

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

FERNANDA ZONFRILLI ZANINI

DANO MORAL NO ROMPIMENTO DO MATRIMÔNIO

MARÍLIA
2010

FERNANDA ZONFRILLI ZANINI

DANO MORAL NO ROMPIMENTO DO MATRIMÔNIO

Trabalho de Curso apresentado ao Curso de Direito da Fundação de Ensino “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. (a) Dr.(a) Luciano Henrique Diniz Ramires

MARÍLIA
2010

ZANINI, Fernanda Zonfrilli,

Dano moral no rompimento do matrimonio, / Fernanda Zonfrilli Zanini, orientador: Prof. Luciano Henrique Diniz Ramires, Marília, SP: [s.n], 2010. 53f.

Trabalho de Conclusão de curso - Graduação em Direito, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM

1 Antecedentes históricos; 2 Casamento e dissolução – generalidades; 3 Da responsabilidade civil.

CDD – 342.1513



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"

MANTENEDORA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM

Curso de Direito

Fernanda Zonfrilli Zanini


RA: 37929-8

DANO MORAL NO ROMPIMENTO DO MATRIMÔNIO

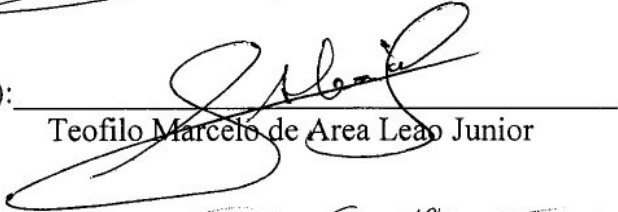
Banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Graduação em Direito da UNIVEM, F.E.E.S.R, para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Nota: 10,0

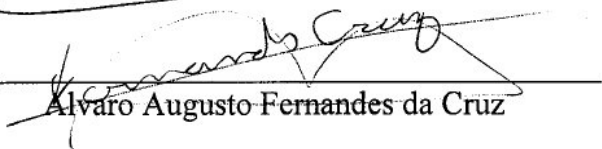
ORIENTADOR(A):


Luciano Henrique Diniz Ramires

1º EXAMINADOR(A):


Teofilo Marcelo de Area Leao Junior

2º EXAMINADOR(A):


Alvaro Augusto Fernandes da Cruz

Marília, 10 de novembro de 2010.

"Cada dia que amanhece assemelha-se a uma página em branco, na qual gravamos os nossos pensamentos, ações e atitudes. Na essência, cada dia é a preparação de nosso próprio amanhã."

Psicografia de Francisco C. Xavier.
Livro:- Indicações Do Caminho.

Dedico esse trabalho, aos meus pais Gerson e Vânia pois foram as pessoas que sempre estiveram ao meu lado e, me deram animo no árduo caminho para o arremate de mais um objetivo em minha vida. Agradeço ainda ao meu orientador pela paciência e ensinamentos, da qual não seria possível a conclusão do presente trabalho.

ZANINI, Fernanda Zonfrilli. **Dano moral no rompimento do matrimônio**. 2010. 53 f. Trabalho de Curso Bacharelado em Direito – Centro Universitário Eurípides de Marília, **Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2010.**

RESUMO

O casamento é uma tradição, e com o passar dos séculos e anos este foi se modificando e se adequando aos costumes e realidade de cada nação. No Brasil o casamento já foi considerado indissolúvel, porém atualmente os casais podem optar, sob seu livre arbítrio, se desejam continuar ou não casados, havendo pois, a possibilidade de dissolução do matrimônio. Ocorre que existem duas maneiras para se dissolver o casamento: o divórcio e a separação judicial. Porém, no que tange a separação judicial, há divergências tendo em vista que atualmente o Congresso Nacional aprovou a Emenda nº 66, a chamada Emenda do Divórcio que, para muitos não recepcionou a separação judicial, já para outros ela somente acabou com o lapso temporal entre a separação e o divórcio, sendo assim, a separação ainda persistiria em nosso ordenamento.

Ante todas as discussões, o fato é que algumas vezes o fim do matrimônio causa efeitos devastadores que podem afetar de maneira significativa a vida do cônjuge, assim este, amparado pela lei, tem o direito de ser “recompensado” pelo dano sofrido.

Nosso estudo aborda os danos morais no rompimento do matrimônio.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Dano moral. Separação Judicial.

ZANINI, Fernanda Zonfrilli. Dano moral no rompimento do matrimônio. 2010. 53 f. Trabalho de Curso Bacharelado em Direito – Centro Universitário Eurípides de Marília, **Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2010.**

ABSTRACT

The marriage is a tradition, and with the passing of centuries and years this has been changed and adapting the mores and reality of each nation. In Brazil the marriage has already been considered indissoluble, but currently couples may opt, under their free will, if they wish to continue or unmarried, and therefore, the possibility of dissolution of marriage. What happens is that, there are two ways to dissolve the marriage: the divorce and legal separation. However, regarding the legal separation, there are differences in view of that currently the National Congress approved the Amendment No 66, the call Amendment of divorce, for many non has approved the legal separation, already for others it only ended with the short time between the separation and divorce, therefore, the separation still persistiria in our planning. Ante all the discussions, the fact is that sometimes the end of matrimony question devastating effects that may affect significantly the life of the spouse, so this, sustained by the law, has the right to be "rewarded" for the damage suffered. Our study addresses the moral damage in rupturing of marriage.

Keywords: Civil responsibility. Moral damage. Judicial separation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
CAPÍTULO 1 - ANTECEDENTES HISTÓRICOS	11
1.1 Histórico do casamento	11
1.2 Casamento no brasil	14
CAPÍTULO 2 - CASAMENTO E DISSOLUÇÃO - GENERALIDADES	18
2.1 Conceito jurídico de casamento	18
2.2 As formas de dissolução da sociedade e do vínculo conjugal.	22
2.3 A emenda Nº 66/2010	24
2.4 A separação judicial	29
2.5 O divórcio	33
CAPÍTULO 3 - DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	36
3.1 Aspectos da responsabilidade civil e dos danos morais	36
3.2 Do dano moral	40
3.3 A responsabilidade civil no rompimento do matrimônio no direito brasileiro.....	42
3.4 Causas que podem ensejar a reparação por dano moral entre os cônjuges	43
3.5 A jurisprudência	44
CONCLUSÃO.....	49
REFERÊNCIAS	50

INTRODUÇÃO

O casamento é uma tradição, e com o passar dos séculos e anos este foi se modificando e se adequando aos costumes e realidade de cada nação. No Brasil o casamento já foi considerado indissolúvel, porém atualmente os casais podem optar, sob seu livre arbítrio, se desejam continuar ou não casados, havendo pois, a possibilidade de dissolução do matrimônio.

Ocorre que, existem duas maneiras para se dissolver o casamento: o divórcio e a separação judicial. Porém, no que tange a separação judicial, há divergências tendo em vista que atualmente o Congresso Nacional aprovou a Emenda nº 66, a chamada Emenda do Divórcio.

Ante todas as discussões, o fato é que algumas vezes o fim do matrimônio causa efeitos devastadores que podem afetar de maneira significativa a vida do cônjuge, assim este, amparado pela lei, tem o direito de ser “recompensado” pelo dano sofrido. O presente trabalho tem como intuito discutir sobre os danos morais no rompimento do matrimônio.

O trabalho foi desenvolvido em 3 capítulos, sendo que no primeiro capítulo foi abordado sobre o histórico do casamento, sua tradição, modificação e adequação aos costumes e realidade de cada nação, em especial no Brasil.

O segundo capítulo ira discorrer sobre os vários conceitos jurídicos de casamento e, aquele que melhor se encaixa atualmente. Nesse capítulo também foi abordado sobre a atual e significativa mudança trazida pela Emenda nº 66, que modificou o artigo 226, parágrafo 6º da Constituição Federal, na qual, como já mencionado, trouxe causou uma grande discussão sobre a separação judicial, que para muitos a nova redação do citado artigo não a recepcionou, já para outros ela somente acabou com o lapso temporal entre a separação e o divórcio, sendo assim, a separação judicial ainda persistiria em nosso ordenamento. Por fim, o capítulo trata, ainda, sobre a separação judicial e o divórcio.

No terceiro e último capítulo discute-se sobre os aspectos da responsabilidade civil e dos danos morais e, conforme o tema estudado, discute - se também a responsabilidade civil no rompimento do matrimônio e as causas que possam ensejá-la. Por fim, aborda-se a jurisprudência, tendo em vista que não há legislação específica sobre o assunto.

O interesse pela pesquisa surgiu após ver alguns casos na mídia, sobre cônjuge postulando danos morais contra o ex cônjuge, por diversos motivos, que são discutidos no presente estudo.

O tema inicial da presente pesquisa era “separação judicial litigiosa cumulada com danos morais”, porém com a chegada da recente Emenda nº 66, surgiu, assim, a discussão se a separação judicial fora extinta do nosso ordenamento ou não, tornando a pesquisa mais interessante.

CAPÍTULO 1 - ANTECEDENTES HISTÓRICOS

1.1 Histórico do casamento

A palavra casamento é formada por “casa” (casa, casebre) mais o sufixo “mentum” (intenção, sentido), assim o casamento passa a significar a vontade concreta do homem e da mulher de se unir e construir um lar comum. Para a língua portuguesa, no Dicionário Aurélio, casamento é um substantivo masculino e significa o “ato solene de união entre duas pessoas de sexos diferentes, capazes e habilitadas, com legitimação religiosa e/ou civil” (1993, p. 107).

O casamento é uma tradição milenar, visto que o primeiro livro da Bíblia, Gênesis, possui o relato da união de Adão e Eva, primeiro casal a existir sob a terra, que tinham a finalidade de se procriar e povoar o mundo.

Na antiguidade, com o desenvolvimento da agricultura e da pecuária foram se formando aglomerações de famílias que se fixavam em terras, os chamados clãs. Devido a uniões matrimoniais de moradores de tribos diferentes, estas foram se agregando, formando, assim, uma comunidade onde tinham como autoridade maior o pai. Segundo Canezim: “O casamento sempre representou na história da humanidade um componente de socialização, voltado aos interesses da sobrevivência econômica e política” (2006, p. 06)

Na Babilônia o casamento era um acordo realizado entre o noivo com os pais da noiva, sendo que esse acordo era como um contrato, onde havia entrega de dinheiro e, essa era considerada a primeira fase da realização do matrimônio. Se um homem tomasse a mulher e não fizesse esse contrato, essa mulher não era considerada sua esposa.

Já no Egito, o Faraó podia ter várias esposas. Uma das tradições desse casamento era a troca de presentes entre as famílias, sendo que a aprovação dos pais era essencial para a realização da cerimônia.

Após a unificação do Alto Egito, surgiu como requisito para o matrimônio a realização de um contrato e o consentimento dos esposos. As mulheres dessa época poderiam dispor de seus bens, pois prevalecia o princípio da igualdade entre os cônjuges. Somente em caso de adultério feminino ou esterilidade o divórcio era permitido.

As mulheres judias opinavam sobre sua aceitação ou não do casamento quando fossem maiores de idade, tinham igualdades de direitos e não eram totalmente submissas. Em Atenas o casamento acontecia antes do noivado, sendo que a mulher não possuía direitos civis nem jurídicos, sendo sempre submissa a seu pai, tutor, marido ou aos filhos, se fosse viúva. O único direito da mulher na Grécia era poder se casar e gerar filhos. O divórcio consistia no repúdio do marido pela mulher, somente no caso de adultério feminino.

Em Roma o casamento tinha como escopo a geração de filhos legítimos para herdarem o patrimônio dos pais. Existiam, ainda, dois conceitos de casamento: o Modestino que define o casamento como a união do marido e da mulher para toda a vida, e o das Intitutas onde o matrimônio significava a união do homem e da mulher, aludindo a uma comunhão indivisível da vida. O casamento romano não era indissolúvel, pois revestia - se com um caráter de perpetuidade. A afeição entre os cônjuges enquanto perdurasse, garantia a manutenção do casamento, desaparecida, extinguiu-se o vínculo entre o homem e a mulher, ou seja, era perfeita a sintonia entre o corpus e o animus, pois a falta de um desses implicaria a extinção do casamento. Conforme esse assunto diz Cahali:

No Direito Romano, tendo o casamento base nitidamente consensual, a sua dissolução verificava com o simples desaparecimento da intenção de continuar como marido e mulher. Daí autorizar-se às largas o divórcio, a princípio até mesmo sem a intervenção do juiz. (1984, p.11)

Na Roma Antiga, inicialmente, não era necessário nenhuma espécie de cerimônia religiosa ou legal para a validação de um casamento, bastava a coabitação para os cônjuges serem considerados casados, ou seja a celebração do casamento não era considerado um negócio jurídico, nem está ligado a normas jurídicas, o que ligavam os cônjuges é o vínculo moral.

