

# O Papel da Culpa na Separação e no Divórcio \*

GUSTAVO TEPEDINO

*Professor Titular do Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ.*

1. **A presença da culpa na tradição ética judaico-cristã** - Deriva do pecado original, metaforicamente representado pela maçã mordida no paraíso, a expressão da tentação humana dirigida a tomar o lugar de Deus, com a cumplicidade da serpente, a suscitar a pronta e enérgica ira divina:

*“Então o Senhor Deus disse à serpente: ‘Porque fizeste isso, serás maldita entre todos os animais e feras dos campos ; - andarás de rastos sobre o teu ventre e comerás o pó todos os dias de tua vida. Porei ódio entre ti e a mulher, entre a tua descendência e a dela. Esta te ferirá a cabeça, e tu lhe ferirás o calcanhar’. Disse também à mulher: ‘Multiplicarei os sofrimentos de teu parto; darás à luz com dores, teus desejos te impelirão para o teu marido e tu estarás sob o seu domínio’. E disse em seguida ao homem: ‘Porque ouviste a voz de tua mulher e comeste do fruto da árvore que eu te havia proibido comer, maldita seja a terra por tua causa. Tirarás dela com trabalhos penosos o teu sustento todos os dias de tua vida’<sup>1</sup>.*

O impressionante relato bíblico revela, assim, a idéia, incrustada na formação cultural judaico-cristã, de que a reprodução humana, o relacionamento conjugal e as relações de trabalho, atividades que, de um certo modo, resumem a vida do homem em sociedade, estão associadas irremediavelmente à idéia de expiação de pecados. Não pareceria demasiado, portanto, formular a hipótese de que, à luz da nossa mais profunda tradição ética, o prazer não é facilmente absorvido desvinculado do elemento culpa: “este doce é tão bom que me dá até remorso comê-lo”, dizia-me minha saudosa avó, no remanso das montanhas das Minas Gerais.

---

\* Trabalho apresentado ao I Congresso Brasileiro de Direito de Família, sobre *A Reforma do Direito de Família*, organizado pela Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Minas Gerais, em Belo Horizonte, no período de 22 a 25 de outubro de 1997.

<sup>1</sup> Gênesis, 3, 14 a 17.

No direito de família, a culpa expressa-se na tradição ocidental tanto no momento patológico do casamento, quando alguém é responsabilizado por não mais querer viver com o seu cônjuge - na perspectiva da ruptura da sociedade conjugal -, quanto no quadro - por assim dizer - de estabilidade da vida a dois, culpando-se os cônjuges freqüentemente pelo papel que desempenham no cenário da família, associando-se o esforço individual por objetivos comuns à idéia de sofrimento: o sacrifício que alguém faz pela família é a medida, assim, do amor conjugal.

Nesta perspectiva, não surpreende que o estigma do egoísmo venha a ser contraposto à atitude de permanente sofrimento que se espera do cônjuge - especialmente do cônjuge-mulher e mãe (na voz popular, ser mãe é sofrer no paraíso) -, como se inexistisse o ponto de equilíbrio consistente na relação de mútuas concessões, postas - não já impostas - pelo amor de um cônjuge ao outro - derivado do seu próprio sentimento e não de um mero dever institucional.

**2. A Culpa no Código Civil Brasileiro e na Lei do Divórcio** - O papel da culpa na separação tem sido atenuado, ao menos no que tange à tendência dominante na política legislativa contemporânea, embora o seu espectro continue presente na cultura do direito de família, traduzido na tentativa de reinserir, no âmbito da união estável, efeitos punitivos pela ruptura dos deveres pré-estabelecidos, posição também sustentada, em doutrina, como proposta legislativa, para a disciplina da sociedade conjugal <sup>2</sup> .

Como se sabe, no regime do Código Civil, anteriormente à Lei do Divórcio, o casamento era indissolúvel, configurando-se duas espécies de desquite: o desquite consensual, ou o desquite litigioso, este associado sempre a idéia de culpa. Vale dizer, se um dos cônjuges não consentisse com o desquite consensual, somente a ocorrência de uma das hipóteses de conduta culposa previstas pelo legislador autorizaria o desenlace. A idéia de culpa estava intensamente presente, portanto, no desquite litigioso, que dependia da prova, atribuída ao autor da ação, de uma das seguintes causas taxativamente enumeradas pelo art. 317, do Código Civil: a) adultério; b)

---

<sup>2</sup> No plano da união estável, basta examinar o art. 7º da Lei 9.278/96, cuja dicção pretendeu associar o dever de alimentos à ruptura culposa (rescisão) da vida em comum. Relativamente à sociedade conjugal, v., por todos, a recente e bem elaborada tese de doutorado de REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA PAPA DOS SANTOS, *Reparação Civil na Separação e no Divórcio*, aprovada com a nota máxima na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1998.

tentativa de morte; c) sevícias ou injúria grave; d) abandono voluntário do lar conjugal durante dois anos.

Não havendo outra forma de desquite unilateral senão a litigiosa, avultavam, no passado, os pedidos de anulação de casamento ou de imputação de culpa como causa do desquite, em particular na hipótese de adultério, não raro forjado em circunstâncias ensejadoras de enorme constrangimento para os cônjuges e para os filhos.

Por outro lado, sendo o casamento indissolúvel, era inegável o estigma da culpa atribuído a quem pretendesse se separar, sendo certo que, do ponto de vista cultural, o cônjuge desquitado, sobretudo o cônjuge-mulher, era visto com forte preconceito, como pessoa posta à margem das relações familiares.

A introdução do divórcio no ordenamento brasileiro, através da Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, que deu nova redação ao § 1º do art. 175 da Carta de 1967, e regulamentado pela Lei do Divórcio (Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977), ocorreu em meio a intenso confronto ideológico entre divorcistas e antidorcistas, daí decorrendo uma regulamentação assaz limitativa do divórcio. O casamento somente poderia ser dissolvido após prévia separação judicial por ao menos 3 anos. Admitiu-se, ainda, o divórcio-direto (art. 40, *caput*), sem a etapa da separação judicial, para a hipótese em que, segundo a redação original do dispositivo, os cônjuges já se encontrassem separados de fato quando da promulgação da Lei do Divórcio e desde que decorrido um período mínimo de 5 anos<sup>3</sup>.

