

RELEVÂNCIA DA DISCUSSÃO DA CULPA NO DIVÓRCIO PARA FINS PROCESSUAIS

- Teoria da causalidade para a verba de sucumbência na ação de divórcio -

CASSIANO GARCIA RODRIGUES

Mestre e Doutorando em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito – FADISP. Professor de Processo Civil na Graduação e Pós-Graduação Lato Sensu na Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal – UNIDERP. Professor da Escola Superior da Advocacia – ESA. Professor Assistente da Pós-graduação da PUC-SP. Professor de Processo Civil da Pós-Graduação do Curso do Damásio. Assessor de Desembargador.

Cabe, nesta singela escrita, apontamento da relevância processual da discussão de quem deu causa à incompatibilidade da vida em comum entre os cônjuges na ação de divórcio litigioso, ainda que não exista mais a “*separação-culpa*”.

Explica-se.

A Emenda Constitucional n. 66 modificou o Texto Constitucional do art. 226 para assim registrar no §6º: **“O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”**.

Com isso, abre possibilidade direta ao pedido de divórcio como a pular fases ou por saltos, vale dizer, afastar a prévia separação judicial¹⁻².

¹ Sem adentrar na discussão acessória da extinção ou não da ação de separação após a emenda Constitucional n. 66 de 2010, com base na interpretação teleológica da exposição de motivos da referida Emenda Constitucional que se referiu à extinção da separação, firmamos entendimento pela sua extinção, de forma a afastar a tese da existência da ação de separação se assim desejar o autor. Portanto, os institutos do vínculo matrimonial e da sociedade conjugal passam a ser extintos concomitantemente. Segue este entendimento: Sílvio Venosa, Flávio Tartuce, Zeno Veloso, Rodrigo da Cunha Pereira e Maria Berenice Dias.

² Com base na nota de rodapé anterior, a propositura da ação de separação importa em impossibilidade jurídica do pedido (para aqueles que aceitam a impossibilidade jurídica implícita) ou da falta de interesses pela inadequação da via eleita (para aqueles que exigem a impossibilidade do pedido expressa). Contudo, o caso assume um colorido especial porque estamos diante de uma ação de família e com interesses em jogo, por mais das vezes indisponíveis (direitos da personalidade) e que não pode esperar (alimentos), portanto com plena aplicação, neste caso, da eficiência processual do inciso LXXVIII do art. 5º da CF/88, da instrumentalidade das formas (art. 154 c.c. art. 244, ambos do CPC) e da orientação pacífica do STJ de aproveitamento ao máximo dos atos processuais. Dessa forma, é de se afastar o indeferimento da inicial de plano, como prevê o inciso I do art. 267 c.c. art. 295 do

Ocorre que, quando se prescindia da propositura da ação de separação, existia uma de suas formas que consistia na separação-culpa, ou seja, o cônjuge poderia suscitar como causa da separação o outro, em apontando as figuras legais como tal.

Eis as figuras legais do art. 5º Lei do Divórcio (Lei n. 6.515/77):

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.

A consequência jurídica do apontamento da culpa pelo outro diante das hipóteses legais é que o culpado perdia o direito à guarda dos filhos e aos alimentos. Eis o porquê da denominação separação-culpa como sinônimo da separação-sanção.

Eis a redação do art. 10 e art. 19 da Lei do Divórcio, respectivamente:

Na separação judicial fundada no caput do art. 5º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que a e não houver dado (art. 10).

O cônjuge responsável pela separação judicial prestará ao outro, se dela necessitar, a pensão que o juiz fixar (art. 19).

Assim, era prática corriqueira ao exercício da heterocomposição que o Requerido da ação de separação apresentasse reconvenção, imputando ao cônjuge reconvido/autor a culpa pela separação, a fim de fugir das consequências do direito material do art. 10 e art. 19 da Lei do Divórcio, ou que, no mínimo, a culpa fosse recíproca de forma a anular as penas legais (guarda + alimentos).

Mas, o ponto processual que se visa a trazer à discussão encontra-se que a culpa pelo divórcio continua sendo relevante para o *mundo processual* apesar da irrelevância para o *direito material*.

CPC, para determinar a aplicação do art. 283 do CPC com a emenda da inicial.

Explica-se.

Se um dos cônjuges propõe ação de divórcio litigioso bastará que se revista da roupagem de autor da ação, e isso será por si só suficiente para que a outra parte *sempre* seja responsável pela sucumbência, já que a sentença será fatalmente de procedência (ainda que não haja culpa do Requerido, o divórcio será declarado).

Pior, imaginemos a hipótese de um dos cônjuges que quer realizar acordo amigável para o divórcio e outro, por aventura jurídica, proponha ação judicial para o exercício da heterocomposição. Neste caso, o cônjuge que não quer litigar e pretender resolver amigavelmente será o sucumbente, sendo que ele não deu causa ao litígio judicial e ainda assim ficará sujeito às duras penas das custas e dos honorários advocatícios da outra parte.

Isso porque o art. 20 do CPC impõe o pagamento da verba de sucumbência ao vencido e este será sempre o que estiver no polo passivo de uma ação de divórcio, por mais que absurdamente o Requerido não queira litigar.

