

Redesenhando os contornos da dissolução do casamento (Casar e permanecer casado: eis a questão)

Cristiano Chaves de Farias

Promotor de Justiça – BAHIA

Mestrando em Ciências da Família pela UCSal –

Universidade Católica do Salvador.

Professor do curso de Direito da UNIFACS – Universidade Salvador

(graduação e pós-graduação); do curso de Direito das

Faculdades Jorge Amado (graduação e pós-graduação);

do JusPODIVM – Centro Preparatório para as carreiras jurídicas;

e da FESMIP – Fundação Escola Superior do MP/BA.

Membro do IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família

e do IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Processual.

Sumário:

1 A falência do sistema dual de dissolução do casamento; 2 Escorço histórico da culpa como elemento integrante da dissolução do vínculo afetivo; 3 A necessária perspectiva constitucional do Direito Civil e a afirmação do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da ordem jurídica brasileira; 4 A família como instrumento de promoção da felicidade; 5 O direito de não permanecer casado como materialização da dignidade da pessoa humana; 6 A impossibilidade de afirmar o culpado pelo fim do sonho comum. 7 Da inconstitucionalidade da discussão da culpa; 8 Espancando a culpa para preservar a ordem constitucional: proposta de alteração do Código Civil; Bibliografia.

“O que gostaria de conservar na família no terceiro milênio são os seus aspectos mais positivos: a solidariedade, a fraternidade, a ajuda mútua, os laços de afeto e o amor. Belo sonho.” (Michelle Perrot)

1 A falência do sistema dual de dissolução do casamento

Abraçou o sistema jurídico brasileiro, desde o advento da Lei do Divórcio (Lei nº6.515/77), a dualidade de medidas dissolutórias do casamento: separação judicial (substituindo o velho instituto do desquite¹) e divórcio.

Conquanto sejam institutos jurídicos distintos, com requisitos específicos e conseqüências diferenciadas, não se pode negar que, tanto a separação judicial, quanto o divórcio, tendem a um mesmo propósito (prestam-se a um desiderato único): pôr fim ao casamento. Estranhamente, no entanto, apesar de finda a união matrimonial, em um o legislador permite que os antigos cônjuges venham a convolar

¹ Criticando a expressão *desquite*, já se disse, com razão, que o seu significado indica “*não quite, alguém em débito para com a sociedade*”, conforme as palavras de MARIA BERENICE DIAS, cf. “Da separação e do divórcio”, cit., p.66. A *contrario sensu*, entendendo ter sido infeliz o legislador ao

novas núpcias, no outro, impede o novo casamento, muito embora os liberte dos deveres matrimoniais (nCC, art. 1.566, como a assistência recíproca, o respeito e a consideração mútuos, a coabitação, etc) e do regime de bens.

Enfim, como percebe, com sensibilidade, MARIA BERENICE DIAS, “paradoxalmente, a separação põe termo ao casamento, mas não o dissolve, flagrando-se uma certa incongruência entre tais afirmativas”².

Ora, quebrado o princípio da indissolubilidade do matrimônio em 1977, o divórcio foi admitido em caráter apenas excepcional, sempre submetido à prévia separação judicial pelo dilatado tempo de cinco anos. Somente depois desta “eternidade”, poderiam os separados obter o divórcio, livrando-se um do outro. Mas nem sempre. É que somente era admitido um único divórcio.

O Texto Constitucional de 1988 veio a alterar este panorama. Com espreque no princípio da facilitação do divórcio, o constituinte diminuiu o prazo do divórcio por conversão (para apenas um ano) e criou uma nova modalidade o divórcio direto, submetido, apenas, à prévia separação de fato. Estava rompido o caráter excepcional do divórcio, que passava a estar submetido a um requisito apenas fático: o lapso temporal (requisito de índole objetiva, não permitindo que fosse perquirida a intenção em qualquer momento).

É nesta ambientação que se há de entender o sistema dual de dissolução do casamento. Separação e divórcio prestam-se a um só fim: encerrar aqueles casamentos em que o afeto deixou de ser o pilar de sustentação, suplantado por sentimentos outros, que jamais podem ser sopesados. Não se justifica, pois, a opção do legislador brasileiro de manter regras próprias para a separação judicial – impondo um sistema fechado, rígido e com causas específicas, discutindo a culpa, a saúde mental e a falência do amor – e admitindo o divórcio submetido a um único requisito objetivo (e não poderia ser diferente, em face da incidência da norma constitucional).

É a subversão do universal princípio de que *quem pode o mais, pode o menos*. A dissolução do vínculo, estranhamente, é obtida com mais facilidade do

substituir a expressão desquite por separação judicial, SÍLVIO RODRIGUES, cf. *Direito Civil – Direito de Família*, cit., p.209 e ss.

² Cf. “Da separação e do divórcio”, cit., p.65.

que o simples término dos deveres conjugais, traduzindo uma verdadeira incoerência do sistema jurídico.

E inadmissível que a dissolução do casamento possa ser obstada por argumentos (filigranas) jurídicas, impedindo aquele que não mais tem afeto de viver livremente. Esbarra tal possibilidade, nitidamente, na avançada proteção constitucional da pessoa humana, garantindo uma *vida digna, a igualdade, e a liberdade*, como princípios fundantes da ordem jurídica brasileira.

Não é por outro motivo que MARIA BERENICE DIAS dispara: “estando a sociedade vivendo um novo momento histórico, tão bem apreendido pela Constituição Federal, que trouxe um sem número de garantias ao cidadão e assegurou-lhe a liberdade e o respeito à dignidade, é de se questionar se o Estado dispõe de legitimidade para impor aos cônjuges restrições à sua vontade de romper o casamento”³.

Disso não discrepa JANDER MAURÍCIO BRUM, para quem há uma *ilógica manutenção da separação judicial*, sendo dotado de melhor juridicidade a “implantação do divórcio direto sem exigências outras”⁴.