Segundo Sampaio, existiam, nessa época, duas formas de casamento o *cum manu*, onde o homem adquiria poder sobre a sua mulher, que se desvincula da sua família e passa a fazer parte da família de seu marido juntamente com seus bens, sendo que o marido poderia pedir o divórcio quando quisesse bastaria a manifestação de sua vontade, este tipo de divórcio era denominado “repúdio”; e o *sine manu*, onde a mulher podia receber heranças e até dispor de seus bens, neste caso o divórcio poderia acontecer se houvesse consentimento entre o marido e o pai da esposa.(1986, p.2)

O casamento na Idade Média tinha caráter indissolúvel e era monogâmico, sendo que a canonização do matrimônio se deu por volta do século IX, onde a Igreja chamou para si a

responsabilidade de instituir e dissolver casamentos. O casamento passou a ser um sacramento onde os homens não podiam dissolver a união feita por Deus, sendo o divórcio só aceito em relação aos infiéis. Antes do Concílio de Trento, era necessário para o casamento: o consentimento dos esposos; cópula entre os nubentes; o consentimento precedente ao definitivo e a benção nupcial.

Após a criação do Concílio de Trento, ficou acertado que o casamento era ato indissolúvel, porém houve vários casos de anulação de casamentos no ano de 1193, assim a Igreja instituiu causas determinantes da anulação de casamentos e do divórcio, no qual somente dissolveria a sociedade conjugal e não o vínculo matrimonial, para manter a indissolubilidade do casamento e o vínculo entre os esposos.

Segundo Sampaio:

Duas espécies de divórcio foram reconhecidas pelo direito canônico: o “temporário” e o “perpétuo”, segundo, respectivamente, separasse, apenas, os cônjuges, ou produzisse, além da separação, os demais efeitos civis concernentes à dissolução da sociedade matrimonial. (1986, p.3)

Havia impedimentos que justificavam a nulidade ou anulabilidade do casamento, para a sua validação a Igreja Católica exigia o consentimento e as relações sexuais voluntárias, porém se houvesse tão somente o consentimento, o casamento poderia ser anulado.

Sobre o Concílio de Trento, disserta Monteiro:

O casamento cristão representa a união entre Jesus e sua Igreja. É um dos sete sacramentos da lei evangélica; mas sua regulamentação só se efetuou no Concílio de Trento (1545-1563), estabelecendo-se então os seguintes princípios: expedição de proclamas, publicados por três vezes no domicílio dos contraentes; celebração pelo pároco, ou outro sacerdote, na presença de duas testemunhas pelo menos; expresse consentimento dos nubentes e coroamento da cerimônia com a benção nupcial. (2004, p. 19)

Ainda no século XX muitos países não admitiam o divórcio e a separação judicial juntas no seu ordenamento jurídico, entre os países que admitiam somente o divórcio estavam o Japão e a Alemanha, entre países que admitem o divórcio e a separação judicial estavam a França e a União Soviética. No Brasil, atualmente, veremos que há a possibilidade de realização do divórcio e que há divergências sobre a separação judicial, sobre o tema estudaremos mais adiante, inclusive sobre a relevante e recente mudança em nosso ordenamento jurídico.

1.2 Casamento no Brasil

Nos primeiros séculos no Brasil, a Igreja era praticamente absoluta no que tange sobre os direitos a instituição matrimonial. Segundo Cahali: “Após a proclamação da independência, instaurando-se a monarquia, nosso Direito permaneceu sob influência direta e incisiva do direito da Igreja, em matéria de casamento.” (1984, p. 28)

Nessa época o casamento era inspirado e disciplinado pelo Concílio de Tridentino, ou seja o casamento era considerado indissolúvel. Segundo Gurgel, o casamento poderia ser dissolvido, se não fosse consumado, mas tão somente para permitir o ingresso de um dos cônjuges na vida religiosa, se consumado a indissolubilidade se consumava, fundada no princípio que o homem não pode separar o que Deus uniu. (1957, p. 20)

Com a proclamação da República, o Estado foi separado da Igreja, e o matrimônio foi regulamentado pelo decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, que instituiu o divórcio, estabeleceu as possibilidades de sua concessão e formou um rito processual, porém, manteve o casamento como indissolúvel. O decreto de 1890 vigorou até a publicação do Código Civil de 1916, mais exatamente até o dia 1º de janeiro de 1917 quando o Código entrou em vigor. O casamento continuou a ser indissolúvel, sendo que a Constituição Federal da época firmou o Princípio da Indissolubilidade do Matrimônio. Prata diz que:

Declarado indissolúvel o casamento, não quer isto dizer que não se possam separar os cônjuges, mas apenas que não podem contrair novo casamento, dada a indissolubilidade do primeiro e único. O vínculo matrimonial, ainda depois do desquite, permanece íntegro. (1976, p. 14)

Portanto, o legislador do Código Civil de 1916, também baseado no Direito Canônico, manteve o casamento como sendo indissolúvel, permitindo tão somente o “desquite”, que era a separação de corpos e de bens, sendo assim, o vínculo matrimonial entre os cônjuges perdurava.

O decreto nº 181 de 1890 se referia ao divórcio, mas o legislador no Código Civil de 1916, preferiu usar a terminologia “desquite”, que só era conhecida no direito pátrio, mas que correspondia a separação regulada por outras legislações.

No Código Civil de 1916, no seu artigo 317, havia a possibilidade do desquite, nos seguintes casos: “A ação de desquite só se pode fundar em algum dos seguintes motivos: I- adultério; II- tentativa de morte; III- sevícia ou injúria grave; IV- abandono voluntário do lar

conjugal, durante dois anos seguidos.” A ação era ordinária, onde somente os cônjuges poderiam intentá-la, o Juiz competente era o da residência da mulher e havia a possibilidade do desquite amigável ou litigioso. De acordo com Prata:

Podem os cônjuges, de comum acordo, dissolver a sociedade conjugal, através do desquite por mútuo consentimento, ou desquite amigável. O desquite litigioso é pedido por um dos cônjuges. Por mútuo consentimento pedem os dois cônjuges, de comum acordo. Naquele um cônjuge move ação contra o outro; neste, não há ação, mas apenas procedimento judicial. (1976, p. 25)

Embora o casamento fosse considerado indissolúvel, muitos foram os casais que requereram o desquite, se separaram e constituíram novos lares, com outros companheiros, segundo Silva:

Embora o Estado defenda e ampare o casamento, instituiu-se, no Brasil, o benefício previdencial em favor da “companheira” do trabalhador, porque havia, aos olhos de todos, o fato irrecusável e marcante, de milhares de lares ilegítimos, por ignorância ou falta de gratuidade do matrimônio civil, de operários da cidade, do mar e do campo. (1953, p.15)

Várias foram as uniões ilegítimas que surgiram devido o ordenamento jurídico, muitos foram os casais que viajaram e se casaram em outros países, pois, a lei impunha o casamento durar para sempre, sem levar em conta os sentimentos e as vontades de cada um. Segundo Silva:

Na lei brasileira, desacorde com a maioria das nações civilizadas, e que prescreve a perenidade do vínculo, ao ser decretado o desquite, será que nos encontraremos com a nossa realidade, isto é, a do tempo, experiência e cultura, aquilo que, em nossa contingência, precisamos respeitar e obedecer em bem de estabilidade e harmonia sociais? (1953, p.16)

Com a Criação do Estatuto da mulher casada, no ano de 1960, encontram-se as primeiras mudanças efetivas em relação ao casamento no Brasil. Entretanto, somente na década de 70 houve uma grande mudança em relação ao matrimônio.

O primeiro grande passo para o divórcio como dissolução do vínculo matrimonial no Brasil, se deu em 1969 com a Emenda Constitucional nº 1 que alterou o artigo 175, parágrafo 1º, da Constituição Federal vigente na época, artigo este que proclamava a indissolubilidade do casamento.

No dia 28 de junho de 1977 foi aprovada a Emenda Constitucional nº 9, onde o divórcio passou a ser instituído na legislação brasileira, permitindo assim, a dissolução do casamento nas seguintes hipóteses: na prévia separação judicial por mais de três anos e no

caso de separação de fato, devidamente comprovada em juízo, pelo prazo de cinco anos. Sobre o assunto, diz Rodrigues: “Todavia, a Emenda Constitucional declara que o casamento poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, o que vale dizer que aquela não era auto-aplicável, dependendo de ser regulamentada pelo legislador ordinário.” (1978, p.59)

A Emenda então precisava ser regulamentada, surgiu, pois, a Lei 6.515/77, que teve como base o projeto dos Senadores Néelson Carneiro e Accioly Filho, lei esta que revogou os artigos 315 a 328 do Código Civil de 1916 e as demais disposições em contrário.

Com a nova lei, surgiu, então, a “separação judicial”, termo este utilizado como nomenclatura substitutiva de “desquite” e a separação de corpos, segundo Sampaio a semelhança entre os dois termos é que ambos são judiciais, e a diferença é que separação judicial é uma situação jurídica permanente e a separação de corpos é uma situação transitória. (1986, p.10)

Foi muito importante a admissão do divórcio no Brasil, pois surgiu a possibilidade das pessoas se casarem novamente. Muitos foram os casais que contraíram novas núpcias na Bolívia, Uruguai e México porque no Brasil não era permitido, aqueles que não tinham condições se casarem em outros países passavam a manter uniões fora do casamento, situações estas que não podiam ser ignoradas.

Segundo Rodrigues:

A admissão do divórcio no Brasil, embora tardia, representou um grande progresso e veio remediar uma situação de fato de inegável existência e considerável importância. Já foi apontado anteriormente que a inexistência do divórcio a vínculo constituiu uma das principais causas da difusão do concubinato neste País. (2001, p. 202)

A Lei 6.515/77 trouxe no seu artigo 2º, as formas de dissolução da sociedade conjugal, sendo elas: pela morte de um dos cônjuges, pela nulidade ou anulação do casamento, pela separação judicial ou pelo divórcio. Sobre a dissolução da sociedade conjugal, diz Sampaio:

Dissolve-se a sociedade conjugal quando situação fático-jurídicas previstas em lei dissociam os cônjuges, desobrigando-os do cumprimento dos deveres recíprocos de manter fidelidade e de ter vida em comum no domicílio conjugal, desfazendo, também o regime de bens instituído quando do casamento e, finalmente restituindo à mulher a sua integral representação pessoal. (1986, p.13)

Então surgiu a possibilidade da dissolução da sociedade conjugal e a dissolução do casamento; sendo que a primeira não tinha a prerrogativa de extinção do vínculo matrimonial,

adquirido com a realização do casamento, já a segunda dissolve-se o matrimônio, no que se refere ao vínculo conubial.

Com a chegada da Constituição Federal de 1988, houve a diminuição do lapso temporal entre a separação judicial e o divórcio, bem como para o divórcio direto, conforme seu artigo 226, parágrafo 6º: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.” (2009, p.83).

Um pouco mais tarde, a Lei 10.406 de 2002 instituiu no nosso ordenamento jurídico o novo Código Civil, que trouxe um capítulo todo reservado para o casamento, sua celebração, causas suspensivas e impeditivas, anulação ou casamento nulo; como também instituiu um capítulo dissertando sobre as formas de dissolução da sociedade e do vínculo matrimonial e, segundo o artigo 1.571, parágrafo 1º: “O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se a presunção estabelecida neste Código quanto ao ausente.” (2009, p.221)

Com a Lei nº 6.515/1977 juntamente com a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002, possibilitava-se a escolha dos cônjuges pela separação judicial e a sua conversão em divórcio após um ano da separação decretada, ou o divórcio direto após dois anos de separação de fato do casal. A Lei 11.441/2007 ou Lei 11.447/2007, instituiu, ainda, a possibilidade do casal proceder a separação e divórcio extrajudicial, desde que cumprido alguns requisitos tipificados no ordenamento jurídico, tais como consensualidade e não possuir filhos menores ou incapazes.

Ocorre que no decorrente ano houve uma mudança significativa no nosso ordenamento jurídico, a Emenda Constitucional nº 66 foi aprovada pelas duas casas do Congresso Nacional em dois turnos, e no dia 14 de julho de 2010 entrou em vigor a modificação feita por esta Emenda na nossa Constituição Federal no já citado artigo 226, parágrafo 6º, no qual possui atualmente a seguinte redação: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.” Ou seja, não é mais necessária a separação judicial no Brasil, logo o divórcio passou a ser direto, sem ter que passar por lapsos temporais, bastando serem casados e que ambos concordem com o fim do matrimônio para que haja a imediata dissolução do vínculo matrimonial.