Eis a redação do *caput* do art. 20 do CPC: "***A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios (...)***".

Já se adiante que nesta situação específica não deve ser aplicado o art. 20 do CPC.

Não se deve adotar a interpretação literal do *caput* do art. 20 do CPC, pois esta, quando aplicada isoladamente, pode levar a erro. Ao lado interpretação sistemática, a teleológica revela, com maior grau de certeza, o espírito buscado pelo meio social através do legislador.

Na lição de Carlos Maximiliano:

[...] descobrem-se o sentido e alcance de uma regra de direito ao perquirir qual seja o fim do negócio de que se ocupa o texto [...] este é o único e verdadeiro modo de acertar com a genuína razão da lei, de cujo

descumprimento depende inteiramente a compreensão do verdadeiro espírito dela. (Hermenêutica e aplicação do direito. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 124).

Conforme entendimento do STJ:

[...]A mitigação do rigor formal em prol da finalidade é critério que se impõe por imperativo da missão constitucional desta Corte e observância aos métodos de exegese que devem nortear a conduta do hermenêuta. VI - A melhor interpretação não se subordina servilmente às palavras da lei, nem usa raciocínios artificiais para enquadrar friamente os fatos em conceitos prefixados, porém se preocupa com a solução justa, com olhos voltados para a lógica do razoável, na expressão de Recasens Siches [...]. (REsp 234.385/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 4.4.2000, DJ 14.8.2000, p. 177)

Por isso, parece-me correto que seja afastada a regra da sucumbência do art. 20 do CPC e seja aplicado o Princípio da Causalidade, ou seja, quem deu causa à insuportabilidade da vida em comum que assuma o pagamento da sucumbência, já que a verba de sucumbência serve também como punição a quem não tem direito e não resolveu amigavelmente o litígio através da autocomposição.

O STJ tem adotado o princípio da Causalidade para evitar a punição sucumbencial a quem não deu causa à heterocomposição:

Conforme pacífico entendimento desta Corte, "a condenação em honorários advocatícios deve observar critérios objetivos, sendo a sucumbência um deles, ao lado do princípio da causalidade", sendo que "este determina a imposição da verba honorária à parte que deu causa à instauração do processo ou ao incidente processual" (AgRg no REsp 1.082.662/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 15.12.2008; REsp 1.189.643/PE, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 8.10.2010). No caso concreto, é manifesto que a Fazenda Pública não deu causa à

instauração da presente demanda, razão pela qual não pode ser condenada ao pagamento de honorários advocatícios. (AgRg no REsp 1323835/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16.8.2012, DJe 22.8.2012)

A parte, que não registra a transferência da propriedade de veículo automotor no órgão próprio, impossibilita o conhecimento da propriedade por terceiros, responsabilizando-se pelos honorários de advogado em ação na qual se discute esta mesma propriedade (REsp 906.200/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 21.8.2008, DJe 26.9.2008)

O STJ entende que cabe imposição do pagamento de verba sucumbencial à parte que deu causa ao feito. Ocorre, portanto, aplicação do princípio da causalidade em consonância com o princípio da sucumbência. (AgRg no REsp 1263049/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 12.6.2012, DJe 18.6.2012)

Não bastasse isso, como já dito da não prevalência da interpretação literal do *caput* do art. 20 do CPC em relação à interpretação teleológica, deve ser buscada, também, a interpretação sistemática.

No dizer do Ministro do STF:

A interpretação do direito é interpretação do direito, no seu todo, não de textos isolados, desprendidos do direito. Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços. (Eros Grau. Ensaio sobre a interpretação e aplicação do direito. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 44).

A interpretação sistemática revela que o Princípio da Causalidade se justifica nos casos do divórcio onde quem deu causa ao litígio ou ao fim do casamento/união estável seja a parte autora, e não a parte ré.

Primeiro, porque, se a verba de sucumbência serve como punição financeira a quem não tem razão, é mandamento constitucional do inciso XLV do art. 5º que a pena não pode passar da pessoa praticou o “fato gerador”.

Punir financeiramente quem foi diligente em resolver amigavelmente o fim do casamento e foi surpreendido por uma ação judicial de divórcio é punir sem causa que a justifique e permitir que a pena tenha *efeito ricochete* e com espancamento de morte do inciso XLV do art. 5º da CF/88.

Segundo, porque este fato já foi visto pelo Legislador, tanto que, no Projeto do novo Código de Processo Civil, a sucumbência estará albergada pela Teoria da Causalidade, conforme regra expressa no art. 73 do Projeto n. 166.

Ainda que se entenda que a interpretação puramente gramatical do *caput* do art. 2º do CPC prevaleça sobre a interpretação sistemática e teleológica, há outro argumento que justifica a tese aqui apresentada.

Isso porque o art. 2º do CPC está positivado no sistema jurídico como “regra jurídica”, enquanto a causalidade vem ao mundo jurídico como “princípio”.

O princípio exerce função axiológica expressiva, já que serve de norte à elaboração, interpretação e aplicação das normas.

