AFETO X CULPA NA SEPARAÇÃO JUDICIAL E NO DIVÓRCIO:

O DIPLOMA CIVILISTA DE 2002 E OS CONFLITOS JUDICIAIS NA 'CONTRAMÃO' DOS NOVOS VÉRTICES SOCIAIS DA DOUTRINA FAMILISTA BRASILEIRA E DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

MARIA ISABEL JESUS COSTA CANELLAS

Advogada e Professora na Faculdade de Direito de Bauru/ITE. Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino e em Letras pela USC/Bauru. Supervisora Editorial da RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos (DivisãoJurídica) da ITE/Bauru. Presidente do núcleo regional do IBDFAM (Bauru/SP). Pesquisadora-membro do Núcleo de Pesquisa Docente da Faculdade de Direito de Bauru/ITE.

MURILLO CANELLAS

*Advogado em Bauru. Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru/*ITE*. Coordenador do Escritório de Aplicação de Assuntos Jurídicos, órgão vinculado à referida Instituição de Ensino Superior, em favor do aperfeiçoamento profissional dos alunos e auxiliar a população mais carente, desprovida de assistência judicial. Bacharelando em Filosofia pela USC/Bauru. Pesquisador -membro do Núcleo de Pesquisa Docente da Faculdade de Direito de Bauru/ITE.*

AFECTO & CULPA EN LA SEPARACIÓN JUDICIAL Y EN EL DIVORCIO:

EL DIPLOMA CIVILISTA DE 2002 Y LOS CONFLICTOS JUDICIALES EN DIRECCIÓN CONTRARIA A LOS NUEVOS VÉRTICES SOCIALES DE LA DOCTRINA FAMILIAR BRASILEÑA Y LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES.

RESUMEN

¿La culpa todavía debe ser condición para las separaciones?¿Con reparaciones en el plano sucesorio? Y aun, ¿Por qué el legislador civilista, por un lado legalizó a favor del afecto, y por el otro a favor de la culpa?

De esta manera, el presente trabajo objetiva una revisita a los principios del Derecho Constitucional Civilista Patrio, con la finalidad principal de cuestionar aspectos polémicos e innovadores en el derecho de familia actual, como el que ya fue apuntado. Por tanto, el tema centrado en la división "afecto & culpa", principalmente cuando sucede el rompimiento de la relación marital, sirve como desafío para cuestionar la división del judiciario brasileño en fase de decisiones diametralmente contradictorios a desmerecer la tendencia de un cambio radical en el escenario de la procesalita brasileña

PALABRAS-CLAVE: Afecto & culpa; la separación judicial; el divorcio; el judiciario brasileño; decisiones diametralmente contradictorios; un cambio radical; la procesalita brasileña.

1. Considerações preliminares sobre o enfrentamento do tema e sua delimitação – 2. Valoração da culpa como fundamento de sanções e suporte do nexo de imputabilidade jurídica no sistema pretérito – 3. Sinopse das espécies de dissolução da sociedade e do vínculo conjugal no sistema do Código Civil de 2002 – 4. O princípio da dignidade humana e a temática da culpa no sistema do Código Civil de 2002 - 5. A relevância do papel do julgador nos conflitos jurídicos entre cônjuges - Bibliografia.

> *"A processualística e o direito familista brasileiros devem deixar de uma vez por todas de ocupar o Judiciário para desenvolver longas demandas, com intensa carga de litígio e de ressentimentos, conferindo ao juiz o equivocado direito subjetivo de graduar a dignidade humana de quem não quer continuar casado. Numa época em que até a infidelidade virtual começa a tomar espaço da doutrina brasileira, como uma nova especialização do Direito de Família na pesquisa culposa da separação, precisamos nos dar conta de que a falência conjugal é sempre obra de dois, e que notas mais tristes, violações graves ou condutas injuriosas praticadas dentro de uma relação nupcial, em que foi prometida eterna fidelidade, essa modelagem conjugal já não mais existe, pois como disse sobre o amor VINÍCIUS DE MORAES, o poeta da paixão:* **'que não seja imortal, posto que é chama. Mas que seja infinito enquanto dure'".**
>
> (ROLF MADALENO, A infidelidade e o mito causal da separação. In: *Revista Brasileira de Direito de Família* – SÍNTESE, IBDFAM, v. 11, 2001, p. 159)

Processo n. xxxx/yy
Ação de Separação Judicial
Comarca de Bauru-SP

Vistos.

B.C.Z., qualificada nos autos, ajuizou ação de separação judicial contenciosa em face de D.E.Z., também qualificado nos autos, alegando, em resumo, que são casados desde (...) de 1970, com opção pelo regime da comunhão universal de bens, tendo nascido desse matrimônio os filhos F.Z., G.Z., H.Z. e I.Z., todos maiores e capazes. Narra que o réu descumpriu os deveres inerentes ao casamento, pois há aproximadamente dois anos passou a tratá-la com frieza e indiferença, deixando de satisfazer o debitum conjugale (sic), além de possuir gênio irritadiço, tanto que várias vezes agrediu moralmente a autora, fatos que tornaram insuportável a vida em comum. Formulou pedido de separação judicial por culpa do réu, mantendo a autora o nome de casada, com a conseqüente partilha dos bens que compõem o patrimônio do casal que, diante do regime adotado, são todos comunicáveis.

Citado, não foi possível a reconciliação das partes ou a transformação da separação litigiosa em consensual na audiência inicial, razão pela qual o réu ofereceu contestação na qual alegou, em síntese, que não são verdadeiros os fatos articulados na petição inicial, pois foi a autora que de janeiro do ano em curso para cá deixou de manter relações sexuais com seu marido, tanto que passou a dormir em outro quarto. Sustentou que jamais agrediu física ou moralmente a autora, tanto que não foi particularizada nenhuma ofensa na petição inicial, e também nunca a atemorizou ou praticou qualquer ato que pudesse ser caracterizado como conduta desonrosa ou grave violação dos deveres do casamento. Requereu a improcedência do pedido.

Houve réplica e o Ministério Público, que interveio em todos os atos do processo, opinou pela procedência do pedido.

É o relatório.

Fundamento e decido.

Trata-se de separação judicial litigiosa movida pela mulher em face do marido, que comporta o julgamento antecipado da lide, atentando-se ao parecer do Ministério Público nesse sentido, nos termos do artigo 330, inciso I, do Código de Processo Civil, sem a mínima necessidade de produção de provas orais ou técnicas, como adiante será melhor analisado.

Das próprias alegações das partes vê-se que a convivência do casal se tornou insuportável, até porque, ainda que não fossem provados os fatos e afirmações articuladas na petição inicial (o que poderia conduzir, em tese, à improcedência dos pedidos), nem por isso seria possível manter-se a sociedade conjugal contra a vontade de um dos cônjuges, o que leva, portanto, à evidente necessidade de se decretar a separação judicial do casal.

Inútil, assim, diante de uma perspectiva realista do processo, protelar-se a separação judicial das partes para averiguar qual delas é culpada pela ruptura do matrimônio.

As conseqüências da culpa, na hipótese dos autos, não se afiguram relevantes. É que a prova da culpa na ação de separação judicial litigiosa, como se sabe, tem como efeitos a perda do nome pela mulher, se ela for vencida na demanda (LD, art. 17), a obrigação de o cônjuge culpado prestar alimentos ao inocente (LD, art. 19) e a atribuição da guarda dos filhos menores, se a demanda for instaurada com fundamento no artigo 5º, caput, da Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977, ao cônjuge que não houver dado causa à ruptura da sociedade conjugal (LD, art. 10).

