

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
CURSO DE DIREITO

THALITA TOMAINO GARBI

DO DIVÓRCIO E DA RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE

MARÍLIA
2012

THALITA TOMAINO GARBI

DO DIVÓRCIO E DA RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE

Trabalho de conclusão apresentado ao Curso de Direito da Fundação “Eurípides Soares da Rocha” mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador:
Prof. Roberto Brianezi de Lima

MARÍLIA
2012

Garbi, Thalita Tomaino.

Do divórcio e da responsabilidade civil decorrente / Thalita Tomaino Garbi; orientador: Roberto Brianezi de Lima. Marília, [s.n.], 2012.

61 f.

Trabalho de Curso (Graduação em Direito) – Curso de Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2012..

1. Casamento. 2. Divórcio. 3. Dano material. 4. Dano moral. 5. Responsabilidade civil.

CDD: 341.6



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"

MANTENEDORA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
Curso de Direito

Thalita Tomaino Garbi

RA: 43021-8

DO DIVÓRCIO E DA RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE

Banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Graduação em Direito da UNIVEM, F.E.E.S.R, para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Nota: 10,0 (DEZ)


ORIENTADOR(A):


Roberto Brianezi de Lima

1º EXAMINADOR(A):


Tayon Soffener Berlanga

2º EXAMINADOR(A):


Shauma Schiavo Schimidt

Marília, 03 de dezembro de 2012.



DEDICATÓRIA

*Dedico este trabalho aos meus pais Valter e Silvana,
pois sem eles não teria dado nem o primeiro passo a concretização desse sonho.*

Ao meu irmão, Lucas, sempre ao meu lado me apoiando.

As minhas avós: Emília, Rosa e Teresa, mulheres de força e de fé.

Porque Família é tudo.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, por todas as bênçãos em minha vida.

A minha família, por todo amor, apoio e confiança. Em especial ao meus pais e ao meu irmão, que sempre acreditaram em mim, independente das circunstâncias.

A todos os professores deste Centro Universitário, por toda dedicação e paciência, em especial ao coordenador do curso Edinilson Donisete Machado e ao meu orientador Prof. Roberto Brianezi de Lima, por todo o auxílio nesta árdua etapa.

E finalmente aos meus colegas de curso, pois juntos vivemos cinco anos inesquecíveis.

Os meus sinceros agradecimentos a todos que direta ou indiretamente contribuíram para a realização deste trabalho.

GARBI, Thalita Tomaino. **Do Divórcio e da Responsabilidade Civil Decorrente**. 2012. 61 f. Trabalho de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2012.

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto de estudo a dissolução do vínculo matrimonial e a possibilidade de reparação civil. O objetivo principal é a reflexão sobre a aplicação da teoria da responsabilidade civil às possíveis violações dos deveres jurídicos decorrentes do matrimônio. Tendo como alicerce os dispositivos legais, doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema, analisa-se a possibilidade de ocorrência de danos morais e materiais decorrentes da dissolução do casamento e sua reparação no âmbito do direito civil, enfatizando a possibilidade de ocorrência dos mesmos após o advento da Emenda Constitucional 66/10. Faz-se uma análise do instituto do casamento, expondo os direitos e deveres impostos por lei aos cônjuges. Examinam-se as mudanças introduzidas na norma constitucional com Novo Divórcio, destacando-se que o único modo de dissolver o casamento é por meio do divórcio e a consequente ausência da necessidade de lapso temporal e culpa para se chegar ao mesmo. Apresenta, ainda, de maneira específica os aspectos relevantes ao entendimento do tema Responsabilidade Civil, uma vez que presentes os pressupostos torna-se cabível o pedido de reparação por danos morais e materiais pelo cônjuge que se sentir lesado, desde que o outro cônjuge deixe de cumprir com as obrigações e deveres do casamento. Este tema é de grande interesse aos aplicadores do Direito e estudiosos das relações familiares, e principalmente a sociedade em sua progressiva configuração cultural.

Palavras-chave. Casamento. Divórcio. Dano material. Dano moral. Responsabilidade civil.

GARBI, Thalita Tomaino. **Do Divórcio e da Responsabilidade Civil Decorrente**. 2012. 61 f. Trabalho de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2012.

ABSTRACT

The present work has the goal of study the dissolution of matrimonial bond and the possibility of civil atonement. The main goal is the reflections about the use of the notion in civil responsibilities to possible infractions of juridical function originate of matrimony. Having the basis of legal contrivance, doctrinaire and jurisprudential about the topic, examine the possibility of moral damage and material originate of the dissolution of marriage and the atonement in the civil rights area, emphasizing the possibility of it happening even after the Constitutional Amendment 66/10. Analyzing the institute of marriage, showing the rights and duties require by law to the partners. Examinations of the changes that were introduced in the constitutional with the new divorce, making clear that the only way to dissolve the marriage is getting in a divorce, considering that with the new Divorce there is no need to wait anymore, not even show guilty as in the previous constitutional law. This fact also presents characteristics of the understanding of civil responsibility, once that maybe presents requirement to ask for a moral damage and material repair by the partner that feels hurt, it only can happen if the other partner is not executing the duties and obligations of marriage. This topic is very interesting by people around Law and studios of familiar relationship, and society in progressive cultural configuration.

Key-words: Marriage. Divorce. Material Damage. Moral Damage. Civil Responsibility

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO 1 – DO CASAMENTO.....	13
1.1 Conceito.....	13
1.2 Natureza Jurídica	14
1.3 Caracteres do casamento	15
1.4 Fins do casamento	17
1.5 Efeitos Jurídicos	18
1.6 Direitos e deveres	19
1.6.1 Fidelidade	20
1.6.1.1 Infidelidade virtual	21
1.6.2 Vida em comum no domicílio conjugal	22
1.6.3 Mútua assistência.....	23
1.6.4 Sustento, guarda e educação dos filhos	24
1.6.5 Respeito e consideração mútuos.....	25
CAPÍTULO 2 – DO DIVÓRCIO	27
2.1 Conceito.....	27
2.2 A diferença entre sociedade conjugal e vínculo conjugal	28
2.3 Visão histórica	29
2.4 O Novo Divórcio no Brasil.....	31
2.4.1 Emenda Constitucional n. 66/2010.....	31
2.4.2 Principais mudanças introduzidas	33
2.4.3 As modalidades do Divórcio	36
2.5 A derrocada da culpa	38
CAPÍTULO 3 – DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	42
3.1 Dos conceitos.....	42
3.2 Das espécies.....	42
3.2.1 Responsabilidade subjetiva e objetiva.....	43
3.2.2 Responsabilidade direta e indireta	44
3.2.3 Responsabilidade contratual e extracontratual.	45
3.3 Dos pressupostos	46
3.3.1 Ação e omissão.....	46
3.3.2 Do dano	46
3.3.2.1 Dano material	47
3.3.2.2 Dano moral	48
3.3.3 Culpa.....	49
3.3.4 Nexo causal	50
3.4 Responsabilidade civil entre cônjuges.....	51

3.4.1 Violação da boa-fé objetiva.....	51
3.4.2 Violação dos deveres	52
3.4.3 Indenização por Dano Moral.....	54
CONSIDERAÇÕES FINAIS	57
REFERÊNCIAS	59

INTRODUÇÃO

Em consonância com a perspectiva de intervenção mínima do Estado, nas relações pessoais e afetivas, e em respeito ao princípio da liberdade e da dignidade da pessoa humana, rumo a autonomia dos cônjuges, para constituir, desconstituir e reconstituir seus projetos de vida familiar, foi promulgada a Nova Lei do Divórcio. Segundo alguns autores uma verdadeira “revolução silenciosa”.

Com a inovação introduzida pela Emenda Constitucional n. 66/2010, a nova redação da norma constitucional pôs fim a separação de direito, extinguindo as causas objetivas (lapso temporal) e subjetivas (culpa) da dissolução do casamento, impedindo assim a discussão sobre culpa, uma vez que a ação de divórcio não mais a admite. E a respeito da extinção da separação judicial, que perdeu o sentido com a nova redação da norma constitucional, dispõe Sílvio de Salvo Venosa:

Passados tantos anos da introdução do divórcio entre nós, já não mais se sustentava essa dicotomia, separação e divórcio, suprimida pela mencionada Emenda à Constituição. Havia mesmo que se suprimir definitivamente a separação, permitindo-se aos cônjuges que recorram sistemática e diretamente ao divórcio. (VENOSA, 2011, p.161).

Assim ficou a nova redação do §6º do artigo 226 da Constituição Federal: “ *O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio*”

Portanto, o casamento válido, ou seja, o vínculo matrimonial, somente é dissolvido pelo divórcio ou pela morte de um dos cônjuges, autorizando assim os ex-cônjuges a contrair novo matrimônio.

No entanto, questões relacionadas aos vínculos afetivos, e a quebra de deveres conjugais, ainda existem, passando a culpa a ser discutida em ação indenizatória por danos morais e materiais , uma vez que esta é elemento da responsabilidade civil, decorrente da violência, sofrimento ou humilhação sofrida pelo cônjuge ofendido.

O divórcio sem culpa já era previsto, dependia, todavia, do preenchimento do lapso temporal. A atual redação vai além, ao excluir a conversão da separação judicial, pois afasta, desse modo, os ressentimentos decorrentes da imputação de culpa ao outro cônjuge, que comprometiam o relacionamento pós-conjugal, em detrimento da formação dos filhos comuns.

Na presente será analisado o instituto da dissolução do vínculo conjugal, bem como a reparação civil no âmbito do direito de família, as obrigações e deveres decorrentes do casamento e os danos pelo seu descumprimento, considerando as alterações introduzidas pela “PEC do Divórcio”.

O interesse estatal na indissolubilidade do casamento tornou-se ultrapassado, fazendo com que a legislação evolua no sentido de proporcional o divórcio independente de motivação ou demonstração de culpa.

Não havendo, portanto, mais justificativas para o divórcio por conversão, uma vez que, este resulta em acréscimos de despesas para o casal em razão da submissão a dois processos judiciais (separação judicial e divórcio), além de prolongar sofrimentos evitáveis.

A evolução da sociedade e do direito demonstrou a necessidade de se regulamentar o direito de família, o casamento e o divórcio. Nessa perspectiva o legislador previu situações que ocorridas tornam insuportável a vida comum dos cônjuges, situações estas que poderiam levar a separação e posteriormente ao divórcio.

Porém com o advento da Emenda Constitucional n. 66/2010, mudanças foram introduzidas na norma constitucional, implantando dúvidas na sociedade sobre os motivos e a maneira para se chegar ao divórcio e quais formas de dissolução do vínculo matrimonial.

O legislador chegou a conclusão que ninguém é obrigado a manter uma relação com uma pessoa com a qual não há mais afeto ou respeito. Não havendo o interesse público em buscar a causa do desaparecimento do afeto ou desamor.

O estudo da tal temática é essencial para esclarecer que a culpa decorrente dos danos causados em função da dissolução matrimonial, ainda pode ser discutida, porém não mais como requisito para o divórcio, mas em ação indenizatória, podendo os prejuízos morais e materiais gerar a responsabilização civil.

Como demonstra o artigo 186 do Código Civil de 2002, a legislação vigente possibilita a reparação por dano moral e material também no direito de família: *“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”*

A legislação atual é suficiente para se garantir a devida reparação por danos morais ao cônjuge inocente em divórcio ou separação litigiosa em que houve sofrimento, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar e a sua integridade psíquica em razão do ato culposo do cônjuge descumpridor dos deveres e obrigações matrimoniais.

Assim o casamento gera efeitos jurídicos amplos, trazendo deveres de fidelidade recíproca; vida em comum no domicílio conjugal; mútua assistência; sustento, guarda e

educação dos filhos; respeito e consideração mútuos, e a conseqüente quebra de tais deveres, pode levar a responsabilização civil.

Diante de tais mudanças, busca-se na presente pesquisa analisar o Direito de Família numa perspectiva que ampare o cônjuge lesado, por conseqüências do ruptura do vínculo conjugal. O objetivo geral, portanto, é analisar a dissolução do vínculo conjugal e a possibilidade de responsabilidade civil no âmbito do Direito de Família perante a legislação vigente.

Por ser tema de extrema importância e interesse da sociedade, várias são as obras e artigos que analisam o casamento e a dissolução desse vínculo, bem como como as mudanças introduzidas pelo advento da Emenda Constitucional n. 66/2010.

Entre os diversos objetivos específicos estão: esclarecer as mudanças trazidas pela Emenda Constitucional n. 66/2010; identificar os direitos e obrigações decorrentes do casamento e as possíveis conseqüências decorrentes de seu descumprimento; averiguar a possibilidade de reparação por dano moral e material decorrentes do divórcio; analisar as distorções da culpa na dissolução do matrimônio.