Sobre o tema por Carlos Ari Sundfeld:

É incorreta a interpretação da regra, quando dela derivar contradição, explícita ou velada, com os princípios; b) Quando a regra admitir logicamente mais de uma interpretação prevalece a que melhor se afinar com os princípios; c) Quando a regra tiver sido redigida de modo tal que resulte mais extensa ou mais restrita que o princípio, justifica-se a interpretação extensiva ou restritiva, respectivamente, para calibrar o alcance da regra com o princípio. (Fundamentos de Direito Público. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 183)

Por Clemente de Diego:

Principio de derecho, es el pensamiento directivo que domina y sirve de base a la formación de las singulares disposiciones de Derecho de una institución jurídica, de un Código o de todo un Derecho positivo. El principio encarna el más alto sentido de una ley_ (apud Eros Grau in A ordem econômica na Constituição de 1988 – Interpretação e crítica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 117)

Por Ruy Samuel Espíndola-

A ideia de princípio ou sua conceituação, seja lá qual for o campo do saber que se tenha em mente, designa a estruturação de um sistema de ideias, pensamentos ou normas por uma ideia mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa donde todas as demais ideias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou subordinam (Conceito de princípios constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 47)

Por Tiago Bonfim:

O sistema jurídico ideal se substancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel referente à segurança jurídica – previsibilidade e objetividade das condutas – e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da justiça no caso concreto. (Os princípios constitucionais e sua força normativa. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 51).

Então, o princípio é o molde sobre o qual deve ser feita e aplicada toda e qualquer regra jurídica.

A consequência da função axiológica dos princípios é que, quando da colisão entre regra e princípio, é este que prevalecerá nos pratos afilados da balança.

Aliás, tive oportunidade de escrever a respeito e com publicação no site do TJMS e com citação de trechos deste texto na obra de BOCHENEK, 2011. p. 27, nota de rodapé n. 56:

No entanto, na atualidade, estamos na fase pós-positivista, onde os princípios estão normativados, mas não são fontes supletivas ou de integração, mas, sim, código de intenções, e interpretação e de aplicação do Direito em vista de seu fim, que é a justiça. O princípio passa a ser a fonte primeira. Nesta fase, o princípio não deriva da lei, mas, sim, do senso de justiça e ético daquilo que vai sendo construído paulatinamente no tempo. Podemos dizer que o princípio de antes era o último colocado, e hoje passa a ser o primeiro, portanto, ao contrário do sistema positivista, diante do conflito entre regra e princípio, prevalece este. Na atualidade, fica incontestado de dúvidas que, se a regra disser "sim" e o princípio dizer "não", prevalecerá o "não". Manter-se-á sempre o princípio quando em contradição com a regra, já que o acessório deve seguir o principal e o inverso não é verdadeiro.

No dizer de Geraldo Ataliba:

O sistema jurídico [...] se estabelece mediante uma hierarquia segundo a qual algumas normas descansam em outras, as quais, por sua vez, repousam em princípios que, de seu lado, se assentam em outros princípios mais importantes. Dessa hierarquia decorre que os princípios maiores fixam as diretrizes gerais do sistema e subordinam os princípios menores. Estes subordinam certas regras que, à sua vez, submetem outras. (apud Espíndola, 1999. p. 165).

Por Roque Carrazza:

O princípio jurídico-constitucional, em rigor, não passa de uma norma jurídica qualificada. Qualificada porque

tendo, tendo âmbito de validade maior, orienta a atuação de outras normas, mesmo as de nível constitucional [...] mal comparando, acutilar um princípio constitucional é como destruir os mourões de uma ponte, fato que por certo, provocará seu desabamento. Já, lanhar uma regra corresponde a comprometer uma grade desta mesma ponte que, apesar de danificada, continuará de pé. (Curso de Direito Constitucional Tributário. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 38).

Enfim, parece-me correto sustentar que, no caso onde o autor da ação de divórcio tenha resolvido litigar por conta própria e sem resistência da parte contrária somado ao fato que ele que tenha dado causa à insuportabilidade da vida em comum, ainda que a sentença seja de procedência, deverá a parte autora ser condenada à verba de sucumbência por aplicação do princípio da causalidade, porquanto a interpretação literal do caput do art. 20 do CPC não pode prevalecer sobre a interpretação sistemática e teleológica, bem como a causalidade como princípio prevalece nos pratos afilados da balança em rota de colisão com a regra jurídica do caput do art. 20 do CPC.

REFERÊNCIA

- ATALIBA. Geraldo. *apud* Espíndola, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BOCHENEK, Antônio César; NASCIMENTO, Márcio Augusto. *Juizados Especiais Federais Cíveis*. E-book. Porto Alegre, 2011.
- BOMFIM. Tiago. *Os princípios constitucionais e sua força normativa*. Salvador: Juspodivm, 2008.
- CARRAZZA. Roque. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- DIEGO. De Clemente de Diego -*apud* -Eros Grau in *A ordem econômica na Constituição de 1988 – Interpretação e crítica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- MAXIMILIANO. Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- SUNDFELD. Carlos. *Fundamentos de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, 1992.
- SPINDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.