

O FIM DA CULPA NO DIREITO DE FAMÍLIA

THE END OF THE GUILTY IN THE RIGHT OF FAMILY

Daniela Favero

Fernanda Daniele de Abreu Pereira

Resumo

O presente artigo tem como escopo a indagação sobre a existência da culpa, observa-se a transformação do Direito de Família, no ordenamento jurídico brasileiro em análise com outros ordenamentos, sucessivamente reformado até o fenômeno de *objetivação* das relações familiares, facilitando-se o acesso ao divórcio, afastando-se do modelo francês e aproximando-se dos modelos alemão e do sistema de *Common Law*, com o progressivo desapego do legislador pela inculpação.

Discutir a inculpação no ordenamento jurídico brasileiro posterior à Emenda Constitucional nº 66/2010 permite desenhar os contornos dos deveres conjugais e entre os companheiros e, ainda que obliquamente, levar à resposta sobre a natureza das relações familiares no século XXI.

Palavras Chaves: Culpa; Fim, Direito de família; relações familiares; divórcio.

Abstract

The present article has the objective inquiry into the existence of guilt, there is the transformation of family law, the Brazilian legal system under analysis with other jurisdictions, successively reformed to the phenomenon of objectification of family relationships, facilitating access to divorce, moving away from the French model and approaching the German models and the Common Law system, with the progressive detachment of the legislature by the indictment.

Discuss the indictment in the Brazilian legal after the Constitutional Amendment No. 66/2010 allows you to draw the contours of marital duties and among the companions and, though obliquely, lead to answer about the nature of family relations in the XXI century.

Keywords: Guilty; End; Right of Family, Family relationship, divorce.

Introdução

A culpa, no Direito de Família, advém de forte influência da religião e da moral. O descumprimento de deveres conjugais, especialmente o de fidelidade, foi, em todas as épocas, imposto à mulher com um caráter especialmente rigoroso.

Em Roma, a família foi estruturada a partir do poder paterno e da monogamia no casamento. *Domus* era o termo utilizado para designar a habitação, mas englobava também a *família residencial*. A palavra *família* abrangia, ainda, para além dos escravos e dos bens, os descendentes submetidos à *potestas* de um mesmo *pater familias*.

A família romana, independentemente de ser ou não ameaçada por eventual impossibilidade de procriar, podia formar-se com autonomia dos laços sangüíneos. A adoção era amplamente utilizada, seja por razões políticas, ou para assegurar a continuação de uma estirpe, mas também como meio de controlar o movimento dos patrimônios, porque as heranças que o adotado recebesse caberiam ao *pater familias*.

O afeto não foi um alicerce da família romana. De acordo com Fustel de Coulanges, "o que unia os membros da família antiga era algo mais poderoso que o nascimento, o sentimento ou a força física: e esse poder se encontra na religião do lar e dos antepassados"¹.

A primeira instituição estabelecida pela religião doméstica foi o casamento², que era "um estado assente num consenso"³.

O casamento era um ato religioso e não poderia ser diferente tratando-se de um povo que gostava de agir de acordo com a divindade e antes de qualquer ato, mesmo os mais insignificantes da vida, consultava a vontade dos deuses⁴.

¹ COULANGES, Fustel de. *La cité antique*. 25 ed., Paris: Librairie Hachette, 1919, p. 40.

² *Idem*, p. 41.

³ CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de Direito da Família e das Sucessões*. Coimbra: Almedina, 1990, p. 67.

Para que houvesse o *matrimonium iustum* eram necessários três requisitos: consentimento, puberdade (doze anos) e *conubium* (liberdade, cidadania e ausência de circunstâncias impeditivas, como parentesco, condição social etc)⁵. Segundo Bonfante, o casamento, em Roma, era uma situação de fato que se iniciava com a manifestação de vontade do homem e da mulher e perdurava enquanto se conservasse o elemento subjetivo da *affectio maritalis* (intenção dos cônjuges de permanecerem casados)⁶.

A dissolução do casamento se dava em decorrência da morte de um dos cônjuges, da perda do *conubium* e pelo divórcio. A perda do *conubium*, consoante explanação de Moreira Alves, podia ocorrer se um dos consortes sofria *capitis deminutio*, pela perda do *status libertatis* ou *civitatis*, por exemplo, quando em razão serviço militar o cônjuge se tornasse prisioneiro⁷.

O divórcio também promovia a dissolução do casamento. Dois vocábulos eram utilizados: *divortium* e *repudium*. Bonfante sustenta que, até a época dos imperadores cristãos, *divortium* designava o estado de ruptura do vínculo conjugal e *repudium* o ato pelo qual se manifestava a vontade de terminar o casamento. A partir dos imperadores cristãos, *divortium* traduzia a dissolução bilateral e *repudium* a extinção unilateral do casamento⁸.

Na síntese de Franz Wieacker, desde a Alta Idade Média, particularmente depois do segundo Concílio de Latrão, de 1215, as relações pessoais do Direito de Família fundaram-se cada vez mais no direito eclesiástico que, por sua vez, inspirava-se no direito romano (*consensus facit nuptias*). Mais tarde, a Reforma luterana influenciou o sistema matrimonial de vários países⁹.

Na Inglaterra, o catalisador da ruptura entre Henrique VIII e Roma foi a recusa do Papa Clemente VII, em 1529, para que o rei tivesse seu casamento com Catarina de Aragão anulado a fim de se casar com Ana Bolena. Henrique alegava que queria ter um herdeiro varão para estabilizar a dinastia Tudor, mas do casamento com Catarina só lhe restava uma filha (Maria), pois os outros cinco filhos não haviam sobrevivido e sua esposa tinha sofrido

⁴ GRIMAL, Pierre. *O amor em Roma*. (trad. Hildegard Fernanda Fiest). São Paulo: Martins Fontes, 1991, p. 67.

⁵ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972, v. 2, p. 300.