São três e somente três, portanto, as conseqüências dos autos, vê-se que os quatro filhos do casal são maiores e capazes, logo nenhuma guarda deverá ser apreciada e deferida a

quem quer que seja, até porque nenhum pedido nesse sentido foi formulado. A autora pretende manter o nome de casada e o réu não se opôs especificamente a tal pedido, lembrando que tal ponto poderá ser reapreciado oportunamente por ocasião de eventual conversão da separação judicial em divórcio (Lei n. 6.515/77, art. 25, parágrafo único). No tocante aos alimentos, a autora não os postulou na petição inicial e como não existem filhos menores ou incapazes também não há verba alimentar a ser arbitrada à prole.

Conclui-se, pois, que a elucidação da origem da impossibilidade de continuação da vida em comum ou a prova da culpa de um dos cônjuges nada acrescentaria ao julgamento da causa, mormente porque é incontroverso nos autos que as partes não mais têm condições de continuar casadas, tanto que já não mais coabitam, como admite a própria contestação, daí porque – até por prudência e a fim de evitar acirramento dos ânimos e desgastes emocionais desnecessários – a separação judicial deve ser decretada, sem o reconhecimento de culpa de quem quer que seja, isentando-se ambas as partes dos ônus de sucumbência.

Assim sendo, como bem ponderou o Ministério Público, ***"se existe razão a esta ou àquela parte sobre as causas do rompimento da sociedade conjugal, nenhuma conseqüência, a não ser a decretação da separação judicial e a partilha de bens, trará ao caso em análise"*** *(fl. 78).*

E como não houve consenso entre as partes no tocante aos bens, mas considerando que o regime adotado pelo casal é o da comunhão universal, instituído antes da vigência da Lei n. 6.515/77, o patrimônio das partes deverá ser partilhado após o trânsito em julgado desta, em partes iguais, ou seja, na proporção de cinqüenta por cento para cada uma, por meio de regular fase instaurada, em apenso, para esse fim.

Posto isto, com fundamento no artigo 5º, caput, da Lei n. 6.515/77, e amparo na motivação supra, julgo ***PROCEDENTES*** *os pedidos formulados na petição inicial para:*

a) decretar a separação judicial dos litigantes, ***sem culpa das partes****, declarando cessados os deveres de coabitação, fidelidade recíprocas e o regime matrimonial de bens, como se o casamento fosse dissolvido (LD, art. 3º);*

b) o patrimônio do casal será partilhado, no momento oportuno, na proporção de 50% (cinqüenta por cento) para cada litigante;

c) a ré manterá o nome de casada, ressalvando-se a reapreciação do tema por ocasião de eventual conversão da separação litigiosa em divórcio (LD, art. 25, parágrafo único); [sic]

d) ficam isentas as partes do pagamento recíproco de honorários advocatícios, rateando-se entre elas as custas processuais remanescentes, que deverão ser calculadas pelo valor atribuído à causa na petição inicial;

e) as medidas liminares concedidas nas ações cautelares de separação de corpos e de arrolamento de bens, em apenso, feitos www/yy e zzz/yy, ficam mantidas, tendo sido tais demandas julgadas por sentenças proferidas nos respectivos autos.

Transitada em julgado a presente, expeça-se mandado de averbação ao correspondente Serviço Registral das Pessoas Naturais.

P. R. I. C.
Bauru, 00/00000/2001
ARTHUR DE PAULA GONÇALVES – Juiz de Direito

APELAÇÃO CÍVEL N. 255.873-4/3-00

Quarta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do
Estado de São Paulo

Ementa

Ação de separação judicial – Propositura com fundamento no disposto no artigo 5.º, "caput", da Lei 6.515/77 – Contestação do réu – Falta de oitiva das partes pessoal e separadamente e julgamento antecipado da lide – Ofensa ao disposto nos artigos 3.º, parágrafo 2.º, da Lei 6.515, e ao disposto no artigo 330 do CPC e 5.º, n. LV, da Constituição Federal – Anulação do processo – Recurso provido para esse fim.

Vistos etc.

D.E.Z., réu em ação de separação judicial fundada no artigo 5.º, "caput", da Lei 6.515/77, apela contra a sentença de procedência, alegando nulidade do processo, porque não ouvidos pessoal e separadamente os cônjuges, e porque nele também cometido atentado ao direito de produção de prova, visto que, contestadas as alegações, aquela foi proferida em julgamento antecipado da lide.

Respondeu a autora, B.C.Z., que bem entregue a prestação jurisdicional, no caso, uma vez que evidente a impossibilidade da continuação da vida em comum.

A Procuradoria Geral de Justiça se manifestou no sentido de ser dado provimento ao recurso.

Esse é o relatório.

Voto

Primeiramente, segundo o que a Lei 6.515 estabelece, as partes, na separação judicial, devem ser ouvidas "pessoal e separadamente cada uma delas". Não foi o que

se passou, como se verifica pela leitura do termo de fls. 25. A medida se mostrava indispensável (cf. Jurisprudência Brasileira, vol. 125, pág. 130, TJRJ, Relator Des. Barbosa Moreira).

Não se podia concluir que não necessária a oitiva de testemunhas: não presentes nos autos elementos suficientes para a decisão da causa ante o fundamento invocado na inicial. Uma e outra partes tinham protestado por produção de provas. Negada, no caso, vigência ao disposto no artigo 330, do CPC, e ofendido direito assegurado à parte pelo artigo 5.º, n. LV, da Constituição Federal, em cerceamento de defesa, como entendido pelo Supremo Tribunal Federal quando evidenciado, como no caso, que a questão do mérito é nimiamente de fato (v. Jurisprudência Brasileira, vol. 121, pág. 47, Relator Ministro Rafael Mayer).

Isto posto, e nos termos do parecer da Procuradoria Geral de Justiça, subscrito pela Dra. Aparecida M. Valadares C. Gonçalves, ao recurso é dado provimento, para a anulação do processo, a partir de fls. 25.

JOSÉ GERALDO DE JACOBINA RABELLO – Des. Relator

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

ACORDAM, em Quarta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "deram provimento ao recurso, v. u.", de conformidade com o relatório e voto do Relator, que integram este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MUNHOZ SOARES (Presidente, sem voto), CARLOS STROPPA e ARMINDO FREIRE MÁRMORA.

São Paulo, 12 de dezembro de 2002.

Des. JOSÉ GERALDO DE JACOBINA RABELLO - Relator

1. Considerações preliminares sobre o enfrentamento do tema e sua delimitação

A mais chocante afirmação do Acórdão transcrito neste trabalho de pesquisa e reflexão terá sido a da exigência de produção de prova sobre a conduta culposa de um ou de ambos os cônjuges, levando à desagregação familiar, posto que, nas palavras de seu Relator, fora

"ofendido direito assegurado à parte pelo artigo 5.º, n. LV, da Constituição Federal, em cerceamento de defesa". [*sic*]

A afirmação exarada pelo ilustre desembargador relator, com a devida vênia, contraria a declaração de ambos os cônjuges, quando sustentam, cada um de *per si*, a impossibilidade da mantença da vida em comum. Desse modo, analisando-se o fundamento e a exigência do Acórdão de segundo grau, compilado no presente trabalho, a decisão do magistrado de 1.º grau estaria a contrariar, inclusive, o princípio da dignidade da pessoa humana, evidenciado no preâmbulo e consagrado no artigo 1.º, inciso III, da Constituição Federal vigente.

Repensando a apregoada mudança de paradigma que inspirou o Código Civil de 2002, do individualismo para a solidariedade social, da eticidade, e da auto-responsabilidade de cada membro dentro da família, indaga-se:

A culpa ainda deve ser condição para as separações – e, mais, com repercussões no plano sucessório? E, mais, por que o legislador civilista ora normatizou prol afeto, ora prol culpa?

