

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

MARIA EDUARDA SOUZA BARBOSA COSTA

**AS AÇÕES DE DISSOLUÇÃO DE CASAMENTO E O NOVO PARADIGMA
CONSTITUCIONAL:
Uma reflexão sobre a culpa a partir da EC 66/2010**

Recife
2017

MARIA EDUARDA SOUZA BARBOSA COSTA

**AS AÇÕES DE DISSOLUÇÃO DE CASAMENTO E O NOVO PARADIGMA
CONSTITUCIONAL:
Uma reflexão sobre a culpa a partir da EC 66/2010**

Monografia apresentada à Faculdade
Damas da Instrução Cristã como
requisito parcial para obtenção do título
de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dra. Renata Celeste
Sales e Silva

Recife
2017

Catálogo na fonte
Bibliotecário Ricardo Luiz Lopes CRB/4-2116

Costa, Maria Eduarda Souza Barbosa.

C837a As ações de dissolução de casamento e o novo paradigma constitucional: uma reflexão sobre a culpa a partir da EC 66/2010 / Maria Eduarda Souza Barbosa Costa. - Recife, 2017.
59 f.

Orientador: Prof^a. Dr^a. Renata Celeste Sales e Silva.
Trabalho de conclusão de curso (Monografia - Direito) – Faculdade Damas da Instrução Cristã, 2017.
Inclui bibliografia

1. Direito civil. 2. Casamento. 3. Emenda do divórcio. 4. Culpa. I. Silva, Renata Celeste Sales e. II. Faculdade Damas da Instrução Cristã. III. Título

347 CDU (22. ed.)

FADIC (2017-028)

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

MARIA EDUARDA SOUZA BARBOSA COSTA

AS AÇÕES DE DISSOLUÇÃO DE CASAMENTO E O NOVO PARADIGMA
CONSTITUCIONAL: Uma reflexão sobre a culpa a partir da EC 66/2010

Defesa Pública em Recife, _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente

Examinador (a)

Examinador (a)

Dedico este trabalho a todos os que amo, em especial a Deus e aos meus pais, que me deram esta oportunidade e me ensinaram a seguir sempre pelo caminho do bem.

AGRADECIMENTOS

Primordialmente, agradeço a Deus pelo dom da vida, pela minha saúde, por todas as oportunidades concedidas ao longo desses cinco anos no curso de Direito e especialmente por estar sempre ao meu lado; aos meus pais, Alessandra e Alexandre, pelo apoio incondicional, esforço e amor tão grande; às minhas irmãs, Maria Júlia e Maria Fernanda, pela convivência diária, amizade e paciência; aos meus avós Eraldo, Edilene, José Fernandes e Conceição, pelo incentivo, carinho infinito e por vibrarem com cada conquista minha; a toda a minha família, por tanta parceria, torcida e por depositarem sempre muita confiança no meu potencial; ao meu namorado Rodrigo, pela tamanha dedicação, disponibilidade e companheirismo; aos amigos e amigas pelas histórias que levarei para toda a vida, pela positividade e companhia durante toda a minha trajetória; à minha orientadora, a Prof.^a Dra. Renata Celeste, por ter aceitado me acompanhar nesta missão e assim ter executado fielmente seu papel na busca da excelência deste trabalho; ao professor Ricardo Silva, pelos grandes ensinamentos e orientações tão valiosas; a todos os mestres que gentilmente me passaram tanto do seu vasto conhecimento e pelo empenho em cada dia de aula; a todos os funcionários da Faculdade Damas, pela troca diária de sorrisos e por exercerem suas funções com tanta maestria, e a todos os que de alguma maneira contribuíram para o meu crescimento pessoal e profissional durante todos esses anos. A todos vocês, que são peças essenciais à realização deste meu sonho, que me ajudaram a perceber o quanto posso contribuir com o bem que habita meu coração, a ter mais tolerância com o próximo, a enfrentar todos os desafios que a vida apresenta sem pensar em desistir, a encarar a vida de forma mais leve e que, me prepararam para desbravar com habilidade esse mundo tão cheio de dilemas... a minha sincera GRATIDÃO!

***“O futuro pertence àqueles que acreditam
na beleza de seus sonhos.”***

Eleanor Roosevelt

RESUMO

A noção tradicional de casamento carrega em si forte influência religiosa, o que motivava a indissolubilidade do vínculo matrimonial como regra fixa. Na perspectiva contemporânea, a dissolução do casamento passou a ser admitida através do divórcio, prerrogativa esta consolidada na Emenda nº 66 de 2010, também chamada Emenda do Divórcio. Esta disposição constitucional é pautada nos pilares da Constituição Federal de 1988, que proporciona, dentre tantos outros direitos, o de se viver dignamente, de maneira livre e autônoma e com o mínimo de ingerência do Poder Público, uma vez que se estaria lidando pontualmente com a vida íntima das pessoas envolvidas. A presente pesquisa tem a finalidade de analisar o impacto da referida Emenda frente às ações de dissolução de casamento, especialmente no que diz respeito ao instituto da culpa, percorrendo para tanto, o estudo de decisões judiciais, a fim de se verificar como isso tem repercutido no âmbito dos Tribunais. Através do método dedutivo, se buscou realizar uma abordagem analítica, que compreende os conceitos doutrinários de maior pertinência à temática, os princípios mais relevantes às relações familiares e o resultado prático de casos envolvendo culpa. Com base no estudo realizado, chegou-se à conclusão que, apesar da patente divergência doutrinária sobre o tema, os Tribunais Brasileiros vêm se posicionando de maneira análoga, de modo a unificar a forma de desfazimento dos vínculos conjugais, que agora passa a ser apenas o divórcio; e a suprimir totalmente os requisitos que tornavam burocrático tal procedimento, o que compreende a uma só vista, a discussão acerca da culpa de um dos cônjuges pelo relacionamento falido, e a estipulação de lapsos temporais.

Palavras-chaves: Casamento. Emenda do Divórcio. Culpa

ABSTRACT

The traditional notion of marriage carries within itself a strong religious influence, which has customarily motivated the indissolubility of the marriage bond as a fixed rule. In a contemporary perspective, the dissolution of the marriage has begun to be admitted through divorce, a prerogative which was consolidated in Amendment 66 of 2010, also known as Amendment of the Divorce. This constitutional provision is based on the pillars of the Federal Constitution of 1988, which provides, among other rights, that of living in dignity, in a free and autonomous manner and with the minimum interference of the Public Power, since it would be dealing punctually with the intimate life of the people involved. The present research has the purpose of analyzing the impact of the said Amendment on the actions of dissolution of marriage, especially in regard to the institute of guilt, going through, therefore, the study of judicial decisions, in order to verify how this had impact within Courts. Through the deductive method, we sought to carry out an analytical approach, which includes doctrinal concepts of greater relevance to the subject, the principles most relevant to family relations and the practical result of cases involving guilt. Based on the study carried out, it was concluded that, despite a clear doctrinal divergence on the subject, the Brazilian Courts have been positioning themselves in a similar way, in order to unify the form of elimination of the conjugal bonds, which now exists only the divorce; and to completely suppress the requirements that made such a procedure bureaucratic, which comprises at one glance the discussion about the guilt of one of the spouses over the failed relationship, and the stipulation of temporal lapses.

Keywords: Marriage. Divorce Amendment. Guilt

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	09
2	AS RELAÇÕES FAMILIARES E O INSTITUTO DO DIVÓRCIO NO DIREITO.....	12
2.1	Breves Notas sobre a “Família”.....	12
2.2	A formação e o desfazimento do vínculo conjugal: uma analítica.....	15
2.3	Dissolução do casamento em termos gerais e a figura da culpa no Divórcio.....	23
3	PRINCÍPIOS NORTEADORES DAS DISSOLUÇÕES CONJUGAIS.....	27
3.1	Uma distinção necessária: Princípios e regras.....	27
3.2	A força normativa dos princípios à luz do Direito Civil Constitucional.....	31
3.3	Princípios relevantes no Direito de Família Contemporâneo.....	34
4	A QUESTÃO DA CULPA NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS: ANÁLISES JURISPRUDENCIAIS.....	41
4.1	A percepção da culpa em casos de infidelidade.....	41
4.2	O instituto da culpa como justificativa para pagamento de alimentos.....	45
4.3	Os princípios como instrumentos racionalizadores dos julgados brasileiros.....	48
5	CONCLUSÃO.....	54
6	REFERÊNCIAS.....	57
7	JURISPRUDÊNCIAS COLETADAS.....	59

1 INTRODUÇÃO

A concepção clássica do casamento trazia a ideia de indissolubilidade do vínculo, de modo que o Estado intervia na vontade das pessoas, infringindo assim o direito de liberdade, intimidade da vida privada e a dignidade da pessoa humana.

Com o surgimento da Lei do Divórcio, em 1977, passou-se a admitir a dissolução do casamento, de maneira que essa inovação passaria a extinguir por inteiro os vínculos de um casamento. A norma foi objeto de grande polêmica na época, principalmente pela influência religiosa que ainda pairava sobre o Estado e a figura da culpa passou a ser requisito essencial no âmbito das ações de divórcio, visto que sua comprovação poderia trazer consequências a um dos cônjuges.

A partir da promulgação da Emenda Constitucional nº 66/2010, ocorreram mudanças no ordenamento jurídico no tocante a esse tema, dentre elas uma tendência a vedar o debate da culpa nas ações de divórcio e o considerável aumento na demanda dessas ações.

Esse ato jurídico complexo, o casamento, é de grande relevância ao Direito de Família, à medida que traz diversas consequências na esfera social, gerando direitos e deveres aos cônjuges, estabelecendo um vínculo afetivo, bem como demarcando princípios, tais como o da afetividade, liberdade, igualdade, dignidade da pessoa humana, dentre tantos outros.

A promulgação da Constituição Federal de 1988 foi o principal marco responsável por profundas modificações no direito de família. A partir disso, verificou-se uma alteração no paradigma da afetividade, de modo que a simples existência do afeto passou a ser tida como suficiente para o reconhecimento de uma entidade familiar. Com isso, observou-se ainda a valorização e o fortalecimento do princípio da dignidade humana, que aliado ao princípio da liberdade, consagra o indivíduo como ser dotado de vontade.

A Emenda do Divórcio aparece como uma alteração constitucional que, ao promover inúmeras mudanças no aspecto social e jurídico, causa divergência quanto à interpretação de seu texto pela doutrina, que não possui entendimento pacificado.

Por outro lado, importante observar o seu impacto na rotina prática, ou seja, a repercussão desta alteração constitucional no âmbito dos Tribunais

Brasileiros, com a finalidade de identificar se o tema resta superado ou se ainda é objeto de discussão entre os julgadores.

Nesta senda, abre-se espaço para o seguinte questionamento: a configuração da culpa pode orientar o julgamento das ações de dissolução de casamento, após o advento da EC nº 66/2010?

Com escora na análise de obras doutrinárias e em artigos significativos à temática, verificou-se a existência de teorias divergentes no tocante ao problema, o que se deu em razão da heterogeneidade na interpretação da Emenda nº 66/2010.

Conforme explanado anteriormente, a análise das ações de divórcio e do impacto derivado da culpa no processo judicial se mostra indispensável à elucidação do presente tema. Em se tratando de problema complexo, uma vez que o Direito de Família lida diretamente com a vida privada do indivíduo, abarcando seus sentimentos, desejos e o afeto decorrente das relações sociais, é de se admitir que o problema seja digno de olhar mais cauteloso.

Dada essa alta complexidade, observar a culpa por um viés absoluto adotando medidas extremas, seja pelo âmbito da corrente majoritária, que acredita na extinção da culpa no âmbito do Direito de Família para fins do divórcio, seja pela corrente minoritária, que ainda admite a discussão da culpa diante da dissolução de um casamento, não parece ser uma forma razoável de tratar o “mundo da vida” do Direito de Família.

Desta feita, parece ser necessário adequar um julgamento que leve em consideração uma ordem principiológica, com a utilização do juízo de razoabilidade e proporcionalidade em cada caso concreto, afastando a perquirição de culpa de toda aplicação casuística que envolva a dissolução da sociedade conjugal.

Dentro desta temática, a presente pesquisa tem como objetivo geral demonstrar, sob a ótica da Emenda nº 66/2010, a irrelevância da culpa como critério orientador dos julgamentos das ações de dissolução de casamento.

Os objetivos específicos, por sua vez, consistem em apresentar conceitos que abrangem desde as relações familiares propriamente ditas até as noções de dissolução de vínculo conjugal aliada à figura da culpa, tendo por leitura base a doutrina; explanar sobre a importância da aplicação dos princípios nos casos concretos, dentro de uma perspectiva do direito civil-constitucional, dando ênfase aqueles norteadores do direito de família, diante da interferência direta nas

dissoluções conjugais e por fim, analisar pragmaticamente casos judiciais envolvendo culpa, todos exarados após a Emenda do Divórcio.

Como arrimo do estudo em questão, o método adotado é o dedutivo, com emprego de técnica de revisão bibliográfica e análise de decisões jurídicas. O tema é abordado por meio de pesquisa teórica, procedimento de estudo interpretativo, com análise de artigos constantes do ordenamento jurídico brasileiro.

A pesquisa se classifica como descritiva, à medida que visa descrever as características do fenômeno supracitado, que por sua vez já é conhecido, apenas sendo trazida uma nova visão sobre a realidade já existente; e qualitativa, ao passo que deixa de lado a representatividade numérica, levando em consideração a excelência do tema.

A técnica de pesquisa empregada é a bibliográfica, à proporção que tem como suporte teórico o Código Civil, a doutrina civilista, e o texto da Constituição Federal, tudo isso de grande relevância na abordagem do tema, pela qual serão demonstrados elementos pertinentes, tais como princípios constitucionais, que garantem ao indivíduo a tutela dos seus direitos por parte do Estado.

Por fim, pretende-se nos capítulos iniciar a abordagem do tema tratando das relações familiares e do instituto do divórcio no direito, de modo a evidenciar as concepções gerais meritórias, bem como destrinchar o conceito de culpa. Em seguida, a ideia é discorrer sobre a força normativa dos princípios, destacando a essencialidade de cada à vista das dissoluções conjugais. Finalmente, se vislumbra fazer uma análise da repercussão trazida pela EC nº 66/2010 na rotina dos Tribunais Brasileiros e sua atual perspectiva acerca da culpa nas ações de divórcio, como também observar a aplicação casuística dos princípios como orientadores destas ações.