A estrutura da dissertação será desenvolvida de forma sintética, ou seja: serão abordados no primeiro capítulo tópicos referentes ao casamento, trazendo uma introdução ao mesmo, através de conceitos, finalidades e efeitos do mesmo, e tratando de forma específica e detalhada as obrigações e deveres do casamento.

Desenvolver-se-à no segundo capítulo temática alusiva a dissolução do vínculo conjugal através do Novo Divórcio, apresentando uma visão histórica do tema no Brasil, com a conseqüente discussão acerca da Emenda Constitucional n. 66/2010, e as mudanças introduzidas na norma constitucional através da mesma.

No terceiro capítulo será analisado o Instituto da Reparação Civil no Direito de Família de maneira geral, ou seja, a importância, os pressupostos legais da responsabilidade civil, o dano moral e a sua relação com os direitos da personalidade, trazendo as possibilidades de reparação entre os cônjuges, e a aceitação por parte da doutrina.

Por fim, nas conclusões, verificar-se-ão, em resumo, as confirmações ou não das hipóteses anteriormente descritas.

CAPÍTULO 1 – DO CASAMENTO

1.1 Conceito

Inúmeras são as definições de casamento apresentadas pelos escritores, muitas delas refletindo concepções ou tendências filosóficas ou religiosas. No entanto, apesar de o Código Civil dedicar 110 artigos a família matrimonializada, o legislador não apresentou nenhuma definição para o casamento, nem mesmo para família. Estabelecendo apenas os requisitos para celebração do casamento, os direitos e deveres dos cônjuges, os diversos regimes de bens e, regulamentando a dissolução do vínculo conjugal.

A aludida definição é de Modestino, da época clássica do direito romano, século III e reflete as ideias predominantes no período clássico: casamento é a conjunção do homem e da mulher, que se unem para toda a vida, a comunhão do direito divino e do direito humano.

Tal definição, vislumbra uma noção um tanto quanto sacramental do casamento, perdeu o sentido diante da evolução dos costumes e do novo perfil da sociedade.

Entre as definições mais citadas em nosso meio, destaca-se a de Lafayette Rodrigues Pereira: “o casamento é o ato solene pelo qual duas pessoas de sexo diferente se unem para sempre, sob a promessa recíproca de fidelidade no amor e da mais estreita comunhão de vida.” (PEREIRA, 1945, p.34)

Essa clássica definição de Lafayette traduz uma concepção moderna, ao fazer referência a forma igualitária do casamento atual. Ao conceituar casamento como um “ato”, da referência a sua natureza contratual.

Merece referência a definição de Washington de Barros Monteiro, segundo a qual o casamento é: “a união permanente entre o homem e a mulher, de acordo com a lei, a fim de se reproduzirem, de se ajudarem mutuamente e de criarem os seus filhos”. (MONTEIRO, 2004, p.12). O mesmo afirma não existir, provavelmente, em todo o direito privado instituto mais discutido.

Desta definição podemos destacar algumas características do casamento como sendo de ordem pública, pois a legislação está acima das convenções particulares, tendo que ser uma união exclusiva, pois, é vedada a bigamia, sendo uma estrutura de vida para os cônjuges. Com relação a referência aos filhos, a falta dos mesmos não afeta o casamento.

Ainda segundo a definição de Maria Helena Diniz: “o casamento é o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa o auxílio mútuo material e espiritual, de modo

que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família.” (DINIZ, 2002, v.5, p.39).

Assim podemos notar que o casamento não é apenas a legalização das relações sexuais, mas também a conjunção da matéria e do espírito de dois seres vivos, tendo como finalidade a união do homem e da mulher.

Como antecipa Carlos Roberto Gonçalves: “ Impossível ser original diante de tantas definições, antigas e modernas”. (GONÇALVES, 2011, p.40).

Contudo, mesmo diante de tantas definições, é possível extrair um denominador comum de todas elas, e chegar a conclusão de que o casamento é o negócio jurídico de Direito de Família, por meio do qual um homem e uma mulher se unem através de uma relação jurídica típica, uma relação matrimonial, personalíssima e por prazo indeterminado.

Quanto a denominação, encontram-se nos textos jurídicos, além do vocábulo casamento, os termos matrimônio, núpcias e consórcio.

1.2 Natureza Jurídica

Diante das definições de casamento, surgem na doutrina divergências em relação a sua natureza jurídica.

Para a concepção clássica, também conhecida como individualista ou contratualista, o casamento tem uma relação puramente contratual, representando uma reação à ideia de caráter religioso do casamento. Sendo este um contrato civil, estabelecido por acordo entre os cônjuges, em que se aplicam todas as regras comuns dos contratos civis que se aperfeiçoa pelo simples consentimento dos nubentes.

De outro lado temos a concepção supra-individualista ou institucionalista, dando ao casamento uma condição de estado, o estado matrimonial. Para esta concepção o casamento é uma grande instituição social, refletindo uma situação jurídica que surge da vontade dos contratantes, mas que possui normas, parâmetros preestabelecidos pelo legislador.

Temos ainda uma terceira concepção, adotada pela maioria da doutrina, a concepção eclética ou mista, estabelece o elemento volitivo ao institucional, sendo o casamento para esta doutrina um ato complexo, concomitantemente contrato em sua formação e, instituição no seu conteúdo.

Adepta a essa terceira corrente é a conclusão de Silvio Rodrigues:

O casamento é um contrato de direito de família, visto que, assume a feição de um ato complexo, de natureza institucional, que depende da manifestação livre da vontade dos nubentes, mas que se completa pela celebração, a qual é ato privativo de representante. (RODRIGUES, 2008, v.6, p.22).

Por sua função social e familiar, o casamento conserva a sua importância como instituição jurídica, mantendo o seu valor diante das alternativas que se abrem à constituição da família.

Muito se discute com a relação a natureza jurídica do casamento. Nesse sentido Maria Berenice Dias diz: “A discussão ainda que tradicional, se revela estéril e inútil. As pessoas são livres para casar, mas, no que diz com deveres e direitos, sujeitam-se aos efeitos do casamento, que ocorrem independentemente da vontade dos cônjuges.” (DIAS, 2011, p.150).

Não há um consenso, na doutrina, a respeito da natureza jurídica do casamento, porém sábias são as palavras de Maria Berenice Dias, independentemente da corrente, a imposição de regras por determinação legal, que surgem a partir da celebração do casamento, são cogentes a todos os nubentes.

1.3 Caracteres do casamento

Dessas definições também é possível extrair os caracteres do casamento, alguns sendo até peculiares a determinados sistemas jurídicos.

Os principais elementos que caracterizam o casamento para o ordenamento jurídico brasileiro são: A liberdade na escolha do nubente, a solenidade do ato nupcial, a união permanente, a diversidade de sexos e o fato de ser regulamentado por normas de ordem pública.

a) A liberdade na escolha do nubente:

É uma característica muito importante, pois os nubentes têm o livre arbítrio de escolher com quem vão se casar. A interferência da família ocorre em alguns casos em que a legislação exige o consentimento dos pais. Cabe exclusivamente aos consortes manifestar a

sua vontade, pessoalmente ou por procurador com poderes especiais, conforme preceitua o artigo 1.542 do Código Civil.

b) A solenidade do ato nupcial:

O casamento e o testamento constituem os dois atos mais repletos de formalidades do direito civil, devido à sua reconhecida importância.

A simples união do homem e da mulher, com a intenção de permanecerem juntos, não suficiente, é imprescindível que o casamento tenha sido celebrado, conforme a lei que o ampara e rege.

O artigo 1.534 e seu parágrafo primeiro, do mesmo diploma legal estabelece que o ato nupcial deverá ter publicidade e sua realização sendo no cartório ou em edifício particular, deverá ser feita com portas abertas e presentes pelos menos duas testemunhas.

“Art. 1.534. A solenidade realizar-se-à na sede do cartório, com toda publicidade, a portas abertas, presentes pelos menos duas testemunhas, parentes ou não dos contraentes, ou, querendo as partes e consentindo a autoridade celebrante, noutra edifício público ou particular.

Parágrafo Primeiro: Quando o casamento for em edifício particular, ficará este de portas abertas durante o ato.”

O artigo 1.535, do Código Civil, narra como o presidente do ato deverá declarar no momento de celebração do casamento: *“De acordo com a vontade que ambos, acabais de afirmar perante mim, de vos receberdes por marido e mulher, eu, em nome da lei, vos declaro casado.”*

As formalidades exigidas constituem elementos essenciais a celebração do casamento, cuja inobservância torna o ato inexistente.

c) União permanente:

Toda pessoa casa com a intenção que dure para sempre, e até mesmo dizem, até que a morte nos separe, ninguém contrai matrimônio por tempo determinado.

Quando o ser humano contrai matrimônio deseja que seja para toda a vida, não fazem por tempo determinado, mesmo que futuramente venham se divorciar-se e tornem a casar

novamente existe sempre, um desejo íntimo de perpetuidade, permanência da ordem conjugal e familiar.

O casamento constitui negócio jurídico puro e simples, não comportando termo ou condição.

d) Exige diversidade de sexos:

A Constituição Federal só admite o casamento entre homem e mulher. Este posicionamento é tradicional, e já era salientado nos textos clássicos romanos.

A diferença de sexos constitui requisito natural do casamento.

e) Regulamentado por normas de ordem pública:

Não podendo ser derogadas por convenções particulares. O objetivo dessas normas imperativas consiste em dar à família uma organização social moral compatível as aspirações do Estado e a natureza permanente do homem.

1.4 Fins do casamento

Pode-se afirmar que diversas são as finalidades do casamento, variando conforme a visão filosófica, sociológica, jurídica ou religiosa. Para a corrente individualista, por exemplo, a satisfação sexual constitui o único objetivo do casamento, o que acaba até por afetar a dignidade do casamento.

Há ainda os que defendam ser a procriação a exclusiva finalidade do casamento, o que se torna inaceitável diante de tantos casamentos de pessoas em idade avançada, já privadas da função reprodutora.

Com relação a norma vigente, apesar de a mesma não fazer menção ao conceito de casamento, o artigo 1.511 do Código Civil Brasileiro, traz a sua finalidade, estabelecendo-a como comunhão plena de vida, fundamentada na igualdade dos direitos e deveres dos cônjuges.

Entre os demais fins do matrimônio, destacamos:

a) a instituição da família, que é uma unidade formada pelos pais e seus filhos, originada pelo matrimônio;

- b) a procriação dos filhos, sendo uma consequência do matrimônio, mas não sendo essencial, pois, a falta de filhos não afeta a validade do casamento;
- c) a legalização das relações sexuais entre os cônjuges, com a regularização das relações sexuais torna-se um dever atender as necessidades sexuais do outro;
- d) a prestação de auxílio mútuo, com o casamento torna-se um dever a ajuda recíproca;
- e) proteção e educação da prole, pois, o matrimônio não existe somente para gerar filhos, mas também para educá-los.

Esses demais fins, embora também importantes, são secundários, não sendo essenciais ao casamento.

1.5 Efeitos Jurídicos

A norma constitucional prevê os efeitos do casamento ao atribuir encargos e ônus ao casal, conforme o expressa o artigo 1.565 do Código Civil: *“Homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.”*

Efeitos jurídicos do casamento são consequências que se projetam no ambiente social, nas relações pessoais e econômicas dos cônjuges, nas relações pessoais e patrimoniais entre pais e filhos, dando origem a direitos e deveres próprios e recíprocos, disciplinados por normas jurídicas.

Os efeitos produzidos pelo casamento são numerosos e complexos, uma vez que a união conjugal não constitui apenas uma relação jurídica, constitui antes de tudo uma relação moral.

Em relação aos efeitos sociais, além da criação da família legítima, considerada como o primeiro e principal efeito matrimonial, o casamento produz a emancipação do cônjuge menor de idade, tornando-o plenamente capaz, como se houvesse atingido a maioridade e, estabelece ainda, o vínculo de afinidade entre cada consorte e os parentes do outro, conferem aos cônjuges o status de casado, fator de identificação na sociedade.

A essência dos efeitos jurídicos do casamento incidem também na ordem patrimonial, repousa no regime matrimonial de bens, dividindo-os em: Regime de Comunhão Universal de bens, regime da Comunhão Parcial de Bens, Regime da Separação de Bens e regime de Participação Final nos Aquestos. Segundo Maria Helena Diniz: “A organização

desses regimes matrimoniais de bens subordina-se a três princípios fundamentais: o da variedade de regime de bens, o da liberdade dos pactos antenupciais e o da imutabilidade do regime adotado. (DINIZ, 2002, v.5, p.135)

No que diz respeito aos efeitos jurídicos pessoais do casamento traduzem-se por direitos e deveres impostos aos cônjuges, ora relacionando-os mutuamente, ora com os filhos e, ora com terceiros. Dentre estes efeitos jurídicos, aleatoriamente, citam-se: fidelidade recíproca, coabitação, mútua assistência, pátrio poder, sustento, guarda e educação dos filhos.

