

CONSIDERAÇÕES JURÍDICAS ACERCA DA QUEBRA DOS DEVERES CONJUGAIS NO BRASIL: RESGATE OU ABANDONO DA CULPA?

Paulo Rafael da Silva¹

Paulo Izídio da Silva Rezende²

RESUMO: O presente artigo visa abordar a controvérsia existente acerca do abandono ou da manutenção da culpa no direito de família brasileiro, dentro da esfera conjugal. Sabe-se que a convivência conjugal e\ou a ruptura desse vínculo pode gerar danos à esfera personalíssima dos cônjuges, diante da quebra dos deveres decorrentes do matrimônio. Entretanto, pode ensejar debate acerca da possibilidade jurídica da culpa não como pressuposto da dissolução conjugal ou para pleitear ação de divórcio, mas como elemento deflagrador da responsabilidade civil. Tal problemática assume relevo diante da controvérsia jurídica existente após Emenda Constitucional nº 66/2010 sobre a subsistência ou não da separação no Brasil.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Casamento. Deveres Conjugais. Divórcio. Culpa.

ABSTRACT: This article aims to address the controversy about the abandonment or guilt maintaining the right of the Brazilian family, within the marital sphere. It is known that the conjugal life and \or break this bond can lead to damage to the very personal sphere of the spouses before the breach of obligations arising from marriage. However, gives rise to debate about the legal possibility of guilt not as assumption of marital dissolution or to plead divorce action, but as a triggering element of liability. This issue takes on relief of the legal dispute, after Constitutional Amendment No. 66/2010 on the livelihood or not the separation in Brazil.

2712

Keywords: Responsibility. Marriage. Marital duties. Divorce. Guilt.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo identificar eventuais danos ao direito da personalidade verificados dentro do núcleo conjugal, e/ou em virtude da sua ruptura. Com efeito, a partir da Emenda Constitucional nº 66/2010, nas ações de divórcio foram extintos prazos e discussões a respeito da culpa. Portanto, mostra-se de grande relevância o estudo das questões jurídicas a respeito da responsabilidade civil no âmbito do direito de família, da existência ou abandono do fator culpa e das soluções jurídicas possíveis para tais conflitos.

¹ Graduando em Direito pela Universidade de Gurupi - UNIRG.

² Orientador. Mestre em Direito digital na UNIVEM - Marília/SP. Universidade de Gurupi - UNIRG.

Este artigo acadêmico utiliza os meios de pesquisa que englobam a análise doutrinária e jurisprudencial, além do amparo legal sobre o tema em questão, estudo de caso, dentre outros.

Traz consigo como marco teórico as discussões jurídicas decorrentes das mudanças ocasionadas pela Emenda Constitucional nº 66/2010, além dos questionamentos a respeito dos deveres conjugais, presente no art. 1566 do Código Civil.

Assim, visa observar as dimensões dos deveres conjugais e sua respectiva violação, os fatores relevantes a respeito da dissolução da sociedade conjugal (divórcio e separação), as problemáticas a respeito da culpa referente ao fim do casamento ou à quebra dos deveres conjugais, e investigar como a responsabilidade civil é abordada dentro das relações conjugais.

Nos primeiros tópicos discuto os deveres conjugais estabelecidos no art. 1566 do Código Civil, como também as consequências pelo seu descumprimento. Discorro ainda sobre alguns direitos personalíssimos, e a manutenção ou extinção da separação judicial no nosso ordenamento jurídico.

Por fim, trago a problemática a respeito da existência da responsabilidade civil e da culpa no núcleo familiar, o cabimento do dano moral e a possibilidade do deferimento do pagamento da indenização do respectivo dano de forma a não descaracterizar a instituição familiar, mas sim respeitar o direito fundamental de quem está sendo tutelado jurisdicionalmente. Eis o presente objetivo.

1- VÍNCULO CONJUGAL E COMPROMETIMENTO FAMILIAR: DEVERES DECORRENTES DO CASAMENTO

O vínculo conjugal traduz a união de interesses entre os cônjuges que se enlaçam por algum objetivo, onde pode existir afetividade com perspectiva de construir uma relação de vida familiar e intimidade compartilhada. Para a construção desse vínculo conjugal, o casal passa por um ciclo de desenvolvimento, que, segundo Hintz (1998), se estabelece com as seguintes fases: enamoramento (grande atração e desejo mútuo em busca da construção do *nós*), estabelecimento de diferenças (manifestação de pensamentos distintos), relações de poder (um dos cônjuges revela ser mais independente do que o outro), estabilidade (adequado nível de intimidade e cumplicidade), comprometimento (os cônjuges assumem o compromisso de permanecerem juntos tentando adequar o *eu* e o *nós*).

Féres-Carneiro (1998) apresenta uma lógica plausível sobre o casamento contemporâneo. Explica que toda a dificuldade de ser casal advém da tentativa de lidar com três atmosferas diferentes: a dinâmica de duas individualidades e de uma conjugalidade.

A partir disso, a conjugalidade vira um desafio para que ambos lidem com suas identidades individuais e formulem um projeto de vida para construir seu modelo único de identidade conjugal ou zona comum de interação. Esse autor traz uma reflexão devido à dificuldade da manutenção do vínculo conjugal, diante da valorização do individualismo, da instantaneidade das relações e da banalização do afeto, ou seja, tudo que obsta a constituição de um comprometimento familiar sólido. Segundo ele, o sucesso para estabelecer um bom vínculo conjugal, em meio a essas adversidades, advém dos esforços de ambos os consortes, em a partir das suas heranças sócio-históricas vividas, construir um legado familiar consistente e que preserve os dois na sua individualidade e na conjugalidade.

Desta forma, as pessoas que assumem esse desafio e se unem através do matrimônio, a princípio mostram-se dispostas a cumprir com as consequências advindas da conjugalidade. Os direitos e deveres decorrentes do matrimônio, por exemplo, devem ser assumidos e cumpridos igualmente por ambos os consortes, como foi preceituado pela Constituição Federal de 1988, no art. 226, § 5º: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Logo, decretou a Constituição Federal, que dentro da sociedade conjugal, deverá ser cumprido o princípio da igualdade de direitos e deveres para ambos os consortes.

Além disso, estão previstos no art.1566 do Código Civil, os deveres conjugais que ensejam sua utilização e preservação como preceitos legais, em função da evolução da família, devendo ser cumpridos de forma igualitária entre os cônjuges. Lage (2008) analisa a evolução da família e preceitua não haver mais motivos que alimentem a existência dos deveres conjugais:

No momento em que a família se identifica pela comunhão da vida, de amor e de afeto no plano da igualdade, da liberdade, da solidariedade e da responsabilidade recíproca, e, portanto, como formato hierárquico da família cedeu à sua democratização, não existem mais razões morais, religiosas, políticas, físicas ou naturais que justifiquem essa excessiva e indevida ingerência do estado na vida das pessoas [...] não há, atualmente justificativa para a regulamentação dos chamados deveres conjugal. (p.494-492).

Morais (2006) salienta que os deveres conjugais são de cumprimento espontâneo, pressupondo a incoercibilidade dos deveres, já que toda pretensão que ocorre por meio de execução forçada descaracteriza a própria natureza dos deveres. O descumprimento ou inexecução dos deveres ou normas de conduta decorrentes do casamento geram sanções civis como: a perda do direito de utilização do sobrenome conjugal (CÓDIGO CIVIL, ART. 1578) e a perda do direito à pensão alimentícia (CÓDIGO CIVIL, 1704, caput)

1.1- Dever de fidelidade recíproca

O ordenamento jurídico pátrio é baseado na cultura ocidental, construída segundo os costumes judeu-cristãos, onde as relações sexuais possuem restrições diante de qualquer pessoa estranha a relação conjugal. Dentro dessa ótica, práticas que vão de encontro a monogamia, ensejam a quebra do dever conjugal de fidelidade, promovendo o rompimento do acordo conjugal que deveria ser sustentado na afetividade e no respeito mútuo, além de ferir a instituição jurídica do casamento.

