

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXVIII CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

TAÍS DE PAULA SCHEER

“REVOLUÇÃO SILENCIOSA”

Uma análise histórico-jurídica da Emenda Constitucional nº 66/2010.

**CURITIBA
2010**

TAÍS DE PAULA SCHEER

“REVOLUÇÃO SILENCIOSA”

Uma análise histórico-jurídica da Emenda Constitucional nº 66/2010.

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Orientador: Prof. Marcos Alves da Silva.

**CURITIBA
2010**

TERMO DE APROVAÇÃO

TAÍS DE PAULA SCHEER

“REVOLUÇÃO SILENCIOSA”

Uma análise histórico-jurídica da Emenda Constitucional nº 66/2010.

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de dezembro de 2010.

Dedico esta monografia a todos aqueles que me apoiaram, direta e indiretamente, na realização desta pesquisa. Em especial aos amigos e aos familiares, na pessoa de Odolar de Paula (*in memoriam*).

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	07
2 O divórcio no Brasil: percurso legislativo e contexto histórico-social	
2.1 Primeira fase: Brasil-colônia ao Código Civil de 1916.....	09
2.2 Segunda fase: Emenda Constitucional nº 09/77.....	13
2.3 Terceira fase: Constituição Federal de 1988 ao Código Civil de 2002.....	18
2.4 Quarta fase: Emenda Constitucional nº 66/2010.....	22
3 Principais aspectos da Emenda Constitucional nº 66/2010	
3.1 Aspecto axiológico: fim da perquirição da culpa.....	27
3.2 Aspecto hermenêutico: aplicabilidade da norma e o instituto da separação.....	34
3.3 Direito intertemporal e questões processuais.....	40
4 CONCLUSÃO.....	45
5 REFERÊNCIAS.....	47

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem o objetivo de analisar a Emenda Constitucional nº 66/2010, sob os aspectos legislativo, histórico, doutrinário e processual. Para tanto foram apreciadas as quatro fases da história do divórcio no Brasil, desde a sua ausência de previsão legal até seu reconhecimento como direito potestativo, com o advento da Emenda Constitucional nº 66/2010. Deu-se ênfase ao profundo embate ocorrido quando da aprovação do divórcio em 1977, inclusive com a utilização de uma obra literária para ilustrar o contexto social da época e os argumentos pró e contra o divórcio ainda presentes na sociedade atual. Em seguida, foram abordados os temas da perquirição da culpa quando há o rompimento do vínculo matrimonial, a aplicabilidade imediata da nova emenda e a sobrevivência ou não do instituto da separação, bem como questões atinentes ao direito intertemporal.

Palavras-chave: emenda constitucional 66/2010; divórcio; culpa; separação.

1 INTRODUÇÃO

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho afirmam que a Emenda Constitucional nº 66/2010 é “uma ‘revolução silenciosa’ do modo de encarar o término da relação conjugal, o que, por certo, ainda encontrará grande resistência por parte daqueles que forem extremamente apegados à mentalidade do sistema anterior.”¹

De fato os argumentos contrários ao divórcio levantados por algumas camadas sociais e pela Igreja Católica, quando da aprovação da Emenda Constitucional nº 09/1977 (que introduziu o divórcio no Brasil), apareceram novamente, só que em menor grau, no momento em que foi aprovada a Emenda Constitucional nº 66/2010 e nas interpretações que foram dadas por parte da doutrina ao apreciar a matéria.

Não obstante a resistência ao divórcio, é inegável que ele se tornou algo corriqueiro no meio social. Os últimos dados do IBGE, referentes a 2007, informam que para cada quatro casamentos, ocorre uma separação, o que pode parecer à primeira vista algo ruim, mas pelo contrário, o que restou superada foi a visão de que as pessoas deveriam manter vínculos de mera aparência ou por razões econômicas tão somente.

A Emenda Constitucional nº 66/2010, que alterou o artigo 226, §6º, da Constituição Federal de 1988, prevê o divórcio como instituto capaz de dissolver o matrimônio, sem imposição de prazos ou a obrigatoriedade de prévia separação.

Essa perspectiva se coaduna com o princípio da intervenção mínima do Estado na vida privada dos cidadãos e permite que a família seja um local de busca

¹ GAGLIANO, Pablo Stolze & PAMPLONA Filho, Rodolfo. O novo divórcio. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 21.

da realização pessoal dos seus membros, a chamada família eudemonista, na qual o afeto se mostra central, fruto do princípio da dignidade da pessoa humana.

O trabalho inicia com um retrospecto histórico, perpassando as 4 (quatro) fases da história do divórcio no Brasil, desde a indissolubilidade do vínculo até a promulgação da Emenda Constitucional nº 66/2010.

Destaca-se o contexto histórico-social da aprovação da Emenda Constitucional nº 09/77, tendo em vista seu caráter inovador, ao introduzir o divórcio no Brasil e quebrar o dogma da indissolubilidade do vínculo. Em seguida é dada ênfase às influências doutrinárias e políticas da emenda recém-aprovada.

Os aspectos jurídicos da nova emenda demonstram a supressão de qualquer prazo legal ou ainda a desnecessidade da comprovação de violação a deveres matrimoniais para a concessão do divórcio, erigido a categoria de direito potestativo.

A aplicabilidade da nova norma constitucional e a permanência ou não do instituto da separação, bem como questões processuais e de direito intertemporal são investigadas tendo em vista diversas posições emanadas pela doutrina sobre esses temas.

2 O DIVÓRCIO NO BRASIL: PERCURSO LEGISLATIVO E CONTEXTO HISTÓRICO-SOCIAL

De acordo com a doutrina se distinguem 4 (quatro) fases da evolução histórica do divórcio no Brasil, quais sejam: a) indissolubilidade absoluta do vínculo conjugal (ausência do divórcio); b) possibilidade jurídica do divórcio, com imprescindibilidade da separação judicial como requisito prévio; c) ampliação da possibilidade do divórcio, por meio da conversão da separação judicial ou pelo divórcio direto e d) o divórcio como direito potestativo. (GAGLIANO, 2010)

2.1 Primeira fase: Brasil-colônia ao Código Civil de 1916

A primeira fase da história do divórcio no Brasil se estende desde o período colonial até o advento do Código Civil de 1916, mais de 400 (quatrocentos) anos marcados pela perpetuidade e perenidade do casamento, reconhecido como vínculo indissolúvel.