O art. 38 da Lei do Divórcio, em sua redação originária, foi veementemente censurado por prescrever que o pedido de divórcio, em qualquer dos seus casos, somente poderia ser formulado uma única vez. O dispositivo, de compreensão obscura - por referir-se *ao pedido de* divórcio, fazendo supor que o proibição seria apenas da iniciativa do novo divórcio, não excluindo divórcios sucessivos desde que mediante requerimento do cônjuge não antes divorciado - teve o propósito de coibir o que os antidorcistas chamavam de *poligamia sucessiva*, oferecendo tratamento flagrantemente desigual às

---

<sup>3</sup> Discutiu-se vivamente, ante a redação do art. 40, se estariam autorizados ao pedido de divórcio apenas os casais que já estivessem separados de fato há mais de 5 anos no momento da promulgação da Lei do Divórcio ou se o permissivo abrangeria também os casais que, separados de fato naquela data, viessem a completar o quinquênio da ruptura posteriormente. A jurisprudência, sensível ao drama social que a matéria envolvia, acabou por fixar-se na solução mais liberal.

pessoas casadas, “permitindo que algumas se divorciem e que outras permaneçam simplesmente separadas por toda a vida”<sup>4</sup>.

Tais restrições demonstram as dificuldades encontradas pelo legislador para a introdução do divórcio, ressaltando as implicações religiosas, culturais e sociais da ruptura do vínculo matrimonial, permeada seguramente pela idéia de que extinção do casamento, mais do que retratar um fracasso conjugal anterior, representaria, em si próprio, um pecado social.

Com o reforma, de toda sorte, na esteira das reformas legislativas francesa, italiana e alemã, abrandava-se o sistema, prevendo-se, ao lado da chamada “separação-sanção”, insculpida no *caput* do art. 5º, e associada, portanto, à presença do conduta culposa - já agora não mais sujeita a causas taxativamente expostas -, a “separação-remédio” e a “separação-falência”, (ensejadoras do divórcio-remédio e do divórcio-falência), previstas nos §§ 1º e 2º do mesmo artigo 5º, derivadas da constatação fática da falência do casamento (§ 1º) ou de doença incurável que torna impossível o convívio conjugal (§ 2º), sendo a ruptura do vínculo em ambos os casos o único meio ou remédio para se minorar o drama em que se tornou a convivência familiar<sup>5</sup>.

A Lei. 7.841, de 17.10.89, deu nova redação ao mencionado art. 40, *caput*, da Lei do Divórcio, em consonância com o art. 226, § 6º, da Constituição Federal, de molde a alterar profundamente o sistema. É de se conferir:

---

<sup>4</sup> ORLANDO GOMES, *Direito de Família*, Rio de Janeiro, Forense, 1978, 3ª ed., p. 314.

<sup>5</sup> Sobre o tema, v., por todos, ANTUNES VARELA, *Dissolução da Sociedade Conjugal*, Rio de Janeiro, Forense, 1980, espec. p. 82 e ss., que analisa sistematicamente a reforma do direito de família introduzida pela Lei do Divórcio. No que concerne à hipótese prevista no § 1º, ANTUNES VARELA sublinha a necessidade de que se caracterize uma “falência definitiva”(p. 88): “Não basta, noutros termos, que a comunhão plena de vida entre os cônjuges se tenha interrompido; é preciso que ela tenha fracassado. Não basta que o casamento esteja em crise; torna-se ainda mister que ele tenha *falhado* ou *naufragado*”. E como não se pode assegurar a *impossibilidade* absoluta de uma reconciliação, o requisito para a separação há de se constituir na “ausência de razões especiais para crer na probabilidade da reconstituição, conforme preceituam a doutrina e a lei alemã (de 14 de julho de 1976): “Falhado é o casamento, em que já não existe (ou nunca existiu) a comunhão plena de vida entre os cônjuges e não há razões para crer (*nicht erwartet werden kann*) que eles a venham a estabelecer ou a restaurar de novo” (p. 88). O autor realça, ainda, o sentido e o alcance da *separação-remédio*, baseada na doença mental de um dos cônjuges, afastando-a da idéia de abandono do doente por parte do cônjuge sadio, observando, argutamente (p.93-94): “A solução foi desde há muito advogada, quer na doutrina estrangeira, quer na doutrina brasileira, por não se considerar justa a condenação à castidade perpétua (ou à prática de adultério) a que implicitamente podia ser sujeito, no sistema anterior, um dos cônjuges, sempre que a doença mental do outro impossibilitasse a coabitação entre eles. A concessão da separação (ou do divórcio) em tais circunstâncias era considerada pelos seus defensores, não como uma sanção contra o cônjuge demandado, mas como um remédio justo, humano, compreensível, para a situação de que era vítima, também sem culpa, o cônjuge não doente”.

*“No caso de separação de fato, e desde que completados 2 anos consecutivos, poderá ser promovida ação de divórcio, na qual deverá ser comprovado decurso do tempo da separação”.*

Vale examinar, ainda, mais detidamente, a dicção do art. 5º e seus parágrafos:

*Art. 5º. A separação judicial pode ser pedida por um só dos cônjuges quando imputar ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e tornem insuportável a vida em comum”*

*§ 1º. A separação judicial pode, também, ser pedida se um dos cônjuges provar a ruptura da vida em comum há mais de um ano consecutivo e a impossibilidade de sua reconstituição.*

*§ 2º. O cônjuge pode ainda pedir a separação judicial quando o outro estiver acometido de grave doença mental, manifestada após o casamento, que torne impossível a continuação da vida em comum, desde que, após uma duração de 5 anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável.*

*§ 3º Nos casos dos parágrafos anteriores, reverterão, ao cônjuge que não houver pedido a separação judicial, os remanescentes dos bens que levou para o casamento, e, se o regime de bens adotado o permitir, também a meação dos adquiridos na constância da sociedade conjugal”.*

Na Lei do Divórcio, portanto, em um primeiro momento, o divórcio-remédio, despido da idéia de culpa, tanto o direto (disposição transitória) como o indireto (exigindo o período de 3 anos de prévia separação judicial), mostrava-se ainda tímido, sendo de se sublinhar, no transcrito § 3º, o resquício da culpa projetada na perda patrimonial de quem toma a iniciativa da separação, além do lapso de 3 anos para requerê-la no caso de impossibilidade de vida em comum.