Sinalizando em outra direção, Waquim (2011) revela que:

Não defendemos a fidelidade como dever jurídico, posto que seu conteúdo é eminentemente subjetivo e pode ser transacionado entre as partes, mas defendemos que a expectativa de exclusividade gerada em um cônjuge pelo outro deve ser respeitada, sob pena de sua violação ofender à própria dignidade do envolvido. (p.77)

2715

Maria Berenice Dias, em seu artigo “O dever de fidelidade” afirma que a fidelidade não é um direito exigível em Juízo, pois é impossível ingressar com demanda que busque exigir o cumprimento de tal dever.

A respeito faz a seguinte colocação:

Portanto, se a fidelidade não é um direito exequível e a infidelidade não mais serve como fundamento para a separação, nada justifica a permanência da previsão legislativa, como um dever legal, até porque ninguém é fiel porque assim determina a lei, ou deixará de sê-lo por falta de uma ordem legal. Não é a imposição legal de normas de conduta que consolida ou estrutura o vínculo conjugal, mas simplesmente a sinceridade de sentimentos e a consciência dos papéis desempenhados pelos seus membros que garantem a sobrevivência do relacionamento, como sede de desenvolvimento e realização pessoal. (DIAS, 2010, p.3)

Desta forma, declara a autora não ver mais sentido na previsão legal estipulada no art.1566, inciso I, já que o exercício da fidelidade não se faz por imposição legal, mas sim pela atuação sincera e consciente dos membros dessa relação.

Rolf Madaleno (2015), em seu artigo “A infidelidade e o mito causal da separação” traz a fala de Juan Faílde, segundo a qual a fidelidade imposta pela Lei, é transformada em virtude moral para obrigação:

[...] a fidelidade enquanto virtude moral somente conduz a cumprir com exatidão quando foi prometida; porém, desde o plano jurídico, é dizer, quando está imposta por lei, a fidelidade passa a ser objeto de uma obrigação que pode ser essencialmente moral (vínculo ético), em cujo caso, seu conteúdo consiste no modo como serão cumpridos outros deveres e obrigações determinadas pela lei. ([s/p])

A fidelidade é uma obrigação moral, pois mesmo estabelecida em lei como um dever jurídico, não é simplesmente a imposição legal que faz com que os cônjuges exerçam a fidelidade. A fidelidade tem cunho de obrigação moral, revelada pela conduta dos cônjuges de forma ética e com boa-fé dentro dos seus papéis exercidos no núcleo matrimonial.

Apesar de não ser um campo pacífico na doutrina e na jurisprudência, algumas decisões das cortes brasileiras vêm conferindo responsabilização ao consorte que incide em adultério (uma das formas de descumprimento do dever de fidelidade) e reconhecendo o dever de reparação quando há ocorrência de lesão a um dever conjugal. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais decidiu caso onde o dever de fidelidade foi descumprido.

2716

EMENTA: APELAÇÃO - INFIDELIDADE CONJUGAL - VEICULAÇÃO EM REDE SOCIAL - DANO MORAL CONFIGURADO- RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO -A violação dos deveres conjugais, inclusive a infidelidade conjugal, não constitui, por si só, ofensa à dignidade da pessoa humana, nem tampouco à honra da vítima, dependendo para a caracterização do dano moral que se transforme em fator de desonra para a vítima - A publicização em rede social de mensagens do réu, com conteúdo/conotação nitidamente sexual (is), dando certeza do seu envolvimento sexual com terceiras pessoas, durante o casamento, com exposição da honra e da imagem da autora perante seus amigos, tanto na rede social, como no seu trabalho, caracteriza dano moral indenizável. Recurso a que se nega provimento. (TJ-MG - Apelação Cível: AC 50097823220188130145).

No caso exposto acima, as provas colacionadas aos autos, revelam a forma como o um dos cônjuges se comportou diante do matrimônio, visto que descumpriu os deveres conjugais. Revelou-se que embora casado, um dos cônjuges se comportará como se solteiro fosse, violando um dos principais deveres do matrimônio, a fidelidade recíproca.

O juízo terminou por decidir ser possível, no ordenamento pátrio, ao cônjuge ofendido pleitear indenização por dano moral. Com isso, condenou o cônjuge “traidor”, pelo sofrimento que causou ao colocar ao cônjuge ofendido publicamente.

1.2- Dever de vida em comum no domicílio conjugal

O dever de vida em comum no domicílio conjugal é muito mais amplo que o dever de coabitação. O dever de vida em comum envolve plena comunhão de vida, englobando esforços espirituais e materiais, compreendendo também as realizações, os projetos e desejos desse núcleo conjugal, além de abarcar o dever e o direito à vida sexual com o cônjuge.

O dever de coabitação prevê que os cônjuges convivam juntos sob a mesma moradia, a fim de exercer as necessidades sexuais advindas desse relacionamento. É certo que a satisfação sexual não constitui elemento fundamental do casamento, mas a sua falta pode ensejar a dissolução da sociedade conjugal.

Maria Berenice Dias (2010), afirma que mesmo com a previsão legislativa do dever de vida em comum, não há que se falar na obrigação do casal em manter relações sexuais, não podendo haver imposição do *debitum conjugale*.

[...] ainda que a lei preveja o dever de fidelidade e de manutenção de vida em comum, não há como afirmar que tenha o Estado imposto a obrigação de o casal manter relações sexuais. Na expressão “vida em comum”, constante do inciso II do art. 231 do Código Civil, não se pode ver a imposição do *debitum conjugale*, infeliz locução que não significa o dever de alguém sujeitar-se a contatos sexuais. A eventual ou contumaz ausência da vida sexual não afeta a higidez do casamento. Não serve de motivo para sua anulação. Sequer pode ser invocada para justificar ação de separação. O simples fato de haver arrefecido a paixão ou o desejo não produz qualquer efeito. Ninguém pode ser condenado pela falta do estímulo indispensável para que os contatos físicos sejam um verdadeiro coroamento das relações afetivas que enlaçam um par. Não é o exercício da sexualidade que mantém o casamento. A inaceitação do contato corporal não gera a possibilidade de ocorrência de dano moral. Muito menos a abstinência sexual assegura direito indenizatório. ([s/p])

2717

A imposição do dever de coabitação, no direito de família atual, faz percebermos que apenas o fato dos cônjuges não viver em um único domicílio não desfaz a comunhão de vida e a plena ligação entre os consortes, mostrando-se que não mais subsiste já que é ultrapassado. Diante da evolução do núcleo familiar e principalmente dentro da relação conjugal, hoje, podemos perceber que não é mais imposto, de forma limitada, aos cônjuges o dever de habitar em um único domicílio. Em muitos casamentos, um dos cônjuges mora em cidades diferentes por motivos profissionais, ou trabalham em viagem de longos períodos, o que não caracteriza a quebra desse dever ou a falta de comunhão de vida. Em algumas situações, os consortes não mais possuem vínculo afetivo, mas pelos filhos, ou por situações diversas, permanecem no mesmo domicílio conjugal, havendo apenas convivência doméstica.

Desta forma, ao passo que o Código Civil de 2002 adotou a expressão vida em comum, o dever de coabitação ou o *debitum conjugale* tornou-se apenas parte de um todo necessário para a comunhão plena de vida entre os consortes.

1.3- Dever de mútua assistência

Esse dever possui previsão no inciso II, do art. 1566 do Código Civil. A mútua assistência entre os cônjuges não se resume apenas as necessidades materiais e econômicas dos cônjuges, envolve também a assistência moral e afetiva.

A assistência moral pode ser demonstrada pela união de um perante o outro nas vicissitudes apresentadas pela vida, apoio nas adversidades e nos momentos em que um precise de amparo físico, decorrente de problemas de saúde, por exemplo.

Uma das formas de prestar assistência material pode ser traduzida com a obrigação de um cônjuge prestar alimentos ao outro, além de auxiliar o cônjuge alimentado no reestabelecimento e equilíbrio da sua situação econômico-financeira. A expressão alimentos engloba a alimentação *naturalia* (os alimentos, propriamente ditos), e ainda a alimentação *civilia*, correspondente as despesas com vestuário, alimentação, medicação e lazer.

2718

A assistência material, em determinados casos, não é encerrada com a dissolução conjugal. O art. 1704 do Código Civil e seu parágrafo único asseguram ao cônjuge inocente que necessitar de alimento, após a separação judicial litigiosa, direito a obter alimentos do cônjuge considerado culpado pela separação. Mas esse cônjuge culpado, ainda pode ser credor de alimentos no caso em que não possua parentes e nem aptidão ao trabalho, e necessite de alimentos para sua sobrevivência.