Durante esse período estava em vigor no Brasil as Ordenações Filipinas com suas alterações posteriores, tais como a Lei da Boa Razão.

Na época em que o Brasil era colônia de Portugal, a família possuía as seguintes características: “(...) matrimonializada (fundamentalmente voltada ao casamento, sob o influxo canônico, hierarquizada (julgada ao *pater familias* colonial) e patriarcal.”²

Matrimonializada porque não era reconhecida como entidade familiar qualquer outra conformação, que não fosse aquela oriunda do casamento. O único

² FACHIN, Rosana Amara Girardi. *Em busca da família do novo milênio: (uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 34.

meio de constituir uma família legítima, com proteção legal e reconhecimento social era por meio da constituição do vínculo matrimonial.

A hierarquia era princípio basilar, na qual o comando da família era exercido pelo patriarca sobre as vidas dos filhos e da esposa.

A família oitocentista ainda era caracterizada como transpessoal, ou seja, era protegida enquanto instituição e como base do Estado, não tendo relevância os direitos ou interesses dos membros que a compunham.

É inegável a influência da Igreja Católica na disciplina normativa do casamento na sociedade brasileira, inclusive no aspecto da impossibilidade de dissolução do vínculo matrimonial.

No direito canônico a idéia de indissolubilidade do casamento está prevista no Código Canônico ainda em vigor, com redação dada pelo Concílio de Trento de 1563.³

Por outro lado, a manutenção do casamento também interessava ao Estado, que via nele a única forma de manter a família, considerada a base da sociedade, para que o poder político pudesse ser mais facilmente exercido.

A hierarquia em que as relações sociais se pautavam permitiam que o poder político se espraiasse nas famílias por força da influência do patriarca, diminuindo os eventuais focos de resistência, já que todos no seio familiar deviam obediência ao chefe da família.

A doutrina assevera que:

“A hostilidade do legislador pré-constitucional às interferências exógenas na estrutura familiar e a escancarada proteção ao vínculo conjugal e da coesão formal da família, ainda que em detrimento da realização pessoal de seus integrantes – particularmente no que se refere à mulher e aos

³ “Cân. 1141 O matrimônio ratificado e consumado não pode ser dissolvido por nenhum poder humano nem por nenhuma causa, exceto a morte.” *Apud*: GAGLIANO, Pablo Stolze & PAMPLONA Filho, Rodolfo. O novo divórcio. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 35.

filhos, inteiramente subjugados à figura do cônjuge-varão – justificava-se em benefício da paz doméstica.”⁴

Ressalte-se ainda que a impossibilidade de se desfazer o vínculo matrimonial tinha por objetivo proteger o patrimônio do casal em detrimento da felicidade dos cônjuges (DIAS, 2010).

No Brasil, após a independência, a República consagrou a separação entre Estado e Igreja, o que não gerou profunda alteração no regime matrimonial, que continuou sendo baseado no princípio da indissolubilidade do vínculo em razão da interferência da Igreja Católica e do positivismo comtiano.

LAMARTINE explica bem esse contexto:

“No Brasil, o princípio da indissolubilidade do vínculo matrimonial vigorou durante toda a fase imperial, em que era princípio constitucional a união do Estado e da Igreja Católica. Com a proclamação da República, Estado e Igreja separaram-se; introduziu-se o casamento civil obrigatório (Decreto de 24/01/1890), mas manteve-se a indissolubilidade do vínculo matrimonial, tendo para tal contribuído o pensamento do positivismo comtiano, sabidamente hostil ao divórcio, dada a notória influência que essa escola filosófica teve entre os fundadores da República. Essa indissolubilidade foi mantida pelo CCB, que não previu o divórcio vincular, mas apenas o desquite”⁵

Clóvis Bevilacqua, por sua vez, quando da entrada em vigor do Código Civil de 1916 defendia a necessidade de respeito à família brasileira, considerando o divórcio medida extrema e concluindo que “não seria inexato afirmar que há indivíduos predestinados ao divórcio, como os há para o crime; e que outros, passando por sucessivas dissoluções matrimoniais, adquirem a incorrigibilidade.”⁶

⁴ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3.ed.atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 398.

⁵ OLIVEIRA, José Lamartine Côrrea de & MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso de Direito de Família*. 4.ed. Curitiba: Juruá, 2001, p. 419-420.

⁶ *Apud*. FARIAS, Cristiano Chaves. “Redesenhando os contornos da dissolução do casamento (Casar e permanecer casado: eis a questão)”. In: *Afeto, ética, família e Novo Código Civil Brasileiro*. Rodrigo da Cunha Pereira (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 110.

No texto do Código Civil 1916 a sociedade conjugal poderia se extinguir pela morte de um dos cônjuges, pela nulidade ou anulação do casamento e pelo desquite amigável ou judicial, segundo disposição do artigo 315⁷.

Vale observar que o Código Canônico também disciplina excepcionalmente a figura da separação com a permanência do vínculo, conhecido como desquite.⁸

Trata-se, portanto, de instituto religioso disciplinado na lei civil sem qualquer inovação em relação ao regramento canônico. Os motivos capazes de ensejar o desquite estavam expressos no artigo 317 do Código Civil de 1916:

“Art. 317. A ação de desquite só se pode fundar em algum dos seguintes motivos:
I – adultério;
II – tentativa de morte;
III – sevícia, ou injúria grave;
IV – abandono voluntário do lar conjugal, durante dois anos contínuos.”

Vislumbrava-se a necessidade de um dos cônjuges imputar ao outro alguma dessas condutas culposas para que fosse concedido o desquite.

A culpa era elemento imprescindível para o deferimento da medida, que não permitia a dissolução do vínculo, obrigando o casal que não mais queria estar junto a manter um casamento ou ficar no limbo jurídico na condição de “desquitado”.

Como bem assevera CRISTIANO CHAVES:

“Estava assim, afirmada a culpa como elemento propulsor da dissolução da sociedade conjugal. E mais, audaciosamente, o legislador erigia as condutas culposas, como se fosse possível um prontuário de comportamentos atentatórios da estabilidade matrimonial.”⁹

⁷ “Artigo 315: A sociedade conjugal termina: I – pela morte de um dos cônjuges; II – pela nulidade ou anulação do casamento; III – pelo desquite amigável ou judicial.”