Por que tribunais do mesmo país, que buscam a segurança dos laços familiares e a humanização da conduta humana continuam apegados aos princípios e dogmas do Código de 1916, proferindo decisões conflitantes, pelo apego a uma objetividade cega e um formalismo excessivo, na "contramão" das mudanças de paradigmas, dos novos vértices sociais da doutrina familista brasileira e dos princípios constitucionais?

Não parece fácil entender o que o Acórdão pretendeu quando afirmou estar evidenciado, no caso, "que a questão do mérito é nimiamente de fato", [*sic*] já que a "origem da impossibilidade de continuação da vida em comum" estava provada, como muito bem julgou o meritíssimo juiz de 1.º grau, com o parecer do órgão do Ministério Público. *In verbis:*

> "Conclui-se, pois, que a elucidação da origem da impossibilidade de continuação da vida em comum ou a prova da culpa de um dos cônjuges nada acrescentaria ao julgamento da causa, mormente porque é incontroverso nos autos que as partes não mais têm condições de continuar casadas, tanto que já não mais coabitam, como admite a própria contestação, daí porque – até por prudência e a fim de evitar acirramento dos ânimos e desgastes emocionais desnecessários – a separação judicial deve ser decretada, sem o reconhecimento de culpa de quem quer que seja, isentando-se ambas as partes dos ônus de sucumbência.

> Assim sendo, como bem ponderou o Ministério Público, **"se existe razão a esta ou àquela parte sobre as causas do rompimento da sociedade conjugal, nenhuma conseqüência, a não ser a decretação da separação judicial e a partilha de bens, trará ao caso em análise"** (fl. 78)."

Atualmente, ganham o primeiro plano as relações pautadas pelo afeto. Daí questionar-se o critério da culpa nos casos de separação litigiosa: fato este previsto e não modificado pelo novo Código Civil nos casos em que a separação pode ser pedida quando um dos cônjuges fere, de forma grave, os deveres do casamento.

De outro lado, também é cediço que a revelação, em processo judicial, de conflitos que tratam da violação a esses deveres, pode causar um grave prejuízo moral e patrimonial aos cônjuges, pela exposição da vida privada, violando o princípio da dignidade humana. No entanto, quando admitida, reciprocamente, a "impossibilidade da continuação da vida em comum", nada mais há a discutir.

Na tentativa de enfocar a questão sob a perspectiva que deverá prevalecer na leitura do novo Código Civil, tendo como fundamento o referido princípio constitucional, fazendo eco, no plano jurisprudencial, ao crescente prestígio da corrente que se opõe à adoção do princípio da culpa, assinala, com acuidade, Luiz Felipe Brasil Santos:

> "À diferença do Código anterior, entretanto, onde constituíam hipóteses taxativas, agora são meramente exemplificativas. Ora, se assim o são – não afastando, portanto, a possibilidade de reconhecimento de outras circunstâncias caracterizadoras de culpa – é pertinente indagar a razão que teria levado o legislador a enumerá-las, quando no artigo antecedente, já havia formulado as causas de pedir culposas de modo genérico. A inconveniência e falta de técnica salta aos olhos.
> Não bastasse isso, o parágrafo único do art. 1.573, surpreendemente, dispõe que 'o juiz poderá considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum'. Ou seja, introduz no sistema, de forma absolutamente incoerente com os dispositivos anteriores, uma hipótese de extremada abertura, ensejando, na linha do que já vinha sendo até agora decidido, especialmente pela jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ***a viabilidade de ser decretada a separação judicial com fundamento exclusivo na impossibilidade de continuação da vida em comum, pela ausência da affectio que constitui a própria razão de ser do relacionamento conjugal. Certamente por tal senda é que deverá enveredar a jurisprudência.***"[1] (GRIFAMOS)

Como se vê, o tema centrado na dicotomia "afeto x culpa", principalmente quando do rompimento da relação conjugal aponta, indiscutivelmente, para a necessidade dos profissionais

[1] A separação judicial e o divórcio no novo Código Civil brasileiro. In: *Revista brasileira de direito de família*, n. 12. Porto Alegre: Síntese, jan.-fev.-mar./2002, pp. 150-151.

do direito reverem conceitos polêmicos e inovadores do novo Código Civil brasileiro, pela complexidade dos vários níveis de relações dentro da família, as afetivas, as patrimoniais, as do exercício dos papéis e dos direitos e deveres. "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".[2]

Em poema candente, a poetisa portuguesa, Florbela Espanca reconhece a frustração do sonho comum, no belíssimo soneto, "Esquecimento"

"Esse de quem eu era e que era meu,
Que foi um sonho e foi realidade,
Que me vestiu a alma de saudade,
Para sempre de mim desapareceu.

Tudo em redor então escureceu,
E foi longínqua toda a claridade!
Ceguei ... tacteio sombras ... Que ansiedade!
Apalpo cinzas porque tudo ardeu!

Descem em mim poentes de Novembro ...
A sombra dos meus olhos, a escurecer ...
Veste de roxo e negro os crisântemos ...

E desse que era meu já me não lembro ...
Ah! A doce agonia de esquecer
A lembrar doidamente o que esquecemos!..."[3]

Assim, o presente trabalho objetiva uma revisita aos princípios do Direito Constitucional Civilista pátrio, com a finalidade precípua de questionar aspectos controvertidos no direito de família, servindo como desafio para breve reflexão sobre uma nova visão do Judiciário brasileiro, em face de decisões diametralmente conflitantes quanto à questão da culpa nas separações judiciais, a desmerecer a tendência de uma mudança radical no cenário dos modernos estudos civilistas no país.

2. Valoração da culpa como fundamento de sanções e suporte do nexo de imputabilidade jurídica no sistema pretérito

[2] FARIAS, Cristiano Chaves de. Redesenhando os contornos da dissolução do casamento. Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Coordenação de Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2004, p. 119.

No Brasil, o vínculo matrimonial, o casamento propriamente dito, no passado, era indissolúvel. Desde a época do "Brasil Colônia", só era possível a dissolução da sociedade conjugal pelo *desquite*, palavra esta a significar ***"pessoa que não estava quite com a lei e a sociedade para poder convolar novas núpcias"***. Efetivamente, o desquite, hoje denominado separação judicial, não extinguia o vínculo e não autorizava novo casamento dos desquitados.

Quando, finalmente, entrou em vigor a Lei Divorcista, seus efeitos foram borbulhantes para os infelizes conjugais. Alvo de aprovação para os adeptos, que consideravam a inovação uma vitória, condenada como *pecado* pelos opositores, muitos, por diferentes razões, atribuíram à Lei do Divórcio, a causa de desfazimento dos lares familiares. Como é cediço, nessa luta entre Estado e Igreja, o divórcio só foi instituído no Brasil pela Emenda Constitucional n. 9, de 28.06.1977, sobrevindo, ao depois, a Lei n. 6.515, em 26.12.1977, que ficou conhecida como "Lei do Divórcio".

Sua grande importância, na época, foi a regulamentação não apenas das normas procedimentais relativas ao divórcio como à separação judicial, em suas diversas modalidades, mas também por haver abrangido todos os aspectos de direito material e processual atinentes à matéria. De fato, somente a morte de um dos cônjuges, ou o divórcio, evidentemente, rompem o vínculo matrimonial válido, possibilitando contrair um segundo casamento. Isto era assim e continua assim na lei vigente.

