional de Seguridade Nacional (INSS) não mais exigiria que eventuais beneficiários recorressem à justiça para provarem a união estável (Anexo 4). Esta decisão mostra o quanto à união está avançando e conquistando cada vez mais o seu espaço relativo aos seus direitos.

2) Serviços prestados: Alguns tribunais reconheceram a indenização pelos serviços prestados pela concubina, no lar do casal, durante a existência da relação. Enfatizava-se que seria extremamente constrangedor à concubina recorrer à justiça buscando indenização por tanto tempo de dedicação a casa e à família. A indenização se daria por serviços prestados ao companheiro dedicando tanto tempo, carinho e apoio ao mesmo. Por conta dessa situação os tribunais ampararam a concubina nos casos de dissolução da união estável. O objetivo seria o de amenizar a situação da companheira tendo em vista o seu desamparo após a dissolução.

Houve um caso verídico na cidade de Jataí, no estado de Goiás, onde uma dona de casa solicitou uma indenização de R\$ 24.000,00 contra o ex-companheiro por serviços prestados. O pedido foi negado, pois a união estável é definida atualmente como semelhante ao casamento, portanto, a mulher não tem direito a indenização por serviços domésticos, pois os mesmos configuram como dever de mútua assistência.

Sendo a assistência mútua um dever dos cônjuges, tanto na união estável como no casamento, ocorrendo o descumprimento desse dever como, por exemplo, recusa de fornecimento de subsistência, falta de proteção ao companheiro doente ou idoso ou falta de apoio nas adversidades, pode ser entendida pela justiça como infração, levando o companheiro que se tornou vítima, a solicitar indenização. Lembrando que esse tipo de indenização não impede, em alguns casos, do cônjuge lesado solicitar ainda indenização por serviços prestados na união estável.

Devemos refletir na condição onde um dos cônjuges pode encontrar-se com a saúde debilitada, necessitando, portanto de maior atenção e auxílio da outra parte. Uma relação conjugal não deve estar limitada apenas numa esfera laboral, mas sim, numa esfera de ajuda moral e mútuo auxílio.

Mais um caso no estado do Rio Grande do Sul mostrou um pedido de indenização por serviços prestados sendo o mesmo intitulado como incabível.

UNIÃO ESTÁVEL. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR SERVIÇOS PRESTADOS. DESCABIMENTO. 1. Se a tônica do relacionamento amoroso é a solidariedade e a dedicação recíproca dos companheiros, seja lá de que forma tenham estabelecido a administração da convivência, então descabe estabelecer indenização pelos serviços domésticos prestados, pois não é mensurável economicamente o grau de dedicação entre pessoas que se entregam a uma união estável, na qual cada um se doa ao outro como pode, já que o amor comporta múltiplas manifestações exteriores e que se materializam tanto no relacionamento sexual, como também nos próprios favores que reciprocamente são prestados no cotidiano. 2. A união estável foi elevada à dignidade de entidade familiar e seus efeitos jurídicos pessoais e patrimoniais são balizados pelos efeitos atribuídos ao casamento civil, inclusive no que tange ao regime de bens, motivo pelo qual, se aos cônjuges não é atribuída qualquer indenização pelos serviços prestados no recesso do lar em favor do grupo familiar, também tal direito não é assegurado aos companheiros. 3. Descabe cogitar de qualquer indenização quando da relação afetiva não decorreu qualquer comportamento ilícito, seja civil ou penal, de uma das partes e que tenha sido lesivo a direito da outra. Recurso desprovido. (Apelação Cível Nº 70026121004, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 18/02/2009).

O caso acima exemplifica as constantes idas e vindas de processos de indenização por danos morais nas dissoluções de união estável tendo em vista que alguns doutrinadores entendem que a condição de favores entre as partes deve ser recíproca. Dessa forma não cabe aí uma indenização por algo que é praticamente a obrigação do casal.

3) Obrigação alimentar: Esta é contemplada no artigo 1º da Lei 8.971/94 estabelecendo que:

A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei 5.478/68, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade.

Ressaltando mais uma vez que a citada lei já não tem mais o valor no que diz respeito à convivência mínima estabelecida para a união estável.

A obrigação alimentar é incontentável, afinal, ninguém sobrevive sem o alimento. Vale ressaltar que para a justiça, na solicitação de indenização por alimentos, é necessário provar que houve uma união duradoura. No casamento o culpado pela dissolução da união perde o direito a receber os alimentos. O mesmo não ocorre com a união estável quando então não há previsão a respeito da culpa valendo assim a decisão judicial. O que é válido no caso de pedido de alimentos na união estável é o solicitante provar as suas necessidades e a outra parte provar as possibilidades do ressarcimento.

4) Além dos tipos de indenização citados acima, ocorrem muitos casos na justiça de indenização por danos morais no caso de ruptura da união estável. Para essa caracterização há quatro requisitos básicos que devem ser atendidos: apuração da culpa, conhecimento público, prova dos danos, valoração dos danos e cumulação de pedidos (separação ou divórcio e pedido de ressarcimento). Chega-se a citar que a partilha de patrimônio supre o dano moral. Isso não é correto tendo em vista que ao material não pode ser relacionado o sentimento e as condições pessoais das partes envolvidas.

Belmiro Pedro Welter (2000, p. 65) define a indenização por danos morais entre cônjuges da seguinte maneira:

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

Para analisarmos um pouco mais a constante da indenização por danos morais na união estável, citaremos o caso ocorrido em Iguape, São

Paulo, quando então a justiça condenou o companheiro a pagar seis meses de pensão no valor de R\$ 1.440,00 e indenização por danos morais no valor de R\$ 4.800,00 a sua ex-companheira. Além da pensão e da indenização por danos morais, o ex-companheiro ainda foi obrigado a pagar metade da dívida de R\$ 3.000,00 adquirida pelo casal durante a união estável. A ex-companheira justificou o pedido de indenização pelo fato de ter sido expulsa de casa pelo ex-companheiro de forma repentina, assim como do comércio que ambos trabalhavam, e que funcionava na própria casa. O ex-companheiro ainda trocou as fechaduras da casa, impedindo-a de entrar em casa, retirar seus pertences e de trabalhar. Sendo assim foi obrigada a morar e depender de vizinhos. O início de tudo se deu por conta do ex-companheiro ter assediado a filha do primeiro casamento da ex-companheira que morava com o casal. O juiz entendeu que a relação do casal foi comprovada como união estável e para isso deveriam arcar com seus direitos e obrigações. A tentativa de assédio contra a filha da ex-companheira, que acabou não sendo comprovada, não justificou que o ex-companheiro privasse mãe e filha de moradia e trabalho, ficando, assim, sem condições de sustento. Essa foi a maior alegação para que o juiz desse a causa favorável à ex-companheira.