1.6 Direitos e Deveres

O Estado ao assumir o encargo de proteger a família, atribui responsabilidades ao casal e impõe regras a serem respeitadas pelos cônjuges. Os deveres do casamento são os apontados no artigo 1.566 do Código Civil de 2002: “*I- fidelidade recíproca; II- vida em comum no domicílio conjugal; III- mútua assistência; IV- sustento, guarda e educação dos filhos; e V- o dever de respeito e consideração mútuos.*”

Apesar do extenso rol, a doutrina reconhece que a lei não cogita de todos os deveres inerentes ambos os consortes, prevendo os mais importantes, ou seja, aqueles reclamados pela ordem pública e pelo interesse social.

Dentre os outros deveres, não relacionados no referido artigo, podemos citar: o dever de sinceridade, o respeito pela honra e dignidade própria e da família, de não expor o outro cônjuge a companhias degradantes, de não o conduzir a ambientes de baixa moral etc...

O legislador tenta explicitar os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal que, por determinação legal, prevista no artigo 226 § 5º da Constituição Federal: “*são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher*”.

A seguir, será apresentado o estudo de cada um dos deveres explícitos do casamento.

- 1.Fidelidade
- 2.Vida em comum no domicílio conjugal
- 3.Mútua assistência
- 4.Sustento, guarda e educação dos filhos
- 5.Respeito e consideração mútuos

1.6.1 Fidelidade

O primeiro dos deveres de um cônjuge para com o outro, segundo a norma vigente, é o da fidelidade recíproca, sendo uma decorrência do caráter monogâmico do casamento. É dever de conteúdo negativo, pois exige uma abstenção de conduta.

Para Rodrigo da Cunha Pereira: “o direito funciona como uma sofisticada técnica de controle de pulsões, e a imposição da fidelidade é uma renúncia pulsional”. (PEREIRA, 2006, p.80).

A fidelidade se tornou lei jurídica, pois o impulso da infidelidade existe, e há o interesse do estado na manutenção da família como base da sociedade, procurando amarrar as pessoas dentro de uma estrutura familiar.

O dever de fidelidade é uma norma social, estrutural e moral, a infração a esse dever, imposto a ambos os cônjuges, configura adultério, no entanto, apesar de constar entre os deveres do casamento, sua violação não mais admite punição na criminal, nem mesmo na civil.

O dever em apreço aspira a ideia da comunhão plena de vida entre os cônjuges, impondo exclusividade das prestações sexuais, devendo cada consorte abster-se de praticá-las com terceiros. Os atos meramente preparatórios da relação sexual, o namoro e os encontros casuais em locais comprometedores não constituem adultério, porém podem caracterizar injúria grave.

Como veremos no próximo capítulo, com o advento da Nova lei do Divórcio, a infidelidade não mais serve como fundamento para a dissolução do casamento, o que faz com que pareça inútil a previsão legal do dever de fidelidade.

Na verdade o esforço do legislador está em não emprestar efeitos jurídicos às relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, denominando-as de concubinato, conforme preceitua o artigo 1.727 do Código Civil.

Visando inclusive a desestimular a infidelidade, ainda é consagrada como crime a bigamia, prevista no artigo 235 do Código Penal, que torna imperativa a anulação do casamento.

Há também a preocupação de ordem patrimonial, que consiste em assegurar a transmissão do patrimônio familiar aos seus legítimos sucessores. Como forma de garantir a legitimidade da prole, o Estado acaba por impor a fidelidade.

1.6.1.1 Infidelidade Virtual

Tema que cada vez mais ganha espaço nas discussões e provoca grande inquietude, é a questão da infidelidade virtual, consequência de uma sociedade que vive a chamada “era virtual”.

O que verificamos é uma tendência de as pessoas permanecerem no interior de suas residências comunicando-se através da internet, seja por questão de segurança ou mesmo pela queda de fronteiras que a mesma oferece. Com isso os relacionamentos virtuais já são algo extremamente comum.

A consequência disto é que de modo bastante frequente acabam os cônjuges descobrindo que seus pares, mantem vínculos afetivos, intensos e íntimos com outras pessoas através do espaço virtual.

O grande questionamento que passou a inquietar a todos é se o relacionamento virtual pode ser reconhecido como infração ao dever de fidelidade. A tendência está em reservar a expressão adultério ao relacionamento sexual real.

Arnoldo Wald esclarece: “A fidelidade física corresponde à manutenção de relações sexuais exclusivamente com o outro cônjuge. Já a infidelidade moral afronta ao dever de lealdade de cada um dos membros do casal para com o outro, e não está munida de sanção eficiente.” (WALD, 2004, p.73)

Essa é a posição da doutrina tradicional, que sempre distinguiu a fidelidade no sentido físico e moral.

No mesmo sentido Maria Berenice Dias:

Ora, não há como falar em traição quando alguém se relaciona com outro exclusivamente por meio de trocas virtuais. Não se pode confundir o mero ciúme do cônjuge, que se considera preterido pelo momento prazeroso desfrutado pelo parceiro, com infidelidade ou adultério. Ninguém pode ser considerado culpado por fazer uso de um espaço imaginário e se relacionar com uma pessoa invisível. (DIAS, 2011, p.264)

E essa a visão da maior parte da doutrina, que consideram os relacionamentos virtuais como algo imaginário, uma realidade diversa, não configurando adultério, até mesmo porque devemos considerar que o dever de fidelidade visa impedir a concepção de prole ilegítima. Assim, somente na hipótese de contato sexual, podemos falar em infidelidade.

1.6.2 Vida em comum no domicílio conjugal

A vida em comum, no domicílio conjugal, também denominada dever de coabitação, é o segundo dever recíproco entre os cônjuges estabelecido pelo artigo 1566, inciso II, do Código Civil, obrigando os cônjuges a viver sob o mesmo teto e a ter uma comunhão de vidas.

Conceito formulado por Álvaro Villaça de Azevedo, é “a imposição legal, de ordem pública, aos cônjuges, de seu relacionamento fisiológico, sexual, recíproco, enquanto durar a convivência no lar conjugal” (AZEVEDO, 1999, p.196 e 197).

Na convivência sob o mesmo teto está a compreensão do débito conjugal, tal expressão é de natureza religiosa, tendo como finalidade a procriação. Assim, requer a satisfação recíproca das necessidades sexuais, e embora não constitua elemento fundamental do casamento, sua falta pode ensejar anulação do casamento. No entanto, estes preceitos, não cabem ser transportados para a regulamentação do casamento pelo Estado.

O princípio não é absoluto, mas fora as hipóteses de recusa legítima e justificada, o dever de coabitação é indeclinável. Esse conteúdo advém da necessidade de integração desenvolvimento da sociedade conjugal, havendo no casamento, o *jus ad copulum*, ou direito à prestação sexual.

Este dever parece significar a obrigação que um cônjuge tem de ceder a vontade do par e atender ao seu desejo sexual, mantendo a vida sexual ativa. Todavia, basta a comunhão de vida no sentido espiritual e social, os estéreis, por exemplo, podem se casar, e nem por isso seu casamento será menos que os dos outros.

No que diz respeito a ausência de relações sexuais por recusa de um dos cônjuges, tal abstinência sexual não assegura direito indenizatório, e não aceitação de contato corporal não gera dano moral.

Partindo do princípio de que o casamento supõe a comunidade, moradia e leito, tendente a obtenção de uma plena comunhão de vidas entre os cônjuges, a qual só será possível se os consortes habitarem juntos e viverem tão intimamente que sejam *duos in carne uma*. Importante salientar que, em tempos modernos, esse dever não pode ser visto de forma limitada, uma vez que é cada dia mais constante, casais morarem em cidades diferentes por imposição profissional, e até mesmo em residências diferentes, por assim preferirem.

A imposição legal de vida no domicílio conjugal não se justifica, pois compete a ambos os cônjuges determinar onde e como vão morar. Necessário respeitar a vontade dos

dois, sendo de todo descabido impor um lar comum, até porque o próprio Código Civil, em ser artigo 71, possibilita a família ter mais de um domicílio.

Com o fim da separação, como estudaremos no próximo capítulo, os deveres conjugais perderam ainda mais o sentido. As figuras de abandono de lar (CC 1573 IV) e conduta desonrosa (CC 1573 VI) não podem mais ser invocadas para o cumprimento do dever de coabitação.

1.6.3 Mútua assistência

O denominado dever de mútua assistência, tem sua previsão no inciso III, do artigo 1.566 do Código Civil, e envolve tanto questões materiais, de cunho estritamente econômico, como a prestação alimentar, quanto questões de índole pessoal.

Como enfatiza Jesualdo Eduardo de Almeida Junior, ao acostar em sua obra o pensamento de Wilson de Oliveira: "A mútua assistência não é só material, mas também moral" (ALMEIDA JR., 2004, p. 143).

O dever de mútua assistência obriga os cônjuges a se auxiliarem reciprocamente, em todos os níveis. Incluindo a prestação de auxílio material, moral e espiritual. Envolve companheirismo mútuo, devendo ser estabelecido um verdadeiro vínculo de solidariedade.

No campo material esse dever se traduz na obrigação de um cônjuge prestar alimentos ao outro, não devendo essa obrigação ser vista hoje como ônus exclusivamente do marido. Quando se fala em alimentos, este deve ser visto em sentido amplo, que se subdivide em: alimenta naturalia (que é a alimentação propriamente dita) e alimenta civilia (habitação, vestuário, medicamentos, transporte e lazer).

No campo moral, entendam-se os cuidados pessoais que um deve ter para com outro nas moléstias, socorro nas desventuras, apoio nas adversidades e auxílio em todas as vicissitudes da vida.

No que diz respeito ao momento da cessação deste dever, grande parte da doutrina tem entendido que a solução é a mesma dada à coabitação e à fidelidade. Como dever espiritual que é, a mútua assistência moral encerra-se com o divórcio.

Porém, com a relação a obrigação alimentar surgem divergências na lei sobre a possibilidade de os mesmo serem buscados depois do divórcio. Não há vedação na lei. Devendo ser considerado que a família encontra fundamento no afeto, na ética e no respeito

entre os seus membros, que não podem ser considerados apenas na constância do vínculo familiar.

1.6.4 Sustento, guarda e educação dos filhos

O sustento, guarda e educação dos filhos, previsto no artigo 1.566, inciso IV, do Código Civil, constituem deveres de ambos os cônjuges, sendo que a guarda é ao mesmo tempo direito e dever dos pais. Assim como o Código Civil, a Constituição Federal, em seu artigo 227 e o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 4º, impõem a família o mesmo dever.

Embora a prole não seja essencial, trata-se de elemento fundamental da existência conjugal. A orientação educacional é fundamental não só no lar, como também na escola, sendo ambas, em última análise obrigação legal dos pais. A omissão desse dever terá implicações de caráter civil, como a imposição de prestar alimentos, e de caráter penal, podendo caracterizar crimes de abandono material e intelectual.

Ainda que a direção da sociedade conjugal seja exercida por ambos os cônjuges, e as eventuais divergências devam ser resolvidas judicialmente, tal não gera responsabilidade solidária no sentido de que o adimplemento do dever por um dos pais libera o outro do encargo.

Subsiste a obrigação de sustentar os filhos menores, orientando e educando-os mesmo após o divórcio, até eles atingirem a maioridade. Inclusive, a jurisprudência, tem estendido essa obrigação até a obtenção do diploma universitário, no caso de filhos estudantes, que não possuem condições financeiras para pagar as mensalidades.

Tal dever, em nada foi alterado com o advento da Emenda Constitucional n. 66/2010. Nos termos do artigo 1.579 do Código Civil, o divórcio em nada altera os direitos e deveres dos pais com relação aos filhos. Ainda, de acordo com o artigo 1.703, do mesmo diploma, esses deveres são impostos a ambos os pais, na proporção de seus recursos e possibilidades.

A responsabilidade, portanto, é divisível, tanto que ambos os genitores estão sujeitos à prática do delito de abandono material, previsto no artigo 244 do Código Penal. Assim, os deveres dos pais para com os filhos são individuais.

1.6.5 Respeito e consideração mútuos

O dever de respeito e consideração mútuos inspira-se na dignidade da pessoa humana, que não é um só um valor moral, é também valor jurídico, tutelado no artigo 1º, III, da Constituição Federal.

Comenta Jesualdo Eduardo de Almeida Junior a respeito do dever mencionado:

“O maior respeito que um cônjuge pode render ao outro é quanto á vida de seu parceiro, em todos os seus desdobramentos, quer morais, quer físicos, quer psíquicos. Destarte, de tudo que é mais odioso entre os cônjuges, talvez o mais ignóbil seja o atentado contra vida seu companheiro. Sendo assim, os parceiros devem render-se mutuamente respeito e consideração.” (ALMEIDA JR., 2004, p.155).

Conquanto isso pareça elementar, tal dever somente foi erigido em nível legal, com previsão no inciso V do artigo 1.566, no novo Código Civil de 2002.