No entanto, o divórcio entrou no Brasil de uma maneira bastante tímida. Na verdade, só havia o divórcio conversão, isto é, a conversão da separação judicial em divórcio, após mais de 3 (três) anos contados da sentença da separação ou da efetivação da medida cautelar correspondente. O divórcio direto era culposo e de caráter transitório, com o intuito de "resolver a situação" daqueles casais desquitados ou separados de fatos antes da referida Emenda Constitucional, notadamente quando haviam constituído nova família. Era, pois, um arremedo de divórcio direto. Nesse teor, dispunha a Lei n. 6.515/77:

Artigo 40. "No caso de separação de fato, com início anterior a 28 de junho de 1977, e desde que completados 5 (cinco) anos, poderá ser promovida ação de divórcio, na qual se deverão provar o decurso do tempo da separação e a sua causa".

[3] *Sonetos* (Edição integral). 12. ed. Porto: Imprensa Portuguesa, Livraria Tavares Martins, 1968, p. 173.

Da análise do mito causal da separação e do divórcio, depreende-se que os efeitos do reconhecimento da culpa, no sistema anterior à Constituição Federal de 1988 e regido pela Lei do Divórcio, era uma reação punitiva do ordenamento contra o cônjuge culpado, abrangendo, notadamente, a perda do sobrenome do marido pela mulher considerada 'culpada' no litígio contencioso, a perda da guarda dos filhos e dos alimentos. Em outras palavras, o panorama jurídico era o seguinte:

1. Em relação ao sobrenome, a solução para a mulher era a perda do nome do marido como sanção, caso fosse considerada culpada ou se tivesse sido dela a iniciativa do processo.
2. Quanto à guarda dos filhos, o cônjuge inocente tinha direito à guarda – interpretação do velho Código Civil - mas que contaminou a Lei do Divórcio, pois esta já dispunha que a guarda jurídica dos filhos são os seus interesses morais e materiais, dispositivo esquecido, na maioria das vezes, e que atuava como o grande fantasma da mulher.
3. Sobre os alimentos, dispunha a Lei Divorcista que:

Artigo 19. "O cônjuge responsável pela separação judicial prestará ao outro, se dela necessitar, a pensão que o juiz fixar". Em resumo, cessava o dever de assistência ao que tivesse culpa exclusiva. Se ambos fossem considerados culpados, nenhum devia alimentos ao outro.

4. Impunha, ainda, a Lei do Divórcio uma sanção patrimonial, nos casos de "separação falência" (§ 1º do art. 5º) e "separação remédio" (§ 2º do art. 5º) e a "cláusula de dureza", prevista no artigo 6º da lei divorcista, que possibilitava ao juiz negar a separação, quando verificasse que poderia ela "constituir, respectivamente, causa de agravamento das condições pessoais ou da doença do outro cônjuge, ou determinar, em qualquer caso, conseqüências morais de excepcional gravidade para os filhos menores".

Denise Maria Perissini da Silva, psicóloga clínica, bacharel em direito, que atua como assistente técnica jurídica em processos que tramitam nas Varas de Família e das Sucessões e nas Varas da Infância e da Juventude, em São Paulo e outras regiões, esclarece o significado da "culpa" nas relações entre cônjuges. Sustenta a autora:

> "É importante ressaltar que tudo o que é vivido numa relação, sejam os prazeres e sucessos, sejam os desprazeres, brigas e mal-estar, é fruto da responsabilidade de ambos os parceiros, mesmo que essa responsabilidade não seja nítida. O casal chama a isso de

> 'culpa' para significar que, em determinado momento, parece-lhes muito importante descobrir quem é o 'culpado' e, mais ainda, descobrir que o culpado é o outro! A separação torna-se, então, o único meio de solucionar tais conflitos. Mas, mesmo diante da decisão de separação, o casal percebe que não é tão fácil assim: existem sentimentos ambivalentes (ex.: amor/ódio, atração/rejeição, prazer/desprazer) em relação ao outro, e que, por refletirem sentimentos inconscientes, também não elaborados em suas relações parentais (com as famílias de origem) são intensificados agora, através de disputas judiciais. Além disso, há total ausência de elaboração das perdas e das mudanças de situação, que compromete a estrutura de personalidade de cada parceiro. Segundo Dias (1999), os lutos a serem elaborados referem-se, não apenas ao pesar diante do que não se vai viver mais por estar longe do outro, com sua perda, mas também a dificuldade em suportar que a sua própria imagem seja destruída na consciência do outro. Se essas dificuldades não forem superadas, a separação será muito mais conflituosa e fonte de sofrimentos para todos os envolvidos."[4]

Enfim, é difícil repensar o direito. E não poderia ser diferente no Direito de Família. Se o Direito em geral passa por radicais transformações, adaptando-se às novas realidades sociais, econômicas, financeiras, históricas, políticas, religiosas e científicas, não é de se estranhar que todos aqueles que trabalham no dia-a-dia com litígios de família também tenham que admitir e acompanhar essas mudanças.

Não é de se estranhar, igualmente, que os tribunais decidam de maneira diferente, porque o direito de família não é o texto da Constituição, não é o texto de um Código Civil e tampouco o texto de uma lei de divórcio. O direito de família se informa em contexto muito mais amplo. É um direito que tem como pressupostos uma sociedade em " crise" , antecedentes históricos, a tradição, a religião, os usos e costumes de uma determinada localidade. É, na real verdade, um direito em constante evolução, que tende ao processo social de adaptação, porque reside nos lares, vincula-se a pais, filhos, parentes, sentimentos e corações - que tem como alcance maior o ser humano no seio de sua família. Por oportuno, a lição do grande jurista Luiz Edson Fachin, citando Michel Serres para afirmar que "às vezes, a separação é uma boa solução do amor".[5] Em seguida, conclui o autor:

> "Nessa direção, cumpre decifrar que o corpo da família, sem deixar de ser o que é, vive a paixão de ser *outro*. Sobrevive, pois, na razão jurídica e no espaço social, prefaciando o futuro com a afirmação de sua história em contínua reconstrução. Uma das propostas é edificar a família da amizade como vínculo. Propomos a família cidadã pela ternura e pelo afeto. Abrir espaço para o reconhecimento da inclusão na cidadania da amizade, que é,quem sabe, o que mais nos resta no tempo da intolerância."[6]

[4] *Psicologia jurídica no processo civil brasileiro*: a interface da psicologia com direito nas questões de família e infância. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2003, p. 55.
[5] Família, direitos e uma nova cidadania. In: *Família e cidadania: o novo CCB e a* vacatio legis. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Coordenação de Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002, p. 22.
[6] Ibidem.

3. Sinopse das espécies de dissolução da sociedade e do vínculo conjugal no sistema do Código Civil de 2002

Analisando-se o texto frio da lei, a dissolução da sociedade conjugal e do casamento está tratada no Código Civil de 2002 a partir do artigo 1.571 (Capítulo X, Subtítulo I, Título I, Livro IV) e, explicitamente, no que diz respeito à temática da separação judicial e do divórcio, nenhum avanço significativo ocorreu com o novo Estatuto civilista. Ao contrário, alerta Luiz Felipe Brasil Santos:

> "Desperdiçou o legislador excelente oportunidade de extinguir o já anacrônico instituto da separação judicial, cuja manutenção em nosso ordenamento jurídico não mais se justifica. [...] Além de manter a figura da separação judicial, o NCCB ainda preservou o princípio da culpa como um de seus fundamentos, quando, a exemplo do que já ocorre com o divórcio, poderia ter se limitado a amparar o pleito separatório apenas na circunstância fática da ruptura da convivência (princípio da ruptura). Nesse ponto, desconheceu o legislador a orientação jurisprudencial mais atualizada, que, reconhecendo a dificuldade de, na maior parte dos casos, atribuir a culpa pelo fracaso do matrimônio a qualquer dos cônjuges – e constatando a inviabilidade de manter unidos pela lei aqueles a quem a vida já separou -, tem, mesmo quando fundado o pedido no art. 5º, *caput*, da lei divorcista, decretado a separação judicial sem declaração de culpa, pela simples constatação da falência do matrimônio."[7]

Na seqüência, com o intuito de uma demonstração meramente didática das espécies de dissolução da sociedade e do vínculo conjugal no sistema do Código Civil de 2002, apresentamos o seguinte **resumo esquemático**:

3.1 SEPARAÇÃO JUDICIAL

FINALIDADES

- Dissolver a sociedade conjugal, sem romper o vínculo matrimonial, o que impede os consortes de convolarem novas núpcias.
- Constituir-se como uma medida preparatória do divórcio.