CAPÍTULO 2 - CASAMENTO E DISSOLUÇÃO - GENERALIDADES

2.1 Conceito jurídico de casamento

O casamento é uma das bases da família, sendo muito importante para o sistema social do nosso país. Monteiro conceitua o casamento como: “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”. (2004, p.22)

Não se pode, nos dias atuais, considerar como fim do casamento a reprodução, visto que muitos casais modernos optam por não terem filhos, se casam simplesmente pelo fato de quererem estar juntos. A ajuda mútua na qual se trata a definição dada por Monteiro, sempre vai existir dentro de uma união e, essa sim pode ser tratada como uma das finalidades do matrimônio. Ainda para Monteiro, a natureza jurídica do casamento é institucional, ou seja o casamento constitui um estado matrimonial em que os nubentes ingressam, sendo que estes se casam por livre vontade: “O casamento constitui assim uma grande instituição social, a qual, de fato, nasce da vontade dos contraentes, mas que, da imutável autoridade da lei, recebe sua forma, suas normas e seus efeitos.” (2004, p.23)

Já para Diniz, o conceito de 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.” (2002, p.39)

Esse conceito não coloca o casamento como uma forma de legalização das relações sexuais, e sim como a junção da matéria e do espírito dos nubentes através do companheirismo e amor, para que juntos busquem a plenitude de sua personalidade. Esse conceito também tem relação à ajuda mútua, no sentido de suportarem a vida juntos e cuidarem de sua prole. Assim como Monteiro, para Diniz o casamento tem natureza jurídica institucional:

O casamento é tido como uma grande instituição social, refletindo uma situação jurídica que surge da vontade dos contraentes, mas cujas as normas, efeitos e forma, encontram-se preestabelecidos pela lei. As partes são livres, podendo cada uma escolher o seu cônjuge e decidir se vai casar ou não; uma vez acertada a realização do matrimônio, não lhes é permitido discutir o conteúdo de seus direitos e deveres, o modo pelo qual se dá a resolubilidade

da sociedade ou do vínculo conjugal ou as condições de legitimidade da prole, porque não lhes é possível modificar a disciplina legal de suas relações; tendo uma vez aderido ao estado matrimonial, a vontade dos nubentes é impotente, sendo automáticos os efeitos da instituição por serem de ordem pública ou cogentes as normas que a regem, portanto iniludíveis por simples acordo dos cônjuges. (2002. p.43)

Para Diniz ao contrair o casamento os cônjuges não estão assinando um contrato, e sim, a aceitação de um estatuto tal como ele é, sem liberdade de adotar outras normas, ou seja, o casamento tem normas pré-estabelecidas que os nubentes devem aceitar.

Já Venosa disserta que o casamento “é a união do homem e da mulher para o estabelecimento de uma plena comunidade de vida”. (1993, v.1)

Esse conceito não é amplo, colocando o casamento tão somente como uma comunidade de vida, onde os cônjuges viveram juntos a sua vida e só.

Venosa une a concepção de que a natureza jurídica do casamento é uma instituição, bem como é um contrato: “Em uma síntese das doutrinas, pode-se afirmar que o casamento-ato é um negócio jurídico; o casamento- estado é uma instituição.”(2008, p. 26)

O melhor caminho a ser seguido, é o conceito que mais se adéqua a atualidade, que é o de Rodrigues, que diz que o casamento é: “O contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência”. (2001, p.17)

Esse conceito é o mais completo e o que mais se encaixa na época em que vivemos. E com base nesse conceito podemos afirmar que os fins do casamento são a disciplinação das relações sexuais entre os cônjuges; proteção à prole; e a mútua assistência, ou seja, os cônjuges se unem para enfrentar a vida juntos, dessa união satisfazem seu desejo sexual, desenvolvendo ainda mais os sentimentos recíprocos e dessas relações resultam a prole, cuja educação, sobrevivência, saúde estão na responsabilidade dos pais. Porém, para Rodrigues diferentemente de Diniz, Monteiro e Venosa, a natureza jurídica do casamento é unicamente contratual:

[...] trata-se de uma instituição em que os cônjuges ingressam pela manifestação de sua vontade, feita de acordo com a lei. Daí a razão pela qual, usando de uma expressão já difundida, chamei o casamento de contrato de direito de família, almejando, com essa expressão, diferenciar o contrato de casamento dos outros contratos do direito privado. (2001, p. 19)

Rodrigues define o casamento como um ato de mútua vontade, porém só se completa pela celebração, que é feita através de normas regidas pelo Estado, ou seja, o ato da

celebração do matrimônio é privativo do Estado, por isso pode-se afirmar que a natureza jurídica do casamento é contratual.

Gonçalves adota a mesma concepção de Rodrigues: “Não há, realmente, inconveniente de chamar o casamento de contrato especial, um contrato de direito de família, com características diversas do disciplinado no direito das obrigações.” (2009,p.26)

Já para Diniz, considerar o casamento um contrato “[...]é equipará-lo a uma venda ou a uma sociedade, colocando em plano secundário seus nobres fins.” (2002, p. 45).

Como se pode observar não há um consenso na doutrina sobre a natureza jurídica do casamento, cada autor adota sua idéia, defendendo sua opinião, mas o melhor caminho a ser seguido desde o conceito até a determinação da natureza jurídica é o de Rodrigues.

Três são os princípios que regem o casamento: a livre união dos futuros cônjuges, pois o casamento só pode acontecer com o consentimento dos cônjuges, que devem ser capazes para consentir; a monogamia, pois não é possível a existência de dois vínculos matrimoniais; e a comunhão indivisa, que valoriza o aspecto moral da união sexual de dois seres. (Diniz, 2002)

Para a efetuação de um casamento válido é necessário um procedimento, e esse procedimento se subdivide em três fases: a habilitação, a publicidade e a celebração.

A habilitação é feita perante o oficial do Registro Civil e, após audiência do Ministério Público será homologada pelo Juiz. O artigo 1.525 do Código Civil trata da habilitação, sendo necessário que a mesma seja requerida pelos noivos, a próprio punho, sendo que deve ser instruída com a certidão de nascimento dos nubentes, para a comprovação da idade núbil, sendo que atualmente pode-se casar a partir dos 16 anos com a autorização dos representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil, aos dezoito anos. Se um dos nubentes, ou até mesmo os dois forem incapazes, a habilitação deve vir instruída de uma autorização escrita pelas pessoas cuja dependência legal estiverem, sendo que esta autorização pode ser revogada até a celebração do casamento. A habilitação também deve ser instruída, por uma declaração de duas testemunhas maiores, que testam que não há impedimento dos nubentes em contrair o matrimônio, além de uma declaração do estado civil, do domicílio e da residência atual dos noivos, ou de seus pais. Por fim, se o requerente já foi casado, deve-se apresentar a certidão de óbito do cônjuge falecido.

Apresentados os documentos pelos interessados, estes requererão a certidão de que estão habilitados para o casamento, sendo que o oficial do Registro Civil deverá lavrar os proclamas, mediante edital e fixar em local onde há celebração de casamentos e na imprensa local, se houver, durante 15 dias, dando publicidade ao ato. Se passado esse período ninguém

se opuser ao casamento, o oficial certificará que os nubentes estão habilitados para se casar. A eficácia da habilitação é de 90 dias, ou seja, dentro de noventa dias deve-se realizar o matrimônio.

A celebração do casamento, segundo Diniz:

Presentes os nubentes, em pessoa ou por procurador especial, as testemunhas e o oficial do registro, o presidente do ato ou o juiz, perguntará, sucessivamente, ao futuro marido e à futura mulher se persistem no propósito de se casar por livre e espontânea vontade (2002, p.99)

O matrimônio é contraído quando há afirmação dos nubentes na vontade de se casarem e quando o celebrante pronunciar as seguintes palavras: “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 casados”, de acordo com o Código Civil em seu artigo 1.535, parte final. Importante destacar que no Brasil há a possibilidade do casamento civil, religioso ou religioso com efeito de civil: “A Constituição de 88, no art. 226, parágrafo 1º, estatui que o casamento é civil e gratuita a celebração, acrescentando, no parágrafo 2º, que o religioso tem efeito civil, nos termos da lei.” (Diniz, 2002)

Necessário ressaltar quanto ao regime de bens, pois sem este o casamento não subsiste. Há a possibilidade dos cônjuges optarem pelo pacto antenupcial, ou simplesmente ficarem inertes e automaticamente aderirem ao regime da comunhão parcial de bens, onde os bens adquiridos após o casamento, formam uma comunhão de bens do casal, que será repartida caso estes se separarem. Segundo Venosa:

Ainda, durante a vida matrimonial há necessidade de o casal fazer frente às necessidades financeiras para o sustento do lar. Cumpre, portanto, que se organizem essas relações patrimoniais entre o casal, as quais se traduzem os regimes de bens. Ainda que não leve em conta o cunho econômico direto no casamento, as relações patrimoniais resultam necessariamente da comunhão de vida. (2006, p. 337)

Os regimes que obrigatoriamente necessitam de pacto antenupcial são: a separação obrigatória de bens, onde não há autonomia dos noivos ao escolher o regime, tendo em vista que o mesmo é imposto em determinadas condições previstas no artigo 1.641 do Código Civil; comunhão universal de bens, onde comunicam-se todos os bens do casal, presentes e futuros; participação final nos aquestos, onde cada cônjuge possui seu patrimônio e lhe caberá, da dissolução da sociedade conjugal, metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento; e por fim, o regime da separação de bens, onde há a completa distinção entre os bens dos cônjuges, não se comunicando de maneira nenhuma. É

importante observar que o regime de bens pode ser alterado pelos cônjuges, mesmo após o casamento, porém para isto precisa de uma autorização mediante decisão judicial.

2.2 As formas de dissolução da sociedade e do vínculo conjugal

O Código Civil, em seu artigo 1.571 prevê a possibilidade da dissolução da sociedade conjugal, ou seja, o fim dos deveres de coabitação, fidelidade recíproca e ao regime matrimonial de bens com a separação judicial.

O artigo 1.571 do Código Civil, determina que a sociedade conjugal termina:

- I- pela morte de um dos cônjuges;
- II- pela nulidade ou anulação do casamento;
- III- pela separação judicial;
- IV- pelo divórcio

A dissolução da sociedade conjugal devido a morte de um dos cônjuges também se dará quando a morte for presumida, de acordo com os artigos 6º e 7º do Código Civil. Sobre esse assunto, fala Diniz: “A morte real ou presumida de um dos consortes não dissolve apenas a sociedade conjugal, mas também o vínculo matrimonial, de maneira que o sobrevivente poderá convolar novas núpcias.” (2002, p. 220)

É possível que um casamento contenha vícios de maior ou menor gravidade, por este motivo é possível pedir sua nulidade, ou ainda, declarar sua anulabilidade. Rodrigues distingue casamento nulo de anulável levando-se em consideração: a) os efeitos da sentença de nulidade e de anulação; b) as pessoas que podem reclamar a declaração de nulidade absoluta ou relativa; c) a questão da caducidade das ações para infirmar o casamento, melhor explicando:

- a) enquanto o casamento nulo não gera, ordinariamente, qualquer efeito, pois *quod nullum est nullum effectum producit*, o casamento anulável tem plena repercussão jurídica até a sua invalidade; b) No casamento nulo a invalidade pode ser alegada por qualquer interessado ou pelo Ministério Público (CC, art. 1.549)[...]; c) Finalmente, enquanto as ações anulatórias estão sujeitas a um prazo relativamente exíguo de decadência (de 180 dias a 4 anos no novo Código), a ação de nulidade é imprescritível, não cessando jamais o direito de propô-la. (2008, p. 79 e 80)

Com a primeira mudança da Legislação Brasileira o termo “desquite” deu lugar a separação judicial, no qual representa a separação de corpos e de bens de um casal, e no entanto era mantido o vínculo conjugal entre eles, impedindo, assim, que os cônjuges contraíssem novas núpcias.

Há dois tipos de separação judicial admitidas no nosso ordenamento jurídico a separação-sanção e a separação-remédio. Ocorre que, uma vez declarada a separação, os cônjuges necessariamente precisavam esperar o lapso temporal de 01 ano, contados do trânsito em julgado da sentença do decreto da separação judicial ou da decisão que determinou a separação de corpos para, assim, requerer o divórcio. Sendo que, nesse lapso de tempo, os cônjuges podem apenas ter outro parceiro, tendo em vista a dissolução do dever de fidelidade quando da separação judicial, porém não podem contrair novas núpcias porque o vínculo matrimonial ainda estava mantido. Segundo Diniz: “A separação judicial é causa de dissolução da sociedade conjugal, não rompendo o vínculo matrimonial, de maneira que nenhum dos consortes poderá convolar novas núpcias.” (2002, p. 249)

Havia uma única possibilidade de divórcio direto no Brasil, porém esta também requeria um lapso temporal de 02 anos de separação de fato do casal, ou seja, neste caso, o casal não precisaria passar pela separação judicial e somente após requerer o divórcio. Bastava que os cônjuges comprovassem o referido lapso para que o divórcio fosse diretamente decretado. Conforme explica Venosa:

Desse modo, é aferido que se torna possível o divórcio direto, sem necessidade de separação judicial anterior, tão-só com a comprovação da separação de fato por mais de dois anos. Assim sendo, o divórcio direto deixou de ser uma exceção no sistema. Por outro lado, uma vez obtida a separação judicial dentro dos pressupostos legais, após um ano desta, também pode ser requerido o divórcio. (2004, p. 220)

O grande problema do divórcio direto, era a comprovação desse lapso temporal, tendo em vista que os cônjuges poderiam “forjar” provas para que o divórcio fosse rapidamente feito. Salientemos que a separação e o divórcio eram uma faculdade para os cônjuges, pois mesmos separados de fato por mais de 02 anos, poderiam optar, sem problemas pela separação judicial, caso tivessem a vontade de retomar o casamento no futuro.

