

O Dano Moral Resultante do Divórcio ou da Separação Injusta e o seu Ressarcimento

LUIZ MURILLO FÁBREGAS

Desembargador aposentado do TJ/RJ

1. **O Conceito de Dano Moral** - Danos morais, prejuízos morais ou danos não-patrimoniais, como exemplifica WILSON MELO DA SILVA, seriam os decorrentes das ofensas à honra, ao decoro, à paz interior de cada qual, às crenças íntimas, aos sentimentos afetivos de qualquer espécie, à liberdade, à vida, à integridade corporal (**O dano moral e sua reparação** - 3ª ed. - p. 2 - Forense).

Aqueles que buscam uma conceituação do dano moral acentuam, como não poderia deixar de ser, o seu aspecto subjetivo, sendo marcadamente repetitivos.

Do conceito formulado por GABBA, freqüentemente citado: *Dano moral ou não-patrimonial é o dano causado injustamente a outrem que não atinja ou diminua o seu patrimônio*, retira-se a conclusão de que a sua noção há de ser, por exclusão, aquela do dano patrimonial. É assim o conceito do douto AGUIAR DIAS: *Quando ao dano não correspondem as características do dano patrimonial, dizemos que estamos em presença do dano moral. A distinção, ao contrário do que parece, não decorre da natureza do direito, bem ou interesse lesado, mas do efeito da lesão, do caráter da sua repercussão sobre o lesado* (**Da responsabilidade civil** - vol. 2 - 6ª ed. - nº 226).

Da mesma forma opina RAMON DANIEL PIZARRO; *Una primera línea de pensamiento, minoritaria, sostiene que la noción de daño moral debe inferirse por exclusión: daño moral es todo detrimento que no pueda ser considerado como daño patrimonial*. (Daño moral - Editorial Hammurabi - B. Aires - p.36)

Dano moral mais se sente do que define, como o grande advogado e professor SÉRGIO BERMUDEZ o afirmou (**Tribuna do Advogado** - 14.03.98), ou, como diz ANTONIO LINDBERGH MONTENEGRO:

Só quem o sofre é capaz de estabelecer a sua dimensão (Ressarcimento de danos - 4ª ed. - p. 158).

Finalmente, diz-se que o dano é moral, nas precisas palavras de ANTONIO JEOVÁ SANTOS, quando a lesão afeta sentimentos, vulnera afeições legítimas e rompe o equilíbrio espiritual, produzindo angústia, humilhação, dor etc. (**Dano moral indenizável** - p. 23).

2. A Reparação do Dano Moral no Direito Brasileiro - Não foram poucas as objeções opostas ao ressarcimento do dano moral em nosso direito. Embora majoritária a doutrina que sustentava a sua reparabilidade, juristas de nomeada a contestavam com vigor.

Os argumentos dos adversários do ressarcimento do dano moral podem ser metodicamente resumidos, segundo AGUIAR DIAS, a este esquema: a) falta de efeito penoso durável; b) incerteza do direito violado; c) dificuldade em descobrir a existência do dano moral; d) indeterminação do número de pessoas lesadas; e) impossibilidade de rigorosa avaliação em dinheiro; f) imoralidade da compensação da dor com o dinheiro; g) extensão do arbítrio concedido ao juiz. (op. e p. cit.)

Tais objeções, que têm sua fonte em GABBA, grande jurista italiano e ferrenho opositor da doutrina da reparabilidade do dano moral, encontraram adeptos entre os juristas brasileiros. Firmou-se, no entanto, majoritariamente, doutrina que a acolhia. Em sua excelente obra **O dano moral e sua reparação**, traz WILSON MELO DA SILVA o histórico em torno da disputa entre os nossos doutrinadores. Registra, entre os opositores, Lafayete, Lacerda de Almeida, Carpenter, Jair Lins, Jaime Landim, Tito Fulgêncio e Pinto Falcão, entre outros. E, entre os muitos e não menos ilustres adeptos da reparabilidade, Pedro Lessa, Orozimbo Nonato, Martinho Garcez Neto, Hermenegildo de Barros, Eduardo Espínola, Carvalho de Mendonça, Bento de Faria, Filadelfo Azevedo, Hanemann Guimarães, Aguiar Dias, tornando em caudal impetuoso o que era simples corrente, nas palavras do autor. PONTES DE MIRANDA chega a afirmar: *Que mal entendida justiça é esta que dá valor ao dano imaterial ligado ao material e não dá ao dano imaterial sozinho.*

