

O PAPEL DA CULPA NA SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA

Silvane da Cruz Chaves¹

RESUMO: O presente artigo pretende refletir sobre a influência do conceito de culpa na separação judicial litigiosa no direito civil brasileiro, sua manutenção em nosso sistema jurídico, sua relação com o desamor e sua utilidade como critério delimitador na determinação do dano moral decorrente da dissolução da sociedade conjugal.

Palavras-chave: culpa, desamor, dano moral.

ABSTRACT: The present article intends to reflect about the role of fault in judicial separation on brasilian's civil law and the necessity of maintenance and connected with dislike; the utility for estimate moral injury on marriage's dissolution.

Key words: fault, dislike, moral injury.

1 INTRODUÇÃO

Breves retrospectivas das origens dos institutos sociais e jurídicos mostram-se eficazes para o esclarecimento das problemáticas do presente, apontando soluções e alternativas para o futuro, pois refazer os caminhos da afirmação de saberes, dos regimes de hegemonia das legitimidades, conduzem a explicações para a persistência ou extinção de hábitos, costumes e leis. O curso da historicidade é capaz de revelar a fugacidade dos sistemas de verdade, respaldo último da produção legiferante e da estabilidade dos ordenamentos jurídicos.

A doutrina jurídica tem questionado o papel da culpa no direito de família, especificamente no que concerne à sua permanência na separação judicial litigiosa, emergindo, cada vez mais, com maior veemência a sugestão para se proceder à sua revisão e extinção, substituindo-a pela causa legal do desamor, independentemente de motivações ou tipificação de condutas ilícitas.

A abordagem temática do papel da culpa na dissolução da sociedade conjugal reflete-se na dinâmica incessante do fluxo evolutivo das relações jurídicas no atual estágio social, em que a interpretação constitucional do ordenamento jurídico impõe mudanças paradigmáticas, sob o domínio preponderante do pressuposto axiológico da afetividade sobre deveres institucionais familiares inerentes à manutenção da sociedade conjugal.

¹ Professora de Direito Civil do Departamento de Direito da Universidade Federal do Acre, especialista em Novo Direito Civil pela UNISUL e mestre em Ciências Penais pela Universidade Cândido Mendes/RJ.

O estudo do instituto legal da culpa nutre-se da fonte do Direito Romano, sistema jurídico cuja longevidade perfez a duração contínua de dois milênios, mantendo-se vigente desde 752 a.C, data que demarcou a fundação da cidade romana até o fim da Idade Média, quando em 1453 d.C, o Império Romano do Oriente decaiu no episódio conflagrado pela Tomada de Constantinopla.

Nosso Código Civil vigente conserva as marcas da estrutura matricial romana sobre o ordenamento jurídico brasileiro, cujo legado positivo advém do sistema legislativo português que, ao tempo do Descobrimento do Brasil, foi transplantado da metrópole para a Colônia, consolidada sob a denominação jurídica das Ordenações do Reino, cuja influência se irradiou para outros diplomas legais ao tempo do movimento codificador ocidental do século XX,

inserta, também, no Código Civil alemão e na inspiração da estrutura topográfica instituída por Clóvis Beviláqua sobre o alicerce do direito Justinianeu, do *Corpus Iuris Civilis*.

A Lei n. 10.406/2002 efetuou a atualização dos institutos legais primitivos, orientando-se pela manutenção de todo o conteúdo positivo, coerente com a axiologia da sociedade atual, posto que a principiologia jus-filosófica inscrita no Código Civil atual obedece aos novos paradigmas que regem a despatrimonialização das relações entre os sujeitos de direito e pela eleição da afetividade, como requisito norteador e legitimador da tutela jurídica protetiva, na emergência prevalente do respeito à dignidade da pessoa humana, valor e referência do trabalho exegético da dogmática jurídica.

Todavia, em todo o percurso evolutivo dos fatos sociais acolhidos, sob o manto da tutela do ordenamento jurídico, evidencia-se na sua positivação matizes esmaecidos dos conceitos de pecado, da falta canônica e do estigma religioso, os quais, hodiernamente, vêm cedendo lugar às nuances do desamor, como justificativa legal para o rompimento da sociedade conjugal e à possibilidade cada vez mais assente, doutrinária e jurisprudencialmente, de indenização por dano moral, decorrente da dor, causada pela ocorrência da violação dos deveres do casamento.