Aliás, esta já é a solução acolhida no avançado direito alemão, consubstanciada no Código Civil (*BGB*, §§ 1.564-1.568), reconhecendo um *direito material ao divórcio*⁵, tendo como *única causa o fracasso da união conjugal*, acolhendo, por conseguinte, o princípio da ruptura em substituição ao duvidoso princípio da culpa.

Não fosse apenas isto é de se fazer referência ao fato de que sob o ponto de vista prático a única distinção entre a separação judicial e o divórcio é que a primeira permite a retomada da vida conjugal por simples petição dirigida ao juiz, enquanto o restabelecimento da convivência no segundo submete-se a um novo casamento – cuja celebração pode ser dispensada pelo juiz a pedido da parte na própria habilitação para o casamento. Tranquilo perceber, portanto, a inutilidade da separação, cuja única e duvidosa vantagem não traduz conseqüências práticas.

³ Cf. “Da separação e do divórcio”, cit., p.66-7.

⁴ Cf. *Separação judicial e divórcio no novo Código Civil*, cit., p.23.

⁵ Afirmando estas idéias, WILFRIED SCHLÜTER, cf. *Código Civil Alemão – Direito de Família*, cit., p.241, chegando mesmo a apregoar que “se uma união conjugal – pelo motivo que seja – estiver fracassada, ela pode ser dissolvida por divórcio a pedido de qualquer cônjuge”.

Em épocas remotas em que o casamento assumia feição nitidamente patrimonialista, compreendia-se a dissolução da sociedade sem quebrar o vínculo existente entre os cônjuges, uma vez que o escopo da tutela jurídica era assegurar a incolumidade do patrimônio. Não é por outro motivo que o direito canônico apenas permite a *separatio quoad thorum et mensam*⁶, bem apelidada de separação de cama e mesa, por prestigiar a proteção do ter em detrimento do ser.

Ora, com a Constituição de 1988 e a afirmação de uma agenda de valores humanitários e preocupados com a valorização da pessoa, o direito de família passou a estar indubitavelmente calcado na afetividade. Nesse sentido, não se afigura razoável a manutenção de uma providência judicial que mantém vinculados os cônjuges quando já ausente a base afetiva de sustentação da relação.

Manter unidos juridicamente aqueles que efetivamente não estão – e o que é pior constituindo novos vínculos emocionais - nos remete a um célebre pensamento tão bem aplicável à espécie: quando o Direito ignora a realidade ela se vinga, ignorando o Direito.

2 Escorço histórico da culpa como elemento integrante da dissolução do vínculo afetivo

Compreendida como a quebra intencional dos deveres matrimoniais bilateralmente impostos (art. 1.566, nCC), a culpa sempre atribuiu àquele que descumpre tais *obrigações amorosas* (se é que existem!) conseqüências consistentes na perda de determinados direitos e imposição de determinadas sanções de índole civil e penal.

Sem olvidar a bíblica afirmação da culpa⁷, a história relata curiosas passagens relacionadas ao elemento anímico, como necessário à ruptura do vínculo matrimonial. No Código de Manu, a mulher que se mostrasse estéril, depois de oito anos de casada, era repudiável, bem como aquelas que, durante onze anos, somente geram filhas. No direito mosaico, a dissolução submetia-se simplesmente à vontade do marido. Entretanto, provado o adultério da mulher, o repúdio tornava-se

⁶ Nesse sentido, OLIVEIRA & MUNIZ, cf. *Curso de Direito de Família*, cit., p. 426.

⁷ Conforme Gênesis 3:14 a 17, bem lembrada por GUSTAVO TEPEDINO, asseverando, por isso, que na “nossa mais profunda tradição ética, o prazer não é facilmente absorvido desvinculado do elemento culpa”, cf. *Temas de Direito Civil*, cit., p.368.

dever jurídico e religioso, sendo constrangido o marido a defender a sua dignidade. Já no Código de Justiniano a mulher adúltera era açoitada e encerrada num mosteiro, aguardando o prazo de dois anos para que o marido a reclamasse. Não o fazendo no referido lapso temporal, aplicava-se-lhe uma surra pública, devolvendo-a à sociedade.

As ordenações filipinas (Livro V, Título 28), que tanto influenciaram o nosso direito, traziam passagem singular, permitindo ao homem casado que encontrasse sua mulher em adultério matar a ela e ao adúltero, “*salvo se o marido fo(sse)r peão e o adúltero fidalgo ou nosso Desembargador ou pessoa de maior qualidade*”. E mais, se o marido enganado fosse leve, morno, na execução da pena imputada à esposa adúltera, seriam “*ele (o marido) e ela açoutados com senhas, capelas de cornos e degradados para o Brasil e o adúltero ser(ia)á degradado para sempre para a África, sem embargo de o marido lhes querer perdoar*”.

Entre nós, proclamando o princípio da indissolubilidade do matrimônio, o Código Civil de 1916 afastou-se da possibilidade de divórcio, considerando “a respeitabilidade, com que é cercada a família brasileira, a honestidade de nossas patrícias, os costumes de nosso povo”, que, juntos, contribuíssem não só para que fosse dispensado “o meio extremo do divórcio”, como o tornaram “sobremodo nefasto”, conforme a lição do próprio CLÓVIS BEVILÁQUA⁸.

Permitia-se, tão somente, o desquite (hoje rebatizado de *separação judicial*), submetido, sempre, a causas graves e determinadas⁹, todas expressas em lei. Assim, na redação primitiva do Código Civil de 1916 (arts. 317 e 318), o desquite apenas era permitido nas taxativas hipóteses de adultério, tentativa de morte, sevícias ou injúria grave e abandono voluntário do lar, por mais de dois anos contínuos, além do mútuo consentimento dos consortes, quando casados há mais de dois anos.