ESPÉCIES

[7] Op. cit., p. 147.

- Separação consensual ou por mútuo consenso dos cônjuges casados há mais de 1 (um) ano (CC, art. 1.574).
- Separação litigiosa ou não-consensual, efetivada por iniciativa da vontade unilateral de qualquer dos consortes ante as causas legais (CC, arts. 1.572/1.573).

3.1.1 SEPARAÇÃO CONSENSUAL

- Procedimento (CPC, arts. 1.120 a 1.124; Lei n. 6.515/77, art. 34. §§ 1º, 3º e 4º; arts. 4º, 9º, 15, 20, 22; Lei n. 6.015/73, art. 101, 167, II, n. 14).
- Eficácia jurídica só com homologação judicial (Lei n. 6.515, art. 34, § 2º) por ser a separação consensual um ato judicial complexo, visto que a vontade dos cônjuges só produz efeito liberatório quando houver homologação do órgão judicante, que tem presença atuante e positiva no processo. A sentença homologatória perderá sua eficácia com a reconciliação (Lei n. 6.515/77, art. 46; Lei n. 6.015/73, art. 101).

3.1.2 SEPARAÇÃO LITIGIOSA

MODALIDADES

a) Separação litigiosa como sanção (CC, arts. 1.572 e 1.573), (MOTIVADA ou POR CULPA): que ocorre quando um dos consortes imputar ao outro qualquer ato que importe em greve violação dos deveres matrimoniais.

b) Separação litigiosa com causa objetiva - como falência do casamento (IMOTIVADA ou SEM CULPA): que se dá quando um dos cônjuges provar ruptura da vida em comum há mais de 1 (um) ano consecutivo e a impossibilidade de sua reconstituição (CC, art. 1.572, § 1º).

c) Separação litigiosa como remédio: que se efetiva quando um cônjuge a pedir encontra-se ante o fato de estar o outro acometido de grave doença mental, manifestada após o casamento, que impossibilite a continuação da vida em comum, desde que, após uma duração de 2 (dois) anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável (CC, art. 1.572, § 2º).

PROCEDIMENTO

Pode ser precedida de separação de corpos (ou outra medida cautelar).

Obedece o rito comum ordinário.

Foro competente é o do domicílio da mulher (Lei n. 6.515/77, art. 52).

Há possibilidade de reconciliação (Lei n. 6.515/77, art. 46, parágrafo único).

3.1.3 EFEITOS DA SEPARAÇÃO JUDICIAL

EFEITOS PESSOAIS EM RELAÇÃO AOS CONSORTES

- Pôr termo os deveres recíprocos do casamento (CC, art. 1.576).
- Impedir o cônjuge de continuar a usar o sobrenome do outro se declarado culpado na separação litigiosa, desde que isso seja requerido pelo cônjuge inocente e não se configurem os casos do artigo 1.578, I a III, do Código Civil. Ao passo que na separação consensual tem opção de usar ou não o sobrenome de casado.
- Impossibilitar a realização de novo casamento.
- Possibilitar de reconciliação (CC, art. 1.577).
- Autorizar a conversão em divórcio, cumprido 1 (um) ano de vigência de separação judicial ou da decisão concessiva da separação de corpos (CC, art. 1.580).
- Proibir que sentença de separação judicial de empresário ou ato de reconciliação sejam opostos a terceiros antes de arquivados e averbados no registro Público de Empresas Mercantis (CC, art. 980).

EFEITOS PATRIMONIAIS RELATIVAMENTE AOS CÔNJUGES

- Pôr fim ao regime matrimonial de bens, sendo que a partilha será feita mediante proposta dos cônjuges, homologada pelo juiz (na separação consensual) ou por ele deliberada (na litigiosa). OBS: Interpretar sistematicamente a norma do artigo 1.575 do Código Civil com a do 459 do Código de Processo Civil e também a do próprio artigo 1.581 do novo Estatuto civilista.
- Substituir o dever de sustento pela obrigação alimentar.
- Dar origem, se litigiosa a separação, à indenização por perdas e danos, ante prejuízos morais ou patrimoniais sofridos pelo cônjuge inocente.
- Suprimir direito sucessório entre os consortes em concorrência ou na falta de descendente e ascendente (CC, arts. 1.829, 1.830 e 1.838).
- Impedir que ex-cônjuge de empresário separado judicialmente exija desde logo a parte que lhe couber na quota social, permitindo que concorra à divisão periódica dos lucros, até aque a sociedade se liquide (CC, art. 1.027).

EFEITOS QUANTO AOS FILHOS (CC, ARTS. 1.583-1.590)

- Não altera o vínculo de filiação (CC, art. 1.579).
- Passa-os à guarda e companhia de um dos cônjuges, ou, se houver motivos graves, de terceiro.

- Assegura ao genitor, que não tem a guarda da prole, o direito de visita, de tê-los temporariamente em sua companhia nas férias e dias festivos e de fiscalizar sua manutenção e educação.
- Garante aos filhos menores e maiores inválidos pensão alimentícia.
- Possibilita que ex-cônjuges, separados judicialmente, adotem em conjunto criança, desde que preenchidos os requisitos legais (CC, art. 1.622, parágrafo único).

3.2 DIVÓRCIO

CONCEITO

É a dissolução do casamento válido, que se opera mediante sentença judicial, habilitando as pessoas a contrair novas núpcias.

MODALIDADES

3.2.1 Divórcio indireto ou divórcio conversão (CC, art. 1.580)

Divórcio consensual indireto ocorre quando um dos cônjuges com o consenso do outro pede a conversão da prévia separação judicial (consensual ou litigiosa) em divórcio, desde que tal separação tenha mais de 1 ano (CF, art. 226, § 6º, e CC, art. 1.580 e § 1º).

Divórcio litigioso indireto, obtido mediante sentença judicial proferida em processo de jurisdição contenciosa, em que um dos consortes, judicialmente separado há mais de 1 ano, havendo recusa do outro, pede ao juiz que converta a separação judicial (consensual ou litigiosa) em divórcio.

Procedimento: Lei n. 6.515, art. 31, 35, parágrafo único, 47, 48, 37, §§ 1º e 2º, 36 e parágrafo único, I e II, 32; Lei n. 7.841/89, art. 2º; CPC, art. 82, II.

3.2.1 Divórcio direto (CC, § 2º, do art. 1.580)

Divórcio consensual direto. Decorre do mútuo consentimento dos cônjuges que se encontram separados de fato há mais de 2 (dois) anos (CF, art. 226, § 6º, seguindo o procedimento do CPC, arts. 1.120 a 1.124, e da Lei n. 6.515, art. 40, § 2º.

Divórcio litigioso direto. É o que se apresenta quando pedido por um dos consortes separados de fato há mais de 2 (dois) anos.

Desde a Constituição de 1988 até o Código Civil atual, não há de se cogitar em questionamento de "culpa" nas modalidades do divórcio – porque baseados apenas no "princípio da ruptura", tanto em sua forma litigiosa como consensual.