Logo, podemos afirmar que se o casal se separava e posteriormente houvesse o arrependimento e a reconciliação, a qualquer tempo o vínculo conjugal poderia ser reconstituído. Já no caso do divórcio, uma vez decretado, rompe o vínculo matrimonial definitivamente, sendo que, caso os cônjuges se reconciliem deverão contrair matrimônio novamente para o vínculo ser restabelecido. Assim disserta Diniz: “A sentença do divórcio,

que o homologa ou decreta, possui eficácia ex nunc, não atingindo ou suprimindo os efeitos produzidos pelo casamento antes de seu pronunciamento.” (2002, p. 292)

Entretanto, atualmente, o nosso ordenamento jurídico passou a não mais exigir o lapso temporal de 01 ano após a separação judicial pra a decretação do divórcio e o lapso de 02 anos de separação de fato para a decretação do divórcio, assim, hoje o divórcio pode ser direto, sem prévia separação, tendo em vista a rapidez processual, economia de dinheiro e a dissolução do vínculo matrimonial imediato, podendo os cônjuges logo contrair novas núpcias.

Conforme veremos a seguir.

2.3 A emenda n° 66/2010

O Congresso Nacional promulgou no dia 13 de julho de 2010 a PEC (proposta de Emenda à Constituição) 413/05 do suplente de deputado Antônio Carlos Biscaia junto ao deputado Sérgio Barradas Carneiro, que ficou conhecida como a PEC do divórcio e agora é chamada de Emenda 66, sendo que sua publicação ocorreu no dia 14 de julho de 2010, data esta em que também entrou em vigor. A referida Emenda acaba com os lapsos temporais entre a separação judicial e o divórcio, alterando, assim, o artigo 226, parágrafo 6º da Constituição Federal. Vejamos a antiga redação do referido artigo: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.”

Vejamos agora a nova redação dada ao artigo 226, parágrafo 6º pela Emenda 66, na íntegra:

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66, DE 13 DE JULHO DE 2010
DOU 14.07.2010

Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º O § 6º do art. 226 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 226.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (NR)

Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

Assim, chegamos a conclusão que para a realização do divórcio não mais se faz necessário a separação judicial ou extrajudicial e o lapso temporal de 01 ano para conversão e de 02 anos para o divórcio direto.

Devemos destacar, que o divórcio continua sendo feito judicialmente ou extrajudicialmente, ou seja, em Cartório de Registro Civil, neste ultimo caso os prazos não serão mais cobrados e somente terá como pré-requisitos: divórcio ser consensual, ou seja, o casal deve estar em comum acordo; o casal não possuir filhos menores de idade ou incapazes e se faz necessário a presença de um advogado. E, além disso poderá ser adotado na forma consensual judicialmente ou extrajudicialmente ou litigiosa, neste caso somente no judicial.

A aplicabilidade dessa Emenda é imediata, logo todos os casais que desejam se divorciar, ou já estejam separados, podem recorrer a nova redação dada ao artigo 226, parágrafo 6º da Constituição Federal.

Devemos destacar algumas opiniões sobre essa relevante mudança:

O especialista em direito de família, Ricardo Zamariola Júnior, considera a nova emenda positiva, "uma mudança absolutamente salutar". Para o advogado, acabar com a separação judicial "leva ao fim da discussão da culpa pela falência do casamento, discussão essa que assoberbava as varas de família e deteriorava por vezes de maneira gravíssima o ambiente familiar, inclusive em prejuízo dos filhos", pondera. (SINDAF-GO, 2010)

No entendimento do juiz de direito e professor da UFBA (Universidade Federal da Bahia) Pablo Stolze, a PEC é uma solução para acabar com o longo processo a que o divórcio estava submetido. "A emenda acaba com o excesso de prazo, então é uma solução para milhares de casais que antes sofriam com essa espera". Para o magistrado, com a decisão do divórcio direto, "o Brasil vai ser um dos países mais avançados do mundo" na questão da dissolução do matrimônio. (SINDAF-GO, 2010)

A Anoreg-SP (Associação dos Notários e Registradores do Estado de São Paulo) também prevê rapidez no processo, nos cartórios de todo o país, e menos custos para os casais. Segundo explicação do presidente da Associação, Rogério Bacellar, "em média, os cartórios vão levar entre três e cinco dias, se não houver partilha de bens. Se houver, é preciso fazer o inventário e, aí, o processo pode durar até 45 dias". (SINDAF-GO, 2010)

Para aqueles que concordam com a mudança, seus principais argumentos são a rapidez de se obter o divórcio, tanto no que tange ao processo, como no que tange ao desgaste familiar

que vai ser menor. Além disso, a extinção do lapso temporal faz com que o cônjuge possa, quando desejar, contrair novas núpcias.

Destaca, ainda, Stolze sobre o princípio da intervenção mínima do Estado: "o princípio da intervenção mínima estabelece que o Estado não pode interferir no campo da família de forma ostensiva. A emenda respeita este princípio ao não colocar prazo para o divórcio". (SINDAF-GO, 2010). Ou seja, o casal é que decide sobre o seu relacionamento, podendo desfazê-lo quando bem entender.

No entanto, há aqueles que criticam a mudança, vejamos:

O advogado Dávio Antônio Prado Zarzana Júnior, por sua vez, é contrário à emenda e acredita que a medida pode vir a banalizar o casamento. "Em muitos países onde divórcio direto foi aprovado existe a menção de que os casamentos estão sendo desfeitos de forma muito rápida". Segundo o especialista em direito das relações sociais pela PUC-SP, a argumentação utilizada para fundamentar a PEC "está sendo baseada no aspecto econômico-financeiro e no aspecto de redução da burocratização, numa abordagem, a meu ver, superficial". (SINDAF-GO, 2010)

O advogado Cláudio Andrade, destaca, ainda:

Sou advogado militante na área de família e vejo por dois ângulos a alteração constitucional. Observando a questão de forma prática, no que concerne ao exercício da advocacia, o fim da Ação de Separação Judicial traz prejuízos financeiros para a classe. Um advogado cobra hoje, em média, dois mil reais por uma ação de separação, onde não haja bens. Depois de um ano do trânsito em julgado da referida ação de extinção de vínculos obrigacionais, é proposto o Divórcio Conversão, também chamado de indireto, que extingue os vínculos matrimônios e possibilita aos cônjuges, contraírem novo matrimônio. (Blog do Cláudio Andrade, 2010)

Por um lado, o processo tornou-se sim mais rápido, mas por outro, pode haver a banalização do casamento, com a separação judicial os cônjuges poderiam refletir sobre se eram o que eles realmente queriam, poderiam pensar mais sobre todo o relacionamento vivido, sobre a situação dos filhos, e se quisessem poderiam reconciliar-se, o vínculo conjugal era novamente constituído e o casal continuaria vivendo como se nada tivesse acontecido.

Porém com o divórcio direto, os casais em um momento de desacordo, raiva, podem, sem pensar, pedi-lo e posteriormente se arrependem, neste caso o vínculo matrimonial já se desfez e somente um novo casamento poderá restituí-lo. Assim, está aberta a margem para o número de uniões estáveis aumentarem no país, tendo em vista que muitos não se casarão novamente com a mesma pessoa por já se considerarem casados.

Além disso o legislador poderia ter diminuído o lapso temporal entre a separação judicial e a sua conversão em divórcio, assim, o processo também seria mais rápido e as partes teriam tempo para pensar sobre o que fazer de suas vidas.

No que tange aos advogados, principalmente aqueles que trabalham na área da família, vai haver uma relevante diminuição dos serviços, tendo em vista que de acordo com o IBGE em 2006 foram concedidas 101.820 separações judiciais (SINDAF-GO, 2010)

Devemos, pois, destacar alguns problemas que vieram com a Emenda, tendo em vista que esta é omissa em relação a certos aspectos, como por exemplo se o divórcio direto é aceito no caso em que o casal esteja casado há menos de 01 ano.

Neste caso deve-se analisar o artigo 1.574 do Código Civil: “Dar-se-á a separação judicial por mútuo consentimento dos cônjuges se forem casados por mais de um ano e o manifestarem perante o juiz, sendo por ele devidamente homologada a convenção.”

Vejam os que, para a concessão da separação consensual, era requisito os cônjuges estarem casados há mais de 01 ano, então fica a dúvida se essa norma aplica-se ou não ao divórcio direto, sendo que o melhor caminho a ser seguido é aplicá-la, para evitar a banalização do casamento. Porém, por outro lado, a intenção do legislador foi de não colocar obstáculos ao casal quando este resolver se divorciar, assim, a aplicação desse dispositivo estaria colocando uma barreira temporal para aqueles que se casaram e em menos de um ano quiserem se divorciar, sendo que esta não foi a intenção do legislador.

Por outro lado, os cônjuges que optarem pela separação judicial litigiosa não precisam esperar o casamento completar um ano para se separarem, assim, se houver alguma dúvida sobre o divórcio, podem primeiro se separar e posteriormente, se for o caso, se divorciarem.

Outro ponto no qual a lei é omissa, é se aqueles que antes da vigência da súmula tiveram sua separação judicial decretada, se poderão antes do lapso temporal de um ano pedir a conversão em divórcio. Analisando a intenção do legislador, chegaremos a conclusão que sim, que os casais já separados a menos de um ano poderão, a qualquer tempo, pedir a conversão da separação em divórcio. Assim como aqueles que estão com processo de separação em trâmite poderão convertê-los em divórcio direto, se esta for a vontade dos cônjuges.

Vejam os que a Emenda 66 já está sendo aplicada:

Em audiência de separação judicial consensual realizada no último dia 15, na Comarca de Bacuri, o Ministério Público se manifestou pela decretação do divórcio do casal, aplicando o disposto no art. 1º da Emenda Constitucional nº 66/2010 que alterou as regras para a decretação do divórcio e entrou em vigor no dia anterior, 14 de julho de 2010. Em seu parecer, o promotor

Thiago Cerqueira Fonseca, titular da Comarca de Bacuri, destacou que a emenda constitucional suprimiu o requisito da prévia separação judicial por mais de um ano ou comprovada separação de fato por mais de dois anos, para a decretação do divórcio. "Dessa forma, para a decretação do divórcio basta apenas que as partes sejam casadas e manifestem o interesse em dissolver o vínculo conjugal", afirmou. O juiz da Comarca, Março Adriano Ramos Fonseca, acolheu o parecer do Ministério Público, decretando o divórcio. (CCOM-MPMA, 2010)

Assim, como já previa o autor Venosa:

A posição conservadora do legislador mantém as duas formas, separação e divórcio, como examinamos. Nada impede que no futuro se opte pela esfera legislativa exclusivamente pelo divórcio, sem o passo antecedente da separação ou desquite, que na maioria das vezes se mostra desnecessário. Um grande passo será dado no futuro com a mediação obrigatória nas hipóteses de separação judicial e divórcio. Há que se propender, no futuro, para suprimir-se do Judiciário os procedimentos de separação, quando não houver litígio entre as partes. (2004, p. 218)

Deve-se destacar, ainda, a opinião daqueles que acreditam que a separação judicial não foi abolida do nosso ordenamento jurídico, o que ocorreu foi apenas a abolição do lapso temporal entre a separação e o divórcio, sendo assim, aqueles casais que não tem certeza sobre o rumo que querem dar a sua relação, podem optar pela separação e após quando quiserem e se quiserem, poderão, a qualquer tempo, pedir o divórcio.

Segundo a Juíza e professora Maria Luiza Pova Cruz:

Como consequência da separação judicial temos:

- a) Fim da sociedade conjugal (artigo 1571, III do CC);
- b) A manutenção do vínculo matrimonial (artigo 1580 do CC);
- c) Possibilidade de reconciliação (artigo 1577 do CC);
- d) Impedimento para um novo casamento, porém liberdade para a constituição de união estável (artigos 1525, inciso V, e 1723, §1º do CC).

O divórcio, por seu turno, gera:

- a) Fim do casamento válido (artigo 1571, §1º do CC);
- b) O rompimento absoluto do vínculo matrimonial (artigo 1571, §§1º e 2º do CC);
- c) Impossibilidade de reconciliação. Os cônjuges divorciados devem se casar novamente, caso queiram retomar a comunhão plena da vida;
- d) As pessoas divorciadas podem casar-se ou constituir união estável (Branquinho, 2010)

Em um artigo da internet, escrito por Wesley Marques Branquinho, ele disserta:

Destarte, poderíamos entender que a separação também não foi recepcionada, ocasionando a extinção dos processos de separação judicial ou o impedimento à separação extrajudicial (Lei nº 11.441/2007)? Para alguns, seria o caso de extinção de todos os processos de separação, pois essa forma de término da sociedade conjugal não teria mais razão de existir. O Professor Pablo Stolze Gagliano entende que a nova Emenda do Divórcio suprimiu o

instituto da separação judicial no Brasil; com isso, o divórcio converter-se-á na única medida dissolutória do vínculo e da sociedade conjugal, não persistindo mais a tradicional dualidade tipológica em divórcio direto e indireto. Data venia, entendo que a nova disposição constitucional não extinguiu a possibilidade da separação, apenas eliminou o requisito temporal para o divórcio, que é outra modalidade de término da sociedade conjugal (art. 1571, CC/02) e possui conseqüências jurídicas diferentes, como já dito alhures. Fazendo uma comparação com o teatro cotidiano da vida, quando um casal pretende apenas "dar um tempo no casamento", optará pela separação, mas se tiverem decididos pelo término do enlace matrimonial, desfazendo os vínculos, irão optar pelo divórcio, pois o primeiro não é mais pressuposto do segundo. (Branquinho, 2010)

Assim, apenas o tempo mostrará a real intenção do legislador, tendo em vista que o texto constitucional foi omissivo, dando margem a várias interpretações. Devido esta divergência, veremos a seguir os pontos mais importantes sobre a separação judicial e o divórcio.