Estava, assim, afirmada a culpa como elemento propulsor da dissolução da sociedade conjugal. E mais, audaciosamente, o legislador erigia as condutas

⁸ Cf. *Direito da Família*, cit., p.280. Não é demais lembrar trecho da lição do mestre cearense, pela qual não seria “inexato afirmar que há indivíduos predestinados ao divórcio, como os há para o crime; e que outros, passando por sucessivas dissoluções matrimoniais, adquirem a incorrigibilidade”. Por isso, entendia que “para uns tais, permissão de novos casamentos seria lamentável imprevidência”.

⁹ Era nítida a excepcionalidade da dissolução matrimonial, por isso ponderava BEVILÁQUA, com inspiração na legislação muçulmana, que “se faltam boas razões”, não se pode aprovar a dissolução, nem religiosa, nem juridicamente, cf. *Direito da Família*, cit., p.280.

culposas, como se fosse possível um prontuário de comportamentos atentatórios da estabilidade matrimonial.

Com o advento da Lei nº 6.515/77 – Lei do Divórcio, todavia, foi possível “respirar aliviado”, como bem anotou o preclaro ROLF MADALENO, mentor de avançadas teses jurídicas, já que foi admitida a separação sem culpa, fundada em outras causas, além do próprio direito ao divórcio¹⁰. Quedou, pois, o sistema taxativo de causas culposas e admitiu-se a dissolução sem culpa¹¹.

Desembocando no novo Código Civil, conquanto se detectasse, há anos, tendência para rechaçar a presença da culpa na legislação brasileira, fruto de inúmeras manifestações doutrinárias¹² e jurisprudenciais, foi mantida, ainda que residualmente, a possibilidade de seu reconhecimento, consoante a regra estatuída nos arts. 1.572, 1.573, 1.578 e 1.704, Parágrafo Único.

Vislumbra-se, pelo fio do exposto, que a culpa sempre esteve arraigada na legislação infraconstitucional brasileira, trazendo consigo “a idéia de punição, de vingança”, como percebeu a genialidade de RODRIGO DA CUNHA PEREIRA¹³.

3 A necessária perspectiva constitucional do Direito Civil e a afirmação do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da ordem jurídica brasileira

Fundamental ressaltar que o Direito de Família contemporâneo – e o Direito Civil como um todo – não pode distanciar-se da legalidade constitucional, impondo-se estrita obediência às premissas fundamentais postas na *Magna Charta*, pois consistentes nos valores mais relevantes da ordem jurídica brasileira.

¹⁰ Cf. *Direito de Família: Aspectos polêmicos*, cit., p.175.

¹¹ É clara a lição de JOSÉ LAMARTINE CORRÊA DE OLIVEIRA & FRANCISCO JOSÉ FERREIRA MUNIZ, explicitando a pluralidade de modelos separatórios da Lei do Divórcio, resultando em três modalidades: “por mútuo consentimento, também chamada ‘separação consensual’ e as duas modalidades litigiosas, dominadas pelo princípio da culpa e pelo princípio da ruptura”, respectivamente, cf. *Curso de Direito de Família*, cit., p.429.

¹² Sobre o tema, consulte-se TEPEDINO (*Temas de Direito Civil*, cit., p.367 e ss.), MADALENO (*Direito de Família: Aspectos polêmicos*, cit., p.171 e ss.), RODRIGO DA CUNHA PEREIRA (“A culpa no desenlace conjugal”, cit., p.322 e ss.), OLIVEIRA & MUNIZ (*Curso de Direito de Família*, cit., p.421 e ss.), MAURICIO LUIS MIZRAHI (*Família, matrimonio y divorcio*, cit., p.197 e ss.), além de MARIA BERENICE DIAS (“Da separação e do divórcio”, cit., p. 70 e ss.), afirmando esta última, com a experiência resultante da atuação em causas de família, ser “retrógrada a manutenção da necessidade de identificação de um culpado para que seja concedida a separação” (*op. et loc.cit.*).

¹³ Cf. “A culpa no desenlace conjugal”, cit., p.327.

É que a *Lex Fundamentalis* de 1988, propiciamente apelada de “*constituição cidadã*”, veio a redimensionar a ciência jurídica, fraturando a histórica dicotomia “público X privado”, quando estabeleceu princípios e normas dirigidos ao Direito Civil, determinando uma nova leitura, uma revisita dos institutos fundamentais do Direito Civil. Em outras palavras, a Constituição da República, mais do que estabelecer limites externos para as atividades privadas, conferiu *novo conteúdo* aos institutos privados.

Assim, “diante da realidade constitucional, tendo em conta o cuidado do constituinte em definir princípios e valores bastante específicos no que concerne às relações de direito civil”, é forçoso “redesenhar o tecido do direito civil à luz da nova Constituição”, na visão aguçada de GUSTAVO TEPEDINO, ponto luminoso da civilística brasileira¹⁴.

Nesta trilha de raciocínio, importa destacar que o mais precioso valor da ordem jurídica brasileira, erigido como fundamental pela Constituição de 1988, foi a *dignidade da pessoa humana*, que, como consectário, impõe a elevação do ser humano ao ápice de todo o sistema jurídico, sendo-lhe atribuído o valor supremo de alicerce da ordem jurídica. A *dignidade da pessoa humana*, pois, serve como mola de propulsão da intangibilidade da vida do homem, dela defluindo *o respeito à integridade física e psíquica das pessoas, a admissão da existência de pressupostos materiais (patrimoniais, inclusive) mínimos para que se possa viver e o respeito pelas condições fundamentais de liberdade e igualdade*¹⁵.

Com INGO WOLFGANG SARLET, a dignidade humana é “qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade”, obstando todo e qualquer “ato de cunho degradante e desumano”, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.¹⁶

Ora, o reconhecimento da fundamentalidade da dignidade humana impõe uma nova postura aos civilistas modernos (especialmente aqueles que laboram com

¹⁴ Cf. *Temas de Direito Civil*, cit., p.13.

¹⁵ Com este pensar, JUNQUEIRA DE AZEVEDO, cf. “A caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana”, cit., p. 3-24.