Outro fator de grande ocorrência é a questão da separação de bens na dissolução da união estável. Conta um caso que o indivíduo manteve união estável por três anos tendo como fruto do relacionamento uma filha que na ocasião da separação tinha apenas um ano e cinco meses. O ex-companheiro afirmou que antes da união ele havia comprado uma casa e todos os móveis, portanto, sua ex-companheira não colaborou financeiramente em nada. A lei é clara dizendo que na união estável os bens adquiridos antes da união não podem ser partilhados entre o casal, somente as aquisições durante a relação. Portanto, as partes estão protegidas pela legislação numa possível ruptura de união estável onde qualquer um iniciou a relação já com algum bem ou patrimônio.

5. RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

5.1 CASAMENTO E SEPARAÇÃO

O casamento é o instituto jurídico que origina a família. Esta é denominada célula fundamental da sociedade tendo proteção especial do Estado conforme artigo 226 da Constituição Federal de 1998 citando que “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

A sociedade conjugal se dá quando é dissolvida, no casamento, por vontade das partes ou por descumprimentos dos deveres por parte de um dos cônjuges. Mesmo que essa sociedade seja dissolvida, o casamento ainda se constituirá até que seja definido o divórcio ou ainda se houver o falecimento de um dos cônjuges.

Para a dissolução da sociedade conjugal, a forma mais simples de efetivá-la é a separação judicial. Ela pode ser consensual, ou seja, sem litígio. Nesse caso as partes devem estar de acordo com o estabelecido na separação. A separação ainda pode ser contenciosa, com litígio onde uma das partes não aceita a separação ou o que está estabelecido pela outra parte.

No processo de separação não é permitido a participação de terceiros, sejam eles os filhos ou qualquer outra pessoa, com exceção de incapacidade civil quando então um dos cônjuges não tem condições legais para participar do processo. Nesse caso a parte poderá ser representada por curador, ascendente ou irmão de acordo com o parágrafo 1º do artigo 3º da Lei 6.515/77 que é claro enfatizando que “O procedimento judicial da separação caberá somente aos cônjuges, e, no caso de incapacidade, serão representados por curador, ascendente ou irmão.”

O juiz homologa a separação judicial somente se as partes realmente a desejarem. Porém, para a efetivação do divórcio, o Estado deve examinar o caso e conferir se os requisitos legais atendem o esperado. Decorrido o prazo estabelecido pela lei, o divórcio é concedido. Após a separação judicial, os ex-cônjuges passam a não ter deveres conjugais um para com o outro e nenhum

deles pode casar-se novamente sem antes a promoção do divórcio conforme os artigos 1º e 2º da Lei 6.515/77:

Art. 1º- A separação judicial, a dissolução do casamento, ou a cessação de seus efeitos civis, de que trata a Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, ocorrerão nos casos e segundo a forma que esta lei regula.

Art. 2º- A sociedade conjugal termina:

I - pela morte de um dos cônjuges;

II - pela nulidade ou anulação do casamento;

III - pela separação judicial;

IV - pelo divórcio.

Parágrafo único. O casamento válido somente se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio.

A separação consensual geralmente ocorre de forma simples e rápida pelo fato de ser voluntária de acordo com o artigo 34 ainda da Lei 6.515/77:

A separação judicial consensual se fará pelo procedimento previsto nos artigos. 1.120 e 1.124 do Código de Processo Civil, e as demais pelo procedimento ordinário.

§ 1º A petição será também assinada pelos advogados das partes ou pelo advogado escolhido de comum acordo.

Mesmo na separação onde o casal esteja de acordo com os acordos, o juiz pode negar a homologação quando comprovar que os interesses dos filhos ou de qualquer um dos cônjuges não estejam preservados conforme parágrafos 2º, 3º e 4º do artigo 34 da Lei 6.515/77:

§ 1º O juiz pode recusar a homologação e não decretar a separação judicial, se comprovar que a convenção não preserve suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges.

§ 3º Se os cônjuges não puderem ou não souberem assinar, é lícito que outrem o faça a rogo deles.

§ 4º As assinaturas, quando não lançadas na presença do juiz, serão, obrigatoriamente, reconhecidas por tabelião.

Apesar de a separação judicial significar o fim de uma relação conjugal, a lei é clara informando os efeitos jurídicos da separação e ainda

estabelece ao juiz o dever de tentar a reconciliação do casal, como cita o artigo 3º da Lei 6.515/77 bem como seu parágrafo 2º:

Art. 3º - A separação judicial põe termo aos deveres de coabitação, fidelidade recíproca e ao regime matrimonial de bens, como se o casamento fosse dissolvido.

§ 2º O juiz deverá promover todos os meios para que as partes se reconciliem ou transijam, ouvindo pessoal e separadamente cada uma delas e, a seguir, reunindo-as em sua presença, se assim considerar necessário.

Um fator de grande importância é a oportunidade que a justiça oferece aos cônjuges de rever e repensar a situação ocorrida, pois anterior à decisão final, existe a grande possibilidade de reversão. Muitas vezes um pedido de separação ocorre até de forma espontânea pelas partes, porém, os motivos podem não ser suficientes para tal.