De toda sorte, a partir do advento da Lei 8.408, de 13.2.92, que reduz para um ano o prazo para a propositura da separação-remédio ou falência (prevista no art. 5º, § 1º, em sua redação original, desde que decorridos 3 anos), e da Lei 7.841/89, que deu a nova redação ao art. 40, expande-se, sensivelmente, a separação ou divórcio-remédio, promovido de maneira objetiva, arrefecendo o papel da culpa.

Quanto ao preceito do § 3º, como justamente observou-se em doutrina, tratava-se de uma espécie indenização compatível unicamente com a comunhão universal, único regime em que há meação dos bens anteriores e

posteriores ao casamento. Nos demais regimes, ou não há meação anterior - e portanto, não há bens levados para o casamento (comunhão parcial) ou não há bens comuns posteriores às núpcias (separação total) <sup>6</sup>.

Há que se remarcar, ao propósito, que o preceito do § 3º, embora não tenha sido propriamente revogado, tornou-se ineficaz diante da nova redação do art. 40 que, como antes examinado, permite aos cônjuges separados de fato promoverem diretamente o divórcio sem se sujeitarem à sanção prevista na lei especial.

Tal proposta, entretanto, longe de ser pacífica, suscita conceituada objeção de quem afirma que o divórcio direto somente poderá ser promovido consensualmente, por vontade de ambos os cônjuges, prevalecendo, conseqüentemente, as conseqüências previstas no § 3º para os demais casos em que apenas uma das partes queira se divorciar - sujeitando-se, então, à prévia separação judicial<sup>7</sup>. O argumento, contudo, não colhe, não sendo consentido ao intérprete restringir o alcance do Texto Constitucional, *in verbis*:

*Art. 226, 6º : O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de uma ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.*

O papel da culpa, portanto, no que tange aos efeitos patrimoniais, mostra-se reduzido, embora permaneça em realce no tocante ao dever de alimentos, prevendo o art. 19 da Lei do Divórcio que “o cônjuge responsável pela separação prestará ao outro, se dela necessitar, a pensão que o juiz fixar”.

Outro aspecto de grande relevo, no tocante à culpa, refere-se à possibilidade de perda do sobrenome pela mulher após a separação. Com efeito, no termos do art. 17, perde o nome de casada não só a mulher considerada culpada da separação mas também a que teve a iniciativa da separação-re-médio ou separação-falência, consoante os §§ 1º e 2º do art. 5º da Lei do Divórcio. Da dicção dos arts. 17 e 18 exsurge nitidamente o caráter punitivo da perda do nome, associada à culpa pela ruptura ou mesmo pela mera iniciativa:

*Art. 17. Vencida na ação de separação judicial (art. 5º, caput), voltará a mulher a usar o nome de solteira.*

---

<sup>6</sup> ARNOLDO WALD, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, vol. IV, *Direito de Família*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, 11ª ed., p. 141.

<sup>7</sup> MARIA HELENA DINIZ, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, vol. 5, *Direito de Família*, São Paulo, Saraiva, 1996, 11ª ed., p. 247.

*§ 1º Aplica-se, ainda, o disposto neste artigo, quando é da mulher a iniciativa da separação judicial com fundamento nos §§ 1º e 2º do art. 5º.*

*§ 2º Nos demais casos, caberá a mulher a opção pela conservação do nome de casada.*

*Art. 18. Vencedora na ação de separação judicial (art. 5º, caput), poderá a mulher renunciar, a qualquer momento, ao direito de usar o nome do marido.*

A solução legal mostra-se plasmada pela idéia da culpa, vinculando a manutenção do *nome de família*, atributo da identificação pessoal da mulher - e incrivelmente sempre tratado, diga-se de passagem, como *nome do marido* - ao seu comportamento durante ao casamento; e, pior ainda, subtraindo-lhe o sobrenome como uma sanção, não só na separação culposa mas na separação remédio.

Já na hipótese de divórcio, o art. 25, parágrafo único, introduzido pela Lei 8.408, de 13.2.92, , prescreve, como regra, a perda pela mulher do nome de família, valendo a transcrição do preceito:

*Art. 25.....*

*Parágrafo único. A sentença de conversão determinará que a mulher volte a usar o nome que tinha antes de contrair matrimônio, só conservando o nome de família do ex-marido se a alteração prevista neste artigo acarretar:*

*I - evidente prejuízo para a sua identificação;*

*II - manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida;*

*III - dano grave reconhecido em decisão judicial;*

A perda do nome de família, portando, no divórcio, a partir da Lei 8.408/92, desvincula-se da idéia de culpa, embora pudesse ser questionada a constitucionalidade da solução legal que, em última análise, viola o direito à identificação pessoal da mulher. Afinal, com o casamento, o nome de família integra-se à personalidade da mulher, não mais podendo ser considerado como nome apenas do marido. Muitas vezes poderá ser difícil à mulher demonstrar uma das hipóteses previstas nos incisos acima enumerados, embora a alteração do seu sobrenome - que, de resto, a identifica com os filhos do casamento desfeito -, altere necessariamente a sua identificação pessoal, atributo de sua personalidade, cuja eventual alteração deveria ser, por isso mesmo, a ela exclusivamente facultada.

Insere-se, ainda, no rol das conseqüências da culpa na separação, a possibilidade de perda da guarda dos filhos pelo cônjuge culpado, dispondo

o art. 10 que “os filhos menores ficarão com o cônjuge que a ela não houver dado causa”.

