

UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS I – CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

**RESPONSABILIDADE CIVIL NA DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO:
DANOS MORAIS E MATERIAIS**

MARIA ELISABETH FERREIRA RAMOS

CAMPINA GRANDE-PB

2014

MARIA ELISABETH FERREIRA RAMOS

RESPONSABILIDADE CIVIL NA DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO:
DANOS MORAIS E MATERIAIS

Trabalho acadêmico, orientado pelo Prof. Dr. Glauber Salomão Leite, referente ao componente curricular Trabalho de Conclusão de Curso (TCC).

Orientador: Prof. Dr. Glauber Salomão Leite

CAMPINA GRANDE-PB

2014

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

R175r Ramos, Maria Elisabeth Ferreira
Responsabilidade civil na dissolução do casamento
[manuscrito] : danos morais e materiais / Maria Elisabeth Ferreira
Ramos. - 2014.
49 p.

Digitado.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) -
Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas,
2014.
"Orientação: Prof. Dr. Glauber Salomão Leite, Departamento
de Direito".

1. Reparação Civil. 2. Dissolução do casamento. 3. Danos.
I. Título.

21. ed. CDD 347

MARIA ELISABETH FERREIRA RAMOS

RESPONSABILIDADE CIVIL NA DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO:
DANOS MORAIS E MATERIAIS

Trabalho acadêmico, orientado pelo Prof. Dr.
Glauber Salomão Leite, referente ao componente
curricular Trabalho de Conclusão de Curso (TCC).

Aprovado em 21 de Outubro de 2014.



Prof. Dr. Glauber Salomão Leite / UEPB

(Orientador



Prof. Esp. Laplace Guedes Alcoforado de Carvalho / UEPB

Examinador



Prof. Dra. Flavia de Paiva Medeiros de Oliveira / UEPB

Examinador

AGRADECIMENTOS

A Deus que não deixou que eu desistisse, permitindo-me ultrapassar todos os obstáculos de uma forma plena e consciente aprendendo com os erros e adequando-os de forma benéfica a meu favor.

Aos meus pais, com quem pude contar nos momentos mais difíceis, estando sempre ao meu lado.

Aos meus filhos, pelo incentivo, pelo carinho, por sempre estarem ao meu lado.

Ao meu esposo que com amor e paciência participou dia a dia da minha jornada.

Aos meus amigos mais chegados, os quais me deram força sempre.

Sou grata ao corpo docente da UEPB, a coordenação do curso e aos colegas de turma, estes por terem compartilhado momentos de apreensão, mas também situações inusitadas e divertidas, necessárias para uma motivação maior. Ao professor Glauber Leite, meu orientador, que, com sua sabedoria e exemplo de vida, soube me guiar em cada passo que deveria seguir, por sua atenção em me ouvir, sua força e conselhos para que eu não desistisse.

A todos aqueles parentes e amigos que direta ou indiretamente contribuíram para que eu chegasse até aqui.

Não poderia perder a oportunidade de registrar o meu agradecimento especial primeiramente a Deus, que me fortaleceu sempre na realização deste sonho, a Laudelina (mãe), Natércio (pai – in memoriam), Guimarães (esposo), Nayara (filha) e Iago (filho) por, mais uma vez, cederem e me apoiarem incondicionalmente nesta missão.

Sucesso profissional e financeiro!

“Rir muito e com frequência; Ganhar o respeito de pessoas inteligentes e o afeto das crianças; Merecer a consideração de críticos honestos e suportar a traição de falsos amigos; Apreciar a beleza, encontrar o melhor nos outros; Deixar o mundo um pouco melhor, seja por uma saudável criança, um canteiro de jardim ou uma redimida condição social; Saber que ao menos uma vida respirou mais fácil... Porque você viveu. Isso é ter tido sucesso”.

(Ralph Waldo Emerson)

RESUMO

O artigo, em apreciação, averigua a dissolução do casamento, os danos causados por ele e os critérios para sua reparação civil, fundamentando-se na dicção legal e doutrinária, conceituando Casamento, Divórcio, Danos e Reparação Civil de acordo com diversas correntes doutrinárias e detalhando evolução, natureza e pressupostos no que concerne ao tema proposto. Nesse sentido, alguns autores apontam a Reparação Civil, num sentido amplo, Casamento num sentido contratual-jurídico e Divórcio num sentido direto e indireto. Tratando como num todo, a Reparação Civil como um dever, que encarrega uma pessoa (agente causador) a reparar o prejuízo que causou a outra (vítima), o Divórcio como a dissolução do matrimônio, podendo através dele causar prejuízos a um dos cônjuges e a partir daí, ocorrer uma possível reparação civil seja por dano moral ou material. Tem como objeto de estudo o Divórcio, a análise jurídica dos danos decorrentes do mesmo e os critérios para reparação civil, propondo uma avaliação minuciosa da doutrina mencionada neste trabalho, cujos objetivos são: analisar se os danos causados provenientes de um processo de divórcio são passíveis de uma reparação civil, e os demais objetivos que complementam o desenvolvimento do mesmo envolve estudo comparativo de conceitos, classificações, de vários doutrinadores, elementos que compõem o tema proposto, caracterizar os danos, seja ele moral ou material, ocasionados pelo divórcio seja qualquer uma das partes o agente causador. Sob uma ótica civilista, empenhamo-nos no exame do tema discutido, sendo assim, a referida análise é de grande relevância, por ser tratar de uma temática de amplo valor social e essencialmente por se constituir numa pesquisa teórico-bibliográfica de explicação do tema indicado. Constatamos que, o assunto analisado constitui uma matéria extremamente importante dentro do Direito de Família e da Responsabilidade Civil, posto que promove uma análise jurídica da reparação civil diante dos danos causados através do dissolução do casamento, caracterizando uma relação jurídica, protegendo o direito da parte vitimada. Com base nas considerações aqui expostas, conclui-se que, na prática, não valeriam conhecimentos técnicos do Direito de Família e Responsabilidade Civil, se não o fizessem valer os preceitos legais que tratam do assunto.

Palavras-chave: Reparação Civil. Dissolução do casamento. Danos.

ABSTRACT

The article under consideration, ascertains the dissolution of marriage, the damage caused by him and the criteria for civil damages, basing on the doctrinal and legal diction, conceptualizing Marriage, Divorce, Injury and Repair Civil according to several current and doctrinal detailing evolution, nature and assumptions regarding the proposed topic. Thus, some authors point to the Civil Repair, broadly speaking, in a sense Marriage and Divorce contractual-legal sense a direct and indirect. Treating as a whole, the Civil Repair as a duty, which instructs a person (causative agent) to repair the damage caused to another (victim), Divorce and dissolution of marriage, through it can cause damage to one of the spouses and Thereafter, there is a possible civil damages either by moral or material damage. Its object of study Divorce and legal analysis of the damage arising out of and criteria for civil damages, proposing a detailed assessment of the doctrine mentioned in this work, whose goals are to examine whether the damage from divorce proceedings are likely to civil remedies, and other goals that complement the development of it involves comparative study of concepts, classifications, several scholars, elements that make up the theme, to characterize the damage, whether material or moral, caused by divorce is either parties. From a civilian perspective, we strive to take the subject discussed, so this analysis is of great importance, because it is dealing with a theme of broad social value and essentially constitute a theoretical and research literature to explain the stated theme . We note that the subject matter discussed is an extremely important within the family law and civil liability, since it promotes a legal analysis for civil damages before the damage caused by the dissolution of marriage, featuring a legal relationship, protecting the right of the victim. Based on the considerations presented here, we conclude that, in practice, would not be worth expertise of family law and civil liability, if they did not enforce legal provisions dealing with the matter.

Keywords: Civil Repair. Dissolution of marriage. Damage.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 RESPONSABILIDADE CIVIL	13
1.1 NOÇÕES GERAIS	13
1.2 DANOS	16
1.3 REPARABILIDADE	17
1.4 INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. REPARAÇÃO APLICÁVEL NO DIREITO BRASILEIRO	17
2 CASAMENTO	18
2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA	19
2.2 NATUREZA JURÍDICA	21
2.3 ELEMENTOS QUE CONSTITUEM O CASAMENTO	24
2.4 DIREITOS E DEVERES DO CASAMENTO	25
3 DIVÓRCIO	30
3.1 VISÃO HISTÓRICA DO DIVÓRCIO NO BRASIL	30
3.2 CONCEITO	32
3.3 CLASSIFICAÇÃO	33
3.4 EMENDA CONSTITUCIONAL N. 66/2010	36
4 REPARAÇÃO CIVIL POR DANOS CAUSADOS PELA DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO ATRAVÉS DO DIVÓRCIO	39
CONSIDERAÇÕES FINAIS	45
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	47

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa realizar um estudo sobre os critérios para uma possível reparação civil decorrente dos danos causados pela dissolução do casamento, tendo como base o ordenamento jurídico e doutrinário, apresentando fundamentações voltadas para estudos jurídicos, nas quais existem tentativas de analisar as causas que geram a reparação civil pelos danos causados aos atores de uma relação familiar dissolvida pelo termino do casamento.

Diante das definições jurídicas acerca da responsabilidade civil, enquanto a obrigação de reparar o mal permanece meramente abstrata ou teórica, não interessa senão à moral, mas, quando se tem em vista a efetiva reparação do dano, toma-a o direito a seu cuidado e constrói a teoria da Responsabilidade Civil.

Sendo assim, o dano sendo ele moral ou material, no que vá depender de sua extensão e conseqüentemente da reparação civil fazem parte da Teoria da Responsabilidade Civil, como visto acima. Portanto, questiona-se, ao mesmo tempo, a necessidade de uma aplicabilidade quando detectado tais danos ocasionados pela dissolução conjugal.

Com constantes modificações no âmbito familiar abordadas diariamente pelos estudiosos da área, nota-se que a sociedade se depara com situações com as quais não sabe como se portar, necessitando de uma ampla discussão nas áreas da Sociologia, Direito, Psicologia e outras, com o intuito de encontrar soluções para impasses tais como o do tema proposto.

Enseja-se, então, um levantamento de dados através de pesquisa bibliográfica, tendo por instrumento artigos, doutrinas, periódicos, legislação entre outros, buscando-se uma reflexão na utilização de tais procedimentos, que envolvem responsabilidade civil e direito de família.

O principal objetivo deste trabalho é analisar se os danos causados proveniente de um processo de dissolução do casamento são passíveis de uma reparação civil, e os demais objetivos que complementam o desenvolvimento do mesmo envolve estudo comparativo de conceitos, classificações, de vários doutrinadores, elementos que compõem o tema proposto; caracterizar os danos, seja ele moral ou material, ocasionados pela dissolução do casamento seja qualquer uma das partes envolvidas.