5.2 ABANDONO DO LAR

Aos pais é incumbido o dever de educação dos seus filhos e essa obrigação é respaldada pelo artigo 229 da Constituição Federal de 1988 dizendo que “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”

Ainda no conceito de educação, devem estar incluídos o afeto, o carinho, assistência e atenção aos filhos, conforme o artigo 1643 do Código Civil que diz que “Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I - dirigir-lhes a criação e educação; II - tê-los em sua companhia e guarda”.

Uma das formas de ocorrência do abandono afetivo dá-se pela separação do casal. Essa situação pode ocasionar o afastamento do pai dos filhos da relação interrompida. Com o afastamento o pai pode vir a acomodar-se e dessa forma a função paterna é estendida à mãe das crianças. Pode ocorrer também que a própria mãe imponha o afastamento do pai ao convívio das crianças.

Há uma questão sobre um caso de abandono afetivo: o filho pode vir a solicitar judicialmente danos morais e indenização por abandono do seu genitor, até mesmo se o mesmo estiver efetuando corretamente o pagamento de pensão alimentícia? É algo totalmente divergente na doutrina. Quem é favorável a essa questão, argumenta a questão da dignidade da pessoa humana, respaldada pela Constituição Federal. Como argumentos a doutrina ainda elenca a importância o artigo 227 da Constituição Federal que cita os deveres constitucionais da família e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

A oposição salienta a impossibilidade de coagir um pai a amar o seu filho e ainda a inadequação do postulado da responsabilidade civil às relações afetivas.

Normalmente pode ocorrer também o dano afetivo nas relações conjugais. O cônjuge que não cumprir o seu dever, praticando ato ilícito e ocasionando dano ao consorte, é passível de responsabilidade civil gerando ocasionando a reparação dos prejuízos, sejam eles materiais ou morais. Muitos doutrinadores ainda argumentam que não há dano afetivo nas relações conjugais. Enfim, a doutrina divide as opiniões frente a esse tema.

Como é esperado, posterior a separação, a maioria dos envolvidos sofre muito e há também humilhação. No caso de culpa grave onde uma das partes sofre muito e passa por grandes humilhações, cabe aí o dano moral no direito de família.

Num casamento, quando há o abandono do lar por tempo indeterminado por um dos cônjuges e quando esse não notifica o paradeiro e para onde foi, configura-se dano moral. Nesse caso, o cônjuge que foi abandonado fica preocupado, sofre e, muitas vezes, não tem amparo moral e material.

Ainda numa relação conjugal as formas de assistência como alimentação, saúde e moradia, quando descumpridas, configuram como dano moral e ainda injúria grave. Torna-se extremamente difícil um dos cônjuges responsabilizar-se sozinho com as necessidades no mínimo básicas do filho. A educação, o sustento e os cuidados essenciais para o crescimento e

desenvolvimento da criança são primordiais e considerados deveres do casamento, ou seja, os pais devem cumprí-los juntos. No caso de abandono por parte de um dos cônjuges, o culpado, ou seja, o que abandonou o lar, deve ressarcir o outro principalmente quando ocorre o fato da vítima não ter condições de prestar auxílios material e moral aos filhos. O dano moral se dá por conta de todos os sentimentos envolvidos na situação por parte da vítima: preocupações, amarguras e desilusões.

Os pedidos de indenização por danos afetivos não precisam ocorrer apenas em casos de separação judicial. Eles são cabíveis de ocorrer na vigência do casamento. Conforme o artigo 244 do Código Penal:

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, 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.

O abandono causa a ruptura da vida em comum na relação conjugal, ou seja, não haverá mais convivência no mesmo ambiente. Além disso pode ocorrer a chamada incidência do débito conjugal quando então não ocorre satisfação por ambas as partes das necessidades sexuais que deve existir entre cônjuges.

O dano afetivo só existe se houver o descumprimento de um dos deveres do casamento. Se porventura o cônjuge que abandona o lar alega justa causa ou ainda por motivos de trabalho, não é devido o pedido de indenização pois não há, nesses casos, nenhum descumprimentos de dever. Quando o cônjuge que abandona o lar for o mantenedor da família, é óbvio o pedido de indenização pois com a sua ausência ocorrerão privações.

5.3 VALORIZAÇÃO DO AFETO NA CIÊNCIA JURÍDICA

Uma união conjugal deve, a rigor, ter como imprescindíveis o amor e a parceria. Em uniões que existam filhos, esses fatores são mais importantes ainda, pois os pais têm que limitar seus problemas entre o casal e abster os filhos de quaisquer preocupações, limitando a eles, muito amor, carinho e demonstrar o laço de união da família.

Na jurisprudência a questão do amor na era discutida até pouco tempo atrás sendo apenas o patrimônio o destaque na legislação. O Direito de Família defende a existência do afeto sendo esse primordial e relevante nas questões de ruptura de relações familiares, não se limitando, portanto, apenas as questões patrimoniais, afinal, o afeto compreende o princípio da dignidade humana.

A estrutura familiar foi sempre constituída pela disposição tradicional: pai, mãe e filho sendo o pai quem comandava o lar. Atualmente esse modelo familiar não é, na maioria, o que corresponde à realidade, pois o amor tem conseguido ocupar posição nessa estrutura unindo as famílias e não apenas existindo uma estrutura hierárquica.

No entanto, o Direito não acompanhou essas alterações sociais, mas tem se esforçado para tal. No Poder Judiciário Brasileiro ainda prevalece a idéia que o elemento biológico é o ponto fundamental para a relação entre pai e filho. Porém, há casos na justiça onde a mãe solicita a investigação de paternidade da filha. Até esse momento a filha tinha como pai o atual companheiro da mãe. Ao ser intimado pela justiça, o pai biológico, que não tem nenhuma relação com a filha, não quer assumir a paternidade. Por outro lado, o companheiro da mãe, o chamado “pai-social”, é categórico em afirmar que não abre mão de assumir a filha, mesmo não sendo sua biologicamente. No final do processo o pai biológico tornou-se pai de direito da criança, cabendo-lhe assim todos os deveres da paternidade. Também houve a troca do nome da criança excluindo assim o nome do “pai-social”. Este, apesar de insatisfeito com a decisão judicial, continuou sendo o companheiro da mãe da criança e ainda assumindo o papel de “pai-social”.