¹⁶ Cf. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, cit., p. 60.

o Direito de Família), devendo, na interpretação e aplicação de normas e conceitos jurídicos, assegurar a vida humana de forma integral e prioritária.

4 A família como instrumento de promoção da felicidade

Postas estas premissas, é possível enxergar a família, sempre numa perspectiva constitucional, abandonando caráter de *instituição jurídica* e passando a merecer tutela como verdadeiro *instrumento* de afirmação da realização pessoal do ser humano, valorizados os seus aspectos espirituais e o desenvolvimento de sua personalidade, em combate a feição patrimonial, até então predominante.

A família deixou de ser fim e passou a ser meio, instrumento. Descobriu-se que as pessoas não nascem com o fim específico de constituir família, mas, ao revés, nascem voltadas para a busca de sua felicidade e realização pessoal, como consequência lógica da afirmação da *dignidade do homem*.

Daí a necessidade de uma visão essencialmente *funcionalizada da família*, como o *locus* privilegiado para o desenvolvimento da personalidade e afirmação da dignidade de seus membros¹⁷.

A família, forjada na *dignidade da pessoa humana*¹⁸, passa a atender uma necessidade vital: ser feliz¹⁹.

E é a partir deste impostergável direito de *ser feliz* que se edifica “uma nova concepção de família, informada por laços afetivos, de carinho, de amor. Constrói-se o paradigma do desamor, no qual *ninguém é obrigado a viver com quem não esteja*

¹⁷ A lição, mais uma vez, é do emérito TEPEDINO, cf. *Temas de Direito Civil*, cit., p.349-50, para quem a Lei Maior alterou o conceito de família, afirmando uma idéia “flexível e instrumental”, voltado “para a realização espiritual e o desenvolvimento da personalidade de seus membros”.

¹⁸ Pondera OTAVIO AUGUSTO REIS DE SOUSA, ilustre civilista radicado em Sergipe, em interessante trabalho, que os deveres familiares, quando discutidos em juízo, devem estar limitados “pelo respeito à individualidade e à dignidade humana”, cf. “Débito conjugal e suas vicissitudes”, cit., p.127.

¹⁹ Comunga com este entendimento o insigne civilista português DIOGO LEITE DE CAMPOS também propugna ser a entidade familiar instituto “destinado a ser instrumento da felicidade” das pessoas envolvidas. Desta maneira, surge um direito de dissolver o vínculo quando um deles “entende que essa felicidade, pelo menos no que lhe diz respeito, já não pode ser obtida”, cf. *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, cit., p.271.

feliz, preponderando o respeito e a dignidade da pessoa humana”, na sensível análise de ALEXANDRE ROSA²⁰.

Nesse passo, percebe-se que a valorização do afeto nas relações familiares não pode cingir-se apenas ao momento da celebração do casamento (formação da entidade familiar), devendo perdurar por toda a relação. Disso resulta que, cessado o afeto, está ruída a base segura de sustentação da família, exurgindo a dissolução do vínculo como modo de garantir a dignidade da pessoa²¹.

Corolário do que se expôs, é a necessidade de revisitar os institutos do Direito de Família (como a separação, o divórcio, a guarda, a tutela, a curatela, os alimentos...) ²², adequando suas estruturas e conteúdo à legalidade constitucional, funcionalizando-os para que se prestem à afirmação dos valores mais significativos da ordem jurídica brasileira, proclamados na *Lex Mater*, como a *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III), a *solidariedade social* (art. 3º), a *igualdade substancial* (arts. 3º e 5º), a intimidade e a vida privada (art. 5º, X, XI e XII).

Acata, pois, o Direito de Família as diversas modificações consolidadas na dinâmica familiar, buscando aplicar, no plano jurídico, a “*democratização da intimidade e dos sentimentos*”, vislumbrada pela percepção de ANTHONY GIDDENS²³, reconstruindo o seu conteúdo com a *valorização da pessoa humana* e aproximando-se da realidade humana, levando em conta a renovação das práticas afetivas, emocionais e (por que não?) sexuais.

5 O direito de não permanecer casado como materialização da dignidade da pessoa humana

Admitida primitivamente em caráter excepcional, como visto alhures, a dissolução do vínculo afetivo há de ser compreendida, hodiernamente, como verdadeiro direito da pessoa humana.

No lúcido olhar de FACHIN, “uma história construída a quatro mãos tende ao sentido de permanência. Todavia, a liberdade de casar convive com o espelho

²⁰ Cf. *Amante virtual – (In)Conseqüências no Direito de Família e Penal*, cit., p. 129.

²¹ Assim, MAURICIO LUIS MIZRAHI, cf. *Família, matrimonio y divorcio*, cit., p. 162.

²² Com idêntico pensar, anota LUIZ EDSON FACHIN que para esse novo olhar da família e do Direito de Família, “a releitura desses estatutos fundamentais é útil e necessária para compreender a crise e a superação do sistema clássico”, cf. *Elementos críticos do Direito de Família*, cit., p.5.

invertido da mesma liberdade, a de não permanecer casado”²⁴. Deste modo, findos os projetos e anseios comuns – que servem como base de sustentação do casamento – exsurge a dissolução do matrimônio como consequência natural, consubstanciando um direito exercitável pela simples vontade do indivíduo.

Veja-se que a proteção devida à dignidade humana (art. 1º, III, CF)²⁵ encerra verdadeiro direito fundamental, genérico, do homem, consubstanciando uma *cláusula geral de proteção da personalidade* ou *teoria geral de personalidade*²⁶. Nessa mesma esteira, a Declaração dos Direitos do Homem (art. 12) e a Convenção da Europa (art. 8º) outorgam direitos fundamentais ao homem, conferindo proteção à vida privada e familiar.

Ora, como a cláusula geral de proteção da personalidade humana promove a *dignidade do homem*, não há dúvidas de que se é direito da pessoa humana constituir núcleo familiar, também é direito seu não manter a entidade formada, sob pena de comprometer-lhe a existência digna.