Assim, mesmo com o advento da Emenda Constitucional nº 66/2010, em que não subsiste a separação judicial e nem qualquer discussão a respeito de culpa na causa dissolutória, é remanescente definir um culpado no fim do casamento para definir direito alimentar.

O Supremo Tribunal Federal em diversas ações revelou observar a situação social dos cônjuges e decidir de acordo com a proporcionalidade, aplicando o binômio necessidade *versus* possibilidade, atendendo ao disposto no art. 1694, § 1º, do Código Civil. Desta forma, para querer alimentos ao outro cônjuge é imprescindível cumprir com o binômio necessidade do alimentado *versus* possibilidade de pagar do alimentante, para que possa ser concedido alimentos como forma compensatória e com o objetivo de reequilibrar

(econômica-financeiramente) a vida do cônjuge necessitado, após a ruptura da sociedade conjugal. Mesmo dessa forma, é possível notar que o legislador civilista não conseguiu retirar inteiramente o fator culpa de dentro da atmosfera conjugal, já que o cônjuge alimentante, ao cumprir com essa determinação, é julgado responsável pela separação. Rolf Madaleno (2015), afirma em seu artigo, que a culpa pela separação judicial ainda promove drásticas consequências para o cônjuge alimentante:

Isso demonstra que o esforço do legislador não foi capaz de demover inteiramente a razão causal, persistindo forte grau de punição ao cônjuge culpado pela separação, pois ainda repugna ao consenso geral que, por exemplo, consorte adúltero receba alimentos do esposo traído. ([s/p])

Em julgado do Tribunal de Justiça do Amazonas, delineado abaixo, nota-se a utilização do binômio necessidade *versus* possibilidade para arbitrar o pagamento de alimentos como forma de reestabelecer o equilíbrio econômico – financeiros do alimentando.

E M E N T A: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DIREITO CIVIL. OFERTA DE ALIMENTOS. MITIGAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ADSTRIÇÃO. ÓRGÃO JUDICIAL VINCULADO AO BINÔMIO NECESSIDADE DO ALIMENTANDO E POSSIBILIDADE DO ALIMENTANTE. INTELIGÊNCIA DO § 1º DO ARTIGO 1694 DO CÓDIGO CIVIL. AUSÊNCIA DE VÍCIO NA SENTENÇA. CONVERGÊNCIA COM O PARECER MINISTERIAL. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO I. Na ação de alimentos (pensão alimentícia) há mitigação ao princípio da adstrição (congruência), podendo o juiz decidir fora dos valores objetivados pelas partes; II - Extraí-se do § 1º, do artigo 1.694 do Código Civil que a vinculação do magistrado diz respeito à necessidade de quem os reclama e a possibilidade de quem a prestará; III - Não há que se falar, portanto, em sentença extra petita quando **o magistrado fixou alimentos em valor maior que o ofertado, caso observado o binômio necessidade do alimentando x possibilidade do alimentante**; IV - Recurso conhecido e não provido em consonância com o parecer ministerial. (TJ-AM - Apelação Cível: AC 2070147020178040001 AM 0207014-70.2017.8.04.0001).

1.4-Dever de sustento guarda e proteção dos filhos

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 229, estabeleceu ser dever dos pais ‘assistir, criar e educar seus filhos menores’. O Código Civil, do mesmo modo, institui como dever de ambos os cônjuges, a educação, o sustento e a guarda.

Dessa maneira, o legislador buscou tutelar o bem-estar da prole dos consortes, já que é dentro do núcleo familiar que o indivíduo tem sua principal referência de afeto, que se prepara para o convívio com outros meios sociais, além de captar tudo de mais necessário para o seu desenvolvimento integral.

O dever de guarda e proteção dos filhos pressupõe a ampla preservação dos interesses do menor, garantindo sua proteção integral, além da responsabilidade dos pais, principalmente aos filhos menores. Segundo o Código Civil, no inciso I do art. 932, são os pais, os responsáveis por reparar civilmente, os danos causados pelos filhos menores.

Nota-se que esse dever não deveria estar inserido nos deveres matrimoniais, já que não decorrente exclusivamente do casamento, mas sim do fato paternidade e maternidade. Esse dever é decorrente das obrigações do exercício do poder familiar, por isso, não deveria estar inserido dentro do rol legal dos deveres conjugais.

Cavaliere (2012) esclarece que essa responsabilidade só existe quando os filhos menores estiverem sob a companhia e autoridade dos pais. Segundo o autor, esse tipo de responsabilidade advém do vínculo jurídico legal existente na relação entre pais e filhos, além das obrigações decorrentes do poder familiar.

[...] Objetiva é a responsabilidade dos pais e não a dos filhos menores, pelos quais são responsáveis. Importa dizer que para os pais serem responsabilizados será preciso a prova de uma situação que, em tese, em condições normais, configura a culpa do filho menor. (p.208)

A reparação desse dano ganhou limitações indenizatórias, durante a Iª Jornada de Direito Civil de 2002, ao ser formulado o Enunciado nº 39. Buscou-se, com isso, promover uma indenização justa e humanizada, de forma que não atinja um montante superior ao patrimônio essencial dos responsáveis (limite humanitário do dever de indenizar) e que também não deixe de reparar o dano sofrido pela vítima.

1.5- Dever de respeito e considerações mútuos

O dever de respeito e considerações mútuos, dos estabelecidos no art.1566 do Código Civil, é o que apresenta uma amplitude maior, dada a importância da sua aplicabilidade dentro que qualquer relação social. A inserção desse dever significou a ampla tutela dada aos consortes dentro da conjugalidade e também de cada um, tutelando os seus direitos personalíssimos.

O significado da palavra respeito já revela a magnitude que estar por trás da sua aplicação. São alguns significados encontrados para essa palavra: sentimento que nos impede de fazer ou dizer coisas desagradáveis com alguém; apreço; consideração; cumprimentos; e recomendações.

Assim, dentro de qualquer relação, especialmente nas relações familiares, a aplicação do respeito passa a ser um dos alicerces de uma construção familiar

engrandecedora e pacífica. No íntimo da conjugalidade, a atuação baseada no respeito e na consideração recíproca de cada um dos envolvidos pode ser a peça principal para o sucesso ou insucesso daquele matrimônio. O casal deve sempre zelar pela individualidade do outro, dentro da esfera dos direitos personalíssimos, qual sejam: o direito à honra, à imagem, a privacidade, dentre outros.

Porém, em meio à comunhão podem surgir diversos fatores que façam com que essa relação não seja mais pautada no respeito, provocando o descumprimento desse dever por parte de um dos consortes ou de ambos, de forma simultânea. É a partir daí que surgem situações conflituosas, ensejadores do descumprimento e de uma possível reparação para os eventos danosos.

Durante essa convivência conjugal podem ocorrer fatos que não caracterizam apenas lesões morais, mas também lesões corporais, tal como a violência doméstica. O ato de violentar fisicamente uma mulher, além de trazer consequências jurídicas na esfera criminal, é uma das maneiras mais concretas que o cônjuge, ensejador da violência, tem de descumprir com o dever de respeito perante a sua esposa.

Maria Berenice Dias (2010) aborda o que ocorre muitas vezes, quando a mulher, vítima de violência doméstica, denuncia o marido:

[...] A vítima tem enorme dificuldade de denunciar um ente amado com quem convive que é o pai de seus filhos e provê o sustento da família. Quando consegue chegar a uma delegacia para registrar a ocorrência, vai buscar auxílio para que a paz volte a reinar na sua casa. Não tem o desejo de se separar e nem quer que seu cônjuge ou companheiro seja preso, só quer que ele pare de agredi-la. [...]. ([s/p])

A partir dessa fala, que reflete fatores sociais especificamente dentro do núcleo conjugal, é possível perceber que a quebra dos deveres conjugais nem sempre ocasionará o desejo e a atitude de buscar o divórcio. Na maioria das vezes, podemos perceber que a relação afetiva entre os cônjuges já estar comprometida, mas existe uma dependência emocional e/ou financeira, que termina por ensejar a manutenção daquele matrimônio e daquele seio familiar.