⁶ BONFANTE, Pietro. *Istituzioni di Diritto Romano*. Torino: G. Giappichelli, 1946, p. 137.

⁷ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972, v. 2, p. 320.

⁸ BONFANTE, Pietro. *Corso di Diritto Romano*. Diritto di famiglia. Milano: Giuffrè, 1963, v. 1, p. 332-335.

⁹ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3ª ed., (trad. A. M. Botelho Hespanha). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 257.

diversos abortos, sendo improvável que pudesse dar-lhe um filho. O interessante, sob o prisma histórico, é que Henrique não se divorciou de Catarina - o que teria sido possível tendo em vista o estabelecimento de sua própria Igreja reformista. A recusa do rei em se divorciar atrasou a introdução desse instituto na Inglaterra em quase trezentos anos. Entre os Estados europeus cujas Igrejas tinham se separado de Roma no século XVI, somente a Inglaterra não abandonou a doutrina da indissolubilidade matrimonial. Alemanha, Suíça, Holanda, Dinamarca, Noruega, Suécia, Islândia e Escócia reconheceram o divórcio com fundamento em adultério e abandono. O adultério e o abandono permaneceram como as únicas causas de pedir para o divórcio na Escócia até 1938¹⁰.

Os protestantes rejeitaram o sacramento, mas consideravam o casamento uma instituição divina, e, portanto, religiosa¹¹.

A noção de casamento como um contrato civil tomou um novo rumo e teve especial apelo, mais tarde, na França revolucionária, cuja celebração civil se tornou obrigatória pelo Decreto de 20 de setembro de 1792, criando um sistema de registro secular que serviu de referência para diversos países, além de ter introduzido o divórcio¹².

No entanto, tais influências não se fizeram sentir tão profundamente no Brasil, pois aqui os impactos da situação na Península Ibérica foram, até pela condição de colônia, muito mais visíveis.

Esclarece Miguel Reale que Portugal procurou conciliar o ideal religioso herdado da Idade Média com a *razão de Estado* trazida por Maquiavel e o Renascimento, por meio da ideia de uma comunidade nacional coesa, em que a religião cristã era um dos fatores preponderantes¹³.

Isso explica todo o ideário das navegações lusitanas, *daqueles Reis que foram dilatando a Fé e o Império*, por toda parte, no canto de Camões¹⁴.

Assim, enquanto os saxões sofreram ascendência da Reforma, na América Latina preponderaram as doutrinas provenientes da Contra Reforma.

¹⁰ PHILLIPS, Roderick. *Desfazendo o nó: Breve história do divórcio*. (trad. Silva Matos e Lemos). Lisboa: Terramar, p. 41-49.

¹¹ MELLO, Duarte de Roboredo Sampaio e. *Família e divórcio*. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1906, p. 135.

¹² SZRAMKIEWICZ, Romuald. *Histoire du droit français de la famille*. Paris: Dalloz, 1995, p. 33.

¹³ REALE, Miguel. *Horizontes do Direito e da História*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1977, p. 75-105.

¹⁴ CAMÕES, Luís de. *Obras completas. Os Lusíadas*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 2005, p. 9.

No Brasil, o casamento regulado pelo direito canônico, nos moldes definidos desde o Concílio de Trento (celebração perante o pároco, precedida de enunciações, na presença de testemunhas e concluído pela benção nupcial), foi a forma exclusivamente recebida pelo Direito, sem maiores questionamentos ou resistências, tendo em vista que a maioria dos brasileiros era católica.

Em 1765, as prescrições do Concílio de Trento foram codificadas nas Constituições do Arcebispado da Bahia, para facilidade de consulta, uma vez que estavam vigorando há muito tempo, desde que o regente de Portugal editou o Alvará de 12 de setembro de 1564, oficializando, em todo o território lusitano e colônias ultramarinas, aquelas disposições¹⁵.

Mais tarde, a Lei de 20 de outubro de 1823 determinou que vigorassem no Império as Ordenações Filipinas e as demais leis emanadas de Portugal, enquanto não se organizasse um novo Código.

A indissolubilidade do casamento, de clara influência religiosa, também estava presente nos textos constitucionais. A Constituição de 1934, art. 144, estabelecia que: "A família constituída pelo casamento indissolúvel está sob a proteção especial do Estado".

Somente com a Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, aboliu-se da Constituição a indissolubilidade do casamento, abrindo as portas para uma regulamentação infraconstitucional do divórcio no país.

Líder da corrente divorcista, o Senador Nelson Carneiro lutou por mais de duas décadas até que tal ideia vicejasse. De 1951 a 1977 propôs seis projetos de *anulação de casamento*, todos rejeitados por se considerarem "divórcios disfarçados"¹⁶.

O famoso livro *A luta pelo divórcio*, de Nelson Carneiro é iniciado pela significativa frase: "...E A GOTA D'ÁGUA VENCEU!", em referência ao discurso proferido por Martinho Garcez, no Senado, em 1900: "Não me iludo sobre a sorte que terá a ideia este ano. Mas nada mais frágil do que a gota d'água que, entretanto, não cessando de cair, afunda rochas e perfura montanhas". Em seguida, conclui Carneiro: "setenta e sete anos transcorreram. E a gota d'água ruiu as rochas dos preconceitos e destróçou as montanhas da incompreensão"¹⁷.

¹⁵ LIMA, Domingos Sávio Brandão. *A nova lei do divórcio comentada*. São Paulo: O. DIP Editores Ltda, 1978, p. 145.

¹⁶ FRANÇA, Rubens Limongi. *A lei do divórcio comentada e documentada*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 36.

¹⁷ CARNEIRO, Nelson. *A luta pelo divórcio: a síntese de uma campanha em defesa da família*. São Paulo: Editora Lampião Ltda, 1977, p. 11 e 20.