Assim, este trabalho pretende responder a questão que envolve a temática aqui apresentada, se é possível haver reparação civil diante dos danos causados decorrente de um processo de dissolução do casamento considerados como dano moral.

Importante também, verificar se a reparação civil diante dos danos causados pela dissolução do casamento, passam a ser vistos e regulados como obrigação e dever do agente causador dos danos para como o agente vitimado, estabelecendo assim um fim equilibrado da relação.

1 RESPONSABILIDADE CIVIL

Nos antepassados, que nos deparamos na Bíblia Sagrada, antes mesmo do nascimento de Cristo, a sociedade busca formas de reparar estragos, lesões, perdas que acontecem em detrimento de outrem, ou dos bens a quem o outro pertence e foi assim que surgiu a responsabilidade civil, incumbindo a pessoa que causou o dano reparar da forma mais eficaz os danos sofridos pelo outrem.

A noção de responsabilidade e reparação foi abordada pelo Código Civil de 1916 e logo aperfeiçoado no Código Civil de 2002, sendo assim a responsabilidade frente a danos alcança todas as especificidades da esfera civil no que diz respeito a reparação de danos.

1.1 NOÇÕES GERAIS

É a Responsabilidade Civil que delega uma pessoa (agente causador) a reparar o prejuízo que causou a outra (vítima). Diante da definição jurídica de responsabilidade civil trazida por Pereira (1994; p. 16) que menciona que, enquanto a obrigação de reparar o mal permanece meramente abstrata ou teórica, não interessa senão à moral, mas, quando se tem em vista a efetiva reparação do dano, toma-a o direito a seu cuidado e constrói a teoria da Responsabilidade Civil.

Sendo assim, o dano sendo ele moral ou material, no que vá depender de sua extensão e conseqüentemente da reparação civil fazem parte da Teoria da Responsabilidade Civil, como visto acima.

De acordo com a fala de Gagliano e Pamplona (2005, p.03 e p.23), Responsabilidade Civil é um dever jurídico sucessivo ou derivado, que tem por função uma tríade: reparar, punir e educar.

Destarte, entende-se por sucessivo aquele que vem após o dano causado, numa ordem de acontecimentos, por exemplo, primeiro o fato, segundo o dano causado e terceiro a reparação, derivado por ser decorrente de um dano. A reparação visa punir e educar, para que o agente causador do dano não venha reincidir no erro.

No que concerne a Responsabilidade Civil, Cavalieri (2007, p. 02) diz ser: “um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário”.

Cavaliere reafirma em outras palavras o que outrora Gagliano e Pamplona afirma, pois entre o dano causado e a reparação, observa-se uma ordem sucessiva de fatos, obedecendo uma ordem cronológica.

Já Couto (2004, p. 148) discorre sobre Responsabilidade Civil, tendo em vista que o agente com ou sem intenção precípua de causar um prejuízo, cometendo ato danoso contra alguém, é notório que este ato será ilícito, resultando, portanto, a conduta ilícita do agente:

Se o agente ao praticar o ato, o pratica contra o Direito, ainda que sem intenção clara e manifesta de prejudicar, ocasionando, contudo, prejuízo ou dano a alguém, sem dúvida quem pratica um ato ilícito que, por sua vez, pode consubstanciar-se num único ato ou em vários, daí decorrendo a conduta ilícita do agente.

Segundo Gomes (2000, p. 02) Responsabilidade Civil incide na: “efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma”.

Sintetizando a conceituação desse instituto, Diniz (2001, p. 04), assevera que a Responsabilidade Civil impõe proporções que irão obrigar o agente causador do dano a reparar o agente vitimado, podendo reparar por ato próprio, ato de terceiro pelo qual ele responde, ou de coisa ou animal sob sua guarda:

Poder-se-á definir a Responsabilidade Civil como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato 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).

Pereira (1994, p.10) ainda menciona que, enquanto a obrigação de reparar o mal permanece meramente abstrata ou teórica, não interessa senão à moral, mas, quando se tem em vista a efetiva reparação do dano, toma-a o direito a seu cuidado e constrói a teoria da Responsabilidade Civil.

Daí surge a quantificação do dano para a efetiva reparação, seja ele moral ou material.

Rodrigues (2003, p. 06) complementa o raciocínio, ao desenvolver a noção de Responsabilidade Civil 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”.

Então a partir do conceito, pode-se perceber que os sujeitos da responsabilidade são: o agente causador, ou terceiro dependente e a vítima, e o objeto da responsabilidade é o dano, o qual se subdivide em moral e material (ou patrimonial), o dano material é a subtração de um bem patrimonial ou fonte de renda, ou seja, afeta o valor econômico que forma o conjunto patrimonial do agente vitimado. Já o dano moral é uma subtração da honra, da dignidade da pessoa humana, assegurada pela nossa Carta Magna, tendo como característica uma difícil restituição, sendo intransferível e subjetivo.

Para que surja a responsabilidade civil e o direito à reparação é necessária a reunião de três pressupostos segundo Santos (1999, p. 134):

A ação, que é caracterizada pelo Direito como geradora da obrigação de reparar, tem caráter comissivo ou omissivo e consubstancia-se em ato próprio imputado ou fato de terceiro, de animal ou de coisa, revelando-se em ato ilícito ou lícito; O dano, que é a ofensa a um bem jurídico; E o nexo causal, que é o ligação entre a ação e o dano.

Há a responsabilidade civil baseada na culpa, onde incumbe a indagação da subjetividade do agente, que é a sua vontade de causar o dano (dolo), ou de sua atuação negligente, imprudente ou imperita. E também há baseada no risco, a responsabilidade objetiva, que só precisa do nexo causal entre a ação e o dano, pois, por antecedência aquela ação ou atividade, por si só, é vista como potencialmente arriscada.

Então, Santos versa em seu livro (1999, p. 139) que:

[...] o dever de reparar surge de atos ilícitos, diante dos quais é necessária a demonstração da culpa, em sentido largo, do lesante, e, em caráter excepcional e por força de disposição legal expressa, de atos lícitos, que geram aquele dever com base no fato de o agente ter colocado em ação, para seu proveito, forças que são fontes de risco e de potenciais danos para outrem.

Ainda citando Santos (1999, p.131) ela conclui que:

[...] a teoria da responsabilidade civil visa ao restabelecimento da ordem ou equilíbrio pessoal e social, por meio da reparação dos danos morais e materiais oriundos da ação lesiva a interesse alheio, único meio de cumprir-se a própria finalidade do Direito, que é viabilizar a vida em sociedade, dentro do conhecimento ditame de *neminem laedere*.

E é nessa linha de reparação que enseja a responsabilidade civil e que pode aplica-se no Direito de Família, que o tema dessa monografia se encaixa, pois, cometida por um dos cônjuges uma ação lesiva contra o outro, com ocorrência de danos, nasce o direito do ofendido à reparação.

1.2 DANOS

Tem origem no verbo *demere*, a palavra dano tem significado de tirar, apoucar, diminuir, então a idéia de dano vem do estado de vida do individuo, das suas mudanças, acarretadas da redução ou perda de qualquer de seus bens.

Entende-se por dano como um prejuízo, uma perda de um bem juridicamente protegido, seja ele moral ou material.

Melo Silva (1993, p. 13), em síntese, diz que "dano moral é o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico". Isso implica dizer que o dano moral compreende a honra, a imagem, a dignidade entre outros.

Para Bittar (1993, p. 24) os danos morais estão relacionados a valores: "são morais os danos e atributos valorativos (virtudes) da pessoa como ente social, ou seja, integrada à sociedade (como a honra, a reputação e as manifestações do intelecto)".

São características da moral, traços personalíssimos, não se podendo quantificar, o valor que se atribui ao dano moral é apenas simbólico.

Já Diniz, (2001, p.81) diz que: "Dano moral vem a ser a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica, provocada pelo fato lesivo". Notadamente, não havendo dano patrimonial, pode verificar dano causado a moral, aos valores intrínsecos de cada indivíduo.

Quanto ao Dano Material, também conhecido como Dano Patrimonial, Abate (2011; p. 01) destaca que: "é aquele que atinge tão somente o patrimônio do ofendido de forma a diminuí-lo ou mesmo torná-lo inexistente".

Entende por destruição, subtração, perda de bens materiais, ou seja, aqueles que se pode quantificar em valores pecuniários para uma efetiva reparação.

Para Castro (2009, p. 173) o dano patrimonial é "toda a afetação negativa no complexo de relações pecuniariamente estimáveis de uma pessoa".

Sendo assim, essa é a principal diferença entre dano moral e material, neste trabalho o desenvolvimento fixar-se-á nos danos causados pela dissolução do casamento, pois compreende o contexto do tema proposto.

1.3 REPARABILIDADE

É importante ressaltar que nem todo dano é reparável ou ressarcível. Para que ocorra dano é necessária a existência da figura do lesado, devendo assim, ser real ou efetivo.

Pereira (1994), diz que para que o dano seja reparável deve possuir a característica da “certeza”, de modo que deve fundar-se num “fato preciso” e não numa hipótese.

Para haver a reparação civil por danos morais, visto que são de fato difíceis e complexos para serem provados, deve-se observar se realmente existiu o dano, pois, pode servir de argumento à inexistência do direito a reparação pelas dificuldades para sua prova.

Bittar (1993) desenvolve a teoria da responsabilidade do dano moral pelo “simples fato da violação”, uma vez que torna desnecessária a prova do prejuízo *in concreto*, em caso de dano moral, que emerge da própria ofensa, potencialmente apta a produzi-lo, surgindo *ex facto*, ao atingir a esfera do lesado.

Para averiguar ou provar o prejuízo imaterial a aqueles que cabem o dano moral, na parte que é a ofensa a honra, por injúria, calúnia e difamação, analisa-se que é dificultoso que emerge *in re ipsa* das próprias ofensas atentadas.

Santos (1999) observa que o dano futuro é indenizável se aparece como “inevitável”. Então, se ocorrer um fato hoje, ele pode projetar no futuro efeitos danosos, por não ter sido possível evitá-lo no passado.

Outro requisito fundamental à reparabilidade é a permanência do dano no momento da reclamação do lesado. E não são reparáveis os danos derivados de caso fortuito ou força maior, por não existir o nexa causal entre a ação e o dano.

1.4 INDENIZAÇÕES POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. REPARAÇÃO APLICÁVEL NO DIREITO BRASILEIRO

No Código Civil de 1916, não havia incertezas no sentido de ser indenizável tanto a violação do direito como o dano puramente moral, onde versava no art. 159, “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”. E no art. 1.056 no qual “Não cumprindo a obrigação, ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devido, responde o devedor por perdas e danos”.

