

Reflexões sobre a Culpa na Separação Judicial

Selma Maria Ribeiro Araújo

Promotora de Justiça

“... e minha alma não podia viver sem ele...
Com que dor se ensombreou meu coração ! Tudo
que via era morte para mim... E tudo o que o
lembrava transformava-se para mim em cruelíssimo
martírio. Cheguei a odiar todas as
coisas, porque nada o continha.... Tornei-me para
mim mesmo um grande problema, perguntando à minha
alma por que estava triste e me conturbava tanto,
e ela não sabia o que responder-me.”

(Santo Agostinho, *Confissões*, Ed. das Américas,
SP, 1964, Livro IV, cap. 4, p. 113)

O relacionamento homem-mulher, além de ser objeto de estudos jurídicos, é tema preferido e debatido por artistas:

“poetas, romancistas, compositores, escultores descreveram, cantaram ou esculpiram, das mais variadas formas, as vicissitudes de tal relacionamento. Dramas, tragédias, comédias, aproximações, afastamentos, nascimentos, mortes, amor, ódio, alegrias, tristezas, aceitação, rejeição, luta, cooperação, ilusões, desilusões, marcaram, marcam e certamente acompanharão a história do encontro homem-mulher até o final dos tempos. Essa “multidão de dois”, tendo como berço a paixão, na realidade constitui desafio para qualquer pesquisador pois não passa de um elogio da in/certeza”. (Adaptado de artigo de autoria de João Francisco Neves, membro do IEPSI, em artigo intitulado “Casal ou Pro/cura da In/Compleitude”, publicado na revista *Grifhos*, nº 8, setembro de 1996, p. 15/19).

As leis atinentes ao Direito de Família percorreram um longo e lento caminho até que se conseguisse vencer as resistências da consciência do povo brasileiro à segurança advinda da indissolubilidade do casamento.

As pessoas que, por qualquer motivo, não conseguiam manter a convivência marital, passavam a viver

à margem da vida, mas mantinham o vínculo indissolúvel que, um dia, as unira a outra pessoa.

Esta marginalização era visível não só em relação à Igreja Católica, no que se referia ao sacramento do matrimônio, que permanece indissolúvel, mas também em relação ao aspecto civil do contrato matrimonial.

A resistência do povo brasileiro se devia a uma falsa moral que imperava na sociedade brasileira (será que não impera mais?), que repudiava qualquer relacionamento entre homem e mulher que não tivesse, antes, sido abençoado por Deus e contratado pelas leis dos homens.

Aos poucos, o legislador brasileiro, atendendo aos anseios cada vez mais visíveis e latentes do povo, foi modificando a legislação pátria, admitindo o desquite, sem a possibilidade de novo casamento, depois transformando-o em separação com a possibilidade de convertê-la em divórcio, o próprio divórcio direto, a possibilidade de novo casamento, até o reconhecimento, pela Constituição de 1988, da união estável entre homem e mulher como entidade familiar, hoje regulamentada por lei.

A evolução legislativa se fez sentir, via de consequência, com relação à filiação, reconhecimento de filhos havidos fora do casamento, com a proibição de qualquer discriminação referente à filiação, dita, anteriormente, ilegítima.

Com relação à mulher, finalmente, conquistou-se a igualdade de direitos e deveres referentes à sociedade conjugal.

Com toda essa evolução legislativa, e tendo a seu dispor institutos capazes de dissolver, até com facilidade, o vínculo que se estabelece com o casamento civil, o número de separações e divórcios aumentou assustadoramente, chegando mesmo a preocupar aqueles que vêm, na família constituída pelo casamento, a “célula mater da sociedade”, usando um chavão antigo e retórico.

Entretanto, o valor desta evolução é apenas histórico e didático, não tendo qualquer aplicação prática, principalmente para aqueles que trabalham com o Direito de Família, seja como Juízes, Promotores ou Advogados.

As separações e os divórcios feitos de forma consensual apresentam menos dificuldades e minoram o desgaste daqueles que se separam. Feito o acordo e homologado pelo Juiz, transforma-se, como qualquer outro contrato, em lei entre as partes, guardada a possibilidade de se rever apenas, e tão-somente, a questão alimentícia, face à aplicação do princípio *rebus sic stantibus*, às obrigações de natureza alimentar.