O dispositivo, contudo, vem sendo temperado pela boa atuação da jurisprudência que, valendo-se do art. 13, segundo o qual, ‘se houver motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores a situação deles com os pais’, tem se firmado no sentido de definir a guarda em favor do melhor interesse dos filhos. Tal entendimento, que expressa a crescente aplicação, pela magistratura, do princípio do “*The best interest of child*”, é digno de encômios, não sendo tolerável, à luz da Constituição da República, condicionar a convivência familiar dos filhos de pais separados à vida conjugal fracassada.

**3. Notas sobre as experiências comparadas: o direito francês e o direito italiano** - A trajetória do legislador brasileiro não se diferencia, substancialmente, do percurso histórico verificado em outros ordenamentos da família romano-germânica, nos quais, em geral, se tem atenuado os efeitos da culpa na separação conjugal, malgrado a sua renitente presença. Vale, ao propósito, passar em revista, ainda que superficialmente, a disciplina legal da França e da Itália, de modo a que se possa compreender a não linear tendência legislativa<sup>8</sup>.

Inspiradora da Lei do Divórcio brasileira, a reforma de 1975 francesa prevê, como causa para o divórcio, o descumprimento dos deveres conjugais genericamente considerados (art. 242, Código Civil francês): “*Le divorce peut être demandé par un époux pour des faits imputables à l'autre lorsque ces faits constituent une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage et rendent intolérable le maintien de la vie commune*”.

Comentando a reforma do direito de família francês, Carbonnier

---

<sup>8</sup> V., ao propósito, ANTUNES VARELA, *Dissolução da sociedade conjugal*, cit., p. 84 e ss., o qual analisa os paradigmas francês, italiano e alemão, considerando indiscutível que “a nova lei brasileira se inspirou fundamentalmente no diploma francês” (p. 86). Observa que, no caso da Alemanha, a lei matrimonial de 14 de junho de 1976, na esteira da orientação já traçada pela lei matrimonial de 1938, “operou uma viragem decisiva no centro e gravidade da dissolução do casamento. O divórcio passou a ter como causa essencial a ruptura definitiva do casamento, que se presume *iuris et de iure* em dois tipos de situações: a) quando os cônjuges vivem separados há mais de um ano e ambos pedem o divórcio, ou um deles o pede e o outro aceita o pedido; b) quando os cônjuges vivam separados há mais de três anos, a qualquer deles sendo lícito, nesse caso, requerer o divórcio”.

evidencia que “*Dans le système d’avant 1975, qui reposait tout entier sur des idées de faute et de sanction, chacun des deux époux recevait du jugement de divorce l’étiquette et partant la condition juridique, soit d’époux coupable, soit d’époux innocent*”<sup>9</sup>.

No regime atual, a regra na França é a ausência de pensão alimentícia (*devoir de secours*), substituída pela *prestation compensatoire*, de característica *forfaitaire* e, portanto, não variável, imutável, com outra natureza em relação à pensão já que, nos termos do art. 270 do *Code*, visa a compensar a disparidade que a ruptura do casamento cria nas respectivas condições de vida”<sup>10</sup>.

Já na separação de corpos, estágio anterior ao divórcio, correspondente ao que seria a nossa separação judicial, embora restrita a por fim ao dever de coabitação, que se transformará em divórcio, mediante simples procedimento não contencioso, é devida a prestação de alimentos (justamente porque o *devoir de secours* é inerente ao casamento) “*sans considération des torts*” (art. 303, Código Civil francês).

Excepcionalmente, na hipótese de divórcio direto, motivado pela ruptura da vida em comum, seja por uma separação de fato superior a 6 anos (art. 237 - *divorce pour rupture de la vie commune*), seja no caso de doença grave de um dos cônjuges, que se prolongue por mais de 6 anos, afetando suas facultade mentais e comprometendo irremediavelmente a vida conjugal (art. 238, C.C. francês), aquele que toma a iniciativa da separação terá que arcar com todas as responsabilidades, como uma espécie de sanção.

Com efeito, nos termos do art. 281, do Código Civil francês, ao cônjuge que tomou a iniciativa do divórcio-remédio incumbirá a pensão alimentícia em favor do outro cônjuge, constituindo-se em dever transmissível hereditariamente (art. 282), incluindo aí, na hipótese de doença, as despesas com o tratamento médico<sup>11</sup>.

Verifica-se em todos estes dispositivos, que influenciaram diretamente

---

<sup>9</sup> JEAN CARBONNIER, *Droit Civil*, t. 2, *La Famille*, Paris, Puf, 1995, 17<sup>a</sup> ed., p. 247, o qual registra a grande influência da culpa no regime anterior:, a cuja noção “*étaient associées des prérogatives importantes, qui n’étaient pas seulement pécuniaires (ex. droit à une pension alimentaire), puisqu’elles comprenaient aussi un droit de préférence dans l’attribution de la garde des enfants mineurs*”.

<sup>10</sup> Eis o teor do art. 270: “*Sauf lorsqu’il est prononcé en raison de la rupture de la vie commune, le divorce met fin au devoir de secours prévu par l’article 212 du Code civil; mais l’un des époux peut être tenu de verser à l’autre une prestation destinée à compenser, autant qu’il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives*”.

o legislador brasileiro, a forte presença da culpa, que se manifesta ainda nos efeitos patrimoniais do divórcio. Nos termos do art. 267, o cônjuge culpado perde todas as doações recebidas do outro antes ou depois do casamento, o mesmo ocorrendo, segundo o art. 269, no divórcio-remédio, contra aquele que toma a iniciativa judicial.

Sublinhe-se, ainda, os efeitos da culpa no tocante à perda do nome de família pela mulher, já que, segundo dispõe o art. 264, a mulher só manterá o sobrenome no divórcio-remédio na hipótese em que o homem tenha tido a iniciativa da separação. Nas demais hipóteses, voltará a usar o sobrenome anterior ao casamento, salvo se obtiver a autorização do marido para a manutenção do sobrenome ou a autorização judicial, diante de justificado interesse dela ou dos filhos <sup>12</sup>.

Há, ainda, no direito francês, um dispositivo não importado pelo legislador pátrio, que prevê expressamente a possibilidade de condenação ao dever de reparar os danos morais e materiais decorrentes do divórcio culposo.