2 AS RELAÇÕES FAMILIARES E O INSTITUTO DO DIVÓRCIO NO DIREITO

As relações familiares decorrem da necessidade humana de se unir a alguém, seja pelo ideal de felicidade, seja pela aversão à solidão. A ideia é a de que para se sentir completo é preciso estar ao lado de alguém, e inserir-se num seio familiar, de modo a estruturar suas bases psicológicas e afetivas.

O modelo familiar clássico encontra raízes no conservadorismo, onde era possível notar grande desigualdade entre os sexos, um forte patriarcalismo e um modelo extremamente institucionalizado. Entretanto, surgiram mudanças sociais que afetaram diretamente a família brasileira, pelo que resultou num olhar mais voltado ao casal e sua prole, agora centrada nas relações afetivas e igualitárias, sem distinção de seus membros.

Nesta seara, manifesta-se a figura do casamento, com suas devidas peculiaridades e efeitos sociais e jurídicos. Da mesma forma, faz parte do fenômeno das relações familiares o instituto do divórcio, que surgiu ao longo dos anos, e vem ganhando força desde o advento da Emenda nº 66/10, intitulada como Emenda do Divórcio.

2.1 Breves notas sobre a “Família”

É de extrema pertinência iniciar a abordagem do primeiro capítulo apresentando conceitos básicos que tratam do tema. O Direito de Família versa sobre as normas que regem a convivência familiar, abrangendo a organização, estrutura e proteção da família, bem como das relações familiares e os direitos e obrigações decorrentes da mesma.

Cumpre salientar a concepção de família para a civilista Maria Berenice Dias:

A família é cantada e decantada como a **base da sociedade** e, por essa razão, recebe especial proteção do Estado (CF 226). A própria Declaração Universal dos Direitos do Homem estabelece (XVI 3): *A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado*. Sempre se considerou que a maior missão do Estado é preservar o organismo familiar sobre o qual repousam suas bases. A família é tanto uma estrutura **pública** como uma relação **privada**, pois identifica o indivíduo como integrante do vínculo familiar e também como partícipe do contexto social. O direito das famílias, por dizer respeito a todos os cidadãos, revela-se como o recorte da vida privada que mais se presta às

expectativas e mais está sujeito a críticas de toda sorte (DIAS, 2016, p. 35, grifos da autora).

A família constitui a base de uma sociedade, e como tal possui amparo legal na Constituição, que também dispõe sobre a garantia de direitos dos entes das relações familiares. Em que pese às transformações sofridas ao longo do tempo em sua construção social, o seu princípio basilar permanece imutável.

Importante trazer à presente pesquisa o entendimento do jurista Paulo Lôbo, quando afirma que:

A realização pessoal da afetividade, no ambiente de convivência e solidariedade, é a função básica da família de nossa época. Suas antigas funções feneceram, desapareceram ou desempenharam papel secundário. Até mesmo a função procracional, com a secularização crescente do direito de família e a primazia atribuída ao afeto, deixou de ser sua finalidade precípua (LÔBO, 2011, p. 20).

Neste sentido, impende realçar as palavras do civilista (GONÇALVES, 2016, p. 17) no que concerne ao conceito de família: “*Lato sensu*, o vocábulo família abrange todas as pessoas ligadas por vínculo de sangue e que procedem, portanto, de um tronco ancestral comum, bem como as unidas pela afinidade e pela adoção”.

Para o eminente autor Anderson Schreiber:

Família é, antes que qualquer corpo intermediário, um complexo de relações de natureza existencial, que vincula o seu titular a outras pessoas humanas, com base em fundamentos que podem ser muito distintos entre si, como o parentesco, a afinidade e a afetividade (SCHREIBER, 2013, p. 300).

A família, antes vista sob a ótica patrimonial com fins de reprodução, deu espaço à condição de reduto afetivo de seus integrantes. O reconhecimento e proteção da família ganharam em linhas gerais, tratamento especial no texto constitucional, sendo amparada pela afetividade, não discriminação entre filhos e igualdade entre os sexos.

Impende mencionar a colocação de Carlos Roberto Gonçalves no tocante ao tema:

Todas as mudanças sociais havidas na segunda metade do século passado e o advento da Constituição Federal de 1988, com as inovações mencionadas, levaram à aprovação do Código Civil de 2002, com a convocação dos pais a uma “paternidade responsável” e a assunção de uma realidade familiar concreta, onde os vínculos de afeto se sobrepõem à

verdade biológica, após as conquistas genéticas vinculadas aos estudos do DNA. Uma vez declarada a convivência familiar e comunitária como direito fundamental, prioriza-se a família socioafetiva, a não discriminação de filhos, a corresponsabilidade dos pais quanto ao exercício do poder familiar, e se reconhece o núcleo monoparental como entidade familiar (GONÇALVES, 2016, p. 33-34).

Por conseguinte, insta trazer à baila o significado do termo entidade familiar, que compreende toda relação baseada em consanguinidade, afetividade ou simples vontade de dividir o mesmo lar, não sendo possível estabelecer um conceito jurídico definidor dos limites da constituição de uma entidade familiar. Afirma-se, então, a importância do afeto para a compreensão da própria pessoa humana, pautada na possibilidade de que a partir do afeto decorrem diversos efeitos jurídicos.

Nas palavras de Anderson Schreiber:

Com efeito, não se pode ceder à tentação de enxergar o direito de família como um conjunto de normas destinado à proteção de entidades familiares, quando seu objeto consiste, em verdade, nas relações de família ostentadas por cada pessoa humana, cuja dignidade merece a mais elevada proteção do ordenamento constitucional. A família não deve ser enxergada como valor em si, mas tão somente como comunidade funcionalizada à proteção e ao desenvolvimento da personalidade daqueles que a integram (SCHREIBER, 2013, p. 300).

Ante a multiplicidade de fatores sociais e jurídicos, é inviável estabelecer um modelo familiar uniforme, sendo essencial perceber a família de acordo com as necessidades prementes de cada tempo, garantindo-lhes respeito e proteção.

Sob este enfoque, bem observa Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

Nesta ordem de ideias, portanto, chegamos, até mesmo por honestidade intelectual, a uma primeira e importante conclusão: não é possível apresentar um conceito único e absoluto de família, apto a aprioristicamente delimitar a complexa e multifária gama de relações socioafetivas que vinculam as pessoas, tipificando modelos e estabelecendo categorias (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2012, p. 39).

Ainda nesta linha, Patrícia Matos Amatto Rodrigues em seu artigo “A nova concepção de família no ordenamento jurídico brasileiro” pontifica:

A transição da família como unidade econômica para uma compreensão solidária e afetiva, tendente a promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros, traz consigo a afirmação de uma nova feição, agora fundada na ética, na afetividade e na solidariedade. E esse

novo balizamento evidencia um espaço privilegiado para que os seres humanos se completem (RODRIGUES, 2009).

Com efeito, depreende-se que a afetividade abrange, concretamente, o imprescindível respeito às peculiaridades de cada um de seus membros, preservando a substancial dignidade de todos.

Com o passar do tempo, este princípio ganhou novos ares, passando a integrar a base de sustento de uma família. É importante destacar que a afetividade e o afeto são institutos ligados, porém distintos.

O afeto constitui-se no elemento básico da afetividade, é tido como o elo, a ligação, o liame sentimental entre as pessoas. A afetividade, por sua vez, consiste em um princípio jurídico aplicado ao Direito de Família, que se funda no sentimento de proteção e dedicação, tido como essencial no suporte da família atual.

Desta forma, é necessário conceber que a família é um meio para a busca da felicidade, de modo que cada indivíduo pertencente ao núcleo familiar deve realizar suas pretensões pessoais com base naquilo que acredita ser felicidade.

2.2 A formação e o desfazimento do vínculo conjugal: uma analítica

Antes de adentrar nessa questão, é de suma relevância apontar o conceito de casamento, que consiste no vínculo permanente de afeto; o que pressupõe comunhão plena de vida material e espiritual, sob determinado regime de bens, com o fim precípua de assistência mútua, de modo que haja igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges.

Tal definição encontra-se prevista no art. 1.511 do Código Civil de 2002, ao trazer em seu teor que: “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.”

Para o ordenamento jurídico, ele compreende um ato jurídico complexo de natureza híbrida, ao tempo em que reconhece nele a coexistência de aspectos contratuais e institucionais. Por seu turno, a autonomia da vontade das partes se resume à liberdade de escolher o parceiro, o regime de bens e a permanência ou não da relação familiar, ao passo que sua constituição se dá através de solenidades legais, tais como alteração do estado civil, deveres de fidelidade e coabitação, de

guarda e sustento dos filhos, entre outros. Assim, o casamento é um contrato na sua formação, mas no seu curso é uma instituição.

Na concepção de Paulo Lôbo, o casamento consiste em ato peculiar, pois depende tanto da constituição de manifestações da vontade das partes, quanto de atos estatais (2011, p. 100).

Nesta conjuntura, impende salientar que uma das repercussões ocasionadas pelo casamento é a constituição de deveres aos cônjuges, estes bem delineados no art. 1.566 do Código Civil:

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:
I - fidelidade recíproca;
II - vida em comum, no domicílio conjugal;
III - mútua assistência;
IV - sustento, guarda e educação dos filhos;
V - respeito e consideração mútuos.

O casamento exige determinadas formalidades, tais como a celebração por autoridade competente, uma vez que sua existência depende da celebração por pessoa a quem a Lei atribui tal poder, e o consentimento dos nubentes, que constitui peça chave ao referido ato. Cabe ressaltar que, a ausência do referido consentimento gera a inexistência jurídica do casamento.

De outro lado, existem alguns impedimentos para a contração do casamento, estes que podem ser opostos até o momento da sua celebração, desde que feito por pessoa capaz. São considerados impedimentos ao casamento:

Art. 1.521. Não podem casar:
I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;
II - os afins em linha reta;
III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;
IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;
V - o adotado com o filho do adotante;
VI - as pessoas casadas;
VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

Sob este enfoque, vale salientar o disposto no art. 1.522 do referido diploma jurídico:

Art. 1.522. Os impedimentos podem ser opostos, até o momento da celebração do casamento, por qualquer pessoa capaz.

Parágrafo único. Se o juiz, ou o oficial de registro, tiver conhecimento da existência de algum impedimento, será obrigado a declará-lo.

Na concepção tradicional, a ideia de família sempre esteve ligada à de casamento. Havia um patrimonialismo exagerado, de tal modo que as mulheres eram assujeitadas aos homens e carregavam a responsabilidade de sustentar seus casamentos.

Sob a égide de uma sociedade conservadora e diante da forte influência da Igreja Católica, era inadmissível o rompimento da sociedade marital. Não se falava em dissolução de casamento, pois aquilo era tido como uma afronta ao modelo ideal de família.

Observa-se então que, até o advento da Constituição Federal de 1988, havia enorme interesse Estatal e atuação na preservação do vínculo do casamento, de maneira que sua indissolubilidade era a única maneira de se conceber família juridicamente, e para tanto era indispensável a proteção por parte do Estado.

Neste sentido, merece destaque o art. 226 da Carta Magna::

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)

(grifos nossos)

Sendo assim, a Constituição Federal de 1988 representa para a sociedade brasileira um importante instrumento jurídico e político que veio trazer uma nova visão de mundo e que se encontra em total harmonia com as outras legislações existentes.

Quando a relação torna-se insustentável por algum motivo, a tendência é que o casal ou apenas um deles tenha o desejo de não mais coabitar e de deixar de dividir os prazeres e dificuldades da vida à dois, o que por certo atualmente se alcança com o divórcio.

É inconcebível que, diante dessa situação, se pretenda manter juntas duas pessoas que não mais tem essa vontade, uma vez que na maioria das vezes os relacionamentos findam por uma sucessão de fatos, o que certamente já causou um desgaste na convivência, no respeito e no carinho entre ambos.

Dentro desta perspectiva, a única maneira de romper com o matrimônio era o desquite, que por sua vez não o dissolvia, apenas cessava os deveres de fidelidade e coabitação, sem a possibilidade de contração de novo casamento.

Apesar das forças em contrário, em 1977 houve uma reforma constitucional que conseguiu acabar com a indissolubilidade do casamento. Com o advento da Lei do Divórcio (6.515/77) surgiram as primeiras modificações, dentre elas a alteração do nome “desquite” para “separação”. Porém, sua característica foi preservada: a sociedade conjugal tem um fim, mas o vínculo matrimonial permanece.

O divórcio era possível, mas sua obtenção era submetida à satisfação de algumas condições. Primeiramente, era necessário que houvesse a separação, para só após convertê-la em divórcio.

O divórcio, então, deixou de ser uma figura condenável e passou a ser visto como a busca da felicidade para alguns, de maneira que colocava fim em uma relação que já não mais trazia plenitude e bem-estar. Para o sujeito de direito, assim denominado pela Constituição de 1988, aquilo significava a libertação de uma situação desconfortável e infeliz.

Nesse ínterim, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald ensinam:

Por isso, com as lentes garantistas da Constituição da República, é preciso, sem dúvida, enxergar a dissolução do casamento (agora simplificada pela Emenda Constitucional 66/10) com uma feição mais ética e humanizada, compreendendo o divórcio como um instrumento efetivo e eficaz de promoção da integridade e da dignidade da pessoa humana (FARIAS, ROSENVALD, 2015, p. 344).

Com tudo isso, questionava-se até que ponto o Estado poderia intervir na vida privada das pessoas, uma vez que a Constituição Federal de 1988 tinha o condão de solidificar o ideal de garantia dos direitos fundamentais, tornando a sociedade mais democrática, justa e igualitária, o que terminava por limitar o exercício do poder estatal.

