

SUBSEÇÃO II – DIREITO PROCESSUAL CIVIL

1. ARTIGOS

1.1 O FIM DA CULPA NA SEPARAÇÃO JUDICIAL¹

LEONARDO BARRETO MOREIRA ALVES

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia

Pós-Graduado em Direito Civil pela PUC/MG

Mestrando em Direito Privado pela PUC/MG

Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM

*“Que culpa a gente tem de ser feliz
Que culpa a gente tem, meu bem
O mundo bem diante do nariz
Feliz aqui e não além”
(Skank)*

RESUMO: O presente trabalho traça uma evolução histórica do conceito de família na legislação brasileira, desde o Código Civil de 1916 até o novo Código Civil, passando pela Constituição Federal, onde ganha destaque o princípio da dignidade da pessoa humana, marco revolucionário deste conceito, com a finalidade de demonstrar que a noção de culpa como elemento impeditivo da separação judicial e as punições decorrentes deste elemento, a exemplo da perda do direito a alimentos e do nome de casado, estão completamente superadas.

PALAVRAS-CHAVE: separação; divórcio; Código Civil.

ABSTRACT: This paper comments on the historical evolution of the concept of family in the Brazilian legislation since the Civil Code of 1916 up to the new Civil Code, mentioning also the Federal Constitution, where the principle of human dignity, milestone of this revolutionary concept, is highlighted. One aims at demonstrating that the concept of fault as a preventive factor for the legal separation and the resulting punishment, such as the loss of the right to alimony and to the married name are completely overcome.

KEY WORDS: separation; divorce; Civil Code.

¹ Trata-se o presente artigo de um apertado resumo da obra *O fim da culpa na separação judicial: uma perspectiva histórico-jurídica*, lançado pela Editora Del Rey, no final do ano 2007.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A separação-sanção e o sistema de punições baseado na culpa: uma rápida viagem do antigo ao novo Código Civil. 3. A família no Código Civil de 1916. 4. A família na Constituição Federal de 1988. 5. O fim do papel da culpa na separação judicial e das punições a ela relacionadas. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Dentre as modalidades de separação judicial, sempre mereceu maior atenção dos operadores do Direito a chamada separação-sanção, aquela na qual um dos cônjuges imputa ao outro a culpa pela separação do casal. Isso porque, para que haja o decreto judicial de separação, é preciso que o autor da ação demonstre a ocorrência deste requisito da culpa, ou, do contrário, o pedido será julgado improcedente e as partes continuarão casadas e, ademais, o ordenamento jurídico nacional, por tradição, consagra um sistema de punições aplicadas àquele cônjuge tido como culpado nessa ação, circunstâncias que sempre causaram um desgaste muito grande para os separandos, que se vêem obrigados a expor a sua intimidade perante membros do Poder Judiciário que não conhecem de perto a realidade de ambos. Nesse sentido, verifica-se que a culpa é elemento impeditivo da decretação da separação e punitivo do cônjuge considerado culpado pelo término da sociedade conjugal desde o Código Civil de 1916 até o Código Civil de 2002, passando pela Lei do Divórcio.

No Código Civil de 1916, por exemplo, o art. 317 apresentava taxativamente os motivos que poderiam fundamentar a separação-sanção, enquanto que os seus artigos 320, 324 e 326 aplicavam ao cônjuge culpado, respectivamente, as sanções relativas à perda do direito a alimentos, ao nome de casado e à guarda judicial dos filhos do casal. A Lei do Divórcio, por sua vez, insistiu em manter *in totum* a separação-sanção (art. 5º, *caput*) e o sistema de punições baseado na culpa pela separação judicial, como pode ser visto da redação dos artigos 10 (relacionado à perda da guarda judicial dos filhos), 17, *caput* (perda do nome de casada) e 19 (perda do direito a alimentos).

No Código Civil de 2002, observa-se que o direito de *guarda judicial dos filhos*, em respeito à doutrina do melhor interesse da criança (*the best interest of the child*), não sofre mais qualquer tipo de influência da culpa pela separação judicial, pois o art. 1.584, *caput*, consagra a regra geral segundo a qual “[...] decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la”. Entretanto, no novo Código, persiste a modalidade de separação judicial baseada na culpa (art. 1.572), assim como ainda prevalecem as punições atribuídas ao cônjuge culpado de perda do *nome de casado* (art. 1.578, *caput*) e do *direito a alimentos* (artigos 1.694,

§ 2º, 1.702 e 1.704, parágrafo único).

É bem verdade que o Código Civil de 2002 acabou mitigando as punições acima mencionadas, pois o art. 1.578 permite que o nome de casado seja mantido em determinadas hipóteses e o art. 1.704, parágrafo único, autoriza o cônjuge culpado a pleitear alimentos necessários (nunca os alimentos civis) caso sejam preenchidas determinadas condições.

Destarte, será que ainda é possível aceitar que a culpa tenha influência na separação judicial? Lança-se a dúvida a partir de uma análise histórico-jurídica das origens da culpa na separação judicial, a partir da qual se constata que tal elemento tem suas raízes no modelo de família desenhado pelo Código Civil de 1916, modelo este que, com as mudanças operadas no Direito de Família ao longo do século XX, principalmente por força do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, se esfacelou, não tendo mais qualquer sobrevida.

O que se pretende neste trabalho, portanto, é justamente analisar se, após o advento da Constituição Federal e dos princípios a ela relacionados, dentre os quais merece destaque o da dignidade da pessoa humana, com a nova roupagem que ganhou o instituto da família, muito diferente daquela estampada na família do Código Civil de 1916, a qual deu causa ao surgimento da culpa pela separação judicial, ainda é possível admitir a presença deste elemento no âmbito do Direito de Família.

Desse modo, procurar-se-á, inicialmente, fazer um apanhado histórico-jurídico das origens do elemento culpa no Direito de Família para demonstrar que a influência deste elemento na separação judicial nasceu no Código Civil de 1916, em virtude do modelo de família por ele criado, o qual se baseava, dentre outros, em dois pilares, o do *casamento como meio único de formação do instituto da família* e o da *indissolubilidade do vínculo matrimonial*. Em seguida, far-se-á um passeio pelas mudanças por que o Direito de Família passou ao longo do século XX, para evidenciar que, pouco a pouco, os pilares de sustentação da família idealizada pelo Código de 1916 ruíram.

Esse cenário de rompimento do paradigma da família-modelo do Código Civil de 1916, entretanto, só foi inteiramente traçado com o advento da Carta Magna Federal. Nesse contexto, sobreleva destacar a importância do *princípio constitucional da dignidade da pessoa humana* como princípio remodelador do perfil da família. Nesse sentido, verificar-se-á que o princípio da dignidade da pessoa humana é o ponto de partida do *princípio do reconhecimento da família não matrimonializada* e do *princípio da facilitação do divórcio*, os quais derrubaram definitivamente o protótipo de família criado pelo Código de 1916 e, conseqüentemente, criaram um novo modelo para este instituto.

Sepultada a família do Código de 1916, era de se esperar que a influência da culpa na separação judicial tivesse o mesmo fim, o que efetivamente não veio a ocorrer, haja vista o conteúdo dos artigos 1.578, *caput*, e 1.704, *caput*, do Código Civil de 2002. Como já afirmado anteriormente, é certo que as punições decorrentes da culpa sofreram mitigações no próprio Código Civil de 2002, em seus artigos 1.578, incisos I a III, e 1.704, parágrafo único; entretanto, diante da falência do padrão de família do Código Civil de 1916, indaga-se novamente: é coerente que o intérprete do Direito se contente com tais mitigações ou, ao contrário, é preciso ir muito além delas?

Em outras palavras, pode-se aceitar a manutenção de qualquer tipo de resquício de influência da culpa na separação judicial (seja como obstáculo ao decreto de separação, seja como elemento punitivo do cônjuge culpado), quando se sabe que os princípios estampados no Texto Constitucional, especialmente o da dignidade da pessoa humana, colocaram fim ao modelo de família que a criou? Deixemos o desenrolar deste trabalho responder a esta espinhosa indagação.

2. A separação-sanção e o sistema de punições baseado na culpa: uma rápida viagem do antigo ao novo Código Civil

Única modalidade de separação judicial que permite a imputação da culpa no Direito brasileiro, a *separação-sanção* era regulada na redação original do Código de 1916 no seu art. 317, o qual apresentava taxativamente os motivos que poderiam fundamentá-la, quais sejam, o adultério (inciso I), a tentativa de morte (inciso II), a sevícia, ou injúria grave (inciso III) e o abandono voluntário do lar conjugal, durante dois anos contínuos (inciso IV). Desse modo, o cônjuge autor da ação somente sairia vitorioso se demonstrasse a ocorrência de uma dessas hipóteses de culpa.

Ao cônjuge derrotado na demanda, por ser declarado culpado pela separação, eram aplicadas as severas punições de perda do direito a *alimentos*, do *nome de casado* e da *guarda judicial dos filhos*.

Quanto ao direito a *alimentos*, o art. 320 dispunha que “[...] no desquite judicial, sendo a mulher *inocente* e pobre, prestar-lhe-á o marido a pensão alimentícia, que o juiz fixar” (grifo nosso). A título de observação, note-se que somente a mulher (inocente) poderia pleitear alimentos, nunca o homem.

Além disso, o cônjuge culpado automaticamente perdia o direito de *guarda dos seus filhos*, ficando obrigado a pagar alimentos a eles, pois, segundo o art. 321 do Código Civil de 1916, “[...] o juiz fixará a quota com que, para criação e educação dos filhos, deve concorrer o cônjuge *culpado*, ou ambos, se um e outro o forem”, e, nos termos do art. 326, “[...] sendo desquite judicial, ficarão os filhos menores com

o cônjuge inocente”. Interessante notar que, na hipótese de os dois cônjuges serem culpados, o Código na verdade impunha uma sanção aos filhos do casal, que não tinham nada a ver com a separação dos seus pais, mas que acabavam privados da convivência diária com ambos.

Nesse sentido, verifica-se que o Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/62) tentou consertar essa distorção e alterou a redação do Código Civil de 1916, que passou a regular a matéria da seguinte forma: se ambos os cônjuges fossem culpados ficariam em poder da mãe os filhos menores, salvo se o juiz verificasse que de tal solução pudesse advir prejuízo de ordem moral para eles (art. 326, § 1º); se fosse verificado que não deveriam os filhos permanecer em poder da mãe nem do pai, o juiz deferiria a sua guarda a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges ainda que não mantivesse relações sociais com o outro, a que, entretanto, seria assegurado o direito de visita (art. 326, § 2º); se houvesse motivos graves, poderia o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente das anteriores a situação deles para com os pais (art. 327, *caput*).

