

**A proclamação da liberdade de não permanecer casado
(ou Um réquiem para a culpa na dissolução das relações afetivas)**

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);

da Faculdade de Direito da UCSal. – Universidade Católica do Salvador;

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 carta de alforria das relações afetivas; 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 O interesse jurídico na discussão da culpa; 8.1 A dissolução do matrimônio e o regime de bens; 8.2 O uso do nome de casado; 8.3 A guarda dos filhos; 8.4 Os alimentos devidos ao eventual culpado (Parágrafo Único, art. 1.704, nCC); 8.5 A existência de interesse de agir (condição da ação) na imputação da culpa; 9 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 carta de alforria das relações afetivas

Em memorável passagem, consolidando entendimento esposado de há muito pela melhor doutrina brasileira, a 7ª Câmara Cível do vanguardista Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por unanimidade, no julgamento da Apelação

Cível nº70005834916 – de Porto Alegre, relatado pelo eminente Des. JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, afastou definitivamente a discussão da culpa na separação judicial.

O acórdão, lavrado em 02 de abril de 2003, proclamando ideais de cidadania, é o sinal definitivo e peremptório de uma nova orientação jurisprudencial, sepultando a culpa como elemento de relevo jurídico, apesar das referências do novo Código Civil.

Enfim, é verdadeira *carta de alforria* das relações afetivas, pois impede que se discuta a culpa pela falta de amor, pela negativa de afeto.

Veja-se a ementa do brilhante aresto:

“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 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)

Cuidou-se, na oportunidade, de ação de separação judicial na qual tentou um dos separandos impingir ao outro consorte a culpa pela separação judicial, alegando ter ocorrido grave violação de deveres do casamento.

A Egrégia Corte gaúcha, no entanto, em candentes palavras, afirmou ser “absolutamente inadequada a discussão sobre a culpa na erosão da arquitetura familiar, mesmo sob os augúrios da atual legislação civil”. Assim, o insucesso das empreitadas amorosas não mais poderá servir como elemento produtor de efeitos jurídicos.

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 culpa¹, 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 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 BEVILÁQUA².

Permitia-se, tão somente, o desquite (hoje rebatizado de *separação judicial*), submetido, sempre, a causas graves e determinadas³, 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

¹ 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.

² 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”.

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 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 divórcio⁴. Quedou, pois, o sistema taxativo de causas culposas e admitiu-se a dissolução sem culpa⁵.

Desembocando no novo Código Civil, conquanto se detectasse, há anos, tendência para rechaçar a presença da culpa na legislação brasileira, fruto de inúmeras manifestações doutrinárias⁶ 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 PEREIRA⁷.

³ 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.

⁴ Cf. *Direito de Família: Aspectos polêmicos*, cit., p.175.

⁵ 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.

⁶ 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, matrimônio 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.*).

⁷ Cf. “A culpa no desenlace conjugal”, cit., p.327.

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.

É que a *Lex Fundamentallis* de 1988, propiciamente apelidada 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 brasileira⁸.

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 conseqüência, 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*

⁸ Cf. *Temas de Direito Civil*, cit., p.13.

*pressupostos materiais (patrimoniais, inclusive) mínimos para que se possa viver e o respeito pelas condições fundamentais de liberdade e igualdade*⁹.

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.¹⁰

Ora, o reconhecimento da fundamentalidade da dignidade humana impõe uma nova postura aos civilistas modernos (especialmente aqueles que laboram com o Direito de Família), devendo, na interpretação e aplicação de normas e conceitos jurídicos, assegurar a vida humana de forma integral e prioritária¹¹.

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

⁹ Com este pensar, JUNQUEIRA DE AZEVEDO, cf. “A caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana”, cit., p. 3-24.

¹⁰ Cf. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, cit., p. 60.

¹¹ A jurisprudência vem procurando dar efetiva aplicação ao princípio da dignidade humana, buscando interpretar as normas à luz deste basilar preceito. Veja-se ilustrativamente: “A saúde, como bem intrinsecamente relevante à vida e à dignidade humana, foi elevada pela atual CF à condição de direito fundamental do homem. Assim, ela não pode ser caracterizada como simples mercadoria, nem confundida com outras atividades econômicas. O particular que presta uma atividade econômica correlacionada com serviços médicos e de saúde possui os mesmos deveres do Estado, ou seja, prestar assistência médica integral aos consumidores dos seus serviços, entendimento esse que não se sustenta somente no Texto Constitucional ou no CDC, mas, principalmente, na lei de mercado de que quanto maior o lucro, maior também o risco. Em razão das peculiaridades fáticas e jurídicas do caso, deve o plano de saúde ressarcir o consumidor das despesas médico-hospitalares decorrentes de transplante de fígado”. (TA/MG, Ap.Cív.264003-9 – Belo Horizonte, Ac.unân.4ª Câ. Cív., rel. Juíza Maria Elza, publ. DJ/MG 12.5.99)

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 membros¹².