⁸ “Cân. 1153 §1. Se um dos cônjuges é causa de grave perigo para a alma ou para o corpo do outro cônjuge ou dos filhos ou, de outra forma, torna muito difícil a convivência, está oferecendo ao outro causa legítima de separação por decreto do Ordinário local e, havendo perigo na demora, também por autoridade própria.” *Apud*: GAGLIANO, Pablo Stolze & PAMPLONA Filho, Rodolfo. O novo divórcio. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 37.

⁹ FARIAS, Cristiano Chaves. “Redesenhando os contornos da dissolução do casamento (Casar e permanecer casado: eis a questão)”. In: Afeto, ética, família e Novo Código Civil Brasileiro. Rodrigo da Cunha Pereira (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 110.

O desquite como visto é instituto religioso que dissolvia a sociedade conjugal, mas não o vínculo matrimonial, impedindo que o desquitado contraísse novas núpcias, o que acabava por gerar preconceito e rejeição social das novas famílias formadas por pessoas desquitadas, que não possuíam proteção estatal.

Desse modo, com o advento do Código Civil de 1916 a disciplina do matrimônio continuava a se alinhar estritamente com os dogmas religiosos, tais como: a indissolubilidade do vínculo, a excepcionalidade do desquite e a necessidade de perquirir a culpa para extinguir a sociedade conjugal.

2.2 Segunda fase: Emenda Constitucional nº 09/77

Nesta segunda fase da história do divórcio se admite a possibilidade do rompimento do vínculo desde que haja a etapa obrigatória da separação.

As Constituições brasileiras até a de 1969 repetiram o princípio da indissolubilidade do vínculo conjugal ¹⁰.

A possibilidade de dissolução do casamento com rompimento do vínculo somente ocorreu em 1977, via emenda constitucional e profundo embate no Congresso Nacional.

Na época foram apresentadas 6 (seis) propostas para alterar o artigo 175, §1º, da Constituição de 1969, quais sejam:

“a de nº 01, apresentada pela deputada Nina Ribeiro e o senador Ruy Carneiro, suspendia a vigência do § 1º do art. 175, até que, por plebiscito seja decidido sobre a sua manutenção ou revogação, mas permitindo desde logo a extinção do vínculo conjugal para os desquitados há mais de cinco anos;

Nº 06, apresentada pelo deputado Emmanoel Waisman e o senador Roberto Saturnino, alterava a redação dos §§ 1º, 2º e 3º do art. 175, mantendo indissolúvel apenas o casamento religioso com efeito civil, e dissolúveis o casamento civil, ou religioso sem as formalidades de §2º;

¹⁰ “Artigo 175. A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos. §1º O casamento é indissolúvel.”

Nº 09 apresentada pelo deputado Celso Barros e senador Nelson Carneiro, que permitia a dissolução do casamento para os separados judicialmente há mais de três anos, ou de fato, por mais de cinco;

Nº 10 apresentada pelo deputado Rubem Dourado e pelo senador Nelson Carneiro, tornava o casamento dissolúvel nos casos de separação do cônjuges por mais de seis anos, ou após quatro anos de desquitados; dissolubilidade permitida uma única vez;

Nº 11 apresentada pelo deputado Cantídio Sampaio e o senador Otto Lehmann, dispondo que lei complementar indicará os casos em que será admitida a dissolução do casamento;

Nº 12 apresentada pelo deputado Airon Rios e senador Jarbas Passarinho, estabelecendo que o casamento é dissolúvel na forma da lei.”¹¹

Verifica-se do teor das referidas propostas que elas previam diversas formas de dissolver o vínculo conjugal, desde a imposição de prazos e condições para a concessão do divórcio, a desconstitucionalização da matéria ou ainda a realização de consulta popular sobre o tema.

Interessante observar nesse ponto a complexidade do tema divórcio nas palavras de VENOSA:

“O divórcio é um dos institutos jurídicos que mais tormentosas questões levantaram em todas as legislações em que foi admitido, pois não trata unicamente de uma questão jurídico-social, mas de um problema global que toca profundamente a religião e a política.”¹²

No tocante à religião, a corrente anti-divorcista tinha o apoio da Igreja Católica e apresentava, em síntese, os seguintes argumentos contra a dissolubilidade do vínculo matrimonial:

“(…) o divórcio atrairia divórcio, no sentido de que a instituição do divórcio serviria de estímulo a que as pessoas se casassem de maneira irrefletida e leviana, partindo do princípio de ser o casamento uma experiência à qual o divórcio ofereceria fácil saída. (...) Mas o argumento é importante como alerta para necessidade de evitar-se regramento do divórcio que seja expressão de uma ideologia dissolvente que, por não valorar adequadamente os valores éticos do casamento duradouro, estimule meros casamentos de experiência.”¹³

¹¹ FRANÇA, Rubens Limongi. *A lei do divórcio: comentada e documentada*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 205.

¹² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 166.

¹³ OLIVEIRA, José Lamartine Côrrea de & MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Op.cit.*, p. 421.

Na política, os debates legislativos retratam as divergências na época da apreciação das propostas de emenda:

“O SR. CELSO BARROS (MDB-PI) – Nobre Senador Ferreira, não é preciso ser eminente jurista ou mero estudioso de Direito, para interpretar o problema do divórcio. Basta a boa-fé ou o senso comum, ou a inteligência desprendida daquela fase teológica a que se referia Augusto Comte, em que o homem se transpunha para o mundo irreal e supunha que o mundo irreal era a única realidade existente. V. Ex.^a nos traz estatísticas relativas ao desquite, mas que queria que V. Ex.^a trouxesse aqui as estatísticas não do número dos desquites legalizados, mas do número dos casais infelizes. V. Ex.^a não trouxe esses números. V. Ex.^a não os trouxe, porque não os têm.

O Sr. Benedito Ferreira (ARENA-GO) – Desejaria que V. Ex.^a me honrasse com a sua compreensão. V. Ex.^a me perdoe e permita o aparte.