A Emenda Constitucional nº 9 só foi aprovada, apesar da enorme resistência da bancada religiosa no Congresso, porque antes, estrategicamente, os divorcistas conseguiram a aprovação da Emenda Constitucional nº 8, de 14 de abril de 1977, que alterou o *quorum* concernente à reforma da Constituição de dois terços para maioria absoluta. Com a diminuição do *quorum* necessário à mudança do texto constitucional foi possível obter o número mínimo de votos exigido para retirar da Constituição a previsão relativa à indissolubilidade do casamento - o que permitiu a subsequente aprovação da Lei do Divórcio (Lei nº 6.515 de 26 de dezembro de 1977).

A Constituição da República de 1988 promoveu grandes e relevantes transformações no Direito de Família. Produziu-se a denominada *democratização* da família com a progressiva redução da *potestas* do *pater familias* até se retirar do marido a chefia da sociedade conjugal¹⁸. A família, então, passou a ser vista e regulada como espaço e instrumento para a realização da dignidade da pessoa humana.

Desde que abolida a indissolubilidade do casamento e consagrado o divórcio na Constituição, verifica-se a presença de um direito subjetivo público, amparado pela noção de que todo cidadão casado pode fazer valer contra o Estado o seu direito à dissolução do seu vínculo conjugal. Em consequência, se uma separação-sanção (art. 5º, caput, Lei do Divórcio e art. 1572, *caput*, CC de 2002) tramitasse por lapso de tempo igual ou superior a dois anos e restando configurada a separação de fato por esse período, qualquer dos litigantes estava autorizado a distribuir divórcio direto, o qual, ausentes vícios processuais, haveria de ser julgado procedente¹⁹.

Percebe-se uma sucessiva *dessacralização* ou *laicização* do casamento, ante a gradual redução da influência religiosa, revelada pela proeminência da simplificação das formas de

¹⁸ MALAURIE, Phillippe. *Cours de droit civil*. Paris: Cujas, 1989, p. 47.

¹⁹ Ementa: Civil - Ação de divórcio direto - Lei n. 6.515/77, art. 5º, §1º. I - Para a viabilidade do divórcio direto é suficiente o prazo de dois anos de separação de fato. Esta é a única causa para um dos cônjuges pleitear o divórcio contra o outro; dispensada a prova da causa do pedido. II - Recurso conhecido e provido. *In*: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Terceira Turma, Relator Min. Waldemar Zveiter, Recurso Especial nº 32694-SP, j. 08.11.1993. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 27.01.2012.

Ementa: Direito e processo civil. Divórcio direto. Possibilidade pelo separado judicialmente. partilha posterior. Admissibilidade. Orientação doutrinária e jurisprudencial. Recurso não conhecido. I - Não impede a lei que o separado judicialmente opte por ajuizar o divórcio direto, ocorrendo os pressupostos deste, até porque não é razoável que o separado de fato lhe tenha direito maior. II - Segundo o sistema jurídico vigente, e dispensável a prévia partilha dos bens do casal em se tratando de divórcio direto. A indispensabilidade, por lei (Lei nº 6.515/77, arts. 31 e 43), restringe-se ao divórcio indireto (por conversão). *In*: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Quarta Turma, Relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Recurso Especial nº 9924-MG, j. 04.06.1991. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 27.01.2012.

extinção da sociedade e do vínculo conjugal, permitindo-se a diminuição do contencioso, especialmente pelo esmorecimento da inculpação²⁰.

Essa *objetivação* das relações familiares, com a diminuição dos obstáculos legais ao divórcio, representa, como será demonstrado a seguir, uma tendência no Direito Comparado, com menos ênfase no modelo francês (especialmente anterior à reforma de 2004) e uma aproximação dos modelos alemão e do sistema de *Common Law*.

1 Modelo Francês

Os principais redatores do Código Civil francês (Tronchet, Portalis, Bigot de Préameneu e Maleville), apesar de católicos, estavam convencidos a aceitar, como herança da Revolução, a secularização do direito e a manutenção do divórcio. As linhas gerais da família regulada pelo *Code* envolvem alguns princípios gerais: laicidade, autoridade, unidade da família e proteção da sexualidade masculina. Como parte da influência revolucionária o Código deixa clara a separação entre Estado e Igreja, com a previsão de que o casamento civil deveria preceder ao religioso, sob pena de configurar contravenção podendo levar à prisão o ministro do culto que desobedecesse a tal regra. O marido e pai governava a família (*empereur au petit pied*) exercendo autoridade sobre a mulher e filhos, que lhe deviam obediência. A unidade familiar se dava em torno da família nuclear (pai, mãe e filhos) formada pelo casamento, sendo que Bigot de Préameneu chegava a afirmar ser odiosa a investigação de paternidade e Napoleão alertava que se os concubinos se esquecem ou passam à margem da lei, a lei se desinteressa deles (*les concubins se passent de la loi, la loi se désintéresse d'eux*). Portalis dizia que a infidelidade feminina supunha conter mais de corrupção e de efeitos perigosos do que o adultério do marido. A investigação de paternidade dos filhos naturais era proibida (art. 340) só se admitindo o reconhecimento voluntário²¹.

O Código napoleônico de 1804 limitou o divórcio a apenas quatro hipóteses: a) adultério; b) condenação de um dos cônjuges a penas dolorosas ou aviltantes; c) sevícias, excessos ou injúrias graves; d) impossibilidade da comunhão de vida comprovada por

²⁰ LABBÉE, Xavier. *Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels?* Paris: Presses Universitaires du Septentrion, 1996, p. 108.

²¹ SZRAMKIEWICZ, Romuald. *Histoire du droit français de la famille*. Paris: Dalloz, 1995, p. 92-100.

testemunhas. Abolido em 1816, depois do retorno dos Bourbon, o divórcio foi restabelecido, definitivamente, em 1884²².