Esse caso é motivo de polêmica entre doutrinadores e mesmo cidadãos comuns, pois a questão é: pai é aquele que cria? O pai biológico tem o dever de cumprir suas obrigações, mas, e o aspecto afetivo? Quais as consequências para a criança que até há pouco tempo tinha como pai aquele companheiro da mãe? Nesse caso é claro a existência de um conflito entre a paternidade biológica e a social.

Num outro exemplo de paternidade, após a separação conjugal, o pai biológico solicita o direito de manter vínculo com a filha através de visitas agendadas, fato negado pela mãe. Na análise do processo o juiz verifica que a filha do casal fora adotada pelo atual companheiro da mãe. A pergunta novamente é: quem é o pai? É um caso novamente de conflito entre pais biológico e adotivo, havendo aí uma suposta falha da paternidade biológica levando outro homem a adotar a criança.

Ainda exemplificando uma situação de afeto, uma mãe confessa ao companheiro a possibilidade do mesmo não ser o pai biológica da criança. No processo de investigação de paternidade conclui-se que realmente o cônjuge não é o pai biológico da criança e diante disso inicia-se um conflito. O verdadeiro pai biológico pretende assumir toda a responsabilidade, mas o agora “pai-social” não abre mão da sua relação afetiva com a criança. A situação culminou na relação do casal e o ex-cônjuge recorreu à justiça para ter o reconhecimento da paternidade, alegando que não possuía outros filhos. A justiça negou o pedido alegando que a paternidade biológica é um direito da criança não cabendo a outros terem interesses na decisão.

Os filhos, a rigor, são conquistados pelo afeto que é uma relação construída diariamente. A convivência familiar deve proporcionar à criança um ambiente com toda a forma de demonstração de amor, mostrando a ela a sua real importância de ter sido gerada. É claro que, infelizmente, não é isso que acontece em parte dos lares, mas é a condição ideal para uma convivência feliz e harmônica. O afeto é ainda motivo de conflito no Direito, cabendo aos profissionais da área, permitirem a abertura de um espaço sempre aberto para a discussão e análise da questão. Mesmo porque, para que uma pessoa alcance sua dignidade, é necessário que o seu desenvolvimento seja

respeitado e o mais importante, que a afetividade esteja presente desde a sua concepção.

5.4 A AFETIVIDADE ENQUANTO DEVER DOS PAIS

Para a criação e formação dos filhos é crucial a presença dos pais. E nessa relação deve haver, como já foi dito anteriormente, a presença constante da afetividade. Segundo Assumpção (2004, p. 53):

(...) o afeto está presente nas relações familiares, tanto na relação entre homem e mulher (plano horizontal) como na relação paterno filial (plano vertical, como, por exemplo, a existente entre o padrasto e enteado), todos unidos pelo sentimento, na felicidade e no prazer de estarem juntos.

Enfim, as bases afetivas é que edificam a família e permitem a formação de sujeitos de direitos e deveres. E os deveres dos pais podem ser destacados na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Civil. Os artigos 227 e 229 da Constituição Federal regem que:

Art.227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Já o Estatuto da Criança e do Adolescente, nos seus artigos 3º e 22º enfatiza que:

Art. 3º - A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o

desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade”.

Art. 22º - Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Aos pais, portanto, cabe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos. O não cumprimento desses deveres pode configurar em crime de abandono material ou abandono intelectual. Esses deveres não podem ser vistos apenas sob a forma patrimonial, mas também de forma afetiva. Sendo assim Cassettari afirma que:

A Constituição Federal estabelece deveres para os pais com relação aos filhos, de assistência, criação e educação. Estes deveres não apresentam somente critérios materiais, mas também afetivos, já que não basta prover o sustento, mas se faz indispensável dar carinho e afeto, como pegar no colo, beijar, abraçar, permitindo o chamado “contato de pele”, que servem para dar proteção e segurança.

É óbvio que o abandono material até pode ser reparado, porém, o abandono afetivo pode gerar nos filhos consequências traumáticas e muitas vezes irreversíveis, tendo em vista que a figura do pai representa para o filho segurança e proteção.

5.5 RESPONSABILIDADE CIVIL X AFETIVIDADE

A questão da responsabilidade civil e a afetividade causa uma diversidade de opiniões nas decisões judiciais. Um exemplo no estado de Minas Gerais a justiça condenou o pai a pagar ao filho uma indenização por danos morais de 200 salários mínimos por abandono afetivo. O pedido se deu por conta do pai até pagar regularmente a pensão alimentícia após a separação conjugal do casal, porém, deixou de prestar auxílio afetivo ao filho. Consta no processo que o pai afastou-se do filho a partir dos seis anos de idade do mesmo. A criança, por sua vez, tentou, por inúmeras vezes, aproximar-se do pai, pois pleiteava apenas o afeto e reconhecimento do pai. Esse, mostrando-se sempre frio, rejeitou o filho. O pai recorreu da decisão e

entendeu-se que o abandono afetivo não justificava a solicitação de indenização por danos morais. A justiça definiu ainda que a pena para o pai fosse a perda do poder familiar.

A grande questão é se esse pai realmente teve o sentimento de perda e sofreu com isso. E, ao que parece, em momento algum a justiça considerou a situação afetiva do principal envolvido: a criança.