2.4 A separação judicial

A Lei 6.515/77 denominou de separação judicial o instituto que o Código Civil anterior rotulava como "desquite". Assim como o "desquite" a separação judicial somente dissolve a sociedade conjugal, mantendo, assim, o vínculo matrimonial entre os cônjuges.

O Código Civil de 2002 ao dissertar sobre a extinção da sociedade conjugal, definiu os deveres que foram contraídos com o casamento e que seriam excluídos a partir da separação judicial, sendo eles: a extinção do regime matrimonial de bens e dos deveres de coabitação e fidelidade. De acordo com o artigo 1.576: "A separação judicial põe termo aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca e ao regime de bens."

Sobre o tema disserta Rodrigues:

Como se verá, diante da ampliação, pelo legislador de 2002, dos deveres conjugais, aquelas obrigações antes consideradas implícitas, e mesmo a conduta desonrosa, passam a constar expressamente dos compromissos recíprocos assumidos pelo casamento; assim, qualquer comportamento faltoso de um dos cônjuges aparentemente se enquadra na definição de violação dos deveres conjugais, dentre os quais, a mútua assistência e o respeito e consideração recíprocos (CC, art. 1.566 e III e V). (2003, p. 210)

Sob o prisma da fundamentação legal, Rodrigues classifica a separação judicial como: separação com causa específica e separação com causa genérica.

A primeira encontra na lei situações específicas, tipificadas na norma, que autorizam a separação. Trazem causas específicas a separação por mútuo consentimento (CC, art. 1.574), por culpa de um dos cônjuges (CC, arts. 1.572, “caput”, e 1.573), por doença mental (CC, art. 1.572, parágrafo 2º), ou por separação de fato por um ano consecutivo (CC, art. 1.572, parágrafo 1º). Já como causa genérica, a lei traz um conceito vago, permitindo o rompimento por circunstâncias fáticas a serem verificadas pelo magistrado, nos termos previstos no parágrafo único do art. 1.573 do Código. (2008, p.209)

Rodrigues classifica, ainda, a separação judicial de acordo com o comportamento das partes, podendo ser, neste caso, a separação por culpa de um dos cônjuges, sem culpa dos cônjuges e por circunstâncias. Na separação por culpa de um dos cônjuges, imputa-se a um dos cônjuges a responsabilidade pelo término da relação, por violação dos deveres conjugais. E sobre os casos de culpa do cônjuge que não estão implícitos na Lei, diz Rodrigues:

Exceções, porém, existem no Direito. A seu turno, a realidade sempre vai muito além da nossa imaginação. Assim, diante de determinado quadro fático, poderá excepcionalmente existir um comportamento faltoso dos cônjuges que não se enquadre na previsão de violação dos deveres conjugais. Nessa hipótese excepcional, a culpa (ou particularmente os seus restritos efeitos) poderá ser buscada na separação com fundamento em causa genérica (CC, art. 1.573, parágrafo único). (2003, p. 210)

Na separação sem culpa, não há a discussão sobre a responsabilidade do término da relação, ou seja, o Juiz não precisa saber qual o motivo que leva o casal a separação. A separação sem culpa ou por circunstâncias divide-se ainda em: circunstâncias específicas e circunstâncias genéricas.

A separação por circunstância específica é tipificada pelo Código Civil, sendo ela a separação por mútuo consentimento, por doença mental ou por separação de fato por mais de um ano consecutivo. Já a separação por circunstância genérica, não é determinada por uma situação fática, então a Lei criou um conceito vago dessa modalidade no artigo 1.573, parágrafo único do Código Civil: “O Juiz poderá considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum”. Deve-se ressaltar que em ambos os casos a responsabilidade da separação é irrelevante.

A separação judicial por mútuo consentimento é aquela em que os cônjuges chegam ao um acordo quanto a separação, suas cláusulas e condições, sendo que ao ajuizar a ação os cônjuges não precisam expor os motivos que levaram o casal a por fim a sociedade conjugal.

Sobre esse tema diz Rodrigues: “A grande vantagem desse tipo de separação é a de ocultar a sua causa. A sociedade conjugal se dissolve discretamente, não ficando a constar do processo o motivo da dissolução.” (2008, p. 212)

Há um único requisito para o ajuizamento desse tipo de ação (separação judicial por mútuo consentimento), além, claro, do consentimento mútuo, também se faz necessário que o casal esteja casado há mais de um ano, segundo o artigo 1.574, do Código Civil. Esse limite de tempo é dado devido as mudanças bruscas que um casamento trás na vida de um casal, por muitas vezes a adaptação a nova vida é difícil podendo trazer transtornos para os cônjuges, então esse tempo é estipulado como um período de adaptação, para evitar precipitações.

A separação judicial por mútuo consentimento para ser ajuizada deve seguir os artigos 1.220 a 1.224 do Código Civil, onde a petição inicial deve ser assinada por ambos os cônjuges, ou a rogo deles, além disso a petição deve ser instruída com a certidão de casamento e o contrato antenupcial, se houver, também deve haver a descrição sobre os bens do casal e a sua partilha, sobre a guarda dos filhos menores, se houvesse, o valor da contribuição para a manutenção da prole comum e, por último, a pensão alimentícia a ser paga pelo marido à mulher, se fosse o caso.

Deve-se ressaltar que se não houver acordo com relação à partilha dos bens do casal, nada impede que a separação fosse homologada, pois a partilha pode ser realizada em momento posterior. A questão sobre os alimentos, guarda dos filhos e regulamentação de visitas também pode ser deixada para discussão própria em outro processo, porém neste caso somente seria homologada a separação judicial se já estivesse em curso o processo para tratar desses assuntos, como forma de proteção aos filhos. Segundo Diniz:

A separação consensual só terá eficácia jurídica com a homologação judicial (CC, art. 1.574), que não é mero ato de chancela de um acordo, mas de fiscalização e controle da convenção firmada pelos cônjuges, visto que a separação do casal envolve também interesses da prole. O magistrado poderá recusar a homologação e não decretar a separação se apurar que a convenção não preserva os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges (CC, art. 1.574, parágrafo único). (2002, p. 255)

Uma vez homologada a separação esta deve ser averbada no Cartório de Registro Civil, e se houver partilha de bens imóveis há a necessidade da expedição de formal de partilha ou carta de adjudicação ao Cartório de Registro de Imóveis.

Não obstante, deve-se destacar a separação judicial litigiosa, que ao contrário da separação por mútuo consentimento deve ser levado ao Juízo o motivo da separação entre os

cônjuges, ou seja, a razão da dissolução do vínculo conjugal deve ser proclamada e provada, podendo, assim, trazer constrangimentos aos cônjuges. Segundo Rodrigues:

Por esse motivo, não raro um dos cônjuges, ao ver o propósito de seu consorte de intentar a separação judicial, concorda com a dissolução por mútuo consentimento, para fugir à desagradável publicidade peculiar àquela demanda. (2008, p. 212)

Além disso, no caso da separação litigiosa não há um prazo específico para seu ajuizamento, diferentemente da separação por mútuo consentimento que o prazo é de um ano após o casamento, como já mencionado, ou seja o cônjuge pode propor a ação de separação judicial litigiosa um dia após ter contraído núpcias.

Há, também, a possibilidade da conversão da separação litigiosa em consensual, ou seja, no curso do processo de separação litigiosa a qualquer tempo as partes podem requerer sua conversão em consensual, desde que observado o disposto no artigo 1.121 do Código de Processo Civil.

A separação judicial litigiosa está prevista no artigo 5º da Lei 6.515/77: “A separação judicial pode ser pedida por um só dos cônjuges quando imputar ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum”. A separação judicial, como já dito anteriormente, somente dissolve a sociedade conjugal, sendo assim, um casal com a separação judicial decretada pode, a qualquer momento, reconciliar-se e restabelecer o estado de casados. Segundo Venosa:

O casamento é restabelecido nos mesmos termos em que foi constituído, mantido, portanto, o mesmo regime de bens. [...] A reconciliação deve ser averbada junto ao assento da separação, averbando-se também esta no registro de casamento, caso ainda não o fora. (2009, p. 197)

Por fim, existe, ainda, a separação judicial como sanção, que é aquela que ocorria quando um dos cônjuges imputava ao outro qualquer ato de violação dos deveres matrimoniais, ou ainda, conduta desonrosa, na qual tornou a vida do casal insuportável e por este motivo acarretou a separação do casal.

A separação judicial era prévia ao divórcio, ou seja, somente após o lapso de 01 ano da separação judicial que os cônjuges podiam efetivamente se divorciarem, salvo no caso do divórcio direto, que era necessário tão somente a separação de fato por mais de 02 anos. Atualmente, como já mencionado, esse lapso não mais existe, sendo que de acordo com algumas opiniões os casais ainda podem se utilizar da separação judicial, caso haja dúvida sobre o rompimento definitivo do matrimônio.

2.5 O divórcio

O casamento válido no Brasil, somente se dissolvia pela morte de um dos cônjuges, portanto, vigorava o Princípio da Indissolubilidade do Vínculo Matrimonial. Com a chegada da Emenda Constitucional nº 09 de 1977, ficou derogada indissolubilidade do casamento, surgindo em consequência a Lei 6.515 de 1977 que foi um grande passo no Direito Brasileiro, sendo que com ela foi instituído o divórcio em nosso ordenamento jurídico. Surge, então duas modalidades de divórcio, o divórcio-sanção e o divórcio-remédio. Segundo Venosa:

O divórcio-sanção, a exemplo da separação-sanção, deve resultar de processo litigioso, pois a idéia é imputar fato culposo ao outro cônjuge, que deve ser provado, a fim de ser obtido o divórcio. O divórcio-remédio é a solução apontada para aquelas uniões que já desabaram inapelavelmente e os cônjuges concordam em seccioná-las com o divórcio, traduzindo menor sacrifício para ambos, ou, ao menos, para um deles. (2009, p. 200)

O divórcio, segundo o artigo 1.580 do Código Civil, pode somente ser declarado após decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que houvesse decretado a separação judicial, sendo que, neste caso qualquer um dos cônjuges poderia requerer a sua conversão. Segundo Gonçalves: “O pedido de conversão da separação em divórcio constitui um novo processo, autônomo em relação ao anterior desquite ou separação judicial quando formulado ao mesmo juízo.” (2009, p. 253)

Para Diniz:

o pedido de conversão da prévia separação judicial consensual ou litigiosa em divórcio, feito por ambos ou qualquer um dos cônjuges” configura o divórcio consensual indireto. Sendo que para a mesma autora tem-se ainda, o divórcio litigioso indireto:

[...] é o obtido mediante uma sentença judicial proferida em processo de jurisdição contenciosa, onde um dos consortes, judicialmente separado há mais de 1 ano, havendo dissenso ou recusa do outro em consentir no divórcio, pede ao magistrado que converta a separação judicial (consensual ou litigiosa) em divórcio, pondo fim ao matrimônio e aos efeitos que produzia. (2002, p. 282)

O divórcio direto, originariamente, era disciplinado pelo artigo 40 da Lei 6.515/77, sendo que esse dispositivo determinava o pedido de divórcio sem a prévia separação judicial, porém o casal deveria estar separado de fato há mais de cinco anos. De acordo com Venosa:

Observemos que, originariamente, na Emenda nº 9/77 e na Lei nº 6.515/77, a separação judicial e o divórcio tinham caráter de sucessividade. Isto é, pela regra geral, somente seria atingido pelo casal o estágio de divórcio após ter sido obtida a separação judicial. A Emenda 9/77 dispunha que o casamento somente poderia ser dissolvido com prévia separação judicial por mais de três anos. Desse modo, não se admitia, como regra geral, ação direta de divórcio sem a prévia separação com o lapso temporal exigido. Existia, contudo, no ordenamento que introduziu o divórcio, a possibilidade de ação direta, todavia em caráter excepcional [...] (2004, p. 219)

Com a chegada da Constituição Federal de 1988, admitiu-se o divórcio direto, porém após dois anos de separação de fato. A Lei 7.841/89 deu nova redação ao artigo 40 da Lei, dispondo: “no caso de separação de fato, e desde que completados dois anos consecutivos, poderá ser promovida a ação de divórcio, na qual deverá ser comprovado decurso do tempo de separação.”