Apesar da tentativa, a legislação não extirpou a culpa da discussão da guarda judicial na ação de separação judicial, o que prejudicava, sem dúvida alguma, os próprios cônjuges enquanto pais e, principalmente, os seus filhos menores. O Código ainda trazia, no seu artigo 324, a punição dirigida à mulher (nunca ao homem, haja vista o teor do art. 240, parágrafo único) condenada na ação de desquite (hoje separação judicial) de perda do direito de usar o *nome* do marido, desconsiderando que o nome constitui um direito da personalidade e não um mero apêndice obtido com o casamento.

A Lei do Divórcio veio a tratar da separação-sanção no *caput* do art. 5º, revogando a fórmula taxativa do Código de 1916 ao apresentar dois fundamentos genéricos da separação-sanção: a *conduta desonrosa do outro cônjuge* e a *grave violação dos deveres conjugais*. Em ambos os casos, era preciso demonstrar também a *insuportabilidade da vida em comum*. Ademais, o legislador insistiu em manter *in totum* o sistema de punições baseado na culpa pela separação judicial, como se vê da redação dos artigos 10 (relacionado à perda da *guarda judicial dos filhos*), 17, *caput* (perda do *nome de casada*) e 19 (perda do direito a *alimentos*, com a única diferença de que tais alimentos, ao contrário do que constava no Código Civil, poderiam ser postulados também pelo homem, desde que inocente).

O Código Civil de 2002, no seu art. 1.572, *caput*, registrou como único fundamento da separação-sanção a *grave violação dos deveres do casamento*, desde que se comprove que esta violação causou a *insuportabilidade da vida em comum*. A esse respeito, o art. 1.573 apresenta um rol exemplificativo de atos que podem levar à insuportabilidade da vida em comum, ao passo que os deveres do casamento são

aqueles insertos no art. 1.566 do *Codex* (fidelidade recíproca; vida em comum, no domicílio conjugal; mútua assistência; sustento, guarda e educação dos filhos; respeito e consideração mútuos).

Quanto às punições aplicadas ao cônjuge culpado, convém destacar que o atual Código, em respeito à doutrina do melhor interesse da criança (*the best interest of the child*), com muito acerto, afastou por completo qualquer tipo de influência da culpa no direito de guarda judicial dos filhos, pois, no seu art. 1.584, *caput*, consagrou a regra geral segundo a qual “[...] decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la”. Destarte, as punições de perda do direito aos *alimentos* e do direito ao uso do *nome de casado*, embora de forma mitigada, ainda persistem no ordenamento jurídico nacional.

Em relação ao *nome de casado*, a regra geral continua sendo a da perda deste direito, mas o Código mitigou levemente esta sanção ao estatuir no artigo 1.578, *caput*, que tal perda somente ocorrerá se expressamente requerida pelo cônjuge inocente e se a alteração no nome não acarretar evidente prejuízo para sua identificação (inciso I), manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida (inciso II) ou dano grave reconhecido na decisão judicial (inciso III).

Com relação ao direito a *alimentos*, a regra, inicialmente, vem posta de forma genérica no § 2º do art. 1.694, segundo o qual “[...] os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de *culpa* de quem os pleiteia” (grifo nosso). No que diz respeito à situação específica da separação-sanção, o art. 1.702 dispõe que “[...] sendo um dos cônjuges *inocente* e desprovido de recursos, prestar-lhe-á o outro a pensão alimentícia que o juiz fixar, obedecidos os critérios estabelecidos no art. 1.694” (grifo nosso).

O *caput* do art. 1.704 confirma esta idéia ao estatuir que “[...] se um dos cônjuges separados judicialmente vier a necessitar de alimentos, será o outro obrigado a prestá-los mediante pensão a ser fixada pelo juiz, *caso não tenha sido declarado culpado na ação de separação judicial*” (grifo nosso). A grande novidade na legislação, porém, vem com o parágrafo único do mesmo art. 1.704, segundo o qual “[...] 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*” (grifo nosso).

Vê-se que, pela primeira vez, uma lei permitiu ao taxado como culpado na separação o direito a alimentos, excepcionado, assim, a regra absoluta estabelecida tanto no Código Civil de 1916 (art. 320) como na Lei do Divórcio (art. 19). Houve, pois, uma atenuação dos castigos reservados ao responsável pela separação relativos à

perda do direito ao uso do *nome de casado* e do direito a *alimentos*.

Não obstante, há de se indagar: será que, de fato, estas novas regras trazem uma real evolução no ordenamento pátrio? Ou será que elas não passam de simples mitigações do sistema de punição baseado na culpa, que, entretanto, persiste? É possível que o intérprete do Direito se contente com essas mitigações ou é preciso retirá-las definitivamente da legislação infraconstitucional brasileira? Indo mais além, é justo e coerente o Código Civil de 2002 ainda tratar da culpa como elemento impeditivo do decreto de separação e sancionador do cônjuge declarado responsável pelo término da sociedade conjugal?

Para melhor responder a essas indagações, iniciemos, a seguir, uma abordagem histórico-jurídica da matéria.

3. A família no Código Civil de 1916

O Código Civil de 1916, por ser um modelo rígido, fechado, auto-suficiente e com ares de perenidade, fruto do período liberal-burguês do século XIX, pretendeu, equivocadamente, controlar todas as relações sociais de âmbito privado, especialmente na seara do Direito de Família, pois tentou impor à sociedade um único conceito de família, com caracteres nitidamente patrimoniais.

Desse modo, ignorando que é no Direito de Família, mais do que em qualquer outra seara do Direito Privado, onde deve haver maior valorização da pessoa humana, nele injetou um tom eminentemente patrimonialista. Daí porque a família era tratada no Código como um ente de produção de riqueza, perpetuado nas gerações seguintes através do Direito das Sucessões. Para se ter uma idéia do quanto exposto, o regime matrimonial de bens, por exemplo, teve tratamento primordial do legislador, pois nada menos que 59 (cinquenta e nove) artigos do Código foram responsáveis por essa disciplina.

Os institutos protetivos da tutela, curatela e ausência, por sua vez, que deveriam resguardar com absoluta prioridade os interesses do indivíduo enquanto pessoa humana, constituíam verdadeiro estatuto legal de administração de bens. Os impedimentos matrimoniais elencados no artigo 183 também tinham como fundamento a defesa do patrimônio e não das pessoas, como nos casos dos incisos XIII, XV e XVI. A irrestrita necessidade de sustentar, por tempo ilimitado, essa supervalorização do ter, em detrimento do ser, levou o Código a consolidar, a todo custo, apenas um modelo de família, baseado, dentre outros, em dois pilares essenciais: o *matrimônio como único meio de constituir o instituto da família* e a *conseqüente regra da indissolubilidade do vínculo conjugal* (precaução contra

possíveis ameaças ao sacro instituto).

Assim é que a única forma de criar a família legítima (e, conseqüentemente, legitimar os filhos comuns antes dele nascidos ou concebidos) era mediante o *casamento (justas núpcias)*, o qual recebeu gracioso tratamento do Código Civil em nada menos que robustos 149 (cento e quarenta e nove) artigos (do 180 ao 329). Vale ressaltar que o casamento, à essa época, tinha finalidades de cunho eminentemente econômico, a exemplo do estabelecimento de vínculos patrimoniais (art. 230 – regime de bens), da mútua assistência (art. 231, III), entendida como um recíproco auxílio patrimonial, e do dever de educar e (principalmente) manter a prole (art. 231, IV). A legalização das relações sexuais, exteriorizada a partir do dever de coabitação consagrado no art. 231, II, ao lado da procriação, eram outras finalidades do matrimônio, o que só revelava a quase que completa ausência de interesses personalísticos neste instituto.

Em face do aludido modelo uno de família, as relações de fato surgidas fora do casamento não recebiam qualquer reconhecimento jurídico. Não havia família em relações concubinárias, mesmo no denominado concubinato puro (entre pessoas sem impedimentos matrimoniais). Além disso, filhos havidos fora do casamento eram considerados ilegítimos, não podendo ser reconhecidos pelos pais, mesmo que estes quisessem.

Dentro da própria relação matrimonial, notava-se uma certa ausência de preocupação com a felicidade dos membros da família, visto que era evidente o desequilíbrio entre os cônjuges. Aliás, por questão de coerência, não poderia ser diferente. Ora, se o Código era espelho de uma sociedade ainda patriarcal e, por isso mesmo, machista, onde o marido tinha a incumbência de sustentar economicamente a família e a esposa só restava o dever de cuidar da casa e dos filhos, é óbvio que a legislação iria estampar a superioridade masculina.

Prevalencia a figura do marido (uma das quatro figuras masculinas destacadas pelo Código, ao lado do proprietário, do contratante e do testador) e não necessariamente do amor, do afeto. Ao varão praticamente só eram conferidos pelo Código privilégios. O rol de seus direitos era extenso (artigos 233 a 239), incluindo, por exemplo, a chefia exclusiva da sociedade conjugal, a incumbência de representar a família, de administrar os bens comuns e os particulares da mulher (segundo o regime matrimonial eleito), de fixar o domicílio da família, além da exclusividade no exercício do pátrio poder sobre os filhos (art. 240).

A esposa, por outro lado, ocupava papel meramente secundário, já que quase só tinha deveres, como se via nos artigos 240 a 255. A chefia da sociedade conjugal,

por exemplo, só era atribuída a ela em casos excepcionais, consubstanciados no artigo 251. Além disso, determinados atos da vida civil só poderiam ser por ela praticados caso o marido assim consentisse, nos termos do artigo 242. Nunca é demais ressaltar que, até o Estatuto da Mulher Casada de 1962 (Lei nº 4.121/62), a esposa era considerada relativamente incapaz para os atos da vida civil. Ademais, somente com o citado Estatuto é que ela se tornou colaboradora do marido na chefia da sociedade conjugal, bem como adquiriu a titularidade do pátrio poder, apesar de continuar também como colaboradora no exercício deste direito-dever.

A desigualdade e o machismo ficavam ainda patentes quando se analisava o artigo 219, IV, que permitia a anulação do casamento por defloração da mulher, ignorado pelo marido, hipótese esta tratada como erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge, mas que não era (e nem poderia ser) aplicada à pessoa do marido. Além disso, entendia a jurisprudência que o *debitum conjugale* só poderia ser exigido pelo homem, nunca pela esposa. Toda essa discriminação era intencionalmente posta pelo legislador no ordenamento jurídico, pois era essa a (única) noção de família que ele tinha à época da feitura do Código. Em verdade, pouco importava se os membros da família estavam felizes ou não com aquela situação. A dignidade deles era um dado secundário. O que, de fato, se tornava relevante era a manutenção da paz doméstica, o equilíbrio, a segurança, a coesão formal da família, mesmo que em detrimento da realização pessoal de cada um dos seus integrantes, principalmente a mulher.