2 FAMÍLIA, CASAMENTO E SOCIEDADE CONJUGAL

A história da família revela uma classificação genérica do casamento, na qual a sociedade conjugal se enquadra como uma de suas espécies, circunscrita ao regime matrimonial do patrimônio dos cônjuges. O vínculo jurídico do casamento regula o universo das relações e obrigações recíprocas entre os membros da família, cujo conceito nuclear foi definido como a *comunhão plena de vida* aduzida no artigo 1511 do Código Civil de 2002.

Acerca da origem do casamento Friedrich Engels (1977, p.7) apontava como marco cronológico inicial do estudo da história da família a data de 1861, na qual veio a lume a edição da obra *Direito Materno*, de Bachofen, em cujo texto o autor demonstra correlação estreita com a simultaneidade da passagem das vias identificatórias da filiação, consoante a procedência pela linhagem materna para a consagração hegemônica da determinação sucessória pela via do patriarcado.

O matrimônio em sua efígie monogâmica corresponderia, na concepção de Engels (1977, p.7), ao terceiro estágio da evolução humana, instituindo-se como regime prevalente, como uma vinculação indissolúvel; base da família legítima.

O primeiro estágio da evolução humana, o estado selvagem, seria caracterizado pelo matrimônio por grupos, com intenso e livre intercâmbio sexual entre os grupos, sem exclusividades de posse ou interdições desse jaez.

O segundo estágio, correspondente ao período da barbárie, era caracterizado pela adoção do matrimônio sindiasmático, em que o vínculo conjugal se fixava pela coabitação do casal, com imposição de restrições e interdições sexuais exclusivamente à cônjuge-virago, e sanções severas ao adultério feminino, ressalvando-se apenas a faculdade a ambos os consortes da deflagração do rompimento matrimonial.

Os critérios regentes da transmissão patrimonial sucessória alteraram-se no influxo das mutações sociais, econômicas e políticas, que deslocaram a identificação da parentalidade biológica da linha sucessória materna para a hegemonização da sucessão hereditária em derivação da ascendência paterna.

A abolição do direito hereditário materno, substituído pelo direito sucessório via paterna, consagrou a afirmação do poder patriarcal, tendo como decorrência a submissão feminina à autoridade masculina, ao domínio de um chefe de família, na *gen pátria* ou no clã familiar do marido.

A constituição da família patriarcal, que originou um agrupamento extenso de indivíduos, liderados por um chefe absoluto, teve o escopo inicial de favorecer a

administração dos encargos pecuários, principal valor econômico da sociedade romana. Diz Engels (1977, p. 61).

Em sua origem, a palavra *familia* não significa o ideal-mistura de sentimentalismo e dissensões domésticas – do filisteu de nossa época; - a princípio, entre os romanos não se aplicava sequer ao par de cônjuges e aos seus filhos, mas somente aos escravos. *Famulus* quer dizer escravo doméstico e família o conjunto de escravos pertencentes a um mesmo homem [...].

Cretella Júnior (2003, p.74-90) vem ensinar que, gradativamente, o vocábulo família amplia sua significação na sociedade romana, passando, também, a designar o patrimônio titularizado pelo *paterfamilias*.

A família extensa vivia sob um poder centralizador e absoluto do *patria potestas*, depositado nas mãos do *paterfamilias*, detentor do poder da *manus*, domínio sobre a esposa e todos os integrantes de seu *domus*, ou seja, de seu grupo doméstico, incluindo neste rol, filhos casados com suas famílias derivadas e, também, filhos solteiros, todos integrantes de seu patrimônio.

O *patria potestas* permitia ao chefe da família determinar casamentos ou divórcios dos integrantes de seu clã, consoante à própria conveniência e alvedrio, não obstante, houvesse na sociedade romana a liberalidade do rompimento do vínculo por ambos os cônjuges, em alegação da ausência do *affectio maritalis*, ou, falta de vontade para permanecer em matrimônio. Depreende-se que tal liberalidade justificava-se pelo fato de que, para o Direito Romano, o casamento não necessariamente constituía família, mas sim, o ingresso no *domus* de um *paterfamilias*.