Então, bastava ao casal comprovar o lapso temporal de dois anos ou mais de separação de fato, não sendo necessário expor os motivos pelos quais que levaram tal separação, para obter o divórcio direto. Sendo que somente os próprios cônjuges possuem legitimidade para ajuizar a ação de divórcio. De acordo com Levenhagem:

Somente os cônjuges têm legitimidade para ajuizar a ação de divórcio é o que dispõe expressamente o parágrafo único do artigo 24 da Lei nº 6.515. Todavia, em se tratando de incapaz, pode a ação ser ajuizada por curador, ascendente ou irmão, tal como esclarece o mesmo parágrafo único citado, in fine. (1995, p. 112)

No que tange ao lapso temporal de dois anos, este deveria ser consecutivo, sem interrupções, segundo Venosa:

Cada interrupção na separação fará com que novo prazo se inicie. Quando proposta a ação, é necessário que o prazo atual seja de no mínimo dois anos de separação contínua. Por outro lado, cumpre também avaliar se nesse prazo de dois anos o casal limitou-se a encontros esporádicos que não caracterizam reatamento. (2009, p. 205)

Em relação aos efeitos do divórcio podemos destacar o mais importante que é pôr termo ao casamento e aos efeitos civis do matrimônio religioso. Diniz elenca os efeitos, destacaremos os mais importantes:

A sentença de divórcio, depois de registrada no Registro Público competente, portanto, produz os seguintes efeitos: Dissolve definitivamente o vínculo matrimonial civil e faz cessar os efeitos civis do casamento religioso que estiver obviamente transcrito no Registro Público; Põe fim aos deveres recíprocos dos cônjuges; Extingue o regime matrimonial de bens, procedendo à partilha conforme o regime. Entretanto, a lei, nos casos de

ruptura da vida em comum, por grave doença mental, atribui conseqüências especiais ao prescrever que reverterão ao cônjuge enfermo que não pediu o divórcio os remanescentes dos bens que tiver levado ao casamento e a meação dos adquiridos na constância do casamento, se o regime de bens o permitir; Faz cessar o direito sucessório dos cônjuges, que deixam de ser herdeiros um do outro, em concorrência ou na falta de descendente e ascendente; Possibilita novo casamento aos que se divorciam, observando-se o disposto no art. 1.523, III e parágrafo único, do Código Civil; Não admite reconciliação entre os cônjuges divorciados, de modo que se restabelecer a união conjugal só poderão fazê-lo mediante novo casamento; [...] (2002, p. 293)

O divórcio era diretamente ligado à separação judicial, tendo em vista que só poderia ocorrer depois de decretada a separação judicial, salvo no caso de divórcio direto, porém para ambos os casos eram necessários lapsos temporais para a decretação do divórcio, de acordo com a antiga redação do artigo 226, parágrafo 6º da Constituição Federal:

Artigo 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
[...] Parágrafo 6º. O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

Assim, com a chegada da recente Emenda nº 66 de 2010 com a mudança já discutida neste capítulo do artigo 226, parágrafo 6º da Constituição Federal, o divórcio pode ser realizado diretamente, sem restrições.

CAPÍTULO 3 - DA RESPONSABILIDADE CIVIL

3.1 Aspectos da responsabilidade civil e dos danos morais

A responsabilidade civil está presente cada vez mais frequentemente nos dias atuais, sempre que o homem sofre algum dano à sua pessoa ou ao seu patrimônio que lhe traga prejuízo moral ou patrimonial, acontece um desequilíbrio. O interesse em restabelecer esse equilíbrio é a fonte da responsabilidade civil. De acordo com Gonçalves:

Pode-se afirmar, portanto, que responsabilidade exprime idéia de restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano. Sendo múltiplas as atividades humanas, inúmeras são também as espécies de responsabilidade, que abrangem todos os ramos do direito e extravasam os limites da vida jurídica, para se ligar a todos os domínios da vida social. (2009, p. 02)

Há vários conceitos de responsabilidade civil, entre eles pode-se destacar o conceito de Diniz:

[...] como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causados a terceiros em razão de fato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva). (2003, p. 36)

Além do conceito de Rodrigues, que para este autor o melhor conceito de responsabilidade civil é de Savatier:

A responsabilidade civil vem definida por Savatier, como a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam. (2001, p. 6)

Por fim, o conceito dado por Gagliano:

[...] a responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor in natura o estado anterior das coisas. (2007, p.09)

Deve-se levar em consideração se o dano causado deve ou não ser reparado, se sim, primeiramente deve-se analisar quem irá reparar e depois a maneira que se dará essa

reparação. A responsabilidade pode ser civil ou penal, a responsabilidade civil é aquela que o interesse lesado é o privado, já a responsabilidade penal, o interesse lesado é o público.

Segundo Diniz:

Enquanto a responsabilidade penal pressupõe uma turbação social, ou seja, uma lesão aos deveres de cidadãos para com a ordem da sociedade, acarretando um dano social determinado pela violação da norma penal, exigindo para restabelecer o equilíbrio social investigação da culpabilidade do agente ou o estabelecimento da anti-sociabilidade do seu procedimento, acarretando a submissão pessoal do agente à pena que lhe for imposta pelo órgão judicante, tendendo, portanto, à punição, isto é, ao cumprimento da pena estabelecida na lei penal. A responsabilidade civil requer prejuízo a terceiro, particular ou Estado. A responsabilidade civil, por ser repercussão do dano privado, tem por causa geradora o interesse em restabelecer o equilíbrio jurídico alterado ou desfeito pela lesão, de modo que a vítima poderá pedir reparação do prejuízo causado, traduzida na recomposição do statu quo ante ou numa importância em dinheiro. (2003, p. 20)

A responsabilidade civil ainda pode ser classificada em duas espécies, a responsabilidade civil subjetiva, que é aquela em que está presente a vontade do agente de provocar o dano e a responsabilidade civil objetiva que basta tão somente a verificação do dano, em regra é atribuída ao Poder Público. De acordo com Arruda:

A responsabilidade subjetiva ou a objetiva por dano patrimonial material é aquela em que, do dano sofrido, resulta prejuízo econômico para o ofendido, e a por dano moral puro é aquela em que, do dano, não resulta nenhum prejuízo econômico. (1999, p. 95)

Deve-se, pois, distinguir a responsabilidade contratual e extracontratual, tendo em vista que uma pessoa pode causar prejuízos a outra tanto por descumprir uma obrigação contratual, como por praticar um ato ilícito. A responsabilidade extracontratual pode também ser chamada de aquiliana. Sobre esse assunto disserta Rodrigues:

Na hipótese de responsabilidade contratual, antes de a obrigação de indenizar emergir, existe, entre o inadimplente e seu co-contratante, um vínculo jurídico derivado da convenção; na hipótese da responsabilidade aquiliana, nenhum liame jurídico existe entre o agente causador do dano e a vítima até que o ato daquele ponha em ação os princípios geradores de sua obrigação de indenizar. (2001, p. 8)

Há pressupostos para a caracterização da responsabilidade civil, o primeiro pressuposto é a existência de uma ação comissiva ou omissiva do agente, ou de ato de terceiro ou coisas que estejam sob sua responsabilidade.

O ato de reparar pode emanar de uma ação lícita, ou seja, um ato que não viola a norma jurídica, porém foge a finalidade social que se destina; bem como da prática de atos

ilícitos, atos estes que violam a norma jurídica, em regra, esse ato sempre está acompanhado pela culpa, na qual gerará a obrigação de indenizar. A responsabilidade perante terceiros é aquela em que o agente responde sem ter praticado o ato que gerou o dever de reparação, como por exemplo, o patrão que responde por todos os atos de seus empregados. Sobre esse tema, diz Rodrigues:

Essa responsabilidade por fato de terceiro, consagrada pela lei e aperfeiçoada pela jurisprudência, inspira-se em um anseio de segurança, no propósito de proteger a vítima. Criando uma responsabilidade solidária entre o patrão e o empregado que diretamente causou o dano, fica a vítima com a possibilidade de pleitear a indenização a ela devida tanto de um como de outro daquelas pessoas e, certamente, proporá ação competente contra o amo, uma vez que este, ordinariamente, está em melhores condições de solvabilidade do que seu serviçal. (2001, p. 15)

O segundo pressuposto é a culpa do agente, ou seja para a caracterização da responsabilidade precisa ficar comprovado que o agente agiu de modo doloso ou culposo. No caso de dolo o agente deseja causar o dano, por outro lado, no caso de culpa o agente ao praticar o ato não visa trazer prejuízos a outrem, porém devido sua atitude de negligência, imprudência ou imperícia o dano ocorre.

O terceiro pressuposto é o nexo de causalidade entre o dano e a ação, neste caso para se ter nexo deve-se observar a não ocorrência de caso fortuito ou de força maior, ou até mesmo de culpa exclusiva da vítima, pois nesses casos não há a responsabilidade de ressarcimento.

Segundo Diniz:

Se o lesado experimentar um dano, mas este não resultou da conduta do réu, o pedido de indenização será improcedente. Será necessária a inexistência de causa de excludente de responsabilidade, como p. ex., por culpa exclusiva da vítima; por culpa concorrente da vítima, caso em que a indenização é devida por metade ou diminuída proporcionalmente; por culpa comum da vítima e do agente; por força maior ou por caso fortuito, cessando, então, a responsabilidade, porque esses fatos eliminam a culpabilidade ante sua inevitabilidade. (2003, p.39)

Por fim, para caracterização do dever de ressarcir deve, necessariamente, o dano ser experimentado pela vítima, ou seja, não há responsabilidade se não houver dano. No que tange ao dano, em sentido amplo, pode-se dizer que é a lesão de um bem jurídico, abrangendo assim, a honra, a saúde, a vida. Porém em sentido estrito, dano é a lesão do patrimônio, logo se vincula a indenização daquilo que se perdeu.

Então pode-se dividir o dano em: danos patrimoniais ou materiais e danos extrapatrimoniais, ou seja os morais. Segundo Gonçalves: “Material é o dano que afeta somente o patrimônio do ofendido. Moral é o que só ofende o devedor como ser humano, não lhe atingindo o patrimônio.” (2009, p. 339)

Os danos patrimoniais ou materiais visam o ressarcimento daquilo que se perdeu e daquilo que se deixou de ganhar, ou seja, o dano emergente e o lucro cessante. Os danos morais ou extrapatrimoniais são aqueles que não têm repercussão no patrimônio da vítima, e que afetam tão somente a moral desta. Segundo Gonçalves:

Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc., como se infere dos arts. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação. (2009, p.359)

Como mencionado pelo autor, a direta lesão ao ofendido infere no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, artigo este que traz como direito fundamental a dignidade da pessoa humana, esta que pode ser lesionada a qualquer momento, por esse motivo a Constituição traz em seu artigo 5º, incisos V e X, a possibilidade de indenização por dano material, moral ou à imagem:

Artigo 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] V- é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. (2009, p. 25)

Assim, está assegurado a todos o direito de indenização caso seja lesionado, tanto moralmente, como materialmente. Sobre esse assunto Gonçalves disserta, ainda:

No tocante aos bens lesados e à configuração do dano moral, malgrado os autores em geral entendam que a enumeração das hipóteses, previstas na Constituição Federal, seja meramente exemplificativa, não deve o julgador afastar-se das diretrizes nela traçadas, sob pena de considerar dano moral pequeno incômodos e desprazeres que todos devem suportar, na sociedade em que vivemos. Desse modo, os contornos e a extensão do dano moral devem ser buscados na própria Constituição, ou seja, no art. 5º, n. V (que assegura o “direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem) e n. X (que declara invioláveis “a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas) e, especialmente, no art 1º, n. III, que erigiu à categoria de fundamento do Estado Democrático “a dignidade da pessoa humana. (2009, p.360)

Nota-se, que a reparação por danos morais é garantida por norma constitucional, bem como pelo novo Código Civil que reconheceu formalmente e expressamente em seus artigos 186 e 192 o instituto do dano moral e sua reparabilidade, assim dispõe:

Artigo 186. Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

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

Desta forma, é garantido à vítima a reparação por danos morais, com base na Constituição Federal e no Código Civil.