Pothier, em análise da forte influência religiosa, afirma que o casamento foi estabelecido para ser a união entre um só homem com uma só mulher, que deve ser tão íntima, que eles venham a ser uma mesma carne (*erunt duo in carne una*):

Ora, se o homem, pelo casamento que contrata com a mulher, se doa por inteiro à sua mulher; se a mulher adquire, pelo casamento, um direito sobre o corpo do seu marido, o homem, enquanto esta união subsistir, não é mais mestre do seu corpo, ele não pode mais dele dispor para outra mulher; e, por consequência, ele não pode contratar casamento com outra mulher. A poligamia é portanto contrária à instituição primitiva do casamento, e por consequência à ordem de Deus e ao direito natural²³.

No tocante à moral das relações sexuais, segundo Ripert, enquanto se trata de contratos que visem a integridade corporal ou a liberdade individual, pode-se servir a rigor da noção vaga e cômoda de ordem pública, ou invocar os direitos do homem para não falar dos bons costumes: "O que não pode ser tolerado é a vontade culpável que tenta travar ou aconselhar relações, que a moral reprovava, pelo apelo ao interesse"²⁴.

Com a Lei Naquet, de 1884, o *Code* estabelecia várias sanções aplicáveis ao cônjuge considerado culpado pelo divórcio: a proibição de o culpado por adultério se casar com seu cúmplice (art. 298), a perda de todas as vantagens que o culpado tivesse obtido com o casamento (art. 299), a perda do poder legal sobre os bens dos filhos comuns (art. 386)²⁵.

O referido art. 298 foi revogado por uma Lei de 1904 e, em 1975, a Lei nº 75-617 de 11 de julho modificou o Código Napoleão, revogou o art. 386 e introduziu causas objetivas de dissolução do vínculo conjugal: o divórcio por mútuo consentimento (art. 230 e segs.) e o divórcio por ruptura da vida em comum (art. 237 e segs.)²⁶.

Mas o divórcio com causa culposa (*faute*) foi mantido, por inobservância dos deveres do casamento. Os arts. 212 e 215 do *Code Civil* prevêm como deveres recíprocos dos

²² *Idem*, p. 103-104.

²³ POTHIER, Robert Joseph. *Traité du contrat de mariage*. Paris: Debure Pere, 1771, t. 1, p. 104.

²⁴ RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Campinas: Bookseller, 2002, p. 62-63.

²⁵ DESNOYER, Christine. *L'évolution de la sanction en droit de la famille*. Paris: L'Harmattan, 2001, p. 253-257.

²⁶ *Idem*, *ibidem*.

cônjuges *fidelidade, socorro, assistência*, obrigando-se, ainda, os casados, a uma *comunhão de vida*.

De acordo com Carbonnier, tais efeitos pessoais do casamento constituem restrições que cada cônjuge voluntariamente sofre em sua liberdade pessoal por um sistema de ordem pública, de modo que, além dos deveres conjugais prescritos, há outros que decorrem da *moral conjugal*, todos hábeis a ensejar a inculpação (*faute*) como causa de pedir do divórcio: “Como a agressividade, inclusive o ódio violento entre os cônjuges são realidades possíveis, é terapêutico dar-lhes o desafogo de um processo agonístico”²⁷.

Mizrahi critica a posição acima e apresenta a seguinte réplica:

Qualquer psicanalista diria a Carbonnier que os instintos de agressividade têm a possibilidade de ser sublimados ou talvez reprimidos, e existem *desaguadores* dessa agressividade mais construtivos para o cônjuge *inocente*, para o cônjuge *culpado* e para a sociedade, que um *processo agonístico*²⁸.

A Lei nº 439 de 26 de maio de 2004 promoveu grande reforma na legislação sobre o divórcio, sob três principais objetivos: adaptar as regras jurídicas aplicáveis ao divórcio às transformações recentes da família; buscar a simplificação das formas, tornando mais fácil o acesso ao divórcio; visar a pacificação e facilitar a autocomposição, privilegiando a conciliação e a mediação²⁹.

Permanecem no sistema francês quatro espécies de divórcio: por consentimento mútuo, por aceitação do princípio da ruptura do casamento, por alteração definitiva do vínculo conjugal e por culpa (*faute*). O divórcio por consentimento mútuo foi mantido (arts. 230 e 232 do Código Civil), assim como a necessidade de seu controle judicial (art. 228), ainda que o procedimento seja de jurisdição voluntária e foi suprimido o prazo de reflexão de seis meses de casamento (o art. 231 foi revogado). O divórcio por aceitação do princípio da ruptura do casamento (arts. 233 e 234) se dá quando a demanda é proveniente de um dos cônjuges ou de ambos, que manifestam, em caráter irrevogável, sua aceitação da ruptura do casamento, sem levar em consideração os fatos que a originaram. O divórcio por alteração definitiva do vínculo conjugal (arts. 237 e 238) resulta do término da comunhão de vida, quando os cônjuges vivem separados de fato por mais de dois anos. E o divórcio *pour faute* é o que pode

²⁷ CARBONNIER, Jean. *Droit Civil: Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*. Paris: PUF, 2004, p. 1290.

²⁸ MIZRAHI, Mauricio Luis. *Familia, matrimonio y divorcio*. Buenos Aires: Astrea, 1998, p. 202.

²⁹ GRANET, Frédérique, HILT, Patrice. *Droit de la famille*. Grenoble: PUG, 2006, p. 60.

ser ajuizado por um dos cônjuges, quando imputar ao outro quaisquer fatos que caracterizem grave violação dos deveres do casamento e tenham levado à insuportabilidade da vida em comum (arts. 242 a 246)³⁰.

A principal consequência da atribuição de culpa é que o culpado deverá reparar o dano causado. A lei de 2004 mantém a possibilidade de o cônjuge *inocente* obter reparação das circunstâncias de particular gravidade que tenham levado à dissolução do casamento (arts. 242 e 266), sem se excluir a hipótese de indenização fundada no direito comum (art. 1382), caso se trate de ofensa aos direitos da personalidade, por exemplo, que caracterizam danos morais³¹.