A relevância do casamento para o Direito Romano fazia-se sentir na influência sobre a transmissão do poder patriarcal, pois que este só ocorria entre a prole descendente de dois tipos de casamento válidos, as justas núpcias, nas formas *Cum Manu* e *Sine Manu*, o que não sucedia com os descendentes de outras espécies de convivência conjugais.

A dissolubilidade do vínculo matrimonial, no Direito Romano ocorria de dois modos, pelo *Divortium* e pelo *Repudium*. O primeiro se dava na forma *Cum Manu* mediante a celebração solene do *Diffarreatio* ou da *Emancipatio*, pela iniciativa exclusiva do marido e no casamento *Sine Manu*, pelo *Dissenso*, consoante o assentimento recíproco dos consortes para a extinção do vínculo matrimonial. O *Repudium* contemplava alteração unilateral do vínculo conjugal por ambos os consortes, mas, exigia motivação e notificação perante testemunhas, celebrando-se na forma *Sine Manu*.

No casamento *Cum Manu*, a mulher desligava-se do poder de seu *paterfamilias* e assumia novo parentesco civil, ao ingressar no clã marital, adotando os costumes e as crenças do *domus* do marido e submetendo-se a dissolução de seu liame conjugal ao *patria potestas*.

No casamento *Sine Manu*, a esposa permanecia vinculada à autoridade do seu próprio pai e compensava a família do marido pelos custos da sua sobrevivência, trazendo para a sociedade conjugal um dote patrimonial.

A gradativa conquista de emancipação social do gênero feminino, na sociedade romana, permitiu às esposas a conquista do acesso direto do repúdio no casamento *Cum Manu*, alcançando liberação da rígida interveniência do *paterfamilias*. Contudo, a indissolubilidade da relação matrimonial só seria afirmada, posteriormente, efeito do Direito Canônico, já que a doutrina cristã considerava o casamento, um dos sete sacramentos, e, por conseguinte, seu rompimento passou a equivaler à claudicação do fiel ante a orientação doutrinária religiosa, um pecado canônico.

Ademais, o próprio conceito de amor conjugal alterou-se substancialmente, desde a sua concepção, como um contrato firmado por questões de conveniência e aliança política, o qual dispensava mesmo a anuência dos cônjuges, até sua compreensão como causa originária da união matrimonial, consoante o amor romântico emergente ao fim da Idade Média; e no que pertine à exigência de reciprocidade característica do amor sexual moderno, o amor burguês só se afirmaria depois da Idade Média, ainda que mantivesse seu caráter contratual.

A relevância do casamento, como instituição legitimadora da família e da prole dele resultante, manteve-se na patriarcal sociedade brasileira durante a vigência do Código Civil de 1916, inscrita no artigo. 229. “Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos (arts. 352 - 354)”.

Todavia, a codificação vigente alterou essa função de exclusividade legitimadora, pois a Constituição Federal de 1988 inseriu sob novo conceito, a proteção especial, conferida pelo Estado à família, ainda considerada a base da sociedade, porém, com equivalência de direitos e obrigações às famílias derivadas do casamento civil ou religioso, equiparadas quanto à legitimidade às outras entidades familiares, resultantes da união estável e da família monoparental.

A legislação civilista atual concebe a sociedade conjugal, com base na igualdade de direitos e deveres entre os consortes, conforme os artigos 1511 e 1565 do Código Civil de 2002, pelos quais ambos os cônjuges assumem compromisso de manutenção de companheirismo, convivência e responsabilidade comum pelos encargos familiares. O

permissivo legal para a extinção da sociedade conjugal ocorre, entre outras modalidades, mediante a separação judicial inserta no artigo 71, III do referido código.

3 A SEPARAÇÃO JUDICIAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A evolução legislativa brasileira acerca da separação judicial demarcou-se teoricamente pela edição do Código Civil de 1916, que substituiu a regência das relações familiares pelas Ordenações do Reino e abordou a dissolução conjugal na modalidade do desquite, pela Lei do Divórcio de 1977, extinguindo a indissolubilidade do vínculo matrimonial, e pela promulgação da Constituição Federal de 1988, que inovou princípios e pressupostos ideológicos atinentes ao respeito à Dignidade Humana, princípio constitucional, refletido no Código Civil de 2002.