A família deveria ser concebida como um instituto em prol da própria família, um fim em si mesma, porque o legislador entendia que aquele modelo fechado era o único correto; logo, assim teria que ser, a qualquer preço, independentemente do sacrifício pessoal de seus membros. Nessa linha de inteligência, a subordinação e o sofrimento da mulher seriam recompensados com um valor de maior importância: a manutenção do vínculo familiar. Dessa hiperdimensão do instituto decorria o segundo sustentáculo da família do Código, qual seja, a inevitável regra da *indissolubilidade do vínculo conjugal*. Era até uma conclusão lógica: se o Código entendia que a família por ele concebida (matrimonializada) era perfeita e, por isso mesmo, imutável, um grande pecado seria admitir a possibilidade de dissolvê-la.

Claros exemplos da regra *supra* mencionada foram dados pelo próprio Código. Primeiro, constata-se que somente a morte de um dos consortes encerraria a sociedade conjugal. Ou seja: não era admitido o instituto do divórcio, o que só veio a acontecer no então distante ano de 1977, com a Lei nº 6.515/77 (Lei do Divórcio). Em segundo lugar, as hipóteses de separação judicial eram restritas, pois dependiam diretamente da presença do elemento culpa, que apenas ocorria nas causas taxativamente previstas no artigo 317 (*numerus clausus*) – adultério, tentativa de morte, sevícia ou injúria grave, abandono voluntário do lar conjugal,

durante dois anos contínuos. É de se notar ainda a curiosa previsão inserta no artigo 222. Segundo este dispositivo, a nulidade do casamento, hipótese de grave violação à ordem pública (já que ofende impedimento dirimente público), deveria ser processada pelo lento rito ordinário e, além de tudo, acompanhada por um curador com a atribuição de defender o vínculo conjugal.

Por fim, registre-se que, até muito recentemente, o Código de Processo Civil, no seu art. 475, I, determinava o duplo grau obrigatório de jurisdição à sentença que anulasse o casamento, regra que somente deixou de existir com o advento da Lei nº 10.352/01. Como consequência de tudo isso, aquelas pessoas que preferiram viver à margem do Direito, pois não se casaram, receberam designações altamente discriminatórias, como *membros de uma família ilegítima* ou ainda como *responsáveis pela formação de um concubinato* (no sentido pejorativo da palavra).

Isso posto, estão claramente definidos os dois principais alicerces da família imaginada pelo Código, quais sejam, o matrimônio como meio único de sua constituição e a conseqüente regra da indissolubilidade do vínculo conjugal. Entretanto, há de se destacar que eles não são únicos (mas são os mais relevantes, ao menos para os fins deste trabalho). Existem outros, não destacados em separado neste capítulo porque não dizem respeito diretamente ao tema principal deste trabalho, mas que merecem ser comentados (sucintamente), até mesmo para que o perfil desta família fique perfeitamente traçado.

A *filiação ilegítima* é um desses pilares. Os filhos provenientes das relações extraconjugais sofriam do mesmo fardo de serem tratados como ilegítimos e, por isso, não recebiam os direitos privativos dos chamados filhos legítimos (de pai e mãe casados), *ex vi* dos artigos 337 a 351. Aliás, a única forma de eliminar tamanha discriminação era através da legitimação dos filhos, o que ocorria, por óbvio, com o superveniente matrimônio dos seus respectivos pais. Do contrário, a criança já nascia com uma predisposição à infelicidade, ao menos no que concerne ao reconhecimento da sociedade do seu *status* de filho.

Some-se a tudo isso a enorme força axiológica dada à presunção *pater is est quem nuptiae demonstrant*. Em havendo uma das hipóteses insertas no art. 338 do Código de 1916, decorria naturalmente a presunção relativa de que o filho foi concebido na constância do casamento, mesmo se provado um adultério expressamente confessado pela mulher, nos termos dos artigos 343 e 346. A presunção só poderia ser elidida em caso de propositura da excepcional ação de contestação de paternidade, a qual guardava restrições quanto à legitimidade (só o marido a tinha), ao prazo decadencial (exíguos dois meses, contados do nascimento, se o suposto pai era presente, ou três meses, na hipótese de ausência ou de ter-lhe sido ocultado o nascimento, contando-

se então o prazo a partir de seu retorno ou da ciência do fato) e à causa de pedir (taxativamente limitada aos artigos 340 a 342).

Outro balizador da família do Código Civil de 1916 era a *relação hierárquica existente entre pais e filhos*, mesmo aqueles chamados de legítimos: o pai ocupava o posto de senhor absoluto da razão, enquanto que o filho era seu mero obediente. O processo educacional era extremamente rígido, autoritário e unilateral. O filho não tinha voz nem vez, restando a ele somente o privilégio de calar-se e obedecer, pois o patriarca sabia o que era bom para sua prole (ou melhor: para a família). Não era aberto espaço para o diálogo, para a troca de idéias e de conhecimentos, algo tão salutar em qualquer método educacional. O pai do início do século XX tinha como seu principal papel nutrir financeiramente seus filhos. Isso bastaria para que fosse proporcionada a felicidade da sua prole. Aí estava exaurido o seu dever. Logo, a paternidade não era inspirada na proteção da pessoa dos filhos, mas no patrimônio familiar.

Por outro lado, o pátrio poder era exercido pelo seu titular como se fosse um direito deste para com seus filhos, quando, na verdade, os poderes eram conferidos a ele no intuito de facilitar a realização do dever da paternidade responsável (guarda, educação e sustento da prole). Apresentados todos esses pilares e feitas tais considerações, já é possível qualificar com detalhes o modelo de família proposto pelo Código Civil de 1916, mas, para que não pare qualquer tipo de dúvida, arrematemos o assunto com a valiosa lição de Tepedino (2001, p. 351):

A hostilidade do legislador pré-constitucional às interferências exógenas na estrutura familiar e a escancarada proteção do vínculo conjugal e da coesão formal da família, inda que em detrimento da realização pessoal de seus integrantes – particularmente no que se refere à mulher e aos filhos, inteiramente subjugados à figura do cônjuge-varão – justificava-se em benefício da paz doméstica. Por maioria de razão, a proteção dos filhos extraconjugais nunca poderia afetar a estrutura familiar, sendo compreensível, em tal perspectiva, a aversão do Código Civil à concubina. O sacrifício individual, em todas essas hipóteses, era largamente compensado, na ótica do sistema, pela preservação da célula mater da sociedade, instituição essencial à ordem pública e modelada sob o paradigma patriarcal.

É de se imaginar quantas famílias sofreram com o fato de terem que manter a fachada hipócrita da felicidade apenas em prol de um reconhecimento, um *status* dado pela sociedade, quando, no âmago de cada um dos seus membros, reinava a insuportabilidade da convivência, algo relativamente normal nos relacionamentos humanos, mas terrivelmente evitado em razão do medo da rejeição e dos preconceitos

sociais. Os filhos, muitas vezes, não admiravam seus pais, mas os obedeciam por puro receio dos graves castigos, alguns até corporais. Sem dúvida alguma essa repressão foi responsável por muitos traumas, brigas e distanciamentos dos filhos para com seus pais quando chegavam na fase adulta.

Inúmeros casais digladiavam-se, sequer dormiam no mesmo leito, chegavam até as vias de fato, mas permaneciam juntos para que não fosse rompida a decantada família. A influência da Igreja Católica era ainda muito forte, projetando-se também no mundo jurídico. Assim, o sacramento do matrimônio decorria da vontade de Deus e, como *o que o Criador reuniu não poderia o homem separar*, os cônjuges deveriam permanecer juntos até *que a morte os separasse*. Enquanto a morte não os separava, os conflitos eram multiplicados até um limite tão insuportável que um dos consortes tomava uma drástica atitude, abandonando o lar, ou buscando uma relação extraconjugal, ou ainda agredindo fisicamente o seu par etc. Agindo dessa forma, independente da causa que o motivou a tanto, o consorte era *culpado* por ter quebrado a paz e a segurança do lar. Por isso mesmo, em uma eventual ação de separação judicial, recebia certas sanções.

Assim, àquele que ousou dissolver a família supostamente perfeita era atribuída a culpa por esta dissolução, daí decorrendo castigos de ordem patrimonial e extrapatrimonial. O artigo 324, por exemplo, rezava que “[...] a mulher condenada na ação de desquite perde o direito a usar o nome do marido (art. 240)”. Já o *caput* do art. 326 dispunha que “[...] sendo o desquite judicial, ficarão os filhos menores com o cônjuge inocente”. O artigo 320, por sua vez, asseverava que “[...] no desquite judicial, sendo a mulher inocente e pobre, prestar-lhe-á o marido a pensão alimentícia, que o juiz fixar”. *A contrario sensu*, a esposa culpada perdia o direito a alimentos.

Ao final deste capítulo, é importante ficar bem claro que o Código Civil de 1916 propunha um modelo excessivamente rígido, fechado, auto-suficiente, de família calcada, dentre outros pilares, *no casamento como meio único de sua constituição e na indissolubilidade do vínculo matrimonial*. Desse modelo exsurge o elemento culpa, tido como requisito indispensável à decretação da separação judicial litigiosa e pedra angular das punições existentes no âmbito desta espécie de separação.

No próximo capítulo, passamos a analisar as transformações sofridas pelo Direito de Família com o advento da Constituição Federal de 1988, para que seja dada continuidade à tese proposta neste trabalho.

4. A família na Constituição Federal de 1988

É bem verdade que o conceito de família proposto pelo Código Civil de 1916

sofreu sério abalo com o advento da lei que instituiu o Divórcio no Brasil (Lei nº 6.515/77), pois tal instrumento legislativo foi responsável pela falência de um dos seus principais pilares (a indissolubilidade do vínculo matrimonial). Desse modo, constata-se que o sistema rígido e fechado da família do Código Civil perdeu muito da sua força com a possibilidade de dissolução do vínculo matrimonial mediante o instituto do divórcio. Louvável, portanto, a atitude do legislador nacional. Sinal dos novos tempos. Sinal de que um novo conceito de família estaria por vir.

Sem embargo de todo esse progresso, a revolução do conceito de família ainda não teria sido completa (o que só ocorreria em 1988, com a Constituição Federal, como adiante se demonstrará). Analisando-se mais detidamente a Lei nº 6.515/77, percebe-se inequivocamente que ela ainda guardava graves resquícios do modelo (im)posto pelo Código de 1916, senão vejamos. Insistindo em manter o sistema que privilegiava a *culpa* na separação judicial litigiosa, ela imputava ao consorte culpado uma série de sanções, como a possibilidade de perda da guarda dos filhos (art. 10, repetição do art. 326 do Código), a perda do direito a alimentos (art. 19, adaptação do art. 320 do Código) e do direito de utilização do patronímico marital (art. 25, adaptação do art. 324 do Código).