A responsabilidade civil se dá por conta da ocorrência de algum dano. No caso da falta de afetividade, quando essa não ocasionar dano ao filho, não cabe o direito de indenização. Então, sempre há a necessidade da análise do dano decorrente da falta de afeto. Há casos onde a tradicional cultura familiar ocorria de forma fria e nesses casos, havendo uma ruptura na relação entre pai e filho, as partes quase não sentem a falta de afetividade tendo em vista a forma como conviviam. Porém, há casos reais onde filhos podem ter consequências sérias decorrentes da ausência de afeto, cabendo assim, a responsabilidade civil. Mesmo porque a família tem extrema importância necessitando de proteção social e jurídica. Segundo Hironaka (2003, p. 45):

O dano causado pelo abandono afetivo é, antes de tudo, um dano culposamente causado à personalidade do indivíduo. Macula o ser humano enquanto pessoa, dotada de personalidade, que, certamente, existe e manifesta-se por meio do grupo familiar, responsável que é por inculcar na criança o sentimento de responsabilidade social, por meio do cumprimento das prescrições, de forma a que ela possa, no futuro, assumir a sua plena capacidade de forma juridicamente aceita e socialmente aprovada. Trata-se de um direito da personalidade, portanto.

Portanto, para que se efetive a indenização é necessário que se constate a culpa, ou seja, o abandono afetivo pelo pai, independente da origem da relação paterno-filial ou materno-filial. Com certeza a justiça não pode obrigar um pai a amar o seu filho, mas se a falta desse amor gerar danos morais à criança é cabível a responsabilidade civil para arcar com as consequências que surgirão.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É notória a importância que as questões relacionadas aos danos de família têm, tendo em vista que esta é a base da sociedade. E as responsabilidades frente a ela são inúmeras, cabíveis de ressarcimento. Tanto que é inserida no Direito de Família quando então as questões são resolvidas especialmente na Vara de Família. Esse tribunal trata especificamente de problemas desse gênero proporcionando assim, a valorização das questões familiares. No entanto, dentre os diversos casos existentes e publicados, nota-se que, apesar de amparada pela lei, a união estável, em qualquer questão levada a juízo, deve ser muito bem analisada, pois alguns pedidos acabam sendo incoerentes com a realidade.

Talvez uma das maiores conquistas no Direito de Família tenha sido o reconhecimento e a proteção constitucional da união estável. Desta forma os companheiros são respaldados e amparados quando houver necessidade. Dentre outros as obrigações alimentares e os direitos previdenciários são os mais importantes e imprescindíveis benefícios de qualquer indivíduo e os companheiros que optam pela união estável têm essa garantia.

Mais uma vez vemos a importância do Direito e da Justiça que são os grandes responsáveis, a princípio, por grandes decisões envolvendo famílias. Decisões estas que podem perdurar por toda a vida.

REFERÊNCIAS

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

ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduardo de. Os danos morais pelo descumprimento dos deveres pessoais no casamento. *Temas & Idéias*. V. 11, nº 11, 2006.

ASSUMPÇÃO, Luiz Roberto de. *Aspectos da Paternidade no Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Com a promulgação da Lei 9.278, em 10 de maio de 1996, está em vigor o Estatuto dos Concubinos. *Revista Literária de Direito*. São Paulo: Editora Literária de Direito, maio/jun. 1996.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de direito civil: Teoria geral das obrigações*. 5ª ed. São Paulo: Ed. RT, 1994.

BRASIL, *Código Civil*. 46 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

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

BRASIL. Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF, 1973.

BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de junho de 1990. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Brasília, DF, 1990.

BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Brasília, DF, 2002.

CAHALI, Francisco José. *Contrato de convivência na união estável*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAHALI, Yussef Said. *Dano e Indenização*, p. 4, apud Wladimir Valler. *A reparação do dano moral no direito brasileiro*, 1997, p. 34.

CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*, 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CASSETTARI, Christiano. *Responsabilidade Civil dos Pais por Abandono Afetivo de seus Filhos - Dos Deveres Constitucionais*. Artigo Jurídico. Material fornecido pelo professor Christiano aos alunos do curso de especialização em Direito Civil e Processo Civil das Faculdades Integradas Antonio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente - SP. www.unitoledo.br. Site do professor: www.professorchristiano.com.br.

CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. *Casamento e união estável: requisitos e efeitos pessoais*. Barueri: Manole, 2004.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 5.

Dias, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1944. v. 1.

DIAS, José Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. V. II, Rio de Janeiro: Forense, 1979.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993, v. 7.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 1990.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Responsabilidade Civil, 17ª ed., São Paulo : Saraiva, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: sucessões*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Direito Civil*. São Paulo: RT, 1977.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil - Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade Pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

Juris Way. *Na separação litigiosa por culpa recíproca, pode um dos cônjuges pedir alimentos ao outro?* Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/EuJuizCaso.asp?id_caso=74>. Acesso em: 30 jun. 2010.

Jus Brasil Notícias. *MPF/ES: união estável para fins previdenciários não precisará mais ser provada na justiça*. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/104401/mpf-es-uniao-estavel-para-fins-previdenciarios-nao-precisara-mais-ser-provada-na-justica>>. Acesso em: 03 jul. 2010.

Jus Brasil Jurisprudência. *TJDF - Apelação civil no juizado especial: ACJ 20071010115223 DF*. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2534862/apelacao-civel-no-juizado-especial-acj-20071010115223-df-tjdf>>. Acesso em: 01 jul. 2010.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil Comentado: Direito de Família, Relações de Parentesco, Direito Patrimonial: Arts 1591 a 1693*. Coordenação Álvaro Villaça Azevedo - São Paulo: Atlas, 2003, v. XVI

MADALENO, Rolf. *Divórcio e dano moral*. *Revista Brasileira de Direito de Família*. São Paulo, n. 2, jul/ago/set, 1999, p. 59-67.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Novo Código Civil e Legislação extravagante anotados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 725.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *União Estável: do concubinato ao casamento: antes e depois do novo código civil*. 6 ed. São Paulo: Método, 2003.

OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira. *O dano pessoal no Direito do Trabalho*, São Paulo: LRT, 2002.

PARIZATTO, João. Roberto. *Os direitos e os deveres dos concubinos*. São Paulo: Sumus, 1988.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*, 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 2.

Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes. *(Notícias comentadas) TJ/MG confirma indenização por danos morais decorrente de traição*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20070824143526774&mode=print>. Acesso em: 30 jun. 2010.

REIS, Clayton. *Dano moral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

REIS, Clayton. *Avaliação do dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

Revista do Advogado, Publicada pela Associação dos Advogados de São Paulo, nº 49, Dezembro/96.