Importante salientar, por fim, a regra contida no artigo 1.581 do Código vigente, que dispensa a partilha de bens em qualquer das modalidades de divórcio, interpretação que já fora consagrada, quanto ao divórcio direto, pela Súmula 197, do STJ. Portanto, não é mais exigível a partilha mesmo no divórcio por conversão, o que vinha ocorrendo com fundamento nos artigos 31 e 43 da lei divorcista.

4. O princípio da dignidade humana e a temática da culpa no sistema do Código Civil de 2002

Desde o princípio dos tempos... o homem sempre viveu em torno da família e do binômio posse-propriedade. Esses sempre foram os dois grandes fenômenos em torno dos quais gira a vida do ser pessoa. Desde a época primitiva, do conúbio entre o homem e a mulher surgiu a família; e da luta pela sobrevivência, no domínio sobre as coisas da natureza, sujeitas ao homem, a posse e a propriedade. Daí, avulta a cada dia a suma importância do direito de família como o ramo do Direito que mais tem evoluído. O avanço das concepções filosóficas em torno da essência do fenômeno jurídico, a evolução do conhecimento científico – somada ao fenômeno da globalização, ao declínio do patriarcalismo e à redivisão sexual do trabalho – fizeram uma grande transformação da família, permitindo uma nova visão sobre as normas jurídicas reguladoras do Direito de Família, notadamente em nível multidisciplinar e interdisciplinar, como, por exemplo: *direito de família e psicanálise; a desbiologização da paternidade; as novas técnicas da engenharia genética sobre a concepção do homem, o início de sua personalidade jurídica, a procriação assistida, a clonagem etc.*

A Carta Magna Carta de 1988, estabelecendo como princípio da República, a dignidade da pessoa humana e a igualdade de direitos entre os seres humanos embasou todas as inovações introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro e, em especial, no Código Civil, a "Constituição do homem comum", nas palavras de Miguel Reale.

Valorizando a pessoa humana como centro e medida do universo – e protegendo sua personalidade trouxe novos valores que visam à realização integral da pessoa, e têm como objetivo o afeto, a solidariedade e o amor, dos quais são exemplos na atual lei civilista: os alimentos ao cônjuge culpado pela separação judicial, a pretensão infundada da negatória de paternidade, quando esta foi voluntariamente assumida, ao autorizar previamente o marido, a inseminação heteróloga de sua mulher, sendo, nesse caso, a presunção *"pater is est..."* - absoluta - em relação ao marido da mãe. Segundo os autores, parece que a mais profunda interferência do princípio no novo código, assenta-se, sob qualquer ângulo que se analise, justamente no personalismo ético da época contemporânea, o respeito à pessoa, ao ser humano, espraiando-se nos seguintes pontos:

a) reverência à igualdade de direitos entre todos os homens;
b) impedimento à consideração do ser humano como objeto, garantindo sua independência e autonomia, bem como toda atuação que implique na sua degradação;
c) observância e proteção dos direitos inalienáveis do homem;
d) d) meios de desenvolvimento de alguém como pessoa, ou seja, a proibição a imposição de condições sub-humanas de vida.

Estabelece, a Carta Magna, como se sabe, a imposição de sanções suscitadas pelo ofendido em razão de ameaça ou lesão a atos que lesivos à integridade físico-psíquica, intelectual e moral. Nessa linha de pensamento, o tema do presente trabalho, "afeto x culpa na separação judicial e divórcio, conforme visto, nos remete *ao lugar de tutela da vida e da pessoa humana*, a "família", conforme expressão de Antonio Cezar Peluso".[8] E sobre a experiência de separação e culpa, Erich Fromm, grande colaborador de Horkheimer, na "Escola de Frankfurt",[9] faz a seguinte reflexão:

> "Quando o homem nasce – a raça humana assim como o indivíduo – é lançado fora de uma situação que era definida, tão definida quanto os instintos, para uma situação indefinida, incerta e exposta. Somente há certeza com relação ao passado – e, quanto ao futuro, apenas com relação à morte. O homem é dotado de razão; é *a vida consciente de si mesma*; tem, consciência de si, de seus semelhantes, de seu passado e das possibilidades de seu futuro. Essa consciência de si mesmo como

[8] Op. cit., p. 49.
[9] A "Escola de Frankfurt", como é conhecida uma das mais importantes tendências filosóficas e de teoria sociológica do século XX, foi uma extraordinária – talvez a única – interligação entre trabalho e ação de destacados intelectuais de esquerda, a saber: Horkheimer, Adorno, Benjamin, Marcuse, Fromm, Habermas, Neumann, Kirchheimer, entre outros. Nomes que representam décadas de reflexão sobre a patologia do moderno, ainda hoje presentes na combativa reivindicação por um mundo melhor, emancipado e sem preconceitos.

> entidade separada, a consciência de haver nascido sem ser por vontade própria e de ter de morrer contra sua vontade, de ter de morrer antes daqueles que ama, ou estes antes deles, a consciência de sua solidão e separação, de sua impotência ante as forças da natureza e da sociedade, tudo isso faz de sua existência apartada e desunida uma prisão insuportável. Ele ficaria louco se não pudesse libertar-se de tal prisão e alcançar os homens, unir-se de uma forma ou de outra com eles, com o mundo exterior. A experiência da separação desperta a ansiedade; é, de fato, a fonte de toda ansiedade. Ser separado significa ser cortado, sem qualquer capacidade de usar os poderes humanos. Eis porque ser separado é o mesmo que ser desamparado, incapaz de apreender o mundo, as coisas e as pessoas, de modo ativo; significa que o mundo nos pode invadir sem que tenhamos condições para reagir. Assim, a separação é a fonte de intensa ansiedade. Além disso, ela dá origem à vergonha e ao sentimento de culpa."[10]

Quando o casal falha, a separação e o divórcio aparecem como soluções extremas mas necessárias para guardar e garantir a dignidade da pessoa contra os riscos que lhe representa a deterioração do casamento. Em outras palavras, "o divórcio e a separação aparecem como remédios para livrar a pessoa da degradação, a que estaria submetida, se continuasse em *estado de sofrimento* no seio da família. Por outro lado, a valoração da culpa como fundamento de sanções só tem sentido dentro de uma concepção puramente contratualista do matrimônio".[11] Quem descumpre culposamente as obrigações contratuais responde pela dissolução do pacto patrimonial, pelas conseqüências, por perdas e danos. É esta idéia inaceitável que vigora por detrás do *princípio da culpa.*

A conseqüência normativa deve ser, pois, conforme afirma a maioria dos autores consultados, que as causas e efeitos da dissolução independam da perquirição de culpa e se atenham à objetividade da crise. Esta é a concepção que deve prevalecer na interpretação e aplicação das regras no novo Código Civil, que procura substituir o sistema da culpa pelo sistema da ruptura do casamento. Lamentavelmente, não é essa a solução adotada por parte dos pretórios brasileiros. E, para que se tenha exata dimensão dos julgados que "condicionam o decreto separatório à inexorável prova da culpa do cônjuge acionado, sujeitando os esposos a viverem ao menos no seu subjetivo estado de casados, se for deficiente a mostra processual da culpabilização",[12] verifiquem-se os exemplos que seguem:

APELAÇÃO CÍVEL N. 000.197.180-3/00

[10] *A arte de amar*. Trad. de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1958, pp. 28-29.
[11] Cf. PELUSO, Antonio Cezar, op. cit., pp. 49-50.
[12] MADALENO, Rolf. A infidelidade e o mito causal da separação. In: *Revista brasileira de direito de família*, n. 11. Porto Alegre: Síntese, out.-nov.-dez./2001, p. 157.