Art. 266. *Quand le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l'un des époux, celui-ci peut être condamné à des dommages-intérêts en réparation du préjudice matériel ou moral que la dissolution du mariage fait subir à son conjoint.*

*Ce dernier ne peut demander des dommages-intérêts qu'à l'occasion de l'action en divorce*".

O preceito suscita intensa objeção, já que transforma em regra geral a reparação por perdas e danos que, submetida à disciplina da responsabilidade aquiliana, já seria aplicável, como exceção, ao divórcio, desde que se demonstrem os pressupostos do ato ilícito (art. 159, Código Civil Brasileiro).

---

<sup>11</sup> Segundo a dicção imperativa do art. 281, "*Quand le divorce est prononcé pour rupture de la vie commune, l'époux qui a pris l'initiative du divorce reste entièrement tenu au devoir de secours. Dans le cas de l'article 238, le devoir de secours couvre tout ce qui est nécessaire au traitement médical du conjoint malade*".

<sup>12</sup> O dispositivo não se refere diretamente à culpa, embora tenha implícita a idéia de sanção ao utilizar como critério da manutenção do sobrenome a iniciativa da separação no divórcio-remédio, sempre dentro da concepção, que serviu de paradigma para o legislador brasileiro, de que o sobrenome da família, utilizado pela mulher, deva ser considerado com sobrenome do marido. Vale analisar o inteiro teor do preceito:

"Art. 264. *A la suite du divorce, chacun des époux reprend l'usage de son nom.*

Toutefois, dans les cas prévus aux articles 237 et 238, la femme a le droit de conserver 'l'usage du nom du mari lorsque le divorce a été demandé par celui-ci.

*Dans les autres cas, la femme pourra conserver l'usage du nom du mari soit avec l'accord de celui-ci, soit avec l'autorisation du juge, si elle justifie qu'un intérêt particulier s'y attache pour elle-même ou pour les enfants*".

Demais disso, os deveres conjugais não parecem suscetíveis de recondução ao regime da responsabilidade contratual, disciplinadora dos negócios jurídicos patrimoniais, onde o inadimplemento culposo pode ser facilmente presumido.

A natureza jurídica específica do casamento, ao reverso, presidido por deveres não patrimoniais, dificilmente se coaduna com a presunção de inadimplemento e a aplicação automática de perdas e danos, sem que especificamente se demonstre a presença do ilícito<sup>13</sup>. Basta pensar nos deveres do art. 231 do Código Civil Brasileiro, notadamente os deveres de fidelidade recíproca e de coabitação, para se ter em conta que o comportamento contrário à vida conjugal, capaz de levar ao desenlace, não é suscetível de identificação objetiva com o ato ilícito - a menos que se pretendesse, por absurdo, fixar um standard médio de performance sexual, ou um padrão ideal de fidelidade, cujo não atendimento pudesse ser considerado como ilícito<sup>14</sup>.

Do exame da legislação francesa, pode-se concluir que, no tocante aos efeitos do divórcio, independem de culpa: a) a já mencionada prestação a ser paga por um cônjuge ao outro para evitar disparidades em seus padrões de vida (*prestation compensatoire*); b) a determinação da guarda dos filhos, a qual, nos termos dos arts. 286 e 287, atenderá exclusivamente ao melhor interesse da criança.

Na experiência italiana, a culpa perdeu terreno com a reforma de 19 de maio de 1975 (Lei n. 898, modificada pela Lei n. 74 de 1987), que introduziu o divórcio.

O art. 151 do Código Civil italiano, com a redação que lhe deu a lei especial, desloca “a pedra angular sobre a qual assenta o sistema da separação judicial para circunstâncias puramente objetivas”: verificação de fatos que tornem intolerável a prossecução da vida em comum ou que causem grave

---

<sup>13</sup> Sobre o debate em torno da natureza jurídica do casamento, v. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, vol. V, *Direito de Família*, Rio de Janeiro, Forense, 1995 (3ª ed.), p. 34 e ss., com ampla bibliografia. V., também, JOSÉ LAMARTINE CORRÊA DE OLIVEIRA e FRANCISCO JOSÉ FERREIRA MUNIZ, *Curso de Direito de Família*, Curitiba, Juruá, 2ª ed., p. 135, que demonstram a inadequação da teoria contratualista no direito positivo brasileiro, explicando, ditaticamente, às razões históricas da identificação, pela Igreja, do casamento como contrato.

<sup>14</sup> O preceito sob censura inspirou o legislador português que, na reforma do direito de família de 1977, deu nova redação ao art. 1792 do Código Civil de 1966, nos seguintes termos: “1. O cônjuge declarado único ou principal culpado e, bem assim, o cônjuge que pediu o divórcio com o fundamento na alínea c) do art. 1781 devem reparar os danos não patrimoniais causados ao outro cônjuge pela dissolução do casamento. 2. O pedido de indenização deve ser deduzido na própria acção de divórcio”.

prejuízo à educação da prole”<sup>15</sup>. Vale examinar o preceito, destacando-se a preocupação do legislador italiano no sentido de incluir, dentre as causas objetivas, ao lado da falência da vida em comum, a possibilidade de prejuízo para os filhos:

Art. 151. *Separazione giudiziale* - *La separazione può essere chiesta quando si verificano, anche indipendentemente dalla volontà di uno o di entrambi i coniugi, fatti tali da rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza o da recare grave pregiudizio alla educazione della prole.*

*Il giudice, pronunziando la separazione, dichiara, ove ne ricorrano le circostanze, e ne sia richiesto, a quale dei coniugi sia addebitabile la separazione, in considerazione del suo comportamento contrario ai doveri che derivano dal matrimonio”.*

Extrai-se do preceito acima transcrito a permanência da separação culposa, que será declarada, no entanto, somente na hipótese de requerimento expresso de um dos cônjuges, com conseqüências danosas para o culpado exclusivamente no que toca aos alimentos, excluindo-lhe a possibilidade de recebê-los, nos termos do art. 156:

Art. 156. “*Effetti della separazione sui rapporti patrimoniali tra i coniugi. - Il giudice, pronunciando la separazione, stabilisce a vantaggio del coniuge cui non sia addebitabile la separazione il diritto di ricevere dall’altro coniuge quanto è necessario al suo mantenimento, qualora egli non abbia adeguati redditi propri (...)*”

No que tange ao nome da mulher, o art. 156 *bis*, também introduzido pela reforma legislativa, afasta-se da idéia de culpa, autorizando o juiz a alterar o sobrenome sempre que a sua manutenção possa acarretar prejuízos para a ex-mulher ou para o ex-marido.