A Lei nº 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, revela o caráter interdisciplinar das questões relativas a violência doméstica e familiar, fazendo referência em seu Capítulo II, sobre as formas de violência contra as mulheres. Delineadas nos incisos do art. 7º, são formas de violência doméstica e familiar contra as mulheres: violência física, violência psicológica, violência sexual, violência patrimonial e violência moral.

Algumas dessas formas de violência configuram tipos penais, mas analisando sob a ótica civil, o cônjuge que comete qualquer uma dessas formas de violência, descumpre diretamente com o dever conjugal de respeito e considerações mútuos.

2- QUEBRA DOS DEVERES CONJUGAIS E OFENSA AOS DIREITOS PERSONALÍSSIMOS

Os deveres conjugais, já estudados acima, também ensejam questões importantes à partir do seu descumprimento.

A Ministra Fátima Nancy Andrighi, em 2011, escreveu, no prefácio do livro *A Emenda Constitucional do Divórcio*, da autora Regina Beatriz Tavares da Silva, declarando ser a favor da preservação dos deveres e responsabilidade decorrente da sociedade conjugal: “[...] para além do afeto, devem ser preservados deveres e responsabilidades, sem os quais a vida conjugal quedar-se-á vazia de significado, sem viço e sem amparo aos direitos inerentes a essa vivência”.

De modo divergente, Maria Berenice Dias declara, em seu artigo *Casamento: nem direitos nem deveres, só afeto*, que não são imposições legais de norma de conduta que consolidam a estrutura conjugal, mas apenas a sinceridade de sentimentos e os papéis desenvolvidos pelos cônjuges para a sobrevivência dessa relação.

2722

Dentro de uma relação conjugal, devem ser preservados os deveres específicos do matrimônio, estabelecidos pelo art. 1566 do Código Civil, além dos direitos personalíssimos das pessoas dos consortes.

Tratou o legislador, dos direitos da personalidade, nos art. 11 aos 21 do Código Civil de 2002, retificando a omissão feita pelo legislador de 1916 e confirmando a ampla tutela dada aos direitos da pessoa humana, como os relacionados à honra, à imagem, a intimidade e privacidade, dentre outros.

Em nossa Carta Magna, no art. 5º, X, também há previsão da inviolabilidade dos direitos individuais e coletivos, assegurando o direito a indenização por dano moral e material decorrente dessa violação.

No interior de uma sociedade conjugal, podem ocorrer danos na individualidade da pessoa do cônjuge, por diversos fatores, como violação da honra. Esses fatores podem ainda serem mais agravados pelos entrelaçamentos afetivos existentes e a convivência íntima que predomina no casamento.

Desta forma, lesões que atinjam a pessoa humana do cônjuge na sua individualidade devem ser reparadas, assim como lesões advindas da conjugalidade presente dentro do instituto jurídico/familiar do casamento.

2.1- Estudo de Casos

2.1.1- Direito à Honra

Costa Jr (1970) define a honra “não só a consideração social, o bom nome e a boa fama, como o sentimento íntimo, a consciência da própria dignidade pessoal. Isto é, honra é a dignidade pessoal refletida na consideração alheia e no sentimento da própria pessoa”. ([s/p])

A honra é um bem jurídico imaterial, inerente a pessoa, que possui tutelada jurídica constitucional, no caso desse direito ser violado.

Dentro da atmosfera familiar, mais precisamente dentro do núcleo conjugal, o direito à honra pode ser violado em diversos momentos do cotidiano de um casal.

No recurso apresentado abaixo, o cônjuge omite a verdadeira paternidade biológica do filho, o que gera violação na honra subjetiva do cônjuge enganado acerca de fato relevante para todos os membros daquela família.

Configura:

EMENTA: EMBARGOS INFRINGENTES. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE FIDELIDADE. OMISSÃO SOBRE A VERDADEIRA PATERNIDADE BIOLÓGICA DE FILHO NASCIDO NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO. DOR MORAL CONFIGURADA. Segundo a doutrina, o dano moral é o constrangimento experimentado por alguém em consequência de lesão em direito personalíssimo, ilicitamente produzido por outrem, de forma que a indenização deva ter caráter compensatório dos transtornos e humilhação sofridos pelo lesado. **O cônjuge que deliberadamente omite a verdadeira paternidade biológica do filho gerado na constância do casamento viola o dever de boa-fé, ferindo a dignidade do companheiro (honra subjetiva) induzido a erro acerca de relevantíssimo aspecto da vida que é o exercício da paternidade.** A boa-fé é uma demonstração do comportamento ético, fonte de deveres no âmbito do Direito, além de servir à interpretação das relações jurídicas. Considerando que os fatos narrados na inicial foram comprovados nos autos e reconhecidos como verdadeiros pelo MM. Juiz primevo, resta configurado o dever de reparar, razão pela qual deverá ser resgatado o voto minoritário do Vogal. (grifo nosso) (TJ-MG - Embargos Infringentes: EI 10702100490185002 Uberlândia).

2.1.2- Direito à Imagem

Júnior (2011, p.703) define direito de imagem como aquele que tem a função de resguardar aspectos físicos da pessoa, impedindo a sua divulgação.

No julgado já mencionado acima do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, houve a publicação em rede social de mensagens do réu, com conteúdo/conotação nitidamente sexual (is), dando certeza do seu envolvimento sexual com terceiras pessoas, durante o casamento.

Desta forma, ocorre exposição da honra e da imagem da autora perante seus amigos, tanto na rede social, como no seu trabalho, caracteriza dano moral indenizável. O cônjuge ofensor expõe sua parceira a situação de mulher traída, violando os seus direitos de personalidade, como sua o direito à imagem.

1.2.3- Direito à privacidade e intimidade

A Constituição Federal de 1988 oferece, de forma expressa proteção ao direito de privacidade. Esse direito consiste na faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida familiar e particular (JÚNIOR, 2011, p.700).

O direito à privacidade, é visto em sentido amplo pois abarca todas as manifestações correspondente aos seus desdobramentos, como os direitos a intimidade, a vida privada, dentre outros.

Desta forma, o direito a intimidade é um desdobramento ao direito à privacidade, e pode ser definido como direito a vida secreta ou exclusiva que não possua repercussão social nem ao menos para sua família e seus amigos (JÚNIOR, 2011, p.701).

Dentro da sociedade conjugal é preciso que a individualidade dos cônjuges seja respeita, levando em conta esses direitos de cunho individual, amplamente amparados pelo nosso Constituinte.

3- Dissolução da sociedade conjugal: divórcio e separação

Jablonski (1991) traz a vida a dois, quase como impossível, devido às contradições presentes no casamento contemporâneo: como conciliar a monogamia com a liberalidade, a manutenção e o apelo ao novo, e o sucesso familiar e a realização pessoal.

Tal constatação revela ser um pouco radical, mas na ocorrência de uma dessas contradições e/ou quando o elo afetivo, o interesse entre os cônjuges se encerra, nada mais incoerente seria tentar manter a união matrimonial já fadada ao fim.

Por isso, ao ser frustrado o projeto do casal, surge para cada consorte, nas palavras de FARIAS um direito potestativo de dissolver a união patrimonial que se pensou eterna, sem qualquer critério objetivo (prazos) ou critério subjetivo (causas/culpa).

Desta forma, revela-se também como um *direito material ao divórcio*³ desses sujeitos de não permanecerem casados e de darem continuidade as suas vidas, em busca da felicidade e realização humana.

A antiga Lei do Divórcio, lei nº 6.515/1977, admitida em razão da Emenda Constitucional de nº 9/1977, admitiu a dissolução da sociedade conjugal não apenas pela morte, mas também pelo divórcio. No sistema anterior, a sociedade conjugal terminava por meio da separação de direito: pela separação judicial litigiosa (sanção, ruptura ou remédio) ou pela separação consensual (exigia a existência do casamento por pelo menos um ano).

Após a introdução do divórcio dentro do ordenamento jurídico brasileiro, a separação judicial passou a ser um mero ato preparatório para que, após os prazos legais vigentes (1 ano para o casamento ser convertido em separação e 2 anos de separação de fato para o divórcio direto), os cônjuges utilizassem a conversão em divórcio.