Embora seja uma inovação, o respeito e considerações mútuos, devido o casamento ser um instituto complexo, eram considerados como efeitos implícitos, uma vez que são efeitos estabelecidos de acordo com a moral conjugal e de um paradigma de conduta conjugal conceitualmente exigível de qualquer dos cônjuges.

Segundo Caio Mário da Silva Pereira:

Além da consideração social compatível com o ambiente e com a educação dos cônjuges, o dever, negativo, de não expor um ao outro a vexames e descrédito. É nesta alínea que se pode inscrever a infidelidade moral, que não chega ao adultério por falta da concretização das relações sexuais, mas que não deixa de ser injuriosa (...). (PEREIRA, 1990, p.176)

Englobam o dever de respeito, o de não maltratar um consorte ao outro, e também o de não levantar falsas afirmações ofensivas e humilhantes, tais como afirmações infundadas de adultério, homossexualismo...

Uma vez que estaria caracterizada a injúria grave, que “é toda ofensa à honra, a respeitabilidade a dignidade do cônjuge, quer consista em atos, quer em palavras” (ALMEIDA JR., 2004, p.158).

Na apreciação desses aspectos, devem ser levadas em conta, sem dúvida, as circunstâncias em que vive o casal. Dentro da isonomia de poderes e deveres da nova sociedade conjugal, não há que se admitir poderes discricionários de qualquer um dos cônjuges que impliquem em violação dos direitos da personalidade ou de direitos individuais.

Portanto um companheiro não pode assaltar contra honra do outro, ao contrário, impõem-lhes que mantenham a moral do parceiro intacta, rendendo o respeito e considerações mútuos. De forma que, a transgressão dos deveres conjugais até agora explanados, podem gerar danos indenizáveis ao cônjuge inocente.

Com o advento da Emenda Constitucional n. 66/2010, que será estudada no próximo Capítulo, a infração ao dever de respeito e consideração mútuos só será considerada para fins de indenização se configurar dano moral ao outro cônjuge.

CAPÍTULO 2 – DO DIVÓRCIO

2.1 Conceito

O divórcio é a dissolução do casamento válido, isto é, a separação dos cônjuges conferido aos mesmo, o amparo legal de convolarem novas núpcias. No Brasil, a não ser pela morte, o instituto do divórcio é o único remédio jurídico capaz de dissolver o casamento.

Neste sentido, Maria Helena Diniz entende o seguinte: “O divórcio é a dissolução de um casamento válido, ou seja, extinção do vínculo matrimonial, que se opera mediante sentença judicial, habilitando as pessoas a convolar novas núpcias.” (DINIZ, 2007, p. 241)

Inácio Carvalho Neto, já diz o seguinte: “O divórcio é a única forma (afora a morte de um dos cônjuges) de se dissolver um vínculo conjugal válido (...)” (CARVALHO NETO, 1999, p.273)

O divórcio põe termo ao casamento e aos efeitos e aos efeitos civis do matrimônio religioso, dissolvendo o vínculo conjuga, possibilitando que os divorciados contraiam um novo matrimônio, alguns doutrinadores chegam a dar uma terminologia, de que o divórcio é uma espécie de distrato ao contrato de casamento.

Além da morte, o divórcio é a única forma de dissolução válida do casamento, sendoque os efeitos da sentença que declara o divórcio são de natureza ex nunc, ou seja retroagem. E produzem os seguintes efeitos:

- a) dissolve definitivamente o vínculo matrimonial civil e faz cessar os efeitos civis do casamento religioso;
- b) põe fim aos deveres recíprocos;
- c) extingue o regime matrimonial de bens;
- d) faz cessar o direito sucessório dos cônjuges;
- e) possibilita novo casamento aos que se divorciam;
- f) não admite reconciliação entre os cônjuges divorciados;
- g) possibilita o pedido de divorcio sem limitação numérica;
- h) põe termo ao regime de separação de fato se se tratar de divórcio direito;
- i) substitui a separação judicial pelo divórcio;
- j) mantém inalterados os direitos e deveres dos pais relativamente aos filhos, ainda que contraiam novo casamento;

- k) mantém o dever de assistência por parte cônjuge que teve iniciativa do divórcio;
- l) subsiste a obrigação alimentícia para atender as necessidades de subsistência do ex-consorte;
- m) faz perder o direito ao uso do nome do marido.

Trata-se no vigente ordenamento jurídico brasileiro, de uma forma voluntária de extinção da relação conjugal, sem causa específica, decorrente de simples manifestação de vontade de um ou de ambos os cônjuges, apta a permitir, conseqüentemente, a constituição de novos vínculos matrimoniais.

2.2 A Diferença entre Sociedade Conjugal e Vínculo Conjugal

Para uma melhor compreensão da sistemática da dissolução do casamento e até mesmo da concepção histórica do divórcio, apresentaremos as diferenças entre sociedade conjugal e vínculo conjugal.

Com a celebração do casamento nascem o vínculo e a sociedade conjugal. Aquele é a relação jurídica que se instaura entre os cônjuges, enquanto a sociedade é o compromisso de comunhão de vida.

Carlos Roberto Gonçalves define sociedade como: “ o complexo de direitos e obrigações que formam a vida em comum dos cônjuges.” (GONÇALVES, 2011, p. 201)

O casamento cria a família legítima ou matrimonial, passando os cônjuges ao status de casados, como partícipes necessários e exclusivos da sociedade que então se constitui. Tal estado gera direitos e deveres, de conteúdo moral, espiritual e econômico, que se fundam não só nas leis como nas regras da moral, da religião e do bons costumes.

De acordo com o entendimento de Washington de Barros Monteiro:

Pelo casamento cria-se um vínculo jurídico entre os cônjuges, que está contida a sociedade conjugal, que importa a comunhão de vidas, nos aspectos espiritual, social, físico e, por vezes, de patrimônios, a depender do regime de bens em vigor no casamento. (MONTEIRO, 2011, p.323).

Dissolvendo-se o vínculo extingue-se a sociedade conjugal. O término desta não põe termo àquele, apenas aos deveres de coabitação, fidelidade recíproca e ao regime de bens. Por força do vínculo conjugal permanecem os deveres de mútua assistência, respeito e

consideração entre os separados, além do sustento, guarda e educação dos filhos. A permanência da mútua assistência entre os deveres há de ser interpretada em termos, pois limitada aos alimentos.

As causas terminativas da sociedade conjugal estão especificadas no artigo 1.571 do Código Civil: “*morte de um dos cônjuges, nulidade ou anulação do casamento, separação judicial e divórcio.*”

Assim verifica-se que a separação judicial provoca o fim da sociedade conjugal, mantendo íntegro o vínculo do casamento, ou seja, o vínculo matrimonial, impedindo os cônjuges de contrair novas núpcias. Pode-se, no entanto, afirmar que representava a abertura do caminho à sua dissolução.

De acordo com a doutrina, as hipóteses de ruptura do vínculo conjugal ocorrem após o casamento, destacando-se a necessidade desse casamento ser válido. O vínculo somente será dissolvido pelo divórcio e pela morte de um dos cônjuges, tanto a real como a presumida do ausente.

De um modo geral, pois, somente a morte real ou a presumida do ausente nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva, a nulidade ou a anulação do casamento e o divórcio autorizam os ex-cônjuges a contrair novo matrimônio.

2.3 Visão histórica

Para compreender efetivamente a sistemática do divórcio na atualidade, principalmente com o advento da Emenda Constitucional que alterou a sua disciplina, é preciso saber como se deu a sua inserção no ordenamento jurídico.

Embora a luta para a instituição do Divórcio no Brasil tenha sido árdua, ela foi vencedora. A dissolubilidade do vínculo matrimonial tornou-se uma realidade legítima, além de estritamente legal, foi paulatinamente sendo inserida no comportamento da sociedade, não obstante a indissolubilidade como característica do casamento.

O primeiro momento histórico sobre o tema, apresenta uma enorme resistência jurídica à extinção do vínculo conjugal, somente admitindo no caso de morte ou reconhecimento de nulidade do matrimônio.

Por muitos anos no Brasil, sustentou-se a indissolubilidade do vínculo matrimonial, seja por razões morais, sociais ou religiosas. Tal característica foi, inclusive, elevada a princípio constitucional, tornando-se mais uma adversidade a ser enfrentada pelos legisladores divorcistas.

O primeiro Código Civil, publicado em 1916 incorporou concepções do sistema religioso até então predominante. A seguir o artigo 315, do referido diploma, transcrito na íntegra:

*Art.315. “ A sociedade conjugal termina:
I – pela morte de um dos cônjuges;
II – pela nulidade ou anulação do casamento;
III – pelo desquite, amigável ou judicial.”*

Assim, nessa fase, há apenas o desquite, instituto de influência religiosa que gerava somente a dissolução da sociedade conjugal, com a manutenção do vínculo conjugal e a impossibilidade jurídica de contrair novo matrimônio.

A indissolubilidade do matrimônio, amparada especialmente pela igreja, sobreviveu em nossa legislação até o advento da Lei 6.515/77, não poderia prosperar eternamente, uma vez que o divórcio era imprescindível para responder a demanda da sociedade, que há muito já havia criado relações á margem da lei, gerando em consequência o concubinato ostensivo.

Assim com a promulgação da Lei do Divórcio, em dezembro de 1977 (Lei n. 6.515), inicia-se uma segunda fase histórica do divórcio no Brasil, com a sua efetiva regulamentação. Referida lei foi realmente muito importante, constituindo diploma normativo básico sobre o tema, atuando o Código Civil brasileiro como norma supletiva.

Em apertada síntese, a Lei n. 6.515/77, estabeleceu a separação judicial, considerada uma singela alteração terminológica do termo desquite, uma vez que possuía idênticas características: põe fim à sociedade conjugal, mas não dissolve o vínculo matrimonial. A separação judicial passava a ser requisito necessário e prévio para o pedido de divórcio, que tinha de aguardar a consumação de um prazo de três anos, em consonância com o § 1º do artigo 175 da Constituição Federal vigente à época, segundo redação conferida pela Emenda Constitucional n. 9, de 28 de junho de 1977.

A ideia de exigência do decurso de um lapso temporal entre a separação e o efetivo divórcio, tinha como finalidade permitir uma eventual reconciliação entre os cônjuges antes que se dessem o fim definitivo do vínculo matrimonial.

Somente com a promulgação da Constituição de 1988, o divórcio direto encontraria guarida no texto constitucional e seria realmente facilitado. Assim, deu-se início a uma terceira fase e penúltima fase da concepção histórica do divórcio no Brasil.

A partir de 1988 consolidou-se o divórcio direto, aperfeiçoando a discreta previsão da Lei n. 6.515 de 1977, sem extinguir, porém o divórcio indireto, decorrente da conversão da separação judicial.

O divórcio direto passou a ser aceito expressamente no texto constitucional, com eficácia imediata, tendo por único requisito o decurso do lapso temporal de mais de dois anos de separação de fato.

Em 2010, porém, ocorreu a promulgação da “PEC do Amor” ou “PEC do Divórcio”, trazendo completa mudança de paradigma sobre o tema, dando início à última e atual fase do divórcio no Brasil. A seguir, passaremos ao estudo do Novo Divórcio no Brasil.

2.4 O Novo Divórcio no Brasil

O Direito de família, em sua nova perspectiva, deve ser regido pelo princípio da intervenção mínima, O Estado busca afastar-se da intimidade do casal, reconhecendo sua autonomia pra extinguir, pela sua livre vontade, o vínculo conjugal.

Nessa perspectiva é que surge a Emenda Constitucional n. 66/2010, reconhecimento o divórcio como o simples exercício de um direito postetativo.

2.4.1 Emenda Consitucional n. 66/2010

A Emenda Consitucional n. 66, de 14 de julho de 2010, conhecida como “PEC do Divórcio”, deu nova redação ao § 6º do artigo 226 da Consituição Federal, retirando do texto a exigência, para o divórcio, do requisito temporal e da prévia separação.

A referida alteração resultou da proposta elaborada pelo Insituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, apresentada em 2005 pelo Deputado Antônio Carlos Biscaia (PEC n. 413/2005) e reapresentada em 2007 pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro (PEC n.33/2007). A redação inicialmente proposta era seguinte: “ § 6º *O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio consensual ou litigioso, na forma da lei*”.

A Câmara dos Deputados, todavia, acertadamente, suprimiu a parte final do aludido § 6º do artigo 226 da Constituição Federal, que passou a ter, assim, a final, a seguinte redação: “§ 6º *O casamento pode ser dissolvido pelo divórcio*”.

Aprovar uma Emenda simplificadora do divórcio com ao adeno “na forma de lei”, poderia resultar em um indevido espaço de liberdade normativa infraconstitucional,

permitindo interpretações equivocadas e retrógradas, justamente o que a Emenda quer impedir.

Desse modo, a “PEC do Divórcio” passou a ter eficácia imediata e direta, afastando-se a possibilidade de eventuais limitações futuras e desvios de interpretação, que poderiam advir de lei ordinária.