Esses dispositivos são suficientes para caracterizar a obrigação de reparação do dano seja moral ou material no nosso Direito Brasileiro, uma vez que a reparação geralmente é feita através do instituto da indenização que ocorre de forma pecuniária.

Santos (1999, p. 161) versa sobre o Projeto de Código Civil n. 634/75, que teve redação aprovada pelo Senado e publicada em 11 de dezembro de 1997, constando que versam regras similares ao do Código Civil de 1916, onde o art. 926 fala:

Aquele que, por ato ilícito..., causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo”; no art. 338: “Não cumprida à obrigação, responde o devedor por perdas e danos...”; no art. 246: “Incorre na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só imposta, ou só por ele exequível”; no art. 250: “Praticado pelo devedor o ato, a cuja abstenção se obrigara, o credor pode exigir dele que o desfaça, sob pena de se desfazer à sua custa, ressarcindo o culpado perdas e danos”; e nos arts. 952 e 953, que, respectivamente, dispõem sobre a reparação de danos por ofensa à honra e à liberdade pessoal.

Esses dispositivos caracterizam e reforçam a obrigação de indenizar por danos causados, lembrando que quem alega trás para si o ônus da prova. Santos *apud* Azevedo, quando afirma que “provando o prejuízo decorrente do ato ilícito, seja qual for, o reclamado indenizatório não só de direito, como de justiça, é de satisfazer-se.” (Santos, 1999, p. 161).

2 CASAMENTO

O casamento é a mais respeitável e importante de todas as instituições de direito privado, por ser uma das bases da família para a sociedade. O Matrimônio é

uma peça fundamental para todo o sistema social, instituindo o eixo da moral, do cultural e do social do país. No século XIX, Castro *apud* Lafayette (2009, p. 283) concluiu o casamento, em termos ainda contemporâneos, afirmando-o o “ato solene pelo qual duas pessoas de sexo diferentes se unem sob promessa recíproca de fidelidade no amor e da mais estreita comunhão de vida”.

O matrimônio é o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que propende à assistência recíproca material e espiritual, tendo em vista que tenha uma integração fisiopsíquica e a construção de uma família. Também o matrimônio é a união de matéria e espírito de dois seres de sexos distintos, que tentam alcançar nessa relação o companheirismo um do outro, para que juntos consigam suportar e resolver os problemas do dia a dia e instituir sua família, para enfim, perpetuar sua espécie, com o amor recíproco que deverá haver entre eles.

Por ser o ato mais solene de nosso direito privado, diante da sua aparência eminentemente institucional e resguardado pelo Estado, estabelece para sua realização, procedimento precedente, que objetiva impedir a prática de consórcio viciado, então regido pelos artigos 1.525 e seguintes do Código Civil, também encontrada no artigo 226 da Constituição Federal, a noção de que a família é a base da sociedade, tendo especial proteção do Estado:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Não só a proteção da sociedade e do Estado à família, mas o instituto do divórcio, os direitos e deveres do casamento, e a assistência do Estado para com a família como também dos próprios integrantes da família de uns para com os outros.

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Até o advento da República, em 1889, para casar-se a única forma era, através do religioso. Assim, os não católicos não tinham ascensão ao matrimônio. O casamento civil só nasceu em 1891. A família foi a primeira forma de organização social a ser conhecida pelos homens. O conceito de família, identificado com o casamento indissolúvel, mereceu consagração em todas as Constituições Federais do Brasil.

Quando da edição do Código Civil de 1916, era de tal ordem a sacralização da família, que tinha um exclusivo modo de formar-se: pelo casamento. A família apresentava viés patriarcal, e os preceitos legais refletiam este fato. Apenas era reconhecida a família unida pelos santificados laços do matrimônio. Não admitia-se outra modalidade de convívio. O casamento era indissolúvel. A oposição do Estado em aceitar outros relacionamentos era de tal ordem, que a única probabilidade de desfazer o casamento era o desquite, que não dissolvia o vínculo matrimonial e, com isso, impedia novo casamento.

Dias (2011, p. 143) afirma que:

Mesmo com o advento da **Lei do Divórcio**, a visão matrimonializada da família permaneceu. O desquite transformou-se em separação, passando a existir duas formas de romper o casamento: a separação e o divórcio. Na tentativa de manutenção da família, era exigido o decurso de longos prazos, ou a identificação de um culpado pela separação, o qual não podia intentar a ação para dar fim ao casamento. A perda do direito à percepção de alimentos e a exclusão dos apelidos do marido eram penalidades que atingia o culpado pela separação. Também se sujeitava a tais penalidades que simplesmente tomava a iniciativa da ação de separação, mesmo sem a identificação de responsabilidades.

Mas, novos fatos se estabeleceram, acabando por causar intensas revoluções na estrutura social. Virou tão relevante o novo aspecto da sociedade, que a Constituição de 1988 estendeu para além dos laços matrimoniais a conceituação de família. Passando assim, a considerar a pluralidade familiar, ou seja, outras formas de constituição de família, tais como: família mosaico, substituta, monoparental, extensa e ampliada, união estável, anaparental, homoafetividade entre outras. Desta forma, largou-se a idéia de ser o casamento o único padrão de identificar a existência de uma família.

Dias (2009, p.144) faz uma breve reflexão sobre o decurso do casamento, da burocratização para seu fim, até a mais recente emenda constitucional que facilita o fim do matrimônio:

O viés sacralizado do casamento tende a esmaecer, o que se constata quer pela possibilidade de ser ele dissolvido extrajudicialmente, quer pelo fim da separação judicial, que afastou a identificação de culpas e o decurso de prazos. Com a alteração constitucional pela EC 66/10, qualquer dos cônjuges pode buscar o divórcio, sem prévia separação e sem a necessidade de esperar o longo período de dois anos.

Esse breve histórico mostra as constantes alterações legislativas, jurisprudenciais e na própria doutrina do Direito de Família, que esta própria foi alterada passando a ser conhecida como Direito das Famílias, tendo em vista a pluralidade familiar, alterações até mesmo conceituais de acordo com as necessidades apresentadas pelo âmago familiar.

2.2 NATUREZA JURÍDICA

O casamento adentrou num mundo de debates jurídicos. Essas discussões surgem a partir da sua natureza jurídica, ou seja, se é um instituto de Direito Público ou de Direito Privado. Porém, essas discussões vão muito além, de acordo com a ramificação de teorias, a saber: contratual, institucional e eclética.

A teoria contratual originária do direito canônico – que assentava em primeiro plano a concordância dos nubentes, deixando a intervenção do sacerdote, na formação do vínculo, em posição secundária – foi aceita pelo racionalismo jusnaturalista do século XVIII e adentrou, com o advento da Revolução Francesa, no Código francês de 1804, influenciando a Escola Exegética do século XIX e sobrevivendo até nossos dias na doutrina civilista. (Diniz, 2009, p. 40).

Assim Santos (1999, p. 57) afirma que caso consideremos o casamento como um contrato, as regras da responsabilidade civil contratual poderão ser aplicadas em sua dissolução, sendo que, tais regras beneficiam a posição do lesado, que deverá comprovar a violação de dever conjugal, ficando estabelecida *ex re ipsa* a culpa.

Diniz (2009, p. 41) diz que a teoria institucional vê no matrimônio um estado em que os nubentes ingressam. O casamento é tido como uma ampla instituição social refletindo uma situação jurídica que surge da vontade dos contraentes, mas

cujas normas, efeitos e forma encontram-se preestabelecidos pela lei. As partes são livres, podendo cada uma optar o seu cônjuge e decidir se vai casar ou não; uma vez acertada a realização do matrimônio, não lhes é permitido debater o conteúdo de seus direitos e deveres, o modo pelo qual se dará a resolubilidade da sociedade ou vínculo conjugal ou as condições de matrimonialidade dos descendentes, porque não lhes é admissível mudar a disciplina legal de suas relações; tendo uma vez aderido ao estado matrimonial, a vontade dos nubentes é importante, sendo automáticos os efeitos da instituição, por serem de ordem pública ou cogente as normas que a regem, portanto iniludíveis por simples acordo dos cônjuges. O estado matrimonial é, portanto, um estatuto imperativo preestabelecido, ao quais os nubentes aderem.

Em resumo, a teoria institucional baseia-se na interferência direta da autoridade pública na constituição do matrimônio, que, segundo seus partidários, tem caráter constitutivo e não meramente probatório, na inalterabilidade dos efeitos do casamento e na adstrição de sua dissolução aos casos expressos em lei. (Santos, 1999, p. 57).

Quanto à teoria eclética, Santos (1999, p. 58) diz que esta alia os dois elementos: volitivo e institucional, considerando o casamento um contrato em sua formação, por originar-se do acordo de vontades; e uma instituição em sua duração, em face da interferência do poder público e do caráter imutável de seus efeitos. Assim, atribui ao matrimônio à natureza de um ato complexo, em que a declaração e o acordo de vontades acarretam aos contraentes a indispensável adesão ao estatuto legal, impondo-lhes regras cogentes e inalteráveis.

O debate é amplo sobre qual teoria na natureza jurídica o casamento se encaixa. Os indivíduos são livres para casar, mas, no que diz com deveres e direitos, sujeitam-se aos efeitos do casamento, que ocorrem involuntariamente da vontade dos cônjuges. Com o casamento, os nubentes anuem a uma estrutura jurídica cogente. Em face do alto número de regras e imposições, que aparecem a partir da sua celebração – por determinação legal e não por livre manifestação do par -, o casamento é considerado, por vários, uma instituição.

Segundo Dias (2011, p. 147) essa visão da família tem como desígnios a própria formação do Estado, em face do dever de gerar o bem de todos, conforme o art. 3º da nossa Carta Magna. No entanto, o aspecto institucional do casamento é muito mais sociológico do que jurídico. Assim, quase se poderia falar que o

casamento é um contrato de adesão, pois efeitos e formas estão previamente estabelecidos na lei, não existindo espaço para vontades dos noivos, que se restringem a dizer “sim” diante da autoridade civil, o que tem o alcance de concordância com os deveres do casamento.

Dias *apud* Lôbo (2011, p. 147) O casamento é um ato jurídico negocial, solene, público e complexo, pois, sua constituição depende de manifestações e declarações de vontade sucessiva, além da oficialidade de que é revestido, estando sua eficácia sujeita a atos estatais. Vários o apreciam como um contrato *sui generis*, isto é, um contrato distinto, com características especiais, ao qual não se aplicam as disposições legais dos negócios patrimoniais.

A natureza contratual do casamento é a mais favorável e aceita, relembramos as lições de Clóvis Beviláqua, segundo as quais não se deve recear a comparação entre o casamento e o contrato, desde que tenhamos presente sua natureza especial, pois o que é relevante a um rebento jurídico não é sua posição, mas, sim seus atributos mais reservados. (Santos, 1999, p. 58).