Com ROLF MADALENO, respeitando a dignificação pessoal do homem, a separação judicial é um direito constitucionalmente assegurado pois “*livra os cônjuges ou conviventes da degradação de continuarem sendo infelizes*”.²⁷

Mais incisivo, ALEXANDRE ROSA, fundado no princípio da *dignidade da pessoa humana*, percebe a valorização do indivíduo, reconhecendo, a partir da manifestação do desinteresse na continuidade matrimonial, um “*direito constitucional de serem felizes* e dar cabo àquilo que lhes aflige, sem inventar motivos. O casamento/união – como visto – é a confluência de interesses, inclusive erótico-afetivo. Não existindo esse elo o melhor é terminar”.²⁸

Eis o sinal dos tempos: afirma-se o direito de não manter o núcleo familiar constituído como consequência natural da proteção da dignidade da pessoa humana.

²³ Cf. *A transformação da intimidade*, cit., p. 205 e ss..

²⁴ Cf. *Elementos críticos do Direito de Família*, cit., p.169.

²⁵ No mesmo diapasão, a Constituição da Alemanha, em seu art. 1º, introduziu um direito geral de personalidade, salvaguardando a dignidade humana.

²⁶ Com esse pensar, TEPEDINO, cf. *Temas de Direito Civil*, cit., p.23 e ss. e ELIMAR SZANIAWSKI, cf. *Direitos de personalidade e sua tutela*, cit., p. 56 e ss., percebendo este último, profícuo civilista paranaense, que esta cláusula geral de proteção da personalidade possibilita “tutela ampla da personalidade humana contra os ataques à mesma dirigidos”.

²⁷ Cf. “A infidelidade e o mito causal da separação”, cit., p. 158.

Trata-se, aliás, de *direito potestativo extintivo*²⁹, uma vez que atribui-se ao cônjuge o poder de, mediante sua simples e exclusiva declaração de vontade, modificar a situação jurídica familiar existente, projetando efeitos em sua órbita jurídica, bem como de seu consorte. Enfim, trata-se de direito (potestativo) que submete-se apenas à vontade do cônjuge, a ele reconhecido com exclusividade e marcado pela característica da *indisponibilidade*, como corolário da afirmação de sua dignidade.

Bem percebe RODRIGO DA CUNHA PEREIRA que “no casamento, quando se depara com o cotidiano, e o véu da paixão já não encobre mais os defeitos do outro, constata-se uma realidade completamente diferente daquela idealizada”³⁰. Por isso, fracassada a cumplicidade almejada (ao menos *in these*) com a vida em comum, resta reconhecer o *direito de ambos os cônjuges* – mesmo do eventual responsável (em todos os sentidos) pela ruptura – de promover a dissolução matrimonial³¹.

Assim, é descabida qualquer pesquisa sobre a culpa, uma vez que a ruptura conjugal deriva, apenas, da vontade de exercitar o direito à dissolução.

Esta, aliás, já é a orientação emanada da Corte do Rio Grande do Sul:

“Separação judicial litigiosa. Violação dos deveres conjugais. Culpa. Prova. Descabimento. Dano moral. Impossibilidade, embora admitido pelo sistema jurídico.

É remansoso o entendimento de que descabe a discussão da culpa para a investigação do responsável pela erosão da sociedade conjugal.

A vitimização de um dos cônjuges não produz qualquer seqüela prática, seja quanto à guarda dos filhos, partilha de bens ou alimentos, apenas objetivando a satisfação pessoal, mesmo por que difícil definir o verdadeiro responsável pela deterioração da arquitetura matrimonial, não sendo razoável que o Estado invada a

²⁸ Cf. *Amante virtual – (In)Conseqüências no Direito de Família e Penal*, cit., p. 88.

²⁹ Sobre a noção de *direito potestativo*, seja consentido remeter a VICENTE RÁO, esclarecendo cuidar-se daqueles “direitos formados pela faculdade de constituir ou extinguir uma relação jurídica, mediante declaração unilateral de vontade”, cf. *O direito e a vida dos direitos*, cit., p.898.

³⁰ Cf. “A culpa no desenlace conjugal”, cit., p.326.

³¹ Exatamente com este pensar, OLIVEIRA & MUNIZ, cf. *Curso de Direito de Família*, cit., p.423.

privacidade do casal para apontar aquele que, muitas vezes, nem é autor da fragilização do afeto.

A análise dos restos de um consórcio amoroso, pelo Judiciário, não deve levar à degradação pública de um dos parceiros, pois os fatos íntimos que caracterizam o casamento se abrigam na preservação da dignidade humana, princípio solar que sustenta o ordenamento nacional.

Embora o sistema jurídico não seja avesso à possibilidade de reparação por danos morais na separação ou no divórcio, a pretensão encontra óbice quando se expurga a discussão da culpa pelo dissídio, e quando os acontecimentos apontados como desabonatórios aconteceram depois da separação fática, requisito que dissolve os deveres do casamento, entre os quais o da fidelidade.

Não há dor, aflição ou angústia para indenizar quando não se perquire a culpa ou se define o responsável pelo abalo do edifício conjugal.

Apelação desprovida”.

(TJ/RS, Ac.7ªCâm.Cív., Ap.Cív.70005834916 – Porto Alegre, rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, v.u., j.02.04.2003).

E mais esta recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, garantindo o direito à separação pelo simples desamor, vazado em lógica e razoabilidade:

“Evidenciada a insuportabilidade da vida em comum, e manifestado por ambos os cônjuges, pela ação e reconvenção, o propósito de se separarem, o mais conveniente é reconhecer esse fato e decretar a separação, sem imputação da causa a qualquer das partes.” (STJ, REsp.46.718-4/SP, Ac.4ªT., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DDJU 17.2.2003, in RBDfam 16:87)

6 A impossibilidade de afirmar o culpado pelo fim do sonho comum

Frustradas as expectativas de felicidade e realização comum, o fracasso do relacionamento vem acompanhado de traições (no mais amplo sentido da expressão), injúria grave, sevícias, lesões, etc. Surge, então, uma conclusão corriqueira: o cônjuge “prevaricador” (com o perdão pelo uso da infeliz expressão, chegando a insinuar a idéia de prática de um ilícito criminal) é o grande culpado pela ruptura do vínculo e do fracasso do projeto de felicidade.