4.ª CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE

MINAS GERAIS

Ementa: "Separação litigiosa. Ausência de prova das alegações. Indeferimento. Alimentos. Dever inescusável. Se as alegações que alicerçam o pedido de separação litigiosa não restaram demonstradas, rejeita-se a pretensão. O dever de pagar alimentos decorre das previsões do art. 227 da Constituição Federal e do art. 231, IV, do Código Civil, cuja interpretação conduz à idéia de que o filho menor deverá ser atendido mesmo com sacrifício dos pais, pois é sagrado o socorro à criança."

APELAÇÃO CÍVEL N. 70001806009

8.ª CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO

RIO GRANDE DO SUL

Ementa: "Apelação. Separação litigiosa e pedido de alimentos. Decretação da separação por fundamento diverso daquele posto na inicial. Separação de fato por prazo inferior a um ano. Nulidade da sentença. Tendo sido pedida a separação com fundamento na violação grave dos deveres do casamento e tendo o julgador a decretado com base no tempo de separação de fato, quando este não havia sido cumprido, é nula a sentença. Sentença nula. Voto vencido."[13]

Da análise dos julgados aqui demonstrados, e confrontando-os com aquele ilustrativo do início do presente trabalho, observa-se que prevaleceu o princípio da causa subjetiva da separação, embora fosse consenso de ambos os cônjuges a impossibilidade de reatarem a vida conjugal.

No sistema do Código Civil atual, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e que entrou em vigor em 11 de janeiro de 2003, o sistema da culpa, segundo orientação doutrinária e jurisprudencial majoritárias, deve ser interpretado pelo sistema da ruptura do casamento, para o qual a relevância da culpa é mínima e, muitas vezes, inexistente, tendo em vista as conseqüências de sua normatização, a saber:

1. O cônjuge culpado na ação de separação judicial não perderá o direito de usar o sobrenome do outro, se a alteração acarretar. **Artigo 1.578.** I – evidente prejuízo para a sua identificação; II – manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida; III – dano grave reconhecido na decisão judicial.
2. Quanto à guarda dos filhos, dispõe o artigo 1.584, que será atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la, inclusive o juiz poderá deferir a guarda à terceira pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida.

3. Quanto aos alimentos, dispõe o parágrafo único do artigo 1.704 que: "Se o cônjuge declarado culpado vier a necessitar de alimentos, e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurá-los, fixando o juiz o valor indispensável à sobrevivência.[14]

4. No § 2º do artigo 1.572 foi mantida a hipótese da denominada "separação remédio", com fundamento na doença mental do outro cônjuge, uma vez que ofende o dever de mútua assistência moral (contemplado no art. 1.566, III, do novo diploma). Entretanto, houve a redução do prazo para dois anos, quando, no passado, era de cinco anos.

5. A sanção patrimonial – perda, por parte do autor do pedido, do direito a partilhar os remanescentes dos bens que o requerido levou para o casamento, quando adotado o regime da comunhão universal de bens (CC, art. 1.572, § 3º). No entanto, tal penalização passa a incidir apenas na hipótese de pedido fundado na doença mental do outro cônjuge, visando a desestimular os pedidos de separação com tal fundamento.

6. Também não foi reproduzida a denominada "cláusula de dureza", que estava prevista no art. 6º da lei divorcista, pois, nas palavras magistrais da cientista do direito, desembargadora Berenice Dias, outro é, nos dias atuais, o significado de família. Preceitua a mestra:

> "Agora o que identifica a família não é nem a celebração do casamento, nem a diferença de sexo do par ou o envolvimento de caráter sexual. O elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a identificação de um vínculo afetivo a unir as pessoas, gerando comprometimento mútuo, solidariedade, identidade de projetos de vida e propósitos comuns."[15]

Foi essa nova visão de família que inspirou o legislador do novo Código Civil: o princípio da solidariedade familiar e da auto-responsabilidade de cada membro dentro da família, sendo inaceitável que os litigantes fiquem atrelados apenas pelo Poder Judiciário, que continuará fomentando os motivos culposos para concessão da separação judicial.

Sobre a crise do amor, do afeto, do respeito mútuo, e via de conseqüência, da "culpa" entre os cônjuges, manifesta-se, novamente e com propriedade de estilo o autor Erich Fromm, fazendo a seguinte reflexão:

> "Esta experiência de culpa e vergonha na separação está expressa na história Bíblica de Adão e Eva. Depois que Adão e Eva comeram da 'árvore do conhecimento do bem e do

[13] Remete-se o leitor ao início do presente trabalho para a comparação necessária dos julgados.

[14] A hipótese refere-se aos alimentos naturais, pois não se trata de medir culpa do cônjuge, senão de lhe reconhecer a condição objetiva da necessidade.

[15] Novos tempo, novos termos. In: Boletim IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família. Seção: Artigos – n. 24, ano 4, jan./fev., 2004, p. 5.

> mal", depois que desobedeceram (pois não há bem nem mal a menos que haja a liberdade de desobedecer), depois que se tornaram humanos por se terem emancipado da original harmonia animal com a natureza, isto é, depois de seu nascimento como seres humanos, - viram que 'estavam nus e ficaram envergonhados'. Deveríamos imaginar que um mito tão antigo e elementar como este tenha a moral pudica da concepção do século XIX e que o ponto importante que a história deseja mostrar-nos é a confusão por estarem visíveis seus órgãos genitais? Dificilmente poderia ser assim e, se entendermos a história com espírito vitoriano, perderemos o ponto principal, que parece ser o seguinte: depois que o homem e a mulher ficaram conscientes de si mesmos e cada um do outro, tiveram a consciência de que eram separados, de sua diferença, tanto quanto de pertencerem a diferentes sexos. Mas, ao reconhecerem sua separação, permaneceram estranhos, porque ainda não haviam aprendido a amar um ao outro (o que é também tornado claro pelo fato de que Adão se defende culpando Eva, em vez de defendê-la). *A consciência da separação humana, sem a reunião pelo amor, é fonte de vergonha. É, ao mesmo tempo, a fonte da culpa e da ansiedade."* [16]

5. A relevância do papel do julgador nos conflitos jurídicos entre cônjuges

Resta, porém, atentar para a relevância do papel do julgador nos conflitos jurídicos entre cônjuges, pois é indispensável analisar a outra face da realidade da vida porque, se de um lado, a concepção baseada na culpa tem caráter extremamente odioso, com impulso de vingança, satisfação de represália e do castigo, há, por outro lado, causas culposas que transcendem os limites das chamadas "causas normais" de rompimento da comunhão de vidas, como, por exemplo, tentativa de morte, sevícia, injúria grave e outras. Nesses casos, impõe-se o pedido de indenização por perdas e danos, ante prejuízos morais ou patrimoniais sofridos pelo cônjuge inocente, além das providências criminais cabíveis.[17] Ponderando sobre a matéria, o insigne civilista Antonio Cezar Peluso ensina que existem atos, mais do que culposos (em sentido estrito), realmente dolosos, que

> "(...) pelo elevado grau de afronta, transcendem os limites das chamadas "causas normais" de rompimento da comunhão de vidas. Há, na verdade, causas que ultrapassam essa "ordinariedade", "normalidade", e que, por seu caráter extremamente odioso, postulariam capacidade de superação própria de heróis ou de super-homens."[18]

Tais causas se encontram espraiadas pelo Código Civil, principalmente no Direito das Sucessões e Obrigações. Por exemplo:

[16] Op. cit., pp. 29-30.

[17] A ação de separação litigiosa e a de indenização são independentes. Os pedidos, contudo, são cumuláveis e podem ser formulados em uma mesma demanda (CPC, art. 292). Pode a indenizatória do cônjuge inocente em relação ao culpado ser pleiteada com fundamento no artigo 186 do Código Civil, antes ou depois da instauração do processo para obtenção da dissolução contenciosa da sociedade conjugal e até mesmo em reconvenção, sendo competente, em qualquer caso, o juízo de família.