O elemento constitutivo principal do casamento é a anuência dos nubentes, do qual, por força de lei, derivam os efeitos do ato matrimonial, e, embora se trate de um contrato de feição especial, ao qual não se aplicam as disposições legais dos negócios de direito patrimonial que dizem respeito à capacidade dos contratantes, aos vícios de consentimento e aos efeitos.

Os elementos de Direito Público que carregam o casamento não o erradicaram do Direito Privado, sendo que a presença imprescindível do Poder Público em sua constituição ou formação tem caráter declaratório, pois se restringe a complementar o ato ou acordo de vontades dos contraentes, o que não remove do matrimônio a “natureza de direito privado”. Dessa maneira, a intervenção estatal na celebração do casamento não altera o papel basilar da vontade dos contraentes na sua formação. (Santos, 1999, p. 58).

Em relação à imutabilidade dos efeitos jurídicos do casamento, avalia-se que incide por livre adesão dos cônjuges, que se contêm ao ordenamento jurídico por ato e acordo de vontade. Além disso, posteriormente a celebração do casamento, os cônjuges sujeitam-se a um complexo regramento de ordem pública, mas, não perdem sua liberdade de atuação privada.

Aguça-se, também, que a rígida disciplina legal que conduz o casamento fixa restrições e normas imperativas ou cogentes nos aspectos sugeridos pelo interesse

geral, sendo que em outros há uma certa autonomia da vontade, facultando-se às partes regular seus interesses com livre-arbítrio, como acontece com a opção do regime de bens, que apenas em casos específicos e determinados pela idade e por condições especiais dos contraentes não pode ser livremente eleito. (Santos, 1999, p. 60).

Deste modo, o caráter volitivo está presente na constituição, duração e dissolução do casamento, sendo que, por ser regulamentada por normas de ordem pública, de caráter imperativo, sua natureza contratual é especial, conforme versa Santos (1999, p.61).

Assim, a natureza contratual é um contrato de direito de família, conduzido pelos vícios de consentimento, pelos efeitos que tem, pelas disposições específicas no âmbito da capacidade dos contraentes, aproveitando-lhe, então, as normas de interpretação dos contratos ditadas pelo Direito Privado.

2.3 ELEMENTOS QUE CONTITUEM O CASAMENTO

Verifica-se a existência de elementos constitutivos do casamento como: a liberdade na escolha do nubente; por ser o matrimônio um ato pessoal, o livre-arbítrio para escolher pessoa do sexo oposto é elemento natural do ato nupcial, que exige diferença de sexos e a intromissão da família restringe-se tão somente à orientação, mediante conselhos, salvo nos casos em que a legislação determina a acessão dos pais. Não há o que se ater neste trabalho as relações homoafetivas, uma vez que essas relações são abordadas ainda de modo especial, pelos tramites tratados pela decisão do Supremo Tribunal Federal.

Segundo Diniz (2009, p. 44) a solenidade também é um ato nupcial, uma vez que a norma jurídica reveste-o de formalidades que avalizam a manifestação do consentimento dos nubentes, a sua publicidade e validade. Não se satisfaz com a simples união do homem e da mulher, com o intuito de permanecerem juntos e gerarem filhos; é necessário que o casamento tenha sido celebrado, conforme a lei que o ampara e rege. Tem ainda o fato de ser a legislação matrimonial de ordem pública, por estar acima das convenções dos nubentes.

Outro elemento constitutivo é a União Permanente, imprescindível para a prática dos valores básicos da sociedade civilizada. A idéia da plena comunidade de vida determina que a durabilidade do casamento vá além das alterações das

situações e independa da pretensão das partes, em particular quando existir descendentes, cuja educação pode ficar lesada em virtude da destruição do lar paterno.

Diniz (2009, p. 44) afirma ainda que:

Só á lei cabe questionar a admissibilidade da ruptura da sociedade ou vínculo conjugal, ao arrolar supostos excepcionais que deverão ser devidamente comprovados administrativa ou judicialmente. Este caráter é apanágio de todos os países que admitem a dissolução do vínculo por mútuo consentimento. Se duas pessoas contraem matrimônio, não o fazem por tempo determinado, mas por toda a vida; mesmo que venham a separar-se ou divorciar-se e tornem a se casar novamente existe sempre, em regra, um desejo íntimo de perpetuidade, ou seja, de permanência da ordem conjugal e familiar.

A União exclusiva, tanto que, até o advento da Lei n. 11.106, de 28 de março de 2005, em apontadas circunstâncias, tinha-se o crime de adultério, que constituía abuso dessa norma (CP, art. 240, ora revogado). O adultério, apesar de não ser mais delito penal, permanece sendo ilícito civil, por ser uma das causas de separação judicial (CC, art. 1.573, I), pois, a fidelidade conjugal é determinada por lei (CC, art.1.566, I), por ser o mais importante dos deveres conjugais, pois, a vida em comum entre marido e mulher apenas será completa com a mútua e exclusiva entrega dos corpos.

Por ser da essência do casamento, o dever de fidelidade não pode ser afastado mediante pacto antenupcial ou convenção futura ao matrimônio, propenso a permitir qualquer dos cônjuges, por ofender a lei e os bons costumes. Ainda que o matrimônio fosse um “ato consensual contínuo de convivência”, que se aproximava com a realidade natural dos seres humanos, dele derivava importantes efeitos jurídicos, dentre os quais se enquadrava a aplicação de punições ao consorte culpado pelo fim do casamento. (Diniz, 2009, p. 44).

Por fim, a fidelidade é como eixo da relação a dois, principalmente no casamento para quê se tenha uma boa convivência familiar e para que a união se perpetue por toda a vida do casal, não se tornando uma conduta desonrosa para um dos cônjuges, onde o outro poderá vir a exigir o divórcio por se sentir prejudicado, magoado, entre outros sentimentos, com a atitude do outro.

2.4 DIREITOS E DEVERES DO CASAMENTO

A análise dos direitos e deveres são de extrema importância, pois, a reparabilidade que possa vir a existir desse inadimplemento dos deveres através dos danos ao cônjuge vitimado, é um dos critérios a serem analisados nesse projeto.

Como versa o artigo 1.566, inciso I, do Código Civil, o dever de fidelidade é conceituado por Santos (1999, p. 71) como “lealdade, sob o aspecto físico e moral, de um dos cônjuges para com o outro, quanto à manutenção de relações que visem satisfazer o instituto sexual dentro da sociedade conjugal”.

Já Dias (2011, p. 255) diz ser: “uma norma social, estrutural e moral, mas, apesar de constar entre os deveres do casamento, sua transgressão não mais admite punição, nem na esfera civil nem na criminal”.

Com base nisso, entende-se que o dever de fidelidade recíproca, é um instituto que busca harmonizar a vida conjugal, uma vez que o ato de infidelidade conhecido também como traição é visto pelos princípios morais impregnados na sociedade como um ato que viola as regras de convivência harmoniosa entre um casal.

Segundo Santos (1999, p.71) o dever de fidelidade recíproca tem dois aspectos:

material ou físico e imaterial ou moral, de forma que seu descumprimento dá-se pela prática de ato sexual do cônjuge com terceira pessoa --- adultério, e, também, de outros atos que, embora não cheguem à cópula carnal, demonstram o propósito de satisfação do instinto sexual fora da sociedade conjugal --- quase-adultério. E o quase-adultério consubstancia-se nas intimidades excessivas do cônjuge com terceira pessoa, que extrapolam os limites da pura amizade, como têm decidido nos tribunais.

Assim entende-se que não só o sexo, mas atos de afeto podem gerar a infidelidade. Além disso, com os avanços tecnológicos e sociais, a facilidade de comunicação através de sites de relacionamento admite-se hoje a infidelidade virtual que Guimarães (2004, p. 01) define como:

O indivíduo casado ou unido estavelmente e que, ao mesmo tempo, mantenha um relacionamento erótico-afetivo virtual está praticando infidelidade virtual. Esta somente se transformará em adultério se houver a materialização do relacionamento. Portanto, tecnicamente, a expressão correta é infidelidade virtual.

E alguns tribunais já admitem a infidelidade virtual para que haja indenização por descumprimento de um dos deveres conjugais, como por exemplo, um processo do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (Proc. nº 2005.01.1.118170-3), no qual um ex-marido infiel foi condenado a pagar reparação por danos morais no valor de R\$ 20.000,00 porque manteve relacionamento com outra mulher durante a vigência do casamento. A "traição" foi comprovada por meio de e-mails trocados entre o acusado e sua amante. A sentença é da 2ª Vara Cível de Brasília e está sujeita a recurso de apelação. Para o juiz, "o adultério foi demonstrado pela troca de fantasias eróticas". A situação ficou ainda mais grave porque, nessas ocasiões, o ex-marido fazia - com a "outra" - comentários jocosos sobre o desempenho sexual da esposa, afirmando que ela seria uma pessoa "fria" na cama. "Se a traição, por si só, já causa abalo psicológico ao cônjuge traído, tenho que a honra subjetiva da autora foi muito mais agredida, em saber que seu marido, além de traí-la, não a respeitava, fazendo comentários difamatórios quanto à sua vida íntima, perante sua amante", afirma a sentença. (Notícia disponível em: <http://espaco-vital.jusbrasil.com.br/noticias/15178/homem-vai-indenizar-ex-esposa-porquecometeu-infidelidade-virtual>).

Por fim, a infidelidade pode ser considerada uma conduta desonrosa caracterizando assim a impossibilidade de convivência conjugal, conforme o art. 1.573, inciso VI do Código Civil de 2002:

Art. 1573. Podem caracterizar a impossibilidade de comunhão de vida a ocorrência de alguns dos seguintes motivos:

[...]

VI – conduta desonrosa.

Apesar do adultério ter sido desconsiderado como crime no Código Penal e conseqüentemente ser banalizado pela sociedade, como mero divertimento, aventuras sexuais entre outros. O Código Civil ainda leva muito a sério, ensejando sua prática em indenização para o cônjuge vitimado e também como um fator motivador para requerer o divórcio.

Também, um dos deveres conjugais é o dever de coabitação que atualmente o Código Civil de 2002 utiliza o termo: vida em comum, no domicílio conjugal, que para Santos esse dever não está caracterizado apenas como a ausência de um dos

cônjuges no domicílio comum do casal, mas sim abrange a falta de contato físico ou sexual.

Ainda assim ela diz que: “Portanto o seu descumprimento não deveria apenas do abandono voluntário e injustificado do lar, mas decorre, também, da recusa quanto à manutenção de relacionamento sexual com o consorte”. (Santos, 1999, p. 73).