O Sr. Celso Barros (MDB-PI) – V. Ex.^a não pode absolutamente penetrar naqueles lares que apenas apresentam exteriormente uma felicidade que não possuem. (...) Os fatos estão a evidenciar que, embora a lei torne, no Brasil, o casamento um ato de vínculo indissolúvel, as situações concretas, as dificuldades enfrentadas por alguns casais, as incompatibilidades emergentes da vida em comum, os invencíveis problemas de ordem familiar que colocam os cônjuges em permanente conflito, anulam com freqüência a estabilidade que reside na lei, mas que não pode ser sustentado na realidade de cada dia. (...) Combater o divórcio, com as armas do sectarismo religioso; negar ao legislador o direito de atualizar instituições e pô-las a serviço do homem e da família, da comunidade e da Pátria; lançar-se na arena do debate teológico para sustentar a indissolubilidade, esquecido de que há uma incompatibilidade muito grande entre os princípios dogmáticos e os conflitos sociais, é desconhecer o sentido humano da lei, é negar ao Direito o seu conteúdo social e colocá-los no plano da mera especulação sem anseios de justiça e sem garantias à sua realização humanizadora.”¹⁴

A defesa do divórcio na seara política traz o tema do afeto nas relações familiares e a necessidade do Poder Legislativo acompanhar as demandas sociais em detrimento da manutenção de um vínculo matrimonial falido.

A sociedade também estava dividida entre os divorcistas e anti-divorcistas, como retrata Josué Guimarães na obra literária “Dona Anja.” Esse romance fornece um registro ficcional da aprovação da emenda do divórcio de maneira jocosa e incisiva.

A estória se passa na “casa” de Dona Anja e de suas encantadoras meninas, local em que o vereador, o prefeito, o delegado e demais autoridades

¹⁴ Para uma análise completa dos debates e propostas da época. Cf. FRANÇA, Rubens Limongi. A lei do divórcio: comentada e documentada. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 520/521.

locais discutem e acompanham a votação pelo rádio das emendas divorcistas no Congresso Nacional.

A personagem do vereador ao entrar na casa declara que:

“(...) beberia naquela noite para comemorar a aprovação da emenda do divórcio pelo Congresso Nacional (numa demonstração de força popular contra o obscurantismo que desgraçadamente infelicitiza a nossa extremada e tão sacrificada Pátria); levantou o dedo como se estivesse na tribuna: neste País que sofre e arqueja sob o tacão de uma ditadura cruel!”¹⁵

Cabe lembrar que o contexto histórico da aprovação da emenda do divórcio era do final da ditadura militar, regime de exceção que restringiu os direitos e garantias individuais.

Outro vereador completa “O divórcio – exclamou em tom grandieiloquente – vai colocar o Brasil lado a lado, em pé de igualdade, com as nações mais adiantadas do mundo.”¹⁶

De fato diversos países de maioria católica, tais como a França, a Itália, a Bélgica, o Peru, a Venezuela, o México, o Uruguai e Portugal, nessa época (1977) já contavam com a previsão do divórcio em suas legislações civilistas, extinguindo o vínculo matrimonial.¹⁷

Quanto à religião a observação do médico freqüentador da casa é perspicaz:

“O médico liberou a cara que estava mergulhada nos cabelos de Lenita e disse que estava de acordo com tudo o que dissera o ilustre professor, menos com essa história de que o Brasil era o maior país católico da terra; a não ser que todos os católicos brasileiros sejam também da umbanda, do espiritismo e do candomblé, concluiu ele retornando ao emaranhado dos cabelos da sua menina.”¹⁸

Apesar de haver um forte sincretismo religioso no Brasil, a influência do catolicismo ainda era preponderante na época.

¹⁵ GUIMARÃES, Josué. *Dona Anja*. Porto Alegre: L&PM, 2007, p. 64.

¹⁶ *Ibid.*, p. 68.

¹⁷ Cf. FRANÇA, Rubens Limongi. *Op.cit.*, p. 191.

¹⁸ GUIMARÃES, Josué. *Op.cit.*, p.109/110.

A posição contrária da Igreja é aprovada pela maioria dos presentes na casa da “Dona Anja”, encabeçada pelo prefeito que refuta os argumentos do vereador:

“ - O meu amigo deve ter lido esta semana - começou o prefeito, dirigindo-se ao vereador – as declarações feitas pelo eminente Cardeal D. Vicente Scherer, Arcebispo de Porto Alegre, a respeito do divórcio. Ele afirmou que seria preferível que o Brasil houvesse perdido a Guerra do Paraguai a instalar-se o divórcio entre nós. Ele é Cardeal e sabe o que diz, pois se não soubesse seria hoje apenas um vereador do MDB. (...)
 - Pois meu caro prefeito, já que o amigo leu a entrevista do Cardeal, o que prova ser uma pessoa bem informada, deve ter lido também a resposta que sobre tal declaração deu o próprio Senador Nélson Carneiro.
 - E logo a resposta de um anticristo, nobre vereador!
 - Ah, sim agora todos são anticristos, encarnações do diabo na terra, capetas e subversivos, pois já vi que o ilustre prefeito municipal só lê aquilo que lhe interessa. (...) O delegado interferiu com certa rispidez dizendo ao prefeito que seria preferível ele nem sequer responder, pois a palavra de um príncipe da Igreja jamais poderia ser comparada com a de um senador que havia mais de vinte anos vinha sistematicamente tentando dissolver a família brasileira, vinha tentando solapar a moral daqueles que tinham sido unidos por Deus e que só através Dele poderiam separar-se.”¹⁹

Após o início da votação no Congresso Nacional das emendas divorcistas acompanhada pelo rádio, os lamentos na casa de “Dona Anja” são recorrentes:

“Minha Nossa Senhora dos Aflitos, eu não merecia isso, juro que não merecia, este país está cheio de traidores e eu pergunto onde afinal se meteu a Igreja que não faz nada, que não diz um basta para esta corja, não excomunga, vejam os senhores, o divórcio vai acabar com a felicidade das pessoas, vai desmanchar muito lar feliz e isso não é possível e eu me pergunto onde estão as nossas gloriosas Forças Armadas que não invadem com seus tanques e canhões aquele valhacouto de vendilhões e de safados que só sabem sugar o dinheiro dos cofres públicos enquanto amordaçam a moral do Brasil, hoje um país de materialistas, de ateus e de marxistas.”²⁰

A aprovação da Emenda Constitucional nº 09 de 28 de junho de 1977 ocorreu por uma diferença de 8 (oito) votos no Senado. A novela encerra com uma profissão dos antidivorcistas para protestar contra o ingresso definitivo do divórcio no Brasil.