Destarte, a real mudança revolucionária do conceito de família só veio a ocorrer no ano de 1988, com a promulgação da Constituição Federal. Consubstanciando o princípio vetor da dignidade da pessoa humana no seu art. 1º, III, a Carta Magna provocou uma autêntica revolução no Direito Civil como um todo, dando ensejo a um fenômeno conhecido como *despatrimonialização* ou *personalização* deste ramo do Direito. No campo específico do Direito de Família, verifica-se que a entidade familiar passa a ser encarada como uma verdadeira comunidade de afeto e entajuda e não mais como uma fonte de produção de riqueza como outrora. É o âmbito familiar o local mais propício para que o indivíduo venha a obter a plena realização da sua dignidade enquanto ser humano, porque o elo entre os integrantes da família deixa de ter conotação patrimonial para envolver, sobretudo, o afeto, o carinho, amor e a ajuda mútua.

Aqui deve ser lembrada a família idealizada pelo Código de 1916: nela ficava patente que a sua organização estava totalmente voltada para atender às exigências de uma sociedade capitalista. Nesse sentido, os papéis dos familiares estavam previamente (e de forma rígida e imutável) estabelecidos: a mulher deveria tomar conta da casa para que seu marido, tido como superior, lutasse no mercado de trabalho pelo seu sustento e dos filhos em comuns, havidos muitas vezes como meros herdeiros da riqueza produzida.

A idéia do patrimônio provocava um exagerado individualismo, distanciando cada

vez mais pais e filhos. Aliás, estes eram meros reprodutores das ordens emanadas daqueles, não havendo qualquer possibilidade de uma educação participativa. O casal, por sua vez, tinha uma relação muito mais hierarquizada do que propriamente afetiva, pois a mulher sempre deveria subordinar-se ao seu marido. Nesse contexto, interessante lembrar quantos casamentos aconteciam por encomenda dos pais dos nubentes, os quais, muitas vezes, só se conheciam no dia da festa. Além disso, a família só era constituída de um único modo, qual seja, através do casamento, considerado pelo legislador como o meio ideal para tal fim, tanto que o vínculo matrimonial era indissolúvel.

Todo esse cenário vem a ruir com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Com ele, as relações familiares tornam-se muito mais verdadeiras, porque são construídas (e não impostas) por quem integra o instituto (e não por um terceiro, um elemento estranho, como o legislador). O *ser*, finalmente, supera o *ter*, fazendo com que o afeto se torne o elemento irradiador da convivência familiar.

Nessa esteira, o relacionamento entre os familiares ganha uma nova roupagem. Passa a ser muito mais aberto, democrático e plural, permitindo que cada indivíduo venha a obter, de fato, a realização da sua felicidade particular. Isso porque, se a Constituição consagrou a dignidade da pessoa humana como superprincípio, assim o fez por ter encontrado na família pós-moderna um forte (talvez o principal) meio de sua propagação, pois é no âmbito familiar que o indivíduo cresce e adquire suas habilidades para a convivência social. Nessa linha de intelecção, Tepedino (2001, p. 328, grifo nosso) afirma que a maior preocupação da atualidade é com:

[...] a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as normas de direito positivo, *em particular aquelas que disciplinam o direito de família, regulando as relações mais íntimas e intensas do indivíduo no social.*

O Professor Farias (2002) reforça essa idéia ao proclamar que, nos dias de hoje, predomina um modelo familiar: “[...] eudemonista, afirmando-se a busca da realização plena do ser humano. Aliás, constata-se, finalmente, que a família é locus privilegiado para garantir a dignidade humana e permitir a realização plena do ser humano”.

Desse modo, conclui-se que a família advinda da Constituição Federal de 1988 tem o papel único e específico de fazer valer, no seu seio, a dignidade dos seus integrantes como forma de garantir a felicidade pessoal de cada um deles. A construção de sonhos, a realização do amor, a partilha do sofrimento, enfim, os sentimentos humanos devem ser compartilhados nesse verdadeiro LAR (Lugar de Afeto e

Respeito) (DIAS; PEREIRA, 2001). Nesse contexto, é imperioso fazer a releitura de alguns dos institutos do direito de família, precipuamente, o relacionamento entre os cônjuges.

O casamento deixa de ter importância tão-somente pelo vínculo em si para ser encarado como o melhor instrumento encontrado pelos nubentes (na visão deles) para compartilharem o desejo de alcançar a felicidade. Ficará muito mais fácil realizar este sonho junto da pessoa que se ama, pois desse sublime sentimento decorrerá uma mútua assistência verdadeira e autêntica, sem qualquer tipo de obrigação imposta por lei, até porque quem ama não se preocupa com o amado por dever, mas por desprendimento próprio. É nesse cenário que os chamados deveres do casamento devem receber nova interpretação. A fidelidade, por exemplo, não envolve unicamente o aspecto sexual, mas também o respeito e o carinho mútuos, a confiança, a cumplicidade etc. Daí porque já começa a ser discutida, no âmbito dos Tribunais, a possibilidade de se configurar a traição por meio da *Internet*, especialmente nas famigeradas salas de bate-papo (*chats*).

O dever de coabitação segue esse mesmo trilhar: não é mais suficiente a mera convivência sob o mesmo teto conjugal para que ele esteja sendo corretamente respeitado. A boa convivência entre quatro paredes, constante, ininterrupta, intensa e prazerosa, isso sim perfectibiliza a vida em comum. Com base nessa assertiva é que os Tribunais¹ vêm admitindo a existência de separação de fato entre cônjuges que residem no mesmo local, sustentam a imagem de casados perante a sociedade, mas vivem às turras dentro do lar, muitas vezes causando traumas inimagináveis nos seus filhos.

Verifica-se também uma nova roupagem do dever de sustento, guarda e educação dos filhos: o papel do pai (gênero) moderno não se limita apenas ao simples pagamento dos gastos da sua prole ao final do mês. É inegável que o pagamento das diversas despesas é indispensável à sobrevivência dos menores, mas ele não é a única função dos pais, sequer a mais importante, até porque poderia ser facilmente preenchida por um orfanato ou outra instituição de caridade qualquer, talvez até com maior eficiência.

É o acompanhamento psicológico, educacional e mesmo espiritual, o diálogo exercitado cotidianamente, a transferência de maturidade e de lições de vida, a participação efetiva na escolha do colégio, do esporte, da academia de balé, é estar sempre se renovando e se conhecendo para acompanhar as gradativas mudanças dos filhos, enfim, é preparar um ser humano intelectualmente equilibrado e certo dos seus valores para a vida em sociedade que define o verdadeiro papel do pai contemporâneo.

¹ O julgado RT 574/271 permitiu a concessão de alimentos para o cônjuge que vivia sob o mesmo teto do seu par, pois reconheceu a separação de fato entre eles.

Os filhos, de outro lado, ganharam o espaço necessário à participação no processo educacional: saíram da condição de meros objetos deste processo para alcançarem o *status* de sujeitos com direito à voz naquilo que lhes interessava diretamente. Dessa forma, os filhos deixaram de ser simples repetidores de ordens dos seus pais, o que aumentou em muito o contato (verdadeiro) entre eles.

Continuando na releitura dos deveres do casamento, há de ser analisado neste momento o dever da mútua assistência. É certo que, à época do Código Civil de 1916, tal dever não tinha conotação personalística, já que se referia principalmente ao auxílio patrimonial entre os cônjuges. Mas, atualmente, com a nova interpretação que lhe é dada pela Constituição, a mútua assistência exerce papel relevante na consecução da dignidade humana. Em época de franca personalização do Direito Civil, é inevitável afirmar que a mútua assistência é o principal fim/dever do casamento. Por isso, o instituto do matrimônio pode ser resumido “na comunhão de vida e de interesses” (VENOSA, 2001, p. 38).

Hoje é irrefutável, frente à Hermenêutica Constitucional, que a mútua assistência implica a busca em comum da alegria e da felicidade dos consortes, na divisão cotidiana de suas dúvidas e aflições, seus fracassos e tropeços, suas vitórias e conquistas, pois é recíproco o amor entre eles, de um só se pode esperar o desejo de querer o bem do outro. Nesse contexto, Rodrigues (2000, p. 21) assevera que: “[...] a aproximação dos sexos e o natural convívio entre marido e mulher, ordinariamente, suscitam o desenvolvimento de sentimentos afetivos recíprocos, dos quais o dever de se prestarem assistência é mero corolário”. Arrematando, brilhante e magistral é a lição da Professora Santos (1999, p. 62), que merece ser transcrita, *in verbis*:

Concluimos que a finalidade essencial de todos aqueles que se casam é a realização pessoal, sendo a mútua assistência o principal instrumento para que os cônjuges atinjam esse fim ou objetivo primordial.

Isso porque os seres humanos, originalmente limitados, buscam no casamento a superação de suas deficiências, para que se realizem e alcancem a felicidade, o que depende de uma conduta de mútuo auxílio e respeito, a qual é imposta, juridicamente, pelo dever recíproco de assistência imaterial entre os cônjuges.

Como enfatizam Jorge Adolfo Mazzinghi, doutrinador argentino, e Puig Peña, autor espanhol, o matrimônio complementa a limitação da pessoa humana, que procura a própria perfeição e a perfeição do cônjuge, na busca da mútua realização, razão pela qual os consortes devem observar uma conduta de satisfação recíproca, própria de duas pessoas que se amam.

A mútua assistência, portanto, não decorre do simples vínculo matrimonial em si, mas do sentimento de amor entre os cônjuges, o qual é o verdadeiro responsável pela criação e manutenção deste vínculo. Diante dessa releitura do dever da mútua assistência, constata-se uma autêntica transformação do instituto do casamento, que deixa de ser o único meio de formação da família para se constituir em um dos (ressalte-se, nunca o único) centros de realização da dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, não havia punição maior para duas pessoas do que continuarem casadas quando uma nutria ódio mortal pela outra. Ora, se o casamento era meio de promoção da dignidade, ele só deveria continuar existindo caso estivesse cumprindo o seu papel. No momento em que deixa de cumpri-lo, não há mais qualquer motivo para sua manutenção do instituto, razão pela qual o legislador constitucional, sabiamente, ampliou as hipóteses de divórcio já discretamente reguladas pela Lei nº 6.515/77.

Assim, a Carta Magna, como consequência da dignidade humana e no intuito de promovê-la, não só retirou do casamento o monopólio na criação ou legitimação da família, como também permitiu outras formas de entidade familiar, quais sejam, a união estável e a família monoparental. Com isso, pessoas que antes não queriam ou não podiam convolar núpcias e, por isso mesmo, recebiam tratamento discriminatório, passaram a ter a oportunidade de constituir uma entidade familiar, pelo menos aos olhos da lei, já que na realidade fática tudo isso já existia. Era por demais injusto tolher alguém que não encontrava no casamento o meio adequado para a realização da sua própria dignidade. Com a inovação constitucional, a probabilidade de sucesso particular dessas pessoas aumentou consideravelmente.

Nessa esteira, vale a pena aqui mencionar o pensamento do Professor Lbo (2002, grifo nosso), segundo o qual o art. 226, parágrafo 4º, da Constituição Federal, ao estatuir que “[...] entende-se, *também*, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”, acabou criando uma *cláusula geral de inclusão da família*, no sentido de que esta entidade, antes reconhecida pela lei se constituída unicamente pelo casamento (*numerus clausus*), agora deve ser sempre reconhecida pelo ordenamento jurídico se restar caracterizado seu principal elemento caracterizador, o *afeto*.