Para corroborar com tal afirmação, cabe mencionar os dizeres de Rodrigo da Cunha Pereira em seu trabalho “Princípios Fundamentais e Norteadores para a Organização Jurídica da Família” ao pontuar que:

A descoberta do sujeito do inconsciente revela, além de uma realidade psíquica, que o desejo é inconsciente e que o sujeito é também desejo, pois onde se encontra o desejo está o sujeito. Desejo, logo existo. Portanto, o sujeito é essencialmente desejo” (PEREIRA, 2004, p. 44)

Um grande avanço que limitou a intervenção do Estado foi a viabilidade de realização do divórcio consensual através de escritura pública. Porém, para sua aquisição, o casal não poderia ter filhos menores ou incapazes e deveria estar de pleno consenso. Vide art. 733 do Código de Processo Civil:

Art. 733. O divórcio consensual, a separação consensual e a extinção consensual de união estável, não havendo nascituro ou filhos incapazes e observados os requisitos legais, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições de que trata o art. 731.

Em 2010, surgiu a Emenda Constitucional nº 66, a ilustre Emenda do Divórcio, que pôs fim a separação e acabou com a duplicidade de procedimentos para manter, durante 1 ano, uma união que já não mais existia, uma sociedade conjugal finda, porém não extinta.

Esta Emenda alterou o paradigma constitucional de todo o direito de família, e principalmente instituiu uma dissolução do casamento sem a necessidade de prazos ou identificação de culpados. Além disso, trouxe outra significativa modificação: a minimização da intervenção do Estado na vida das pessoas, que por sua vez tentava impor a manutenção dos vínculos jurídicos mesmo sem a existência dos laços afetivos.

Nesse seguimento, Maria Berenice Dias pontua:

Claro que há quem sustente -poucos, é verdade- a permanência da separação judicial, principalmente em face das ineficazes referências constantes no Código de Processo Civil. Ora, se é direito da pessoa constituir núcleo familiar, também é direito seu não manter a entidade formada, sob pena de comprometer-lhe a existência digna. É direito constitucional do ser humano ser feliz e dar fim àquilo que o aflinge sem ter que inventar motivos. Desse modo, o direito de buscar o divórcio está amparado no princípio da dignidade humana (DIAS, 2016, p. 209).

Hoje, com o desaparecimento do instituto da separação, o ordenamento jurídico prevê apenas uma forma de dissolver o casamento, qual seja o divórcio. Com o fim da separação também se esvaiu toda a teoria acerca da culpa e não mais é possível trazer em juízo qualquer discussão a respeito da postura de qualquer dos cônjuges durante o casamento.

Em que pese o estado de desatualização em que se encontra o Código Civil, uma vez que ainda trata da separação como uma das formas de dissolver o casamento, deve ser levado em conta o teor da Emenda nº 66 publicada em 2010, denominada Emenda do Divórcio, que, ao instituir o divórcio como sendo a única maneira de pôr fim a uma sociedade conjugal, altera o art. 226 da Constituição Federal. Senão vejamos:

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66, DE 13 DE JULHO DE 2010

Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º O § 6º do art. 226 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 226.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio."(NR)

Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

(grifos nossos)

Ainda no âmbito do casamento, está presente a figura do regime de bens, entendido por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2012, p. 314) como sendo "o conjunto de normas que disciplina a relação jurídico-patrimonial entre os cônjuges, ou, simplesmente, o estatuto patrimonial do casamento".

Essa sistemática é revestida de liberdade aos nubentes, uma vez que, com o advento do Código Civil de 2002, é possível modificar, ainda que na constância do matrimônio, o regime de bens adotado, desde que respeitadas às exigências legais, o que pode ser visto no art. 1.639 do Código Civil em seu §2º:

Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.

§ 1º O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento.

§ 2º É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.

(grifos nossos)

Nessa diretriz, hoje vigoram os seguintes regimes de bens no Direito Brasileiro: comunhão parcial de bens, comunhão universal de bens, separação (convencional e obrigatória) de bens e participação final nos aquestos, sendo o primeiro deles o atual regime supletivo, o que se dará pela ausência de convenção dos cônjuges ou se existir, for eivada de nulidade ou ineficácia, conforme versa o art. 1.640 do CC: “Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial.”

Entende-se que o direito de família, por seu turno, conserva um caráter privado em sua essência, uma vez que é regido por normas pertencentes ao Direito Privado. Porém, é indiscutível a importância da família para a comunidade, de maneira que o Estado restringe o poder de vontade dos indivíduos quando intervém diretamente nas relações privadas, o que implica dizer que devemos reconhecer a constante presença de preceitos de ordem pública.

É fato que o casamento carrega consigo a marca da tradição e inúmeros fatores que o incorporaram ao longo do tempo, e que sobre essa instituição, pairava fortemente a influência religiosa, o que é visto ainda hoje.

Com o passar dos anos, é possível notar que o casamento sofreu drásticas mudanças culturais, sociais, religiosas e até jurídicas, à medida que ganhou uma feição mais contemporânea, que se adequa às necessidades atuais da sociedade.

Neste sentido, de acordo com os civilistas Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

Com a Lex Mater de 1988, a situação se modificou, ganhando novos ares. A família foi pluralizada, assumindo diferentes feições. O casamento perdeu a exclusividade, mas não a proteção. Continua merecedor da especial proteção do Estado (CF, art. 226), como uma das formas possíveis para a constituição de uma entidade familiar, através de uma união formal, solene, entre pessoas humanas (FARIAS, ROSENVALD, 2015, p. 141).

Este instituto, antes do advento da Carta Magna de 1988, detinha um caráter puramente formal, onde o que verdadeiramente importava era atender as formalidades exigidas jurídica e socialmente. Com a chegada da Lei Maior, a

preocupação era com a proteção dos direitos dos nubentes, sendo asseguradas as suas vontades.

A Constituição Federal de 1988 ganhou destaque pela sua natureza humana e social, que privilegiava especialmente a dignidade da pessoa humana, entendida como máxima a ser garantida a todos os indivíduos, sem distinção, como forma de respeito à liberdade individual e às pretensões de cada sujeito.

Oportuno destacar o entender do jurista Anderson Schreiber:

Fruto de um amplo debate democrático, a Constituição brasileira de 1988 elegeu como valores fundamentais da sociedade brasileira a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social, a redução das desigualdades, a erradicação da pobreza, entre outros valores de cunho fortemente social e humanista (SCHREIBER, 2013, p. 9).

Neste sentido, afirma Paulo Lôbo em sua obra:

Ao lado da tradição e dos costumes, há que considerar a força das religiões na sociedade brasileira, na valorização do casamento, além da nítida opção preferencial da legislação, como se dá no Código Civil, que não pode ser entendida como hierarquização normativa. Sob outra ótica, diz-se que no casamento tem-se não apenas a mais radical forma de associação humana, senão também a mais antiga, com tendência para sua repersonalização, com a redescoberta e a revalorização da pessoa humana (LÔBO, 2011, p. 99-100).

É pertinente destacar que a Constituição Federal de 1988 deu um passo bastante ousado, estando inclusive mais “atualizada” que o código civil, na medida em que retirou conceitos e expressões que causavam mal-estar à sociedade.

É fato notório que este ato jurídico é dotado de bastante complexidade, tanto no âmbito de sua celebração, quanto de seu desfazimento, na medida em que ambos os momentos se submetem a inúmeros preceitos legais.

2.3 Dissolução do casamento em termos gerais e a figura da culpa no Divórcio

É recorrente e faz parte do fenômeno jurídico que compreende o casamento, a dissolução das sociedades conjugais, o que representa a uma só vista tanto o momento de separação, como o divórcio.

O casamento, em sua visão clássica, era um ato jurídico indissolúvel, que por sua vez era regado de bastante influência religiosa e conservadorismo estatal. Por indissolúvel, entende-se um vínculo que, após realizado, não mais poderia ser

desfeito. Àquela época existia apenas uma maneira de romper com o matrimônio, que era através do desquite. Ocorre que, ele não tinha o condão de dissolver o vínculo.

Em 1977, por força da lei nº 6.515 que regulamentou a dissolubilidade do vínculo matrimonial, passou-se a reconhecer o divórcio no Direito Brasileiro, que até então somente previa a figura do desquite. Este último consistia no instrumento por meio do qual havia o rompimento da convivência, isto é, da sociedade conjugal, mas não trazia liberdade de contrair novas núpcias aos cônjuges.

Para corroborar, insta mencionar os dizeres de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

Nesse contexto, o reconhecimento do divórcio, desapegado dos grilhões religiosos que ao Direito não se afirmam mais, é imperativo para um Estado que se proponha a consagrar um sistema jurídico efetivamente democrático e propiciador de uma necessária ambiência de promoção da dignidade da pessoa humana (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2012, p. 524).

Neste diapasão, apesar da probabilidade jurídica de dissolver o casamento, o procedimento foi inicialmente dificultoso, devido a gama de exigências necessárias à obtenção do divórcio e aos resquícios da interferência religiosa no Estado. Destarte, a lei trouxe a viabilidade de um divórcio direto, que passou a ser aceito na própria Constituição Federal.

Com efeito, cabe destacar o entendimento dos juristas (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2012, p. 540), que afirmam ser o decurso do lapso temporal de mais de dois anos da separação de fato o único requisito desta modalidade de divórcio, o qual vigorou até a Emenda do Divórcio, que implementou diversas mudanças ao ordenamento jurídico.

Com a Constituição Federal de 1988, foram ampliadas as hipóteses de dissolução do casamento por divórcio, que era concedido tanto após a prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, hipótese do divórcio indireto, quanto da comprovação da separação de fato por mais de dois anos, sendo o chamado divórcio direto.

O divórcio chamado direto só era possível em caráter emergencial, e a intenção em autorizá-lo era somente para os que se encontravam separados de fato há mais de 5 anos quando da EC 9/77. Além disso, era essencial a exposição da(s)

causa(s) fomentadora(s) daquela separação, ou seja, buscava-se nomear um verdadeiro culpado pelo fim.

A Constituição Federal de 1988 também teve forte atuação no âmbito das ações de divórcio, ao passo que institucionalizou o divórcio direto sem o caráter de excepcionalidade, reduzindo o prazo de separação para dois anos e afastando a necessidade de identificação de uma causa para sua permissão.

Nesta senda, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald sintetizam esse posicionamento:

O divórcio, portanto, materializa o direito reconhecido a cada pessoa de promover a cessação de uma comunidade de vida (de um projeto afetivo comum que naufragou por motivos que não interessam a terceiros ou mesmo ao Estado – aliás, não sabemos mesmo se interessam a eles próprios). Por isso, toda e qualquer restrição à obtenção da ruptura da vida conjugal não fará mais do que convalidar estruturas familiares enfermas, casamentos malogrados, convivências conjugais em crise, corrosivas e atentatórias às garantias de cada uma das pessoas envolvidas (FARIAS, ROSENVALD, 2015, p. 343-344).

Diante do quadro que diligencia a dissolução conjugal, a Emenda do Divórcio (nº 66/ 2010) surge como alteração constitucional que promove inúmeras modificações no aspecto social e jurídico. Uma das modificações que se destaca na referida Emenda é a discussão da culpa no âmbito das ações de divórcio.

Neste íterim, de modo a esclarecer a essência da palavra “culpa” e a sua acepção no mundo do direito de família, mais especificamente no âmbito das ações de dissolução de casamento, é que se torna pertinente trazer à baila as definições encontradas na doutrina.

Cabe apresentar o conceito de culpa, no olhar de Flávio Tartuce (2011), em seu artigo “Debate- PEC do Divórcio e a Culpa: Possibilidade”, que serviu de inspiração à presente pesquisa: “É preciso se atentar para o próprio conceito de culpa, que deve ser concebida como o desrespeito a um dever preexistente, seja ele decorrente da lei, da convenção das partes, ou do senso comum”.

Ainda, insta trazer à tona o entendimento de Maria Berenice Dias no tocante à culpa:

A apenação de um culpado só tem um significado quando o agir de alguém coloca em risco a vida ou a integridade física, moral, psíquica ou patrimonial de outra ou de outras pessoas, ou de algum bem jurídico tutelado pelo direito. Fora disso, não há motivos que leve o Estado a perseguir culpados e, muito menos, tentar puni-los. A culpa dispôs de espaço próprio no âmbito

do direito penal. No direito comercial e no direito civil, cabe ser perquirida tão só na órbita obrigacional e contratual, em que o agir está ligado a um ato de vontade (DIAS, 2016, p. 88).

Percorrendo o caminho da culpa no código civil atual, é possível notar que as relações afetivas não se pautam em único ato, uma vez que englobam um processo sucessivo, o que torna arriscado saber quem é o culpado ou a origem do desgaste daquela relação. Inclusive, do ponto de vista prático, é bastante complicado se aplicar ou mensurar a culpa pelo fim de uma convivência à dois.

A culpa, tida como um elemento subjetivo essencial para o alcance do divórcio, perde espaço nessa complexa realidade denominada relação afetiva, e o fato é que a vontade das partes, tutelada pelos princípios da liberdade e da dignidade humana, ganha força quando o assunto é dissolução da sociedade conjugal.

Com efeito, a quebra de paradigmas sociais e de pensamentos arcaicos trouxeram ao direito de família e às relações familiares uma nova ótica perante a sociedade e o Estado, pautada no afeto e no desejo do sujeito detentor de direitos fundamentais.

Ademais, é de amplo saber que as relações familiares são de extrema complexidade, e a imputação de culpa a um dos cônjuges pelo fim do relacionamento conjugal só traria malefícios à saúde psicológica de ambos, já que essa discussão desgastaria ainda mais algo que já se encontra abalado.

Após a Emenda do Divórcio em 2010, o direito de família deixou de tutelar a dissolução do vínculo conjugal através da culpa, o que conseqüentemente causou ênfase nos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade e do afeto, que acabaram por enfraquecer o conceito de culpa.

Com a dissolução da sociedade e do vínculo conjugal pelo divórcio, desaparece o impedimento legal de contrair novo matrimônio, na medida em que se põe termo ao casamento, seus deveres conjugais e os efeitos civis do matrimônio religioso.

O trabalho “Separação e a Emenda Constitucional nº 66/2010: Incompatibilidade Legislativa” também serviu de inspiração à presente pesquisa, dada a pertinência da observação feita por César Leandro de Almeida Rabelo em sua obra:

Considerando que o matrimônio tem como fim a vida em comum, harmônico e a afetividade, e não mais havendo interesse por parte dos cônjuges, mais que recomendável a dissolução do casamento com intuito de preservar a integridade psicológica, moral e física dos mesmos (RABELO, 2011, p. 2).