Antes da reforma legislativa, o divórcio-sanção representava cerca de 40% dos casos de dissolução do vínculo conjugal, mas a mudança realizada em 2004 promoveu a objetivação do divórcio, reduzindo a discussão dos motivos que levam ao fim do casamento, em maior respeito à vida privada nas relações interpessoais³².

Em síntese, na França, após a reforma legislativa de 2004, verifica-se um enfraquecimento das sanções nas hipóteses de descumprimento das obrigações conjugais. O divórcio *pour faute* foi mantido, mas o legislador se distanciou da inculpação, na medida em que, com o tempo, simplificou e multiplicou as formas objetivas de divórcio. De acordo com Frédérique Niboyet, o direito se desinteressa progressivamente das culpas (*fautes*) conjugais e, assim, "as sanções dessa ordem pública comportamental se vêm reduzidas a um pouco de dor"³³.

2 Modelo Alemão

O BGB não regula os deveres conjugais, como no sistema romanístico, de forma detalhada, enumerativa. Ao contrário, no § 1.353 estabelece que: "Os cônjuges estão

³⁰ MURAT-SEMPIETRO, Marie-Pierre, TRAMBOUZE, Violaine. *Le divorce après la loi du 26 mai 2004*. Paris: Litec, 2006, p. 5-23.

³¹ AUBRY & RAU. *Droit Civil Français*. Paris: Librairies Techniques, 1962, t. 7, p. 152-153; BÉNABENT, Alain. *Droit Civil: Droit de la famille*. Paris: Montchrestien, 2010, p. 110-111; CARBONNIER, Jean. *Droit Civil: Introduction, Les personnes, la famille, l'enfant, le couple*. Paris: PUF, 2004, p. 1220; CORNU, Gérard. *Droit Civil: La Famille*. 4. ed., Paris: Montchrestien, 1994, p. 53; MALAURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent. *La Famille*. 3. ed., Paris: Lextenso éditions, 2008, p. 588-589.

³² Idem, p. 5; DESNOYER, Christine. *L'évolution de la sanction en droit de la famille*. Paris: L'Harmattan, 2001, p. 143-144.

³³ NIBOYET, Frédérique. *L'ordre public matrimonial*. Paris: L.G.D.J., 2008, p. 301.

mutuamente obrigados à comunhão conjugal de vida". Em seguida prevê que os cônjuges também se obrigam, mutuamente, a sustentar a família de modo adequado, por meio do trabalho e com os rendimentos dos seus bens.

Diferentemente dos sistemas brasileiro (art. 1.566) e francês (arts. 212 e segs.) que enumeram deveres conjugais, o modelo germânico adota uma cláusula geral.

Como explica Judith Martins-Costa,

as cláusulas gerais constituem o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico de princípios valorativos, expressos ou ainda inexpressos legislativamente, de *standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, das normativas constitucionais e de diretivas econômicas, sociais e políticas, viabilizando a sua sistematização no ordenamento positivo³⁴.

A incompletude das normas configuradas pela técnica das cláusulas gerais, segundo a mesma autora, significa que as mesmas não têm *fattispecie* autônoma, pois exigem a progressiva e constante atuação do juiz em sua formação, mediante o reenvio a outras normas do sistema ou a padrões, valorativos ou comportamentais, que podem ser extrassistêmicos³⁵.

Enneccerus, Kipp e Wolf apelidaram o modelo francês de "designação de velha sabedoria", criticando-o, por entenderem não caber ao legislador concretizar o dever de comunhão de vida, pois normas que o tentassem nunca conseguiriam fixar o regime para todos os casamentos e envelheceriam rapidamente³⁶.

Outra justificativa para a preferência do modelo alemão, da cláusula geral, em lugar do sistema de enunciado dos deveres do casamento é salientado por Schlüter: "o casamento como uma união conjugal fundada na individualidade dos cônjuges, que compreende toda a sua personalidade, subtrai-se de uma normatização perfeccionista de direitos e deveres recíprocos"³⁷.

³⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no direito obrigacional*. São Paulo: RT, 1999, p. 274.

³⁵ *Idem, ibidem*.

³⁶ *En algunas leyes se encuentran giros académicos de vieja sabiduría, como "les époux se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance" (C.C. francés art. 212) u "obligaciones del deber conjugal, fidelidad y decoroso comportamiento" (C.C. austríaco § 90). El que tenga en cuenta la esfera social a que pertenecen los cónyuges, su situación económica, sus deberes profesionales y sus personalidades, rara vez juzgará desacertadamente el contenido de sus deberes de comunidad. In: ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor, WOLFF, Martin. *Derecho de Familia: El matrimonio*. (trad. da 20.ed., Blas Pérez González, José Castán Tobeñas). Barcelona: Bosch, 1941, t. 4, v. 1, p. 190.*

³⁷ SCHLÜTER, Wilfried. *Código Civil Alemão: Direito de Família*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 104.

Schlüter chega a sustentar que tal regulamentação interna da relação dos cônjuges entre si não seria compatível com a autonomia do casamento amparada no art. 6 I da Lei Fundamental, pois a norma constitucional consagraria não apenas um direito fundamental visando a proteção da esfera privada do casamento, mas também representa uma autorização ao juiz, à semelhança da cláusula geral da boa fé, de pronunciar uma decisão valorativa necessária para o caso concreto, o que é indispensável para manter o direito adaptável diante de novos desenvolvimentos³⁸.

Antunes Varela aponta o modelo alemão como uma tendência: "A tendência de algumas legislações mais avançadas, como a alemã, é orientada no sentido de reduzir os deveres pessoais impostos coercitivamente aos cônjuges"³⁹.

Quanto às consequências do descumprimento dos deveres conjugais pessoais, o Supremo Tribunal Federal alemão, após aludir à natureza predominantemente moral dos mesmos, considerou vedado o uso de coerção para obter seu cumprimento. O cônjuge ofendido em sua honra e dignidade, exposto à publicidade, tem seus direitos de personalidade violados, cabendo reparação, independentemente de serem marido e mulher, sendo, pois, competente a justiça comum e não o juízo de família⁴⁰.