Inexistindo o acordo, e partindo o casal para uma separação ou divórcio litigiosos (ainda que não se discuta nesta última hipótese a questão da culpa, mas simplesmente o lapso de tempo), o processo para se obter o desfazimento da relação conjugal é desgastante, vez que leva ao questionamento das causas elencadas no art. 5º da Lei nº 6.515/77, competindo ao cônjuge, autor da ação, o

ônus de provar que o fracasso da sociedade conjugal e, conseqüentemente, a insuportabilidade da vida em comum decorreram da conduta desonrosa, ou de grave violação dos deveres do casamento pelo cônjuge-réu.

A prova produzida nestes autos é que vai autorizar o Juiz a decidir a causa, declarando de quem é a culpa e decretando a dissolução da sociedade conjugal.

São as conseqüências para o cônjuge-réu da declaração da culpa questão que sempre nos preocupou, quando da nossa atuação nos processos das Varas de Família. A prova produzida nos autos é fruto do trabalho do advogado, patrono da parte. Vai depender da maior ou menor habilidade do causídico a robustez da prova e, conseqüentemente, o convencimento do Juiz e o direcionamento da manifestação ministerial.

Havendo reconvenção, a solução processual do litígio se torna mais fácil, devido à possibilidade do reconhecimento da culpa recíproca. Não havendo reconvenção, ao magistrado só se permite decidir pela procedência do pedido, com o reconhecimento da culpa atribuída ao réu, ou pela improcedência, se não restarem provados os fatos alegados. Neste caso, o casamento é mantido, embora absolutamente falido.

A jurisprudência continua resistindo à possibilidade de se reconhecer culpa recíproca, quando não há reconvenção.

A subordinação do processo de separação judicial litigiosa às regras rígidas e comuns do Processo Civil

sempre nos pareceu desumana, face às peculiaridades da matéria e das questões ali decididas.

O reconhecimento da culpa, segundo a Lei do Divórcio, ainda influi no direito à guarda dos filhos, ao uso do nome do marido pela mulher e à pensão alimentícia.

A questão da guarda dos filhos, inobstante o disposto no art. 10, da Lei nº 6.515/77, tem sido decidida, observado o interesse efetivo do menor.

Com o divórcio, a mulher volta a assinar seu nome de solteira, exceto nas hipóteses previstas na Lei (parágrafo único do art. 25, da Lei nº 6.515/77).

Quanto aos alimentos, a tendência atual é se decidir pela exoneração recíproca do dever de prestar alimentos, tendo em vista o alegado princípio constitucional da igualdade entre os sexos e o fato de a mulher ter conquistado sua independência financeira, não mais necessitando ser provida pelo ex-marido.

Face a estas constatações, é de se questionar qual a validade do pedido de declaração de culpa na inicial das ações de separação judicial litigiosa e, conseqüentemente, o valor de seu reconhecimento na sentença que dissolve a sociedade conjugal.

Não teria o reconhecimento da culpa o condão de somente tranquilizar a consciência daquele que se diz inocente? Ou de demonstrar para a sociedade que o casamento faliu por culpa do outro?

Todas estas indagações foram motivo de inquietação para nossa consciência quando, por força do ofício, opinamos pelo reconhecimento da culpa nos mais diversos processos de separação judicial em que atuamos, tanto perante a 8ª Vara de Família desta Capital, como nas comarcas do interior por onde passamos.

E, ainda hoje, continuamos questionando o sentido da declaração de culpa nas separações judiciais

Estabelecer o conceito de culpa é tarefa árdua a que se têm dedicado todos os juristas doutrinadores da matéria, tanto no âmbito do Direito Penal, como Civil.

“Savatier, ao definir a culpa, afirma que é necessário assentar ser impossível fazê-lo sem partir da noção de dever, que ele analisa em várias hipóteses ou espécies (deveres legais, deveres de família, deveres morais, obrigações de observar regulamentos, dever geral de não prejudicar o outrem, etc).

Resta por assim definir “ a culpa é a inexecução de um dever que o agente podia conhecer e observar. Se conhecia efetivamente e o violou deliberadamente, há delito civil, ou em matéria de contrato, dolo contratual. Se a violação do dever foi involuntária, podendo conhecê-la e evitá-la, há culpa simples, fora destas matérias contratuais, denomina-se quase delito” (*Traité de la responsabilité civile*, vol. I, nº 4, *apud* Rui Stoco, “Responsabilidade Civil e

sua Interpretação Jurisprudencial 2. ed., Ed. Rev. dos Tribunais, 1995, p. 51).