São citados, entre os mais recentes juristas, os nomes de Orlando Gomes, Washington de Barros Monteiro, José Olímpio de Castro Filho, Caio Mário da Silva Pereira, Silvio Rodrigues, Arnaldo Wald, Antonio Chaves etc.

Consolidando a opinião majoritária em doutrina, a Constituição Federal de 1988 deixou indiscutível a reparabilidade do dano moral em nosso direito, assim dispondo o inciso X do art. 5º: *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.*

A jurisprudência, até então tímida e vacilante, parecendo receosa em acolher aquilo que seria uma novidade em nosso direito, hoje se faz tranqüila e remansosa, autorizando a reparação pelo dano moral em casos como: aponte indevido de nome como devedor inadimplente; cheque erroneamente devolvido por falta de fundos; publicação ofensiva na imprensa; morte de filho ou dos pais, como os casos mais freqüentes. Os poucos exemplos não esgotam, de longe, os sem número de hipóteses em que a jurisprudência vem reconhecendo o dano moral e impondo a sua reparação.

3. A Infração aos Deveres do Casamento Dando como Conseqüência o Divórcio e os Danos Morais - Não cuidam, os nossos doutrinadores, do assunto com a importância e o desenvolvimento que ele merece. Não seria uma certa dose de misoneísmo?

No entanto, os poucos, que em poucas palavras, sobre ele se manifestaram, não deixam a menor dúvida sobre a reparabilidade dos danos decorrentes da infração aos deveres do casamento, dando como conseqüência a separação ou o divórcio, sejam eles materiais ou morais.

Assim se pronuncia AGUIAR DIAS, sem dúvida alguma, a nossa maior autoridade em tema de responsabilidade civil: *A violação das obrigações derivadas do casamento é, indubitavelmente, falta contra a honestidade. É o que se verifica por parte de quem dá, por seu procedimento, causa à separação de corpos, desquite ou divórcio, acarretando prejuízo moral ou material ao outro cônjuge, como o marido que, negligente ao estado de saúde da mulher, permite que se desenvolva moléstia que a acomete, sem levá-la a submeter-se a exame médico, e sem usar de sua autoridade nesse sentido.*

O adultério constitui clara violação dos deveres conjugais. Poderá dar ensejo à reparação civil? À luz dos princípios expostos, não se pode senão sustentar a afirmativa.

Em nota de rodapé, afirma o consagrado e saudoso jurista não conhecer, em nossa jurisprudência, nenhuma decisão sobre o assunto (op. cit. - vol. 2 - nº 160).

Também no mesmo sentido, a lição de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, não menos renomado especialista na matéria: *Afora os alimentos, que suprem a perda de assistência direta, poderá ainda ocorrer a indenização por perdas e danos (dano patrimonial e dano moral) em face do prejuízo sofrido pelo cônjuge inocente.* (**Instituições de Direito Civil** - vol. V - p. 156 - Forense, 11ª ed.)

CARLOS ROBERTO GONÇALVES tem o mesmo entendimento. Diz ele: *Parece-nos que, se o marido agride a esposa e lhe causa ferimentos graves, acarretando, inclusive, diminuição de sua capacidade laborativa, tal conduta, além de constituir causa para a separação judicial, pode fundamentar ação de indenização de perdas e danos, com suporte nos arts. 159 e 1.539 do Código Civil. Da mesma forma deve caber indenização, se o dano causado, e provado, for de natureza moral. O que nos parece, contudo, carecer de fundamento legal, no atual estágio de nossa legislação, é o pedido fundado no só fato da ruptura conjugal, ainda que por iniciativa do outro cônjuge. Provado, no entanto, que a separação, provocada por ato injusto do outro cônjuge, acarretou danos, sejam materiais ou morais, além daqueles já cobertos pela pensão alimentícia (sustento, vestuário e casa), a indenização pode ser pleiteada, porque *legem habemus*: o art. 159 do Código Civil.* (**Responsabilidade civil** - p. 69 - Saraiva, 1994 - 5ª ed.).