Com a aprovação da Emenda Constitucional nº 66/2010, os prazos que o legislador impunha aos cônjuges para refletir sobre um fim “precipitado e/ou impensado” foram extintos do sistema do divórcio, deixando o Estado, de interferir na liberdade dos consortes em decidir qual é o momento para dissolver o casamento. Além disso, o legislador retirou o debate acerca da culpa nas ações de divórcio.

2725

Desta forma, percebe-se que o legislador, durante as mudanças nesse sistema, revelou a transição legal de um ordenamento antidiivorcista para uma legislação divorcistas, alterando os valores constitucionais pré-estabelecidos. Essas alterações não revelam a banalização do casamento, mas sim a liberdade que foi garantida ao cidadão brasileiro em decidir seus próprios rumos afetivos e amorosos.

3.1- A Separação Judicial em Face da Emenda Constitucional nº 66/2010

3.1.1- Extinção da Separação

Como já esclarecido sucintamente acima, a Emenda Constitucional nº 66/2010, trouxe duas inovações constitucionais: excluiu a separação judicial do ordenamento jurídico brasileiro e para a decretação do divórcio não exige mais os requisitos de prazos e causas.

³ Na mesma linha, Wilfried Schluter afirma que: “se uma união conjugal – pelo motivo que seja – estiver fracassada, ela pode ser dissolvida por divórcio a pedido de qualquer cônjuge”. cf. Código Civil alemão: Direito de Família, cit.,p.241.

Há divergências doutrinárias a respeito das modificações trazidas pela Emenda, inclusive sobre a exclusão, feita pelo legislador, da separação judicial do texto constitucional. Parte da doutrina concorda que, ao excluir a expressão separação judicial, quis o legislador abolir essa forma de dissolução conjugal do nosso ordenamento jurídico, não deixando qualquer dúvida. Atuam com esse entendimento, Pablo Stolze Gagliano, Zeno Veloso, dentre outros que representam a grande maioria, além de Juízes como Maria Luiza Póvoa Cruz e Newton Texeira de Carvalho.

A outra parte da doutrina enseja questionamento a respeito da expressão “pode”, contida no texto constitucional no art.226, § 6º, estabelecer faculdade ou opção para os que ensejam pela separação judicial ou pelo divórcio. Mas os que combatem esse argumento revelam que o texto constitucional ao preceituar que “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”, apenas descreve uma das maneiras de dissolução da sociedade conjugal, podendo, a mesma também ser extinta pela morte de um dos cônjuges, pela anulação ou nulidade do casamento.

Em relação ao fim da exigência de prazos para requerer o divórcio, mostrou-se o legislador não querer mais interferir e não mais determinar quando realmente o casal rompeu aquele vínculo afetivo, ou quando ambos possuam plena convicção da instauração do desamor na relação matrimonial. Decisão acertada, pois essa é uma escolha que deve ser gerida unicamente pelos participantes daquele elo matrimonial e não uma decisão do Estado, respeitando, dessa forma, o princípio da intervenção mínima do Direito de Família.

Portanto, as ações de divórcio tornaram-se objetivas, impossibilitando a discussão de prazos e ou das partes alegarem culpa ou quebra dos deveres conjugais. Dentro da nova esfera objetiva desta ação, é possível ainda, que os consortes discutam outros assuntos, como: guarda dos filhos, direito de visitação, patrimônio comum, obrigação de prestar alimentos em favor dos filhos ou entre si, dentre outros.

Farias faz uma abordagem a respeito da importância de objetividade, também em relação ao procedimento, nas ações de divórcio. Não havendo mais prazo para o divórcio, diz o mesmo, ser um atentado contra a Lex Fundamentalís, abrir uma cognição processual ampla dentro dessa ação. Todavia, é possível perceber a necessária produção de provas diversas a respeito de questões como divisão de bens, fixação de alimentos, dentre outras.

A partir dessa problemática surge a importância da utilização de um dispositivo legal, qual seja a *resolução parcial do mérito da causa*, previsto no § 6º do art. 273 do Código de

Processo Civil, que preceitua: a tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais pedidos dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”.

Assim, poderá ser decretada uma resolução parcial e imediata em relação ao divórcio, e posterior decretação judicial a respeito das outras questões abordadas naquela ação, garantindo assim, a objetividade almejada pelo legislador na Emenda Constitucional nº 66/2010.

Críticas severas as normas estabelecidas pelo Direito Alemão, deflagra Regina Beatriz Tavares da Silva, ao dizer que ao eliminar a culpa do rompimento da sociedade conjugal, o Direito Alemão deixou os cônjuges ofendido sem tutela e proteção jurídica, na esfera cível.

Gagliano (2010, p.16), revela que na atual fase da dissolução da sociedade conjugal, mais do que nunca é notória a vigência do princípio da ruptura do afeto, no qual baseia-se no Zerruttungsprinzip Direito Alemão, ou seja, no princípio da desarticulação ou da ruína da relação de afeto, como simples pressuposto para o divórcio.

Desta forma, seria um retrocesso a manutenção da separação judicial, que será melhor esclarecido a seguir.

3.1.2- Manutenção da separação

A separação judicial é um instituto que dissolve apenas a sociedade conjugal e põe fim aos deveres decorrentes do matrimônio, podendo também ser realizada a partilha de bens.

Em decorrência da incompletude abordada na separação, em busca de uma tutela mais célere e objetiva, o divórcio torna-se mais vantajoso para todos os envolvidos nesta relação processual.

Com o divórcio não apenas a sociedade conjugal é finalizada, mas também o vínculo matrimonial, permitindo a ambos os partícipes, quando não mais se quer dar continuidade aquele matrimônio, por fim a essa relação e até casar-se novamente.

Analisando sob a óptica do funcionamento da Justiça, a ação de divórcio também se mostra mais vantajosa do que a separação judicial. Isso porque, não mais se faz necessária duplicidade de procedimentos, passando direta e objetivamente para ação de divórcio.

Com apenas um procedimento, a dissolução conjugal tornou-se simplificada, além de atender a economia e celeridade processual.

Regina Beatriz Tavares da Silva argumenta em outra direção, apontando que a nova lei do divórcio não protege a família, além de ser pautada na imoralidade e na irresponsabilidade, já que excluiu as outras hipóteses dissolutórias do casamento.

A autora, defendendo a manutenção da separação e da possibilidade da discussão da culpa, revela sua solução:

[...] dando-se às pessoas a liberdade de escolha por uma delas. Para isso será necessário aplicar ao divórcio aquelas espécies já existentes na separação judicial. [...] Com olhar voltado para a proteção da dignidade humana, que é princípio constitucional (artigo 1º, inciso III), só é possível entender como bem-vinda a facilitação do divórcio, no que concerne à eliminação de requisitos para seu requerimento, se ao divórcio forem aplicadas as duas espécies: com e sem culpa. [...] O cenário que o Direito brasileiro merece, após a aprovação da Emenda Constitucional em tela, é o de que ao divórcio apliquem-se as modalidades que antes existiam somente na separação judicial, de modo a facilitar o término do casamento, mas sem deixar de proteger a dignidade dos membros de uma família. (DA SILVA, 2010, [s/p])

Com esses argumentos, torna-se inconcebível a manutenção da separação judicial em razão de fundamentações que não revelam nenhum benefício para os envolvidos, como também se mostram desatualizados para acompanhar as crescentes evoluções e mudanças que o Direito das Famílias vem trazendo para a sociedade.

4- RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES CONJUGAIS

2728

Na concepção de alguns doutrinadores, a exemplo de Sérgio Rezende de Barros, aplicar a responsabilidade civil e todos os seus elementos (dano, culpa e reparação) nas entidades familiares, iria de encontro com a concepção de família, sua finalidade e seu papel diante da sociedade.