[18] A culpa na separação e no divórcio (Contribuição para uma revisão legislativa). In: *Direito de Família e Ciências Humanas*, Caderno de Estudos n. 2, São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998, p. 57.

1. Os crimes que tipificam causas jurídicas de indignidade (art. 1.814), de deserdação (art. 1.961), de revogação de doação (arts. 557 e 558), "cujo pronunciado valor negativo rompe com os pressupostos da solidariedade, não apenas com a *affectio coniugalis.* Noutras palavras, exigir solidariedade a uma pessoa, vítima de um desses delitos, seria pedir-lhe fosse santo, super-homem, ou coisa que o valha."[19]

Com razão o legislador, pois, hipoteticamente, quem poderia ser obrigado a fornecer alimentos, mesmo que naturais, a alguém que tentou matá-lo?

2. No direito das sucessões: fica excluído da herança o cônjuge que esteja separado de fato há mais de 2 (dois) anos e a quem seja atribuída a culpa pela causa da separação (art. 1.830).

3. Há dispositivo legal que impede a concubina do testador casado de ser nomeada herdeira, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos (art. 1.801, inciso III).

4. No direito das obrigações lê-se: **Artigo 550. "**A doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herceiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal e a reivindicação desses bens pelo inocente".

Sobre esse outro aspecto dos conflitos familiares, é mister examinar o pensamento e a sensibilidade da jurista Rosana Fachin:

> "A partir daí se almeja ir além da questão que diz respeito meramente à formalidade processual, para encontrar nos destinatários desses comandos elementos para reavaliar essa complexidade. Cabe então verificar o sentido e o alcance que os litígios de família têm ou podem ter nessa perspectiva. Não se trata apenas da compreensão meramente técnica, mas sim da dimensão plural, aberta a outros campos. Em matéria de família, o julgador tem papel de relevo indiscutível. Por ações ou omissões, os pronunciamentos do Judiciário acabam edificando, a seu modo, um conceito de família. O componente emocional integra uma perspectiva ineliminável do conflito jurídico nas famílias. Essa subjetividade não pode ser dissociada do fenômeno uma vez que compõe as crises familiais. Por isso, da análise de cada caso emergente no Judiciário, fica claro que para cada pretensão há sempre uma singularidade a ser decidida pelo Juiz. Isto se explica pela diversidade de particularidades e também pelo aspecto emocional que cada um desses processos carrega. Resta saber se o Judiciário, da forma como está aparelhado, dará conta de tantas demandas e perspectivas."[20]

[19] PELUSO, Antonio Cezar, op. cit., p. 57.
[20] Em busca da família do novo milênio. In: *Família e cidadania: o novo CCB e a* vacatio legis – Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Coordenação de Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002, pp. 61-63.

Em conclusão, verifica-se que o novo Código Civil brasileiro, na parte do Direito de Família, e em especial na matéria que aqui examinamos, não espelha toda a evolução doutrinária e jurisprudencial ocorrida nos últimos anos.

Não obstante, esperamos dos estudiosos, da doutrina e da jurisprudência, interpretações que contribuam para facilitar a solução dos conflitos, pois, na verdade, sabemos que quando os cônjuges chegam a procurar o Poder Judiciário para uma separação judicial ou divórcio é porque o lar já está completamente desestruturado - está desfeito. As inúmeras causas que levam o casal a pleitear a dissolução da sociedade conjugal ou do vínculo matrimonial não se encontram na lei, mas estão no sentimento e no coração. Produz-se muito antes a ruptura, cuja verdadeira responsabilidade, quando exista, é dificilmente apurável pelo juiz.

A conseqüência normativa deve ser, pois, que as causas e efeitos da dissolução independam da perquirição de culpa e se atenham à objetividade da crise. Esta é a concepção dominante dos cientistas do Direito, interpretação que procurou substituir o sistema da culpa pelo sistema da ruptura do casamento, ressalvando-se, entretanto, o papel de relevo e sensibilidade do julgador para casos excepcionais, quando as pessoas usam o Judiciário para acobertar as próprias torpezas – não para decidir com base na idéia de culpa – mas no princípio de preservação da própria vida e dignidade pessoais.

Por tudo o que foi aqui examinado, crê-se que, no terceiro milênio da humanidade, valores como família e religião se impõem como caminho e solução que se recomponha a ordem. Laços sangüíneos e opções conscientes ganham o *amparo da lei*, amparo esse inserido em um novo conceito de mundo. Fidelidade, comprometimento, doação, renúncia, solidariedade - palavras gastas e, na grande parte das vezes, esquecidas - voltam a ser proclamadas à exaustão. “Quem sabe faz a hora, não espera acontecer...”, diz o poeta. E a hora é já!

BIBLIOGRAFIA

DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de família e o novo Código Civil.* Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

DIAS, Berenice. Novos tempos, novos termos. In: Boletim IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família. Seção: Artigos – n. 24, ano 4, jan./fev., 2004, p. 5.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito Civil brasileiro:* direito de família. 17. ed. De acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, v. 5, 2002.

ESPANCA, Florbela. *Sonetos* (Edição integral). Porto: Imprensa Portuguesa, Livraria Tavares Martins, 1968.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil.* Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. Família, direitos e uma nova cidadania. In*: Família e cidadania: o novo CCB e a* vacatio legis – Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Coordenação de Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, p. 15-22, 2002.

FACHIN, Rosana. Em busca da família no novo milênio. In: *Família e cidadania: o novo CCB e a* vacatio legis – Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Coordenação de Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, p. 59-69, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Redesenhando os contornos da dissolução do casamento (Casar e permanecer casado: eis a questão). In: Afeto, ética, família e o novo Código Civil - Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Coordenação de Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, p. 105-126, 2004.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Conjugalidade: descasamento, recasamento e fim do amor. In: *A família na travessia do milênio* - Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Coordenação de Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, p. 93-104, 2000.

FIUZA, Ricardo (coord.). *Novo Código Civil comentado.* São Paulo: Saraiva, 2002.

FROMM, Erich. *A arte de amar.* Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1958.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil:* parte especial: do direito das sucessões, v. 20. Coordenação de Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Repersonalização das famílias. In: *Revista brasileira de direito de família,* n. 24. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, jun.-jul., p. 136-156, 2041.

MADALENO, Rolf. A infidelidade e o mito causal da separação. In: *Revista brasileira de direito de família,* n. 11. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, out.-nov.-dez., p. 148-160, 2001.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Direito de família:* direito matrimonial. Porto Alegre: Fabris, 1990.

PELUSO, Antonio Cezar. A culpa na separação e no divórcio (Contribuição para uma revisão legislativa). *In: Direito de Família e Ciências Humanas*. Caderno de Estudos n. 2, São Paulo: Jurídica Brasileira, p. 41-58, 1998.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato & união estável.* 5.ed., rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil:* introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. A separação judicial e o divórcio no novo Código Civil brasileiro. *In: Revista brasileira de direito de família*, n. 12. Porto Alegre: Síntese, jan.-fev.-mar., p. 146-160, 2002.

SILVA, Denise Maria Perissini da. *Psicologia jurídica no processo civil brasileiro*: a interface da psicologia com direito nas questões de família e infância. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil:* direito de família. 3 ed. Atualizada de acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2002.

WIGGERSHAUS, Rolf. *A Escola de Frankfurt:* história, desenvolvimento teórico, significação política. Trad. do alemão por Lilyane Deroche-Gurgel; trad. do francês por Vera de Azambuja Harvey; revisão técnica por Jorge Coelho Soares. Rio de Janeiro: DIFEL, 2002.