O Código Civil de 1916 disciplinava a dissolução da sociedade conjugal nas modalidades do desquite amigável ou consensual e desquite judicial ou litigioso, nos seus artigos 315 a 324, preservando, contudo, intacto o vínculo matrimonial. O desquite litigioso ficava cingido à obrigatoriedade de motivação legal, consoante o artigo 317: “A ação de desquite só se pode fundar em algum dos seguintes motivos: I. Adultério. II. Tentativa de morte. III. Sevícia, ou injúria grave. IV. Abandono voluntário do lar conjugal, durante dois anos contínuos”.

A disciplina do desquite judicial no Código Civil de 1916 vinculava o dever de prestar alimentos à ausência de culpa e à carência econômica da requerente, assim como imprescindia da culpa para a determinação da pensão alimentícia à prole comum, e apontava, como decorrência da culpa, a perda do nome de família, aspectos legais modificados pela Lei do Divórcio, que flexibilizou a obrigação de alimentar em relação ao ex-cônjuge necessitado e dividiu, proporcionalmente, entre os pais o encargo da subsistência da prole, independente de culpa.

A Lei n. 6.515/ 77 inovou com a permissão para a extinção do casamento, mediante o divórcio, e extinguiu o desquite judicial, impondo nova terminologia ao fim da sociedade. Assim, o artigo 2º dessa lei dispõe: “A sociedade conjugal termina: III - pela separação judicial”. O fim das obrigações conjugais era conseqüente. “A separação judicial põe termo aos deveres de coabitação, fidelidade recíproca e ao regime matrimonial de bens, como se o casamento fosse dissolvido” (artigo 3º).

Mesmo com a edição da Lei do Divórcio, a presença da culpa foi inscrita no artigo 5º: “A separação judicial pode ser pedida por um só dos cônjuges quando imputar ao outro uma conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e tornem insuportável a vida em comum”. Na atualidade, o Artigo 1.572 do Código Civil de 2002 reproduziu este dispositivo apenas suprimindo a menção à conduta desonrosa.

A sanção de perda do nome sofreu alterações do desquite à separação, conforme artigo 17. “Vencida na ação de separação judicial (artigo 5º, *caput*), voltará à mulher a usar o nome de solteira.” Lei 6.515/77. “§ 1º. Aplica-se, ainda, o disposto neste artigo, quando é da mulher a iniciativa da separação judicial com fundamentos nos §§ 1º e 2º do art. 5º.” Somente a partir da Lei n. 8.408/92, a perda do patronímico da mulher desvinculou-se da idéia de culpa.

A Lei n. 7.841/89, derogando a Lei do Divórcio, adequou-se ao preceito constitucional. Dessa forma, o artigo 226, no seu parágrafo 6º, dispõe: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos”. (Constituição Federal de 1988).

No rol das conseqüências da culpa na separação impunha-se a destituição da guarda dos filhos ao cônjuge culpado, dispondo o artigo 10 da Lei do Divórcio que “[...] os filhos menores ficarão com o cônjuge que a ela não houver dado causa”. Ignorava-se então, o *the best interest of the child*.

4 A DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL PELA SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA

A separação judicial apresentava-se em suas duas formas: consensual e litigiosa ou contenciosa, e desde a vigência da Lei do Divórcio, fundamentada em seus artigos 4º e 5º, a doutrina apontava três espécies de separações judiciais: a separação-sanção, fundada na culpa de infração aos deveres do casamento; a separação-ruptura, também denominada ou separação-falência; e, a separação-remédio.

A doutrina jurídica denomina como separação-sanção aquela decorrente da imputação de conduta indigna a um dos cônjuges, sendo esta espécie de separação considerada, historicamente, a primeira manifestação de intervenção do poder do Estado no âmbito privado, cuja maior punição era a destituição da guarda dos filhos ao indigno. O Direito

Romano cominava penas diversas ao culpado pela dissolução do matrimônio, desde penas pecuniárias, perda do dote, penas corporais e segregação social, mas, também sancionava àquele que repudiasse o seu consorte, sem arguição de justa causa.