Finalmente, no que concerne à guarda dos filhos, o art. 155 determina que a decisão judicial seja baseada exclusivamente no melhor interesse da prole (*con esclusivo riferimento all’interesse morale e materiale di essa*), prevendo que, em regra, “*le decisioni di maggiore interesse per i figli sono adottate da entrambi i coniugi*”, sendo ao magistrado facultado, inclusive, a determinação da guarda conjunta<sup>16</sup>.

#### **4. A justificativa axiológica da culpa no Código Civil e a perda**

---

<sup>15</sup> ANTUNES VARELA, *Dissolução da Sociedade Conjugal*, cit., p. 85.

**de significado no ordenamento constitucional** - As experiências legislativas nacional e estrangeiras, acima referidas, indicam, por um lado, a tendência a se atenuar o papel da culpa da separação judicial; por outro, a permanência de sua presença nos efeitos da ruptura matrimonial, atraindo sanções de várias espécies, estimuladas, do ponto de vista hermenêutico, por uma vetusta tradição cultural que ainda se pode considerar dominante no direito brasileiro<sup>17</sup> .

Entretanto, parece indispensável que o intérprete consiga distinguir a justificativa axiológica do Código Civil brasileiro, que atribuía à separação culposa posição predominante, daquela emanada pela Constituição da República de 1988, que alterou o conceito de unidade familiar e determina profunda revisão dos critérios interpretativos em matéria de direito de família<sup>18</sup>.

À luz do Código Civil de 1916, inspirado na linha dominante da codificação europeia do Século XIX, considerava-se o casamento indissolúvel e a separação, em regra, culposa, gerando um conjunto de sanções patrimoniais e não patrimoniais contra o cônjuge faltoso: a noção de culpa identificava um comportamento causador de dano (por si só, necessariamente) injusto, ou seja, a dissolução do vínculo conjugal.

E, com efeito, tal circunstância derivava do fato de que, para o Código Civil, a família representava uma instituição fundada no casamento, e a este, portanto, inexoravelmente vinculada. Daí uma certa sublimação do casamento, instituição transpessoal, intrinsecamente legítima. O casamento era assim valorado como um bem em si mesmo, necessário à consolidação

---

<sup>16</sup> A questão da guarda conjunta, que se encontra na ordem do dia no direito de família contemporâneo e que, evidentemente, não poderia ser nesta sede enfrentada, suscitou na Itália violenta reação dos civilistas tradicionais. Emblemática, a propósito, a mal humorada crítica de ALBERTO TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, Cedam, 1993, 34ª ed., p. p. 266: “*Il legislatore, seguendo la moda di imitare modelli stranieri, ammette anche l'affidamento congiunto o alternato (la joint custody dell'esperienza nordamericana: già, del resto, un nostro giudice aveva deciso assegnando la casa d'abitazione direttamente al figlio com il diritto-dovere di entrambi i genitori di alternare le loro cure nelle residenze di quegli...orfani non privi di padre e di madre!*”.

<sup>17</sup> Para uma bem elaborada análise crítica à família tradicional e aos papéis desempenhados pelos cônjuges, RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, *Direito de Família: Uma Abordagem Psicanalítica*, Belo Horizonte, Del Rey, 1997, p. 15 e ss.

<sup>18</sup> Sobre o tema, seja consentido remeter o leitor a GUSTAVO TEPEDINO, *A Disciplina Civil-Constitucional das Relações familiares*, in *A Nova Família: Problemas e Perspectivas* (org. Vicente Barretto), Rio de Janeiro, Renovar, 1997, p. 47 e ss.

das relações sociais, independentemente da realização pessoal de seus membros. O rompimento da sociedade conjugal, portanto, afigurava-se como o esfacelamento da própria família, reprovado socialmente, a despeito das causas subjetivas que o motivaram.

O exame crítico da legislação codificada ajuda a melhor compreender tal transformação. Segundo o sistema do Código Civil, tudo aquilo que pudesse representar uma ameaça ao casamento suscitava a hostilidade do legislador, sendo a unidade formal do casamento um valor superior ao interesse individual da mulher ou do marido que pretendessem se separar. Daqui decorria todo um regime rígido de preservação da estrutura familiar em torno do casamento, tanto no que concerne ao vínculo matrimonial, como no tocante à relação entre os cônjuges e à relação entre pais e filhos.

No tocante ao vínculo matrimonial, este deveria ser preservado, na lógica do Código, mesmo se os cônjuges individualmente já não mantivessem qualquer vida em comum e se desquitassem (operando a dissolução da sociedade conjugal). Explica-se assim: a) a indissolubilidade do casamento (mantida até a aludida Emenda Constitucional n. 9/75); b) o repúdio a qualquer outra estrutura familiar fora do casamento (e a reação radical contra o concubinato); c) a dificuldade processual para se tornar inválido um casamento, mesmo se celebrado em violação de impedimento dirimente público, atentatório, portanto, à ordem pública - o art. 222 remete a matéria para *ação ordinária*, em que é nomeado curador para *defender o vínculo*, mesmo no caso de vício ensejador de nulidade absoluta (!); d) a dificuldade para a obtenção do desquite, submetido a já mencionada taxatividade de causas; e) a presunção quase absoluta de paternidade do marido em relação aos filhos da mulher casada, regulada nos arts. 348 e ss., mesmo contra todas as evidências, o depoimento e a prova de adultério da mulher (art. 343), sempre em favor da paz doméstica .