Em outras palavras, a família deixa de ser *constituída* pelo vínculo jurídico (modelo único de família) para ser *reconhecida* pelo ordenamento quando presente o *intuitu familiae*, o afeto como elemento volitivo de sua formação (modelo aberto e plural de família). Por isso, passa-se a conferir mais importância à dignidade de cada um dos membros da família e ao relacionamento afetivo existente entre eles do que propriamente à instituição em si mesma.

Os exemplos desse novo paradigma são citados pela própria Constituição Federal, ao reconhecer como entidade familiar também a união estável (art. 226, § 3º) e a família monoparental (art. 226, § 4º). Mas, seguindo a linha de raciocínio do Professor Lôbo, esses não são os únicos exemplos a serem dados. É por isso que já se verifica na doutrina e na jurisprudência, com muito acerto, uma forte tendência em reconhecer como entidade familiar (e não mais como sociedade de fato, afastando-se assim a aplicação da famigerada Súmula n. 380 do STF) a união entre homossexuais (melhor chamadas de uniões homoafetivas), reconhecimento este que implica na fixação da competência da Vara de Família (não mais Vara Cível) para apreciar feitos a ela relacionados. A título de ilustração, colacionemos o seguinte julgado:

HOMOSSEXUAIS. UNIAO ESTAVEL. POSSIBILIDADE JURIDICA DO PEDIDO. E POSSIVEL O PROCESSAMENTO E O RECONHECIMENTO DE UNIAO ESTAVEL ENTRE HOMOSSEXUAIS, ANTE PRINCIPIOS FUNDAMENTAIS INSCULPIDOS NA CONSTITUICAO FEDERAL QUE VEDAM QUALQUER DISCRIMINACAO, INCLUSIVE QUANTO AO SEXO, SENDO DESCABIDA DISCRIMINACAO QUANTO A UNIAO HOMOSSEXUAL. E JUSTAMENTE AGORA, QUANDO UMA ONDA RENOVADORA SE ESTENDE PELO MUNDO, COM REFLEXOS ACENTUADOS EM NOSSO PAIS, DESTRUINDO PRECEITOS ARCAICOS, MODIFICANDO CONCEITOS E IMPONDO A SERENIDADE CIENTIFICA DA MODERNIDADE NO TRATODASRELACOESHUMANAS,QUEASPOSICOES DEVEM SER MARCADAS E AMADURECIDAS, PARA QUEOSAVANCOSNAOSOFRAMRETROCESSOE PARA QUE AS INDIVIDUALIDADES E COLETIVIDADES, POSSAM ANDAR SEGURAS NA TAO ALMEJADA BUSCA DA FELICIDADE, DIREITO FUNDAMENTAL DE TODOS. SENTENCA DESCONSTITUIDA PARA QUE SEJA INSTRUIDO O FEITO. APELACAO PROVIDA. (TJRS, APELAÇÃO CÍVEL Nº 598362655, 8ª CAMARA CIVEL, RELATOR: DES. JOSE ATAIDES SIQUEIRA TRINDADE, JULGADO EM 01/03/2000).

Noutro giro, identifica-se que o Superior Tribunal de Justiça, analisando lides atinentes ao bem de família, já reconheceu como entidades familiares a pessoa solitária (o *single*) e a comunidade formada por variados parentes, principalmente entre irmãos (*família anaparental*), como se vê dos seguintes julgados:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. LOCAÇÃO. BEM

DE FAMÍLIA. MÓVEIS GUARNECEDORES DA RESIDÊNCIA. IMPENHORABILIDADE. LOCATÁRIA/EXECUTADA QUE MORA SOZINHA. ENTIDADE FAMILIAR. CARACTERIZAÇÃO. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA. LEI 8.009/90, ART. 1º E CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 226, § 4º. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1.O conceito de entidade familiar, deduzido dos arts. 1º da Lei 8.009/90 e 226, § 4º da CF/88, agasalha, segundo a aplicação da interpretação teleológica, a pessoa que, como na hipótese, é separada e vive sozinha, devendo o manto da impenhorabilidade, dessarte, proteger os bens móveis guarnecedores de sua residência. (STJ, REsp n. 205.179-SP, DJ de 07.02.2000).

EXECUÇÃO. Embargos de terceiro. Lei nº 8.009/90. Impenhorabilidade. Moradia da família.Irmãos solteiros. Os irmãos solteiros que residem no imóvel comum constituem uma entidade familiar e por isso o apartamento onde moram goza de proteção de impenhorabilidade, prevista na Lei nº 8.009/90, não podendo ser penhorado na execução de dívida assumida por um deles. (STJ, REsp n. 159.851-SP, DJ de 22.06.98).

Mais recentemente, tivemos a consagração infraconstitucional da *família afetiva* com o advento da Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha, elaborada com a finalidade de criar mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar praticada contra a mulher. É que a referida Lei, no Capítulo I do Título II, ao conceituar a violência doméstica e familiar contra a mulher, acaba definindo o instituto da família no seu art. 5º, II, nesses termos:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

[...]

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa [...]. (grifo nosso).

Dessa forma, todo o entendimento doutrinário e jurisprudencial construído com base na Constituição Federal finalmente vem a permear a legislação infraconstitucional. Por conta disso, alguns autores² já advogam a tese de que a união homossexual (homoafetiva) foi expressamente reconhecida pelo ordenamento jurídico nacional.

² A exemplo de Dias (2006). Recomendamos também a leitura do nosso texto (ALVES, 2006).

Aliás, a própria Lei Maria da Penha não deixa dúvidas de que é possível considerar a união homoafetiva como entidade familiar ao dispor, no parágrafo único do art. 5º, que “as relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual”. Ressalte-se que, apesar de o referido dispositivo tratar apenas do homossexualismo feminino, é óbvio que, com base no princípio constitucional da igualdade, tal regra também deve ser aplicada ao homossexualismo masculino.

À guisa de todo o expendido, resta demonstrado que a família deixou de ser um instituto fechado, individualista e auto-suficiente para ser definida como uma comunidade de afeto e entreajuda, local propício à realização da dignidade da pessoa humana e, por isso mesmo, caracterizada como um ente voltado para o próprio homem, plural como ele mesmo é, democrática, aberta, multifacetária, não discriminatória, natural e verdadeira. Os modelos de família *sugeridos* pela Constituição, portanto, rompem definitivamente com o modelo único (*im*)posto pelo Código de 1916. Vê-se que dois dos seus principais pilares, quais sejam, a família matrimonializada e a indissolubilidade do vínculo conjugal, caem impiedosamente.

Conforme visto, a falência desses dois pilares deve-se fundamentalmente à consagração do princípio vetor da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF). Destarte, é preciso destacar que o referido princípio, enquanto princípio *estruturante*, ou seja, como nascedouro, fonte geradora de todo o sistema jurídico brasileiro, princípio originário de onde os demais princípios e regras promanam, é responsável pela consagração de dois outros princípios constitucionais que, por via indireta, igualmente fazem ruir os pilares da família matrimonializada e da indissolubilidade do vínculo conjugal. São eles, respectivamente: o *reconhecimento da família fora do casamento ou não matrimonializada* (art. 226, §§ 3º e 4º) e a *facilitação do divórcio* (art. 226, § 6º).

Desse modo, em definitivo, constata-se que os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (em primeiro lugar), do reconhecimento da família fora do casamento ou não matrimonializada e da facilitação do divórcio (estes últimos por via indireta, já que decorrem daquele) alteraram substancialmente o modelo de família encontrado no Código Civil de 1916, o que provoca inúmeras consequências no âmbito do Direito de Família.

A principal delas (pelo menos para os fins deste trabalho) é a completa superação do papel da culpa na separação judicial litigiosa. Aliás, isso não passa de uma simples constatação: se o modelo de família do Código de 1916 foi o responsável pela criação do sistema de influência da culpa na separação e este modelo veio a ruir por completo com a Constituição de 1988, silogisticamente conclui-se que tal sistema legitimador da culpa também acabou falindo. Reserva-se o capítulo seguinte

especificamente para a discussão deste tema.

5. O fim do papel da culpa na separação judicial e das punições a ela relacionadas

O sistema de imposição da culpa como óbice ao decreto da separação-sanção e de aplicação de castigos ao culpado pelo término da sociedade conjugal advém, fundamentalmente, do modelo de família definido no Código de 1916, senão vejamos.

O Código consagrou ideais burgueses do século XIX (em pleno século XX) através de um modelo fechado e auto-suficiente, que possuía a pretensão de que valores patrimonialistas e individualistas fossem perpetuados no tempo. No campo do Direito de Família, presenciou-se este mesmo fenômeno, pois o Código trouxe para si, também de forma fechada, pretensamente eterna e auto-suficiente, os valores típicos da família da época, imaginando (erroneamente) que o quadro por ele pintado jamais se alteraria.

Fundamentalmente, a família do Código de 1916 era caracterizada a partir do binômio família matrimonializada – indissolubilidade do vínculo conjugal. De fato, no entender do legislador, o meio mais adequado (e único) aos hábitos sociais da época para a constituição de uma família era o casamento, razão pela qual nunca o vínculo matrimonial poderia ser dissolvido.

Com base nesses dois sustentáculos, o Código passou a exigir a prova da culpa para o decreto da separação e, ao mesmo tempo, punir rigorosamente aquele tido (presumidamente) como culpado pela dissolução da sociedade conjugal. A esse respeito, Madaleno (2000, p. 32) profere brilhante lição, nesses termos:

A declaração judicial de responsabilidade do cônjuge culpado pela separação judicial [...] carrega reminiscências de uma rígida moral pública e religiosa do casamento. Vigia o princípio de ordem pública de conservação da família como esteio econômico da sociedade.

Ora, se o casamento, única forma de legitimar a família, era indissolúvel, seria um grande absurdo, no entender do Código, atentar-se contra a sacra instituição familiar pelo legislador desenhada. Nesse contexto, as sanções decorrentes da separação eram enxergadas como um freio, um desestímulo à desconstituição da família por parte de apenas um dos cônjuges.

E as punições estampadas no corpo do Código eram muito severas, haja vista que

o cônjuge culpado era privado de direitos tão fundamentais à sua própria dignidade humana (*alimentos e nome de casada*) e a dos seus filhos (*guarda judicial dos filhos*).

Mesmo contra a vontade do legislador, a família, ao lado do Direito Civil como um todo, passou por inúmeras transformações ao longo do século XX, fazendo com que, pouco a pouco, ruísse o binômio de sustentação da família criada pelo Código de 1916. Nesse sentido, a Lei nº 6.515/77, regulando a Emenda Constitucional nº 09, permitiu a dissolução do vínculo matrimonial por meio do divórcio.