A extinção do liame conjugal pela separação judicial, na lição de Pereira (2004, p.174), é a terceira *causa dissolutionis* da sociedade conjugal, expressa no artigo 1572 do Código Civil de 2002, proposta em imputação à grave violação aos deveres do casamento, ensejadora da insuportabilidade do convívio doméstico. Tais deveres conjugais se distinguiam conforme o gênero sexual no Código de Beviláqua, pois vinham disciplinados em artigos diferentes, respectivamente, artigo 233 referente ao homem, e artigo 240 referente à mulher, acrescidos de restrições e necessidade de autorização marital para a realização de vários atos da vida civil, relegando a esposa à condição equivalente à do relativamente incapaz, consoante artigo 242, todos do Código Civil de 1916.

O Código Civil de 2002 modificou esse quadro, impondo isonomicamente, deveres comuns aos consortes, explicitados no seu artigo 1566: fidelidade, coabitação, mútua assistência, encargos inerentes ao poder familiar, respeito e consideração mútuos. Conjugam-se a este elenco as causas justificadoras da insuportabilidade da vida em comum, segundo Saboya (2003, p.24), seis causas legais ensejadoras da separação no rol exemplificativo do artigo 1573 do Código Civil de 2002: adultério, tentativa de morte, sevícia ou injúria grave, abandono voluntário do lar durante um ano contínuo, condenação por crime infamante ou conduta desonrosa, além de outras hipóteses sujeitas à interpretação judicial. Ainda na vigência do Código Civil de 1916, as causas legais eram enunciadas pela Lei n. 6.515/77, Art. 5º, apenas mencionando, genericamente, conduta desonrosa ou grave violação dos deveres conjugais.

Os efeitos da separação judicial vêm dispostos no artigo 1575 do Código Civil de 2002, importando na separação de corpos e partilha de bens, combinado com o artigo 1576 do mesmo código, extinguindo os deveres de coabitação, fidelidade recíproca e regime de bens.

Contudo, remanesceu a perda do patronímico como sanção ao infrator dos deveres conjugais, culpado pelo insuportável convívio doméstico, condicionada, porém, à ausência de quaisquer hipóteses de danos graves, judicialmente reconhecidos, assim como ao pedido expresso do cônjuge inocente, sem prejuízo para a sua identificação ou manifesta distinção entre seu patronímico e o dos filhos.

A conversão da separação em divórcio, requerida por quaisquer das partes, adstringe-se ao lapso temporal de um ano, conforme consta no artigo 1580 Código Civil de 2002, e

conforme o parágrafo 1º do artigo 1581, do aludido código, extingue-se o estigma da culpa devido à supressão da causa da separação.

5 EFEITOS DA SEPARAÇÃO JUDICIAL

A doutrina jurídica civilista sob o Código de Bévilaqua adotava a convenção social da indissolubilidade do casamento, e a separação, era geralmente culposa, cominando sanções ao infrator dos deveres conjugais, pela mera conduta, considerada danosa e geradora da desagregação familiar.

Quanto aos efeitos da separação Pereira, (2004, p.174) aponta a tríplice consequência, nas esferas pessoal, patrimonial e relativa aos deveres parentais, mencionando a cessação do *debitum conjugale*, a extinção do regime de bens e o fim da comunhão, findando o direito sucessório ao cônjuge, após a separação.

As consequências atuais da separação judicial culposa configuram-se como o fim dos deveres, de coabitação, de fidelidade, do regime de bens. A assistência mútua conforma-se ao binômio necessidade-possibilidade, independentemente da averiguação de culpa.

Entre as consequências jurídicas apontadas na doutrina, revela-se, entre as mais inovadoras, uma interpretação da ocorrência de Dano Moral pela dissolução do casamento, com possibilidade de incidência da obrigação de indenização por perdas e danos ao cônjuge inocente, significando uma evolução das relações jurídicas, se cotejada com a precedente concepção do rompimento do casamento ser equivalente a uma culpa religiosa, a prática de um pecado, a um estigma indespeçável do culpado pela afronta à solidez do laço matrimonial indissolúvel, consoante à lei eclesiástica.

O conceito atual de organização familiar, fundada na igualdade de direitos entre os gêneros e nas relações de afeto, sobrepostas aos critérios de consangüinidade, bem como na superação da submissão coercitiva de cumprimento de deveres objetivos, liberou os cônjuges para uma relação matrimonial de respeito, consciência e liberdade, em convívio e repartição isonômica de direitos e obrigações, mais condizente com a observância do amor e respeito à dignidade da pessoa humana.