Na interpretação lógica ou racional, que atende o espírito da lei, procura-se apurar o sentido e a finalidade da norma, a intenção do legislador, por meio de raciocínios lógicos, com abandono dos elementos puramente verbais. O intérprete procura extrair as várias interpretações possíveis, eliminando as que possam parecer absurdas e que levam a um resultado contraditório em relação a outros preceitos, para descobrir a razão de ser das leis.

Críticas foram apresentadas, a CNBB (Conferência Nacional dos Bispos do Brasil) criticou a aprovação em primeiro turno pela Câmara dos Deputados, o vice-presidente da entidade Luis Soares Vieira, manifestou-se no sentido da banalização da questão: “Se facilitar muito, eu acho que se banaliza mais ainda o matrimônio, que já está banalizado.”

Porém, as críticas não convenceram, o que se busca é a dissolução menos danosa do casamento, através de um divórcio simplificado, não que se falar em banalização da questão.

Chega-se a conclusão que nada mais lógico e reacional de que a Emenda Constitucional n. 66/2010 veio fechar o ciclo evolutivo iniciado com a Lei do Divórcio de 1977. Para que esta fosse aprovada, criou-se, mediante acordo entre divorcistas e antidivorcistas, o sistema dual de rompimento do vínculo legal do casamento, que instituiu a prévia separação judicial pelo período de um ano para depois ser convertida em divórcio.

Verificou-se, com o passar dos anos, que esse sistema, baseado em uma moral religiosa, não mais se justificava, pois a tendência observada nos ordenamentos jurídicos ocidentais é a de que o Estado deixe de interferir na vida privada e na intimidade dos cidadãos.

A superação do dualismo legal, segundo Paulo Lôbo:

Repercute os valores da sociedade brasileira atual, evitando que a intimidade e a vida privada dos cônjuges e de suas famílias sejam reveladas e trazidas ao espaço público dos tribunais, com todo o caudal de constrangimento que provocam, contribuindo para o agravamento de suas crises e dificultando o entendimento necessário para a melhor solução dos problemas decorrentes da separação.(LÔBO, 2008, p. 127)

A Emenda n. 66/2010 veio com o objetivo de retirar do texto constitucional a burocracia vigente, fazendo com que nem o lapso temporal nem a previa separação judicial sejam mais requisitos necessários para que exista o divórcio.

Hoje temos um ordenamento jurídico, graças a Emenda Constitucional n. 66/2010, que contempla a vontade do casal em se divorciar, tornando o mais célere, menos burocrático. Foi corrigida uma distorção da lei, pois uma situação resolvida entre o casal só chegaria ao seu êxito após a separação de fato a mais de dois anos ou após um ano da separação judicial. A Emenda contemplou a declaração de vontade de duas pessoas ao excluir o arcaico instituto da separação judicial.

E ainda, um dos objetivos dessa desburocratização é desafogar o judiciário, pois, muitos casais ao decidirem consensualmente regularizar sua situação, não precisam mais recorrer à justiça, basta dirigir-se ao cartório para encerrar o vínculo matrimonial ou entrar com um simples processo de divórcio em que apenas a vontade das partes e o desamor gerado são requisitos necessários.

Assim, o fim social da nova norma constitucional é permitir, sem obstáculos e sem intervenção estatal na intimidade dos cônjuges, que estes possam exercer com liberdade seu direito de desconstituir a sociedade conjugal a qualquer tempo e sem precisar declinar os motivos. A nova norma permite que os cônjuges alcancem suas finalidades, com muito mais vantagem.

2.4.2 Principais mudanças introduzidas

A Emenda Constitucional n. 66/2010 introduziu mudanças no ordenamento jurídico, alterando-se os meios e os requisitos pra se chegar ao divórcio. Como já mencionado, pretende facilitar a implementação do divórcio no Brasil, com a apresentação de dois pontos fundamentos:

- a) a extinção da separação judicial;
- b) extinção da exigência de prazo de separação de fato para a dissolução do vínculo matrimonial.

Antes do advento da Emenda Constitucional nº 66/2010 a Constituição previa que a dissolução do casamento seria feita através do divórcio, entretanto, após a separação de fato por mais de dois anos, com o divórcio direto, ou na separação judicial após um ano, ou seja, após um ano de decretada a separação, os cônjuges poderiam requisitar o divórcio indireto, também chamado de divórcio conversão.

A Emenda nº 66/2010 veio com o objetivo de retirar do texto constitucional a burocracia vigente, fazendo com que nem o lapso temporal nem a previa separação judicial sejam mais requisitos necessários para que exista o divórcio.

Tal mudança trouxe a tona o questionamento sobre o fim do instituto da separação judicial e com isso o fim da medida cautelar de separação de corpos. O entendimento majoritário exclui a separação judicial, assim, para parte da doutrina, sendo uma espécie de separação, teria sido extinta do nosso ordenamento daquela medida.

Acontece que o entendimento majoritário da doutrina é no sentido de sua subsistência, com o fim do prazo de um ano para o pedido de separação, previsto no art. 1.574, a medida cautelar passou a ser inútil, na medida em que, podem os cônjuges propor o divórcio consensual a qualquer tempo.

Somente uma interpretação literal do novo texto legal poderia justificar a permanência da separação judicial ou extrajudicial. Todavia, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, a interpretação meramente literal deve ceder passo quando colidente com outros métodos de maior robustez e cientificidade. Também decidiu a referida Corte que a interpretação das leis não deve ser formal.

Assim, por exemplo, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho entende que:

[...] a partir da promulgação da Emenda, desapareceria de nosso sistema o instituto da separação judicial e toda a legislação, que o regulava, sucumbiria, por consequência, sem eficácia, por conta de uma inequívoca não-recepção ou inconstitucionalidade superveniente (...) se, por equívoco ou desconhecimento, após o advento da nova Emenda, um tabelião lavrar escritura de separação, esta não terá validade jurídica, por conta da supressão do instituto em nosso ordenamento, configurando nítida hipótese de nulidade absoluta do acordo por impossibilidade jurídica do objeto [...]. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 12).

Deve-se ser feita uma interpretação sistemática da norma, partindo do pressuposto de que uma lei não existe isoladamente e deve ser interpretada em conjunto com outras normas pertencentes à mesma província do direito. Assim, não se pode estender o que a norma restringiu. Nem se pode interpretar e aplicar a norma desligando-a de seu contexto normativo. Tampouco, podem prevalecer normas do Código Civil ou de outro diploma infraconstitucional, que regulamentavam o que previsto de modo expreso na Constituição e

que esta exclui posteriormente. Inverte-se a hierarquia normativa, quando se pretende que o Código Civil valha mais que a Constituição e que esta não tenha força revocatória suficiente.

O §6º do artigo 226 da Constituição qualifica-se como norma-regra, pois seu suporte fático é precisamente determinado: “*o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio, sem qualquer requisito prévio, por exclusivo ato de vontade dos cônjuges*”.

Conclui-se, diante de tais alegações que não há mais motivo para se manter em vigor o instituto da separação judicial ou separação de fato.

A nova redação da norma constitucional pôs fim não apenas a separação judicial, mas também as causas subjetivas (culpa) e objetivas (lapso temporal).

O divórcio, em que se convertia a separação judicial litigiosa, contaminava-se dos azedumes e ressentimentos decorrentes da imputação de culpa ao outro cônjuge, o que comprometia inevitavelmente o relacionamento pós-conjugal, em detrimento sobretudo da formação dos filhos comuns. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, como "absoluta prioridade" (art. 227 da Constituição), dificilmente consegue ser observado, quando a arena da disputa é alimentada pelas acusações recíprocas, que o regime de imputação de culpa propicia.

O divórcio sem culpa já tinha sido contemplado na redação originária do § 6º do art. 226, ainda que dependente do requisito temporal. A nova redação vai além, quando exclui a conversão da separação judicial, deixando para trás a judicialização das histórias pungentes dos desencontros sentimentais.

Também foram extintas as causas objetivas da separação judicial, que independem da vontade ou da culpa dos cônjuges. Para a separação judicial havia duas causas objetivas: a) a ruptura da vida em comum há mais de um ano; b) a doença mental de um dos cônjuges, manifestada após o casamento. Para o divórcio direto, havia apenas uma: a separação de fato por mais de dois anos. Todas desapareceram. Não há mais qualquer causa, justificativa ou prazo para o divórcio.

Já foi dito que o casamento gera, concomitantemente, a sociedade conjugal e o vínculo matrimonial. Agora com o desaparecimento da tutela constitucional da separação judicial, cessaram a finalidade e a utilidade da dissolução da sociedade conjugal, porque esta está absorvida inteiramente pela dissolução do vínculo, não restando qualquer hipótese autônoma. Por tais razões perdeu o sentido o caput do artigo 1.571 do Código Civil de 2002, que disciplina as hipóteses de dissolução da sociedade conjugal: morte, invalidade do casamento, separação judicial e divórcio. Excluindo-se a separação judicial, as demais

hipóteses alcançam diretamente a dissolução do vínculo conjugal ou casamento: a morte, a invalidação e o divórcio dissolvem o casamento e a fortiori a sociedade conjugal.

Efetivamente, pode-se afirmar que desapareceu o discrimine entre dissolução da sociedade e do vínculo conjugal.

2.4.3 As modalidades do Divórcio

Assinala Paulo Lôbo:

Não mais existindo o divórcio por conversão, o pedido de divórcio (ou o divórcio consensual extrajudicial) deverá reproduzir todas as condições estipuladas ou decididas na separação judicial, como se esta não tivesse existido, se assim desejarem os cônjuges separados, ou alterá-las livremente. (LÔBO, 2011, p.6)

Aduzindo que não há direito adquirido a instituto jurídico, como tem decidido o Supremo Tribunal Federal.

Com o desaparecimento do divórcio por conversão, provocado pela Emenda Constitucional n.66/2010, restaram três modalidades de divórcio: a) divórcio judicial litigioso; b) divórcio judicial consensual; e c) divórcio extrajudicial consensual. Em todos, exige-se apenas a exibição de certidão de casamento.

O divórcio judicial litigioso é o adequado para os casais que não acordaram sobre a própria separação ou sobre alguma questão correlata. Sobre ela apenas poderá haver contestação ao pedido, mas não sobre as causas da separação. Na pretensão a alimentos, discutir-se-á apenas a necessidade do postulante e a possibilidade do outro cônjuge de pagar a pretensão pretendida, sem perquirição da culpa. Na questão da guarda dos filhos, verificar-se-á apenas qual dos cônjuges revela melhores condições de exercê-la, afastadas quaisquer indagações sobre o culpado pela separação. A indenização por eventuais danos materiais ou morais deverá ser pleiteada em ação autônoma de indenização.

Na via judicial o requerimento pode ser formulado por um dos cônjuges ou por ambos. Quando ajuizado apenas por um, o feito assumirá caráter litigioso caso o outro cônjuge, citado, resista ao pedido.

De realçar que no processo de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges haverá sempre uma tentativa de conciliação. Se a tentativa de conciliação não resultar, o juiz

procurará obter o acordo dos cônjuges para o divórcio por mútuo consentimento; obtido o acordo ou tendo os cônjuges, em qualquer altura do processo, optado por essa modalidade do divórcio, seguir-se-ão os termos do processo de divórcio por mútuo consentimento.

A via do divórcio judicial consensual poderá ser utilizada pelos casais que não desejarem ou não puderem se valer do divórcio extrajudicial consensual, por terem filhos menores, por exemplo.

Não havendo filhos menores ou incapazes, os casais podem-se valer da via notorial, ou seja, do divórcio extrajudicial consensual, realizado mediante escritura pública lavrada por notário e assistência de advogado ou defensor público, que poderá ser comum.

Autorizada pelo artigo 1.124-A do Código de Processo Civil, na escritura pública há de constar a declaração dos cônjuges de que estão casados, não possuem filhos menores ou incapazes e desejam a extinção do vínculo conjugal. A escritura pública é título hábil para a averbação do divórcio no Registro Civil.

No divórcio direto consensual, por força do artigo 40, §2º, da Lei do Divórcio, o procedimento adotado será o previsto nos artigos 1.120 a 1.124, observadas ainda as seguintes normas: “ (...) II – a petição fixará o valor da pensão do cônjuge que dela necessitar para sua manutenção, e indicará as garantias para o cumprimento da obrigação assumida; (...) IV - a partilha dos bens deverá ser homologada pela sentença do divórcio”.

O pedido de divórcio por qualquer de suas modalidades, não se sujeita a prazo decadencial. A todo momento, desde que atendidos os requisitos de lei. A parte interessada ou o casal, poderá tomar a iniciativa de buscar a dissolução do vínculo matrimonial válido. Insista-se nesta última afirmação, o divórcio dissolve apenas o casamento válido.