3.2 Do dano moral

O dano moral é “o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima” (Venosa, 2006, p. 35). Pode ser dividido em dano moral direto e indireto. Segundo Diniz:

O dano moral direto consiste na lesão a um interesse que visa a satisfação ou gozo de um bem jurídico extra patrimonial contidos no direito da personalidade (como a vida, a integridade corporal, a liberdade, a honra, o decoro, a intimidade, os sentimentos afetivos, a própria imagem) ou nos atributos da pessoa (como o nome, a capacidade, o estado de família). O dano moral indireto consiste na lesão a um interesse tenedente à satisfação ou gozo de bens jurídicos patrimoniais, que produz um menoscabo a um bem extra-patrimonial, ou melhor, é aquele que provoca prejuízo a qualquer interesse não patrimonial, devido a uma lesão a um bem patrimonial da vítima. Deriva, portanto, do fato lesivo a um interesse patrimonial. P.ex: perda de coisa com valor afetivo, ou seja, de um anel de noivado. (2003, p. 87)

No que tange ao nosso estudo, se destaca o dano moral direto, sendo que em relação à sua reparação há impasses, tendo em vista este ser uma lesão pessoal e não há valores estipulados. Alguns autores entendem que as hipóteses previstas na Constituição Federal, sejam meramente exemplificativas, desse modo, a extensão do dano moral deve ser buscada na própria Constituição, ou seja, no artigo 5º, inciso V que garante o “direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem” e no inciso X que declara invioláveis “a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”, sendo este o melhor caminho a ser seguido. Segundo Diniz:

Todavia, nada obsta a que se dê reparação pecuniária a quem foi lesado nessa zona de valores, afim de que ela possa atenuar alguns prejuízos irreparáveis que sofreu. Assim, com o dinheiro, o lesado poderia abrandar sua dor, propiciando-se alguma distração ou bem-estar. O dinheiro não aparece, portanto, como a real correspondência equivalente, qualitativa ou quantitativamente, aos bens perdidos pelo lesado. Não há quantia capaz de corresponder, p. ex., ao sofrimento causado aos pais pela morte de um filho querido; ao abalo emocional pelo impacto de uma injúria; à humilhação ou à contrariedade causada pela queda de crédito oriunda de uma calúnia ou difamação etc. A reparação pecuniária teria, no dano moral, uma função satisfatória ou compensatória e concomitantemente, penal, visto ser visto ser encargo suportado por quem causou o dano moral (RTJ, 67:182). (2003, p. 89)

Sobre esse mesmo tema, diz Gagliano:

Quando a vítima reclama a reparação pecuniária em virtude do dano moral que recai, por exemplo, em sua honra, nome profissional e família, não está definitivamente pedindo o chamado pretio doloris, mas apenas que se lhe propicie uma forma de atenuar, de modo razoável, as consequências do prejuízo sofrido, ao mesmo tempo em que pretende a punição do lesante. (2007, p. 77)

Então, “somente o dano moral razoavelmente grave deve ser indenizado” (Gonçalves, 2009, p. 361). Logo, devem ser imputados como danos morais a dor, sofrimento, vexame, humilhação, que fogem à normalidade e que afetem de maneira significativa o comportamento psicológico da vítima.

Não obstante devemos observar a natureza jurídica da reparação por danos morais, segundo Gagliano “a natureza jurídica da reparação do dano moral é sancionadora (como consequência de um ato ilícito), mas não se materializa através de uma “pena civil”, e sim por meio de uma compensação material ao lesado.” (2007, p.77), porém o melhor caminho a ser seguido é o de Gonçalves:

Tem prevalecido, no entanto, o entendimento de que a reparação pecuniária do dano moral tem duplo caráter: compensatório para a vítima e punitivo para o ofensor. Ao mesmo tempo que serve de lenitivo, de consolo, de uma espécie de compensação para atenuação do sofrimento havido, atua como sanção ao lesante, como fator de desestímulo, a fim de que não volte a praticar atos lesivos à personalidade de outrem. (2009, p. 376)

Sobre a maneira que se fixava a indenização por danos morais no passado, disserta Venosa:

No tocante à fixação de um valor pelo dano moral, os tribunais utilizaram-se no passado, por analogia, do Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117/62) e da Lei de Imprensa (nº 2.250/69), únicos diplomas que

apontaram parâmetros para satisfação de danos morais, no passado. (2006, p. 286)

Atualmente a indenização devida pelos danos causados, deve ser quantificada pelo Juiz da causa, que irá analisar a lesão e determinará um valor equivalente a esta, pois ainda não há uma disciplina legal que estabeleça ao menos um parâmetro para essa quantificação, diferentemente ao Código Civil Mexicano e da Etiópia que fixa um teto máximo para o ressarcimento aos danos morais. Segundo Diniz:

Na quantificação do dano moral, o arbitramento deverá, portanto, ser feito com bom bom-senso e moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, à gravidade da ofensa, ao nível socioeconômico do lesante, à realidade da vida e às particularidades do caso sub examine. (2003, p. 97)

Deve-se observar que a vítima é titular direto da ação de reparação por danos morais, podendo, ainda, o titular da ação ser indireto, ou seja, aqueles que sofreram os reflexos dos danos, como os herdeiros, cônjuge e até mesmo companheira do ofendido.

3.3 A responsabilidade civil no rompimento do matrimônio no direito brasileiro

Nada existe em nosso direito, ao tocante à indenização em caso de rompimento de matrimônio, porém, na convivência marital entre o homem e a mulher há a possibilidade da prática de atos que possam trazer ao cônjuge prejuízos materiais e imateriais. Segundo Venosa:

Como rompimento do casamento pelo divórcio ou desfazimento da união de fato podem ser trazidos à baila condutas que mereçam a reprimenda indenizatória por danos materiais e imateriais. Em princípio, toda responsabilidade civil decorre do artigo 186: injúria, calúnia, sevícia, adultério, ou qualquer outra infração que traduza um ato danoso na relação entre o homem e a mulher seguem a regra geral da responsabilidade civil. Ocorrendo o dano, surge o dever de indenizar. (2006, p. 268)

A ação de reparação de danos morais ou materiais fundamenta-se, como mencionado acima, no já citado artigo 186 do Código Civil, bem como no artigo 292 do Código de Processo Civil, que diz: “É permitida a cumulação, num único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão.” De acordo com Gonçalves:

A ação de separação litigiosa e a de indenização são independentes. Os pedidos, contudo, são cumuláveis e podem ser formulados em uma mesma demanda (CPC, art.292). Nada impede, porém, que a indenização, com apoio do artigo 186 do Código Civil, seja pleiteada antes ou depois da instauração do processo para a obtenção da dissolução contenciosa da sociedade conjugal, e até mesmo em reconvenção, sendo competente, em qualquer caso, o juízo de família, e não o cível. (2009, p. 70)

Assim, fica clara a possibilidade de se pleitear a ação de separação judicial ou a ação de divórcio cumulada com reparação por danos morais. Veremos agora, as causas que podem ensejar essa demanda.

3.4 Causas que podem ensejar a reparação por dano moral entre os cônjuges

Devemos mencionar que no presente estudo destacamos a reparação por danos morais, porém os danos causados pelo cônjuge culpado também podem ser materiais. Segundo Gonçalves:

Parece-nos que, se o marido agride a esposa e lhe causa ferimentos graves, acarretando, inclusive, diminuição da sua capacidade laborativa, tal conduta, além de constituir causa para a separação judicial, pode fundamentar ação de indenização de perdas e danos, com suporte nos arts. 186 e 950 do Código Civil. Da mesma forma deve caber indenização, se o dano causado, e provado, for de natureza moral. (2009, p. 66)

No tocante aos danos morais, deve-se provar que a separação ocorreu por ato injusto do outro cônjuge e quais foram os prejuízos morais sofridos pelo cônjuge ofendido. Além disso, nada impede que o cônjuge inocente e pobre já coberto pela pensão alimentícia pleiteie indenização por danos morais, pois, como já mencionado a ação de separação judicial, divórcio e de indenização são autônomas e podem ser pleiteadas separadamente.

Não obstante, devemos destacar novamente o artigo 5º da Lei 6.515 de 1977 que elenca os deveres de ambos os cônjuges ao contrair o matrimônio:

São deveres de ambos os cônjuges:
I-Fidelidade recíproca;
II-Vida em comum, no domicílio conjugal;
III-Mútua assistência;
IV-Sustento, guarda e educação dos filhos;
V-Respeito e consideração mútuos.

Assim, devemos também lembrar que qualquer violação desses deveres leva à separação judicial culposa ou até mesmo ao divórcio direto, permitido atualmente, sendo que, no caso de violação da fidelidade recíproca, ou seja a prática do adultério, pode também gerar a possibilidade de indenização por danos morais, caso seja comprovado o prejuízo, bem como no caso de violação de respeito e consideração mútuos. Gonçalves cita em sua obra Regina Beatriz Tavares da Silva, que assevera:

A prática de ato ilícito pelo cônjuge, que descumpra dever conjugal e acarreta dano ao consorte, ensejando a dissolução culposa da sociedade conjugal, gera a possibilidade civil e impõe a reparação dos prejuízos, com o caráter ressarcitório ou compensatório, consoante o dano seja de ordem material ou moral. (2009, p. 68)

Portanto, nos resta destacar o pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial julgado no dia 17 de abril de 2001, sobre o assunto:

O sistema jurídico brasileiro admite, na separação e no divórcio, a indenização por dano moral. Juridicamente, portanto, tal pedido é possível: responde pela indenização o cônjuge responsável exclusivo pela reparação. Caso em que, diante do comportamento injurioso do cônjuge varão, a Turma conheceu do especial e deu provimento ao recurso por ofensa ao art. 159 do Código Civil [de 1916], para obrigação de se ressarcirem danos morais. (Resp, 37.051-0. 3ª Turma, relator Ministro Nilson Naves, 17/04/2001). (Slaibi, 2010)

Sendo que o artigo 159 mencionado no pronunciamento corresponde ao artigo 186 do Código Civil atual. Levando-se em consideração que as hipóteses de reparação elencadas no artigo 5º, incisos V e X da Constituição Federal são meramente exemplificativas, pode-se abrir um leque de possibilidades de reparação por dano moral na separação judicial ou no divórcio, basta que esse dano efetivamente seja um dano anormal e que cause sérios prejuízos ao cônjuge ofendido. Assim, tendo em vista não ter legislação específica sobre o assunto, veremos, pois, jurisprudências sobre o tema.

3.5 A jurisprudência

Como já mencionado anteriormente, não há legislação específica tratando sobre o tema aqui abordado, assim, mostraremos algumas decisões sobre o dano moral na separação judicial ou no divórcio.

O Acórdão nº 21752 da 10ª Câmara Cível da Comarca de Maringá, decidiu por unanimidade, a Apelação Cível no dia 10 de junho 2010, que:

DECISÃO: ACORDAM os Julgadores que compõem a Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por UNANIMIDADE de votos, em NEGAR PROVIMENTO à apelação, nos termos do voto do Relator. EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL JULGADA PROCEDENTE. AGRESSÃO ENTRE MARIDO E MULHER, COM LESÃO CORPORAL DESTA. APELAÇÃO DO MARIDO DEFENDENDO LITISPENDÊNCIA, AUSÊNCIA DE VERACIDADE DOS FATOS DESCRITOS PELA ESPOSA E AUSÊNCIA DE DANO MORAL. LITISPENDÊNCIA NÃO CONFIGURADA. AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL CUJO PEDIDO NÃO COMPREENDE RESSARCIMENTO POR DANOS MORAIS. LESÕES CORPORAIS E VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. FATO E AUTORIA RECONHECIDOS NO JUÍZO CRIMINAL. ASPECTOS CUJA DISCUSSÃO NÃO MAIS É POSSÍVEL NO ÂMBITO CIVIL. ART. 935 DO CÓDIGO CIVIL. PROVA TESTEMUNHAL A RESPEITO DAS AGRESSÕES VERBAIS. CONHECIMENTO DOS VIZINHOS E FAMILIARES ACERCA DOS FATOS. DANO MORAL CONFIGURADO. INDENIZAÇÃO FIXADA EM QUANTIA DISTINTA DAQUELA POSTULADA NA INICIAL. VALOR MERAMENTE ESTIMATIVO QUE NÃO VINCULA O JUÍZ. APELAÇÃO NÃO PROVIDA. (Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, 2010)

Como se pode observar, tal decisão condena o marido a indenizar a mulher no âmbito cível, tendo em vista as agressões por ela sofridas, além disso, deve ser apurado, ainda, a prática de lesão corporal e violência doméstica por parte do marido, no âmbito criminal.

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na Apelação Cível nº 36.016, em 1981, tendo como relator Cristovam Daiello, ficou decidido que cabe dano moral no caso em que o marido espanca a esposa, bárbara ou violentamente. Assim como o caso acima, vemos uma reparação por danos morais decorrido de um ato ilícito, que também pode ensejar processo crime. (Ismael, 2010)

Já no Recurso Especial nº 37051, tendo como relator o Ministro Nilson Naves, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça de Brasília, decidiu no dia 17 de abril de 2001 que:

Ementa Separação judicial. Proteção da pessoa dos filhos (guarda e interesse). Danos morais (reparação). Cabimento.

1. O cônjuge responsável pela separação pode ficar com a guarda do filho menor, em se tratando de solução que melhor atenda ao interesse da criança. Há permissão legal para que se regule por maneira diferente a situação do menor com os pais. Em casos tais, justifica-se e se recomenda que prevaleça

o interesse do menor. 2. O sistema jurídico brasileiro admite, na separação e no divórcio, a indenização por dano moral. Juridicamente, portanto, tal pedido é possível: responde pela indenização o cônjuge responsável exclusivo pela separação. 3. Caso em que, diante do comportamento injurioso do cônjuge varão, a Turma conheceu do especial e deu provimento ao recurso, por ofensa ao art. 159 do Cód. Civil, para admitir a obrigação de se ressarcirem danos morais.

Acórdão:

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, "Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Menezes Direito, a Turma, por maioria, vencido o Sr. Ministro Eduardo Ribeiro, conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento. (Slaibi, 2010)

No caso supra citado podemos observar a possibilidade de cumulação entre a separação judicial e o pedido de danos morais.

