

## **Artigo - Debate - A PEC do Divórcio e a Culpa: Possibilidade - Por Flávio Tartuce**

Está em trâmite no Congresso Nacional a atual Proposta de Emenda Constitucional n. 28/2009, conhecida como PEC do Divórcio, que pretende retirar do sistema a separação de direito, dissolvendo-se o casamento apenas pelo divórcio. A proposição é no sentido de alterar o art. 226, § 6º, da Constituição Federal, que passaria a ter a seguinte redação: "O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio". O projeto foi aprovado em dois turnos na Câmara dos Deputados e em primeiro turno no Senado Federal e, possivelmente, será aprovado em segundo turno na última Casa e entrará em vigor no País.

Pois bem, a inovação apenas altera o Texto Constitucional, não trazendo qualquer modificação a dispositivos infraconstitucionais, caso do Código Civil de 2002. Por tal realidade, aprovada a proposição, grande será o trabalho da doutrina a respeito de definir quais os institutos e categorias que serão preservados ou não no Direito de Família brasileiro. De toda sorte, a verdade é que a citada PEC representa um notável avanço, especialmente por retirar do sistema o modelo bifásico de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, mediante a separação de direito - que engloba a separação judicial e a extrajudicial -, e o divórcio.

Um das grandes dúvidas a respeito da inovação se refere à manutenção da possibilidade de discussão da culpa como causa para a dissolução do casamento, assim como é atualmente com a separação judicial (art. 1.572, caput, do CC).

Em outras palavras, a dúvida que surge se refere a uma importação da discussão da culpa para o divórcio.

Essa é uma dúvida atroz que já atormenta os aplicadores do direito até porque, no presente estágio do Direito de Família brasileiro, não se tem admitido a discussão da culpa quando do divórcio, seja ele direto ou indireto.

Todavia, na opinião deste articulista, a resposta é positiva a respeito de futuros debates a respeito da culpa para a dissolução do vínculo matrimonial. De toda a sorte, deve ficar claro o posicionamento - sempre manifestado pela melhor doutrina -, no sentido de se admitir a mitigação da culpa em algumas situações, como nos casos de culpa recíproca dos cônjuges ou de sua difícil investigação, a tornar o processo tormentoso para as partes. Assim era, e assim permanecerá, creio eu.

Pois bem, acredito que o melhor seria a manutenção de um sistema dualista, com e sem culpa, mesmo com a aprovação da PEC do Divórcio, pelas razões a seguir expostas, pontualmente:

1. A culpa é conceito inerente ao ser humano, que dela não se pode livrar. Giselle Câmara Groeninga expõe que "como mostra a compreensão psicanalítica, é impossível ignorar a culpa. Ela é inerente ao ser humano e à civilização, dado seu valor axiológico. O que se afigura nos dias atuais é a substituição do paradigma da culpa pelo paradigma da responsabilidade, resgatando-se o valor axiológico e epistemológico dos questionamentos relativos à culpa. Assim, o caminho não é o da simplificação, simplesmente negando-se a questão da culpa" (GROENINGA, Giselle Câmara. Sem mais desculpas - é tempo de responsabilidade. In Direito das Famílias. Contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. Org. Maria Berenice Dias. São Paulo: IBDFAM-RT, 2010, p. 166). Desse modo, em uma visão interdisciplinar a categoria não pode ser desprezada nas relações sociais, em particular nas interações jurídicas familiares, hipótese em que se enquadra o casamento.

2. Muitas vezes ambos os cônjuges querem a discussão da culpa no caso concreto, para maturação de seus problemas pessoais. Como ficará então a solução para essa vontade em um modelo monista, sem a viabilidade de verificação de culpa? Ora, entender pelo afastamento da culpa, em casos, tais parece conduzir a um forte desrespeito à liberdade individual, que contraria a proteção constitucional da autonomia privada, retirada do art. 1º, inc. III, da Constituição. Sem dúvida que, em algumas situações, justifica-se a intervenção e a mitigação da autonomia, mormente para a proteção de vulneráveis, ou de valores fundamentais. Não parece ser o caso da dissolução do casamento.

3. 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. Há tempos que parte da doutrina, nacional ou estrangeira, aponta o abandono a elementos subjetivos da culpa, como a intenção de descumprimento a um dever, por imprudência, negligência ou imperícia (por todos, ver: ALPA, Guido; BESSONE, Mario. Trattato di Diritto Privado. Obbligazione e contratti. Torino: UTET, Ristampa, 1987, p. 210-21). Constata-se que o sistema do casamento ainda é mantido com deveres aos cônjuges, seja pela norma, ou pelo sentido coletivo que ainda persiste na sociedade brasileira (art. 1.566 do CC). Nessa linha, a culpa existente no casamento é justamente o desrespeito a um desses deveres, o que pode motivar, sim, a dissolução da união.

4. Sem a análise da culpa, como ficaria a questão da responsabilidade civil decorrente do casamento, gerando o dever de indenizar dos cônjuges? Caio Mário da Silva Pereira é um dos juristas, entre tantos, que afirma que a culpa constitui

um conceito unitário para o Direito (Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Forense, 5ª Edição, 1994, p. 80). Sendo assim, se a categoria serve para atribuir o dever de indenizar, também deve ser utilizada para dissolver a união, até por uma questão de bom senso sistemático e de economia. Somente para ilustrar, parece ilógico não se atribuir culpa a um dos cônjuges nos casos de violência doméstica, de transmissão de graves doenças sexuais ao outro, ou de existência de famílias paralelas com sérias repercussões sociais. Se a culpa gera a indenização em casos tais, também dissolve o vínculo matrimonial. Não se pode pensar que, em tais casos, haverá uma meia culpa, somente para os fins de responsabilidade civil, sem repercussões familiares.

5. Juridicamente a culpa é conceito que persiste e que será mantido no Direito das Obrigações, no Direito Contratual e na Responsabilidade Civil. Desse modo, obviamente, a categoria deve ser preservada para extinguir os vínculos conjugais no Direito de Família. Entender o contrário fere o razoável e uma visão unitária do ordenamento jurídico privado. Eventuais argumentos históricos de conquistas não podem dar, ao Direito de Família, tal suposto privilégio. Aliás, fica a dúvida se afastar a culpa e conceber um modelo unitário é mesmo uma vantagem.

6. Por fim, a existência de um modelo dual ou binário, com e sem culpa, atende melhor aos múltiplos anseios da sociedade pós-moderna, identificada pelo pluralismo e pela hipercomplexidade.

Como é possível perceber, grandes serão os desafios e inúmeros serão os debates relativos à PEC do Divórcio. Em poucas palavras, este breve artigo somente faz emergir um ponto de relevo, teórico e prático, sem prejuízo de inúmeros outros que ainda surgirão na civilística nacional.

Fonte: IBDFam