O tempo por si só, como enfatiza Silvio de Salvo Venosa: “ não dissolve o vínculo matrimonial, o divórcio pelo simples decurso de prazo, há a necessidade de sentença que o decrete”.(VENOSA, 2011, p. 227)

A lei do Divórcio, pelo artigo 31, condicionava a dissolução do vínculo à partilha de bens. Tal fato gerou discussão, o que fez o Supremo Tribunal de Justiça e ditar a Súmula nº 197, assim enunciada: “ o divórcio direto pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens”.

O Código Civil de 2002 optou por admitir a partilha de bens a posteriori, consoante a prescrição do artigo 1.581.

Assim, o divórcio, amigável ou não, pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens.

A obrigação de alimentos, sejam em favor do cônjuge ou da prole, bem como a responsabilidade da guarda de filhos menores, regulamento do direito de visita e interesses

correlatos devem ser definidos em termo de acordo do casal, suscetível de homologação ou na sentença concessiva do divórcio. Diferentemente da partilha de bens, a obrigação de alimentos não pode ser definida a posteriori.

2.5 A derrocada da culpa

A aferição da culpa no divórcio e na revogada separação judicial sempre foi vista como um elemento delicado a ser enfrentado.

Porém, antes de analisarmos a derrocada 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 ideia em questão, sucintamente elencaremos a questão do casamento e sua ruptura.

O casamento como apresentado Capítulo 1, 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, desde que comprovados os requisitos da Responsabilidade Civil. Ocorre a violação da boa fé lesando a confiança que um depositava no outro.

No caso da extinta separação, para que a violação fosse efetivada, era necessária a constatação que um dos cônjuges praticou um ato culposo previsto em lei, portanto, era necessário um critério fundado na culpa. O ato culposo era a causa da separação ou do chamado divórcio-sanção.

Grande parte da jurisprudência era 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.

Na jurisprudência confira-se o seguinte julgado:

SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. CULPA. Já se encontra sedimentado o entendimento de que a caracterização da culpa na separação mostra-se descabida, porquanto seu reconhecimento não implica em nenhuma sequela de ordem prática. Precedentes desta Corte. ALIMENTOS. Não faz jus a alimentos mulher que tem qualificação profissional, está inserida no mercado de trabalho há mais de vinte anos e ainda dispõe de condições de incrementar sua renda mensal, tendo em vista o reduzido horários de trabalho - apenas quatro horas diárias. PARTILHA DE BENS. Indevida a determinação de partilha de bens na razão de 50% para cada um dos consortes sem que antes seja realizada a avaliação do patrimônio e oportunizada às partes a formulação de pedido de quinhão. Deve-se evitar ao máximo o indesejado condomínio. Apelo parcialmente provido. Divórcio decretado. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70021725817, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 23/04/2008).

Yussef Said Cahali já escrevia sobre o tema:

Em confronto com o sistema tradicional do revogado art. 317 do CC, a Lei do Divórcio inovou substancialmente o direito brasileiro, em matéria de causas que autorizam o término da sociedade conjugal. Assim, de um lado, manteve a separação decretada como sanção às infrações de deveres conjugais fiel ao sistema do divórcio-sanção. Ao mesmo tempo, aumentou as causas de separação sem o pressuposto da culpa, pois, pois, inspirado no direito alienígena, ampliou os casos de dissolução da sociedade conjugal como remédio para certas situações familiares, sem indagar se houve responsável ou culpado pelas mesma. (CAHALI, 2002, p.318).

Como verifica-se parte da doutrina e jurisprudências brasileiras, já apresentavam resistência a esse sistema, que visando consagrar situações culposas para o reconhecimento do fim da sociedade conjugal, acaba por regular hipóteses de dissolução completamente em desuso.

Sobre a perda das consequências jurídicas da culpa, Paulo Lôbo pontifica, com propriedade:

Frise-se que o direito brasileiro atual está a demonstrar que a culpa na separação conjugal gradativamente perdeu as consequências jurídicas que provocava: a guarda dos filhos não pode mais ser negada ao culpado pela separação, pois o melhor interesse deles é quem dita a escolha judicial; a partilha dos bens independe da culpa de qualquer dos cônjuges; os alimentos devidos aos filhos não são calculados em razão da culpa de seus pais e até mesmo o cônjuge culpado tem direito a alimentos indispensáveis à subsistência; a dissolução da união estável independe de culpa do companheiro. (LÔBO, 2008, p.140).

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, eliminou 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. § 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 1.566 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.

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, constituir-se-iam como causas de ruptura da relação, também são consideradas condutas delituosas.

Esclarece Carlos Roberto Gonçalves em relação a culpa:

A inovação constitucional impede a discussão sobre a culpa, uma vez que a ação de divórcio não a admite e a separação de direito deixou de existir. Poderá, ela ser discutida, todavia, em ação indenizatória por danos materiais e morais, de um cônjuge contra o outro, uma vez que a culpa é elemento da responsabilidade civil. (GONÇALVES, 2011, p.212).

Reafirmando assim, a derrocada da culpa no divórcio brasileiro, inclusive para fixação de efeitos colaterais do divórcio, como a guarda de filhos, o uso do nome e os alimentos. Restando apenas a possibilidade de a culpa ser discutida no âmbito civil, por meio de ação indenizatória, desde que presentes os pressupostos da Responsabilidade Civil, conforme, teçamos no próximo capítulo.

CAPÍTULO 3 –DA RESONSABILIDADE CIVIL

Neste capítulo será apresentado o estudo do objetivo principal da presente monografia, a possibilidade de reparação dos danos decorrentes da dissolução do vínculo conjugal, em outras palavras a possibilidade de discussão da culpa no âmbito civil.

3.1 Dos conceitos

Toda pessoa que causa dano a outrem tem o dever de indenizar, que se destina a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano. Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filhoa responsabilidade civil deriva de uma agressão:

A responsabilidade civil deriva da agressão ao interesse eminentemente particular, sujeitando assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor in natura o estado anterior da coisa. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p.9).

Segundo os ensinamentos de Maria Helena Diniz a responsabilidade civil é aplicação de medidas obrigatórias para a reparação do dano:

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiro, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal. (DINIZ, 2007, p.35).

A responsabilidade civil, é um meio da vítima conseguir o ressarcimento de um dano sofrido, seja moral ou material.

3.2 Das espécies

Há varias espécies de responsabilidade civil. Podemos classificá-las:

- a) subjetiva e objetiva, quanto ao seu fundamento;
- b) contratual e extracontratual, quanto ao seu fato gerador;

c) direta e indireta, quanto ao agente.

3.2.1 Responsabilidade subjetiva e objetiva

Segundo a teoria da responsabilidade subjetiva, para que haja a obrigação de indenizar é necessário que seja demonstrada a culpa do suposto violador do direito da vítima.

A responsabilidade subjetiva é fundada na culpa ou dolo por ação ou omissão, lesiva a alguém.

Para a teoria subjetiva é indispensável a prova da culpa para a caracterização da responsabilidade civil, como alude Carlos Roberto Gonçalves:

Conforme o fundamento que se dê a responsabilidade, a culpa será ou não considerada elemento da obrigação de reparar o dano. Em face da teoria clássica, a culpa era fundamento da responsabilidade. Esta teoria, também chamada de teoria da culpa, ou subjetiva, pressupõe a culpa como fundamento da responsabilidade civil. Em não havendo culpa, não há responsabilidade. (GONÇALVES, 2011, p. 30).

Sendo que, em não havendo culpa ou dolo, não haverá responsabilidade, por isso a prova da culpa é pressuposto de dano indenizável.

A noção básica da responsabilidade civil, dentro da doutrina subjetiva, é o princípio segundo o qual cada um responde pela própria culpa. Por se caracterizar um fato constitutivo do direito à pretensão reparatória, caberá ao autor, sempre que, o ônus da prova de tal culpa do réu.

O ordenamento jurídico do Brasil, especificamente o Código Civil em seu artigo 186, impôs como regra geral a responsabilidade civil subjetiva: *“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”*

Já na responsabilidade objetiva prescinde-se totalmente da prova da culpa. Essa é reconhecida independentemente de culpa. Basta que haja relação de causalidade entre a ação e o dano.

Essa responsabilidade objetiva se funda no risco, é a chamada teoria do risco, toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros. E deve ser obrigado a repará-lo ainda que sua conduta seja isenta de culpa. Por exemplo: o operário vítima, de

acidente de trabalho, tem sempre direito a indenização, haja ou não culpa do patrão ou do acidentado.

A partir do momento que o patrão contrata seus funcionários para a realização de tarefas perigosas, assume a teoria do risco. Carlos Roberto Gonçalves :

Aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes (*ubi molumentum, ibi ònus; ubi commoda, ibi incommoda*), quem auferir os cômodos (ou lucros), deve suportar os incômodos (ou riscos). (GONÇALVES, 2009, p.10)

Baseando-se nesta teoria do risco, a culpa é totalmente eliminada, tendo em vista que o autor assume a responsabilidade pela atividade exercida, conforme alude o § único, do art. 927, do Código Civil: *“haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”*

Embora a responsabilidade objetiva é embasada na teoria do risco sem a necessidade de provar a culpa, a mesma não foi anulada pelo risco, constituindo-se ao seu lado, também como fundamento da responsabilidade civil.

É o caso do Artigo 936, do Código de Civil, que presume a culpa do dono do animal que venha a causar dano a outrem: *“ O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior.”*

Neste caso, é irrelevante a conduta culposa ou dolosa do causador do dano, basta simplesmente a existência do nexo de causalidade entre o prejuízo sofrido pela vítima e a ação do agente para que exista o dever de indenizar.

3.2.2 Responsabilidade direta e indireta

Responsabilidade direta e indireta está relacionada ao agente, a pessoa que pratica a ação.

Quando a responsabilidade decorre de ato próprio, há a chamada responsabilidade direta, e a indireta é aquela que decorre de ato ou fato alheio à sua vontade, mas de algum modo sob sua proteção e vigilância.

3.2.3 Responsabilidade contratual e extracontratual

A responsabilidade contratual rege-se pelos princípios dos contratos e decorre da inadimplência de uma prestação, celebrado mediante vontade comum dos contratantes. É a não observância de um dever especial estabelecido pela vontade dos contraentes, por isso decorre de relação obrigacional preexistente.

Para que se entenda como contratual a responsabilidade deve estar inserida em um prévio contrato firmado entre as partes.

Contrariamente a responsabilidade civil imposta em lei, basta a ocorrência de dano oriundo de um ato ilícito culposo para que nasça o dever de indenizar, em se tratando de dever contratual é imprescindível a existência de um contrato entre as partes.

Na responsabilidade contratual o ônus da prova é invertido, transferindo ao agente o dever de demonstrar a inoccorrência dos requisitos nominados.

Na responsabilidade contratual, apenas excepcionalmente é possível que um dos contratantes assuma, em cláusula expressa, o encargo da força maior ou caso fortuito. No entanto, somente será possível estipular a cláusula para reduzir ou excluir a indenização, desde que não contrarie norma de ordem pública, nem os bons costumes.

É o que descreve o Código Civil Brasileiro, em seus artigos:

Art. 389: “Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.”

Art. 393: “O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.”

A responsabilidade extracontratual resulta de inadimplemento normativo, ou seja, da prática de ato ilícito, por pessoa capaz ou incapaz, como estabelece o artigo 927 do Código Civil Brasileiro, visto que não há vínculo anterior entre as partes por não estarem ligadas por uma relação obrigacional ou contratual, é apenas a inobservância da lei.

É a lesão a um direito, sem que entre o ofensor e o ofendido preexistisse uma relação jurídica, neste sentido Carlos Roberto Gonçalves esclarece: “Na responsabilidade extracontratual, nenhum vínculo jurídico existe entre a vítima e o causador do dano, quando

este pratica o ato ilícito. É responsabilidade derivada de ilícito extracontratual, também chamada aquiliana.” (GONÇALVES, 2009, pg. 26).

A responsabilidade extracontratual tem sua origem na inobservância do dever genérico de não lesar, de não causar dano a ninguém, previsto no artigo 186 do Código Civil: *“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”*

3.3 Dos Pressupostos

Neste subitem, serão abordados os pressupostos necessários para a caracterização da responsabilidade civil do agente causador:

- a) Ação ou omissão;
- b) Dano;
- c) Culpa;
- d) Nexo causal.

3.3.1 Ação e omissão

A conduta humana seja ela ação ou omissão é o ato da pessoa que causa dano ou prejuízo a outrem. É o ato praticado pelo agente ou de outro que está sob a responsabilidade do agente que produz resultado danoso seja por ação, negligência, imprudência ou imperícia. Este ato gera a obrigação de reparação.

Em se tratando da conduta humana, poderá mesma ser no sentido da prática por parte do agente de ato que não deveria fazer, ou deixar de praticar ato que deveria ter feito, caracterizando nesta forma a responsabilidade civil, conforme menciona o art. 186 do Código Civil.

3.3.2 Do dano

Dano (do latim *damnum*) é o mal, o prejuízo, a ofensa material ou moral causado por alguém a outrem.