A emenda, ao final vencedora, possuía a seguinte justificação:

“(…) A presente Emenda, elaborada com a colaboração do ilustre parlamentar paranaense, é tão cautelosa quanto exige a realidade social brasileira. A separação judicial apenas ocorre como consequência de prolongadas divergências conjugais e que deságuam no foro somente

¹⁹ *Ibid.*, p. 111/112.

²⁰ *Ibid.*, p.176.

depois de esgotadas todas as tentativas de entendimento. O prazo de três anos é assim bastante para que se constate se tais divergências se tornaram irremovíveis. No que tange, porém, as separações de fato, e somente as já existentes à data da promulgação da emenda, é indispensável a prova judicial de que tenham ocorrido no mínimo há cinco anos, sem reconciliação. Houve assim, o especial cuidado de fazer a proposição de tal modo rigorosa que não justificasse restrições dos mais cautelosos. E, buscando o meio termo, não desiludisse ardorosos defensores da medida.”²¹

Percebe-se que há bastante cautela nas palavras do relator da emenda aprovada, buscando um meio termo que agradasse os divorcistas e os anti-divorcistas.

A Emenda Constitucional nº 09/77 deu nova redação ao §1º do art. 175 da Constituição Federal de 1969, que passou a dispor o seguinte:

“Artigo 1º: O §1º do artigo 175 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação: o casamento somente poderá ser dissolvido nos casos previstos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos.

Artigo 2: A separação, de que trata o §1º do artigo 175 da Constituição Federal poderá ser de fato, devidamente provada em juízo, e pelo prazo de cinco anos, se for anterior a data dessa emenda.”

O divórcio foi autorizado desde que houvesse o transcurso de um lapso temporal entre a separação judicial (antigo desquite), que rompia a sociedade conjugal, e o efetivo desfazimento do vínculo matrimonial.

A justificativa para a existência desse prazo era permitir aos separados que se reconcilhassem antes que pudessem formalizar o divórcio. A doutrina pontua:

“Esses limites temporais para o rompimento dos laços matrimoniais resultaram do embate entre divorcistas e antidivorcistas, quando da elaboração da Lei do Divórcio. Para que o divórcio fosse admitido em nosso sistema, pela Lei 6.515 de 1977, várias concessões foram feitas aos defensores da indissolubilidade do vínculo matrimonial. Assim, para chegar ao divórcio, impunha-se aos pretendentes o *estágio* da separação judicial ou de fato.”²²

²¹ FRANÇA, Rubens Limongi. *Op.cit.*, p. 190-191.

²² SILVA, Marcos Alves da. Um silêncio eloqüente. *Gazeta do Povo*. Publicado em 20/07/2010.

A Lei nº 6.515, de 28 de junho de 1977 regulamentou o divórcio, revogando os artigos 315 a 328, do Código Civil de 1916, passando o antigo desquite a ser denominado de separação judicial.

A regra era a necessidade do estágio obrigatório da separação judicial antes do divórcio, não se admitindo o divórcio direto. Todavia, em caráter excepcional o divórcio poderia ser requerido de imediato, desde que observadas as condições do artigo 40, da Lei nº 6.515/77, que previa o seguinte: “No caso de separação de fato, com início anterior a 28 de junho de 1977, e desde que completados cinco anos, poderá ser promovida ação de divórcio, na qual deverão provar o decurso do tempo da separação e sua causa.”

Pela dificuldade de comprovar o lapso temporal ou expor a causa da separação, esse artigo não teve muita repercussão prática.

Observa-se, portanto, que o divórcio não tem mais de 40 (quarenta) anos no Brasil, tendo sido previsto pela primeira vez em um momento histórico de regime de exceção com profundas resistências sociais.

2.3 Terceira Fase: Constituição Federal de 1988 ao Código Civil de 2002

Nessa terceira fase, a Constituição Federal de 1988 disciplina duas vias para a concessão do divórcio, por conversão ou diretamente.

Quando a matéria foi regulada pela Constituição atual se tornou viável o divórcio direto, desde que transcorridos 2 (dois) anos de separação de fato ou por meio da conversão da separação judicial em divórcio.

Cabe asseverar que a Constituição Federal de 1988 trouxe um novo parâmetro para o ordenamento jurídico brasileiro, consagrando expressamente direitos individuais e sociais.

Gustavo Tepedino sintetiza bem o retrato atual do ordenamento jurídico brasileiro em matéria de Direito de Família apontando suas profundas alterações principalmente por um viés axiológico.

Nesse sentido sustenta que:

“A Constituição de 1988, centro unificador do direito privado, disperso diante da proliferação da legislação especial e da perda da centralidade do Código Civil, consagrou, em definitivo, uma nova tábua de valores no ordenamento brasileiro”.²³

Na perspectiva contemporânea a família passa a ter um conceito mais amplo, incluindo diversas conformações (monoparentais, união estável) voltada para a realização espiritual e desenvolvimento da personalidade de seus membros, não mais como instituição social responsável pela manutenção do *status quo*, nitidamente patriarcal e patrimonialista.

A doutrina destaca que:

“É que Lex Fundamentallis de 1988, propiciamente apelidada de ‘Constituição Cidadã’, veio redimensionar a ciência jurídica, fraturando a histórica dicotomia ‘público X privado’, quando estabeleceu princípios e normas dirigidas ao Direito Civil, determinando uma nova leitura, uma revisita dos institutos fundamentais do Direito Civil. Em outras palavras, a Constituição da República, mais do que estabelecer limites externos para as atividades privadas, conferiu novo conteúdo aos institutos privados.”²⁴

O princípio da dignidade da pessoa humana no Direito de Família tem como corolário o afeto, a auto-responsabilidade, a boa-fé e a eticidade nas relações familiares. Tais condutas devem ser observadas desde a formação dos vínculos até o seu desfazimento.

²³ TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. 2.ed. ver.atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 396.

²⁴ FARIAS, Cristiano Chaves. *Op.cit.*, p. 111.

Nesse sentido, o ensinamento de CRISTIANO CHAVES:

“(...) percebe-se que a valorização do afeto nas relações familiares não pode cingir-se apenas ao momento da celebração do casamento (formação da entidade familiar), devendo perdurar por toda a relação. Disso resulta que, cessado o afeto, está ruída a base segura de sustentação da família, exsurgindo a dissolução do vínculo como modo de garantir a dignidade da pessoa.”²⁵

Na vigência da Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002 revogou o Código Civil de 1916, mas manteve o regramento do antigo diploma civilista, afirmando em seu artigo 1571 que a sociedade conjugal se extingue “pela morte, nulidade ou anulação do casamento, pela separação judicial ou pelo divórcio.”