Visto que, o raciocínio de Santos acompanha o Código Civil de 1916, o dever de coabitação é apenas de caráter sexual, como ele afirma que a recusa da manutenção de relacionamento sexual com o consorte, isso vai de encontro à lei de violência doméstica nº 11.340 de 2006, em seu art. 7º, inciso III:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

[...]

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

Entende-se que a mulher não tendo disposição em determinado dia para manter relação sexual com seu cônjuge e for obrigada a assim fazer, pode ser considerado como violência sexual.

Já com relação ao que trás o Código Civil de 2002: vida em comum, no domicílio conjugal, isso não se aplica tão somente a relação sexual, mas o convívio em si, as obrigações morais e materiais de requer o dia a dia. Nessa mesma linha, Dias (2011, p. 24) aponta que a vida sexual ativa não constitui como obrigação para manter um casamento:

A previsão da vida em comum entre os deveres do casamento não significa imposição de **vida sexual ativa** nem a obrigação de manter **relacionamento sexual**. Essa interpretação infringe o princípio constitucional do respeito à dignidade da pessoa, o direito à liberdade e à privacidade, além de afrontar direito a **inviolabilidade do próprio corpo**. Não existe sequer a obrigação de se submeter a um beijo, afago ou carícia, quanto mais de sujeitar a práticas sexuais pelos simples fato de estar casado.

Assim, percebe-se que existe algo que se sobrepõe as relações sexuais do casamento, como o afeto, o amor, o respeito, entendendo-se que a vida em comum, no domicílio conjugal, refere-se até mesmo ao cumprimento de obrigações financeiras em comum daquele seio familiar.

O inciso III e o V do art. 1573 do Código Civil de 2002, versa sobre a mútua assistência que nada mais é que a assistência afetiva, moral e material de um para com o outro e o respeito e consideração mútuos, que abrange as demais obrigações trazidas pelo mesmo dispositivo e vai muito além daquilo que obviamente os doutrinadores apontam.

Diniz (2009, p. 136) diz que o dever de mútua assistência e o respeito e consideração mútua:

[...] se circunscreve aos cuidados pessoais nas moléstias, ao socorro nas desventuras, ao apoio na adversidade e ao auxílio constante em todas as vicissitudes da vida, não se concretizando, portanto, no fornecimento de elementos materiais de alimentação, vestuário, transporte, diversões e medicamentos conforme as posses e educação de um e de outro. [...] o respeito e consideração mútuos abrangem o dever de sinceridade, o de zelo pela honra e dignidade do cônjuge e da família, o de não expor.

Percebe-se que a presença dos elementos citados acima é de suma importância para a vida conjugal, serve como base para o comportamento saudável de uma vida familiar, na qual todos se respeitam sem violar os direitos do outro, mostrando que apesar da convivência existem limites que devem ser obedecidos.

E por fim, o sustento, a guarda e a educação dos filhos, dispostos no inciso IV, do mesmo artigo, além deste dispositivo, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069 de 1990) também dispõe sobre esses deveres no art. 4º:

Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

A nossa Carta Magna também dispõe sobre esse dever em seu art. 227, com o texto bem semelhante ao do Estatuto da Criança e do Adolescente. O sustento como dever conjugal não se delimita apenas no sustento da prole, mas também se estende ao sustento do cônjuge que naquele momento não tem como contribuir ou promover seu alto sustento, isso se aplica mais ao dever de assistência mútua, aqui

especificamente se repousa para o sustento da prole, ou seja, o dever alimentar dos filhos, esse dever é mútuo, mas cada qual deverá contribuir dentro de suas possibilidades, porém se um dos cônjuges não puder adimplir esse dever o outro se encarrega da obrigação.

Quanto à guarda os pais têm por dever manter seus filhos em sua companhia, criando-os, educando-os, participando efetivamente de seu desenvolvimento como pessoa e como cidadão. No caso de divórcio, a prioridade de guarda é sempre da mãe, claro que não é uma regra, podendo também ficar com pai, além da guarda compartilhada, na qual ambos terão participação na vida e no crescimento dos seus filhos.

A Educação dos filhos vai além do estudo a ele proporcionado, mas, uma boa orientação dentro do seio familiar, com diálogos constantes sobre como se portar na vida, no âmbito social, sobre um bom caráter, higiene, bons modos, etc.

3 DIVÓRCIO

Há mais de trinta anos foi aprovada a lei que tornava o divórcio possível no Brasil, onde divórcio significa a dissolução de um casamento válido, ou seja, extinção do vínculo matrimonial (CC, art. 1.571, IV). Pois bem, foi uma emenda que revolucionou a condição de vida dos casais e acabou com os matrimônios que não davam certo. No entanto, o processo judicial para separação se revelava lento, burocrático e minucioso, tornando demorada a efetivação do divórcio.

O divórcio é mais vasto e contém as consequências jurídicas da separação, sendo que melhor representa a vontade de um casal quando pretendem a formalização da situação fática marcada pelo fim do afeto antes dominante.

Então, surgiu o divórcio direto no Brasil, que anuncia ser uma das maiores conquistas civis do país, sem análises de papeladas ou prolongas judiciais, agora a separação de casais é rápida e direta, continuando rigorosa, sem deixar de valorizar os direitos de ambas as partes.

3.1 VISÃO DO DIVÓRCIO NO BRASIL

O Código Civil de 1916 versava três formas de dissolução do casamento: a morte de um dos cônjuges; a nulidade ou anulação do matrimônio; ou pelo desquite

judicial, ou amigável. Isso no artigo 315, onde o casamento era visto como indissolúvel, por não liberar os desquitados a contrair um novo casamento. O direito de Família nesse tempo não admitia o término da relação conjugal, inspirado na doutrina católica de não separar o que Deus uniu.

As pessoas não se importavam com o fato do casamento ser indissolúvel e contraíam assim mesmo novas relações afetivas, pouco se valendo do fato de serem casados (as) ainda. Essas relações de vínculo eram chamadas de concubinato, que vinha a ser pouco analisada pelo judiciário, o mesmo não davam vazão a um fato que para eles era considerado uma sociedade de fato sem importância.

Demorou muitos anos para que o divórcio fosse aprovado no Brasil, ele surgiu pela ânsia da sociedade em tê-lo no ordenamento jurídico, para o melhoramento de suas vidas quando desejada um fim na sua relação conjugal, mas, foi vista com morosidade, bateu de frente com a Igreja, onde se organizou para que a lei não fosse aprovada. Imaginavam que isso ia revolucionar as famílias brasileiras, causar inúmeros problemas e que o casamento ia se tornar algo sem valor para as pessoas, onde poderiam casar e desfazer o matrimônio quantas vezes lhe convirem.

Então, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 9, de 28 de Junho de 1977, onde outorgou nova redação ao § 1º do artigo 175 da Constituição Federal de 1967, passando a dispor o seguinte: “O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos”.

O prazo era de cinco anos, antes da EC nº 9 para os cônjuges manterem-se separados, para então, dar entrada no divórcio. Por esse tempo surgiu o sistema binário de terminação do matrimônio, regido na legislação infraconstitucional pela Lei nº 6.515 de 1977. E o chamado desquite foi suprido pelo instituto da separação judicial ou de direito.

A Constituição de 1988 em seu advento trouxe a diminuição do lapso temporal para um ano e o surgimento de uma nova maneira para a dissolução do matrimônio, o divórcio direto, onde constava o prazo de dois anos de separação de fato, sem a precisão de prévia separação judicial. Também a Lei nº 7.841/89 eliminou o limite de concessão de divórcio, instituída pelo artigo 38 da Lei nº 6.515/77, abolindo o fato dos indivíduos só poderem divorciar-se uma única vez.

Já o Código Civil de 2002 não mudou muita coisa no que já versava a Lei do Divórcio, trazendo as mesmas quatro formas de dissolução do casamento, onde

somente duas delas põem fim a sociedade, o vínculo conjugal, e a possibilidade das partes contraírem um novo casamento, sendo elas: a morte e o divórcio. A Lei nº 11.441/07 em fim passou a lidar com a possibilidade, de que por meio de escritura pública, ocorra a separação e o divórcio extrajudicial.

Por fim, chegando aos dias atuais, foi então, por força do Poder Constituinte Derivado Reformador, publicado que entrou em vigor no dia 13 de Julho de 2010 com o objetivo de acelerar o processo de separação dos casais brasileiros pelo divórcio, no sentido de suprimir o requisito de prévia separação judicial por mais de um ano ou de comprovada separação de fato por mais de dois anos, a Emenda Constitucional nº 66, dando nova redação ao § 6º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988.

3.2 CONCEITO

De acordo com Diniz (2009, p. 336) o divórcio é um tipo de destruição das relações conjugais simples e objetiva: “O divórcio é a dissolução de um casamento válido, ou seja, extinção do vínculo matrimonial (CC, art. 1.571, IV e § 1º), que se opera mediante sentença judicial ou escritura pública, habilitando as pessoas a convolar novas núpcias”.

No que concerne ao divórcio Dias (2009, p. 294) dispõe sobre a diferença entre divórcio e separação, e a conversão desta para o divórcio:

O divórcio dissolve o casamento (CC 1,571 § 1º). A separação judicial não tem o mesmo poder, pois, somente rompe a sociedade conjugal. A diferença de ordem prática entre os dois institutos é que a separação não permite novo casamento, enquanto os divorciados ficam livres para casar novamente. Levada a efeito a separação judicial, necessária se faz a posterior conversão de separação em divórcio.

Percebe-se que o efeito do divórcio é absoluto, já o da separação judicial é limitado e parcial, além da possibilidade para contrair nova relação conjugal, no divórcio existe essa possibilidade enquanto que na separação não.

Já Castro (2009, p. 313) diz que: “Divórcio é a dissolução voluntária do vínculo matrimonial, em virtude de pedido de um ou ambos os cônjuges, diante da presença dos pressupostos legais”. Daí nota-se que a definição de divórcio para Guilherme Couto é incompleta, uma vez que, a dissolução conjugal não só acontece

de forma voluntária, mas, também ocorre de maneira contenciosa, o que se chama de divórcio dado através de separação consensual e litigiosa.

Como as demandas que envolviam separação e divórcio não caminhavam de forma ágil, recentemente, uma emenda fora criada que trata do divórcio direto, que motivado por uma separação já existente a mais de dois anos, o casal de forma consensual, que não possua filhos menores, não tenha bens a partilhar, pode ser feito de forma administrativa, ou seja, em cartório.