A família, forjada na *dignidade da pessoa humana*¹³, passa a atender uma necessidade vital: ser feliz¹⁴.

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 feliz*, preponderando o respeito e a dignidade da pessoa humana”, na sensível análise de ALEXANDRE ROSA¹⁵.

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 pessoa¹⁶.

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

¹² 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”.

¹³ 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.

¹⁴ 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.

¹⁵ Cf. *Amante virtual – (In)Consequências no Direito de Família e Penal*, cit., p. 129.

¹⁶ Assim, MAURICIO LUIS MIZRAHI, cf. *Família, matrimonio y divorcio*, cit., p. 162.

alimentos...)¹⁷, 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 GIDDENS¹⁸, 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 invertido da mesma liberdade, a de não permanecer casado”¹⁹. 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.

¹⁷ 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.

¹⁸ Cf. *A transformação da intimidade*, cit., p. 205 e ss..

¹⁹ Cf. *Elementos críticos do Direito de Família*, cit., p.169.

Veja-se que a proteção devida à dignidade humana (art. 1º, III, CF)²⁰ encerra verdadeiro direito fundamental, genérico, do homem, consubstanciando uma *cláusula geral de proteção da personalidade* ou *teoria geral de personalidade*²¹. 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*”.²²

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”.²³

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

²⁰ No mesmo diapasão, a Constituição da Alemanha, em seu art. 1º, introduziu um direito geral de personalidade, salvaguardando a dignidade humana.

²¹ 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”.

²² Cf. “A infidelidade e o mito causal da separação”, cit., p. 158.

²³ Cf. *Amante virtual – (In)Conseqüências no Direito de Família e Penal*, cit., p. 88.

Trata-se, aliás, de *direito potestativo extintivo*²⁴, 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”²⁵. 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 matrimonial²⁶.

Esta já é, inclusive, a solução acolhida no avançado direito alemão, consubstanciada no Código Civil (*BGB*, § 1.565, al.1), reconhecendo um *direito material ao divórcio*²⁷, tendo como *única causa o fracasso da união conjugal*.

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:

“.. há que emprestar-se valor jurídico à impossibilidade de manutenção do casamento, pela ausência da ‘affectio’ que lhe própria, não se podendo condenar ‘a convivência dois seres que não mais se suportam, pela singela razão de que não restou devidamente estampada nos autos a culpa sob qualquer de suas

²⁴ 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.

²⁵ Cf. “A culpa no desenlace conjugal”, cit., p.326.

²⁶ Exatamente com este pensar, OLIVEIRA & MUNIZ, cf. *Curso de Direito de Família*, cit., p.423.

formas. Decretada a separação judicial sem culpa, face à evidente falência do matrimônio.” (TJ/RS, Ap.Cív.70000.410.688, Ac. 7ªCâm.Cív., rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos)

“O entendimento atual é no sentido de se afastar a identificação do culpado pela ruptura da sociedade conjugal. Mantém-se a separação do casal sem atribuição de culpa”. (TJ/RS, Ap.Cív.70002690824, Ac. 7ªCâm.Cív., rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j.19.12.2001)

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?

²⁷ 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”.

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”.²⁸

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”.²⁹

Na visão simbólica de FRANK PITTMAN, lembrado por MADALENO, é “*impossível ter razão e ser casado*”.³⁰

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

²⁸ Cf. *Elementos críticos do Direito de Família*, cit., p.179.

²⁹ Cf. *Temas de Direito Civil*, cit., p.379.

³⁰ Cf. “A infidelidade e o mito causal da separação”, cit., p. 157.

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.³¹

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”.³²

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”.³³

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

³¹ Nesse sentido, MIZRAHI, cf. *Família, matrimonio y divorcio*, cit., p. 199.

³² 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.

expectativas 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*”³⁴.