No que concerne à relação entre os cônjuges, avultava no Código Civil o poder marital e a incapacidade relativa da mulher casada, em franca agressão à sua dignidade e inteligência, mecanismo perverso que só se poderia justificar no interesse da manutenção da unidade formal do casamento, favorecida pela chefia unilateral e despótica do marido.

No tocante à relação entre pais e filhos, destaca-se, na ótica do Código, o papel central exercido unilateralmente pelo pai, cujo pátrio poder era exaustivamente regulado, nos arts. 379 e ss. do Código Civil, no que tange

às relações patrimoniais, sendo ao revés incrivelmente desregulamentada a condução da educação dos filhos naquilo que pertine às relações não patrimoniais, ou existenciais - atribuída ao exclusivo alvedrio do pai, sem qualquer controle ou regra específica <sup>19</sup>.

Também aqui, pode-se dizer que o sacrifício do filho, objeto inteiramente passivo do próprio processo educacional, atendia à preocupação de manter coesa, do ponto de vista formal, a unidade familiar <sup>20</sup>.

A Constituição da República de 1988, ao contrário, na esteira de longo processo histórico de transformação da estrutura familiar, em seus arts. 226 e 227, altera radicalmente o quadro normativo. Estabelece a proteção da família como meio para a realização da personalidade de seus membros, estremando a entidade familiar da entidade matrimonial, esta apenas uma espécie privilegiada daquela, admitindo-se, expressamente, a união estável e as famílias monoparentais, formadas por qualquer um dos pais e seus descendentes.

Dito diversamente, a família é considerada pelo constituinte, no art. 226, base da sociedade, comunidade intermediária com especial proteção do Estado, na medida em que cumpra o seu papel - a um só tempo dever e justificativa axiológica. E o papel da família, nitidamente instrumental, exsurge de diversos preceitos constitucionais, em particular: art. 227, no sentido de promover os direitos inerentes à plena realização da personalidade dos filhos; art. 226, § 5º, dirigido a garantir à igualdade entre homem e mulher e, portanto, à real emancipação de ambos; art. 226, § 7º, voltado ao planejamento familiar fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Todos estes preceitos não de ser interpretados à luz dos princípios fundamentais enumerados nos arts. 1º a 4º da Constituição Federal, sendo certo que a República, nos termos dos incisos II e III do art. 1º, tem como fundamento a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

---

<sup>19</sup> Para a compreensão do substrato cultural e ideológico da disciplina jurídica da filiação cf., LUIZ EDSON FACHIN, *A Paternidade - Relação Biológica e Afetiva*, Belo Horizonte, Del Rey, 1996, p. 25 e ss.

<sup>20</sup> Os diversos aspectos informadores da evolução histórica do direito de família brasileiro são analisados por HELOISA HELENA BARBOZA, *O Direito de Família Brasileiro no Final do Século XX*, in *A Nova Família: Problemas e Perspectivas*, cit., p. 87 e ss. A autora, Professora Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ, demonstra quão tormentosa foi a evolução legislativa e jurisprudencial em matéria de família, desde o advento do Código Civil até a promulgação da Constituição de 1988, sublinhando, a p. 92, que “o Código Civil impunha a preservação da família matrimonial, mediante um jogo de presunções e proibições legais, mesmo em face de evidências”.

Pois bem: se a unidade da família, à luz da Constituição, não mais se identifica com a unidade do casamento, não há como associar a aplicação de sanções atinentes a efeitos jurídicos existenciais - alimentos, guarda de filhos, sobrenome da mulher - e mesmo patrimoniais - divisão dos bens - à culpa pela ruptura do vínculo matrimonial.

**5. Notas conclusivas. Critérios interpretativos aplicáveis à separação e ao divórcio. Aspectos controvertidos: a culpa na conversão da separação em divórcio e na união estável** - A Constituição da República, como se viu, promove a democratização da família e a sua funcionalização à realização da personalidade de seus integrantes. O Estatuto da Criança e do Adolescente constitui-se em referência emblemática desta nova tábua de valores, ao elevar a criança a protagonista do processo educacional, facultando-lhe, a todo momento, questionar os métodos pedagógicos empregados pelos pais e educadores, mesmo que o conflito de interesses venha a abalar a estrutura formal do vínculo familiar<sup>21</sup>.

A igualdade entre os cônjuges, assegurada constitucionalmente, também pode gerar atritos, os quais, contudo, jamais deverão ser dirimidos em prejuízo da isonomia, já que a comunidade familiar, segundo a nova ordem pública constitucional, não expressa um valor superior às pessoas, sendo tutelada somente na exata medida em que for capaz de preservar a dignidade da mulher, do homem e dos filhos.

E é precisamente por tais circunstâncias, por ter o constituinte concebido a família como comunidade intermediária instrumentalizada à realização da pessoa humana, que admitiu diversas espécies de entidades familiares: a família fundada no casamento - merecedora de tutela privilegiada, na medida em que a solenidade e a publicidade do rito matrimonial geram uma segurança jurídica favorável ao compromisso assumido pelas partes; a união estável, baseada puramente na solidariedade espontânea e duradoura; e ainda a família monoparental, constituída pela relação de amor entre qualquer um dos genitores com os filhos, rompendo, assim, com a lógica suprapessoal da instituição matrimonial prevista no Código Civil (art. 226, § § 1º a 4º, C.F.)<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> Para um exaustivo estudo sobre as transformações trazidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, em perspectiva interdisciplinar, v. TÂNIA DA SILVA PEREIRA, *Direito da Criança e do Adolescente*, Rio de Janeiro, Renovar, 1996.

Assim estando as coisas, compreende-se facilmente que todas as normas que privilegiavam o vínculo matrimonial em detrimento dos integrantes da estrutura familiar perderam sua base de validade - ou não foram recepcionadas - com o advento da Constituição de 1988.

Tal construção, à evidência, aplica-se não somente à disciplina da relação matrimonial mas também às normas atinentes à separação, não sendo consentido imputar sanções pelo simples fato da ruptura do vínculo matrimonial - sem que se identifique, especificamente, a prática de um ato ilícito; mormente quando estas sanções deixam de ter relação de causalidade com o dano efetivamente produzido e afetem outros institutos, como alimentos, o nome de família, a guarda dos filhos, o patrimônio individual de cada cônjuge.