6 CULPA E DESAMOR

O cônjuge responsável pela separação conjugal no direito canônico estigmatizava o pecador, destruidor dos laços sacramentais, com o sinal da indignidade e o abatia sob a vergonha e marginalização. Impunha sanções morais e práticas penitenciais para expiação dos pecados, culminando na ‘excomunhão’ da vida em congregação religiosa.

A secularização da culpa, tornada laica pela radical distinção do instituto civil do sacramento religioso, fez exsurgir a possibilidade de indenização por dano moral pela violação aos deveres do casamento.

A determinação de culpa civil, definida no art. 186 do Código Civil de 2002, tipifica atos de negligência ou imprudência, violação de direito e inflição de dano, deduzida de uma conduta objetiva, na qual faltou o regular dever de atenção.

Gustavo Tepedino apud Sara Penido(2004, página 55) leciona:

Contra o cônjuge faltoso importava-se uma série de sanções, patrimoniais e não-patrimoniais, a noção de culpa identificava um comportamento causador de dano injusto, ou seja, a dissolução do vínculo conjugal. Isto porque o casamento era valorado como um bem em si mesmo, necessário à consolidação das relações sociais, independentemente da realização pessoal de seus componentes.

Pedro Welter (2006, p.4) diz que não há mais sentido em falar de culpa, porquanto a mesma foi secularizada e ultrapassadas as raízes canônicas deste anacronismo, aviltantes dos Princípios da Secularização e da Dignidade da Pessoa Humana.

No mesmo sentido, Sara Penido (2004, pp57-60) conclui que a utilização do critério da culpa foi destituída de adequação e propriedade quanto à separação litigiosa, desde que evidente a impossibilidade de se apontar apenas um culpado pelo fim da relação conjugal, entendida como um relacionamento afetivo de trocas intersubjetivas, pois ambos os consortes seriam igualmente responsáveis pelo fim do amor, restando, como único culpado a ser imputado, o próprio desamor, contrariando a exigência legal do requisito para a separação, a imputação unilateral de uma falta grave, de uma culpa.

Questão intrincada se torna a comprovação e valoração judicial da alegação da ocorrência de outros fatos danosos, causadores da insuportabilidade do convívio familiar, dispostos à interpretação meta-jurídica, porquanto dessume-se a exigência do sistema jurídico de identificação de apenas um culpado pela separação, que, por ser concebida como uma punição, elimina a possibilidade de auto-imputação da culpa, já que a ninguém seria permitido alegar a própria torpeza, em seu benefício.

Para absoluta distinção do instituto, Welter (2006, página 5) defende a tese de que só deveria haver configuração de culpa diante de prática de ilícito penal, pressupondo que o infrator de deveres legais mereceria a inflição sancionatória de punições, em contraponto à tese oposta, de que o fim de um relacionamento ocorre pelo fim do amor, sem culpas, pois, na hipótese de negligência aos deveres conjugais, não haveria intencionalidade lesiva. Culpa pelo desamor seria hipótese descabida, suscitando dúvidas sobre a validade de um tipo de responsabilidade objetiva, conflitante com o caráter potestativo do exercício do direito dos cônjuges de dissolução da aliança matrimonial, segundo o livre fluxo dos afetos.

Nesse sentido, o culpado poderia optar por pagar o preço da sua liberdade, em similitude à devolução do dote no casamento romano *Sine Manu*, reconquistando sua liberdade, sem internalizações de culpas atinentes ao molde da moral religiosa.

Em dispositivos legais revogados, as causas da separação judicial podiam tipificar crime, tal como o adultério, que, ao lado da sanção principal, traria penalidades acessórias à vedação para contrair casamento com a amante, cúmplice do crime; a perda da guarda dos filhos, a obrigação de prestar alimentos ao cônjuge inocente e aos seus filhos; e, no caso da mulher ser a culpada, a perda sancionatória do sobrenome.

Regina Santos *apud* Freitas

[...] Embora existam outras espécies de separação judicial e mesmo a possibilidade de dissolução direta do vínculo conjugal, certamente menos dolorosas ou traumáticas que a separação-sanção, esta se conserva como necessária principalmente nas seguintes situações: quando o consorte inocente tem em vista demonstrar a culpa do outro cônjuge, inclusive para liberar-se definitivamente da prestação alimentícia a este último; ou quando as partes não se compõem acerca das cláusulas básicas para a homologação da separação consensual [...]; ou, também, se outras espécies de separação não puderem ser obtidas [...].