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.*

³³ 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.

³⁴ Cf. “Da separação e do divórcio”, cit., p.71.

Incisivamente afirme-se: a intromissão da culpa nas dissoluções matrimoniais contraria a dignidade humana e a guerra judicial gera a perda da intimidade³⁵, sacrificando valores de ordem pessoal, que merecem preservação por força de imperativo constitucional.

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 LEAL³⁶ 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.³⁷

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.

³⁵ Assim, MIZRAHI, cf. *Família, matrimonio y divorcio*, cit., p. 202.

³⁶ Cf. *A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira*. Cit. p. 92.

³⁷ Cf. *A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira* Cit.p. XVI.

7 O interesse jurídico na discussão da culpa

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

Senão vejamos.

7.1 A dissolução do matrimônio e o regime de bens

Os bens adquiridos pelo casal na constância do matrimônio será partilhado em consonância com as regras do regime de bens adotado quando das núpcias, sem que qualquer sanção venha a ser imposta, em razão da eventual culpa.

Até mesmo porque alterar o regime de bens do casamento, frustrando os direitos patrimoniais de um dos consortes em razão de culpa, importaria em enriquecimento sem causa do outro - o que é repellido pela ordem jurídica.

Assim, o eventual reconhecimento da culpa não produz efeitos relacionados à partilha dos bens, que submete-se ao regime pactuado.

7.2 O uso do nome de casado

Seguramente, o direito ao uso do nome de casado é verdadeiro *direito da personalidade*³⁸, estando agregado à identidade de cada cônjuge, representando seus aspectos intrínsecos.

Nas palavras firmes de SILMARA JUNY DE ABREU CHINELATO E ALMEIDA, em opúsculo dedicado ao tema, se o cônjuge adota o nome

³⁸ Tome-se os *direitos da personalidade* como aqueles reconhecidos à pessoa, tomada em si mesma e em suas necessárias projeções sociais. Enfim, são os direitos em que se convertem as projeções físicas, psíquicas e intelectuais do seu titular, individualizando-o de modo a lhe emprestar segura e avançada tutela jurídica. Nesse sentido, ORLANDO GOMES, cf. *Introdução ao Direito Civil*, cit., p.149.

patronímico do outro, “o nome adotado com o casamento passa a ser o nome de família e o seu próprio nome, integrando seu direito à personalidade”.³⁹

Como corolário do reconhecimento da natureza personalíssima do direito ao nome de casado⁴⁰, desvincula-se a culpa pela dissolução do matrimônio com a manutenção do sobrenome adquirido no matrimônio.

A jurisprudência, inclusive, já sacramentou a tese:

“Conversão de separação. Direito ao uso do nome de casada. Admissibilidade. Nome que integra direito da personalidade, já incorporado ao patrimônio jurídico da mulher.” (TJ/SP, Ap.Cív.104.801-1, rel. Des. José Osório)

“O nome, direito individual à pessoa, integra a personalidade, é fator de identificação e individualização. Depois de usar o patronímico do marido por 36 anos, é demasiado sacrifício exigir volte ao nome de solteira. Ausência de alguma vantagem ou prejuízo para o ex-marido. Manutenção de liame com o nome das filhas. Recurso improvido.” (TJ/RS, Ac.8ªCâm.Cív., Ap.Cív.596.063.495, rel. Des. Ivan Leomar Bruxel, j.21.11.96)

Embora não tenha acolhido integralmente este entendimento, reservando ainda a possibilidade de perda do nome de casado pelo cônjuge considerado culpado (mesmo em caráter excepcional e submetido a diversos e cumulativos requisitos), o Código Civil de 2002, no seu art. 1.578, avançou no tratamento da matéria, reconhecendo que a regra é a manutenção do nome, por tratar-se de direito da personalidade.

Aliás, seja consentido observar que já passou da hora de desatrear o amor existente entre os cônjuges da adoção do sobrenome do outro. Por evidente, não

³⁹ Cf. *Do nome da mulher casada: Direito de Família e Direitos da Personalidade*, cit., p.138. E também assevera que “o ponto fundamental a ser discutido na questão do nome da mulher casada é reconhecer-lhe a natureza jurídica inequívoca de direito da personalidade”.

⁴⁰ Nesse mesmo diapasão, TEPEDINO, cf. *Temas de Direito Civil*, cit., p. 375, sustentando que “com o casamento, o nome de família integra-se à personalidade da mulher, não mais podendo ser considerado como nome apenas do marido”.