Apesar desse enorme avanço, alguns resquícios do modelo de família trazido pelo Código Civil insistiam em permanecer no ordenamento jurídico pátrio, ganhando destaque a manutenção *in totum* do sistema de verificação da culpa para o decreto da separação judicial litigiosa e de todas as punições baseadas na culpa pelo término da sociedade conjugal já encontradas no Código Civil (perda dos direitos a *alimentos, nome de casado e guarda judicial dos filhos*).

Gradativamente, os dois alicerces da família do Código caíam aos olhos da sociedade, mas continuavam em pé para o Direito: o casamento continuava a ser o único meio de legalizar as relações familiares e a dissolução do vínculo conjugal na modalidade litigiosa, apesar de possível, ainda dependia da prova da culpa e tinha como consequência a imposição de severas sanções ao consorte declarado culpado.

Essa situação de beligerância entre a realidade e o Direito, porém, não durou muito, visto que a nova Carta Magna, em 1988, trouxe princípios constitucionais capazes de promover a definitiva ruptura do paradigma da família estampado no Código. Assim, o princípio constitucional do reconhecimento das famílias não matrimonializadas (ou fora do casamento) aniquilou o modelo único de formação da família ao reconhecer a união estável e a família monoparental como dois outros meios de constituição de uma entidade familiar. Já o princípio da facilitação do divórcio sepultou de vez a idéia de indissolubilidade do vínculo matrimonial.

Dentro da perspectiva da Hermenêutica Constitucional, é preciso ressaltar que os dois princípios *supra* mencionados decorrem ontologicamente de um outro princípio, o da dignidade da pessoa humana. Como razão ético-jurídica maior do ordenamento pátrio, é a dignidade humana o centro irradiador de todos os princípios e regras do Direito brasileiro. Afinal de contas, a Ciência Jurídica tem como último fim a proteção do próprio ser humano.

Isto posto, se a Constituição consagrou os princípios do reconhecimento das famílias não matrimonializadas e da facilitação do divórcio é porque entendeu serem eles instrumentos de promoção de dignidade da pessoa humana, conforme os valores

da sociedade brasileira pós-moderna. Daí porque se pode afirmar que é o princípio da dignidade da pessoa humana o real marco do abrupto desabamento de todo o edifício da família criado pelo Código de 1916, o que acabou por provocar inúmeras consequências nos diversos institutos de Direito de Família.

Dentre tais consequências, sobreleva aqui destacar a completa falência do sistema de influência da culpa na separação-sanção. Por óbvio, se a família descrita no Código de 1916, responsável pela criação do sistema da culpa, não mais subsiste nos dias atuais, tal sistema não deve mais prevalecer.

É preciso ter em mente que o casamento, nos dias de hoje, é tido como um dos meios de promoção da dignidade da pessoa humana e, por isso mesmo, só deve ter vigência enquanto cumprir esta função. No momento em que tal função se encerra, devem ter os consortes *pleno direito* de dissolver a sociedade conjugal (ou o vínculo matrimonial, no caso do divórcio), *sem limitação de qualquer ordem*. O elemento culpa, portanto, não pode servir como obstáculo a essa pretensão.

Nesse contexto, como o direito à conjugalidade integra o conjunto dos direitos da personalidade, o direito à dissolução da sociedade conjugal ou do vínculo matrimonial assim também o faz, tanto que o lapso temporal é o único requisito exigido para a concessão do divórcio direto (por que então exigir a prova da culpa para o decreto da separação judicial?).

Afinal de contas, se a “comunhão plena de vida” estabelecida pelo casamento (art. 1.511 do Código Civil de 2002) acabou, que sentido há em se discutir a culpa para que haja a separação judicial? Sendo ainda mais objetivo, não é crível que alguém seja juridicamente punido pelo simples desamor. Por isso, novamente, chega-se à conclusão de que o direito à separação judicial não pode ser limitado por qualquer fator.

Segundo o genial Professor Cristiano Chaves de Farias, o direito de não manter o núcleo familiar é um:

direito potestativo extintivo, uma vez que se atribui 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 se submete apenas à vontade do cônjuge, a ele reconhecido com exclusividade e marcado pela característica da indisponibilidade, como corolário da afirmação de sua dignidade (grifo nosso). (FARIAS, 2004, p. 115-116).

Com efeito, mira-se, no âmbito da separação judicial, a derrocada do princípio da culpa, que passa a ser substituído por aquilo que a doutrina convencionou chamar de *princípio da ruptura*: para fins de prolação do decreto separatório, exige-se não mais a prova do elemento culpa, mas apenas e tão-somente da ruptura da convivência sadia do casal, da “comunhão plena de vida”, da mútua assistência, do afeto, do amor, em resumo, requer-se unicamente a prova do desamor.

Se tudo isso não é suficiente para afastar completamente a culpa da separação judicial, tem-se ainda como mais um argumento o fato de que, caso ela (a culpa) não seja provada, o pedido de separação será julgado improcedente e os cônjuges, após uma verdadeira batalha travada no âmbito do Poder Judiciário, receberão um castigo ainda maior (principalmente o cônjuge autor da ação), que é a manutenção do casamento.

Ora, obrigar duas pessoas a continuarem convivendo sob o mesmo teto em uma situação de inteira incompatibilidade como esta é, antes de tudo, uma forma velada de restringir, sem qualquer motivo legítimo, a própria liberdade do ser humano, o que não se pode permitir, principalmente à luz do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, Rodrigo da Cunha Pereira assevera que “é preciso demarcar o limite de intervenção do Direito na organização familiar para que as normas estabelecidas por ele não interfiram em prejuízo da liberdade do ‘ser’ sujeito” (PEREIRA, 2003, p. 2).

É por estes e por outros motivos que já existe uma certa tendência mundial em abolir o instituto da separação judicial e privilegiar o divórcio, via menos traumática cujo único requisito para concessão é o decurso do lapso temporal, não se discutindo, em nenhum momento, a culpa. No Brasil, por sugestão do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), o Deputado Sérgio Barradas Carneiro (PT/BA) apresentou ao Congresso Nacional, no dia 10 de abril de 2007, Proposta de Emenda à Constituição (PEC), sob o número 33/2007, sugerindo o fim do instituto da separação judicial (em qualquer modalidade) com a alteração do art. 226, parágrafo 6º, da Constituição Federal, PEC esta aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados no dia 02.08.07.

Acrescente-se ao argumento da crise da separação judicial o fato de que é até inútil falar-se em culpa no âmbito deste instituto, pois, em uma futura conversão da separação em divórcio, não haverá qualquer preocupação em apurar se ocorreu ou não tal elemento. Aliás, relembre-se que o art. 1.580, § 1º, do Código Civil de 2002 determina que não constará na sentença que converte a separação em divórcio qualquer referência à causa que a determinou. A discussão anterior sobre a culpa,

portanto, perde o seu sentido, torna-se inócua em um momento posterior.

Para melhor ilustrar o quanto ora esposado, vejamos o que leciona a brilhante Professora Maria Berenice Dias:

Ainda a evidenciar a total inutilidade da culpa, outro fundamento merece ser invocado. Como é vedada qualquer referência à causa da separação na sentença de *conversão da separação em divórcio* (CC 1.580), de nada serve o desgaste das partes, a dilação probatória e o ônus imposto ao Judiciário. O estigma de culpado dura pouco tempo, no máximo, um ano. Desaparece quando a separação se transforma em divórcio. Igualmente, na ação de *divórcio* direto, não cabe qualquer referência a culpas ou responsabilidades. Assim, antes de um ano da separação de fato, é necessário apontar culpados. Depois disso, a culpa perde total significado. O fim do convívio leva à separação ou ao divórcio pelo simples implemento de prazos temporais (DIAS, 2006, p. 269).

Frise-se ainda que, na dissolução da união estável, os litigantes não precisam discutir a culpa pelo fim do relacionamento; como a Constituição equiparou todas as formas de entidade familiar, não há motivo para se exigir a prova da culpa na separação judicial.

Ademais, pondere-se que, nos termos do art. 1.577, *caput*, do Código Civil, “seja qual for a causa da separação judicial e o modo como esta se faça, é lícito aos cônjuges restabelecer, a todo tempo, a sociedade conjugal, por ato regular em juízo”, sendo que, no restabelecimento da sociedade conjugal, por óbvio, não é retomada a perquirição da culpa porventura travada na ação de separação, o que nos leva novamente a concluir pela absoluta inutilidade da citada perquirição.

Por outro lado, insta salientar que o contexto histórico em que foi construído o princípio da dignidade da pessoa humana, caracterizado por uma sociedade mais livre e democrática, onde os relacionamentos intersubjetivos são mais abertos e flexíveis, possibilita, pela primeira vez, a discussão em sede doutrinária se realmente existe apenas um único culpado pelo rompimento da relação conjugal ou, ao contrário, se não seria muito mais lógico atribuir a culpa aos dois.

Ora, se um dos cônjuges, por exemplo, chega ao extremo de abandonar o lar, provavelmente é porque o seu par amoroso contribuiu (e muito) para a insuportabilidade da vida em comum. É possível, nesse caso, que o “inocente” tenha agredido física ou moralmente o “culpado”, ou que tenha deixado de dar a

devida atenção que o outro merecia, enfim, incontáveis são as causas que poderiam ser apontadas para explicar a conduta final de quem abandona o lar.

Verifica-se, portanto, que aquelas condutas tratadas pelo legislador pátrio como reveladoras de culpa de apenas um dos cônjuges na separação judicial não passam, na verdade, da última gota d'água em um relacionamento que, de tão desgastado, já estava à beira da falência.

Se um dos consortes chega a praticar tais condutas é porque o casal (e não apenas um dos casados) já vinha fracassando na vida em comum. É um grande erro achar que a ruptura do relacionamento teve início a partir da ação havida como culposa, porque, na realidade, ela apenas representa o “sintoma do fim” (FACHIN, 1999, p. 179).

Dentro deste cenário, conclui-se, em definitivo, que aquelas hipóteses disciplinadas pelo art. 1.573 do Código Civil como reveladoras da impossibilidade da comunhão de vida do casal, na verdade, se tratam de meras conseqüências de uma única causa: o fim do amor.

Nesse sentido, conclui-se que dificilmente será possível identificar em que momento foi plantada no âmbito familiar a semente da separação. E se a culpa não é de um, mas dos dois, será muito cômodo para cada um dos cônjuges apontar o outro como o culpado, mesmo porque as versões para o casamento serão as mais diversas, a depender do ponto de vista de cada parte. Aliás, no fundo, o que um cobrará do outro não é a simples culpa em si, mas a própria irresignação em ver o casamento tomar contornos antes não imaginados.

Nessa linha de intelecção, louváveis são as palavras do Professor gaúcho Rolf Madaleno, *in verbis*:

A via contenciosa da separação judicial teima em servir apenas como traumático instrumento de cobrança de um sentimento de culpa pelo fracasso do casamento e pela resignação financeira desta derrota, traduzida numa partilha desigual de bens ou na conquista judicial de uma exoneração alimentar, a recolher resultados que servem como troféus de conformação pessoal (MADALENO, 2000, p. 32-33).