3 O modelo Norte-americano

No sistema de *Common Law*, que se desenvolveu a partir da resolução de casos judiciais, não há o estabelecimento de regras substantivas gerais referentes a deveres entre os cônjuges, prevalecendo o princípio da não interferência na vida privada, "fruto de uma prática judicial que recusava tomar posição acerca de questões delicadas inerentes à relação conjugal"⁴¹.

Segundo Mary Ann Glendon, em mordaz crítica ao sistema romanístico, a fixação de regras específicas de conduta, com sanções diretas para sua violação, traduziriam

³⁸ *Idem*, p. 104-105.

³⁹ ANTUNES VARELA, J. M. *Direito de Família*. Lisboa: Livraria Petrony, 1999, v. 1, p. 341.

⁴⁰ PINHEIRO, Jorge Alberto Caras Altas Duarte. *O núcleo intangível da comunhão conjugal: os deveres conjugais sexuais*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 592; SCHLÜTER, Wilfried. *Código Civil Alemão: Direito de Família*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 115.

⁴¹ GLENDON, Mary Ann. *The transformation of Family Law (State, Law and Family in the United States and Western Europe)*. Chicago: The University of Chicago Press, 1989, p. 85-86.

representações meramente simbólicas de um ideal de vida familiar e só teriam sentido para uma discussão de culpa, durante a dissolução judicial do casamento, sendo uma *forma estranha de Direito (a strange kind of law)* e uma verdadeira ingenuidade pretender, por previsão legal, levar duas pessoas a viver conjuntamente em paz e harmonia⁴².

Wardle e Nolan explicam que o *no-fault divorce* foi introduzido nos Estados Unidos na década de 1970, porque as gerações posteriores à Segunda Guerra Mundial vinham lutando pela simplificação do divórcio, e, por consequência, surgiu, em 1969, na Califórnia, um novo *Family Law Act*, que permitia o término do casamento por irreconciliáveis diferenças que tivessem causado o irremediável colapso do casamento (*irreconcilable differences which have caused the irremediable breakdown of the marriage*). Até o fim dos anos 1980 todos os estados adotaram o *no-fault divorce*⁴³.

No entanto, para os mencionados autores, uma consequência essencial do divórcio sem culpa é a transformação legal do casamento de um compromisso vinculativo a uma relação facilmente revogável⁴⁴.

A ausência de regras específicas de Direito de Família somada à introdução do *no-fault divorce* fazem com que as ofensas intencionais à integridade física ou maus tratos sejam resolvidos no campo da responsabilidade civil.

Uma das principais hipóteses de *tort actions* entre cônjuges é o *intentional infliction of emotional distress*, que, conquanto possa se derivar de condutas praticadas por um dos cônjuges durante o casamento, resolve-se fora da ação de divórcio⁴⁵.

Sob tal concepção, afirma Eva Dias Costa que vem prevalecendo o princípio de *clean break* e "o factor culpa teria apenas relevância para efeitos de um eventual dever de indemnizar os danos causados por uma actuação ilícita e culposa, nos termos gerais da responsabilidade civil e em acção autónoma"⁴⁶.

⁴² *Idem*, p. 87.

⁴³ WARDLE, Lynn Dennis, NOLAN, Laurence. *Family Law in the USA*. Great Britain: Kluwer Law International, 2011, p. 187-189.

⁴⁴ *Idem, ibidem*.

⁴⁵ PINHEIRO, Jorge Alberto Caras Altas Duarte. *O núcleo intangível da comunhão conjugal: os deveres conjugais sexuais*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 540-541.

⁴⁶ COSTA, Eva Dias. *Da relevância da culpa nos efeitos patrimoniais do divórcio*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 134-135.

4 Modelo Brasileiro

Tendo em vista que o Código Civil pátrio, de 2002, teria o objetivo de reunificar o sistema, remodelando-o para torná-lo aberto, valendo-se da técnica legislativa das cláusulas gerais e sob forte influência de princípios e valores constitucionais, poderia ter evitado, no tocante aos deveres conjugais, o modelo enumerativo, de inspiração francesa.

Sob a diretriz do culturalismo de Miguel Reale, o responsável pelo *Livro IV – Do Direito de Família*, Clóvis do Couto e Silva, teria atentado para a concepção do “Direito como experiência” e do Direito de Família como totalidade e complexo de valorações e comportamentos aos quais são atribuídos significados suscetíveis de valoração jurídica, segundo certos valores morais e finalidades práticas⁴⁷.

O mesmo Clóvis do Couto e Silva asseverou que o Direito de Família compõe-se de elementos que não recebem e nem poderiam receber do ordenamento jurídico a mesma disciplina dos seus efeitos. A sua regulamentação, no âmbito dos direitos pessoais, “é fortemente impregnada de princípios éticos, de tal modo que os próprios direitos lesados não se submetem aos mesmos cânones dos outros ramos do direito, como, por exemplo, o das obrigações”⁴⁸.

No entanto, reitera-se, o atual Código Civil brasileiro reproduziu o modelo de 1916, com o detalhamento de deveres conjugais, acrescentando ao rol do art. 1566 (fidelidade, vida em comum no domicílio conjugal, mútua assistência, guarda, sustento e educação da prole) os deveres de respeito e consideração e, além disso, listou, no art. 1.573, as hipóteses de violação de deveres do casamento que levam à insuportabilidade da vida em comum, constituindo a causa de pedir da separação judicial litigiosa com discussão de culpa (adultério, tentativa de morte, sevícia ou injúria grave, abandono voluntário do lar conjugal durante um ano contínuo, condenação por crime infamante e conduta desonrosa).