As modificações oriundas da Emenda do Divórcio serviram de suporte ao respeito da dignidade humana, uma vez que o Estado passou a não mais intervir como antes, de modo que a vontade dos indivíduos se sobressaía frente aos interesses públicos. Nesta linha, a autora Maria Berenice Dias sustenta:

A Emenda Constitucional 66/2010, ao dar nova redação ao §6º do art. 226 da CF, com um só golpe alterou o paradigma de todo o Direito das Famílias. A dissolução do casamento sem a necessidade de implemento de prazos ou identificação de culpados dispõe também de um efeito simbólico: deixa o Estado de imiscuir-se na vida das pessoas, tentando impor a manutenção de vínculos jurídicos quando não mais existem laços afetivos (DIAS, 2016, p. 209).

Finalmente, é oportuno ressaltar que a ação de divórcio é de cunho personalíssimo, o que implica dizer que seu pedido somente compete aos cônjuges. E, em casos de incapacidade de um deles, existe a possibilidade de defender-se ou ingressar com a ação através de seu curador, ascendente ou irmão.

3 PRINCÍPIOS E DIRETRIZES NORTEADORES DAS DISSOLUÇÕES CONJUGAIS

O direito de família, apesar de compor o direito civil, é regado de bastante influência constitucional, uma vez que seus princípios sempre orientaram o julgamento das mais diversas ações.

A presença do texto constitucional na rotina prática-jurídica das famílias, e por esta entende-se as relações privadas, é de grande valia, uma vez que a coletividade carecia de um olhar mais humano e social para com cada indivíduo, o que sem dúvidas era o ponto chave da Constituição de 1988.

Neste sentido, a doutrina (FARIAS, ROSENVALD, 2015, p. 37) assinala: “Hodiernamente, aliás, o estudo da principiologia ganha uma relevância ainda maior em razão do texto constitucional, que estabelece os princípios gerais interpretativos para todo o sistema, inclusive para as relações familiares”.

No universo jurídico, os princípios têm função de mediar e auxiliar na interpretação e aplicação dos dispositivos cabíveis a cada caso concreto, servindo de instrumento teórico-prático para o uso do Direito nos Tribunais.

3.1 Uma distinção necessária: Princípios e Regras

A definição de norma jurídica e a distinção entre suas espécies causam bastante discussão na seara do sistema normativo global, de modo que dão azo as mais diversas opiniões entre a doutrina moderna.

Por norma jurídica leia-se os princípios e as regras, os quais, enquanto parâmetros para a aplicação prática do direito são dotados de mesmo grau hierárquico e incorporam um sistema normativo aberto, haja vista que vivem em constante conexão com o mundo e suas mudanças externas.

Para conceituar princípio e distingui-lo de regra, tudo dependerá do critério empregado, uma vez que se trata de instrumento abstrato, e de difícil conceituação. Esses critérios são bem diversificados, tais como fundamentalidade, generalidade e estrutura lógica, dos quais a generalidade, também chamada abstração, é a mais utilizada. Ressalta-se que por vezes esses critérios são incompatíveis entre si, a depender de como são interpretados.

Boa parte da doutrina estabelece que os princípios e regras tem em comum a essência de tipo normativo, mas as controvérsias entre as definições dos juristas são evidentes. Ambos ditam o que deve ser, ainda que tenham razões de ser totalmente distintas.

A teoria do direito contemporâneo tem forte influência de grandes obras, que tem como escopo a distinção entre princípios e regras, dentre elas as de Ronald Dworkin e Robert Alexy.

A fim de explicar a estrutura das normas de direito fundamental, Dworkin tem uma manifesta tendência a criticar o positivismo, por acreditar que essa corrente estabelece um modelo de sistema jurídico restrito apenas a regras, o que dificulta a solução dos “*hard case*”. Para ele, é imprescindível a utilização conjunta de princípios, de modo que o uso privativo de regras torna insuficiente a resolução de um caso concreto.

Nesta senda, segundo Dworkin (2002), citado por Felipe Oliveira de Sousa (2011, p. 97) em seu artigo intitulado como “O raciocínio jurídico entre princípios e regras” publicado na Revista de Informação Legislativa:

Dessa forma, um juiz, quando se depara com a situação de não haver regra aplicável ao caso concreto ou de a regra aplicável estar indeterminada (casos difíceis), não *deve tomar* uma decisão *completamente discricionária*, pois tem o *dever de tomar tal decisão a partir da aplicação rigorosa dos princípios jurídicos*. (SOUSA, 2011, p. 97)

(grifos do autor)

A fim de distinguir princípios e regras, Ronald Dworkin designa dois critérios, sendo o primeiro o caráter lógico e o segundo a dimensão do peso, dos quais o primeiro se observa em virtude da solução que oferecem, enquanto o segundo é característica apenas dos princípios, e é definido de acordo com a importância que um princípio tem em relação ao outro quando se está diante de uma colisão.

O caráter lógico, por sua vez, se baseia na ideia de que as regras e os princípios propõem soluções distintas, de modo que, as regras atuam como *tudo-ou-nada*, ou seja, no plano da validade e são tidas como de aplicação compulsória a depender do fato que elas estipulam. Sendo assim, ou ela é válida, sua resposta deve ser aceita e sua aplicação indispensável, ou ela não é válida e por isso não deve ser aplicada e nem vai surtir consequências jurídicas à decisão.

Já os princípios não tem o traço absoluto das regras e, portanto não determinam por completo uma decisão, apenas servindo de esteio para decisões. Assim, eles não estabelecem de forma clara fatos que darão ensejo à sua aplicação imediata, o que vai depender do que o caso concreto demandar.

A dimensão do peso trazida por Dworkin diz respeito à relevância que o princípio tem quando colide à outro no caso concreto. Por isso, entende-se que quando houver choque entre dois princípios, um deles deve prevalecer apenas naquela situação concreta, o que não torna um hierarquicamente superior ao outro, ou seja, um princípio cede em função de outro naquela situação, porém os dois permanecem válidos no ordenamento.

As regras não possuem uma dimensão de importância, de modo que quando colidem apenas uma delas será aplicada ao caso concreto, e dessa forma, a outra prontamente será considerada inválida, salvo previsão de exceção. Elas podem conter exceções, sendo primordial sua enumeração, a fim de que seu enunciado seja o mais completo possível.

Isso ocorre em razão do comando de uma das regras proibir a outra regra. Nesses casos, o conflito deve se resolver por meio da declaração de invalidade de uma delas, o que será feito através de critérios tradicionais de hierarquia, cronologia e especialidade, retirando a regra inválida do âmbito do ordenamento jurídico.

Para corroborar com o exposto, insta mencionar os dizeres de Ronald Dworkin citado por Marcelo Novelino (2012, p. 127):

Segundo DWORKIN, enquanto as regras impõem resultados, os princípios atuam na orientação do sentido de uma decisão. Quando se chega a um resultado contrário ao apontado pela regra é porque ela foi mudada ou abandonada; já os princípios, ainda que não prevaleçam, sobrevivem intactos. Um determinado princípio pode prevalecer em alguns casos e ser preterido em outros, o que não significa sua exclusão. Assim como os aplicadores do Direito devem seguir uma regra considerada obrigatória, também devem decidir conforme os princípios considerados de maior peso, ainda que existam outros, de peso menor, apontado em sentido contrário (NOVELINO, 2012, p. 127).

Sob os olhares de Robert Alexy no tocante ao primeiro critério reconhecido por Dworkin, qual seja o lógico, ele critica o fato deste tutelar a possibilidade de enumeração de todas as exceções a uma regra, pois acredita ser

tal ato impossível, já que não está na alçada do ser humano prever todas as situações fáticas que se encaixariam como exceções a determinada regra.

Desta forma, ele afirma que a aplicação das regras no plano da validade, tese esta defendida por Dworkin, pressupõe que seja possível conhecer todas as exceções das regras, e que, devido à ausência de conhecimento prévio quanto a todas as exceções das regras, não seria possível formulá-la completamente e nem deduzir com certeza as consequências jurídicas decorrentes de sua aplicação.

Já no que diz respeito ao critério da dimensão de peso, Alexy está plenamente de acordo com Dworkin, pois acredita que as regras não são dotadas de importância, isto é, de peso.

Porém, ele complementa a ideia de Dworkin consagrando os princípios como mandamentos de otimização, ou seja, definindo que são normas que demandam a realização de algo na maior medida dentro das viabilidades jurídicas e fáticas.

Assim, entende que os princípios podem ser concretizados em inúmeros graus, e, portanto são detentores de um grau de satisfação variável, enquanto as regras possuem um grau de satisfação fixo, dentro do possível jurídica e faticamente, de maneira que podem satisfazer ou não, e no caso de satisfazer, deve ser seguido exatamente o que ela dita.

A diferenciação qualitativa entre normas princípios e normas regras também é feita com base numa perspectiva conexa, a saber, o método de solução das colisões que surgem a partir dos princípios como mandamentos de otimização e das regras como mandamentos definitivos.

Nesta senda, insta colacionar as palavras de Robert Alexy citadas por Felipe Oliveira de Sousa (2011, p. 100-101) em seu artigo “O raciocínio jurídico entre princípios e regras” publicado na Revista de Informação Legislativa:

Um conflito entre duas regras somente pode ser resolvido ou declarando pelo menos uma das regras como inválida (expurgando-a, assim, do ordenamento jurídico), ou inserindo uma cláusula de exceção em uma delas. Caso não seja possível inserir uma cláusula de exceção em uma das regras, e haja um problema em decidir qual das regras deve ser declarada inválida, pode-se fazer uso de critérios como *lex posterior derogat legi priori*, ou *lex specialis derogat legi generali*, ou *lex superior derogat legi inferiori* para resolver o conflito. Esse modo típico de solucionar os conflitos de regras guarda uma relação direta com a estrutura das regras como mandamentos definitivos. Isso porque as regras são aplicadas mediante *subsunção*, ou seja, se a regra é válida e os supostos de fato que nela se subsumem ocorrem, então a consequência jurídica que tal regra demanda é

válida, ou seja, *deve ser aplicada*. Se a regra não é válida, então a sua consequência jurídica também não o é, ou seja, *não deve ser aplicada*. Por sua vez, uma colisão de princípios é solucionada de modo inteiramente distinto do conflito de regras. De acordo com Alexy, uma colisão de princípios é solucionada mediante *ponderação*. Quando dois princípios colidem em um caso concreto, não é possível solucionar essa colisão declarando um dos princípios como inválido (e, portanto, eliminando-o do ordenamento jurídico), ou inserindo uma cláusula de exceção em um deles. O que acontece é que, em face de determinadas circunstâncias concretas, um princípio tem um grau de importância maior em ser satisfeito do que o outro, fato esse que não impede, como já notou Dworkin, que, mudadas as circunstâncias concretas, a situação se inverta. (SOUSA, 2011, p. 100-101)

(grifos do autor)

Resta evidente que, apesar das pequenas divergências de pensamento, ambos os juristas partem de pressupostos similares para distinguir as regras e os princípios, pois os encaram como espécies do gênero norma jurídica e atribuem a eles um caráter qualitativo.

3.2 A força normativa dos princípios à luz do direito civil-constitucional

Hodiernamente, os princípios vêm recebendo tratamento de norma, fato este que é resultado de um processo evolutivo que abrange desde sua concepção até a sua aquisição normativa.

O reconhecimento dos princípios enquanto norma decorre de um longo caminho percorrido através de 3 fases históricas, sejam elas o jusnaturalismo, o positivismo jurídico e o pós-positivismo jurídico.

Na primeira delas, a do jusnaturalismo, os princípios eram carentes de força normativa, de maneira que representavam apenas valores permanentes a serem seguidos, observados de maneira abstrata e cujo conteúdo se submetia à concretização de regras expressas no ordenamento jurídico. Sendo assim, eram considerados apenas como diretrizes para alcançar a justiça, servindo de orientação para solucionar casos concretos.

No século XIX observou-se grande êxito na dinâmica da codificação, e diante da inclusão de dispositivos no texto jurídico, o jusnaturalismo perdeu força, dando lugar à segunda fase histórica, a do positivismo jurídico.

No positivismo jurídico, as regras eram consagradas como normas, enquanto os princípios não, pois eram vistos como fontes a serem utilizadas somente em caráter de subsidiariedade, nos casos de alguma brecha deixada pelo

ordenamento, e após esgotadas todas as formas de preenchimento de tal lacuna, entendendo assim os costumes, a analogia e o conjunto de previsões legais.

Esta corrente preconizava a legalidade estritamente formal, o que afastava o direito da moral e dos valores. Entretanto, isso deu fundamento jurídico de validade a tais episódios, o que gerou a necessidade de reaproximá-los, a fim de resguardar-se de possíveis outros fatos desagradáveis que viessem a ter fundamento nas ordens jurídicas.

O retorno dos valores ao Direito impulsionou o declínio do positivismo jurídico e proporcionou o advento de uma nova fase, denominada pós-positivismo ou neopositivismo, assim intitulada por confrontar o positivismo tradicional.

O pós-positivismo jurídico é a fase de maior relevância aos princípios, pois foi a partir dela que esse instituto ganhou força normativa e teve reconhecida a ascensão de seus valores. A nova concepção trazida por esta fase busca preservar a positividade do Direito, destacando os princípios como normas e reintegrando ao Direito o instituto da moral.

Nesta conjuntura, impende salientar que o direito contemporâneo foi vigorosamente inspirado no direito civil-constitucional, que teve enorme valia na medida em que desempenhou uma reestruturação das bases jurídicas.

Nesta esteira, torna-se imperioso trazer à tona algumas considerações acerca do direito civil-constitucional, a fim de esclarecer sua importância no panorama familiar.

Consiste numa corrente de pensamento que admite a essencialidade de uma releitura constante do direito civil à luz da Constituição, o que não deve ser compreendido apenas com o intuito de interpretar as normas de ordem civil, e sim para reconhecer que os preceitos constitucionais podem ser aplicados nas relações jurídicas entre particulares.