O dano é um dos pressupostos da responsabilidade civil, pois se não houve prejuízo, não há o que se falar em indenização.

Em regra o dano é causado por um ato ilícito de uma pessoa contra a outra, em decorrência disso gera a obrigação de indenizar.

A responsabilidade resulta na obrigação de ressarcir, o que será impossível se não houver o que reparar.

Para Maria Helena Diniz : “Não pode haver responsabilidade civil sem a existência de um dano a um bem jurídico, sendo imprescindível a prova real e concreta dessa lesão. Deveras para que haja pagamento de indenização pleiteada é necessário comprovar a ocorrência de um dano patrimonial ou moral.” (DINIZ, 2006, p.59-60)

O dano acarreta lesão nos interesses de outrem, tutelados juridicamente, sejam eles econômicos ou não.

Maria Helena Diniz conceitua dano como: “O dano é a lesão (diminuição ou destruição) que, devido a um certo evento, sofre uma pessoa, contra sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral.” (DINIZ, 2006, p.62)

A vítima busca uma compensação em forma de pagamento, para suprir os prejuízos sofridos. Ação de indenização sem dano é pretensão sem objeto, ainda que haja violação de um dever jurídico e que tenha existido culpa e até mesmo dolo por parte do infrator.

3.3.2.1 Dano material

Patrimônio é o conjunto de bens de uma pessoa. O dano patrimonial traduz lesão aos bens e direitos economicamente apreciáveis ao seu titular, pode ser configurada por uma ação ou omissão indevida de terceiros, ainda, pelo que deixou de auferirem razão de tal conduta, caracterizando a necessidade de reparação material dos chamados lucros cessantes.

Maria Helena Diniz entende que o dano patrimonial é uma lesão concreta e efetiva ao patrimônio da vítima: “consiste na perda ou deterioração, total ou parcial, dos bens materiais que lhe pertencem, sendo suscetível de avaliação pecuniária e de indenização pelo responsável.” (DINIZ, 2006, p. 66).

Os danos materiais podem ser configurados por uma despesa que foi gerada por uma ação ou omissão indevida de terceiros, ou ainda, pelo que se deixou de auferir em razão de tal conduta, caracterizando a necessidade de reparação material dos chamados lucros cessantes.

Para que possa haver a reparação do dano material mostra-se imprescindível demonstrar-se o nexo de causalidade entre a conduta indevida do terceiro e o efetivo prejuízo patrimonial que foi efetivamente suportado.

3.3.2.2 Dano moral

Considera-se dano moral, quando uma pessoa se acha afetada em seu ânimo psíquico, moral e intelectual, seja por ofensa à sua honra, na sua privacidade, intimidade, imagem, nome ou em seu próprio corpo físico.

Os danos morais correspondem às lesões sofridas pela pessoa humana, consistindo em violações de natureza não econômica. É quando um bem de ordem moral, como a honra, é difamado.

É uma lesão de bem que integram dos direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome, etc.

Maria Helena Diniz descreve o dano moral como: “lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica provocada pelo fato lesivo.”(DINIZ, 2006, p.88).

O dano moral pode ser classificado com subjetivo e objetivo. O dano moral subjetivo é aquele que atinge a esfera da intimidade psíquica causando a pessoa um sentimento de dor, angústia e sofrimento, já o dano moral objetivo é aquele que atinge a dimensão moral da pessoa na sua esfera social, causando-lhe prejuízos a sua imagem no meio social, embora também possa provocar dor e sofrimento.

Para que seja configurado o dano moral é necessário a demonstração dos seguintes pressupostos:

- a) a existência do elemento objetivo ou material;
- b) a existência do elemento subjetivo;
- c) o nexo causal, laço que vincula os sujeitos ativo e passivo ao dano ocorrido.

Portanto, haverá direito a indenização por danos morais, independentemente de ser responsabilidade objetiva ou subjetiva, se a dor pela angústia e pelo sofrimento que causam grave humilhação e ofensa ao direito de personalidade do ofendido.

Com relação à avaliação pecuniária do dano moral, esclarece que o direito não repara a dor, a mágoa, o sofrimento ou a angústia, mas apenas aqueles danos que resultarem de privação de um bem sobre o qual o lesado teria interesse reconhecido juridicamente.

O lesado poderá pleitear uma indenização pecuniária em razão do dano moral, sem pedir um preço para a sua dor, mas um adoço que atenuar, em parte, as consequências do prejuízo sofrido.

O problema da quantificação do dano moral preocupa o mundo jurídico, pois a proliferação e demanda, sem que existam parâmetros seguros para a sua estimativa. No que se refere ao dano material, o ressarcimento procura colocar a vítima no estado anterior, recompondo o patrimônio afetado mediante a aplicação da fórmula danos emergentes e lucros cessantes, já a reparação do dano moral objetiva apenas uma compensação, um consolo, sem mensurar a dor.

A maior dificuldade dos juizes ao se deparar com uma demanda referente a danos morais é a perplexidade ante a existência de critérios uniformes e definidos para arbitrar um valor adequado, pois o Código Civil, em seu artigo 953, deixa uma lacuna, que deverá ser preenchida pelo juiz.

Art. 953. “A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.

Parágrafo único: Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso.”

Sendo assim, no momento da condenação do dano moral, o juiz valerá do seu bom senso e sentido de equidade para determinar o cumprimento da lei, procurando restabelecer o equilíbrio social.

3.3.3 Culpa

Como já escrito em linhas anteriores, a culpa é um dos pressupostos que caracterizam a responsabilidade civil.

Embora a culpa seja um elemento essencial na caracterização da responsabilidade civil subjetiva e não tenha nenhuma relevância para a responsabilidade civil objetiva é de bom grado analisar suas características, pois apesar de caminharmos para a prevalência da teoria objetiva, não está excluída a apreciação da teoria subjetiva no campo da responsabilidade civil.

Carlos Roberto Gonçalves dispõe: “Se a atuação desastrosa do agente é deliberadamente procurada, voluntariamente alcançada, diz-se que houve culpa lato sensu (dolo). Se, entretanto, o prejuízo da vítima é decorrência de comportamento negligente e imprudente do autor, diz-se que houve culpa stricto sensu.”(GONÇALVES, 2009, p.297).

Para obter a reparação do dano, a vítima geralmente tem que provar dolo ou culpa *stricto sensu* do agente, segundo a teoria subjetiva adotada em nosso diploma civil. Como essa prova muitas vezes se torna difícil de ser conseguida, o direito positivo admite, em hipóteses específicas, alguns casos de responsabilidade sem culpa, a responsabilidade objetiva, com base especialmente na teoria do risco.

O dolo consiste na vontade de cometer uma violação de direito, e a culpa, na falta de diligência. Portanto, o dolo, é a violação deliberada, consciente, intencional, do dever jurídico.

Tanto no dolo como na culpa há conduta voluntária do agente, se diferenciando apenas, que no dolo a conduta já nasce ilícita, porquanto a vontade se dirige à concretização de um resultado antijurídico, o dolo abrange a conduta e o efeito lesivo dele resultante. Já na culpa, a conduta nasce lícita, tornando-se ilícita na medida em que desvia dos padrões socialmente adequados.

3.3.4 Nexo causal

O nexos de causalidade consiste na relação de causa e efeito entre a conduta praticada pelo agente e o dano sofrido pela vítima, tendo a ausência do nexos de causalidade não se admite a obrigação de indenizar.

O nexos causal está relacionado entre o prejuízo e a ação, de modo que o fato lesivo deverá ser oriundo da ação, diretamente ou como sua consequência previsível, como esclarece Maria Helena Diniz: “não é necessário que o dano resulte apenas imediatamente do fato que o produziu, bastará que se verifique que o dano não ocorreria se o fato não tivesse acontecido.” (DINIZ, 2006, p.107).

Grandes autores acreditam que o nexos causal é indispensável para a reparação de um dano. Assim como entende Spera Lopes (APUD GAGLIANO E PAMPLONA FILHO):

Uma das condições essenciais a responsabilidade civil é a presença de um nexos causal entre o fato ilícito e o dano por ele produzido. É uma noção aparentemente fácil e limpa de dificuldade. Mas se trata de mera aparência,

porquanto a noção da causa é uma noção que se reveste de um aspecto profundamente filosófico, além das dificuldades de ordem prática, quando os elementos causais, os fatores de produção de um prejuízo, se multiplicam no tempo e no espaço. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 85).

Existem situações em que não há nexos causais. São chamados motivos excludentes do nexo causal e, portanto, excludente de responsabilidade, a culpa exclusiva da vítima, por culpa concorrente, o fato de terceiro, o caso fortuito e a força maior e, a cláusula de não indenizar, essa no campo contratual.

Segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho: “A exclusiva atuação culposa da vítima tem também o condão de quebrar o nexo de causalidade, eximindo o agente da responsabilidade civil.”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p.114).

Quando havendo culpa exclusiva da vítima, ela deverá arcar com todos os prejuízos causados, pois foi ela quem deu causa ao dano.

3.4 Responsabilidade Civil entre cônjuges

A questão fundamental a ser tratada neste item é a possibilidade de se obrigar o cônjuge que causou prejuízo, seja estemoral ou material, a ressarcir mediante indenização os danos causados ao outro.

Maria Antonieta Pisano Motta exemplifica muito bem a importância de tal discussão: “começamos falando de amor e terminamos sempre falando de dinheiro”. (MOTTA, 2000, p.40).

Todos querem ser indenizados pelo prejuízo sofrido decorrente do término de uma relação afetiva. E apesar de a culpa não mais ser um pressuposto para o novo divórcio, a mesma ainda pode ser discutida na esfera civil, mediante ação de indenização.

3.4.1 Violação da Boa-Fé objetiva

O conceito da boa-fé objetiva está ligado à lealdade e à expectativa alheia. Nas relações de família apresenta-se como critério de controle de legitimidade do exercício da autonomia.

É um verdadeiro dever jurídico de não se comportar contrariamente às expectativas produzidas, obrigação que alcança não apenas as relações patrimoniais de família, mas também as de conteúdo pessoal, existencial.

Segundo Anderson Schreiber: “Ainda que tenha origem negocial, direciona-se a superação de sua última fronteira, a das relações existenciais.” O princípio da boa-fé objetiva vem se infiltrando no direito das famílias.” (SCHREIBER, 2006, p.128).

A quebra dos deveres vem sendo considerada violação à boa-fé objetiva, lesando a legítima confiança que um deposita no outro. Este é o fundamento invocado nas ações de indenização por dano moral, que vem lotando os tribunais. De qualquer modo, as regras estabelecidas para vigorarem durante toda a vida em comum tem utilidade somente para fundamentar o pedido de indenização, ou seja, invocáveis depois de findo o casamento. A identificação de culpas, se algum proveito traz, é só para auxiliar ao que se sentiu traído a elaborar o luto da separação.

Jones Figueirêdo Alves traz como exemplo, o que chama de estelionato do afeto, concluindo que: “Comete abuso de direito quem não exercita o seu direito de ser feliz sozinho e mantém uma união sob a falsa premissa de existência de amor.” (ALVES, 2006, p.483).

Coloca o mesmo como a mais severa forma abusiva de direito, em afronta aos princípios da boa-fé, da lealdade e da confiança, da assistência mútua e do respeito recíproco, e a todos valores de ordem moral e jurídica que compreendem as relações familiares.

3.4.2 Violação dos deveres

A lei impõe deveres e assegura direitos no casamento, conforme exposto no Capítulo 1. Porém a violação desses deveres não constituem por si só, ofensa á honra e dignidade dos consortes, a ponto de gerar obrigação indenizatória.

Os danos psíquicos são inquestionáveis. No entanto, a obrigação indenizatória decorre da prática de ato ilícito, consumado ou tentado conforme preceitua o artigo 186 do Código Civil, e não da existência do vínculo familiar. A origem da obrigação é o delito penal, e não o descumprimento de deveres conjugais.

Com o desaparecimento da separação, a tentativa de morte e as sevícias, expostas no artigo 1.573, II e III do Código Civil, deixam de servir de fundamento para a dissolução do casamento, mas geram direitos indenizatórios a título de dano moral, sem a necessidade de comprovação de sequelas na pessoa da vítima.

Quanto a violação dos demais deveres do casamento, como adultério, abandono do lar, condenação criminal e conduta desonrosa, previstos no artigo 1.573, I, IV, V e VI do Código Civil, que servia de motivação para a ação de separação não gera por si só a obrigação indenizatória.

Porém, inclina-se a doutrina a sustentar que, se tais posturas, ostentadas de maneira pública comprometerem a reputação, a imagem e a dignidade do par, cabe a indenização por danos morais. No entanto, é mister a comprovação dos elementos caracterizadores, quais sejam a culpa, o dano e nexos de causalidade, ou seja, que os atos praticados tenham sido martirizantes, advindo profundo mal-estar e angústia.