Contudo, em sentido diverso da inculpação, aproximando-se do modelo germânico, o Código Civil de 2002, ao inaugurar o tratamento do Direito de Família, nas *Disposições*

⁴⁷ REALE, Miguel. *O direito como experiência*. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 31.

⁴⁸ COUTO E SILVA, Clóvis do. Exposição de motivos para a reforma do direito de família. In *Anteprojeto do Código Civil*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça, 1975, v. 155, p. 153.

*Gerai*s, inseriu a cláusula geral contida no art. 1.511, que dispõe: “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”.

A comunhão de vida decorre do casamento, como se depreende do texto legal, mas é também uma finalidade principal desse instituto, como já alertava Lafayette Rodrigues Pereira, no seu clássico *Direitos de Família*, escrito antes do Decreto nº 181, de 1890, que instituiu o casamento civil no Brasil: "o fim capital, a razão de ser dessa instituição, está nessa admirável identificação de duas existências, que, confundindo-se uma na outra, correm os mesmos destinos, sofrem das mesmas dores e compartilham, com igualdade, do quinhão de felicidade que a cada um cabe nas vicissitudes da vida"⁴⁹.

Essa parece uma tendência internacional, uma vez que, na interpretação da Convenção Européia dos Direitos do Homem (Conv.EDH), na base da célula familiar, a jurisprudência européia reconhece o casal, constituído por um homem e uma mulher, unidos pelo casamento, ou que mantenham uma relação estável.⁵⁰ Daí advém a noção de solidariedade entre os cônjuges, que fundamenta os deveres conjugais⁵¹.

Assim, no Brasil, com o advento da Emenda Constitucional nº 66 de 2010, como na França, após a reforma de 2004, consagrou-se a objetivação do término do casamento, com a maior facilidade de acesso ao divórcio, pois as exigências relativas a prazo e prévia separação (judicial ou de fato) foram abolidas, o que poderá levar ao desuso da separação judicial litigiosa.

A inobservância dos deveres do casamento poderá culminar no divórcio, caso não se dê o perdão, que é prerrogativa exclusiva e decisão de foro íntimo dos cônjuges. Segundo Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata de Lima Rodrigues

De fato, a manutenção da discussão culposa da separação (separação-sanção) não é coerente com a ampla e prioritária tutela que o ordenamento jurídico brasileiro confere aos direitos de personalidade. A

⁴⁹ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de Família*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2004 [1869], p. 29-30.

⁵⁰ Os autores da Conv.EDH, ao tratarem da família, tomaram como referência o casamento. Nos termos do art. 12, o casamento é visto como uma liberdade fundamental. O paradigma adotado é o casal formado por um homem e uma mulher, com idade para a procriação:

Art. 12º - Do direito ao casamento

A partir da idade núbil, o homem e a mulher tem o direito de se casar e de constituir família, segundo as leis nacionais que regem o exercício deste direito.

⁵¹ MOTTA, Carlos Dias. *Direito Matrimonial e seus princípios jurídicos*. São Paulo: RT, 2007, p. 307; CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de Direito da Família e das Sucessões*. Coimbra: Almedina, 1990, p. 247-249.

busca pelo cônjuge culpado ofende frontalmente a privacidade dos cônjuges, que têm aspectos de sua intimidade revelados, desnecessariamente, em um processo judicial⁵².

Mas, se o cônjuge "inocente" quiser ajuizar a separação-sanção, há uma grande probabilidade e o suposto "culpado" simplesmente distribuir por dependência ação de divórcio, que culminará com a extinção da ação de separação, sem análise de mérito acerca da culpa.

Entretanto, como nos outros países mencionados, desde que sejam preenchidos os requisitos para a indenização por danos morais, isto é, se houver violação a direitos de personalidade, nada impede que seja ajuizada a ação própria perante a vara cível, pois, como aduz Aparecida Amarante, "a tendência atual é a de focar os casos de separação e divórcio assentados no princípio da deterioração do vínculo e não da culpa", por isso, "a questão da honra ofendida deslocar-se-ia da satisfação buscada pelo pedido com o desfazimento do laço, para uma possível indenização por dano não patrimonial"⁵³.

Conclusões

O trabalho trouxe primeiramente uma abordagem histórica da culpa nas relações conjugais, a fim de demonstrar seu progressivo esvaziamento nas dissoluções do casamento.

Embora, a concepção sancionária ainda persista no ordenamento, previsto no Código Civil de 2002, fica manifesto que o descumprimento dos deveres do casamento, perderam gradualmente sua importância, exaltado pela criação da Emenda Constitucional nº 66, de 2010, trazendo a tona a dispensabilidade das razões que levaram ao término da comunhão de vida.

Fica evidente, portanto, a evolução do direito de família, no que concerne o fim do casamento, sem a influência, da religião e dos preconceitos sociais, dando efetividade

⁵² TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado, RODRIGUES, Renata de Lima. *O direito das famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 104.

⁵³ AMARANTE, Aparecida I. *Responsabilidade civil por dano à honra*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 198.

jurídica, ao fato, da dissolução, pela deterioração do convívio e do casamento, independente da culpa dos conviventes.

Na França, como apresentado, observa-se que houve uma diminuição das sanções nas hipóteses de descumprimento das obrigações conjugais. O divórcio *pour faute* está conservado, entretanto, a legislação claramente se distanciou da inculpação, o que comprova-se com a simplificação e o aumento das formas objetivas de divórcio.

No modelo alemão há uma tendência, em da mesma forma, reduzir os deveres pessoais impostos coercitivamente entre os cônjuges.

No direito brasileiro, como corrobora Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata de Lima Rodrigues, discutir a culpa é incoerente, diante da ampla e prioritária tutela dos direitos da personalidade, uma vez que, essa discussão ofende diretamente, a privacidade dos cônjuges, nos limiares de sua intimidade que seriam revelados em um processo judicial.