é o acréscimo do nome do consorte que conduz à felicidade ou à realização comum. Ao revés, tem se mostrado o nome, apenas, como fonte de conflito de interesses.

Talvez por isso, dispõe, expressamente, a Codificação que, mesmo reconhecida a culpa de um dos cônjuges, a regra é permanecer com o nome de casado, tornando, portanto, na prática, inócuo o reconhecimento da culpa.

7.3 A guarda dos filhos

Também a fixação da guarda dos filhos, após a ruptura da relação entre os genitores, está apartada do reconhecimento da culpa.

Com efeito, em obediência aos princípios da *proteção integral e prioridade absoluta* estabelecidos pelo art. 227 da *Lex Legum* (e repetidos pelos arts. 1º e 4º do ECA), a nova Lei Civil, no Parágrafo Único do art. 1.584, afirma o *melhor interesse da criança e do adolescente (the best interest of child)*, estabelecendo que a guarda será atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la.

É que o eventual reconhecimento de que um cônjuge teve péssima conduta matrimonial não implica em negar as suas qualidades paternas. Por isso, na fixação da guarda, deverá ser atendido o melhor interesse da criança ou adolescente, consubstanciado na garantia de seu pleno desenvolvimento físico e psíquico, a salvo de ingerências nocivas.

Nas palavras de GUSTAVO TEPEDINO, o princípio do melhor interesse da criança “é digno de encômios, não sendo tolerável, à luz da Constituição da República, condicionar a convivência familiar dos filhos de pais separados à vida conjugal fracassada”.⁴¹

Aliás, o Enunciado 102 aprovado na Jornada de Direito Civil, realizada pelo Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal, confirma a tese ora esposada, disparando:

⁴¹ Cf. *Temas de Direito Civil*, cit., p. 375.

“A expressão ‘melhores condições’ no exercício da guarda, na hipótese do art. 1.584, significa atender ao melhor interesse da criança”.

Assim sendo, resta afastada a culpa da concessão da guarda, fixada, unicamente, em consideração aos interesses menoristas.

7.4 Os alimentos devidos ao eventual culpado (Parágrafo Único, art. 1.704, nCC)

Já se observou que o eventual reconhecimento da culpa não altera a partilha dos bens, o uso do nome de casado pelo cônjuge culpado e não lhe retira, necessariamente, a guarda dos filhos. É o momento, finalmente, de desatrear da culpa, também, a possibilidade de concessão de alimentos.

É que, como vem reconhecendo a melhor doutrina, consoante a lição de BELMIRO PEDRO WELTER, invocando passagem do eminente Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, “o critério da aferição da culpa, para concessão ou não de alimentos, vai cedendo espaço para a não culpa ou, conforme dicção legal, necessidade de alimentos”.⁴²

Também a jurisprudência já “vem dispensando a identificação do responsável pela ruptura da vida conjugal, para o fim de ensejar a decretação da separação do casal ou mesmo *para arbitrar alimentos em favor da mulher que deles necessite*.”⁴³

Dito diversamente, a prestação alimentícia decorre da *necessidade do alimentando*, como projeção da afirmação constitucional (art 3º) da *solidariedade social*.

⁴² Cf. *Os alimentos no Código Civil*, cit., p.155.

⁴³ A ementa do julgado reza: “*Incabível a identificação do responsável pela ruptura da vida conjugal para o fim de arbitrar alimentos à mulher que deles necessite...*” (TJ/RS, Ac.unân.7ªCâm.Cív., Ap.Cív. 70003417680, rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j.19.12.2001)

O direito argentino, nesse passo, já se afirma que qualquer dos consortes, independente da declaração de culpa, tem direito de obter do outro o fornecimento dos alimentos necessários à sua subsistência (art. 209, Código Civil da Argentina).

Evita-se, assim, que se imponha cruel sanção a quem foi reconhecido como “culpado pelo fim do amor”, pois terá violada a sua dignidade, por falta de condições de subsistência.

Negar alimentos ao cônjuge que deles necessita, ainda que culpado, é condená-lo a morrer de fome. “A pena é perpétua. Quiçá imponha a realização de trabalhos forçados. A depender das condições do apenado, será cruel. Talvez lhe imponha a pena de banimento, nem que seja para a outra vida”, como percebe MARIA BERENICE DIAS⁴⁴.