Dentro dessa ótica, o autor relata que:

Por cópia do direito norte-americano, servilmente, tenta-se convencer a sociedade brasileira de que falha ou omissão nas relações entre marido e mulher, ou até mesmo entre pais e filhos, gera a obrigação de indenizar – em reais, à semelhança dos dólares – com base na ‘culpa’ de quem deixou de amar. A corrosão de uma relação de afeto é lenta e interativa, o que torna quase sempre impossível saber de quem é a “culpa”, que até pode ser do outro que afastou de si o amor. Apesar disso, no entanto, o próximo passo dessa ‘dolarização’ certamente seria o de tornar objetiva, independente de culpa, essa responsabilidade de indenizar, culminando na total monetarização do afeto familiar: um absurdo. (BARROS, 2010, [s/p])

Entretanto, o ser humano é passível de desejos, acertos, erros e impulsos, que podem configurar situações não perfeitamente harmônicas com a de seus cônjuges. Em face dessas especificidades, o agir humano pode ferir ou lesar alguém que lhe seja próximo,

não sendo a proximidade dessa relação o motivo que irá ou não isentá-lo diante das suas responsabilidades.

Schreiber (2011, p.225), após reflexões mais abrangentes, revela uma nova função da responsabilidade civil, qual seja não mais consistir em identificar o culpado, mas em gerir os danos que, inevitavelmente, decorrem da convivência social.

O autor propõe a solidarização da responsabilidade civil, mediante um *dever solidário de reparação*, e sugere mecanismos para a sua implementação no sistema brasileiro, buscando desenvolver meios não pecuniários e não punitivos para a reparação.

Mesmo diante das controvérsias, a família deve ser um espaço propício para a garantia da dignidade e potencialidades dos seus sujeitos, que se unem para buscar a felicidade respeitando a felicidade dos demais. Cada componente dessa relação familiar na busca pela felicidade, pela realização pessoal, deve obedecer as regras morais, éticas e legais mínimas, para não violar a dignidade a felicidade de seus pares.

Tal constatação apenas revela todo o arcabouço princípio lógico do Direito de Família, que atualmente reflete uma entidade familiar que pondere a dignidade da pessoa humana, a pluralidade, o eu demonismo, a liberdade e a afetividade.

4.1- Dano moral na esfera conjugal

O casamento, sempre foi um instituto protegido pelo Estado. O conservadorismo religioso interferiu diretamente neste instituto pregando o dogma de que o que Deus uniu o homem não pode separar. Dentro dessa atmosfera radicalmente antivorcista existiam muitos núcleos familiares falidos e que não mais preservavam o afeto, solidariedade e amor entre si.

Em detrimento da família patriarcal, religiosa, hierarquizada e consolidada pelo casamento, protegia-se mesmo que ele não cumprisse com suas finalidades. Havendo qualquer problema dentro da família, o seu chefe tomava decisões para promover certa “paz institucional”, mascarada em forma de solução. Hoje, diante de novas condições reais e legislativas, as discussões dentro das relações conjugais vêm cada vez mais sendo abordadas, inclusive sobre reparação de danos morais ocorridos dentro desse núcleo.

Fato de extrema relevância foi a Constituição Federal de 1988, ter trazido amparo para a reparação do dano moral, tutelando os direitos extrapatrimoniais à pessoa e

promovendo o uso da responsabilidade civil como forma de amparo aos interesses existenciais, além de respeito à dignidade da pessoa humana.

Waquim (2011, p.71) nomeia o dano sofrido pelos cônjuges, dentro da atmosfera conjugal, de danos de amor. Define como a frustração injustificada de uma comunhão de vida, quebra da expectativa de compromisso, ou ainda lesão ao patrimônio imaterial de um dos membros da relação afetiva. Nas relações conjugais, cada cônjuge possui liberdade para conduzir sua vida, mas deverá atuar com ética e solidariedade perante o outro. Caso a atuação não siga os parâmetros morais e legais.

Waquim (2011) afirma que é justa a reparação.

Não se trata de monetarizar o amor, mas sim de evitar que um dos pares, agindo em abuso de direito ou flagrante quebra de confiança/expectativas por si geradas, dê azo à violação da dignidade do seu consorte. Não sendo possível essa preventividade, mais do que justo que a dignidade violada seja reparada, posto ser preceito constitucional o direito à indenização pelo dano moral ou material decorrente da violação da intimidade, vida privada, honra ou imagem da pessoa. (p.72)

O dever de ressarcir é muito mais do que atender apenas as normativas da teoria da responsabilidade civil. Para promover justiça social, esse dever jurídico precisa promover uma real justiça distributiva e solidariedade social. A falta de cumprimento dos seus deveres jurídicos deve promover uma sanção ao cônjuge “infrator”, conferindo tutela e a devida proteção aos valores primordiais estabelecidos pelo nosso Ordenamento Jurídico. Caso não haja consequências práticas sobre a quebra do dever conjugal, esses passarão a ser meras faculdades, continuando a vigorar apenas na letra fria do artigo 1.566 da Legislação Civil de 2002. Nesse sentido, Washington de Barros Monteiro (2012) assevera:

Pode-se imaginar o caos que se instalaria se não fossem estabelecidos certos efeitos jurídicos ao casamento. As pessoas nas relações conjugais não estariam obrigadas a manter o especial respeito, no plano moral e físico; nossa sociedade, formada sobre base familiar monogâmica, perderia essa característica, possibilitando formações familiares poligâmicas; outras consequências desastrosas adviriam [...] Se o ordenamento jurídico deixasse de estabelecer os efeitos jurídicos do casamento e as consequências do descumprimento dos deveres conjugais, tais deveres assumiriam o papel de meras recomendações, a favorecer o seu inadimplemento, sem a necessária preservação da dignidade da pessoa humana nas relações familiares. ([s/p])

Em relação ao ressarcimento em face dos descumprimentos dos deveres conjugais, Regina Beatriz Tavares da Silva, também defende que a quebra desses deveres devem sim ensejar reparação, já que preenche todos os pressupostos da responsabilidade civil – ação, dano e nexa causal -, assim como ocorre em outras relações jurídicas.

Deste modo, a violação de um dever conjugal tem pretensão indenizatória, estruturada nos fundamentos jurídicos do contrato e em busca do respeito ao princípio da boa-fé, estabelecido no art.187 do Código Civil. Assim, é necessário conjugar o art. 186 do Código Civil com o art. 1566 do mesmo diploma legal, e não aplica-los de forma isolada.

Outra corrente jurídica defende que o fundamento da responsabilidade civil decorre do ilícito absoluto (teoria geral da responsabilidade civil), não havendo vinculação direta com o descumprimento dos deveres matrimoniais. Nessa linha, haverá dano moral nas hipóteses que ensejariam a responsabilidade civil, independentemente da relação conjugal. Ana Carolina Brochado Teixeira e Caetano Lagrasta (2007) declaram que a maior punição para o descumprimento dos deveres conjugais seria a própria separação, já que o fim da conjugalidade por si só já penaliza os cônjuges.

Moraes (2006), nessa mesma linha dos autores mencionados acima, acredita que nas relações parentais, ponderando igualmente a integridade psicofísica dos menores, poderá ser justificável o cabimento da indenização. Porém, salienta que na relação conjugal, por existir igualdade entre os cônjuges e liberdade de dissolver o matrimônio, a reparação não é justificável nas hipóteses de descumprimento dos deveres conjugais, por exemplo, já que contam com sanção específica do divórcio.

Pereira (2002) aponta como uma situação perigosa a possibilidade de ressarcimento por dano moral cometido dentro das relações familiares, ou erótico-afetivas, como chama. O autor sustenta que está havendo um excesso nos pedidos de indenização com ímpetos monetários e gananciosos, e como forma de enfrentar essa invasão monetária é necessário revalorizar os vínculos afetivos das relações entre as pessoas.

4.2- A problemática a respeito da culpa

Nos últimos tempos, a culpa vem sofrendo diversas transformações na atmosfera jurídica, passando a ser entendida como “erro de conduta”, sendo comparada com um modelo geral e abstrato de comportamento.

Após a modificação feita pela Emenda Constitucional nº 66/2010, o legislador traz a seguinte justificativa, contida na proposta originária da Emenda Constitucional referida acima, acerca de não mais ser admitida a discussão da culpa na dissolução do casamento.

[...] essa providência salutar, de acordo com os valores da sociedade brasileira atual, evitará que a intimidade e a vida privada dos cônjuges e de suas famílias sejam revelados e trazidas ao espaço público dos tribunais, com todo o caudal de constrangimentos que provocam, contribuindo para o agravamento de suas crises

e dificultando o entendimento necessário para a melhor solução dos problemas decorrentes da separação. (SCHREIBER, 2013, p.34)

Com postura diversa, Regina Beatriz Tavares da Silva apresenta opinião a favor da manutenção da discussão da culpa dentro da dissolução conjugal.