RODRIGUES. Sílvia. *Direito civil: direito das coisas*. São Paulo: Saraiva, 2000.

SANTANA, Heron José. *Responsabilidade Civil por Dano Moral ao Consumidor*. Minas Gerais: Edições Ciência Jurídica, 1997.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. 5 ed. (Revista e atual. Por José Serpa Santa Maria). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989, v. II.

SILVA, Wilson Mello da. *O dano moral e sua reparação*. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SORAES, Orlando. *Responsabilidade civil no direito brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

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

VIANA, Marco Aurélio S. *Da União Estável*. São Paulo: Saraiva, 1999.

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

ANEXOS

ANEXO A

MULHER DEVE PAGAR R\$ 15 MIL DE INDENIZAÇÃO A EX-MARIDO TRAÍDO

A 13ª Câmara Cível do TJ-MG (Tribunal de Justiça de Minas Gerais) condenou uma auxiliar de escritório a pagar R\$ 15 mil de indenização por danos morais a seu ex-marido, em razão da descoberta, após a separação do casal, de que ele não era o pai biológico da filha que nasceu ainda durante o casamento e foi registrada como se fosse sua.

O comerciante alega que, após homologada sua separação judicial, ele foi alertado por vizinhos e pessoas de seu convívio social, inclusive colegas de trabalho, da existência de dúvidas quanto à paternidade de sua filha caçula, nascida durante seu casamento com a auxiliar de escritório. Foi então que ele se submeteu a um exame de análise de DNA, em ação proposta na 3ª Vara de Família de Belo Horizonte.

Se ficar comprovado que o comerciante não era o pai biológico da menina, ele entrou com uma ação na primeira instância, com o intuito de obter reparação pelos danos psíquicos derivados da conduta materna. Segundo ele, sua ex-esposa omitiu, deliberadamente, a real paternidade da criança, o que deixou abalada sua honra e dignidade.

Em contrapartida, a auxiliar de escritório se defendeu, afirmando que só tomou ciência da inexistência de vínculos consangüíneos de sua filha com o ex-marido, ao submeter-se ao exame de DNA, revelando que não omitiu, conscientemente, a verdadeira paternidade da menor. E imputa ao ex-parceiro um comportamento agressivo e libertino, e a prática de atos sexuais excêntricos e relacionamentos homossexuais.

O juiz de Direito Matheus Chaves Jardim, da 19ª Vara Cível de Belo Horizonte, acatou o pedido do comerciante e fixou a indenização por danos morais em R\$ 15 mil, considerando a frustração e melancolia que o autor passou ao ser subtraído, repentinamente, de sua condição de pai, "calando-lhe profundamente ao espírito a constatação tardia de não lhe pertencer a criança".

O relator do recurso interposto no Tribunal de Justiça, desembargador Francisco Kupidlowski, ao confirmar a sentença do juiz de primeiro grau, ressaltou que "o casamento faz nascer entre os cônjuges direitos e deveres recíprocos, destacando-se entre eles os deveres de lealdade, respeito e fidelidade".

Acompanharam o relator os desembargadores Adilson Lamounier e Cláudia Maia.

ANEXO B

Indenização por dano moral. Discussão entre ex-cônjuges. Suposta ofensa à imagem e à reputação do autor. Dano não configurado.

1 - Trata-se de apelação de sentença que julgou improcedente pedido de reparação por danos morais, segundo o apelante, de ofensas perpetradas contra ele, pela apelada, sua ex-esposa, com intuito de denegrir sua imagem e reputação perante o filho menor do casal. Sustenta, ainda, o recorrente, que além das ofensas, a recorrida, valendo-se da condição de policial, ameaçou-o de prisão.

2 - O acervo probatório soa autos revela intenso histórico de desentendimentos entre as partes, restando evidente que a relação pessoal que travam entre si caracteriza-se pela agressividade e ausência de respeito. Infere-se que as situações mais corriqueiras são azo a discussões e agressões morais entre recorrente e recorrida, que mais parecem preocupados em manter suas mágoas e ressentimentos mútuos, a despeito dos interesses do filho do ex-casal.

3- Conforme anotado pelo magistrado da instância antecedente, ao prolatar a sentença, "...as discussões travadas entre casais e ou ex-casais, são corriqueiras e o fato descrito na inicial que o autor considera ofensivo à sua honra e que dão esteio ao pedido de indenização por danos morais, não pode ser analisado de forma isolada, mas sim no contexto das relações existentes entre as partes. Para dar ensejo a indenização por dano moral os fatos têm que exceder o natural para espécie" (fl. 94).

4 - Vê-se que na hipótese não se configuram os requisitos que ensejam a reparação por danos morais, mormente porque a prova dos autos evidencia que as partes alimentam mutuamente o ambiente de agressões, que decorre, supostamente da separação do casal.

5 - Em situação semelhante, decidiu a segunda turma recursal dos juizados especiais cíveis e criminais: civil. Indenização por danos morais. Suposta ofensa à honra. Quizila decorrente de relacionamento amoroso rompido. Amantes que, após separação conturbada, buscam atingir um ao outro, com medidas policiais e judiciais das mais diversas. Atitude a ser repelida pelo judiciário. Ação improcedente. Sentença mantida. Demonstrado que o pedido de indenização por dano moral, por suporta ofensa a honra, na verdade é mais um dos procedimentos intentados pelos membros de um ex-casal de amantes que, após rompimento conturbado de relacionamento amoroso, tentam resolver no judiciário suas diferenças pós-namoro, buscando medidas punitivas recíprocas, apenas com a intenção de atingir um ao outro, é de ser mantida a sentença monocrática que julgou improcedente o pedido (20040910106005ACJ, relator Jesuíno Risato, segunda turma recursal dos

juizados especiais cíveis e criminais do D.F., julgado em 05/10/2005, DJ 25/10/2005.