No entanto, é preciso uma reflexão: existe um cônjuge culpado-responsável (e outro inocente) pelo fim do afeto que sustentava a relação?

Da lição, sempre oportuna, de FACHIN retira-se eloqüente resposta: “não tem sentido averiguar a culpa com motivação de ordem íntima, psíquica”, uma vez que a conduta de um dos consortes, violando deveres conjugais é apenas um “sintoma do fim”.³²

Ou, como prefere TEPEDINO, é impossível a identificação objetiva do culpado pelo insucesso do casamento, como se tivesse sido praticado um ato ilícito, “a menos que se pretendesse, por absurdo, fixar um *standard* médio de *performance sexual*, ou um padrão ideal de fidelidade, cujo não atendimento pudesse ser considerado como ilícito”.³³

Na visão simbólica de FRANK PITTMAN, lembrado por MADALENO, é “impossível ter razão e ser casado”.³⁴

Em outras palavras, aquilo que se convencionou, historicamente, a chamar de culpa (no sentido de *causa* da dissolução) não passa, na realidade, de conseqüência. É a conseqüência do único motivo que gera a dissolução de uma relação afetiva: o fim do amor, da vontade de compartilhar projetos comuns. Esta a única e verdadeira causa da extinção do casamento! Tanto sim que, não raro, vislumbram-se casos em que um dos consortes, apesar de ciente do adultério (da quebra do dever de lealdade), perdoa e mantém a relação afetiva, acreditando na recuperação e prosseguimento de ideais de vida comuns. Logo, a causa deflagradora da dissolução matrimonial é a falta de vontade de compartilhar a vida (*voluntas divortiandi*).

Não passa, pois, de uma fantasia, um fetiche, achar que seria possível descobrir o responsável pelo fim do laço afetivo. Até porque, nem sempre o “traidor” é o culpado e o “traído” a vítima. Em passagem memorável, CHICO BUARQUE DE HOLANDA declamava “te perdôo por te trair”. Ainda que fossem obrigados os

³² Cf. *Elementos críticos do Direito de Família*, cit., p.179.

³³ Cf. *Temas de Direito Civil*, cit., p.379.

³⁴ Cf. “A infidelidade e o mito causal da separação”, cit., p. 157.

consortes a “assistir” ao filme do próprio casamento, não conseguiriam eles próprios, após a “sessão”, afirmar quem errou mais ou menos.

Há interessante precedente em nossos Pretórios, atentando para a impossibilidade de indicar um culpado pela ruptura do casamento:

“... É difícil, senão impossível, aferir a culpa real pelo desfazimento da união conjugal e, em regra, cuida-se apenas da causa imediata da ruptura, desconsiderando-se que o rompimento é resultado de uma sucessão de acontecimentos e desencontros próprios do convívio diuturno, em meio também às próprias dificuldades pessoais de cada um”. (TJ/RS, Ap.Cív.70002286912, Ac. 7ªCâm.Cív., rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, DOERS 2.8.2001, in RBDfam 15:127)

Efetivamente, há grave equívoco na tese do “único culpado pela dissolução”, inexistindo uma única causa isolada que compromete a estabilidade afetiva.³⁵

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. Por isso, como se disse em sede jurisprudencial, “começou e acabou. Passaram 24 anos. O tempo é inflexível. Para ambos”.³⁶

É por isso que tem-se como imperativo afastar a prova da culpa na ação de separação, para, em verdadeiro *flash* de lucidez, reconhecer não ter cabimento “dar razão a este ou àquele, uma vez que a razão está em todos os lugares e ao mesmo tempo não se encontra em lugar algum. Cabe-nos, sim, ajudá-los a abrir clareiras, ao invés das trincheiras, a buscar tréguas, ao invés de incentivar batalhas ou guerrilhas, para que os auxiliemos a serem capazes de cooperar individualmente para a realização do todo”.³⁷

Impõe, por conseguinte, perceber que não há, seguramente, um único responsável pelo fracasso do amor. Ninguém é culpado por não mais gostar. Não há responsabilidade pela frustração do sonho comum, da frustração das expectativas

³⁵ Nesse sentido, MIZRAHI, cf. *Família, matrimonio y divorcio*, cit., p. 199.

³⁶ TJ/RS, Ac.8ª Câm.Cív., Apel.Cív.597.240.787, rel. Des. Breno Moreira Mussi, j.5.3.98, v.u., in *RBDfam* 1:112.

³⁷ O brilhante raciocínio é de MARIA ANTONIETA PISANO MOTTA, cf. “Além dos fatos e dos relatos: uma visão psicanalítica do Direito de Família”, cit., p.52.

próprias e do outro consorte, de felicidade eterna. Talvez por isso, tenha o poeta sentenciado, com a sua sensível pena, *que não seja imortal, posto que é chama, mas que seja infinito enquanto dure.*

7 Da inconstitucionalidade na discussão da culpa

Trilhando o caminho assinalado, fácil perceber que a discussão sobre a culpa é inadequada, insensata e atentatória dos direitos humanos.

Admitir esta possibilidade significa permitir que os valores mais fundamentais da ordem constitucional vigente, como a dignidade da pessoa humana, o direito à vida privada e à intimidade, o direito à solidariedade social e à igualdade substancial, pudessem ser vilipendiados por força de norma infraconstitucional.