Por isso, na esteira do preceito talhado no art. 1.704, Parágrafo Único, do novo *Codex*, é possível impor, *objetivamente*⁴⁵, mesmo ao cônjuge inocente, a prestação de alimentos “em valor indispensável à sobrevivência” ao outro consorte, ainda que tenha sido este o responsável pela ruptura, quando deles necessitar para a sua manutenção.

Em síntese: a culpa deixou de ser o elemento decisivo, também, para a concessão de alimentos, dando espaço a um sentido humanitário na sua fixação, decorrente do dever constitucional de *solidariedade*.

7.5 O interesse de agir (condição da ação) na imputação da culpa

O *interesse de agir* materializa-se na utilidade da prestação jurisdicional, permitindo gerar benefícios ou vantagens efetivas para o autor⁴⁶. Destrinchando

⁴⁴ Cf. “Da separação e do divórcio”, cit., p.74.

⁴⁵ Anuindo a esta idéia, WELTER formula interessante raciocínio, afirmando que haveria, neste caso, uma *obrigação alimentar objetiva*, independentemente da culpa, conferindo ao cônjuge que deles necessitar os alimentos estritamente necessários à sua sobrevivência, cf. *Alimentos no Código Civil*, cit., p.157.

⁴⁶ RODRIGO DA CUNHA LIMA FREIRE, cf. *Condições da ação – Enfoques sobre o interesse de agir*, cit., p.177, em oportuna abordagem sobre o *interesse de agir* assevera que na propositura de

esta idéia, vale dizer que o interesse de agir decorre da necessidade da tutela jurisdicional, podendo produzir conseqüências úteis, vantajosas, ao autor. Por isso, já se decidiu inexistir interesse processual “se do sucesso da demanda não puder resultar nenhuma vantagem ou benefício” para o acionante (*in RF* 254:330).⁴⁷

Transportando tais idéias para a matéria *sub occulis*, tem-se que a ação de separação judicial fundada na culpa, em geral, não se apresentará útil para o autor, uma vez que, na maior parte dos casos, não poderá gerar qualquer benefício para si, faltando, por conseguinte, interesse de agir⁴⁸.

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

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

qualquer ação “deve ser a jurisdição indispensável ou necessária para que não se desenvolva uma atividade inútil”.

⁴⁷ Com o mesmo entendimento: “O interesse de agir, como condição da ação, fulcra-se na premissa de que, embora o Estado tenha interesse no exercício da jurisdição, não lhe convém acionar o aparelho judiciário sem que com isso obtenha algum resultado útil”. (TJ/MS, Ac.unân.2^aT., Ap.Cív.38.337-3, rel. Des. José Augusto de Souza, j.7.6.94, *in RJTJMS* 97:29) e “O interesse de agir sobressai da necessidade de exigir-se prestação jurisdicional”. (TRF-3^aRegião, Ac.unân.3^aT., RNMS7.118, rel. Juíza Annamaria Pimentel, j. 6.11.91, *in Revista TRF-3^aRegião* 9:249).

⁴⁸ Interessante texto escrito, com pena de mestre, por ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, formula crítica à concepção tradicional das condições da ação, merecendo referência, cf. “Condições da ação?”, cit., p.63 e ss..

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 consequência 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*”.⁴⁹

Pelo fio condutor do que se expôs, é de se perceber que não há qualquer justificativa – na ordem constitucional, civil e processual civil – para a pesquisa da culpa na ação de separação judicial, uma vez que restou esvaziado o interesse processual de afirmá-la, pela falta de utilidade para o autor.

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

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.

⁴⁹ Cf. “A infidelidade e o mito causal da separação”, cit., p. 157.

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”⁵⁰.

E tudo isso, para nada...

Ora, caríssimo leitor, permitir a pesquisa das situações conjugais que levaram ao fracasso do amor – se não fosse impossível – importaria na subversão do elemento ético das relações familiares⁵¹, *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.

Bibliografia.

⁵⁰ Cf. LEGAZ Y LACAMBRA, citados por MIZRAHI, cf. *Família, matrimonio y divorcio*, cit., p. 202.

⁵¹ 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)

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

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

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

FARIAS, Cristiano Chaves de. **A proclamação da liberdade de não permanecer casado.** Disponível em:
<http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosc/Cristiano_artculpa.doc>.
Acesso em: 03/08/2006.