Na hipótese do casamento, que pressupõe a existência de um contrato, é de se observar quais os deveres que, se violados, importam no reconhecimento da culpa. É no Código Civil, estatuto revogado e alterado consubstancialmente no que se refere à parte especial que trata do Direito de Família, que vamos encontrar os deveres de ambos e cada um dos cônjuges.

O art. 231 enumera como deveres de ambos os cônjuges: a fidelidade recíproca, a vida em comum no domicílio conjugal, a mútua assistência e o sustento, guarda e educação dos filhos.

Ocorre que, anteriormente à celebração do contrato matrimonial, o casal livremente se comprometera, por força de um sentimento então existente denominado "amor" e foi em função deste que os dois decidiram comungar, antes de qualquer bem, principalmente as suas vidas.

Visto sob a ótica de comunhão de vida, destinada a realizar plenamente cada um dos cônjuges em uma sociedade reconhecida como familiar, é preciso que se analise com reserva qualquer construção jurídica que transforme o casamento numa sociedade como outra qualquer, tutelada pelo Direito.

Melhor seria que a sociedade familiar se desvinculasse da tutela do Estado, que passaria a se

preocupar tão-somente com os aspectos patrimoniais resultantes da sociedade e com a proteção dos filhos.

Estabelecer normas para a celebração da sociedade conjugal é consideravelmente mais fácil, vez que, quando da celebração do vínculo, o sentimento que impera é o da afetividade e o casal a tudo aquiesce.

Estabelecer normas para o desfazimento desta mesma sociedade é tarefa quase impossível para o Direito, uma vez que as normas esbarram, agora, na maioria das vezes, em sentimentos opostos àqueles que uniram o casal e que os impedem de decidir sem rancor, sem mágoa e sem ódio, a respeito do fim do relacionamento.

A nós nos parece que o legislador está atento para a realidade que se nos apresenta. As leis recentemente promulgadas, que tratam da união estável entre homem e mulher, versam sobre temas objetivos, tais como alimentos, participação na sucessão do companheiro, condições para que se tenha direito à meação, não ditando qualquer norma sobre o descumprimento dos deveres, que incluem lealdade, respeito, consideração e assistência moral e material (Lei nº 9.287, de 10/05/96, art. 2º).

Ao que se constata, descumprido qualquer dos deveres, independentemente de culpa, estará rompida e dissolvida a união estável, sem a interferência do Estado para dizer de quem é ou foi a culpa pelo desfazimento da união.

A nosso aviso, interferindo o Estado na celebração do casamento, estaria ele autorizado a interferir na separação e no divórcio, mas apenas, e tão-somente, nos

seus aspectos legais, jamais para dizer a respeito da culpa de qualquer dos cônjuges.

O momento da separação representa o fim da dissolução progressiva de uma vida em comum, e por isso mesmo é uma das mais dolorosas experiências da pessoa humana, mesmo quando aqueles que se separam já não mais se amam.

O fracasso não diz respeito só ao casamento, à sociedade conjugal. A sensação é de fracasso quanto a um projeto inicial de vida. Esta constatação leva qualquer um ao sofrimento pela perda, ainda que do *status* de pessoa casada.

VIRGÍLIO DE SÁ, em 1923, já dizia em sua obra *Direito de Família*, p. 59/63:

“A família não é criada pelo homem, mas pela natureza, porque o legislador não cria a primavera, dado que sendo um fenômeno natural, ela antecede necessariamente ao casamento que é fenômeno legal” (*in Informativo ADV Boletim Semanal nº 41*, p. 512).

Chega-se à dissolução da sociedade conjugal por incompatibilidade de gênios, pela decomposição de fato do grupo familiar, pela intolerância recíproca, pela ausência de condições propícias à manutenção da vida em comum, inclusive econômico-financeiras, pela cessação definitiva da *affectio maritalis*, pela frustração das relações matrimoniais, pelo desencanto ou decepções da convivência conjugal e são estas e muitas outras as causas que levam

um ou ambos os cônjuges ao descumprimento dos deveres conjugais.

Pergunta-se: de quem é a culpa?

Não teria o outro, dito inocente, esperado demais de uma relação que envolve pessoas humanas absolutamente diferentes, pelo simples fato de serem homem e mulher?