Pode-se dizer, portanto, em estreita síntese conclusiva, que todos as hipóteses que vêm agitando os Tribunais e que dizem respeito ao papel da culpa devem ser analisadas à luz de uma espécie de carta de alforria constitucional.

Quanto às sanções patrimoniais, já se disse que a nova dicção do art. 40 da Lei do Divórcio mostra-se mais ampla e incompatível com o a regra do art. 5º, § 3º, do mesmo Diploma.

Relativamente ao dever de pensão alimentícia, também anteriormente examinado, o art. 19, da Lei do Divórcio atribui exclusivamente ao cônjuge responsável pela separação a obrigação alimentar, sendo de se dar ao dispositivo interpretação restritiva, aplicável somente à separação culposa e inaplicável às modalidades de separação previstas nos §§ 1º e 2º do art. 5º.

Quanto ao nome da mulher, a nova redação do aludido art. 25 da Lei do Divórcio já afasta a idéia de culpa, presente no art. 17, embora deva se privilegiar, sempre que possível, o direito à identidade pessoal da mulher, sendo o sobrenome por ela adotado parte essencial do seu próprio nome, capaz de vinculá-la aos filhos do casal, não já um mero e contingente em-

---

<sup>22</sup> O malogro da excessiva regulamentação em matéria de família é argutamente demonstrado por RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, *A Família - Estruturação Jurídica e Psíquica*, in *Direito de Família Contemporâneo*, Belo Horizonte, Del Rey, 1997, p. 13 ss., o qual sugere a desvinculação das espécies de entidades familiares à tipicidade constitucional: “Constamos que a sexualidade, que é da ordem do desejo, sempre escapará ao normatizável. O Estado não pôde mais controlar as formas de constituição das famílias. No final deste século, ela é mesmo plural. O gênero família comporta várias espécies, como a do casamento, que maior proteção recebe do Estado, das uniões estáveis e a comunidades dos pais e seus descendentes (art. 226, CF). Estas e outras formas vêm exprimir a liberdade dos sujeitos de constituírem a família da forma que lhes convier, no espaço de sua liberdade”.

préstimo do sobrenome do marido.

No que concerne à guarda dos filhos, é preciso que o magistrado, valendo-se do permissivo do art. 13, disponha sempre de acordo com o melhor interesse da criança, conforme tendência que se corporifica em nossa jurisprudência, sem que a conduta conjugal possa ter qualquer interferência em sua decisão <sup>23</sup>.

Discute-se, ainda, se o descumprimento dos deveres estipulados na separação judicial possa ser causa impeditiva da conversão da separação em divórcio, a teor do art. 36, II da Lei do Divórcio. Em que pese a existência de conceituadas vozes em contrário, parece que a previsão constitucional de divórcio direto no prazo de dois anos faz com que o direito à dissolução não possa ser obstaculado pelo comportamento culposos do cônjuge separado. Mais uma vez, é preciso evitar que a inadimplência em relação aos deveres estipulados na separação - a ser sancionada com as conseqüências próprias da inexecução das obrigações de dar, fazer e não fazer -, se estenda de molde a impedir direitos constitucionalmente tutelados: a permanência do estado civil e do vínculo matrimonial não pode ser moeda de troca, à luz dos valores constitucionais, para se obter o cumprimento das obrigações derivadas da separação judicial.

Uma última palavra, ainda, acerca do papel da culpa nas uniões estáveis. A idéia de separação culposa não se ajusta facilmente ao conceito de união estável, marcada pela constatação fática e espontânea dos seus pressupostos constitutivos: o amor, a solidariedade, a seriedade recíproca, a estabilidade. De toda sorte, segundo preceitua o art. 7º da Lei 9.278, de 10 de maio de 1996, “dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos.

Diante do dispositivo, muitos autores sustentam que os alimentos derivados da ruptura da união estável restringem-se à hipótese de separação culposa<sup>24</sup>. Tal entendimento, contudo, não colhe. A uma, porque a lei não o

---

<sup>23</sup> Exemplar apresenta-se a decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, na apelação Cível n. 87.835/4, sendo Relator o Des. Francisco Figueiredo (colacionada por RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, *Direito de Família*, cit., p. 190), assim ementada: “Guarda de Filhos - Adulterio da Mulher - Separação Judicial. Se a mulher não teve a pecha de mau comportamento e se é boa mãe, *embora tenha falhado como esposa, ao praticar adultério, a ela deve ser conferida a guarda do filho, pois o interesse e bem-estar do menor devem ser o tribunal maior a decidir o seu destino*, sobretudo tendo-se em conta que a profissão do pai leva-o a estar sempre ausente de casa” (grifou-se).

restringe expressamente, tendo o legislador se limitado a utilizar o vocábulo *rescisão*, de modo pouco claro, o que, mesmo no sentido mais técnico, estaria a regular uma única espécie de ruptura, a separação culposa; a duas, porque, em se tratando de entidade familiar, há que se aplicar, por interpretação extensiva, a regulamentação em tema de alimentos prevista no art. 17 e ss. da Lei do Divórcio. A pensão alimentícia, derivada da conversão em pecúnia do dever de mútua assistência próprio e típico da relação familiar - incluído de forma expressa no casamento, e recorrente, como pressuposto fático, na caracterização da união estável -, tem origem na solidariedade familiar, podendo ser requerida, conseqüentemente, desde que haja a necessidade de um dos parceiros, no momento em que se dissolve qualquer espécie de entidade familiar constitucionalmente tutelada. ◆

---

<sup>24</sup> V., por todos, o mentor intelectual da Lei 9.278/96, ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO, in *Revista Literária de Direito*, ano II, n. 11, maio/junho 1996, p. 22: Após a ruptura da sociedade concubinária, serão eles (os alimentos) devidos, se houver culpa, devendo o culpado pagar ao inocente alimentos, se destes necessitar. É expresso o art. 7 ao assentar que cuida de dissolução da união estável, por rescisão, que não existe sem culpa”.