6 - Recurso conhecido e não provido. Recorrente condenado ao pagamento de custas e honorários advocatícios, arbitrados em 10% (dez por cento) do valor da causa (art. 55 da Lei de Regência), cuja cobrança fica sobrestada porque beneficiária da justiça gratuita (art. 12, Lei 1.060/50).

ANEXO C

Maria, casada a mais de 15 anos com João, em regime de comunhão parcial de bens, mãe de três filhos menores, desconfia que seu marido esteja tendo um caso amoroso com outra mulher, e interpela o marido. João se defende alegando que a mulher com quem anda se encontrando é apenas uma antiga colega de faculdade e que o assunto por eles tratado é de ordem profissional.

Diante desta alegação, Maria resolve a segui-lo e acaba por vê-lo, acompanhado de uma mulher, entrando num prédio residencial.

Depois de aproximadamente três horas, João sai do tal edifício e depara com Maria à sua espera.

Maria lhe diz que já sabe de tudo e seria melhor para ele confessar a traição. João fica muito nervoso e não consegue explicar o que ali estava fazendo. Apenas declara que estava ali à negócios, e, ainda, discute com Maria dizendo que não aguenta mais suas crises de ciúmes.

Maria confirmou que João continuou a se encontrar com a tal mulher. A convivência conjugal passou a ser insuportável, não mais havendo consenso entre casal.

As brigas, que passaram a ser constantes e permeadas de ofensas mútuas, aconteciam, na maioria das vezes, na presença dos filhos. João, sem dar qualquer explicação, passou a dormir periodicamente fora de casa. Não mais suportando tal situação, Maria procurou um advogado e ajuizou ação de separação litigiosa.

ARGUMENTOS DO AUTOR NA PETIÇÃO INICIAL

Que a autora descobriu que o marido está se relacionando intimamente com outra mulher.

Que não há mais vida conjugal entre ela e o marido há mais de um ano.

Que não aceita ceder a guarda dos filhos, posto que o marido, atualmente, tem uma vida desregrada e descompromissada para com os filhos, ficando dias sem tê-los em sua companhia, devido ao horário que passou a chegar em casa.

Que o réu é comerciante e tem uma retirada mensal de aproximadamente de R\$ 4.800,00.

Que o casal adquiriu na constância do casamento um apto. Sito à rua Bacana, 31, Centro, Belo Horizonte/MG, com valor estimado de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), um automóvel marca Fiat, modelo Uno, ano 2006, avaliado em R\$19.000,00 (dezenove mil reais) e ainda, possuem a importância de R\$ 47.000,00 (quarenta e sete mil reais) aplicados em conta conjunta de poupança na Ag. 258797, do Banco Dinheirão, Conta nº1, além dos bens móveis de menor monta que guarnecem a residência do casal (documentos inclusos).

Que a autora necessita de pensão alimentícia para ela e as crianças, vez que não tem emprego e nem condições de se manter sozinha.

DO PEDIDO

1. A autora requer preliminarmente que seja concedida medida cautelar de separação de corpos e alimentos provisórios, pois a convivência sob o mesmo teto tornou-se insuportável para a requerente, trazendo complicações de ordem psicológica para ela e os filhos. E, como não trabalha, não tem como se sustentar e aos seus filhos, e necessita que o marido lhes preste alimentos.

2. A citação pessoal do réu para, querendo, apresente contestação no prazo legal, sob as penas da revelia.

3. A partilha dos bens do casal descritos acima, observando o regime de bens adotado quando da celebração do casamento.

4. Que lhe seja concedida a guarda dos filhos menores, ressalvado o direito de visita do pai nos finais de semana: Sábado - das 09:00 às 18:00h; Domingos e Feriados nacionais: das 09:00 às 20:00h; Nas férias escolares, durante sete dias em tempo integral a ser acordado entre o casal.

5. Que seja arbitrada pensão alimentícia em dois salários mínimos para cada filho do casal e três salários mínimos para a autora, a serem depositados mensalmente em conta corrente de nº 000001 do Banco SemGrana S/A - Ag. Centro.

6. Pela produção de todas as provas admitidas em direito, o depoimento do réu, a intimação e oitiva das testemunhas abaixo: Glaucy Maia, Rua B, Nº 1ª, Bairro Sol nesta capital Sodécio Pimenta, Rua Y, nº 311111, Bairro Sol, nesta capital Zerilda Rino, Rua T, nº 1231, Bairro Sol nesta capital

7. Os benefícios da Justiça gratuita, por ser pobre no sentido legal. Declaração anexa.

8. Que seja julgado procedente o pedido, com a condenação do réu no ônus da sucumbência e expedição do competente mandado de averbação ao Cartório do Registro Civil, bem como para o Cartório de Registro de Imóveis.

9. Voltando a autora a usar o nome de solteira, ou seja, Maria Amélia.

ARGUMENTOS DO RÉU NA CONTESTAÇÃO

O réu contestou relatando que a mulher com quem fora visto é realmente uma colega de faculdade e que atualmente mantém com ela relacionamento puramente profissional e afasta por completo a idéia de que teve ou tem qualquer relacionamento mais íntimo com a referida colega; Que a autora sempre teve crises de ciúmes, não permitindo que o marido tenha amizades, principalmente as do sexo feminino, e que quando ela o via conversando com alguma mulher, fazia verdadeiros escândalos em público, levando-o ao constrangimento.

Que as discussões do casal, se davam geralmente por motivo fútil, e de iniciativa da autora e que realmente acabam em gritaria, mas não por sua vontade e sim, pelas provocações e insultos proferidos por ela.

Que já não têm vida more uxória desde julho de 2006, por imposição de sua mulher.

Que não pediu a separação antes por receio de agravar o comportamento de sua mulher com relação a ele, e, também, por querer proteger os filhos. Que hoje já não tem amigos, tampouco amigas, pois estes se afastaram devido as agressões verbais por parte de sua mulher.

Que a mulher, depois do casamento, não continuou com os estudos e atualmente não trabalha porque logo nos primeiros meses, depois do enlace conjugal, ela engravidou e daí por diante optou por cuidar dos filhos e do lar. Que não tem maior contato com os filhos por culpa da mãe que os obriga a dormir muito cedo, impedindo a coincidência de horários. Todavia, sempre está em contato telefônico com os mesmos (conta telefônica anexa) e nos finais de semana em tempo integral.