Nessa etapa do matrimônio, portanto, será corriqueira a troca de farpas entre os cônjuges como fruto da mais pura decepção e revolta pelo fracasso provocado por eles mesmos. Brigas e discussões antes perdoadas agora são retomadas com toda força para que sirvam de argumentos na luta pela imputação da culpa ao outro. Por tudo isso, pode-se afirmar que, além de incoerente com o momento histórico

por que passa o Direito de Família, é também injusto punir um dos consortes na separação-sanção.

Aceitar esse sistema é permitir que toda uma história em comum seja jogada na lama. Exigir a comprovação da culpa para o decreto de separação é possibilitar que “demandas separatórias se arrastem no tempo e perpetuem inúteis sentimentos de ódio e de perseguição retaliativa, como obra inacabada do desamor” (MADALENO, 2000, p. 32).

Em face de coragem e ao brilhantismo das suas lições, insta recorrer novamente a Rolf Madaleno sobre esse assunto, *in verbis*:

Por fim, culpas transitórias ou circunstanciais numa relação onde quase sempre é difícil detectar quando teve real início a desavença nupcial e onde é praticamente impossível distinguir opressor de oprimido, punições de indigência desequilibram injustamente uma longa história conjugal (MADALENO, 2000, p. 37).

Na verdade, o que provoca o fim de uma sociedade conjugal não é a culpa de um dos consortes, mas sim o término do amor (desamor), da comunhão plena de vida, da mútua assistência. Nessa situação, o cônjuge deve ter a *liberdade irrestrita* de não mais continuar vivenciando este relacionamento, sob pena de violação da sua própria dignidade enquanto ser humano.

E se é tão subjetivo esse conceito de culpa, como admitir a sua discussão em Juízo? Trata-se de uma verdadeira invasão na intimidade e privacidade do casal por um magistrado que, por não ter acompanhado a história dos separandos, só tem condições de analisar uma pequena ponta do *iceberg* chamado casamento, mas tem o poder de, acima do bem e do mal, decidir friamente quem é o certo e o errado na demanda forense.

Maria Berenice Dias comunga da mesma opinião, nesses termos:

Uma vez que um dos cânones maiores das garantias individuais é o direito à privacidade e intimidade, *constitui violação do sagrado direito à dignidade da pessoa humana a ingerência do Estado na vida dos cônjuges*, obrigando um a revelar a intimidade do outro, para que, de forma estéril e desnecessária, imponha o juiz a pecha de culpado ao réu (grifo nosso). (DIAS, 2001, p. 71).

Aliás, a esse respeito, o Código Civil de 2002, no seu artigo 1.513, é bastante esclarecedor ao estatuir que “é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”. O dispositivo consagra expressamente o *princípio da intervenção mínima do Estado nas relações familiares*, consistente no fato de que o ente estatal somente deve intervir no âmago da família para promover efetivamente a dignidade de cada um dos seus membros (*Estado-protetor*) e não de forma indevida e descabida (*Estado-interventor*), prejudicando a situação pessoal de cada um dos familiares, como na hipótese da apuração do culpado pela separação judicial.

Em razão de todos esses motivos aqui explicitados, afirma-se que o sistema de influência da culpa no âmbito da separação judicial é absolutamente odioso, estando, portanto, inteiramente falido frente ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, marco que revolucionou o conceito de família antes (im)posto pelo Código de 1916.

Com essa mesma opinião, Rolf Madaleno, tratando a culpa como elemento odioso e superado, leciona, nesses termos:

[...] Em tempos de casamentos resolúveis, deve ser outro o interesse a ser tutelado pelo Estado, que agora deve conferir condições dirigidas à realização da dignificação pessoal de cada integrante desse pequeno e importante grupo social e nessa exata ordem de idéias, já não há mais espaço e discurso para a sede moral de punição pela mera vingança de uma culpa maior ou menor, pois, raramente, só um dos cônjuges é responsável pela sua separação [...]. Não faz mais o menor sentido continuar advogando a apuração causal da separação judicial à luz da Carta Magna que em 1988 construiu um novo núcleo familiar, sustentado numa nova política de valores que prefere desmaterializar as relações de família, para abrigá-las num plano superior – o da dignidade da pessoa humana (MADALENO, 2000, p. 32-33).

Maria Berenice Dias tem a mesma conclusão, com essas palavras:

Retrógrada a manutenção da necessidade de identificação de um culpado para ser concedida a separação [...]. Seja porque é difícil atribuir a só um dos cônjuges a responsabilidade pelo fim do vínculo afetivo, seja porque é absolutamente indevida a intromissão na intimidade da vida das pessoas, tal motivação vem sendo desprezada pela jurisprudência (DIAS, 2001, p. 70-71).

Corolário do fim da culpa como óbice à decretação da separação judicial é a falência do modelo que atribui sanções àquele havido como culpado na dissolução da sociedade conjugal.

Nesse momento final, é preciso avançar um pouco sobre a perspectiva histórico-jurídica proposta neste trabalho para a análise da superação da culpa na separação judicial, devendo-se apreciar de *per si*, ainda que muito brevemente, as punições decorrentes da separação sob a ótica do senso de justiça.

Nesse contexto, *ab initio*, relembre-se que a punição da perda da *guarda judicial dos filhos do casal* já se encontra superada com o advento do Código Civil de 2002, haja vista o teor do disposto no seu artigo 1.584, *caput*.

Quanto ao *nome de casado*, é preciso estar atento ao fato de que, uma vez obtido, ele integra definitivamente o nome como um todo do separando, pois, através do mesmo, haverá a identificação deste enquanto indivíduo perante a sociedade. Em razão disso, o nome de casado passa a constituir mais um dos direitos da personalidade do cônjuge que a ele aderiu, não podendo, por isso, ser suprimido³.

O casamento cria para um dos consortes a possibilidade de adotar o nome do outro, mas, uma vez operado este efeito, tal nome fica pertencendo àquele consorte, somente sendo possível a sua não utilização, por óbvio, se o seu proprietário assim optar. A regra, portanto, deve ser sempre a da plena liberdade de manter o nome quando da separação.

Por conta dessa regra, entende-se que as ressalvas contidas na parte final do art. 1.578, *caput*, do Código Civil de 2002⁴, não deveriam sequer existir; ao contrário, certo seria se o comando normativo contido no parágrafo 1º deste dispositivo legal⁵ tivesse validade para toda e qualquer hipótese (e não apenas para o cônjuge “inocente”). Recorramos novamente às sempre sábias palavras da Professora Maria Berenice Dias para deixar assente a idéia aqui exposta:

A perquirição da culpa, além de ser de todo impertinente,

³ A esse respeito, acentue-se que o Código Civil de 2002, no tópico destinado aos Direitos da Personalidade (Capítulo II do Título I do Livro I), mais precisamente no art. 16, estatui que “toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome”.

⁴ O citado artigo determina que o cônjuge culpado não perde o direito de usar o nome de casado se não for expressamente requerido pelo cônjuge inocente e se a alteração acarretar evidente prejuízo para a sua identificação (I), manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida (II) ou dano grave reconhecido na decisão judicial (III).

⁵ Este dispositivo legal assevera que “o cônjuge inocente na ação de separação judicial poderá renunciar, a qualquer momento, ao direito de usar o sobrenome do outro”.

tem seqüelas perversas que evidenciam que o interesse do legislador é simplesmente a manutenção dos sagrados laços do matrimônio. Pune quem dele quer afastar-se. Quem adotou, ao casar, o sobrenome do outro, quando da separação, pode livremente escolher sua exclusão ou o retorno ao nome de solteiro. No entanto, o culpado pelo fim do casamento fica sujeito a perder a própria *identidade*, pois o uso do nome depende da benemerência do ‘inocente’ (CC 1.578). Se for reconhecida a sua culpa, só há a possibilidade de continuar com o nome se, com isso, concordar o ‘dono’ do nome. Fora disso, o ‘culpado’ precisa conseguir provar que a mudança do nome pode acarretar evidente prejuízo para a sua identificação, manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos ou dano grave assim reconhecido pelo juiz [...]. (DIAS, 2006, p. 97-98).

Destarte, dentre as punições decorrentes da separação-sanção, sem dúvida alguma, a mais injusta delas é a da perda do *direito a alimentos* e, por isso mesmo, será objeto de uma análise um pouco mais acurada nas linhas que se seguem. A tão festejada Professora Maria Berenice Dias chega a afirmar que:

[...] essa, decerto, pode ser considerada a pena mais exarcebada do nosso ordenamento jurídico. Ainda que o inciso XLVII da Constituição Federal declare não haver pena de morte, ou de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento, vedando quaisquer penas cruéis, tal garantia não é assegurada quando a condenação decorre do ‘crime’ de ter o réu dado causa à separação [...]. Assim, mesmo sendo flagrante a necessidade – quer por estar fora do mercado de trabalho, quer por doença que impeça o desempenho de atividade laborativa –, o culpado é condenado 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 (DIAS, 2006, p. 74).

A regra da perda do direito a alimentos torna-se ainda mais injusta quando se tem em mente que a obrigação alimentar proveniente do casamento decorre do dever matrimonial da mútua assistência, dever este que não é extinto com a separação judicial, mas apenas se transmuda naquela obrigação.

Aliás, é preciso relembrar a lição desenvolvida no capítulo 3 de que o dever da mútua assistência só pode ser entendido modernamente sob o enfoque do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Assim, esta ajuda recíproca envolve o

querer bem ao outro, a preocupação em ver o seu par amoroso realizado na sua plenitude, o carinho, o amor, o afeto, a cumplicidade, a motivação nos momentos difíceis, enfim, todos aqueles sentimentos típicos da família concebida pelo Texto Constitucional.

Desse modo, os alimentos, nesta hipótese, ganham importância incommensurable, pois representarão o meio pelo qual um cônjuge garantirá ao outro, ao menos temporariamente, a realização da sua dignidade enquanto pessoa humana.

Como se vê, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana decretou definitivamente a falência do sistema da sanção relativa ao direito a alimentos iniciado com o Código Civil de 1916 e repetido, com leves alterações, pela Lei do Divórcio.

A grande oportunidade que o legislador infraconstitucional teve para expurgar de uma vez do ordenamento jurídico nacional a culpa do âmbito do Direito de Família e, conseqüentemente, garantir com *plenitude* o direito a alimentos decorrentes do casamento, consolidando a tendência já iniciada pela Constituição, foi com a criação do novo Código Civil. Todavia, como o projeto do atual Código é anterior à Carta Magna, pequenas foram as mudanças nesta área se comparadas com as inovações constitucionais. Nesse sentido, o Código não só retomou a idéia da discussão da culpa em sede de separação judicial (separação-sanção) nos artigos 1.572, *caput*, e 1.573, como também estampou o sistema de punição do culpado em relação ao direito a alimentos nos artigos 1.694, § 2º, 1.702 e 1.704.