Assim, Diniz (2009, p. 345) apresenta as diferenças entre divórcio direto e indireto:

O divórcio direto distingue-se do indireto, porque resulta de um estado de fato, autorizando a conversão direta de separação de fato por mais de 2 anos, desde que comprovada, em divórcio, sem que haja partilha de bens (CC, art. 1.581) e prévia separação judicial, em virtude de norma constitucional (CF, art. 226, §6, regulamentada pela lei n. 6.515/77, art. 40 e parágrafos, alterado pela Lei n. 7.841/89, arts. 2º e 30; CC, art. 1.580, §2º).

Matias e Salem (2010, p. 399) considera divórcio direto como: “a extinção do matrimônio sem a necessidade de tráfegar pelo estágio provisório de separação, encontra seu fundamento jurídico no artigo 226, §6, segundo o qual o casamento comporta dissolução pelo divórcio, comprovada a separação de fato dos consortes por mais de 2 (dois) anos.”

Segundo Castro (2009, p. 313) o divórcio direto consiste na separação de fato dos cônjuges há dois anos: “se os cônjuges estão separados de fato há dois anos, cabe o “divórcio direto”. O divórcio direto pode ser requerido por ambos os cônjuges, de modo consensual, ou apenas por um deles, com a citação do outro”.

Divórcio é uma das causas que ensejam o término da sociedade conjugal, tendo o condão de dissolver o casamento válido. Enquanto, o divórcio direto pode ser consensual ou litigioso, sendo suficiente, em qualquer caso, a comprovação da separação de fato por mais de 2 (dois) anos, sem qualquer indagação da sua causa.

3.3 CLASSIFICAÇÃO

Diante das modificações recentes trazidas pela Emenda Constitucional 66/2010, o divórcio recebeu uma nova aparência, uma vez que surgirão novas formas de desburocratização.

Como cita o professor de Direito Civil, Soares (2011):

Para os que consideram a EC 66/2010 norma de aplicação imediata, ou seja, produtora de efeitos antes de eventual e futura modificação da legislação infraconstitucional, as normas do Código Civil que estabelecem requisitos temporais ou prazos nas espécies dissolutórias do casamento não estão mais em vigor. No entanto, continuam vigentes as normas da legislação ordinária referentes às espécies dissolutórias da separação judicial e aos seus efeitos diversos, além da recriação realizada em relação ao divórcio na legislação infraconstitucional.

Como o divórcio extingue o vínculo conjugal, já na separação não, focar-se-á apenas sobre as classificações do divórcio, por ser o divórcio o tema central do presente trabalho.

Existem em nosso direito, algumas modalidades de divórcio, que são: o divórcio extrajudicial consensual, o divórcio judicial indireto e o divórcio judicial direto.

Pois bem, segundo Diniz (2009, p. 337) o divórcio extrajudicial consensual é realizado por escritura pública desde que haja:

- 1) Comprovação de um ano de separação judicial, mediante apresentação da certidão de sua averbação no assento do casamento, ou da separação de fato por mais de dois anos, por meio de documentos, testemunhas, devidamente qualificadas ou de declaração de terceiro interveniente apresentada ao tabelião, com firma reconhecida, confirmando a separação de corpos, efetivamente há mais de dois anos;
- 2) Que haja a ausência de filhos menores ou incapazes;
- 3) Assistência dos cônjuges por advogado comum ou por advogados de cada um deles;
- 4) Declaração das partes de que não têm filhos comuns ou de que os existentes são absolutamente capazes;
- 5) Firme intenção de romper o vínculo matrimonial.

É plausível que a separação judicial transforma-se em divórcio pela escritura pública, mas, comprovando o prazo de um ano daquela separação, e que a sentença tenha transitado em julgado, se isso não for provado legalmente, não se poderá lavrar a escritura. Se o tabelião analisar que há indícios de prejuízo a um dos cônjuges ou em caso de imprecisões sobre a declaração de vontade, fundamento ou recusa por escrito, ele poderá recusar-se a lavrar a escritura de divórcio.

Também é importante ressaltar que, não existe sigilo nas escrituras públicas de divórcio consensual, e tal escritura e demais atos notariais serão gratuitos aos que se declararem pobres. E por fim, o Poder Judiciário, na Lei n. 11.441/2007 permite o divórcio consensual por meio de procedimento administrativo.

Já o divórcio judicial indireto pode ser tanto consensual como litigioso. O consensual resulta do livre consentimento do casal, que está separado judicialmente, e almeja divorciar-se. Como versa Diniz (2009, p. 342):

[...] nesse caso o divórcio surge como um meio de compor uma situação de fato, refletida numa separação judicial, conseguida em procedimento de jurisdição voluntária (consensual) ou ao fim de um processo (litigiosa), há um ano, contando não só do trânsito em julgado da sentença que a homologou ou decretou, mas, também da que concedeu a medida cautelar correspondente (CF, art. 226, § 6º; CC, art. 1.580; Leis ns. 6.515/77, art. 44, e 8.408/92, art. 1º), autorizando o cônjuge a ausentar-se do lar conjugal, ou constatando que o outro consorte já se havia ausentado dele.

Já o divórcio litigioso indireto é adquirido através de uma sentença judicial proferida em processo de jurisdição contenciosa, em que um dos cônjuges, judicialmente separado há um ano, pede ao magistrado que transforme a separação judicial (consensual ou litigiosa) em divórcio, por haver dissenso ou recusa do outro em aceitar o divórcio, assim, colocando fim ao casamento e aos seus efeitos. Então, o que diverge os dois tipos de divórcio judicial indireto é a concordância ou a discordância dos cônjuges, atentando ao último um litígio.

Diniz (2009, p. 344) esclarece que: “a Lei do Divórcio e o Código Civil não sujeitaram o direito de pedir conversão da separação judicial em divórcio a nenhum prazo decadencial”. A sentença de divórcio só causará seus efeitos depois de averbada no registro público competente, pode haver apelação, mas, é raro esse acontecimento.

E por fim a modalidade do divórcio direto, que é diferente do indireto, por resultar de um estado de fato, permitindo a conversão direta da separação de fato por mais de dois anos, por meio de comprovação, em divórcio, sem ao menos que a partilha de bens e a prévia separação judicial aconteça, em valor de norma constitucional (CF, art. 226, § 6º, regulamentado pela Lei n. 6.515/77, art. 40 e parágrafos, alterados pela Lei n. 7.841/89, arts. 2º e 3º; CC, art. 1.580, §2º).

Diniz (2009, p. 347) relata que:

[...] no Brasil, a separação de fato por mais de dois anos constituiu-se em pré-requisito do divórcio direto consensual, se ambos os consortes anuísssem na dissolução do liame matrimonial (Lei n. 6.515, art. 40, §2º), e do divórcio direto litigioso, se um deles não concordasse a respeito de uma das causas arroladas no art. 5º §§ 1º e 2º da Lei n.6.515/77 (Lei n. 6.515, art. 40 e §§ 1º e 3º).

Então, com advento da Lei n. 7.841 de 17 de outubro de 1989, que alterou o caput do art. 40 da Lei n. 6.515 e revogou seu o § 1º, poderá só admitir o divórcio consensual direto, contraído pelo consentimento dos dois consortes, que se acham separado de fato há mais de dois anos, no que dizer respeito à dissolução do vínculo matrimonial, responsabilidades alimentares e garantias da sua execução, guarda dos filhos e partilha do patrimônio comum.

Diniz (2009, p. 353) concorda com a aprovação de só admitir o divórcio consensual direto em nosso ordenamento e não o litigioso concomitantemente, pela seguinte afirmação: “em se tratando de divórcio sem causa, para atender à coerência lógica do sistema jurídico, aos reclamados da justiça e à prudência objetiva, que deveria nortear a decisão judicial, só se poderá admitir o divórcio direto consensual”.

E pela sentença do divórcio que possui eficácia *ex nunc*, depois de registrada no Registro Público competente, produz os seguintes efeitos citados por Diniz (2009, p. 354):

- 1) Dissolve definitivamente o vínculo matrimonial civil e faz cessar os efeitos civis do casamento religioso;
- 2) Põe fim aos deveres recíprocos dos cônjuges;
- 3) Extingue o regime matrimonial de bens, procedendo à partilha conforme o regime;
- 4) Faz cessar o direito sucessório dos cônjuges;
- 5) Possibilita novo casamento aos que se divorciam, observando-se o disposto no art. 1.523, III e parágrafo único, do Código Civil;
- 6) Não admite reconciliação entre os cônjuges divorciados...só diante de novo casamento (Lei n. 6.515/77, art. 33);
- 7) Possibilita pedido de divórcio sem limitação numérica;
- 8) Põe termo ao regime de separação de fato se tratar de divórcio direto;
- 9) Substitui a separação judicial pelo divórcio, se indireto, alterando o estado civil das partes que de separadas passam a ser divorciadas;
- 10) Permite que ex-cônjuge, embora divorciados, possam adotar conjuntamente criança, contanto que concordem sobre guarda e regime de visitas, desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância da sociedade conjugal (CC, art. 1.622, parágrafo único);
- 11) Subsiste a obrigação alimentícia para atender às necessidades de subsistências do ex-consorte;
- 12) Não faz perder o direito ao uso do nome do cônjuge, salvo se, no divórcio indireto, contrário estiver disposto em sentença de separação judicial; e
- 13) Outorga ao ex-cônjuge o direito a um terço do FGTS, na hipótese do outro ser demitido ou aposentar-se, se assegurado em sentença de divórcio.

3.4 EMENDA CONSTITUCIONAL N. 66/2010

Com o advento da Emenda Constitucional n. 66 de 2010 a separação chegou ao fim, embora que muitos resistissem para que não houvesse essa modificação. Ainda assim, pode-se encontrar no Código Civil de 2002, os artigos que dispõem sobre a separação seja judicial ou extrajudicial, mas a partir da Emenda 66/10 o que se tenta pregar no direito brasileiro é que, só é possível o término do casamento através do divórcio, salvo os casos existentes antes da mencionada Emenda, mas será que realmente o divórcio direto já existe efetivamente? Será que a Emenda 66/10 conseguiu por de fato um fim na separação judicial?

Foi então, promulgada dia 13 de Julho de 2010, entrando assim em vigor dia 14 de Julho de 2010 a partir da publicação no Diário Oficial, a Emenda Constitucional nº 66, dando nova redação ao § 6º do artigo 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio. A emenda promete agilizar os processos judiciais que antes delongavam mais de um ano para serem concluídos. Com menos burocracia, mais eficiência e facilidade para os processos de guarda de filhos e divisão de bens, caracteriza-se assim os benefícios do divórcio direto.

Assim, qualquer pessoa casada tem a faculdade para ingressar com pedido de divórcio consensual ou litigioso independentemente do tempo de separação judicial ou de fato. E as pessoas que já se separaram poderão entrar, imediatamente, com pedido de divórcio.