Dissentindo deste entendimento, a tendência oposta erige o desamor como causa objetiva para a dissolução do casamento, pois, apesar da persistência do princípio da culpa em nosso ordenamento jurídico, o desamor constitui-se na principal causa das separações na Modernidade.

Porém, mantendo a polêmica, César Peluso (2006, p.3) replica em sentido contrário, fundamentando-se no mesmo princípio, o da dignidade da pessoa humana, acerca da consideração do desamor, para posicionar-se contrariamente a que este seja considerado causa suficiente para separação judicial; sustenta este autor que a separação calcada na ocorrência do desamor configura lesão à dignidade, à honra e à liberdade das pessoas, por ser equivalente

ao repúdio do casamento romano. Na esfera psicológica causa um dano incalculável gerador do sentimento de rejeição, aniquilamento da auto-estima.

Os defensores da abolição da culpa, por outro prisma, argumentam que a manutenção da separação culposa no atual Código Civil só se explica pelo apego à tradição moral-religiosa, judaico-cristã, incongruente com a instituição de um Estado laico. Defendem ser suficiente a ruptura do convívio conjugal para conferir a legitimidade da separação judicial de cônjuges infelizes na manutenção de um liame existencial indesejado, e que a culpa se apresentaria menos como motivação para extinguir os laços do casamento, que o amor e o desejo recíprocos para justificar a manutenção da convivência matrimonial.

Alexandre Rosa, *apud* Sara Penido (2006, p.65) afirma que:

No Paradigma do Desamor as culpas são partilhadas a gosto dos cônjuges, sem que se preocupe em apontar o culpado pelo fim do relacionamento. Será que alguém se acredita totalmente inocente ao final de um relacionamento? Nunca fez qualquer ato ou omissão capaz de gerar no companheiro/companheira uma desilusão, um dissabor, uma frustração, uma mágoa sequer? Quais os efeitos da manutenção da culpa?

Afirmam os defensores da manutenção da culpa em nosso ordenamento jurídico, aliados aos que sustentam a necessidade persistência da separação judicial, ao invés da substituição desta última pelo divórcio, ser necessário o lapso temporal previsto como o prazo de separação judicial, para a elaboração psíquica da perda, concebendo que a adoção do desamor como causa objetiva de dissolução seria um retrocesso, associado diretamente ao *repudium* romano.

Gustavo Tepedino (1999, p.1) atribui a filiação da culpa à tradição judaico-cristã, derivada do pecado original, que insere na tabela axiológica convencional brasileira a tradição ética para vincular o prazer à culpa, que ainda se faz presente, mesmo atenuada e inobstante o conceito de família ter se alterado como fruto das mutações sociais, e de ter sido incrustado em nosso texto constitucional.

Por isso, no Código Civil de 1916, antes da Lei do Divórcio, o casamento era indissolúvel e as duas espécies de desquite, o consensual e o litigioso, estavam vinculados à ocorrência de uma das hipóteses de condutas culposas, legalmente previstas para autorização do desenlace litigioso, recoberto pela reprovação social e dependente da prova da culpa. Nesse ponto, a própria Lei do Divórcio manifestava o resquício da culpa, projetada no decréscimo patrimonial decorrente para aquele que tomasse a iniciativa da separação.

Bruno Henrique Freitas (2006, p.4), mencionando a mitigação evolutiva do papel da culpa, demonstra que a obrigação alimentária subsiste para os filhos e para o cônjuge,

somente pelos critérios da necessidade e carência econômica e pela compulsoriedade da solidariedade familiar, segundo os artigos 1694, parágrafo 2º e 1704, parágrafo único, ambos do Código Civil de 2002. No tocante à guarda dos filhos, foi adotado o *princípio do melhor interesse da criança*, disciplinando a concessão da custódia ao ascendente que apresentar melhores condições de favorecer o desenvolvimento de sua prole.