O artigo 5º, da Lei nº 6.515/77 dispunha que a separação poderia ser requerida por um só dos cônjuges desde que imputasse ao outro “conduta desonrosa ou qualquer ato que importasse em grave violação dos deveres do casamento e tornasse insuportável a vida em comum.” Sem qualquer rol taxativo.

Contudo, o artigo 1573, do Código Civil de 2002²⁶ ressucitou o rol do Código Civil de 1916, desconsiderando o posicionamento da doutrina e jurisprudência majoritária que defendiam a desnecessidade desse elenco.

O legislador infraconstitucional deveria ter previsto apenas o artigo 1572, que repetia o artigo da lei do divórcio sobre o tema em consonância com o momento histórico, os avanços jurisprudenciais e legislativos.

²⁵ *Ibid.*, p. 113.

²⁶ “Art. 1.573. Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos:

I - adultério;

II - tentativa de morte;

III - sevícia ou injúria grave;

IV - abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo;

V - condenação por crime infamante;

VI - conduta desonrosa.

Parágrafo único. O juiz poderá considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum.”

A necessidade de provar a insuportabilidade da vida em comum, imputando condutas ou qualidades ao outro cônjuge se mostraram indevidas e inconvenientes.

Maria Berenice DIAS destaca o retrocesso do Código Civil de 2002 na matéria de dissolução do vínculo conjugal:

“O novo Código Civil acabou por especificar praticamente em *numerus clausus* os motivos que podem dar ensejo ao pedido de separação (art. 1573). Repristina o elenco que constava da redação original do artigo 317 do Código Civil de 1916: adultério, tentativa de morte, sevícia ou injúria grave e abandono voluntário do lar conjugal por um ano contínuo (antes eram dois). Acresce motivos outros: condenação por crime infamante e conduta desonrosa. O legislador olvidou-se de que tais especificidades já haviam sido derogadas pela Lei do Divórcio, cujo artigo 5º autoriza conceder a separação com base na só imputação de conduta desonrosa ou ato violador dos deveres do casamento, que tornem insuportável a vida em comum. De qualquer forma, tal elenco perde totalmente o significado, quando o §1º do referido artigo 1573 outorga ao juiz a faculdade de considerar fatos outros que evidenciem a impossibilidade da vida conjugal. Assim, de todo desnecessário o elenco. O mais surpreendente em tudo isso é que resta por ser conferido ao juiz e não ao cônjuge aquilatar a insuportabilidade do convívio para seja decretada a separação.”²⁷

De fato, o Código Civil de 2002 trouxe regramento semelhante ao do Código Civil de 1916, desconsiderando os avanços jurisprudenciais sobre os temas atinentes à separação e ao divórcio e até mesmo alteração legislativa da Lei nº 6.515/77, exigindo a investigação da culpa no desfazimento do vínculo conjugal em nítido retrocesso.

2.4 Quarta fase: Emenda Constitucional nº 66/2010

A Emenda Constitucional nº 66/2010, aprovada em 13 de julho de 2010, tramitou sob os codinomes de “PEC do Amor” ou “PEC do Divórcio”.

Essa emenda resultou de iniciativa de juristas do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, proposta pelo deputado Antônio Carlos Biscaia (PEC

²⁷ DIAS, Maria Berenice. “Da separação e do divórcio.” In: Direito de Família e o novo código civil. Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira (coords). Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 72.

413/05) perante a Câmara dos Deputados e reapresentada posteriormente pelo deputado Sérgio Barradas Carneiro (PEC 33/07).

O texto original da proposta era o seguinte: "§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio consensual ou litigioso, na forma da lei".

Suprimiu-se, posteriormente, a expressão "na forma da lei", constante na parte final do dispositivo sugerido. Essa supressão permitiu a aplicabilidade imediata da emenda, como será visto mais adiante.

Cabe uma breve menção da inovação jurisprudencial que inspirou a Emenda Constitucional nº 66/2010, que se remete ao julgado paradigma do Superior Tribunal de Justiça da lavra do Ministro Ruy Rosado de Aguiar:

"Em 05 de dezembro de 2002, o Superior Tribunal de Justiça julgou o REsp 467.184 de São Paulo, sendo relator o culto Min. Ruy Rosado de Aguiar, tendo assentado que, em sede de separação, "evidenciada a insuportabilidade da vida em comum, e manifestado por ambos os cônjuges, pela ação e reconvenção, o propósito de se separarem, o mais conveniente é reconhecer esse fato e decretar a separação, sem imputação da causa a qualquer das partes".²⁸

A doutrina mais avançada já pontuava a nova perspectiva jurisprudencial que estava sendo criada ao ser desconsiderando a exigência legal no sentido de se imputar causa para o fim da sociedade conjugal (violação de dever matrimonial ou cometimento de conduta desonrosa), atentando-se, simplesmente, ao desamor, sepultando a culpa.

Segundo CRISTIANO CHAVES e NELSON ROSENVALD:

"Infere-se, pois, com tranqüilidade que, tendo em mira o realce na proteção avançada da pessoa humana, o ato de casar e o de não permanecer casado constituem, por certo, o verso e o reverso da mesma moeda: a liberdade de auto-determinação afetiva".²⁹

Da mesma forma como foi feito quando da introdução da dissolubilidade do vínculo no ordenamento jurídico brasileiro em 1977, mais uma vez é uma incursão interessante observar a justificativa apresentada pelo Deputado Sérgio Barradas

²⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze. *Op. cit.*, p. 48.

²⁹ FARIAS, Cristiano Chaves. *Op. cit.*, p. 107.