A autora afirma que se a culpa fosse eliminada na dissolução da sociedade conjugal, as normas de conduta que regulam o casamento deixariam de ser dever ou obrigações jurídicas e passariam a serem meras faculdades, revelando-se contra a desculpabilização da separação.

Passaria a ser meramente facultado ao cônjuge ser fiel ou respeitar a integridade física do consorte, sem que nenhuma sanção pelo descumprimento dessas normas de conduta pudesse vir a ser-lhe aplicada. O cônjuge traído teria de pagar pensão alimentícia plena ao infiel; o cônjuge que tivesse sofrido maus tratos físicos também teria de prestar alimentos plenos ao agressor. Somente no casamento, dentre todas as relações jurídicas, deixariam de ser aplicadas sanções civis ao descumprimento das normas de conduta, o que seria inadmissível. (DA SILVA, 2011, [s/p])

A culpa decorrente da quebra dos deveres conjugais é diferente da culpa que não mais se discute-se como fato ensejador da dissolução da sociedade conjugal.

Até porque não existe apenas um culpado pela dissolução da sociedade conjugal, sendo desarrazoado culpar um dos cônjuges pela falência desse matrimônio. Corroborando com esse entendimento, o autor Cristiano Chaves (2006, p.479): “Efetivamente, há grave equívoco na tese do ‘único culpado pela dissolução’, inexistindo uma única causa isolada que compromete a estabilidade afetiva. O desgaste do relacionamento não admite perquirições históricas acerca dos fracassos e dramas. É resultado da soma de fatores que vão cimentando com o tempo”.

Rolf Madaleno acredita que o fato do afastamento da culpa na ação de divórcio como justificativa para a dissolução da sociedade conjugal, não significa ignorar casos patológicos do fim do enlace conjugal.

Casos em que um dos cônjuges comete traições públicas e vexatórias, humilha, maltrata e constrange o outro consorte, o ofendido terá direito de utilizar o instituto da responsabilidade civil e poderá ser ressarcido pelo dano moral e/ou dano material do qual foi vítima.

4.3- Competência Jurídica

Após a Emenda Constitucional nº 66/2010, não se discute mais culpa nas ações de divórcio. Essa culpa que não é mais debatida na ação do divórcio, é a culpa que

anteriormente era analisada como um dos fatores ensejadores da dissolução da sociedade conjugal.

Desta forma, muitos autores entendem que a partir disso, nas ações de divórcio, competência das Varas de Família, além de decretação do divórcio, é possível manejar objetivamente alguns assuntos como partilha de bens, alimentos e guarda de filhos menores.

A culpa como motivação para o divórcio deixou de ser tratada dentro desta ação, mas não deixou de existir. Há possibilidade de discussão da culpa, muitas vezes decorrente da quebra dos deveres matrimoniais, dentro da esfera civil, como bem escreve o Desembargador Caetano Lagrasta (2010).

A culpa será objeto de discussão apenas quando se referir a ato ilícito, doloso ou culposos, onde a presença de nexo de causalidade garantirá o ressarcimento, na esfera cível. O litígio entre duas pessoas, que não possuem vínculo de qualquer espécie, não passa de uma discussão entre dois particulares, alheios à tutela das Varas de Família. ([s/p])

Ao falar que as duas pessoas envolvidas no litígio não possuem vínculo de qualquer espécie, o autor, não deve ter se atentado ao fato de que essas pessoas possuíam um dos maiores vínculos existentes dentro do núcleo familiar, o vínculo matrimonial.

Ou que ainda possuam algum tipo de vínculo, mesmo que rodeado por circunstâncias conflituosas, muitas vezes decorrentes não apenas do desamor, mas também pelo descumprimento dos deveres conjugais, ou seja, decorrentes da própria relação conjugal.

Com a decretação do divórcio, esse vínculo, mesmo que seja instantaneamente rompido, nunca irá tornar esses envolvidos meros desconhecidos diante do outro.

Não é esse fato, portanto, que irá justificar a incompetência das Varas de Família para esse tipo de questão. Em face da economia processual e de uma ampla tutela aos cônjuges, componentes de uma relação familiar, as reparações de danos deveriam ser manejadas juntamente com as ações de divórcio, dentro das Varas de Família.

Desta forma, nada impediria a decretação do divórcio, como determina a Emenda Constitucional nº 66/2010, sem prazos e sem exame de culpa.

O que seria discutido após essas decretações, além dos assuntos como partilha de bens, guarda e alimentos, seria a averiguação da responsabilidade civil pelo descumprimento de um dever conjugal.

Nota-se que aí, a culpa que seria discutida não seria a culpa ensejadora da dissolução conjugal pelo divórcio, mas sim a culpa referente à violação dos deveres conjugais, estabelecidos no art. 1566 do Código Civil.

Rolf Madaleno, em seu artigo “O divórcio da EC 66/2010” corrobora com opinião diversa, em relação a competência judicial para tutelar eventos conjugais danosos, onde separação e dano são ações e pretensões distintas.

O dano moral ou material segue com seu foro próprio de discussão na esfera civil, regulado pela Parte Geral do Código Civil, e pelas regras comuns da responsabilidade civil, pois não existe a responsabilidade civil do direito de família, como, por exemplo, também não existe o direito penal de família, tanto que a violência doméstica da Lei Maria da Penha é tratada exclusivamente na esfera penal.

Regina Beatriz Tavares da Silva corrobora com o entendimento da manutenção da separação judicial, para que se possa discutir a culpa dentro da esfera da dissolução conjugal, ou seja, dentro das Varas de Famílias. Afirma ser possível a cumulação de pedidos ensejadores da decretação da culpa e suas consequências, dentro da ação de dissolução da sociedade e do vínculo conjugal:

[...] se não coubesse a cumulação de pedidos de dissolução da sociedade e do vínculo conjugal com os pedidos de decretação da culpa e suas conseqüências, ou de declaração da doença mental e seus efeitos, isto equivaleria a duplicar ações, uma para a decretação da extinção do casamento e outra para a declaração da perda do direito à pensão alimentícia, ou a triplicar ações, uma para a decretação da extinção do casamento, outra para a declaração da perda do direito à pensão alimentícia e outra para vedar a utilização do sobrenome conjugal, ou, ainda a quadruplicar ações, uma para a decretação da extinção do casamento, outra para a declaração da perda do direito à pensão alimentícia, outra para vedar a utilização do sobrenome conjugal e outra para a condenação do cônjuge na indenização pela reparação dos danos morais e materiais. Essa multiplicação de ações certamente violaria o princípio da economia dos atos processuais e da celeridade, além de colocar em risco a segurança jurídica, em razão da possibilidade de decisões conflitantes. (DA SILVA, 2011, [s/p]).

CONCLUSÃO

Esse trabalho possibilitou observar as controvérsias a respeito da culpa no atual direito de família brasileiro, dentro da esfera conjugal, seja a culpa decorrente da quebra de um dos deveres conjugais ou a culpa antes usada como um dos pressupostos objetivos para ensejar ações de divórcio.

Como meio de desburocratizar o divórcio, o legislador criou a Emenda Constitucional nº 66/2010, buscando simplificar a vida dos cônjuges que não tem mais interesse na manutenção do matrimônio, sem análise de prazos ou da culpa para a sua

decretação. Atualmente, basta não querer mais ser casado para ingressar com a ação de divórcio e dissolver a sociedade conjugal.

Retirada a discussão da culpa nas ações de divórcio, podemos direcionar um olhar a respeito da existência muitas vezes de uma culpa recíproca, já que na amplitude dos casos não foi apenas um dos consortes que colaborou sozinho para o fim daquele matrimônio. Frase mais acertada, de Stanislaw Lec, que Schreiber (2013, p.219) utilizou na introdução do seu capítulo intitulado como: Da responsabilidade à Solidariedade, foi a seguinte: “Nenhum dos flocos de neve de uma avalanche se sente responsável”.

Podemos importar dessa frase, reflexão sobre o fim de um casamento (avalanche) que na maioria das vezes nunca tem apenas um responsável, sendo ambos os consortes (flocos de neve) solidariamente responsabilizados por seu término.