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

dem ser formulados em uma mesma demanda (CPC, art. 292). Nada impede, porém, que a indenização com apoio no art. 159 do CC, seja pleiteada antes ou depois da instauração do processo para a obtenção da dissolução contenciosa da sociedade conjugal ou do divórcio. (**Responsabilidade civil entre marido e mulher - in Divórcio e separação - Yussef Sahid Cahali - tomo 2 - p. 955 - RT 8ª ed.**).

Também é a opinião de ANTONIO JEOVÁ SANTOS: *Claro está, contudo, que nas hipóteses de separação originada por agressão física ou infidelidade conjugal de um dos cônjuges, além de ser causa do rompimento da sociedade conjugal, dá azo à reparação por danos morais.* (op. cit. - p.195).

Assim e como se viu, os nossos melhores doutrinadores que, embora em poucas palavras, abordaram a questão, não deixam a menor dúvida sobre a possibilidade da reparação do dano moral pela violação dos deveres conjugais, independentemente da pensão alimentícia que nem sempre devida e que tem por fundamento a substituição do dever de mútua assistência na vigência da sociedade conjugal.

A matéria, que há de se apresentar rica em controvérsias, não pode ser deixada ao abandono, como tem sido até agora, cabendo aos advogados agitá-la nos Tribunais, pois preceito constitucional reclama a sua aplicação e nele deverão buscar amparo as vítimas das separações e dos divórcios injustificados, certo que também a autoriza a regra do art. 159 do Código Civil.

O advogado JOSÉ DE CASTRO BIGI, que também se afirma favorável à reparação do dano moral em separação e divórcio, retratando o quadro que se encontra em nossa jurisprudência e já anotado por AGUIAR DIAS, assim se expressa: *É evidente que se ações da natureza que estamos discutindo não chegam à barra de nossos Tribunais, é porque os advogados não têm se abalanzado a propô-las. Por isso é que decidimos agitar a questão que está quase esquecida, partindo do art. 5º nº X da atual Constituição: são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.* (**Dano moral em separação e divórcio - RT 679/47**).

Quem sabe não seria esse o motivo de não se preocuparem os juristas com a questão? Se os advogados não impulsionam o Judiciário colocando-a sob a sua apreciação, não há como se reclamar a ausência de julgados ou a carência de doutrina a respeito.

4. Os Danos Morais Decorrentes da Separação e do Divórcio no Direito de outros Países - Se, entre nós, pouco ou nada se cuida a respeito da questão, ela é agitada em quase todos os outros países, sendo certo que a reparação do dano moral decorrente da separação ou do divórcio é prevista especificamente na legislação de muitos, ou resulta da aplicação da regra geral que obriga o causador do ato ilícito a reparar o dano causado a outrem, tal como dispõe a nossa Constituição Federal ou o art. 159 do Código Civil.

Remonta ao Direito Romano o dever de o cônjuge responsável pelo divórcio indenizar o inocente, com uma pena de caráter pecuniário. É lição de PEDRO BONFANTE: *Es verdad que se aplicaban penas pecuniarias, pero no a cargo de los cónyuges que se divorciaban, y tampoco para castigar el divorcio en si mismo, sino a cargo del cónyuge que había dado al otro un motivo justificado para divorciarse, y a favor del cónyuge inocente divorciado.* (**Instituciones de Derecho Romano** - Instituto Editorial Reus - Madrid, 1965 - 3ª ed. - p. 192)

No mesmo sentido, o ensinamento de JUAN IGLESIAS: *Tratandose de divorcio ex iusta causa, el cónyuge culpable es castigado com la pérdida de la dote - o de sus derechos sobre ella - y de la donación nupcial, y, si ni una ni otra se hubiessen constituido, com la de una cuarta parte de los bienes.* (**Derecho Romano - Instituciones de Derecho Privado** - Editorial Ariel - Barcelona, 1972 - 6ª ed. - p. 560).