Carneiro, quando da apresentação da referida proposta, para que seja captado o contexto histórico-social:

"A presente Proposta de Emenda Constitucional é uma antiga reivindicação não só da sociedade brasileira, assim como o Instituto Brasileiro de Direito de Família, entidade que congrega magistrados, advogados, promotores de justiça, psicólogos, psicanalistas, sociólogos e outros profissionais que atuam no âmbito das relações de família e na resolução de seus conflitos, e também defendida pelo Nobre Deputado Federal Antonio Carlos Biscaia (Rio de Janeiro). Não mais se justifica a sobrevivência da separação judicial, em que se converteu o antigo desquite. Criou-se, desde 1977, com o advento da legislação do divórcio, uma duplicidade artificial entre dissolução da sociedade conjugal e dissolução do casamento, como solução de compromisso entre divorcistas e antidivorcistas, o que não mais se sustenta. Impõe-se a unificação no divórcio de todas as hipóteses de separação dos cônjuges, sejam litigiosos ou consensuais. A Submissão a dois processos judiciais (separação judicial e divórcio por conversão) resulta em acréscimos de despesas para o casal, além de prolongar sofrimentos evitáveis. Por outro lado, essa providência salutar, de acordo com valores da sociedade brasileira atual, evitará que a intimidade e a vida privada dos cônjuges e de suas famílias sejam revelados e trazidos ao espaço público dos tribunais, como todo o caudal de constrangimentos que provocam, contribuindo para o agravamento de suas crises e dificultando o entendimento necessário para a melhor solução dos problemas decorrentes da separação. Levantamentos feitos das separações judiciais demonstram que a grande maioria dos processos são iniciados ou concluídos amigavelmente, sendo insignificantes os que resultaram em julgamentos de causas culposas imputáveis ao cônjuge vencido. Por outro lado, a preferência dos casais é nitidamente para o divórcio que apenas prevê a causa objetiva da separação de fato, sem imiscuir-se nos dramas íntimos; Afinal, qual o interesse público relevante em se investigar a causa do desaparecimento do afeto ou do desamor? O que importa é que a lei regule os efeitos jurídicos da separação, quando o casal não se entender amigavelmente, máxime em relação à guarda dos filhos, aos alimentos e ao patrimônio familiar. Para tal, não é necessário que haja dois processos judiciais, bastando o divórcio amigável ou judicial (PEC 33/07. Dep. Sérgio Barradas Carneiro)." ³⁰

A intenção do legislador em extirpar do ordenamento jurídico brasileiro a imputação da culpa a um dos cônjuges pelo fim do casamento, bem como a intenção de extinguir a etapa obrigatória da separação estão bem claros.

A aprovação da referida emenda teve oposição da Igreja Católica que se manifestou da seguinte forma, por meio da declaração do vice-Presidente da CNBB (Conferência Nacional dos Bispos do Brasil), Dom Luiz Soares Vieira:

"Se facilitar muito, eu acho que se banaliza mais ainda o matrimônio, que já está banalizado. O único problema é esse. Daqui a pouco, a pessoa vai na

³⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze. "A nova Emenda do Divórcio: Primeiras Reflexões." In: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2283887/artigo-a-nova-emenda-do-divorcio-primeiras-reflexoes-por-pablo-stolze-gagliano>. Acessado em 13/09/2010.

frente de qualquer juiz e diz que não é mais casada e depois na frente de qualquer ministro de igreja e casa de novo. É banalizar demais uma coisa que é muito séria.”³¹

Interessante frisar a resistência da Igreja católica e de setores mais conservadores novamente quando o tema é divórcio, é verdade que em menor monta do que no contexto da aprovação da Emenda nº 09/77, mas mesmo assim, ainda há oposição.

A redação final da emenda decreta que "O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio", tendo o divórcio sido erigido a categoria de direito potestativo.

Frise-se que a emenda constitucional em tela consagrou os princípios da intervenção mínima do Estado na vida familiar e a dignidade dos membros que compõe a família, consagrando o afeto e a busca da felicidade como princípios regentes.

O lapso temporal foi extirpado, restando apenas o divórcio consensual ou litigioso, extrajudicial ou judicial. Preconiza-se, assim, a não intervenção do Estado na intimidade do casal, que tem autonomia para casar e descasar, sem a necessidade de se submeter a lapsos temporais impostos por lei ou a exigência de demonstrar motivação vinculante.

Pode-se concluir, então, que está definitivamente superada a visão oitocentista da família e do casamento. Nesse sentido:

“O que importa de fato na atualização dos procedimentos relativos ao divórcio é que ela faz do matrimônio instituto de um contrato que, assim como todo verdadeiro contrato, inclui possibilidade plena do distrato, coisa que não acontecia antes. O divórcio instituído em 1977, nos prazos de espera para entrada do pedido, tinha resquícios do anômalo direito do desquite, que separava sem descasar, efeito do casamento como iníquo resíduo da sociedade escravista e de sua instituição mais importante, a família patriarcal.”³²

³¹ GAGLIANO, Pablo Stolze & PAMPLONA Filho, Rodolfo. *Op.cit.*, p. 52.

³² MARTINS, José de Souza. “Divórcio ainda pela metade.” In: O Estado de São Paulo. Aliás. 18/07/2010, p. J6.

Da leitura do novo artigo 226, §6º, da Constituição Federal de 1988, depreende-se que houve três modificações que dividem a doutrina: o fim da perquirição da culpa, a supressão do instituto da separação e a aplicabilidade imediata ou não da emenda constitucional, bem como questões processuais.

3 Principais aspectos da Emenda Constitucional nº 66/2010

3.1 Aspecto axiológico: fim da perquirição da culpa

A noção da culpa que permeia a relação conjugal e, principalmente, o seu rompimento foi bem delineada por Tepedino:

“No direito de família, a culpa expressa-se na tradição ocidental tanto no momento patológico do casamento, quando alguém é responsabilizado por não mais querer viver com o seu cônjuge – na perspectiva da ruptura da sociedade conjugal – quanto no quadro – por assim dizer – de estabilidade da vida a dois, culpando-se os cônjuges frequentemente pelo papel que desempenham no cenário da família, associando-se o esforço individual por objetivos comuns à idéia de sofrimento: o sacrifício que alguém faz pela família é a medida, assim, do amor conjugal.”³³

No sistema originário do Código Civil de 1916 a separação dos cônjuges se vinculava a um sistema rígido de aferição da culpa, não sendo admitido o desquite senão por cláusulas taxativamente arroladas (*numerus clausus*).

Desde o advento da Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77) há duas formas de dissolver o vínculo matrimonial: a separação judicial (antigo desquite) e o divórcio. Apesar de serem institutos jurídicos distintos, com requisitos e conseqüências diferenciadas ambas tem como finalidade precípua o fim do casamento.

Em retrospecto legislativo, observa-se que o papel da culpa vem sendo atenuado, na maioria das novas normas que tratam do tema. Apesar de ter havido a tentativa de reinserção do elemento da culpa e seus efeitos na ruptura dos deveres conjugais no Código Civil de 2002.