Esse termo passou a ser utilizado no Brasil na década de 1990, quando foi dado início ao seu estudo, que já se mostrava imperativo e urgente. A ideia era remodelar os institutos do Direito Civil, de maneira a agregá-los aos valores fundamentais presentes na Constituição Federal.

Nesta senda, o autor Anderson Schreiber em sua obra “Direito Civil e Constituição” afirma:

A rigor, para o Direito civil-constitucional não importa tanto se a Constituição é aplicada de modo direto ou indireto (distinção nem sempre fácil). O que importa é obter a máxima realização dos valores constitucionais no campo das relações privadas (SCHREIBER, 2013, p. 6).

Completa afirmando:

Não há aqui espaço para ilusões: o direito civil brasileiro continua a exigir e continuará a exigir permanente releitura à luz dos valores constitucionais, como único caminho seguro para a realização do projeto de sociedade traçado pela Constituição de 1988 (SCHREIBER, 2013, p. 11).

Com o desenvolvimento do direito civil-constitucional, os princípios ganharam uma força normativa incontestável, tornando-se fundamentais à aproximação do ideal de justiça. Diante disso, ocuparam o centro da interpretação legislativa, de modo que sua observância no âmbito do direito de família se tornou imprescindível.

Por princípio, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald entendem:

Em outras palavras: constituem as proposições genéricas que servem de substrato para a organização de um ordenamento jurídico. Daí a sua indubitosa importância no estudo das ciências jurídicas. Com isso, não se pode olvidar que os princípios são *enunciados com força normativa* e, por força disso, tendem à produção de efeitos concretos, que emergem do garantismo constitucional, voltados, em especial, à valorização da pessoa humana e à afirmação de sua dignidade (FARIAS, ROSENVALD, 2015, p. 37, grifos do autor).

Entretanto, cabe destacar que essa força normativa lhes é atribuída de forma igualitária, sem qualquer hierarquia entre eles. É possível, inclusive, que na aplicação prática se estabeleça uma relação de incompatibilidade entre princípios, e nessas hipóteses de colisão, o caso concreto será o critério definidor para indicar a solução e o princípio prevalente à situação.

É necessário que se proceda à ponderação de interesses, de maneira que, diante do caso concreto, se estabeleça o princípio que melhor vai respeitar o superprincípio da dignidade da pessoa humana, e daí então será resolvido o conflito.

Nesta senda, os civilistas Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald virgulam:

A ponderação de interesses é uma técnica utilizada para dirimir tensões estabelecidas em razão de entrelaçamento de diferentes normas-princípios em casos concretos. Ora, considerada a indubitosa aplicação dos direitos fundamentais nas relações familiaristas, é fatal reconhecer a não menos

incontroversa utilização da técnica de ponderação de interesses como mecanismo seguro e eficaz de solução dessas colisões no âmbito privado (FARIAS, ROSENVALD, 2015, p. 45).

Cabe esclarecer que existem princípios intitulados como implícitos, que não se encontram escritos nos textos da lei, porém são dotados de fundamentação ética e se inserem no ordenamento jurídico para oportunizar a vida em sociedade. Entre estes e os explícitos, aqueles constantes do texto legal, inexistem hierarquia.

Alguns princípios são considerados norteadores do Direito de Família, sem os quais não seria possível ocorrer julgamentos justos nas ações que envolvem as relações familiares. O papel do juiz moderno é, sob um olhar sensível, analisar cada caso concreto, e aplicar os princípios relevantes de modo a encontrar justiça.

Nesta senda, a doutrinadora Maria Berenice Dias se posiciona:

Como precisa decidir sobre a vida, dignidade, sobrevivência, não tem como simplesmente ditar, de maneira imperativa e autoritária, qual regra aplicar, encaixando o fato ao modelo legal. Em sede de direito das famílias, não dá pra amoldar a vida à norma. Mais do que buscar regras jurídicas é necessário que sejam identificados os princípios que regem a situação posta em julgamento, pois a decisão não pode chegar a resultado que afronte o preceito fundamental de respeito à dignidade humana (DIAS, 2016, p. 66).

É patente a dificuldade de lidar com esse ramo do direito, haja vista a proximidade com os sentimentos, perdas e frustrações das pessoas. A dissolução de um vínculo, ao romper com o sonho de plenitude da felicidade, traz desamparo, mágoas, incertezas e uma fragilidade descomunal, o que só reforça a ideia de conscientização dos profissionais do campo jurídico que lidam diariamente com estas situações.

Sob este enfoque, o sujeito é titular de direitos fundamentais pela simples qualidade de ser humano, e os princípios são a garantia constitucional de respeito e proteção a esses direitos. É no direito das famílias que mais se sente o reflexo dos princípios que a Constituição Federal consagra como valores fundamentais.

3.3 Princípios relevantes no Direito de Família contemporâneo

É sabido que a aplicação de um sistema normativo composto de princípios é indispensável na ordem constitucional instituidora do Estado de Direito. Para realizar em sua completude um Estado que consagra o indivíduo como um ser

dotado de direitos é essencial que seus pilares disponham de um suporte principiológico, pois somente a partir dele é que os anseios sociais se efetivam pelo Direito.

É essencial trazer à tona os princípios afetos ao direito de família de maneira minuciosa, a fim de que se esclareça a importância de cada um deles e sua aplicabilidade prática nas relações privadas, cabendo a ressalva de que todo instituto que tenha reflexo no direito de família precisa estar em total harmonia com os referidos princípios.

Um dos princípios que pautam essas relações é o da dignidade humana, que por sua vez é considerado um superprincípio, na medida em que serve de esteio ao ordenamento jurídico. Este princípio está intimamente ligado à ideia de que o sujeito é titular de direitos, e essa garantia é inerente a todo ser, sem distinções. Dessa maneira, todo sujeito tem o direito de viver plenamente de acordo com seus desejos, que devem ser respeitados e assegurados.

Impende aqui apontar a percepção de (PEREIRA, 2010, p. 45) em sua obra “Uma Principiologia para o Direito de Família” no tocante a este princípio: “Respeito à dignidade humana é o mesmo que respeito aos desejos do sujeito, com os seus caminhos e descaminhos, suas particularidades e singularidades.”

Sob os olhares de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, este princípio consiste em:

Princípio solar em nosso ordenamento, a sua definição é missão das mais árduas, muito embora arrisquemo-nos a dizer que a noção jurídica de *dignidade traduz um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade*. Mais do que garantir a simples *sobrevivência*, esse princípio assegura o *direito de se viver plenamente*, sem quaisquer intervenções espúrias- estatais ou particulares- na realização dessa finalidade (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2012, p. 76, grifos do autor).

Sobre o assunto, cabe destacar ainda o dizer do civilista (LÔBO, 2011, p. 60): “A dignidade da pessoa humana é o núcleo existencial que é essencialmente comum a todas as pessoas humanas, como membros iguais do gênero humano, impondo-se um dever geral de respeito, proteção e intocabilidade”.

Completa:

A doutrina destaca o caráter intersubjetivo e relacional da dignidade da pessoa humana, sublinhando a existência de um dever de respeito no âmbito da comunidade dos seres humanos. Nessa dimensão, encontra-se a família, como o espaço comunitário por excelência para realização de uma existência digna e da vida em comunhão com as outras pessoas (LÔBO, 2011, p. 61).

O afeto, valor jurídico recente, é resultado da desconstrução do discurso patrimonialista e do fim da hierarquia nas relações conjugais. Deveras, o princípio da afetividade prega que o afeto é suficiente para que se possa reconhecer uma entidade familiar, retirando, assim, o caráter meramente econômico e reprodutivo das relações familiares. A afetividade, é princípio que se faz presente no seio familiar, e que se encontra intimamente ligado ao da solidariedade familiar e à dignidade da pessoa humana.

Sobre a afetividade, essencial se mostra mencionar o entendimento dos civilistas Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

Nesse contexto, fica fácil concluir que a sua presença, mais do que em qualquer outro ramo do direito, se faz especialmente forte nas relações de família. Aliás, como já dissemos antes, o próprio conceito de família, elemento-chave de nossa investigação científica, deriva - e encontra a sua raiz ôntica - da própria afetividade. Vale dizer, a comunidade de existência formada pelos membros de uma família é moldada pelo *liame socioafetivo* que os vincula, sem aniquilar as suas individualidades (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2012, p. 91, grifos do autor).

Para o civilista Paulo Lôbo, o princípio jurídico da afetividade consiste:

Demarcando seu conceito, é o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico. Recebeu grande impulso dos valores consagrados na Constituição Federal de 1988 e resultou da evolução da família brasileira, nas últimas décadas do século XX, refletindo-se na doutrina jurídica e na jurisprudência dos tribunais (LÔBO, 2011, p. 70).

Outro princípio elementar é o da liberdade, que aliado ao da igualdade, foi um dos primeiros reconhecidos como direitos humanos fundamentais. Objetiva a garantia de respeito à dignidade da pessoa humana, de modo que respeitado o pressuposto da igualdade, sem que haja qualquer tipo de sujeição, estará garantida a liberdade. Por liberdade, entende-se a autonomia de escolher com quem se quer relacionar, pois só cabe a cada saber o que é melhor pra si.

A liberdade sob a ótica do Paulo Lôbo é:

O princípio da liberdade diz respeito ao livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção de entidade familiar, sem imposição ou restrições externas de parentes, da sociedade ou do legislador; à livre aquisição e administração do patrimônio familiar; ao livre planejamento familiar; à livre definição dos modelos educacionais, dos valores culturais e religiosos; à livre formação dos filhos, desde que respeitadas suas dignidades como pessoas humanas; à liberdade de agir, assentada no respeito à integridade física, mental e moral [...]

Na Constituição brasileira e nas leis atuais o princípio da liberdade na família apresenta duas vertentes essenciais: liberdade da entidade familiar, diante do Estado e da sociedade, e liberdade de cada membro diante dos outros membros e da própria entidade familiar. A liberdade se realiza na constituição, manutenção e extinção da entidade familiar; no planejamento familiar, que “é livre decisão do casal” (art. 226, §7º da Constituição), sem interferências públicas ou privadas; na garantia contra a violência, exploração e opressão no seio familiar; na organização familiar mais democrática, participativa e solidária (LÔBO, 2011, p. 69- 70).

O princípio da solidariedade familiar não pode ser deixado de lado diante da sua notória importância ao tema. Este princípio tem origem nos vínculos afetivos, de forma que a solidariedade consiste na junção da fraternidade e reciprocidade. Para Maria Berenice Dias (DIAS, 2016, p. 51): “A pessoa só existe quando coexiste”.

De acordo com Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

A solidariedade, portanto, culmina por determinar o amparo, a assistência material e moral recíproca, entre todos os familiares, em respeito ao princípio maior da dignidade da pessoa humana. É ela, por exemplo, que justifica a obrigação alimentar entre parentes, cônjuges ou companheiros, ou, na mesma linha, que serve de base ao poder familiar exercido em face dos filhos menores (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2012, p. 95, grifos nossos).

Na visão de Paulo Lôbo:

A solidariedade, como categoria ética e moral que se projetou para o mundo jurídico, significa um vínculo de sentimento racionalmente guiado, limitado e autodeterminado que compele à oferta de ajuda, apoiando-se em uma mínima similitude de certos interesses e objetivos, de forma a manter a diferença os parceiros na solidariedade (LÔBO, 2011, p. 62).

Cabe ressaltar a existência do princípio da igualdade jurídica dos cônjuges, este resultado dos inúmeros avanços sociais e culturais, e que hoje se reflete diariamente na vida da sociedade brasileira, uma vez que a mulher sempre pretendeu a paridade de direitos e proteção, de modo a dar fim em toda e qualquer discriminação.

Insta destacar os dizeres de Carlos Roberto Gonçalves, após citar em sua obra o art. 226 em seu §5º:

A regulamentação instituída no aludido dispositivo acaba com o poder marital e com o sistema de encapsulamento da mulher, restrita a tarefas domésticas e à procriação. O patriarcalismo não mais se coaduna, efetivamente, com a época atual, em que grande parte dos avanços tecnológicos e sociais está diretamente vinculada às funções da mulher na família e referenda a evolução moderna, confirmando verdadeira revolução no campo social (GONÇALVES, 2016, p. 23).

Cumpra asseverar o posicionamento de Rodrigo da Cunha Pereira em sua tese de Doutorado que dispõe sobre “Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família”:

O Direito de Família é um dos ramos do Direito que mais sofreu e vem sofrendo alterações no último século, em todo mundo ocidental. Essas mudanças estão associadas ao declínio do patriarcalismo que, por sua vez, tem suas raízes históricas na Revolução Industrial e na Revolução Francesa, que marcaram um novo ciclo histórico: a Idade Contemporânea. A partir daí o declínio do patriarcalismo começa a se acentuar e surge o movimento feminista, a grande revolução do século XX (PEREIRA, 2004).

Inclusive, o supracitado artigo da Constituição Federal traz no seu teor que: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Sob este prisma, os direitos antes exercidos exclusivamente pelo homem, hoje são muito bem desempenhados pelo casal, em esquema de cogestão, ou seja, tudo aquilo que pelos bons costumes era de bom tom que fosse realizado pelo patriarca, hoje deu espaço a uma divisão de tarefas do lar e uma inevitável igualdade de gêneros.

Aos olhos de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

A evidente preocupação constitucional em ressaltar a igualdade substancial entre homem e mulher parece decorrer da necessidade de pôr cobro a um tempo discriminatório, em que o homem chefiava a relação conjugal, subjugando a mulher. Consagra-se, assim, a *igualdade substancial* (também dita igualdade material) no plano familiar, excluindo todo e qualquer tipo de discriminação decorrente do estado sexual (FARIAS, ROSENVALD, 2015, p. 89, grifos do autor).

Dentro desse contexto, cumpre trazer à tona as palavras de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

Ora, a isonomia que se busca não pode apenas aninhar-se *formalmente* em texto de lei, mas deve, sim, fazer-se *materialmente* presente na sociedade brasileira, que se pretende erigir- um dia, Deus permita- como solidária, justa e democrática (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2012, p. 81, grifos do autor).