A jurisprudência do Superior Tribunal Federal, da mesma forma, desde 1959, vem demonstrando a tendência de não acatar as pretensões indenizatórias, que tenham respaldo a investigação de culpa, no fim do casamento.

Com o surgimento da Emenda Constitucional nº 66, de 2010, ressalta-se o fim da inculpação pelo término do relacionamento conjugal, visto a objetivação do divórcio, em que não haverá a indagação dos motivos do fim do casamento.

Conclui-se que, diante da atual evolução do direito de família em consonância com o direito das personalidades, a culpa na dissolução do casamento não faz mais sentido, revolvendo a intimidade da pessoa casada, uma vez que, pode-se obter o divórcio sem a investigação íntima dos motivos que levaram ao fim.

Ainda, ressalta-se que o ofendido, pode buscar a vara civil, para reclamar a reparação de dano que pode ter sido sofrido.

Referências Bibliográficas

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

- AMARANTE, Aparecida I. *Responsabilidade civil por dano à honra*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- ANTUNES VARELA, J. M. *Direito de Família*. Lisboa: Livraria Petrony, 1999.
- AUBRY & RAU. *Droit Civil Français*. Paris: Librairies Techniques, 1962.
- BÉNABENT, Alain. *Droit Civil: Droit de la famille*. Paris: Montchrestien, 2010.
- BONFANTE, Pietro. *Istituzioni di Diritto Romano*. Torino: G. Giappichelli, 1946.
- BONFANTE, Pietro. *Corso di Diritto Romano*. Diritto di famiglia. Milano: Giufré, 1963.
- CAMÕES, Luís de. *Obras completas. Os Lusíadas*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 2005.
- CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de Direito da Família e das Sucessões*. Coimbra: Almedina, 1990.
- CARBONNIER, Jean. *Droit Civil: Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*. Paris: PUF, 2004.
- CARNEIRO, Nelson. *A luta pelo divórcio: a síntese de uma campanha em defesa da família*. São Paulo: Editora Lampião Ltda, 1977.
- CORNU, Gérard. *Droit Civil: La Famille*. 4. ed., Paris: Montchrestien, 1994.
- COSTA, Eva Dias. *Da relevância da culpa nos efeitos patrimoniais do divórcio*. Coimbra: Almedina, 2005.
- COUTO E SILVA, Clóvis do. Exposição de motivos para a reforma do direito de família. *In Anteprojeto do Código Civil*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça, 1975.
- DESNOYER, Christine. *L'évolution de la sanction en droit de la famille*. Paris: L'Harmattan, 2001.
- ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor, WOLFF, Martin. *Derecho de Familia: El matrimonio*. (trad. da 20.ed., Blas Pérez González, José Castán Tobeñas). Barcelona: Bosch, 1941.
- FRANÇA, Rubens Limongi. *A lei do divórcio comentada e documentada*. São Paulo: Saraiva, 1978.
- GLENDON, Mary Ann. *The transformation of Family Law (State, Law and Family in the United States and Western Europe)*. Chicago: The University of Chicago Press, 1989.
- GRANET, Frédérique, HILT, Patrice. *Droit de la famille*. Grenoble: PUG, 2006.
- GRIMAL, Pierre. *O amor em Roma*. (trad. Hildegard Fernanda Fiest). São Paulo: Martins Fontes, 1991.

LABBÉE, Xavier. *Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels?* Paris: Presses Universitaires du Septentrion, 1996.

LIMA, Domingos Sávio Brandão. *A nova lei do divórcio comentada*. São Paulo: O. DIP Editores Ltda, 1978.

MALAUURIE, Phillippe. *Cours de droit civil*. Paris: Cujas, 1989.

MALAUURIE, Philippe, AYNÈS, Laurent. *La Famille*. 3. ed., Paris: Lextenso éditions, 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no direito obrigacional*. São Paulo: RT, 1999.

MELLO, Duarte de Roboredo Sampaio e. *Família e divórcio*. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1906.

MIZRAHI, Mauricio Luis. *Família, matrimonio y divorcio*. Buenos Aires: Astrea, 1998.

MOTTA, Carlos Dias. *Direito Matrimonial e seus princípios jurídicos*. São Paulo: RT, 2007.

MURAT-SEMPIETRO, Marie-Pierre, TRAMBOUZE, Violaine. *Le divorce après la loi du 26 mai 2004*. Paris: Litec, 2006.

NIBOYET, Frédérique. *L'ordre public matrimonial*. Paris: L.G.D.J., 2008.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de Família*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2004 [1869].

PINHEIRO, Jorge Alberto Caras Altas Duarte. *O núcleo intangível da comunhão conjugal: os deveres conjugais sexuais*. Coimbra: Almedina, 2004.

PHILLIPS, Roderick. *Desfazendo o nó: Breve história do divórcio*. (trad. Silva Matos e Lemos). Lisboa: Terramar, p. 41-49.

POTHIER, Robert Joseph. *Traité du contrat de mariage*. Paris: Debure Pere, 1771.

REALE, Miguel. *Horizontes do Direito e da História*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1977.

REALE, Miguel. *O direito como experiência*. São Paulo: Saraiva, 1968.

RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Campinas: Bookseller, 2002.

SCHLÜTER, Wilfried. *Código Civil Alemão: Direito de Família*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Terceira Turma, Relator Min. Waldemar Zveiter, Recurso Especial nº 32694-SP, j. 08.11.1993. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 27.08.2013.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Quarta Turma, Relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Recurso Especial nº 9924-MG, j. 04.06.1991. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 27.08.2013.

SZRAMKIEWICZ, Romuald. *Histoire du droit français de la famille*. Paris: Dalloz, 1995.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado, RODRIGUES, Renata de Lima. *O direito das famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo: Atlas, 2010.

WARDLE, Lynn Dennis, NOLAN, Laurence. *Family Law in the USA*. Great Britain: Kluwer Law International, 2011.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3ª ed., (trad. A. M. Botelho Hespanha). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.