A emenda trouxe consigo, de forma absoluta, o fim da culpa e ainda o emprego do princípio da autonomia da vontade nas relações conjugais, pois se a mesma prega o fim da separação judicial, esta seria desnecessária e desatualizada, uma vez que, se já existe uma inexistência de uma relação afetiva e de fato. A legislação quando estabelece a separação torna aos olhos da celeridade jurídica algo sem fundamento.

Segundo Chaves (2011; p. 06) se a relação conjugal se dá através da vontade das partes, nada mais justo que a mesma se desfaça por vontade dos cônjuges:

Seja vislumbrando o casamento pela corrente contratualista, seja vendo-o como uma instituição, uma coisa se tem como certa: o vínculo se origina pela vontade das partes e, nada mais arrazoado, que seja dissolvido pelo mesmo elemento volitivo. Ninguém melhor que os envolvidos para saber como e quando desconstituir a sua união.

Diante de muita discussão levantada acerca do assunto, o que se pode perceber na realidade social e jurídica é que para alguns doutrinadores e operadores do direito o divórcio direto já é uma realidade e a separação judicial passou a residir no passado, já para outros a modificação não se apresenta suficiente para que se entenda como suprimida a separação judicial, mas o que na verdade a emenda propõe é uma desburocratização do sistema, uma simplificação para os usuários, o que na verdade uma grande parte dos operadores do direito sentem é a desvalorização do seu papel, quando tudo pode ser feito via extrajudicial, o que na verdade não retira a necessidade de um advogado.

Alguns representantes do senado fazem rigorosas críticas à emenda 66/10. Discursando que no Brasil a lei vai gerar um “casa e descasa” constante, não colaborando para o bem estar de uma sociedade. Mas, para outros é vista com bons olhos, pelo simples fato de que nenhuma norma legal pode sujeitar os casais a se manterem unidos, a separação deve ser algo simples, possível e sem burocracia.

A nova redação do § 6º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988 somente excluiu a separação (judicial ou de fato) e o elemento tempo com etapas necessárias para o divórcio, mas, não coibiu ou aboliu a separação judicial ou extrajudicial.

Apenas desvincularam o divórcio da separação, mas os dois institutos coexistem, sendo o divórcio uma forma incondicionada de extinção do casamento válido (vínculo formal), com ou sem o fim da sociedade conjugal, e a separação uma forma de extinção somente da sociedade conjugal (união com direitos e obrigações).

Há alguns entendimentos que falam que o juiz poderá de ofício, converter a demanda de separação em divórcio ou extingui-las por carência da ação, perante a superveniência de impossibilidade jurídica do pedido. Isso pelo fato que o divórcio veio a prover as necessidades daqueles casados que não mais tenham importância em conservar a sociedade conjugal.

Quando um dos cônjuges decidirem por opções diferentes, no caso de um pretender a separação e a outra o divórcio, deve prevalecer à pretensão ao divórcio, pelo fato que a causa de pedir são iguais tanto para a separação como para o divórcio e a desvinculação do divórcio com a separação (judicial ou de fato) fez surgir o direito fundamental do indivíduo em ver constituído, de forma definitiva, o seu estado civil na aferição familiar.

O que na verdade pode-se perceber é que a Emenda surgiu em boa hora e em conformidade com as necessidades de uma sociedade, ou seja, ele veio apenas regulamentar algo que já se ansiava, pela separação judicial se mostrar algo moroso, algo lento e tanto tempo ineficaz.

A separação judicial de fato chegou ao fim, instituto fadado ao fracasso, uma vez que da mesma forma que a Constituição, dá o direito de se constituir uma família, firmar um matrimônio feliz baseado na vontade das partes, o mesmo deve ser dissolvido de forma digna, em prol de um bem maior que é a felicidade.

4 REPARAÇÃO CIVIL POR DANOS CAUSADOS PELA DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO ATRAVÉS DO DIVÓRCIO

Houve evolução em relação à reparação civil por danos morais, mesmo em meio a resistências à sua aceitação, por ser considerado um direito de violação incerto, uma impossibilidade de ressarcimento pelo dano e também como uma imoralidade existente na compensação da dor sentida pelo ofendido, através do dinheiro.

E essa incerteza quanto à existência de um direito violado, vinha pelo fato do não reconhecimento dos direitos da personalidade, onde através das violações a estes direitos, origina em grande parte os danos morais. Mas, hoje a realidade é outra, os direitos de personalidade não são mais vistos como incerteza de direito violado, já têm vasto reconhecimento doutrinário, jurisprudencial e legal, sendo resguardada e tutelada pelas três fontes ou formas de expressão do Direito.

Segundo versa Santos (1999; p. 151): “A reparação do dano moral deve ter em vista possibilitar ao lesado uma satisfação compensatória, por meio do pagamento de determinada soma pecuniária”.

Ao contrário da reparação por danos materiais ou patrimoniais que o lesado só deseja que o patrimônio seja repostado ao estado anterior ou que receba outro bem similar ao devastado, o dano moral é impossível retornar a estado antecedente, sua indenização é para compensar o sofrimento que o lesado está passando ou a perda sofrida, abrandando as decorrências da lesão.

Santos (1999; p. 151) discursa que: “ao lado do caráter compensatório, a indenização por dano moral tem caráter punitivo, de modo a evitar novas práticas

lesivas”. Assim o agente sente o mal que causou e praticou a vítima, fazendo-o pagar uma soma em dinheiro.

Há quem diga que a existência da compensação da dor seja imoral, mas, ao meu ver todo mal sofrido por outra pessoa deve ser reparado, pois, como Santos (1999; p. 151) diz: “a indenizabilidade não tem em vista a venda ou alienação onerosa de um bem da personalidade, mas, sim, assegurar o respeito por este bem”.

Assim sendo, resguarda não só a punição para quem cometeu o dano, mas a forma de educar, levando o agente causador do dano a não cometer o ato danoso de maneira reincidente.

Santos (1999; p. 152) diz que, com a promulgação da Constituição da República de 1988, caíram definitivamente por terra todos os argumentos contrários à indenização do dano moral. No artigo 5º, X fala que:

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

[...]

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

Esta norma avaliza a indenização do dano moral decorrente de violação a todos os direitos de personalidade, mesmo sem enumerá-los completamente em face dos dispostos no § 2º do artigo 5º. Onde versa que: “§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Também no mesmo artigo, o inciso V, assegura a reparabilidade do dano moral: “[...] V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;”.

Por todos esses dispositivos relatados, é garantida constitucionalmente a indenização do dano moral adindo de violação a direito da personalidade.

Os primeiros danos derivam dos fatos constitutivos das causas do rompimento matrimonial, que é da violação a dever conjugal, sendo assim chamados de danos imediatos, que tem natureza moral e material.

Os danos morais imediatos atingem o campo da personalidade do cônjuge lesado, ocasionando-lhe sofrimento, e os motivos são vários, como pelo descumprimento do dever de fidelidade, por adultério, mas o que é "adultério"? O Dicionário Aurélio o define com "infidelidade conjugal; amantismo, prevaricação".

Para os estudiosos do Direito Penal o extinto crime de adultério se consumaria com a prática do inequívoco ato sexual. Como também a traição, e esse é ato muito mais amplo que o adultério. Traição é deslealdade, infidelidade no amor. Não deixando de citar os como o dever de coabitação, pelo abandono voluntário e injustificado do lar e pela recusa de satisfação do débito conjugal, como do dever de assistência imaterial, pela prática de tentativa de morte, injúrias graves, entre outras.

Então, tais atitudes ou ações do cônjuge acarretam ao consorte, respectivamente danos materiais ou patrimoniais, no caso de sevícias ou lesões corporais, além dos danos morais, originam prejuízos econômicos, advindos de tratamento médico, e podendo até incapacitar para o exercício de atividades, dependendo da sua gravidade.

Santos (1999, p. 154) afirma que: “os danos decorrentes do rompimento do matrimônio são chamados mediatos, por terem ligação indireta com o descumprimento de dever conjugal”.

Esses danos são muitas vezes de caráter patrimonial ou econômico, como os gastos com a mudança para outra residência, os prejuízos pela liquidação de sociedade cominada pela partilha dos bens, entre outros. Mas, também podem ser de ordem moral, quando atinentes ao sofrimento acarretado pelo rompimento do casamento.

Podemos citar como exemplo de dano mediato quando, o cônjuge lesado perde os benefícios que tinha quando era casado, pois, quando decidiu ou foi imposta a ter atribuições do lar, caso tendo filhos a criá-los, tornado-se como se fala no popular uma “dona de casa”, ou até mesmo quando abdicou de algo para seu benefício, para que o outro cônjuge pudesse alcançar uma boa situação econômica, quando ainda estavam casados, passando no divórcio a sofrer dano mediato, por não ter como sustentar-se e ter uma qualidade de vida digna ou até mesmo igual a quando era casada, podendo-se se pleitear judicialmente alimentos.

É incontestável não dizer que o descumprimento de dever conjugal e a ruptura do casamento podem gerar prejuízos materiais e morais, só restando ao Direito brasileiro indenizar os lesados quando cabível.

Para a indenização por danos causados pelo fim da relação matrimonial não é tão simples, uma vez que, a legislação se omite deixando a cargo do judiciário, resolver tal decisão e que ainda não são muitas as jurisprudências sobre o assunto.

São raros os subsídios existentes em nossa jurisprudência sobre a reparabilidade de danos na ruptura do casamento, como afirma Santos (1999). E que não significa que essa forma de expressão do Direito repudie a tese da indenizabilidade, pois, ao contrário, nos poucos julgados encontrados sobre o tema, há sua plena aceitação.

Em acórdão proferido pela 4ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação Cível n. 220.943-1/1, em 9 de março de 1995, tendo como relator o Desembargador Olavo Silveira, com a participação dos Desembargadores Barbosa Pereira e Barreto Fonseca, foi o marido condenado a pagar indenização à mulher, por tê-la acusado infundada e injuriosamente na demanda de separação judicial, atribuindo-lhe a prática de adultério, que não restou provada, e causando-lhe dano moral.

Em relação a esse julgado, Santos (1999, p. 164) relata que consta que o cônjuge:

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

A má-fé levantada pelo cônjuge foi descaracterizada com provas, e o dano moral sofrido pela cônjuge foi verificado, pelo constrangimento, pela dor e outros tipos de sentimento que ninguém pode mensurar se não a própria vítima, a título indenizatório, o julgador faz uma base, uma média, como margem para o *quantum* indenizatório, mas jamais irá conseguir calcular os danos sofridos. Dessa forma, é possível verificar o culpado pelo fim do casamento, no procedimento do divórcio.