Há uma controvérsia, difícil de ser vencida, sobre a responsabilidade civil por ato praticado no âmbito do direito das famílias, uma vez que a resposta deve levar em conta, inúmeros fatores de ordem jurídica e até moral.

Fica difícil imaginar como a infidelidade poderia gerar o pagamento de indenização. Mas ainda assim há decisões que admitem a indenização. Como exemplo, o recurso provido:

Pretensão à reforma parcial da sentença, para que o autor reconvinde seja condenado no pagamento de indenização por danos morais, bem como seja garantido o direito de postular alimentos por via processual própria - Fidelidade recíproca que é um dos deveres de ambos os cônjuges, podendo o adultério caracterizar a impossibilidade de comunhão de vida - Inteligência dos arts. 1566, I, e 1573, I, do Código Civil - Adultério que configura a mais grave das faltas, por ofender a moral do cônjuge, bem como o regime monogâmico, colocando em risco a legitimidade dos filhos — Adultério demonstrado, inclusive com o nascimento de uma filha de relacionamento extraconjugal - Conduta desonrosa e insuportabilidade do convívio que restaram patentes - Separação do casal por culpa do autor-reconvindo corretamente decretada - Caracterização de dano moral indenizável - Comportamento do autor-reconvindo que se revelou reprovável, ocasionando à reconvinte sofrimento e humilhação, com repercussão na esfera moral – Indenização fixada em R\$ 45.000,00 - Alimentos - Possibilidade de requerê-los em ação própria, demonstrando necessidade - Recurso provido. (TJ/SP – 1ª C. D. Priv., Ap. Cív. nº 539.390.4/9, Rel. Des. Luiz Antonio de Godoy, julg. 10.06.2008).

Como verificamos tal decisão, possibilitou a indenização em razão da configuração do adultério. Porém a maioria das decisões são no sentido contrário, uma vez que a infidelidade por si só, não caracteriza ilícito civil. A seguir ação de indenização por adultério foi julgada improcedente:

INDENIZAÇÃO EM CASO DE ADULTÉRIO DO CÔNJUGE -
Hipótese em que não cabe aplicar as regras da responsabilidade civil, embora tenha sido confirmada a traição da mulher na constância da vida em comum, por ser esse um fato que se tornou público, ao ser objeto de investigação policial, não tendo, apesar dessa notoriedade, proporcionado pronta e enérgica reação do marido enganado, uma conduta omissiva que compromete a noção de honra digna de ser resgatada pela compensação financeira [artigo 5o, V e X, da CF] - Provimento para julgar improcedente a ação. (TJ/SP – 4ª C. D. Priv., Ap. nº 465.038-4/0, Rel. Des. EnioZuliani, julg. 29.05.2008).

Cabe ao juiz ponderar os valores éticos em conflito, não podendo deixar de perceber que, na especialidade da relação fundada no amor, o desaparecimento da afeição não pode ser, por si só, causa de indenização.

3.4.3 Indenização por Dano Moral

Há uma acentuada tendência de ampliar o instituto da responsabilidade civil. Nos dizeres de Ruy Rosado de Aguiar Jr.: “O eixo desloca-se do elemento do fato ilícito para, cada vez mais, preocupar-se com a reparação do dano injusto.” (AGUIAR JR., 2004, p.360)

A busca da indenização por dano moral tornou-se o remédio para todos os males. Sempre que um fato gera algum desconforto, aflição, apreensão, logo, visualiza-se o abalo moral decorrente.

Com relação a essa ampliação da busca pelo reconhecimento dos danos morais, esclarece novamente Ruy Rosado de Aguiar Jr.: “O desdobramento dos direitos da personalidade faz aumentara s hipóteses de ofensa a tais direitos ampliando as oportunidades para o reconhecimento da existência de danos.” (AGUIAR JR. 2004, p.361).

A tendência do dano moral acabou se alastrando até as relações familiares. O que se quer é transformar a desilusão pelo fim dos vínculos afetivos em obrigação indenizatória.

A grande controvérsia surge na seguinte indagação: cabe a responsabilidade civil do cônjuge autor do dano? Segundo Maria Berenice Dias: “Impositivo é distinguir a natureza do dano. Quando decorre da prática de ato ilícito, sempre gera obrigação indenizatória.” (DIAS, 2011, p.119).

É necessário atentar que o fato pode ser ilícito absoluto ou simplesmente infração a dever conjugal, caso em que não se fará jus a indenização, devido a ausência dos pressupostos da responsabilidade civil.

Por exemplo, a anulação do casamento, por erro essencial ou infração dos deveres do casamento, mesmo que leve a dissolução do vínculo conjugal não autoriza sua reparação.

Ação de alimentos e ação de anulação de casamento cumulada com pedido indenizatório. Sentença única. Julgamento conjunto. Ausente a prova acerca do erro essencial sobre a pessoa, não vinga a pretensão baseada no art. 1.557 do CCB. Também não há falar em desfazimento da relação. Afinal, não há prova de prática de qualquer ilícito, e os dissabores típicos do fato não são indenizáveis. Alimentos. Ainda que fixados alimentos provisórios em sede de cognição sumaria, a constatação da ausência de necessidade da autora gera a improcedência do pedido. Negaram provimento ao apelo (TJRS, AC 70028093912, 8 Câ. Cív., rel. Des. AlzirFelippeSchmitz, j. 21.05.2009).

Todavia, os danos decorrentes de agressões e injúria, são indenizáveis, pois tratam-se de ilícito civil, nos termos do artigo 927 do Código Civil. Comprovada a prática dolosa ou culposa do ato ilícito, o infrator é obrigado a indenizar não só os danos físicos, mas também os morais.

Uma parte da doutrina inclina-se no sentido de sustentar que a violação dos deveres do casamento acarreta imposição de sanções. Porém, a tentativa de aplicação de penalidade a quem der causa a dissolução do vínculo conjugal, não encontra ressonância na jurisprudência:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. ADULTÉRIO. AÇÃO AJUIZADA PELO MARIDO TRAÍDO EM FACE DO CÚMPLICE DA EX-ESPOSA. ATO ILÍCITO. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DE NORMA POSTA. 1. O cúmplice de cônjuge infiel não tem o dever de indenizar o traído, uma vez que o conceito de ilicitude está imbricado na violação de um dever legal ou contratual, do qual resulta dano para outrem, e não há no ordenamento jurídico pátrio norma

de direito público ou privado que obrigue terceiros a velar pela fidelidade conjugal em casamento do qual não faz parte. 2. Não há como o Judiciário impor um "não fazer" ao cúmplice, decorrendo disso a impossibilidade de se indenizar o ato por inexistência de norma posta - legal e não moral - que assim determine. O réu é estranho à relação jurídica existente entre o autor e sua ex-esposa, relação da qual se origina o dever de fidelidade mencionado no art. 1.566, inciso I, do Código Civil de 2002. 3. De outra parte, não se reconhece solidariedade do réu por suposto ilícito praticado pela ex-esposa do autor, tendo em vista que o art. 942, *caput* e único, do CC/02, somente tem aplicação (art. 1.518 do CC/16) quando o ato do co-autor ou partícipe for, em si, ilícito, o que não se verifica na hipótese dos autos. 4. Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp 1.122.547, 4.^a T., rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 10.11.2009).

Para a configuração do dever de indenizar não é suficiente que o ofendido demonstre a sua dor e o seu abalo moral. Somente ocorrerá a responsabilidade civil se presentes todos os pressupostos da responsabilidade civil: dano, ilicitude e nexos causal.

Não cabe indenizar alguém pelo fim de uma relação conjugal. Impor tal espécie de obrigação, constituiria verdadeiro obstáculo a liberdade de entrar e sair do casamento, infringiria além do direito à liberdade, o princípio da dignidade da pessoa humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Compreende-se do presente estudo que o extraordinário fundamento para a decretação do Divórcio no Brasil passou a ser o fim da afeição, não determinando mais motivo específico algum ou período mínimo de separação de fato para deferimento de pedido de divórcio. Divorciar-se passa a ser o simples exercício de um direito potestativo, sem requisitos ou de fundamentação vinculada.

A violação dos direitos e deveres decorrentes do casamento pelos cônjuges, não afetam a validade ou existência do casamento. Com o fim do instituto da separação não é mais permitido impular ao infrator culpa pelo fim do amor.

Porém, com fundamento no instituto da Reparação Civil, é possível que tal culpa seja discutida através do ajuizamento de ação de indenização. O objetivo da responsabilidade civil é fazer com que a pessoa repare o dano causado a outro, sendo ele material ou moral.

Os pedidos de indenização que vem lotando os tribunais tem como fundamento o inadimplemento dessas responsabilidades impostas pelo Estado aos cônjuges durante a vida em comum, pois o mesmo está considerado violação a boa-fé objetiva, ou seja, ocorre a lesão da legítima confiança que um cônjuge deposita no outro.

Em se tratando de matrimônio, quando este termina devido a culpa de um dos consortes pelo descumprimento de um dos deveres do casamento, geralmente traz ao outro uma humilhação e vergonha perante a família e a sociedade. Quando essa humilhação é exagerada será passível de indenização por danos morais, deste que provado o ato ilícito, a culpa, o dano e o nexo de causalidade, originários da responsabilidade direta, extracontratual e subjetiva.

O fim do amor, a desilusão, a frustração da expectativa de vida a dois, não são indenizáveis. Mas deve haver reparação dos danos causados pelo cônjuge que pratica sevícias, injúrias, calúnia, ofendendo a honra e a dignidade humana, contra o ou outro cônjuge, onde há violência quanto à integridade física, psíquica, moral do outro cônjuge, aí sim tem que se averiguar a culpa e o cônjuge culpado tem que ser condenado por sua conduta ilícita, antijurídica, pois violou direitos humanos contra o seu cônjuge.

Constata-se na doutrina, que a minoria dos doutrinadores admite o dano moral entre os cônjuges, todavia, alguns tribunais já estão apresentando decisões favoráveis sobre o assunto e condenando os culpados ao pagamento de indenização. Tais decisões tem tido como fundamento a caracterização dos elementos configuradores da responsabilidade civil.

Não tem como avaliar quanto vale a dor, a humilhação, o vexame, a angústia. Desta forma, os juízes devem agir com observância dos princípios da equidade e imparcialidade, solucionando os litígios, como uma forma de efetivar o princípio da dignidade humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JR., Ruy Rosado. **Responsabilidade civil no direito de família**. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf (coords.). Direitos fundamentais do direito de família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

ALMEIDA JR, Jesualdo Eduardo de. **As Relações entre cônjuges e companheiros no novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Temas e Ideias, 2004.

ALVES, Jones Figueirêdo. **Abuso de direito no direito da família**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e Dignidade humana. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de família**, com comentários à Lei. 8.009/90. 4ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BRASIL. **Código Civil**. Vade Mecum. 14ªed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília (DF), Vade Mecum acadêmico do direito. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e separação**. 10ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CARVALHO NETO, Inacio. **Separação e divórcio: teoria e prática**. 1ªed. Curitiba: Juruá, 1999.

CARVALHO NETO, Inacio. **Responsabilidade civil no direito de família**. 4ªed. Curitiba: Juruá, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Divórcio já!** Comentários à Emenda Consitucional 66, de 13 de julho de 2010. São Paulo: Ed. RT, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8ªed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v.5: direito de família. 17ªed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v.7: responsabilidade civil. 20ªed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v.5: direito de família. 22ªed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERRAZ, Carolina Valença. **A responsabilidade civil por dano moral e patrimonial na separação judicial**. São Paulo: PUC, 2001.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de direito civil**. v.6: direito de família. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O Novo Divórcio**. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de Família**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. v.4: responsabilidade civil. 4ªed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. v.6: direito de família. 8ªed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**. v.6: direito de família. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LÔBO, Paulo. **A PEC do divórcio: consequências jurídicas imediatas**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Porto Alegre. v. 11, p. 5-17. 2009.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**. v.6: direito de família. 4ªed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. v.2: direito de família. 37ªed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. **“Além dos fatos e relatos: uma visão psicanalítica do Direito de Família”**, In A família na travessia do milênio – Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família, Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v.5: direito de família. 7ªed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de família**. 4ªed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Código Civil da família anotado**. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: Responsabilidade Civil**. 13. ed., São Paulo: Saraiva, 1993.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. v.6: direito de família. 5ªed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SCHREIBER, Anderson. **O princípio da boa-fé objetiva no direito de família**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e dignidade humana. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006.

THEODORO JR., Humberto. **Dano Moral**. 7ªed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

VELOSO, Zeno. **O novo divórcio e o que restou do passado**. In: Portal IBDFAM. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br>. Acesso em 15-07-2012.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. v.6: direito de família. 11ªed. São Paulo: Atlas, 2011.

VIDIGAL, José Francisco da Costa Carvalho. **Estudo sobre a reparação civil na separação judicial**. São Paulo, 2002.

WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. 15ªed. São Paulo: Saraiva, 2004.