Perquirir a culpa, após a promulgação da Magna Charta de 1988, se tornou um exercício indevido e descabido, ainda que tenha ocorrido violação de deveres matrimoniais por um dos cônjuges, por ferir frontalmente às garantias constitucionais da pessoa humana.

Evidencia, com clareza solar, MARIA BERENICE DIAS esse descabimento da discussão sobre a culpa, “seja porque é difícil atribuir a um só cônjuge a responsabilidade pelo fim do vínculo afetivo, seja porque é absolutamente *indevida a intromissão na intimidade da vida das pessoas*”³⁸.

Os atores processuais (juiz, promotor, defensores públicos e advogados) não podem ser transformados em verdadeiros “investigadores do desamor”, como se estivessem na frenética procura de um perigoso criminoso que coloca em risco a incolumidade de toda a sociedade. Aliás, vale lembrar uma passagem bíblica, para afastar a averiguação da culpa: *atire a primeira pedra quem não tiver pecado.*

Incisivamente afirme-se: a intromissão da culpa nas dissoluções matrimoniais contraria a dignidade humana e a guerra judicial gera a perda da intimidade³⁹, sacrificando valores de ordem pessoal, que merecem preservação por força de imperativo constitucional.

³⁸ Cf. “Da separação e do divórcio”, cit., p.71.

³⁹ Assim, MIZRAHI, cf. *Família, matrimonio y divorcio*, cit., p. 202.

Nesse diapasão, é tranqüilo constatar a flagrante inconstitucionalidade dos dispositivos da legislação brasileira que não só permitem a discussão da culpa nas ações de dissolução da sociedade conjugal, como também, ainda que residualmente, pretendem atribuir conseqüências diferenciadas em razão de sua declaração.

E nem se diga ser descabido proclamar a inconstitucionalidade dos dispositivos do novo (?) Código Civil alicerçando-se, tão somente, em princípios insculpidos na *Magna Charta*.

A moderna teoria constitucional, fincada no pós-positivismo, vem atribuindo nítida força normativa aos valores axiológicos estabelecidos na Constituição.

Com razão MÔNIA CLARISSA HENNING LEAL⁴⁰ para quem , “no contexto de um Estado Democrático de Direito (...), em que impera uma legalidade material, os princípios não servem como parâmetro normativo apenas por ocasião da ocorrência de lacunas, devendo servir para aferição da validade de toda e qualquer norma jurídica sempre e indistintamente”, ocasionado a inconstitucionalidade de todos os dispositivos legais que lhes são contrários.⁴¹

Não se pode aceitar que, em pleno século XXI, o direito de família se feche para a realidade da vida moderna e, em descompasso com a Constituição, consagre regras que, evidentemente, não se compatibilizam com a necessidade de se garantir a todos os brasileiros o efetivo exercício da cidadania. E não é exagero nenhum afirmar que aceitar a discussão da culpa na ação de separação constitui, sim, obstáculo ao seu exercício, eis que onde não há dignidade, não há cidadania.

Ressalte-se, ainda, que mesmo para os que entendem subsistir no ordenamento jurídico brasileiro a discussão sobre a culpa na separação judicial, há reduzido interesse em sua afirmação, uma vez que dela não decorrerão efeitos significativos no mundo jurídico ou fático.

Veja-se que, de modo geral, os efeitos decorrentes da separação independem da declaração da culpa, como partilha de bens e guarda dos filhos, eis que se submetem a regras próprias, desatreladas da noção de culpa.

⁴⁰ Cf. *A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira*. Cit. p. 92.

⁴¹ Cf. *A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira* Cit.p. XVI.

Mesmo nos pontos em que o novo (?) Código Civil pretendeu estabelecer diferenciações pelo reconhecimento da culpa (alimentos e uso do nome de casado), os efeitos daí decorrentes são mais aparentes do que reais.

O artigo 1.578 do nCC já é natimorto. A perda do direito ao uso do nome de casado pela decretação da culpa não é automática. Mesmo que o consorte “inocente” pretenda retirar tal direito do outro, em face dos inúmeros requisitos que o art. 1.578 do Texto Codificado impõe, basta o que o cônjuge culpado declare que a alteração irá acarretar-lhe prejuízo justificado para que a mudança não se verifique. Na prática, portanto, será muito difícil, mesmo provada a culpa de um dos consortes, retirar-lhe o direito ao uso do nome de casado, salvo se ele assim o quiser.

No que concerne aos alimentos, a diferença básica determinada pelo novo Código é a de que o cônjuge culpado somente pode postular, em caso de necessidade, os alimentos naturais, jamais os civis. No entanto, quem milita diariamente no foro sabe que a distinção estabelecida pela teoria jurídica não produz qualquer conseqüência prática. No final das contas, o que vai determinar o valor dos alimentos será sempre a pesquisa do binômio necessidade-capacidade.

No dizer preciso de ROLF MADALENO, “se tem mostrado débil e inútil o esforço processual que pesquisa a gênese culposa da falência conjugal, porquanto, de nada adianta e, disto se aperceberam os operadores do complexo ramo familista do direito”. E sentencia salientando que procurar um protagonista que possa ser responsabilizado pela ruptura do matrimônio “*só tem servido para aumentar tristezas e humilhações*”.⁴²

Pelo fio condutor do que se expôs, é de se perceber que não há qualquer justificativa para a pesquisa da culpa na ação de separação judicial, uma vez, não obstante a sua inconstitucionalidade, restou esvaziado o interesse jurídico de afirmá-la, pela falta de utilidade para o autor.

8 Espancando a culpa para preservar a ordem constitucional: proposta de alteração do Código Civil

⁴² Cf. “A infidelidade e o mito causal da separação”, cit., p. 157.

O amor (ou melhor, a perda do amor), jurado solenemente por ambos os consortes, não pode ser julgado pelo Estado-juiz. Apesar da crueldade da comparação, admitir uma separação judicial discutindo a culpa de um dos cônjuges assemelha-se à propositura de uma ação para discutir o descumprimento das obrigações pactuadas em negócios jurídicos. Como se o amor e o afeto pudessem ser igualados a meros deveres obrigacionais, negociais.