Mais uma decisão judicial, que condenou um dos consortes a indenização o cônjuge pela violação de dever conjugal, encontra-se no acórdão proferido por votação unânime, em 10 de outubro de 1996, pela 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação Cível n.272.222.1/2, com a

participação dos Desembargadores Munhoz Soares, Reis Kuntz e P. Costa Manso, tendo sido relatado por Testa Marchi.

Esse acórdão julgou pedido de reparação de danos morais deduzido pelo marido, em razão de sua mulher ter fingido uma gravidez. Na superfície dos fatos, constata-se, que os dois consortes eram médicos, trabalhavam até no mesmo consultório e, quando começaram os desacordos conjugais, a esposa apresentou-se diante do marido e da sociedade com uma gravidez fingida, chegando a conseguir o afastamento do esposo do lar conjugal, sob este simulado argumento.

Regina Beatriz (1999, p. 164) conclui o fato relatando que tal atitude do consorte foi havida como:

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

Outro claro motivo para se haver uma reparação, uma vez que, o relacionamento já se apresentava problemático diante de outras situações que já causa certos transtornos em ambos os cônjuges, principalmente sociais e psicológicos e este fator agravante, muda um contexto de forma danosa, totalmente passível de indenização por danos morais e porque não materiais, pois se a falsa gravidez não fora descoberta, o cônjuge certamente iria dispor de recursos financeiros para as despesas necessárias durante uma gravidez.

Em acórdão proferido antes aos acima aludidos, pela 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, com a participação dos Desembargadores Athos Gusmão Carneiro, Túlio Medina Martins e Cristovam Daiello Moreira, como relator, datado de 17 de março de 1981, foi reconhecido, em tese, o direito à indenização por danos causados pela violação a dever conjugal, posto que sem condenação a respeito em face da falta de prova sobre a existência real de dano.

Regina Beatriz (1999, p. 165) verifica neste julgado, as causas fáticas do pedido produzido na ação, que segundo ela são os seguintes:

[...] tendo sido dissolvida a sociedade conjugal pela responsabilidade do marido, em razão da prática de sevícia e injúria grave, e estipulado o seu dever de prestar alimentos à consorte inocente, esta última teria sofrido

sérios prejuízos patrimoniais e morais, em face do comprometimento de sua juventude e de seus melhores anos da “empreitada frustrada por culpa do consorte”. Sendo que, além de furtar-se ao pagamento da pensão fixada, o ex-cônjuge ajuizara ação de partilha do único imóvel adquirido pelo casal, bem havido exclusivamente com rendimentos da esposa, durante a vigência do casamento.

Analisa-se que não houve votação por unanimidade do julgado, divergindo o Desembargador Athos Gusmão Carneiro, por avaliar que a agressão física cometida pelo consorte ocasionou ao inocente “um dano moral, aliás, muito mais relevante em se tratando de agressão de um cônjuge contra outro. E esse dano moral...impede seja ressarcido”, segunda relata Regina Beatriz (1999, p. 165).

Nem todos os casos de divórcio são passíveis de reparação civil, uma vez que os fatores que motivaram o divórcio, sejam sentidas e analisadas de forma que perceba-se o dano. Identificado o dano, aí temos uma possível causa de reparação civil.

Percebe-se que não há o que se falar em violação de um dever conjugal tratados pelo Código Civil de 2002 sem que cause um dano ao outro cônjuge, porém o sentimento de ofensa, de prejuízo é algo intrínseco ao agente vitimado da relação. A forma de reparação civil por uma violação aos deveres do casamento no caso de não ser caracterizado um dano seria inexistente, apresentando apenas a uma assistência, uma vez que um dos deveres é assistência mútua, a título de alimentos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste trabalho, que teve o objetivo de analisar de acordo com as legislações específicas e correlatas, as doutrinas e as práticas hoje vigentes, o divórcio e análise jurídica dos danos causados através do mesmo e os critérios para uma possível reparação civil nos dias atuais.

Percebeu-se que a dissolução conjugal através do divórcio necessita de evolução em nosso ordenamento jurídico e que um grande passo foi dado a partir da Emenda Constitucional n. 66/2010, no sentido de resolver as deficiências e contradições constatadas, buscando assim melhor adequação dos efeitos à dissolução da sociedade conjugal, através do divórcio, aplicando a reparação civil de danos morais e materiais.

Tendo em vista a evolução do divórcio como um caráter de solução para o conflito, abordou-se também que a dissolução do casamento através do divórcio pode causar lesão de ordem moral e material, e que não deve ficar sem reparação.

No Brasil, com a nossa legislação vigente e projetada, é desconhecido o impedimento da interpretação da aplicação dos princípios e regras sobre a responsabilidade civil à dissolução culposa do matrimônio, pelo fato de que pela ação de divórcio proposta pelo cônjuge ao outro consorte, dar-se fim a moral do matrimônio e a conservação da tranqüilidade.

No primeiro capítulo, tratou-se especificamente da responsabilidade civil, noções gerais de dano, de reparabilidade e de indenização por danos morais e materiais essenciais para a melhor compreensão do tema.

No segundo capítulo, abordou-se sobre o casamento a partir de sua evolução histórica, sendo esta conceituada por vários doutrinadores, bem como sua natureza jurídica, os elementos e os direitos e deveres do mesmo, para observar o começo de um vínculo conjugal que ao seu termino por vontade de uma das partes que se ache vitima por algum tipo de dano, seja assim reparado civilmente por o outro cônjuge que causou esse dano.

No terceiro capítulo foi possível delimitar também a natureza jurídica, a classificação, a evolução histórica e a nova lei que rege o divórcio de forma abrangente, fazendo uma análise de formas e meios que um casal nos dias atuais

pode dissolver a sociedade conjugal, de maneira que atenda todas as suas necessidades.

No quarto e último capítulo focou-se nos danos causados pela dissolução do casamento através do divórcio e a possibilidade de sua reparação como forma de entendermos a melhor maneira para a parte vitimada ser indenizada por danos morais e materiais com o fim do seu casamento. Pôde-se considerar a presença intrínseca de alguns importantes elementos como a definição de responsabilidade civil, o que de importante o dano deve ser relatado, focou-se também na indenização por dano moral e material aplicável no Direito brasileiro, as análises jurisprudenciais existentes. Ao traçarmos a questão do dano como principal motivo de indenização ao cônjuge vitimado.

Se os Tribunais abrigarem as demandas, cujos pleitos indenizatórios sejam atinentes aos danos advindos do grave inadimplemento de dever matrimonial, o que, se não estabelecer uma forma de diminuição nos rompimentos conjugais, abrandará o estado do consorte inocente e lesado. É de suma importância que o legislador considere as consequências causadas pelo fim do matrimônio e/ou do vínculo conjugal, estabelecendo norma explícita sobre a reparação de danos causados por este fato.

Por fim, digo que a anuência da reparabilidade de danos nas relações conjugais implica a aproximação entre a Moral e o Direito, bem visto em todos os seus ramos e em particular no Direito de Família.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABATE, Alessandra. **Danos Materiais, Morais, Estéticos e Lucros Cessantes – Quatificação.** Disponível em: http://www.correiadasilva.com.br/pdf/art_med/art_med_02.pdf. Acesso em: 25 de abril de 2011.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Responsabilidade Civil no Direito de Família.** 2005. Disponível em: http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/1335/Responsabilidade_%20Civil_%20no_%20Direito.pdf?sequence=1. Acesso em: 24 de maio de 2011.

BITTAR, Carlos Alberto. **O Dano Moral e sua Reparação.** Forense: Rio de Janeiro, 1993.

BRANQUINHO, Wesley Marques. **O novo divórcio: Emenda Constitucional nº 66.** Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2571, 16 jul. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/16997>>. Acesso em: 31 de outubro de 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 15 de agosto de 2011.

BRASIL. **Lei n. 11.340 de 07 de agosto de 2006 (Lei da Violência Doméstica e Familiar).** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 02 de setembro de 2011.

BRASIL. **Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 05 de setembro de 2011.

BRASIL. **Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 26 de agosto de 2011.

CARVALHO, Dimitre Soares Braga de. **Culpa deve ser decretada na separação e divórcio. Por Regina Beatriz Tavares.** 01 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://dimitresoares.blogspot.com/search?updated-max=2011-09-26T10:41:00-07:00&max-results=7>>. Acesso em: 10 de setembro de 2011.

CASTRO, Guilherme Couto de. **Direito Civil – Lições.** 3 ed. Impetus: Rio de Janeiro, 2009.

CAVALIERI, Sérgio Filho. **Programa de Responsabilidade Civil.** 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007

CHAVES, Marianna. **O Divórcio e Separação no Brasil – Algumas Considerações após a Aprovação da EC 66.** Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Fev – Mar 2011, Ano XII, n. 20. Belo Horizonte: IBDFAM, 2007.

COUTO, Antônio. SLAIBI, Nagib Filho. ALVES, Geraldo Magela e outros. **A Responsabilidade Civil e o Fato Social no Século XXI**. Forense: Rio de Janeiro, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5 ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7 ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 15 ed. Saraiva: São Paulo, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 24 ed. Saraiva: São Paulo, 2009.

FERREIRA, Bernardo de Avila. **Reparação civil na Separação e no Divórcio**. 12 de janeiro de 2004. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=113>. Acesso em: 24 de maio de 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 3. ed. Saraiva: São Paulo, 2005.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. **Elementos de Responsabilidade Civil**. Renovar: Rio de Janeiro, 2000.

GUIMARÃES, Marilene Silveira. **Adultério Virtual/ Infidelidade Virtual**. 22/04/2004. Instituto Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=133>. Acesso em: 18 de outubro de 2011.

JUS Brasil. **Homem vai indenizar ex-esposa porque cometeu "infidelidade virtual"**. 26 de maio de 2008. Disponível em: <http://espacovital.jusbrasil.com.br/noticias/15178/homem-vai-indenizar-ex-esposa-porque-cometeu-infidelidade-virtual>>. Acesso em: 14 de setembro de 2011.

MATIAS, Arthur J. Jacon e SALEM, Luciano Rossignolli. **Teoria e Prática Forense no Direito de Família**. 6 ed. J. H. Mizuno: Leme, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 5 ed. Forense: Rio de Janeiro, 1994.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil - Responsabilidade Civil**. 20. ed. Saraiva: São Paulo, 2003.

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

SILVA, Wilson de Melo. **Tutela dos Direitos da Personalidade e dos Direitos Autorais nas Atividades Empresariais**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1993.

SOUZA, Patrícia A. de. **Divórcio e Separação Judicial**. Portal LFG. 12/05/2009.
Disponível em:
http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090512132300441&mode=print
t. Acesso em: 31 de outubro de 2011.