É no direito francês que, modernamente, foram dados os primeiros passos para a aplicação da reparabilidade do dano moral decorrente do divórcio, sendo inspiração para muitos países que vieram a acolher a doutrina. Desde os primeiros tempos da vigência do Código Napoleão, ou seja, desde o início do século 19 a indenização vem sendo concedida e forte na regra emanada do art. 1.382 do mesmo e que assim dispõe: *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.* Assim leciona ALEX WEILL: *Le droit qu'a l'époux innocent d'obtenir réparation du préjudice subi par suite de la dissolution du mariage, est une application de l'article 1.382 du Code civil. La loi a consacré ce droit comme une sanction contre l'auteur responsable de la rupture du foyer.* (**Droit civil** - p. 336 - Dalloz, 1972).

O consagrado JEAN CARBONNIER, sobre apoiar o entendimento de que a reparação decorre da aplicação do art. 1.382, procura deixar certo que a pensão alimentícia não tem o propósito senão de representar o dever

de mútua assistência, não se inserindo no critério da indenização pelo dano produzido. É assim que sustenta: *Los hechos constitutivos de causa de divorcio (malos tratamientos, injurias e incluso adulterio) pueden causar un perjuicio material o moral al cónyuge inocente que tiene derecho a exigir su reparación al amparo del art. 1.382. Puede ocurrir que la disolución del matrimonio sea, en si misma, una fuente de perjuicios. Ya hemos visto cómo la pensión alimenticia del art. 301 pfo. 1º no hace más que resarcir el aspecto concerniente a la lesión causada por la desaparición del deber de auxilio. También se pueden imaginar otros daños y así lo reconoce la Ley del 1941 que añade al art. 301 un segundo párrafo, según el cual el cónyuge inocente tiene derecho al resarcimiento por el perjuicio material (no reparado mediante la pensión alimenticia) o moral causado por la disolución del matrimonio. La ley se há propuesto combatir el divorcio mediante una sanción moralizadora.* (**Derecho Civil** - tomo I - volumen II - pags. 188/9 - Bosch Editorial, 1961).

O princípio geral da responsabilidade pessoal, por aplicação do citado art. 1.382 impõe a reparação do dano, qualquer que ele seja. É como leciona PATRICK COURBE: *Lorsque le divorce pour faute est prononcé aux torts exclusifs de l'un des époux, celui-ci peut être condamné à des dommages et intérêts en réparation du préjudice matériel ou moral que la dissolution du mariage fait subir à son conjoint (C. civ., art. 246). Cette possibilité n'est qu'une application, en matière de divorce, du principe général de responsabilité personnelle: chacun doit réparer le dommage qu'il cause à autrui par sa faute (C. civ., art. 1.382).* Sustenta o autor, ainda: *Ainsi, les violences physiques, les injures, l'abandon du domicile conjugal, l'adultère, le refus de contribuer aux charges du mariage peuvent engendrer un préjudice moral ou matériel dont la réparation peut toujours être demandée.* (**Droit de la famille** - Masson & Armand Colin Éditeurs, 1997 - p. 190).

No ano de 1975, procedeu-se em França a uma reforma geral do divórcio e, com ela, estabeleceu-se norma específica impondo a reparação do dano, material ou moral, decorrente do divórcio por culpa de um dos cônjuges.

Assim e como anota CLAUDE COLOMBET: *Selon l'article 266 cc, l'époux aux torts exclusifs duquel le divorce a été prononcé peut être condamné à des dommages-intérêts en réparation du préjudice matériel ou moral que la dissolution du mariage fait subir à son conjoint; les causes justifiant ces dommages-intérêts sont identiques à*

ce qu'elles étaient avant la réforme de 1975: c'est dire qu'il pourra s'agir, par exemple, de la perte d'une situation matérielle intéressante (préjudice matériel) ou la déconsidération dans un certain milieu social (préjudice moral)... (**La famille** - Presses Universitaires de France, 1985 - p. 349).