Em página clássica já se disse: *“o homem jura amor eterno quando ama e a legislação o obriga, quando findo o amor, a cumprir a sua palavra”*⁴³.

E tudo isso, para nada...

Ora, permitir a pesquisa das situações conjugais que levaram ao fracasso do amor – se não fosse impossível – importaria na subversão do elemento ético das relações familiares⁴⁴, *patrimonializando* relações afetivas, *coisificando* a pessoa humana!

“Não há nada mais presunçoso que se achar capaz de descobrir quem é o culpado e quem é inocente. O casamento é relação íntima, personalíssima e interativa. Chegaria a ser pedante, se não fosse ridículo, pois nem os envolvidos sabem dizer quem é o culpado de que”, na feliz síntese do mestre JOÃO BATISTA VILLELA.

Nada é mais importante do que a proteção da dignidade do ser humano e a preservação de sua felicidade. Daí que, atentando contra a dignidade humana a discussão da culpa, sobreleva sua repulsa com fundamentos constitucionais!

Por isso, *de lege ferenda*, deve o ordenamento jurídico, seguindo as linhas avançadas propostas pela melhor doutrina e jurisprudência, extirpar do direito positivo a culpa como elemento da dissolução do casamento, adequando a norma infraconstitucional (arts. 1.572 e 1.573, nCC) aos novos paradigmas principiológicos constitucionais, atendendo à preservação da *dignidade humana*, para submeter a extinção matrimonial a um único fundamento: a vontade do cônjuge.

⁴³ Cf. LEGAZ Y LACAMBRA, citados por MIZRAHI, cf. *Família, matrimonio y divorcio*, cit., p. 202.

⁴⁴ Já teve a jurisprudência a oportunidade de disparar: *“O exame da culpa deve ser evitado sempre que possível consoante moderna tendência do Direito de Família. Quando termina o amor, é dramático o exame da relação havida...”* (TJ/RS, Ac.7ª Câmara, Apel.Cív.70.003.893.534, rel. Des. Sérgio Fernando Vasconcellos Chaves, j.6.3.2002, in *RBDFam* 14:122)

Bibliografia.

- ALBALADEJO, Manuel. *Curso de Derecho Civil – Derecho de Familia*, Barcelona: Bosch editor, 1997
- ALMEIDA, Silmara Juny de A. Chinelato e. *Do nome da mulher casada: Direito de Família e Direitos da Personalidade*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. “A caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana”, In *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, n.9, jan./mar. 2002
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito da Família*, Campinas-SP: Red Livros, 2001
- BRUM, Jander Maurício. *Separação Judicial e Divórcio no novo Código Civil*, Rio de Janeiro: Aide, 2003.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. “Condições da ação?”, In *Escritos de Direito Processual*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001
- CÂMARA, Maria Beatriz P. F. “Da dissolução da sociedade do vínculo conjugal”, In LEITE, Heloísa Maria Daltro (coord.), *O novo Código Civil: Do Direito de Família*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002
- CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, Belo Horizonte: Del Rey, 2ªed., 1997
- CARVALHO NETO, Inacio de. *Responsabilidade civil no Direito de Família*, Curitiba: Juruá, 2002
- CARVALHO NETO, Inacio de & FUGIE, Érika Harumi. *Novo Código Civil Comparado e Comentado*, Curitiba: Juruá, 2002, vol. VI
- DIAS, Maria Berenice. “Da separação e do divórcio”, In DIAS, Maria Berenice & PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.), *Direito de Família e o novo Código Civil*, Belo Horizonte: Del Rey, 2001
- FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do Direito de Família*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999
- FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação – Enfoque sobre o interesse de agir*, São Paulo: RT, 2ªed., 2001
- GIDDENS, Anthony. *A transformação da intimidade: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas*, São Paulo: Unesp, 1993
- GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 11ªed., 1995
- LEAL, Mônia Clarissa Henning Leal. *A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira*, Barueri, SP: Manole, 1ª ed, 2003.

- MADALENO, Rolf. *Direito de Família: Aspectos polêmicos*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2ªed., 1999
- _____. “A infidelidade e o mito causal da separação”, In *Revista Brasileira de Direito de Família – RBDFam*, n. 11, out./dez. de 2001
- MIZRAHI, Mauricio Luis. *Familia, matrimonio y divorcio*, Buenos Aires: Astrea, 2001
- MOTTA, Maria Antonieta Pisano. “Além dos fatos e relatos: uma visão psicanalítica do Direito de Família”, In *A família na travessia do milênio – Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família*, Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2000
- OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de & MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso de Direito de Família*, Curitiba: Juruá, 3ªed., 2000
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. “A culpa no desenlace conjugal”, In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim & LEITE, Eduardo Oliveira (coord.). *Repertório de doutrina sobre Direito de Família*, São Paulo: RT, 1999, vol. 4
- RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*, São Paulo: RT, 5ªed., 1999
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil – Direito de Família*, São Paulo: Saraiva, 1980, v. 6
- ROSA, Alexandre. *Amante virtual – (In)Conseqüências no Direito de Família e Penal*, Florianópolis: Habitus, 2001
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001
- SCHLÜTER, Wilfried. *Código Civil Alemão: Direito de Família (BGB – Familienrecht)*, Tradução Elisete Antoniuk, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 9ªed., 2002
- SOUSA, Otávio Augusto Reis de. “Débito conjugal e suas vicissitudes”, In *Revista da APG – Associação dos pós graduandos da PUC/SP*, n.18, 1999
- SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*, São Paulo: RT, 1993
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999
- WELTER, Belmiro Pedro. *Alimentos no Código Civil*, Porto Alegre: Síntese, 2003
- ZANNONI, Eduardo A. *Derecho Civil: Derecho de Familia*, Buenos Aires: Astrea, 4ªed., 2002, tomo I