Imperioso salientar que essa igualdade tem como fundamento a necessidade de dar o mesmo tratamento jurídico ao homem e a mulher quando ambos estiverem diante de mesma situação fática, do contrário, estar-se-á tratando desigualmente, uma vez que suas estruturas biológicas, sociais, hormonais se distinguem inevitavelmente.

Assim o autor Eduardo de Oliveira Leite em sua obra *Alienação Parental Do mito à realidade pontifica:*

Se na sociedade tradicional o casamento gerava um estado, previamente definido, em que cada cônjuge ocupava espaços e posições definidas e determinadas, do tipo, ao homem, às atividades externas e à mulher, as ocupações internas (do lar); a mulher cuida dos filhos e o homem é provedor do grupo familiar, os papéis tradicionais desaparecem sendo substituídos por uma nova ordem geradora de novos padrões de conduta e valores, o que justifica, em termos, a redução drástica do índice de casamentos, o adiamento do casamento, bem como a postergação do nascimento dos filhos, ou até a opção de não ter filhos (LEITE, 2015, p. 68).

O texto da CF/88 trouxe consigo a preocupação de facilitar a dissolução do vínculo conjugal, o que fez quando diminuiu o lapso temporal e afastou outros tipos de discussão na ação de divórcio, inclusive a alegação de culpa. Isso é o que podemos chamar de princípio da facilitação da dissolução do casamento.

Colaboram com este preceito os autores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald ao afirmarem que:

Nota-se, destarte, que o novo sistema de dissolução do casamento através, tão somente, do divórcio é consentâneo com a valorização da dignidade da pessoa humana, respeitando, com mais amplitude, a vontade das pessoas envolvidas. Até porque a eliminação da separação do sistema jurídico diminui a burocracia na dissolução do casamento. Em momento tão delicado e difícil na vida das pessoas, como é o instante da dissolução de um projeto afetivo em comum, atenta contra a dignidade humana estabelecer exigências indevidas ou limitações de prazos, em vã tentativa de manter um vínculo que já está esfacelado (FARIAS, ROSENVALD, 2015, p. 107-108).

Por fim, pertinente destacar os princípios da autonomia da vontade e menor intervenção estatal. A partir deles, passa-se a refletir se o Estado poderia

determinar que existe um culpado pelo fim da conjugalidade, de modo a atribuir um culpado e um inocente. A ideia é minimizar a intervenção, diga-se de passagem, bastante exagerada, na vida privada das pessoas, de maneira que elas possam ter seus desejos realizados.

Neste diapasão, urge trazer à baila o discurso dos autores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

Não cabe, portanto, ao Estado, intervir na estrutura familiar da mesma maneira como (justificada e compreensivelmente) interfere nas relações contratuais: o âmbito de dirigismo estatal, aqui, encontra contenção no próprio princípio da afetividade, negador desse tipo de agressão estatal (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2012, p. 106).

Enfim, é possível constatar que os princípios constitucionais são normas jurídicas tidas como de primazia diante da lei, sendo os primeiros a serem invocados em qualquer processo hermenêutico. Torna-se evidente, então, que toda essa ordem principiológica é de indiscutível essencialidade à temática, uma vez que trata de toda a dimensão familiar e suas particularidades.

4 A QUESTÃO DA CULPA NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS: ANÁLISES JURISPRUDENCIAIS

É de extrema pertinência, pois, a análise de julgados acerca da temática em tela dentro de um recorte de tempo, e por este entende-se aqueles conferidos após a Emenda Constitucional nº 66/10, com o fim de refletir acerca da efetiva utilização de princípios pelos Tribunais e analisar a figura da culpa em sede dessas ações no direito contemporâneo.

É de se admitir que a análise casuística realizada através da reunião de decisões jurídicas agrega enorme valor a uma pesquisa de conclusão de curso. Dentro de uma atmosfera onde se tem uma inegável heterogeneidade de interpretação dos mais variados assuntos nos Tribunais Brasileiros, é de grande valia observar, dentro de uma perspectiva pragmática, se o problema elencado encontra-se superado ou se sua discussão ainda gera contradições entre os ilustres membros dos nossos Tribunais.

Ao todo foram lidas mais de 30 jurisprudências, estas referentes aos Tribunais de Justiça de Minas Gerais, Rio Grande do Sul, São Paulo e Rio de Janeiro, e ao final foram selecionados 6 casos para analisar os fundamentos das decisões jurídicas no que tange o instituto supracitado.

O estudo dos julgados, pois, tem o propósito de compreender como as alterações constitucionais realizadas pela Emenda objeto da pesquisa têm repercutido na realidade prática.

4.1 A percepção da culpa em casos de infidelidade

Diante do que se pretende no referido capítulo, vale a pena incorporar e em seguida examinar, pormenorizadamente, julgados brasileiros obtidos após a Emenda Constitucional nº 66 de 2010, popularmente conhecida como Emenda do Divórcio, a fim de que se verifique o impacto trazido por ela na esfera decisória.

Nesta senda, alguns casos são dignos de destaque. Senão vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DIVÓRCIO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. APELANTE QUE PRETENDE VER RECONHECIDA A CULPA DA RÉ PELO FIM DO CASAMENTO. DIVÓRCIO LITIGIOSO. O QUE DEVE SER PERQUIRIDO É A IMPOSSIBILIDADE DA

CONTINUIDADE DA VIDA EM COMUM. **COM O ADVENTO DA EC 66/2010, NÃO HÁ MAIS QUE SE FALAR EM CULPA PARA DECRETO DO DIVÓRCIO.** RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO TÃO SOMENTE PARA JULGAR EXTINTO O PROCESSO NA FORMA DO ART. 269, II DO CPC, EM RAZÃO DA RÉ NÃO TER OFERECIDO RESISTÊNCIA AO PEDIDO DE DIVÓRCIO.

(TJ-RJ - APL: 00288130720118190209 RIO DE JANEIRO BARRA DA TIJUCA REGIONAL 2 VARA DE FAMILIA, Relator: PLINIO PINTO COELHO FILHO, **Data de Julgamento: 16/04/2013**, DÉCIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 19/04/2013)

(grifos nossos)

O julgado acima foi exarado pela 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, e tem como Relator o Desembargador Dr. Plinio Pinto Coelho Filho, componente da referida Câmara.

Cuida-se de uma Ação de Divórcio que foi proposta pelo cônjuge sob o argumento de que o casal encontra-se separado de fato em razão da infidelidade da ex-mulher. A sentença que extinguiu o processo em razão da não resistência da outra parte, deu ensejo a uma Apelação Cível, interposta pelo cônjuge/autor irredimido, que visava a declaração de culpa da ex-cônjuge pelo fim do matrimônio.

Para embasar o acórdão que julgou o recurso de Apelação, o relator fez uso de alguns preceitos básicos, dentre eles a questão da irrelevância da culpa para o decreto do divórcio por qualquer dos cônjuges, desde o advento da Emenda do Divórcio, objeto de estudo do presente trabalho.

Para tanto, sustenta que basta a propositura da ação com a comprovação do casamento civil ou com efeitos civis, na medida em que tal Emenda traz o espírito de menor ingerência do Estado nas relações privadas, o que se denomina de princípio da menor intervenção estatal. Assim, conclui que quando a interferência estatal se dá em grande escala, tem-se a violação do princípio da autonomia da vontade, que prega a liberdade de casar e descasar quando bem se aprouver.

Ao fim, o Des. votou no sentido de negar provimento ao recurso de Apelação interposto pelo autor e retificar, de ofício, o dispositivo da sentença, haja vista que o processo deve ser julgado extinto com fulcro no art. 269, II e não III.

Neste sentido, analisar-se-á mais um julgado:

APELAÇÃO CÍVEL - DIVÓRCIO - PARTILHA - ARTIGO 2017 DO CCB - OBSERVÂNCIA - ALIMENTOS DESTINADOS AO EX-CÔNJUGE VIRAGO - BINÔMIO - AUSÊNCIA DE CONTROVÉRSIA - DELIMITAÇÃO DO ENCARGO - VIABILIDADE DE INSERÇÃO NO MERCADO DE TRABALHO - NÃO DEMONSTRADA - **DANOS MORAIS - INFIDELIDADE -**

DISCUSSÃO DE CULPA - INSUBSISTENCIA - PEDIDO REJEITADO - SENTENÇA MANTIDA. Deve ser mantida a sentença que determina a partilha dos bens amealhados na constância da sociedade conjugal, em consonância com o artigo 2017 do CCB. Ausente controvérsia quanto ao binômio necessidade x possibilidade e, ainda, de elementos que autorizem concluir pela viabilidade do ingresso da alimentada no mercado de trabalho, não merece guarida a pretendida fixação de termo para obrigação alimentícia fixada em prol do ex-cônjuge virago. **Não subsistindo no ordenamento jurídico pátrio a possibilidade de discussão do elemento culpa pelo desfazimento da sociedade conjugal, incabível o acolhimento do pleito indenizatório em virtude da infidelidade que colimou no divórcio.**

(TJ-MG - AC: 10687090757638001 MG, Relator: Afrânio Vilela, **Data de Julgamento: 03/06/2014**, Câmaras Cíveis / 2ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 11/06/2014)

(grifos nossos)

A Apelação ora mencionada na ementa desdobra-se de uma Ação de Divórcio que dentre tantos pedidos, teve o de indenização por danos morais, sob o argumento de infidelidade do cônjuge varão.

A sentença foi julgada procedente em parte, de maneira que: o divórcio foi decretado, retomando o cônjuge virago ao nome de solteira; houve a condenação do requerido à prestação alimentícia na monta de 40%; e também a partilha à razão de 50% dos bens adquiridos na vigência do matrimônio.

Ambas as partes insurgiram-se através de Apelação, numa tentativa de combater a sentença, o que por certo deu azo a um acórdão, posteriormente julgado pelo 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, sob a relatoria do Des. Afrânio Vilela.

O requerido, inconformado, recorreu contra a partilha, pois afirma que um dos objetos da mesma não mais existia no momento do ajuizamento da demanda. Completou afirmando que o magistrado estabeleceu critérios próprios para a fixação da partilha, quando deveria ter se utilizado das vias ordinárias.

Aduz ainda, que é injusta a determinação judicial de prestação alimentícia mensal, uma vez que o rompimento conjugal se deu há mais de 03 (três) anos, sendo certo de que a fixação da verba de maneira ilimitada é irrazoável.

A requerente, por sua vez descontente, apresentou Recurso de Apelação a fim de que fosse acolhido seu pedido de indenização por danos morais, sob a alegação de que o cônjuge varão descumpriu o seu dever de fidelidade, este consubstanciado no art. 1.566 do Diploma Civil, e ainda disse ter sofrido assédio moral ao longo do seu casamento.

Neste julgado, o relator inicia seu voto rejeitando o pedido do requerido de reforma da sentença no que tange à partilha de bens, com escora no art. 2.017 do Código Civil e; mantendo intacta a sentença no que se refere ao arbitramento de alimentos em prol da ex-cônjuge, dada a ausência de controvérsia quanto ao binômio necessidade X possibilidade e a inconsistência de uma fixação de prazo haja vista que não existe elemento capaz de concluir a viabilidade de inserção da alimentada no mercado de trabalho.

Quanto ao pedido da apelante/requerente de indenização por danos morais, racionalizou seu voto afirmando que, embora ciente da decepção e mágoa causadas pela descoberta do relacionamento extraconjugal do requerido, o ordenamento jurídico pátrio não mais viabiliza a discussão acerca de culpa pela dissolução da sociedade conjugal, motivo pela qual considera incabível o acolhimento do pleito indenizatório consolidado no argumento de infidelidade, esta que pôs fim o divórcio.

Assim, o desfecho da referida aresta foi a negativa de provimento unânime de ambos os recursos, de modo que o Tribunal manteve incólume a sentença a quo em todos os seus termos.

Diante do crivo detalhado acima, observa-se que os julgados se identificam na medida em que trazem consigo o mesmo fato, qual seja a infidelidade de um dos cônjuges, como razão para imputar a culpa pelo fim do relacionamento ao seu consorte. Ambos têm fundamento na violação ao dever de fidelidade, sedimentado no art. 1.566 do Código Civil.

No que se refere às argumentações jurídicas utilizadas para embasar os julgados, ambos se perfazem na ideia de que a culpa, na qualidade de requisito subjetivo do divórcio, tornou-se desprezível.

Frise-se, pois, que tanto a decisão jurídica oriunda do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, quanto à de Minas Gerais, tiveram a mesma solução, qual seja a negativa de provimento do recurso, no sentido de esclarecer que o fato de ter havido a deslealdade de um dos cônjuges para com o outro, em nada se relaciona com a possível imputação de culpa ao mesmo no âmbito jurisdicional, já que ao Estado não cabe interferir de forma desmedida na vida privada dos cidadãos, o que acabaria por infringir os direitos básicos inerentes a todos. Isto, só corrobora com a ideia de que a Emenda do Divórcio teve uma repercussão positiva frente os Tribunais Brasileiros.

4.2 O instituto da culpa como justificativa para pagamento de alimentos

Diante do que já foi narrado, se demonstra imprescindível o exame detalhado de jurisprudências acerca do tema definido para estudo, a fim de que, através de pesquisa intensa, por esta compreende-se também a análise de doutrina e legislação, se alcance respostas para o questionamento emergido.

Como sabido, no caso em tela se pretende investigar se o instituto da culpa em sede das ações de dissolução de casamento propostas em período posterior ao da Edição da Emenda do Divórcio, ainda serve de guia para os julgamentos dessas ações, ou seja, se os magistrados orientam-se, mesmo após a EC nº 66/10, pelo instituto supracitado para realizar decisões jurídicas que envolvam as relações familiares.