A reparação do dano moral, por força do que dispõe o citado art. 266, é indiscutível. Observa JACQUE MASSIP: *C'est finalement sur le plan du préjudice moral que les dispositions de l'article 266 C. civ. ont le plus de vocation à s'exercer: la destruction du foyer est, en soi, une source de chagrin, de souffrances, qui appellent une satisfaction compensatoire. Mais la difficulté est l'évaluation du préjudice à réparer. L'article 266 jouera un peu comme une peine privée, donnant lieu à la perception d'une "amende" perçue au profit de la victime, modelée sur la gravité des fautes et les ressources du coupable.* (**La réforme du divorce** - p. 233 - Répertoire du Notariat Defrénois - Paris, 1976).

No mesmo sentido, as observações de YVES NACACHE e GÉRARD DE BEAUPUIS: *Lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l'un des époux, l'autre peut demander qu'il soit condamné à lui verser des dommages et intérêts en réparation du préjudice tant moral que matériel que lui cause la dissolution du mariage.* (**Mariage et divorce** - Larousse, 1977 - p. 131).

Nem a exclui a dificuldade na fixação do valor da indenização, como observou o citado JACQUES MASSIP. Também é o entendimento de GENEVIÈVE THOMAS: *Le dommage moral subi par l'époux trompé n'est pas très difficile à établir. L'outrage à l'honneur conjugal est indiscutable. Si l'attribution d'une somme d'argent n'apparaît pas comme un mode de réparation très approprié, cela est dû beaucoup plus à l'ensemble du problème de la réparation du préjudice moral, qui devrait être revus ou remis en cause, qu'à l'unique question de la violation de l'obligation de fidélité entre les époux.* (**Les interférences du droit des obligations et du droit matrimonial** - Presses Universitaires de Grenoble, 1974 - p. 306).

Há, no Código Suíço, disposição expressa: *Se as circunstâncias que levaram ao divórcio ocasionaram grave dano nos interesses pessoais do cônjuge inocente, poderá a ele atribuir o juiz, como reparação moral, uma importância em dinheiro.* (art. 151 al. 2).

Desse modo e como observam HENRI DESCHENAUX e PIERRE TERCIER: *En vertu de l'art. 151 al. 2, le juge peut allouer à un époux une indemnité destinée à compenser dans une certaine mesure le tort moral qu'il a subi par suite du divorce. Cette "réparation" devrait lui permettre de surmonter en quelque sorte le choc que lui a causé le divorce et lui faciliter la reprise d'une vie normale.* (**Le mariage et le divorce** - Éditions Staempfli & Cie AS, 1980 - p. 123)

O Código Civil de Portugal contém regra geral - art. 483 - que basta à invocação, pelo cônjuge inocente, do dano moral sofrido com o divórcio. É como leciona ABEL PEREIRA DELGADO: *Parece não poder haver dúvidas de que o cônjuge inocente pode pedir ao cônjuge culpado uma indenização de perdas e danos (patrimoniais e não patrimoniais). Resulta tal direito do disposto no art. 483 do Código Civil.* (**Do divórcio e da separação judicial de pessoas e bens** - Biblioteca Jurídica Atlântida - Coimbra, 1971 - p. 166).

As sanções que podem ser impostas ao cônjuge responsável pelo divórcio, não ficam limitadas à possibilidade de ser pedida a reparação pelo dano moral pelo outro. Na partilha dos bens comuns do casal, o cônjuge que seja o único e principal responsável pelo divórcio, pode sofrer as sanções de natureza patrimonial previstas nos arts. 1.790 e 1.791, assim dispondo o primeiro: *O cônjuge declarado único ou o principal culpado não pode na partilha receber mais do que receberia se o casamento tivesse sido celebrado segundo o regime da comunhão de adquiridos.*

A outra sanção é prevista no art. 1.791 nos seguintes termos: 1 - O cônjuge declarado único ou o principal culpado perde todos os benefícios recebidos ou que haja de receber do outro cônjuge ou de terceiro, em vista do casamento ou em consideração do estado de casado, quer a estipulação seja anterior, quer posterior à celebração do casamento. 2 - O cônjuge inocente ou que não seja o principal culpado conserva todos os benefícios recebidos ou que haja de receber do outro cônjuge ou de terceiro, ainda que tenham sido estipulados com cláusula de reciprocidade; pode renunciar a esses benefícios por declaração unilateral de vontade, mas, havendo filhos do casamento, a renúncia só é permitida em favor destes.