Por outro lado, ainda que cumpridos todos os deveres legais do casamento, a própria

“doutrina reconhece a existência de deveres implícitos do casamento, não expressamente previstos em lei, que decorrem da natureza mesma do casamento, que implica na mais íntima comunhão de vida e que, se descumpridos, impõem a separação, com o reconhecimento de culpa recíproca” (neste sentido decidiu a Segunda Turma Cível do TJDF, em 20.09.85, *Rev. de Doutrina e Jurisprudência* 23/134).

Estes deveres implícitos são enumerados por alguns doutrinadores como: respeito, sinceridade, tolerância, comunicação espiritual, zelo para que a própria honra do consorte não seja atingida, respeito pela dignidade do cônjuge, entre outros, deveres estes que se resumem no *affectio* que deve existir entre os cônjuges.

A violação desses deveres implícitos não acontece do dia para a noite. É paulatina e mina a relação aos poucos. É um desgaste hoje, uma decepção amanhã, uma intolerância que, com o passar do tempo, enfraquecem a

relação, fazem com que o casal perca a cumplicidade e chegue ao desamor e, só então, acontecem as hipóteses previstas no art. 5º da Lei do Divórcio: conduta desonrosa ou atos que importem na violação dos deveres do casamento e tornem insuportável a vida do casal. Isto é consequência do descumprimento dos deveres implícitos, hipótese em que achar um culpado é matéria de difícil prova. Afinal, não se trata de um fato isolado, mas de uma seqüência de desgastes na relação do dia-a-dia, uma trama da qual participam ambos os cônjuges e que acaba por tornar insuportável a vida a dois.

FERREIRA PINTO sabiamente preleciona que:

“a causa última, real, verdadeira, decisiva do divórcio culposo é, não a violação dos deveres conjugais, mas, sim, o comprometimento da vida em comum dos cônjuges. Aquela é apenas a objetivação deste, o seu despoletar...” (*Causas do Divórcio*, p. 101, *apud Divórcio e Separação* de YUSSEF SAID CAHALI, Tomo 1, 6. ed., Ed. Rev. dos Tribunais, p. 451).

Portanto, em matéria de dissolução de sociedade conjugal, a não ser em hipóteses excepcionalíssimas e devidamente comprovadas, seria mais prudente não se falar em culpa exclusiva de qualquer dos cônjuges, sem antes proceder a um exaustivo exame do caráter complementar daquela relação, independentemente de reconvenção.

Vislumbramos como urgente a modificação dos principais dispositivos legais que regulam a separação e o divórcio litigiosos, bem como o seu processo e a criação de outros, que disponham e disciplinem mais humanamente sobre o fim da comunhão de vida representada pelo casamento civil.

Nesta modificação, com toda certeza, a redação do atual art. 5º da Lei nº 6.515/77 autorizaria a propositura da ação de separação por um dos cônjuges, sob a alegação de que a vida em comum tornou-se insuportável, rompendo-se os laços de comunhão.

Não haveria qualquer imputação de culpa, nem qualquer referência aos efeitos de uma presumida culpabilidade.

Ainda que não mudem as leis, a sua aplicação pode se adequar à nova realidade e aos novos tempos, vez que o Direito é ciência essencialmente dinâmica e deve ser colocada a serviço do homem e da solução de seus conflitos e anseios.

Referências Bibliográficas e Obras Consultadas

CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e Separação*. 6. ed., Tomos 1 e 2. SP: Ed. Rev. dos Tribunais, 1991.

CARUSO, Igor. *A Separação dos Amantes*. 2. ed. SP: Ed. Diadorim, 1982.

GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 7. ed. RJ: Ed. Forense, 4ª tiragem, 1992.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Origem e Evolução do Casamento*. PR: Juruá Editora, 1991.

SANTOS, Regina Beatriz T. da Silva Papa dos. SP: Ed. Forense Universitária, 1990.

STOCO, Rui. *Responsabilidade e sua Interpretação Jurisprudencial*. 2. ed. SP: Ed. Rev. dos Tribunais, 1995.

VILHENA, Júnia de. *Escutando a Família: Uma Abordagem Psicanalítica*. RJ: Ed. Relume - Dumará, 1991.

Código Civil

Código de Processo Civil

Constituição da República Federativa do Brasil

Revista Grifhos, nº 8, setembro, 1990.