Passa-se então, à análise minuciosa de um julgado proferido pelo eminente Relator Raimundo Messias Júnior, componente da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. In verbis:

APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO DE FAMÍLIA - AÇÃO DE DIVÓRCIO C/C ALIMENTOS, GUARDA E PARTILHA DE BENS - AGRAVO RETIDO - **DISCUSSÃO DE CULPA NO ROMPIMENTO DA RELAÇÃO MATRIMONIAL - MATÉRIA SUPERADA** - OBRIGAÇÃO ALIMENTAR ENTRE CÔNJUGES BASEADA NO DEVER DE MÚTUA ASSISTÊNCIA - [...] **1. Com o advento da Emenda Constitucional n. 66/2010, a qual não condicionou o rompimento do vínculo conjugal a qualquer lapso temporal, a discussão a respeito da aferição de culpa para a dissolução do casamento tornou-se inócua.** 2. Conquanto subsista no Código Civil dispositivos que relacionam a culpa ao direito a alimentos entre cônjuges, tais regras não impedem eventual fixação alimentar entre consortes, a qual se fundamenta no dever de mútua assistência e solidariedade familiar. 3. A interpretação da obrigação alimentar deve se coadunar com a nova sistemática do Direito de Família, a qual permite a parte vulnerável demandar alimentos, sempre se balizando no trinômio proporcionalidade-necessidade-possibilidade. 4. **Deve ser negado provimento ao agravo retido que versa exclusivamente sobre a aferição de culpa pelo rompimento da relação conjugal**, inobstante a perpetuação dos dispositivos legais referentes à matéria no Código Civil. [...] 12. Apelação parcialmente provida. 13. Sentença reformada. (TJ-MG - AC: 10079100115421002 MG, Relator: Raimundo Messias Júnior, **Data de Julgamento: 30/07/2014**, Câmaras Cíveis / 2ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 01/08/2014)

(grifos nossos)

Refere-se à interposição de Apelações, em objeção à sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 3ª Vara de Família/Sucessões de Contagem/MG, a qual julgou procedente o pedido exordial para decretar o divórcio do casal, dentre outros pleitos de natureza familiar.

No recurso de Apelação da requerida, foi pleiteado em sede de preliminar o provimento do agravo retido interposto por ela em outro momento processual, este que visa a reforma da decisão proferida a qual reconheceu a perda superveniente do objeto da reconvenção, determinando seu desentranhamento dos autos.

A Decisão teve por razão o advento da Emenda Constitucional nº 66/2010 que alterou a redação do art. 226, §6º da CF/88, acabando por suprimir a necessidade prévia da separação do casal para fins de decretação do divórcio. Considerando que a peça reconvenção versava apenas sobre a imputação de culpa pela separação do casal, houve o seu desentranhamento pelo magistrado *a quo*.

Aduz a Apelante, no mérito, que a sua peça reconvenção tem motivo de ser mantida nos autos, vez que a culpa/inocência do cônjuge tem efeito sobre a fixação de alimentos, consoante disciplinam os artigos 1.702 e 1.704 do CC.

O redator do acórdão inicia seu voto sustentando que o art. 1.473 do CC estabelece os motivos que podem caracterizar a impossibilidade de comunhão de vidas, o que afasta a tese inicial contida no agravo retido, constatando que não há mais espaço para debater a aferição de culpa pelo fim do casamento, notadamente após a redação do art. 226, §6º da CF/88, determinada pela EC nº 66/10.

Nesse ínterim, complementa argumentando que, com efeito, se tornou desnecessária a sistemática de prazos para a dissolução do vínculo matrimonial e a discussão a respeito da relação de alimentos com a eventual atribuição de culpa, isso porque a fixação de alimentos será respaldada no binômio necessidade-possibilidade, pautado no princípio da proporcionalidade, sobretudo porque a teoria da culpabilidade matrimonial é matéria superada no Direito de Família.

Ainda como fundamento para racionalizar o acórdão, o julgador afirmou que os Tribunais Brasileiros já sedimentaram o entendimento de que a obrigação alimentar não guarda correlação com a discussão da culpabilidade, posto que o dever alimentar entre os cônjuges tem fundamento na mútua assistência e na solidariedade familiar, conforme dispõe o art. 1.566 do Código Civil.

Com base no exposto, o desembargador relator concluiu pela negativa de provimento ao agravo retido, em razão do descabimento da arguição de culpa para o afastamento do dever alimentar.

Sendo assim, a presente ação teve por desfecho o provimento parcial da apelação da requerida, uma vez que o Desembargador Relator considerou apenas uma parte de seus pleitos recursais.

Em cotejo, partir-se-á à análise da próxima aresta:

ALIMENTOS. Insurgência contra sentença que acolheu pedido de arbitramento de alimentos em favor da ex-esposa. Reforma. **Impropriedade, no caso, da aferição de culpa do ex-marido pela dissolução do casamento para a obrigação de alimentos.** Comprovada a capacidade de a autora prover a sua própria subsistência. Apesar dos 22 anos de casamento e dos 50 anos de idade, a autora é aluna de universidade e já exerceu diversas atividades remuneradas. Obrigação alimentar afastada. Recurso provido.

(TJ-SP - APL: 00392653720138260007 SP 0039265-37.2013.8.26.0007, Relator: Carlos Alberto de Salles, **Data de Julgamento: 21/06/2016**, 3ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 21/06/2016)

(grifos nossos)

O julgado versa sobre Acórdão proveniente de Recurso de Apelação interposto em combate à sentença que, nos autos de Ação de Divórcio, julgou parcialmente procedentes os pleitos do autor, de modo a decretar o divórcio do casal e condenar o cônjuge/autor ao pagamento de alimentos à ré, na monta de 20% dos seus proveitos líquidos.

Irresignado, o apelante sustenta em vias recursais que não há mais espaço para discussão de culpa pela separação do casal, que o descumprimento de deveres não mais acarreta sanções, além do que a sua ex-cônjuge não conseguiu comprovar efetivamente a necessidade financeira capaz de ensejar prestação alimentícia mensal.

O acórdão exarado pela 3ª Câmara de Direito Privado de São Paulo, sob a relatoria do Des. Carlos Alberto de Salles, deu razão ao apelante, na medida em que se fundamentou na ideia de que é indiscutível a culpa na separação do casal, uma vez que a Emenda Constitucional nº 66/2010 modificou o teor do art. 226, §6º da CF, o que gerou uma desvinculação do divórcio para com a discussão acerca de culpa de uma das partes pela dissolução do matrimônio.

Ainda, segue firmado na noção de que a obrigação de alimentos entre ex-cônjuges é cabível, entretanto pauta-se no dever de solidariedade e assistência mútua (art. 1.694 do CC), visando assegurar apenas o essencial para o sustento digno daquele que necessita, em nada se relacionando com a discussão de culpa.

Todavia, não ficou comprovada a necessidade pela ré, o que afasta seu direito a receber alimentos do ex-cônjuge, já que a simples condição de desempregada na ocasião da separação, não implica dizer que a mesma está prejudicada de prover sua própria subsistência.

Diante do exposto, o desenredo do referido caso foi o provimento unânime do recurso de Apelação do ex-cônjuge, que ensejou o afastamento da obrigação alimentar à ex-mulher, já que sua fixação deve ter fundamento exclusivamente na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

Pelo exposto, verifica-se que ambos os julgados colocados à comparação, embora carreguem histórias distintas, comportam o mesmo fato, que é a utilização do argumento de culpa com o propósito de obrigar o pagamento mensal de pensão alimentícia ao seu consorte.

Quanto aos fundamentos utilizados, os ilustres relatores confluem ao definir que, nos casos em que for definida pelo magistrado a necessidade de prestação alimentícia de um dos ex-cônjuges em prol do outro, esta deve ser escorada numa análise proporcional entre a condição financeira daquele que será obrigado a prestar, e a legítima premência apresentada por aquele que receberá a prestação.

Ademais, vê-se que a imputação de culpa não é admitida no direito brasileiro contemporâneo, bastando para que se alcance a dissolução do vínculo matrimonial e os reflexos decorrentes do mesmo, apenas o fim do afeto e o desejo do casal de permanecer desagregado.

4.3 Os princípios como instrumentos racionalizadores dos julgados brasileiros

Oportuno salientar que os julgados são instrumentos pelos quais se observa a aplicação prática do Direito. É fato inconteste que o emprego de princípios como forma de embasar as decisões jurídicas se mostra indispensável na rotina forense.

Para tanto, será dada sequência à averiguação de julgados, com o fim de que, ao final da pesquisa, se chegue a uma conclusão concreta em relação ao tema explorado. Veja-se:

APELAÇÃO CÍVEL. DIVÓRCIO APÓS EC N.º 66/10. MUDANÇA DE PARADIGMA. ART. 226, § 6º, CR/88. NORMA CONSTITUCIONAL DE EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE DIRETA, IMEDIATA E INTEGRAL (AUTOAPLICÁVEL OU "SELF-EXECUTING"). FIM DO INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL. PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA DO ESTADO NA VIDA PRIVADA. AUTONOMIA DA VONTADE DO CASAL. FIM DO AFETO. EXTINÇÃO DO VÍNCULO CONJUGAL. INEXISTÊNCIA DE REQUISITO TEMPORAL PARA O DIVÓRCIO. DIREITO POTESTATIVO. SENTENÇA MANTIDA. I - Diante da alteração do art. 226, § 6º, CR/88, não mais subsistem o instituto da separação judicial e as normas infraconstitucionais incompatíveis com o novel texto constitucional, **devendo o divórcio ser reconhecido como direito potestativo dos cônjuges.** II - **É desnecessária a comprovação de transcurso de lapso temporal concernente à separação ou de qualquer justificativa quanto aos motivos determinantes da ruptura do vínculo conjugal, sequer da imputação de culpa, bastando o fim do afeto e o desejo do casal de se divorciar.** Trata-se de deliberação personalíssima. Ademais, **diante da laicidade e da imperiosa observância do princípio da dignidade da pessoa humana e da ruptura do afeto, a intervenção do Estado há de ser mínima na autonomia privada do casal.**
(TJ-MG - AC: 10028100033597001 MG, Relator: Peixoto Henriques, **Data de Julgamento: 05/03/2013**, Câmaras Cíveis Isoladas / 7ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 08/03/2013)

(grifos nossos)

Trata-se de acórdão exarado pela 7ª Câmara Cível de Minas Gerais, sob a relatoria do Desembargador Peixoto Henriques. O *decisum* tem por razão de ser a interposição de recurso de Apelação pelo Ministério Público, em combate à sentença que homologou acordo celebrado entre os requerentes e decretou o divórcio.

Em síntese, o recorrente sustentou que a Emenda do Divórcio não trouxe mudança substancial na sistemática dos institutos da separação e do divórcio, dada a precariedade da nova redação do art. 226, §6º da Constituição Federal.

Aduziu ainda que a norma não avocou de forma expressa a revogação do instituto da separação e nem mesmo da exigência legal do prazo mínimo de separação de fato para o divórcio, afirmando que o Poder Judiciário não possui razões para revogar as leis civis em vigor que tratam da separação judicial, que por sua vez nunca constituiu hipótese de dissolução do casamento.

Por fim, argumentou que a Carta Magna de 1988 não fixa prazo para o divórcio, entretanto o Diploma Civil sim, o que não implica em contrariedade ao texto legal da CF/88, no máximo diverge da intenção dos legisladores, que ao traduzirem a redação da norma, não deixaram clara a sua real intenção.

Completo afirmando que o Congresso apenas retirou os requisitos constitucionais, objetivos e subjetivos, de modo a permitir que o Código Civil seja flexibilizado, mas que suas regras se mantenham, e que emenda de lei ou texto

normativo de qualquer natureza não configuram norma, de modo que são incapazes de disciplinar situações jurídicas.

Desta maneira, requereu a reforma da sentença, a fim de que o pleito de divórcio do ex-casal fosse negado, em razão do descumprimento do requisito legal/temporal exigido.

O Des. Relator inicia seu voto fundamentando-se na tradução literal do art. 226, §6º da CF/88, antes e depois da Edição da Emenda nº 66/2010, para demonstrar que a simples leitura introduzida por tal emenda permite a constatação da ausência de exigências temporais e legais acerca do rompimento do vínculo conjugal, uma vez que houve uma desburocratização no processo de divórcio, de modo que apenas o *ánimus* da(s) parte(s) é suficiente para ensejar tal concessão.

Argumentou ainda que a alteração do texto constitucional promovida pela Emenda em comento implica mudança de paradigma, uma vez que extinguiu o sistema bifásico de dissolução do casamento, composto pela separação e pelo divórcio.

O Relator dá seguimento ao seu voto justificando que, à guisa da facilitação procedimental do divórcio, não se pretende incentivar ninguém à escolha de tal caminho, e sim promover respeito à formação e a conservação do núcleo familiar, tido como o espaço pelo qual as pessoas compartilham afeto, considerando o apoio institucional como de extrema relevância à efetivação deste desiderato.

Complementa dizendo que a pretensão, pois, é a de honrar, efetivamente, o princípio basilar da dignidade da pessoa humana, de tal maneira que se busca a dissolução menos gravosa e burocrática do mau casamento, para que seus membros possam alcançar a felicidade ao lado daqueles que realmente o fazem bem. Também não se pode esquecer que a norma constitucional motivadora de toda essa discussão dispõe de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral.

O relator defende também o desaparecimento do requisito temporal para o divórcio e da necessidade de motivações que vinculem tal ato, que passou a se dar apenas de forma direta, podendo ser litigioso ou consensual, e que representa uma completa mudança de paradigma, em que se busca afastar o Estado da intimidade do casal, reconhecendo a autonomia da vontade de ambos para extinguir, diante de livre vontade, o vínculo que não mais existe.

Tem-se por desenlace da referida aresta a negativa de provimento da Apelação interposta pelos representantes do *Parquet*, de maneira unânime, com a inevitável conservação da sentença em todos os seus moldes.

A fim de prosperar o referido trabalho, mostra-se imperioso agregar julgado referente ao tema, este também proferido após a alteração constitucional aludida. A propósito, eis a jurisprudência:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DIVÓRCIO. ALIMENTOS. FILHAS MENORES. NECESSIDADES PRESUMIDAS. MAJORAÇÃO. DESCABIMENTO. ARTIGOS 1.695 E 1.699 DO CÓDIGO CIVIL. Ausente comprovação de pressuposto necessário à majoração dos alimentos, de ser mantida a verba alimentar fixada na sentença, que se mostra razoável. PARTILHA DE BENS. Manutenção da partilha na forma determinada na sentença, ausente prova que autorize a sua alteração. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. Não há dano a ser reparado quanto aos dissabores decorrentes do término do relacionamento. Para a configuração da responsabilidade de indenizar é imperiosa a existência do dano, ilícito e nexos de causalidade. A alegação de ter sofrido tortura psicológica, por si só, não caracteriza o dano, sendo necessária a demonstração do momento ou fato que lhe causou o constrangimento alegado. **Ademais, não há mais a perquirição da culpa, sob pena de violação a liberdade, a intimidade e a vida privada do casal.** Apelação desprovida. (Apelação Cível Nº 70073715260, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em 20/07/2017). (TJ-RS - AC: 70073715260 RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, **Data de Julgamento: 20/07/2017**, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 24/07/2017)

(grifos nossos)

A referida demanda se consolida em uma Ação de Divórcio direto cumulada com partilha de bens, danos morais, alimentos e tutela antecipada, interposta pela cônjuge por si e representando as suas filhas em desfavor do seu cônjuge, pai das meninas.