No dia 14 de dezembro de 2006, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgou o Recurso Especial nº 2003/0221572-5, onde fica claro que é possível pleitear danos morais, bem como materiais, contra ex cônjuge:

RECURSO ESPECIAL - OFENSA AO ART. 535 DO CPC - INOCORRÊNCIA - EMBARGOS DECLARATÓRIOS - PROPÓSITO DE PREQUESTIONAMENTO - SÚMULA 98 - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - SÚMULAS 282/STF E 211/STJ - RENÚNCIA A ALIMENTOS - PEDIDO INDENIZATÓRIO - COISA JULGADA - INEXISTÊNCIA - PEDIDO INDENIZATÓRIO - POSSÍVEL CONTRA EX-CÔNJUGE - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO-CONFIGURADA.

- Não há ofensa ao Art. 535 do CPC se, embora rejeitando os embargos de declaração, o acórdão recorrido examinou, motivadamente, todas as questões pertinentes.
- "Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não tem caráter protelatório."
- Falta prequestionamento quando o dispositivo legal supostamente violado não foi discutido na formação do acórdão recorrido.
- A renúncia a alimentos em ação de separação judicial não gera coisa julgada para obviar ação indenizatória decorrente dos mesmos fatos, que eventualmente, deram causa à dissolução do casamento.
- A possibilidade jurídica do pedido é apurada em tese. Assim, pedido impossível é aquele juridicamente incompatível com o Ordenamento Jurídico. Não há proibição no direito pátrio para pedido indenizatório - por danos materiais ou morais - contra ex-cônjuge por eventual ato ilícito ocorrido na constância do casamento.
- Para demonstrar divergência jurisprudencial é necessário confronto analítico e semelhança entre os casos. Não bastam simples transcrições de ementas. (Superior Tribunal de Justiça, 2010).

O primeiro grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgou no dia 05 de maio de 1989 os Embargos Infringentes nº 500360169, onde o cônjuge foi condenado a indenizar tendo em vista o seu comportamento injurioso:

INDENIZACAO. DANO MORAL. SEPARAÇÃO JUDICIAL. INJURIAS PRATICADAS PELO CONJUGE. APLICACAO DO ART-1547 E SEU PARÁGRAFO ÚNICO DO CÓDIGO CIVIL. O DANO MORAL, DECORRENTE DOS MOTIVOS QUE OCASIONARAM A SEPARAÇÃO JUDICIAL, E INDENIZAVEL. EMBARGOS ACOLHIDOS EM PARTE. VOTOS VENCIDOS. (SEGREDO DE JUSTIÇA).
(Jus Brasil, 2010)

Podemos observar no Recurso Especial nº 2001/0014205-4 julgado pela quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no dia 05 de outubro de 2004, que não há possibilidade de se pleitear os danos morais na separação judicial sem culpa de um dos cônjuges, tendo em vista que o dano deve ser razoavelmente grave, e se a separação foi sem culpa, presume-se que não houve o dano:

CIVIL - PROCESSUAL CIVIL - DIREITO DE FAMÍLIA - RECURSO ESPECIAL -
AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL - PROCEDÊNCIA - LEI 6.515/77, § 1º E
3º, DO ART. 5º - INAPLICABILIDADE DO § 3º, DO ART. 5º, DA LEI 6.515/77 - ART. 159 DO CÓDIGO CIVIL - DANOS MORAIS – NÃO COMPROVAÇÃO - IMPROCEDÊNCIA - SÚMULA 07/STJ.
1. Consoante o conjunto fático-probatório colhido nas instâncias ordinárias, e como decidido no v. acórdão recorrido, restou indiscutível a ruptura da vida em comum das partes, em período ultrapassando um ano consecutivo, e a impossibilidade de sua reconstituição. Cumpridas, portanto, as exigências contidas no § 1º, do art. 5º, da Lei 6.515/77 (com nova redação dada pela Lei 8.408/92). Procedência da ação de separação judicial ajuizada pelo cônjuge varão.
2. A alegada infringência ao parágrafo 3º, do art. 5º, da Lei 6.515/77, não prospera, in casu, por carecer de amparo legal, conforme decidiu a Suprema Corte (RE nº 93.904/RS, Rel. p/ acórdão Min. MOREIRA ALVES, in Revista Trimestral de Jurisprudência, vol. 131, jan./1990, p.245): "O § 3º do art. 5º da Lei 6.515/77 - e pouco importa o fim a que visou: se a título de pena, ou não - modifica, em virtude da causa de extinção do casamento, o regime de bens nele vigorante, com a alteração da qualificação de bens que nesse instante deixam de ser comuns para se tornarem comunicáveis. Assim, sua aplicação a matrimônio com regime da comunhão universal de bens celebrado antes do advento da Lei 6.515/77 ofende o princípio constitucional do respeito ao direito adquirido (§ 3º do artigo 153 da Emenda Constitucional nº 1/69)". Igualmente, cfr.: "Por importar alteração do regime de bens, este parágrafo não pode ser aplicado a matrimônio celebrado antes da vigência da Lei do Divórcio, pois dita aplicação ofenderia o princípio constitucional do respeito ao direito adquirido" (THEOTONIO NEGRÃO e JOSÉ ROBERTO GOUVEIA, in "Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual em vigor", 36 ed., Saraiva, 2004,

p.1345). Como, no caso em questão, o matrimônio foi celebrado em 23.12.1966, em regime de plena comunhão de bens, inaplicável, portanto, o referido dispositivo legal.

3. Tratando-se de separação judicial sem culpa, não há falar de indenização por dano moral, com base no art. 159, do Código Civil. Mesmo se assim não fosse, concluir de forma distinta do Tribunal de origem, demandaria reexame dos fatos analisados nas instâncias ordinárias, providência inviável na via do especial: óbice da Súmula 07/STJ.

4. Recurso não conhecido.

No Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul na Apelação Cível AC 12299 MS 2005.012299-2, mostra um caso de reparação por danos morais de um casal divorciado:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - AGRESSÃO RECÍPROCA DO CASAL DIVORCIADO COM MAIOR VIOLÊNCIA POR PARTE DO EX-MARIDO - DANOS MORAIS DEVIDOS - REDUÇÃO DO VALOR FIXADO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (Jus Brasil, 2010)

No dia 30 de junho de 2010, na comarca de Araçatuba, na 8ª Câmara de Direito Privado, na apelação nº 994050434304, tendo como relator Caetano Lagrasta, ficou decidido que “Responsabilidade Civil. Danos Morais. Agressões morais e físicas contra a companheira durante o relacionamento. Indenização devida. Fixação no equivalente a 50 salários mínimos. Recurso provido para este fim.” (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 2010)

Portanto, fica clara a possibilidade de se pleitear ação de danos morais no caso de divórcio ou separação judicial, no caso acima comprova-se que o Magistrado é quem define o valor da indenização a ser paga, com base no dano, que deve ser apurado em suas circunstâncias.

CONCLUSÃO

Verificamos, pois, a história do casamento no mundo e no Brasil, seu conceito jurídico e finalmente a sua dissolução, assim vimos a evolução das leis e dos costumes da sociedade, tendo em vista que no nosso país sequer era permitida a dissolução do matrimônio, e atualmente não se encontra mais obstáculo para se dar fim ao um casamento.

Devemos destacar a importância do casamento, que apesar de poder ser dissolvido rapidamente, este envolve muito mais que meros procedimentos jurídicos, tendo em vista que presume-se que o casamento seja um vínculo de amor, companheirismo, assistência e que dele venha a prole, porém, muitas vezes isto não ocorre ou acaba se perdendo com o tempo, acarretando assim o término da relação, onde pode acontecer inúmeros fatos que possam ensejar os danos morais. O nosso estudo abordou alguns dos possíveis casos que possam ensejar a cumulação do pedido de danos morais na separação judicial ou no divórcio, lembrando que somente deve ser ressarcido o dano que for considerado razoavelmente grave, e que o valor do ressarcimento cabe ao Juiz da causa.

No decorrer do estudo, houve uma relevante mudança em nosso ordenamento jurídico com a Emenda do Divórcio, onde ficou a dúvida se a separação judicial subsistiria ou não. O que podemos afirmar é que no caso de danos morais, ficou provada a possibilidade de sua cumulação tanto com a ação de divórcio, quanto com a ação de separação judicial.

Assim, no que tange a divergência sobre a separação judicial, ante os estudos e pesquisas, podemos afirmar que esta ainda está em vigor e poderá ser usada se os cônjuges desejarem, tendo em vista que sua decretação não rompe o vínculo matrimonial.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Cláudio. **A Emenda 66.** Disponível em: <<http://blogclaudioandrade.blogspot.com/2010/07/emenda-66.html>>. Acesso em: 21/07/2010.

ARRUDA, Augusto F.M Ferraz. **Dano moral puro ou psíquico.** editora Juarez de Oliveira, 1999.

AURÉLIO. **Mini dicionário da língua portuguesa.** 3ª edição. editora Nova Fronteira: 1993.

BRASIL, **Constituição Federal.** 6ª edição. Rideel: 2009.

_____. **Código Civil.** 6ª edição. Rideel: 2009.

_____. **Código de Processo Civil.** Rideel: 2009.

_____. **Lei 6.515/1977.** Rideel: 2009.

BRANQUINHO, Wesley Marques. **O novo divórcio: Emenda Constitucional n° 66.** Jus Navigandi. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/16997>>. Acesso em: 03/08/2010.

CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e Separação.** 4ª edição. Editora Revista dos Tribunais: 1984.

CANEZIN, Claudete Carvalho. **A mulher e o casamento: da submissão a emancipação,** p. 06: 2006.

CCOM-MPMA, **Ministério Público adota Emenda Constitucional 66/2010 em parecer sobre divórcio consensual.** Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2284700/ministerio-publico-adota-emenda-constitucional-66-2010-em-parecer-sobre-divorcio-consensual>>. Acesso em: 21/07/2010

DINIZ, Maria Helena, **Curso de Direito Civil Brasileiro.** Saraiva. (p. 219, 2002).

_____. **Direito Civil Brasileiro.** Saraiva. 5ª edição: 2002.

_____. **Direito Civil Brasileiro Responsabilidade Civil**. 7º volume. Saraiva: 2003.

FREITAS, Ana Tereza Ceita. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=879>>. Acesso em: 23/10/2009.

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

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil**. 5ª edição. Saraiva: 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 4ª edição. Volume IV. Saraiva: 2009.

_____. **Direito Civil Brasileiro**. 6ª edição. Volume VI. (p. 213), 2009.

GURGEL, J. do Amaral. **Desquite**. Volume I. Saraiva, 1957.

ISMAEL, Denigelson da Rosa. Disponível em <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/24626/Responsabilidade_Civil_Conv%C3%ADvio.pdf?sequence=1>. Acesso em: 03/09/2010.

JUS BRASIL, **Jurisprudência**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=danos+moais+separa%E7%E3o+judicial&b=ACOR>. Acesso em: 02/08/2010.

_____, **Jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5994671/apelacao-civel-ac-12299-ms-2005012299-2-tjms>>. Acesso em: 04/09/2010.

LEVENHAGEM, **Do casamento ao divórcio**, 1995, editora atlas,

MONTEIRO, Washington de Barros. **Direito de Família**. 37ª edição, (p. 22). Saraiva: 2004.

_____. **Curso de Direito Civil**. 36ª edição. Saraiva: 2001.

NETO, Manoel Augusto Vieira, **Código Civil Brasileiro**, Saraiva, p. 141, 1971.

PEREIRA, Áurea Pimentel. **Divórcio e Separação Judicial no Novo Código Civil**. 10ª edição. Renovar: 2003.

PRATA, Edson. **Desquite Amigável**. Universitária de Direito LTDA: 1976.

RODRIGUES, Silvio. **O divórcio e a Lei que o regulamenta**. Saraiva: 1978.

_____. **Direito Civil**. 26ª edição. (p. 202). Saraiva: 2001.

_____. **Direito Civil**. 28ª edição (p. 19). Saraiva: 2004.

SAMPAIO, Pedro. **Divórcio e Separação Judicial**. 3ª edição. (p.02/10). Saraiva:1986.

SILVA, Oliveira. **Desquite e Divórcio**. 2ª edição. Freitas Bastos: 1953.

SINDAF-GO, Sindicato dos Analistas Fazendários do Estado de Goiás. Disponível em: <<http://www.sindafgo.com.br/noticiasvideo.php?id=4642>>. Acesso em: 21/07/2010.

SLAIBI, Nagib Filho, **Culpa na separação – Constitucionalidade**. Disponível em: <http://www.nagib.net/sentencas_direito_civil_texto.asp?id=98&tipo=37>. Acesso em: 03/09/2010.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, **Jurisprudência**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=danos+moais+separa%E7%E3o+judicial&b=ACOR>. Acesso em: 21/10/2010.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, **Jurisprudência**. Disponível em: <<http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/resultadoCompleta.do>>. Acesso em: 02/08/2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 6ª edição. Volume 4. Editora Jurídica Atlas: 2006.
_____. **Direito Civil**. 8ª edição. Atlas: 2008.

VICENTE, José Carlos. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2946/Da-dissolucao-da-sociedade-conjugal>>. Acesso em: 01/11/2009

WELTER, Belmiro Pedro. **Mundo Jurídico**. Texto 620. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto620.rtf>. Acesso em: 02/08/2010.