Que não concorda com os valores propostos a título de pensão alimentícia, pois, com a separação será necessário alugar uma moradia, bem como adquirir móveis e outros utensílios domésticos, além de ter de contratar uma empregada para cuidar dos afazeres domésticos, o que acarretaria uma despesa extra de mais de R\$1.000,00 (um mil reais) mensais. Assim, propõe o pagamento da importância de um salário mínimo para cada filho e um para a mulher.

Que as testemunhas arroladas pela autora fazem parte do seu círculo de amizades e são de índole duvidosa, pois sempre estão envolvidas em "fuxicos e mexericos" nas vizinhanças.

Que com relação aos bens arrolados na partilha, insta ressaltar, que o carro, é bem sub-rogado, do que fora adquirido a título gratuito, como presente de seu pai, pela formatura do curso de administração de empresas, em dezembro de 1993. (comprovantes anexos).

Que o casamento resta falido, não por culpa dele como aponta a exordial, mas pelo desgaste provocado pelo comportamento psicótico da

autora, que pouco a pouco consumiu todo o amor, afeto, carinho e respeito que existia na vida conjugal.

Pede, com base nos fatos apresentados, seja julgado improcedente o pedido da autora.

Requer a intimação das testemunhas conforme rol anexo.

DAS PROVAS APRESENTADAS EM AUDIÊNCIA

A autora provou a hipossuficiência financeira para se manter sozinha; Documentos juntados: certidão de casamento e dos filhos, escritura do imóvel, DPVAT e extrato de poupança.

Foi comprovada a propriedade dos bens arrolados pela autora; As testemunhas da autora foram ouvidas e não houve contradições em seus depoimentos, todas apontaram uma vida conjugal conturbada.

O réu comprovou sua renda e o local de trabalho, e sua capacidade para prestar alimentos.

Dentre as testemunhas do réu todas afirmaram ter conhecimento dos fatos alegado pela defesa, exceto a indigitada amante, que se contradisse quando perguntada se teve relações sexuais com o réu.

Solução proposta pelo Coordenador (Sentença):

Tendo por base a inicial e a contestação e, apreciadas as provas produzidas, ficou demonstrado que tanto o réu quanto o autor tiveram culpa na falência do casamento.

Assim, apurada a culpa recíproca dos "separandos", fica desautorizado o pedido de alimentos para a autora, e resguardado o direito dos filhos a alimentos, impondo ao pai a obrigação de prestar alimentos a eles, enquanto estiver equilibrada a proporção necessidade dos alimentados e possibilidade do alimentante.

No entanto, o direito é instrumento de pacificação social e não pode ser utilizado para condenar quem quer que seja ao abandono material. O art. 1709 do NCC dispõe que até mesmo o cônjuge culpado da separação tem direito à alimentos. Então, nada mais justo que aquele que também teve culpa na dissolução do casamento, provada a sua inaptidão para o trabalho e nem parentes em condições de fornecê-los, perceba do marido a prestação alimentícia necessária à sua subsistência.

Diante disso, esta coordenadoria entende que ante a impossibilidade de reconciliação, a separação será decretada por culpa recíproca, e a mulher deverá receber alimentos provisórios do marido pelo prazo suficiente à sua reabilitação profissional.”

ANEXO D

MPF/ES: união estável para fins previdenciários não precisará mais ser provada na Justiça

O reconhecimento desse tipo de união com provas testemunhais agora poderá ser feito em âmbito administrativo, isto é, diretamente junto às agências do INSS espalhadas pelo país.

Em cumprimento a uma recomendação do Ministério Público Federal no Espírito Santo (MPF/ES), o Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS) não vai mais exigir que seus eventuais beneficiários que tiverem que utilizar provas testemunhais para comprovar união estável recorram à Justiça. O reconhecimento desse tipo de união agora poderá ser feito em âmbito administrativo, isto é, diretamente junto às agências do INSS espalhadas pelo país.

De acordo com o procurador da República André Pimentel Filho, que no Espírito Santo responde pela Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão, a medida vai encurtar o caminho de quem vive em união estável e procura a autarquia em busca de direitos previdenciários. A expectativa é de que essa mudança, que vale para todo o Brasil, represente menos ações na Justiça. Antes, as pessoas tinham que recorrer à Justiça para provar algo que poderiam provar já perante o INSS, explicou o procurador.

O reconhecimento da união estável era feito no âmbito administrativo com no mínimo três provas documentais, que podiam ser desde certidão de nascimento de filho em comum ou comprovante de que residem num mesmo endereço até documentos que comprovem conta bancária conjunta ou apólice de seguro do qual o companheiro seja o beneficiário.

A partir da alteração da rotina do INSS, quem não tiver o número mínimo de provas documentais poderá complementar o conjunto probatório com a apresentação de testemunhas. Antes, esse tipo de prova só era considerado válido na Justiça.

A recomendação do procurador André Pimentel Filho foi enviada à Diretoria de Benefícios do INSS, em Brasília. Acionada pela autarquia, a Advocacia-Geral da União (AGU) se manifestou no mesmo sentido, e sugeriu que fosse alterada a rotina para o reconhecimento da união estável. É dever do administrador público facilitar o exercício de direitos pelo administrado, destacou a AGU.

O procedimento administrativo cível que resultou no envio da recomendação ao INSS foi instaurado em fevereiro deste ano. A Justiça Federal no Espírito Santo enviou ao MPF uma representação na qual informava que o INSS estava descumprindo a legislação, já que havia exigido comprovação judicial de união estável de uma pessoa que pleiteava a concessão do benefício de pensão por morte.

Assessoria de Comunicação Social
Procuradoria da República no Espírito Santo
Telefone: (27) 3211-6444

<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/104401/mpf-es-uniao-estavel-para-fins-previdenciarios-nao-precisara-mais-ser-provada-na-justica>