A sentença julgou parcialmente procedente a ação, a fim de declarar o fim do casamento, deferir a guarda definitiva das filhas em favor da genitora; determinar à título de alimentos, que o réu proporcione às filhas o equivalente a 30% dos seus rendimentos líquidos por mês; indeferir o pedido de partilha dos bens móveis da residência e do veículo, face a inconsistência de provas da propriedade e existência dos bens na constância do casamento e indeferir o pleito referente a danos morais.

Descontente com tal resultado, a requerente apresentou recurso de Apelação sustentando a necessidade de majoração da verba alimentar para 40%, a meação dos bens arrolados na exordial e a condenação ao pagamento de danos morais pelo abalo sofrido por ela, sob o argumento de que o término a desencadeou

profunda depressão, uma vez que o apelado cometeu ilícito civil, na medida em que faltou com os deveres de cônjuge previstos no CC.

O Des. racionalizou seu entendimento trazendo que descabe a pretensão à majoração dos alimentos e à partilha dos bens, devendo a sentença se manter intacta neste ponto. Continua argumentando que, no tocante aos danos morais, não assiste razão o apelante, pois a obrigação de indenizar é decorrente de ato ilícito, ou seja, de culpa do seu consorte, o que não ocorreu.

Sustenta ainda que isto se dá porque as emoções atravessadas, por mais intensas, não merecem indenização, haja vista que a caracterização de dano moral nessas hipóteses ocasionaria uma invasão de privacidade e uma violação à liberdade do sujeito no que diz respeito a sua vida privada, não cabendo ao Estado esse tipo de interferência nas relações familiares, que são preenchidas de sentimentos.

Assim, entende pacificamente a referida Corte que descabe a perquirição de culpa de um dos cônjuges na ocasião da dissolução do vínculo, fato este que torna infundada a condenação em danos morais, pelo simples fato de que não se define o responsável pelo fim do relacionamento.

Sendo assim, o Des. Relator Sergio Fernando de Vasconcellos Chaves, integrante da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, na companhia dos demais desembargadores componentes, decidiu por negar provimento ao Recurso da Apelante.

Estabelecendo um paralelo entre as duas arestas trazidas à exame, restou evidente de suas leituras que a ruptura das relações conjugais não demanda mais a análise de quaisquer requisitos, seja ele objetivo, isto é, o lapso temporal, ou subjetivo, a aferição de culpa de um dos cônjuges.

Depreende-se ainda dessa análise casuística a ampla utilização de princípios inerentes ao Direito de Família, tais como o da dignidade da pessoa humana, da mínima intervenção estatal, da autonomia da vontade e da liberdade, o que só demonstra a importância de utilização dos mesmos, como instrumentos para assegurar um tratamento digno e humano às pessoas que desejam se divorciar.

Partindo para uma análise mais ampla do referido capítulo, todos os julgados apresentados se fundam na não aceitação de entraves legislativos obsoletos, com isso leia-se insensíveis, que tornem burocrático o procedimento de

divórcio, na medida em que submetem os consortes à conservação de uma relação que se encontra falida.

O exame dos seis julgados retratados permite a ideia de que os princípios possuem uma manifesta grandiosidade no cenário jurídico prático, e que a questão da culpa resta obsoleta, o que representa a realidade dos Tribunais.

Com tudo isso, ainda é possível extrair uma forte tendência da jurisprudência pátria em revogar tacitamente os artigos do Diploma Civil que ainda vigorem com a utilização do termo “separação judicial”, uma vez que eles já caíram em desuso, encontrando-se, portanto desatualizados.

Sendo assim, a fim de possibilitar a promoção efetiva da dignidade da pessoa humana, e a uma só vista, consagrar uma organização jurídica justa, conclui-se que o Estado deve reconhecer o divórcio como um procedimento simples e livre de quaisquer embaraços legislativos e jurídicos.

5 CONCLUSÃO

O casamento, enquanto instituição de extrema importância para o direito de família, igualmente tem valor na própria configuração da sociedade, na medida em que representa os anseios sociais daqueles que desejam conviver maritalmente, sendo assegurado a estes o respeito aos princípios inerentes a todos os indivíduos.

A noção de casamento se remodela de acordo com as necessidades iminentes da coletividade, de tal maneira que a compreensão da essência do casamento se aperfeiçoa constantemente visando superar situações que restam desarmônicas com as pretensões sociais.

Tais mudanças de paradigma não têm o condão de negar o caráter intrinsecamente natural desta instituição, mas sim trazer uma satisfação ao desejo comum, uma vez que é inviável estabelecer um modelo familiar único.

Considerando o devir histórico, o padrão acerca do casamento desde a sua conceituação e sua elaboração, passou a sofrer modificações, dentre elas a possibilidade de desfazimento do vínculo conjugal através do divórcio, prerrogativa concretizada pela Emenda do Divórcio, de nº 66, que entrou em vigor no ano de 2010.

Nesse contexto, esta viabilidade teve grande influência da Constituição Federal de 1988, que dentro da perspectiva familiar, simbolizou uma norma mestre capaz de garantir aos cidadãos direitos básicos intrínsecos a eles, tais como a dignidade da pessoa humana, a autonomia da vontade, a menor intervenção estatal, a liberdade, a igualdade jurídica dos cônjuges, dentre outros.

Oportuno salientar que nesta concepção, o Código Civil é novo, e ao mesmo tempo velho, isto porque não atinge a finalidade social, que é a de adequar os preceitos jurídicos à configuração atual de sociedade, bem como porque se encontra em flagrante descompasso com a Constituição Federal de 1988.

O procedimento de dissolução através do divórcio, antes tido como burocrático e desumano, pois trazia a necessidade de obediência a requisitos; um de caráter subjetivo, que correspondia à imputação de culpa a um dos cônjuges pelo fim do casamento, e o outro essencialmente objetivo, que era a estipulação de prazos para alcançar o divórcio, hoje ganhou novas feições, de modo que se tornou livre de entraves jurídico-legislativos, bastando para tanto a vontade das partes.

Dentro desta perspectiva, levando em conta a relevância desta instituição e a regulamentação da dissolução do casamento é que o trabalho foi justificado, sobretudo para avaliar nesse panorama do contemporâneo o instituto que outrora era utilizado nas ações de divórcio para fundamentar decisões sobre guarda de filhos, sobre ação de alimentos, isto é, o instituto da culpa, utilizado como critério subjetivo utilizado para indicar aquele que deu causa ao divórcio.

Desta forma, o presente trabalho tinha por propósito demonstrar a insignificância do instituto da culpa, dentro de uma ótica contemporânea e enquanto requisito subjetivo do processo de divórcio, na orientação do julgamento das ações de dissolução de casamento oferecidas após a entrada em vigor da chamada Emenda do Divórcio (EC nº 66/2010).

Para isso, fez-se necessário apresentar toda a trajetória experimentada pela instituição do casamento, bem como todos os reflexos jurídicos e sociais oriundos do mesmo no mundo do direito de família.

Como primeiro escopo deste estudo, pretendeu-se apresentar os principais pontos acerca do cenário familiar brasileiro aos olhos da doutrina, percorrendo para tanto, a conceituação do casamento enquanto ato jurídico complexo de natureza híbrida; a noção de divórcio como um meio jurídico capaz de pôr fim a uma relação que não tem mais sentido, e ainda, a concepção de culpa na qualidade de exigência para concessão do divórcio. Pelo percurso histórico e conceitual, foi possível concluir pela relevância da instituição familiar.

A segunda finalidade do trabalho se consubstanciou em explanar sobre a importância da utilização principiológica nos casos concretos afetos ao direito de família, sob o prisma do direito civil-constitucional, compreendendo a distinção entre princípios e regras e uma abordagem histórica dos princípios enquanto instrumentos de interpretação normativa. Ademais, se buscou evidenciar analiticamente os princípios de maior magnitude nas relações familiares.

Com isso, percebeu-se que no Direito de Família princípios são amplamente utilizados na resolução dos casos, e em decorrência da sua força normativa, acabam por ter força de regra no Direito de Família.

Por fim, o terceiro objetivo consistiu na análise pragmática de casos envolvendo culpa, de modo a observar como as alterações trazidas pela Emenda nº 66/2010, popularmente conhecida como Emenda do Divórcio, repercutiram nos Tribunais Brasileiros. Deste modo, foi possível notar que o instituto da culpa não tem

mais relevância prática, e pode-se dizer que o mesmo encontra-se banido do panorama familiar brasileiro.

Assim, é possível afirmar que hoje as demandas familiares não levam mais em consideração o conceito de culpa e se direcionam a trabalharem tão somente com os conteúdos principiológicos e as regras do novo ordenamento.

Deste modo, com base no estudo da presente pesquisa, chegou-se a conclusão que a hipótese lançada inicialmente foi confirmada, de maneira que o instituto da culpa representa matéria superada nos Tribunais Brasileiros.

À título de projeção, considerando que os Tribunais Brasileiros deixaram de aplicar o instituto da culpa e dada a relevância do tema, se acredita que merece estudo futuro e aprofundado a constituição ética do conceito de culpa.

Essa conjuntura do Direito de Família tem um caráter fortemente transdisciplinar, que envolve aspectos sociais, econômicos, bem como psicológicos. Isso então demonstra que trata-se de um direito complexo, e em razão disso a resposta não está somente na regra, por isso que o juiz tem que analisar de forma ética, com equidade.

Notoriamente em termos de aspectos pragmáticos, isso impõe sempre lançar mão de conteúdo principiológico, este que deve ser visto dentro de um panorama de razoabilidade e proporcionalidade.

6 REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010. Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos.** In: CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. 11 .ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

CÓDIGO CIVIL (Lei n. 10.406 de 10.01.2002). **Vade Mecum Saraiva OAB e Concursos/ obra coletiva de autoria da editora saraiva com a colaboração de Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha.** 11. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015). **Vade Mecum Saraiva OAB e Concursos/ obra coletiva de autoria da editora saraiva com a colaboração de Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha.** 11. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Vade Mecum Saraiva OAB e Concursos/ obra coletiva de autoria da editora saraiva com a colaboração de Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha.** 11. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** De acordo com o novo CPC. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil 6: Famílias.** 7. ed. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família : As famílias em perspectivas constitucionais.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro Volume VI - Direito de Família.** 13. ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Alienação Parental: do mito a realidade.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional.** 6. ed. São Paulo: Método, 2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS E NORTEADORES PARA A ORGANIZAÇÃO JURÍDICA DA FAMÍLIA.** 157 f. Tese (Doutorado no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná). Orientador: Prof. Dr. Luiz Edson Fachin.- Curitiba: UFPR, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Uma principiologia para o Direito de Família**. In: EDRHARDT JÚNIOR, Marcos; ALVES, Leonardo Barreto Moreira. (Coord.). *Leituras Complementares: Direito das Famílias*. Bahia: Editora JusPodium, 2010.

RABELO, César Leandro de Almeida. **Separação e a Emenda Constitucional nº 66/2010: Incompatibilidade legislativa**. IBDFAM, 2011.

RODRIGUES, Patrícia Matos Amatto. **A nova concepção de família no ordenamento jurídico brasileiro**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 69, out 2009.

SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil e Constituição**/Anderson Schreiber. São Paulo: Atlas, 2013.

SOUSA, FELIPE OLIVEIRA DE. **O raciocínio jurídico entre princípios e regras**. *Revista de Informação Legislativa*, v. 48, n. 192, 2011.

TARTUCE, Flávio. **Debate- PEC do Divórcio e a Culpa: Possibilidade**. IBDFAM, 2011.

7 JURISPRUDÊNCIAS COLETADAS

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. APL 00288130720118190209. Relator: Plínio Pinto Coelho Filho. Pesquisa de jurisprudência. Acórdão. Julgamento: 16/04/2013. Disponível em < <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/383200620/apelacao-apl-288130720118190209-rio-de-janeiro-barra-da-tijuca-regional-2-vara-de-familia/inteiro-teor-383200626>>. Acesso em: 15 nov 2017

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. AC 10687090757638001. Relator: Afrânio Vilela. Pesquisa de jurisprudência. Acórdão. Julgamento: 03/06/2014. Disponível em < <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/123299902/apelacao-civel-ac-10687090757638001-mg/inteiro-teor-123299949>>. Acesso em: 17 nov 2017

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. AC 10079100115421002. Relator: Raimundo Messias Junior. Pesquisa de jurisprudência. Acórdão. Julgamento: 30/07/2014. Disponível em < <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/130507969/apelacao-civel-ac-10079100115421002-mg/inteiro-teor-130508016>>. Acesso em 15 nov 2017

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. APL 00392653720138260007. Relator: Carlos Alberto de Salles. Pesquisa de jurisprudência. Acórdão. Julgamento: 21/06/2016. Disponível em < <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/352863409/apelacao-apl-392653720138260007-sp-0039265-3720138260007/inteiro-teor-352863433>>. Acesso em: 30 out 2017

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. AC 10028100033597001. Relator: Peixoto Henriques. Pesquisa de jurisprudência. Acórdão. Julgamento: 05/03/2013. Disponível em < <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/114799580/apelacao-civel-ac-10028100033597001-mg/inteiro-teor-114799625?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 30 out 2017

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AC 70073715260. Relator: Jorge Luís Dall'Agnol. Pesquisa de jurisprudência. Julgamento: 20/07/2017. Disponível em < <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/480576974/apelacao-civel-ac-70073715260-rs/inteiro-teor-480576997?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 15 nov 2017