É certo que, em comparação ao Código de 1916 e à Lei do Divórcio, o Código de 2002 pode ser visto como mais generoso, pois o parágrafo único do art. 1.704 dispõe 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”. Em outros termos, caso preenchidas as condições descritas neste dispositivo, o declarado culpado pela separação poderá receber os alimentos necessários, que são aqueles destinados a custear exclusivamente as despesas indispensáveis à sua sobrevivência. Já se o cônjuge é considerado inocente, terá direito aos alimentos civis, definidos como aqueles destinados à manutenção do padrão de vida experimentado por ele.

Se essa nova regra pode ser tida como mais generosa do que a inserta no Código de 1916 e na Lei do Divórcio, ela deixa muito a desejar em relação ao modelo proposto pelo Texto Constitucional, baseado na dignidade da pessoa humana. Ora, sob esta última ótica, o que, de fato, o Código de 2002 acabou promovendo foi uma leve mitigação do castigo referente à obrigação alimentar em comento.

O castigo em si continua a existir, mesmo atenuado. Se só recebe a totalidade do direito aos alimentos (ou seja, os alimentos civis) quem for declarado inocente na separação (além de ser exigido que ele não tenha parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho), é óbvio que o culpado recebeu uma punição.

Não é mais possível, nos dias de hoje, aceitar que o odioso e ultrapassado elemento “culpa” imponha a concessão do direito a alimentos de forma limitada, apenas pela metade. A dignidade da pessoa humana exige que tal direito seja exercido por inteiro, com a plenitude que o cônjuge-alimentando faz *jus*.

Diante disso, privilegiar a regra trazida pelo novo Código quanto ao direito a alimentos é aceitar uma verdadeira subversão hermenêutica, o que não é mais possível frente aos novos tempos do Direito Civil constitucionalizado.

Isto posto, não obstante a redação do Código Civil de 2002, volta-se a frisar: com base no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o cônjuge tem direito aos alimentos de forma plena, sem qualquer tipo de limitação, mesmo tendo parentes em condições de prestá-los ou aptidão para o trabalho.

Na concessão integral deste direito, pouco importa se ele é culpado ou não pela separação judicial. O único pressuposto que realmente será exigido para a concessão dos alimentos é o decantado binômio necessidade do alimentando – possibilidade do alimentante. Somente ele pode obstar a pretensão do cônjuge em receber o direito em questão. Trata-se, pois, do solitário limite ao interesse do alimentando.

Respeitáveis doutrinadores comungam com a idéia do pleno exercício do multicitado direito a alimentos (desde que haja necessidade de quem peça e possibilidade de quem forneça). Rolf Madaleno, por exemplo, leciona nesses termos:

Alimentos em tempo de igualdade só podem advir da efetiva necessidade, jamais inspirados apenas na sua utilidade [...]. Não há como defender princípios tão claramente antagônicos de culpa e de dignidade da pessoa humana no campo do direito alimentar. Como poderia o julgador preservar a dignidade da pessoa humana do cônjuge financeiramente dependente, se a sua sobrevivência é medida pelo critério perverso das idiossincrasias conjugais [...]? (MADALENO, 2000, p. 34-35).

E assim complementa:

Como visto, alimentos decorrem do velho dever de solidariedade preconizado pelo Código Civil Brasileiro e não devem servir como premiação pela ruptura culposa do casamento. [...] Permitir e motivar com a ameaça de improvimento da ação,

pesquisa processual da causa separatória, é andar na contramão de valores maiores, edificados pela Carta Política de 88 e que perseguem o respeito à dignidade da pessoa. Valores que evocam e ressaltam uma família escudada na unidade de sua direção, pela similitude de seus direitos e de suas obrigações. (MADALENO, 2000, p. 35-36).

Do exposto, é inevitável concluir que, respaldado no princípio da dignidade da pessoa humana, está sacramentada a falência da punição relativa ao direito a alimentos na separação-sanção. O cônjuge, por consequência, tem direito a alimentos, bastando, para tanto, que seja demonstrada a sua necessidade e a possibilidade financeira do alimentante em pagar a pensão.

Na verdade, como já visto, esse raciocínio é válido para todas as demais punições baseadas na culpa pela separação judicial, pois, *por tudo quanto expendido neste trabalho, afirma-se, em definitivo, que está superada a influência da culpa na separação*.

O cônjuge considerado culpado na ação de separação judicial somente ficará privado do *nome de casado* e do *direito a alimentos se não restarem devidamente preenchidos os requisitos específicos de cada um desses institutos, a exemplo do binômio necessidade de quem paga-possibilidade de que recebe nos alimentos*.

Em decorrência de tudo isso, por questão de hermenêutica, as regras contidas no Código Civil de 2002 referentes às punições acima mencionadas surgiram *natimortas*, eis que inconstitucionais, motivo pelo qual não devem mais ser aplicadas.

Nesse passo, caberá aos Tribunais pátrios julgar a inconstitucionalidade *incidenter tantum* destas regras enquanto não é proposta uma Ação Direta de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal contra elas ou o legislador não altera o Código Civil.

Aliás, a esse respeito, no dia 20/03/07, o Deputado baiano Sérgio Barradas Carneiro (PT/BA), por sugestão do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), encaminhou ao Congresso Nacional 5 (cinco) Projetos de Lei, dentre eles os de números 504/07 e 507/07, os quais, alterando diversos dispositivos do Código Civil, eliminam em definitivo do ordenamento qualquer tipo de influência da culpa na separação judicial.

Mais recentemente, na data de 10 de abril de 2007, o próprio Deputado Sérgio Carneiro, com ousadia e muito acerto, foi além e apresentou a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 33/2007, cuja finalidade é abolir do cenário jurídico nacional o instituto da separação judicial (em qualquer modalidade).

Em sede de Direito Comparado, menciona-se que o Direito Alemão, quando realizou a sua primeira grande reforma na seara do Direito de Família, retirou por completo do seu âmbito⁶ o princípio da culpa (*Verschuldensprinzip*) para substituí-lo pela constatação do mero fracasso matrimonial (*princípio da ruptura ou da deterioração*; em alemão, *Zerrüttungsprinzip*)⁷. Há ainda registros de reforma nessa direção nos sistemas jurídicos da Áustria e da Grã-Bretanha.

6. Considerações finais

Como foi explicado ao longo de todo este trabalho, não é mais possível admitir o sistema de influência da culpa na separação judicial litigiosa, porquanto o responsável pela criação de tal sistema (o modelo de família idealizado no Código Civil de 1916) definitivamente foi esfacelado pelos princípios insculpidos na Carta Magna de 1988, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, verifica-se que o superprincípio da dignidade da pessoa humana concebeu dois outros princípios com aplicação específica no campo do Direito de Família, o princípio do reconhecimento da família não matrimonializada e o princípio da facilitação do divórcio, os quais acabaram de uma vez por todas com os pilares de sustentação da família consagrada no Código Civil de 1916, respectivamente, o casamento como meio único da formação da família e a (consequente) indissolubilidade do vínculo conjugal. Diante disso, proclama-se a liberdade dos consortes de se separarem sem o empecilho da culpa. Em virtude desse desaparecimento da separação-sanção, afirma-se o princípio da ruptura como parâmetro norteador para prolação do decreto separatório.

A falência da separação-sanção implica necessariamente na superação das punições de perda do direito ao *nome de casado* e do direito a *alimentos* consagradas no corpo do Código Civil de 2002, respectivamente, nos artigos 1.578, *caput*, e 1.704, *caput* e parágrafo único. Pondere-se ainda que, em verdade, o Código Civil, nos dispositivos *supra* referidos, na contramão da história, apenas mitigou as aludidas punições, pois insistiu em manter no ordenamento jurídico pátrio a culpa pela separação judicial.

Não deveria o Código mitigar as sanções baseadas na culpa, mas sim extirpá-las definitivamente do cenário jurídico nacional. Nessa linha de inteligência, não é possível que o intérprete do Direito se contente com as regras acima mencionadas. Cabe ao jurista, portanto, o papel de ir muito além do que consagra a simples

⁶ Na verdade, no Direito alemão, não há a figura da separação judicial, somente sendo possível a dissolução do relacionamento conjugal através do divórcio.

⁷ A alteração ocorreu no Código Civil Alemão –BGB, §§ 1.564 a 1.568.

letra fria da lei para, sob uma perspectiva histórico-jurídica e com fundamento em princípios constitucionais, sobretudo o da dignidade da pessoa humana, garantir a concessão *irrestrita* dos direitos ao *nome de casado* e aos *alimentos*, sendo que este último somente pode ser limitado com base no seu requisito próprio, o decantado binômio necessidade de quem pede – possibilidade de quem paga.

Logo, quanto às punições baseadas na culpa pela separação judicial, o Código Civil de 2002 é natimorto, exigindo-se uma imediata reforma por parte do legislador, à semelhança do ocorrido, por exemplo, no Direito alemão, o que poderá ser feito, no Brasil, a partir da aprovação integral dos Projetos de Lei de números 504/07 e 507/07 ou, com ainda maior eficácia, da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 33/07.

Enquanto não há a aprovação dos aludidos Projetos de Lei e da PEC, para que seja feita a verdadeira justiça no caso concreto, as normas relacionadas a estas punições (artigos 1.578 e 1.704, *caput* e parágrafo único) são inteiramente inócuas, merecendo o decreto de inconstitucionalidade *incidenter tantum* por parte dos Tribunais pátrios.

7. Referências bibliográficas

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *O fim da culpa na separação judicial: uma perspectiva histórico-jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. O reconhecimento legal do conceito moderno de família: o art. 5º, II e parágrafo único, da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). *JusNavigandi*, Teresina, a. 11, n. 1225, 8 nov. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9138>>. Acesso em: 8 nov. 2006.

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

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direitos das famílias*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Violência doméstica e as uniões homoafetivas. *JusNavigandi*, Teresina, a. 10, n. 1185, 29 set. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8985>>. Acesso em: 27 out. 2006.

FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A família da pós-modernidade: em busca da dignidade perdida. *Revista Persona, Revista Electrónica de Derechos Existenciales*, Argentina, n. 9, set. 2002. Disponível em: <<http://www.revistapersona.com.ar/9farias.htm>>. Acesso em: 4 jan. 2003.

_____. A proclamação da liberdade de permanecer casado ou um réquiem para a culpa na dissolução das relações afetivas. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 18, p. 49-82, jun./jul. 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. *JusNavigandi*, Teresina, a. 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto/.asp?id=2552>>. Acesso em: 27 out. 2006.

MADALENO, Rolf. *Novas perspectivas no direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família*: uma abordagem psicanalítica. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*: direito de família. v. 6. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação civil na separação e no divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: direito de família. São Paulo: Atlas, 2001.