Acrescente-se, finalmente, a norma do art. 1.792, que introduzida com a reforma do Código Civil que traz referência expressa aos danos não-patrimoniais, nestes termos: 1 - O cônjuge declarado único ou principal culpado, e bem assim, o cônjuge que pediu o divórcio com o fundamento

da alínea c) do artigo 1.781, devem reparar os danos não-patrimoniais causados ao outro cônjuge pela dissolução do casamento. 2 - O pedido de indenização deve ser deduzido na própria ação de divórcio.

Como se vê, seja pela regra geral do art. 483 ou pelas normas aqui citadas, o cônjuge considerado único ou principal culpado pelo divórcio, terá sempre o dever de indenizar ao cônjuge inocente, de uma forma ou de outra, pelos danos patrimoniais e/ou morais que este sofreu.

Apreciando a disposição do art. 1.792, assim disserta o Professor Catedrático da Universidade de Coimbra DIOGO LEITE DE CAMPOS: *Estão em causa os danos não patrimoniais causados por um dos cônjuges ao outro, com o divórcio, com o facto de ter dado causa ao divórcio ou de o ter pedido com o fundamento na alteração das faculdades mentais do outro. Assim, se um dos cônjuges é considerado culpado de adultério e o divórcio é pronunciado contra ele, deverá indemnizar o outro cônjuge pelos danos não patrimoniais causados pelo divórcio (não com o adultério). Parece aceitável, também, nesta matéria, a norma segundo a qual quem causa um dano deve indemnizar. E o divórcio, em si mesmo, é origem, normalmente de danos muito significativos.* (**Lições de Direito da Família e das Sucessões** - Del Rey Editora - Belo Horizonte - 2ª ed. - p. 309).

O Código Civil da Itália não contém qualquer norma regulando a matéria e sua doutrina majoritária recusa a indenização do dano moral causado pelo divórcio. Discutiu-se, no entanto, se o adultério autorizava ou não uma indenização. Sustenta FRANCESCO MESSINEO, ao definir o que seja dano imaterial: *Daño inmaterial es en cambio, todo perjuicio originado directamente a la persona: el denominado daño moral puro (sin afectar, ni inmediatamente, ni tampoco mediatamente, el patrimonio de ella, o a la persona misma, en su capacidad productiva); o sea el producido: a) atentando a un derecho suyo de personalidad moral o espiritual (libertad, dignidad, respectabilidad, decoro, honor (por ejemplo a causa de adulterio)...* (**Manual de Derecho Civil y Comercial** - EJE A - Buenos Aires, 1955 - tomo VI - p. 566).

Há uma tendência na doutrina, como afirma FERNANDO SANTOSUOSSO, no sentido de buscar fundamento jurídico para a indenização pelo dano moral decorrente do divórcio. É assim que leciona: *Mentre la giurisprudenza si va orientando per la soluzione negativa del problema della risarcibilità del danno morale cagionato dal divorzio, parte della dottrina ricerca delle vie per dare fondamento giuridico al risarcimento di*

interessi non patrimoniali, lesi dallo scioglimento del matrimonio per divorzio. (**Comentario del Codice Civile - Delle persone e della famiglia - Il matrimonio - UTET - Torino - p. 836**).

Na legislação de alguns países da América do Sul, são impostas sanções de ordem patrimonial ao cônjuge culpado pela separação ou pelo divórcio, à semelhança do que ocorre em Portugal, o que não acontece, em hipótese alguma, no Brasil, onde só se vê a regra do par. 3º do art. 5º da Lei do Divórcio, de rara aplicação.