Porém, em alguns casos, um dos cônjuges é o responsável por descumprir um dever conjugal, que deveria ser respeitado não apenas por estar previsto na Lei, mas sim para preservar a dignidade da pessoa do outro cônjuge, além de não comprometer os laços afetivos que ainda podem existir dentro daquela relação.

Os deveres conjugais são estabelecidos em lei, delineados no art. 1566 do Código Civil, sendo eles: fidelidade recíproca; vida em comum, no domicílio conjugal; mútua assistência; sustento guarda e educação dos filhos; e respeito e consideração mútuos. Já delineados acima, cada dever possui sua peculiaridade, sua forma de cumprimento e descumprimento, sendo o mais recente e mais amplo o dever de respeito e consideração mútuos, dever este inserido pelo Código Civil vigente.

Os deveres conjugais possuem também força de obrigação moral, já que não é apenas o fato de constar na Lei que ensejam o seu cumprimento. O cumprimento dos deveres conjugais depende amplamente das atitudes de ambos os consortes ao respeitarem o vínculo conjugal que formaram entre si, com eticidade, moralidade e boa-fé.

Nos casos em que os pressupostos da responsabilidade civil forem caracterizados, mesmo dentro de uma relação familiar, deve ser cabível todas as suas consequências, inclusive a reparação de danos e a devida tutela jurídica ao cônjuge ofendido. A reparação ao cônjuge ofendido deve ser analisada caso a caso, para que a busca por essa tutela não seja mais uma das responsáveis pela atual “indústria do dano moral”.

Desse modo, a culpa referente a quebra dos deveres conjugais não deve ser “abandonada” e a responsabilidade de cada cônjuge, ou de ambos, a depender do caso concreto, deve ser averiguada como forma de amparar juridicamente todos os participantes

dessa relação. Como diz Mireille Delmas-Marty em sua obra *Por um direito comum: “Pedimos ao direito um pouco de ordem para nos proteger da desordem”*.

REFERÊNCIAS

CARVALHO, Dimas Messias. Caso concreto: Emenda do divórcio (EC nº66/2010) e separação judicial em andamento – Parecer do Ministério Público. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Magister. Ano XII- Nº 19. Dez/Jan/2011

COSTA JR, Paulo José da. **O direito de estar só: Tutela penal da intimidade**. RT,1970.

DIAS, Maria Berenice. **O dever de fidelidade**. Disponível em: <<https://berenedias.com.br/o-dever-de-fidelidade/>>. Acesso em: 20 de out. 2023.

_____. **Casamento: nem direitos nem deveres, só afeto**. Disponível em: <<https://berenedias.com.br/casamento-nem-direitos-nem-deveres-so-afeto/>>. Acesso em: 20 de out. 2023.

_____. **Casamento ou terrorismo sexual**. Disponível em: <<https://berenedias.com.br/casamento-ou-terrorismo-sexual-2/>>. Acesso em: 20 de out. 2023.

DICIONÁRIO online de Português. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/respeito/>>. Acesso em: 20 de out. 2023.

2736

FÉRES-CARNEIRO, Terezinha. **Casamento contemporâneo: o difícil convívio da individualidade com a conjugalidade**. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/prc/a/WGzgV8McnFxCvXdY3wndy4F/?lang=pt>>. Acesso em: 20 de out. 2023.

FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas S.A. 10.ed., 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **A nova Emenda do divórcio: Primeiras reflexões**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Magister. Ano XII- Nº 16. Jun/Jul/2010.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira e ORLEANS, Helen Cristina Leite de Lima. **Responsabilidade Civil nas relações familiares**. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Magister. Ano XIII – Nº 24. out/nov 2011.

HINTZ, H. C. **A dinâmica da interação do casal**. Pensando Famílias, 1, 31-40, 1998.

JABLONSKI, Bernardo. **Até que a vida nos separe: um enfoque psicossocial**. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-389X1994000200007>. Acesso em: 21 de out. 2023.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. Bahia: Juspodivm. 5.ed., 2011.

LAGE, Juliana de Sousa Gomes. Responsabilidade civil nas relações conjugais. In: TEXEIRA, Ana Carolina Brocardo; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coords.). **Manual de Direito das Famílias e das sucessões**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LAGRASTA, Caetano. Dano Moral no Direito de Família. **Revista do Advogado**, n.91, maio 2007, p.27.

_____. **Divórcio - o fim da separação e da culpa?** 2010. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/690/Div%C3%B3rcio+%26mdash%3B+O+Fim+da+Separa%C3%A7%C3%A3o+e+da+Culpa%3F>>. Acesso em: 21 de out.2023.

MADALENO, Rolf. **A infidelidade e o mito causal da separação**. Disponível em: <<https://www.rolfmadaleno.com.br/web/artigo/a-infidelidade-e-o-mito-causal-da-separacao>>. Acesso em: 22 de out.2023.

_____. **Responsabilidade civil na conjugalidade e alimentos compensatórios**. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/55561808/Responsabilidade-civil-e-alimentos-compensatorios-rolf-madaleno#scribd>>. Acesso em: 22 de out.2023.

_____. **Obrigação, dever de assistência e alimentos transitórios**. Disponível em: <<https://www.rolfmadaleno.com.br/web/artigo/obrigacao-dever-de-assistencia-e-alimentos-transitorios>>. Acesso em: 23 de out.2023.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2004.

2737

MORAES, Maria Celina Bodin de. **A constitucionalização do Direito Civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil**. Disponível em: <<https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/295/267>>. Acesso em: 24 de out.2023.

PERREIRA, Sérgio Gischkow. Dano moral e Direito de Família: o perigo de monetizar as relações familiares. **Revista da AJURIS** – nº 85 – Março de 2002. Disponível em: <<https://www.direitodefamilia.adv.br/2020/wp-content/uploads/2020/07/sergio-gischkow-pereira-dano-moral-e-direito-de-familia.pdf>> Acesso em: 24 de out.2023.

PERREIRA, Rodrigo da Cunha. A emenda constitucional nº 66/2010: Semelhanças, Diferenças e Inutilidades entre a separação e o divórcio – O direito Intertemporal. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Magister. Ano XII- Nº 17. Ago/Set/2010

PAIVA, Maria Lúcia de Souza Campos. **As interfaces na constituição do vínculo conjugal**. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S1677-29702009000200009&script=sci_arttext>. Acesso em: 25 de out.2023.

REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO DAS FAMÍLIAS E SUCESSÕES. Magister. **Ano XIII – Nº 21**. abril/maio 2011.

SCHLUTER, Wilfried. **Código Civil alemão: Direito de Família**, Tradução Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

SCHREIBER Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos.** 5.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Afetividade e responsabilidade nas relações de família.** Revista do Advogado, n.91, maio 2007, p.116.

_____. **Dever de assistência imaterial entre os cônjuges.** Forense Universitária, 1990, p.79.

_____. **Nova lei do divórcio não protege a família.** Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2010-jul-17/lei-divorcio-nao-protege-dignidade-membros-familia>> Acesso em: 27 de out.2023.

_____. **Culpa deve ser decretada na separação e divórcio.** Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2011-mai-05/pos-ec-662010-culpa-decretada-separacao-divorcio?pagina=2>>. Acesso em: 28 de out.2023.

SIMÃO, José Fernando. A PEC do divórcio – A revolução do século em matéria de direito de família – A passagem de um sistema antidivorcista para o divorcista pleno. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões.** Magister. Ano XII- nº 17. AGO/SET/2010.

_____. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em 29 de out.2023.

_____. Disponível em: < <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-mg/1899659983> >. Acesso em: 29 de out.2023.

_____. Disponível em: < <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-am/1180871063> >. Acesso em: 01 de nov.2023.

_____. Disponível em: < <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-mg/94239344> >. Acesso em: 01 de nov.2023.

TEXEIRA, Ana Carolina Brochado. Responsabilidade civil e ofensa à dignidade humana. **Revista Brasileira de Família,** n.32, out/nov.2005, p.148.

WAQUIM, Bruna Barbieri. Universos paralelos e danos de amor: Balizas para a responsabilidade civil no âmbito das relações simultâneas conjugais. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões.** Magister. Ano XIII – Nº 23. Agos/Set 2011.