O referido autor aduz outra perspectiva acerca do dano moral:

[...] Acreditamos que um dos maiores prejuízos decorrentes de ser tido como culpado pela dissolução do matrimônio é o moral, sofrido por este, ou seja, o dano causado à sua imagem social, motivo pelo qual também lhe daria direito a uma indenização, mas que seria evitável se não houvesse a imputação de culpa a somente um dos cônjuges quando da dissolução, assim como prevê o nosso Estatuto Civil.

O dano moral e sua indenização também se fundamentam na ocorrência de um dos mais radicais efeitos decorrentes da dissolução da sociedade conjugal, a lesão psicológica causada pela frustração de um projeto de vida, o fim do sonho do par complementar, da alma-gêmea causando a dor da perda da auto-estima, o luto interno.

Assim é que Rodrigo da Cunha Pereira *apud* Freitas (2006, p. 4-5) fala da separação: “muito antes de um processo judicial, é um processo psíquico, interno. É preciso separar as questões da objetividade das questões da subjetividade”.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A persistência legal do instituto da culpa na separação judicial litigiosa demonstra a existência de um dos aspectos mais conservadores no direito de família brasileiro, cuja derivação e justificativa se atribuem à tradição moral-religiosa, pela qual a disciplina legal dessa modalidade de separação é tratada como uma inflição sancionatória a ser aplicada aos infratores dos deveres conjugais, responsáveis pela dissolução do matrimônio.

A doutrina jurídica tem questionado a existência de responsabilização unilateral, de um culpado pelo desfazimento do relacionamento dual, o consórcio conjugal, ante as evidências empíricas de que a maioria das separações dos casais se deve ao mero desamor.

Indaga-se a eficácia da aplicação da sanção de separação incidente sobre o sujeito de conduta negligente na observância dos deveres matrimoniais, se o principal efeito da ruptura matrimonial seria o benefício liberatório das obrigações conjugais.

Apesar da manutenção da categoria classificatória desairosa de culpado, as sanções cabíveis ao infrator das obrigações conjugais têm sofrido atenuação e, paulatinamente, as punições tendem a desaparecer da legislação civil.

Visualiza-se a mitigação da influência de atribuição de culpa nos atuais efeitos da dissolução conjugal em que a meação dos bens fica garantida, independente de culpa, o regime de bens prescrito por livre opção, antes da violação dos deveres, permanece o regente da partilha patrimonial, a perda do sobrenome é passível de contestação em ampla defesa, a guarda dos filhos vincula-se ao melhor interesse da prole e a obrigação alimentária cinge-se ao binômio necessidade-possibilidade e à compulsoriedade da solidariedade familiar.

O efeito extintivo da culpa na separação matrimonial se perfectibiliza quando a separação se transforma em divórcio, onde, então, a culpa desaparece.

Conclui-se que a justificativa legal para a manutenção sistêmica da culpa tende a ser substituída pela da reparação civil, por dano moral, decorrente da lesão psíquica, imposta pela dor do desamor, enquanto o mesmo não se constituir causa de responsabilidade objetiva nas searas da vida afetiva.

REFERÊNCIAS

CRETELLA JUNIOR, José. *O direito romano moderno: introdução ao direito civil brasileiro, de acordo com o novo código civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ENGELS, Friedrich. *A origem da Família, da propriedade privada e do estado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1977.

FREITAS, Bruno Henrique de. A dissolução do casamento na Lei n. 6.515/77, na Carta de 1988 e no novo Código Civil: evolução histórica, formas e efeitos. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 931, 20 jan. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7853>>. Acesso em: 19 mai. 2006.

LIMA, Sarah Penido Souza. A análise da culpa na separação litigiosa. Disponível em: (<http://www.viannajr.edu.br/dir/Ed001/monografias/SARAH-MONOGRAFIA.pdf>). Acesso em: 03 mai. 2006.

PELUSO, Antonio César. Desamor como causa de separação e divórcio. Disponível em: <www.pailegal.net/mediation.asp?rvTextoId=1130619101-46k> Acesso em: 02 mai. 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v 4, 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SABOYA, Jorge; ROBERTO, Paulo. *Novo código civil comentado*. 1. ed. Rio de Janeiro: JASP, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. *Repensando o direito de família: O papel da culpa na separação e no divórcio*. Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família, IBDFAM. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

WELTER, Belmiro Pedro. A secularização da culpa no Direito de Família. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 15 mai. 2006 .