O Código Civil do Uruguai assim dispõe com relação aos efeitos do divórcio quanto aos bens: *Conforme el art. 179, tenemos: a) que el cónyuge que diere causa al divorcio perderá todo lo que se hubiera dado o prometido por su consorte o por cualquiera otra persona, en consideración al matrimonio; b) que el cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo prometido en su provecho y, c) que si el divorcio fuere pronunciado contra los dos cónyuges, en caso de reconvenición, perderán ambos las ventajas referidas.* (**Derecho de Familia y Familia - Saul D. Cestau - Fundación de Cultura Universitaria, 1979 - 2ª ed. Vol. I - p. 274**).

Assim também na Colombia: *Según el art. 12 de la ley 1ª, que modificó al art. 162 del C.C., “en los casos de las causales de 1ª, 2ª, 3ª, 4ª, 5ª, y 7ª. del artículo 154 de este Código, el cónyuge inocente podrá revocar las donaciones que por causa de matrimonio hubiere hecho al cónyuge culpable, sin que este pueda invocar derechos o concesiones estipulados exclusivamente en su favor en capitulaciones matrimoniales”.* (**Matrimonio civil y divorcio en la legislación colombiana - Marco Gerardo Monroy Cabra - Editora Temis Bogotá, 1977 - p. 189**).

Disposição semelhante também se encontra no Código Civil do México: *El cónyuge que diere causa al divorcio perderá todo lo que se hubiere dado o prometido por su consorte o por otra persona en consideración a éste; el cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho (art. 286).* (**Derecho de Familia - Antonio de Ibarrola - Editorial Porrúa S/A - Mexico, 1981 - 2ª ed. - p. 343**)

Bem ao contrário da nossa, a literatura jurídica na Argentina é muito rica no estudo da matéria. Juristas da envergadura de BELLUSCIO, ESCRIBANO, LÓPEZ DEL CARRIL, BARBERO, D'ANTONIO e SALAS, entre outros contam com obras específicas sobre o tema danos e

prejuízos derivados do divórcio. Também incontáveis os artigos publicados em suas revistas especializadas e versando a matéria, deixando-nos uma rica fonte de pesquisas.

Sua legislação não conta, porém, com norma expressa regulando a matéria, daí a ampla controvérsia que se verifica tanto em doutrina como na jurisprudência dos tribunais daquele país. É como informa o Prof. JOSE RAUL VELAZCO: *Ante la ausencia de norma expresa que establezca el resarcimiento de los daños causados por el divorcio - y separación personal - há sido motivo de amplia discusión - en doctrina y jurisprudencia - la procedencia o no de la reparación de los perjuicios causados por los hechos que dieron causa al divorcio o separación personal o de los daños ocasionados por el divorcio o separación personal en si mismos. Desde que Rebora afirmara que este capítulo del derecho de familia se hallaba en blanco en la jurisprudencia se han suscitado opiniones que es posible agrupar en dos corrientes: aquellos que aceptan tal resarcimiento y quienes sistemáticamente lo niegan. Entre los primeros es posible citar a Sala, Acuña Azorena, Colombo, Guastavino, Spota, López del Carril, Mazzinghi, Moset Iturraspe, D'Antonio, Barbero y Zannoni. Entre quienes no aceptan tal acción a Bibiloni, Llambías y Borda. (La ley, 1991).*

AUGUSTO CESAR BELLUSCIO, que se mostra favorável à reparacão, aponta ser majoritária a corrente doutrinária que a admite. Assim: *El divorcio en si, o los hechos constitutivos de sus causales, suelen representar para el cónyuge inocente una fuente de perjuicios materiales o morales. El resarcimiento de dichos daños es generalmente admitido en el derecho extranjero, sea sobre la base de disposiciones legales específicas, o bien de la aplicación de las reglas generales sobre responsabilidad civil. En nuestro país, aun cuando no exista norma legal expresa sobre el tema ni se lo haya planteado sino contadas veces en el ámbito judicial, es ampliamente mayoritaria la doctrina que afirma la procedencia de la indemnización. (Derecho de Familia - tomo III - Matrimonio - Ediciones Depalma Buenos Aires, 1981 - p. 553).*

EDUARDO A. ZANNONI entende de aplicar-se o princípio geral em matéria de responsabilidade civil na reparacão dos danos resultantes do divórcio. É como sustenta: *Habrá de partirse del principio general en materia de responsabilidad civil, contenido en el art. 1.109 del Cód. Civil, y una vez aceptado que toda causal de divorcio involucra un hecho ilícito*

civil, corresponderá hacer aplicación de las disposiciones de los arts. 1.068, 1.077, 1.078 y concs. del mismo Código. Es evidente que todas las causales de divorcio revisten el carácter de hechos ilícitos en tanto importan violación de deberes emergentes del matrimonio y dan lugar a la sanción civil del divorcio. (**Derecho civil - Derecho de familia** - tomo 2 - 2ª ed. - Editorial Astrea Buenos Aires, 1993 - p. 215).

OMAR U. BARBERO vê a conveniência de uma reforma na legislação argentina no sentido de ser incluída norma específica regulando a matéria. Diz ele: *Sin perjuicio de la tesis que defendimos, en el sentido de que es procedente en el derecho argentino actualmente vigente la reparación de los daños y perjuicios derivados del divorcio, pensamos que una futura reforma de la legislación civil deberá incluir normas específicas al respecto, a fin de evitar la anarquía doctrinaria y jurisprudencial.* (**Daños y perjuicios derivados del divorcio** - Astrea, 1977 - p.277).

Registre-se, por fim, o que dispõe o art. 351 do Código Civil Peruano: *Si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente, el juez podrá concederle una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral.*

5. Conclusão - Como se viu neste breve esboço, não mais se justifica a discussão em torno da reparabilidade do dano moral. Vencidas as objeções de GABBA e demais negativistas, serão poucos os países que não as acolhem. Simples e objetiva regra geral que determine a reparação do prejuízo causado por aquele que violou direito de terceiro, basta à afirmativa da reparabilidade do dano moral, assim como se encontra no art. 159 do Código Civil. A Constituição Federal de 1988 não dá ensejo a qualquer controvérsia a respeito, até mesmo com relação ao seu alcance: todo e qualquer dano moral há de ser reparado.

Também já foi acentuado que, em nosso Judiciário, não se conhecem ações visando à reparação do dano, moral ou material, decorrente da separação ou do divórcio. Assim, por mais grave a falta cometida por um cônjuge contra o outro; por maiores os prejuízos que o inocente venha a sofrer, sai o responsável incólume da demanda contra ele proposta e, quando muito, obrigado a prestar alimentos, se for o caso. Os bens, ainda que não adquiridos pelo culpado, são partilhados por igual, sejam os aqüestos, sejam os do regime comum, em muitos casos representando um prêmio

pela sua conduta até preordenada. Assim tem sido até agora, o que representa, sem dúvida, uma injustiça.

Se deixamos a fase da vindita privada, quando os adúlteros eram punidos até com a morte, a castração ou o apedrejamento das mulheres; se o criminoso passional deixou de merecer a boa vontade do júri popular, contando com a sua absolvição ou a atenuante de relevante valor moral, quando matava o seu cônjuge colhido em adultério, nada justifica continue aquele que violou os deveres do casamento inteiramente ileso quando da sua dissolução, por vezes até premiado na partilha dos bens.

A violação dos deveres do casamento é, indubitavelmente, falta contra a honestidade, como afirmou AGUIAR DIAS, e o adultério é a sua forma mais nítida e contundente, a ensejar uma reparação civil.

É um ultraje à honra e uma traição ao amor do outro cônjuge.

O dano moral resultante do adultério está *in re ipsa*, como se reconhece em todas as legislações aqui anotadas e decorre de dispositivo constitucional, entre nós.

De tudo o que foi exposto, resta incontroverso que a falta aos deveres impostos no casamento, qual seja a sua intensidade, sua gravidade, quais sejam as suas conseqüências, autoriza a reparação de qualquer dano, material e/ou moral. É o que sustenta a melhor doutrina, mesmo entre nós, verificando-se, na legislação de alguns países, a existência de disposição expressa, sem embargo de se poder invocar, onde ela não existe, a regra geral que impõe a reparação do dano causado por ato injusto. ◆