Na separação judicial há a liberação dos deveres matrimoniais e partilha de bens, sem que os ex-cônjuges possam contrair novas núpcias, enquanto somente o

³³ TEPEDINO, Gustavo. *Op.cit.*, p. 418.

divórcio autoriza o novo casamento, ou seja, separados não podem se casar novamente, divorciados sim.

O casamento era atrelado a uma visão “contratualista”, em que o rompimento deveria ser imputado a uma das partes, o que se mostra superado pela idéia prevalente de afeto e de fim do vínculo pela perda desse mesmo afeto, não havendo que se falar em culpa.

Não se pode perder de vista o viés axiológico trazido pela Constituição Federal de 1988 para se interpretar a guinada de valores que a emenda nº 66/2010 consagrou, para tanto a doutrina assevera que:

“Ora, com a Constituição de 1988 e a afirmação de uma agenda de valores humanitários e preocupados com a valorização da pessoa, o direito de família passou a estar indubitavelmente calcado na afetividade. Nesse sentido, não se afigura razoável a manutenção de uma providência judicial que mantenha vinculados os cônjuges quando já ausente a base afetiva de sustentação da relação.”³⁴

O Código Civil de 2002 repisou a necessidade de perquirir a culpa para a concessão da separação com a imputação de violação dos deveres conjugais e outras condutas arroladas no diploma legal capazes de impossibilitar a vida em comum.

A culpa era encarada da seguinte forma:

“Compreendida como a quebra intencional dos deveres matrimoniais bilateralmente impostos (art. 1566, NCC), a culpa sempre atribuiu àquele que descumpra tais obrigações amorosas (se é que existem!) conseqüências consistentes na perda de determinados direitos e imposição de determinadas sanções de índole civil e penal.”³⁵

Observa-se a existência de dois sistemas antes da vigência da Emenda Constitucional nº 66/2010 o da conversão da separação judicial em divórcio (divórcio

³⁴ FARIAS, Cristiano Chaves. *Op.cit.*, p. 108.

³⁵ FARIAS, Cristiano Chaves. *Ibid.*, p. 109.

indireto), desde que passados um ano ou o divórcio direto desde que o casal esteja separado de fato há mais de dois anos.

Os deveres conjugais estavam arrolados expressamente e suas violações que permitiam a instauração do processo de separação judicial também.³⁶

A separação mesmo consensual somente poderia ser requerida após um ano do casamento. A separação litigiosa exigia a identificação do cônjuge culpado, e apenas o “inocente” tinha legitimidade para ingressar em juízo pleiteando a separação judicial.

E ainda era preciso aguardar um ano para converter a separação em divórcio e o divórcio direto estava condicionado ao transcurso do lapso temporal de no mínimo 2 (dois) anos de separação de fato, que prescindia da produção de prova oral, essencialmente testemunhal da situação do casal, com clara exposição da vida íntima e invasão da vida privada dos cônjuges. Nem se diga da veracidade de tais depoimentos que muitas vezes serviam apenas para auxiliar o casal descontente.

A separação litigiosa era dividida em três espécies: sanção, falência e remédio. As causas são basicamente quatro: grave violação dos deveres matrimoniais; atribuição de uma conduta reputada desonrosa; doença mental; perturbação objetiva.

³⁶ “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.”

“Art. 1.573. Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos:

I - adultério;

II - tentativa de morte;

III - sevícia ou injúria grave;

IV - abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo;

V - condenação por crime infamante;

VI - conduta desonrosa.

Parágrafo único. O juiz poderá considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum.”

Quando há culpa se trata da separação-sanção ao cônjuge culpado. A separação-falência é a prevista no parágrafo único do artigo 1573 que permite ao juiz considerar quaisquer outros fatos que tornem a vida em comum insuportável. A separação-remédio advém dos casos de doenças mentais graves.

Todavia, esse sistema não se coaduna com o ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo que busca a validade de suas normas nos princípios insculpidos na Magna Carta, que consagrou a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, Cristiano Farias bem leciona que

“Por isso, de *lege ferenda*, deve o ordenamento jurídico, seguindo as linhas avançadas propostas pela melhor doutrina e jurisprudência, extirpar do direito positivo a culpa como elemento da dissolução do casamento, adequando a norma infraconstitucional (arts. 1572 e 1573, do CC/02) aos novos paradigmas principiológicos constitucionais, atendendo à preservação da dignidade humana, para submeter a extinção matrimonial a um único fundamento: a vontade do cônjuge.”³⁷

A maioria dos casos de divórcio-sanção diante do rompimento da *affectio maritalis*, implica na aferição de critérios meramente objetivos para o fim da união conjugal, cabendo ao juiz apenas identificá-los, sem perquirir a culpa ou imputar o divórcio a título de sanção ao cônjuge culpado.

DIAS salienta que

“A perquirição da causa da separação vem perdendo prestígio, ainda quando tenha havido a indicação da responsabilidade do demandado pela insuportabilidade da vida em comum. Seja porque é difícil atribuir a só um dos cônjuges a responsabilidade pelo fim do vínculo afetivo, seja porque é absolutamente indevida a intromissão na intimidade da vida das pessoas, tal motivação vem sendo desprezada pela jurisprudência.”³⁸

Após a aprovação da Emenda Constitucional nº 66/2010 surgiram três correntes a respeito do tema da culpa na dissolução do vínculo conjugal: a) a primeira corrente defende que a culpa persiste para todos os fins, inclusive

³⁷ FARIAS, Cristiano Chaves (coord). *Ibid.*, p. 208.

³⁸ DIAS, Maria Berenice. “Da separação e do divórcio.” In: Direito de Família e o novo código civil. Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira (coords). Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 71.

alimentos; b) a segunda corrente entende que a culpa foi enterrada definitivamente e c) a terceira que admite a discussão da culpa em casos excepcionais, como transmissão de doenças sexuais entre os cônjuges, atos de violência e engano quanto à prole.

A primeira corrente nitidamente minoritária se alinha com os ditames do Código Civil de 2002, não dando à alteração constitucional a devida aplicabilidade.

A segunda corrente se refere ao direito alemão³⁹ como modelo inspirador e defende arduamente o fim da culpa, como conseqüência de um sistema constitucional civil voltado para o ser humano e suas potencialidades.

O final dos relacionamentos amorosos é uma desunião em que ambos os cônjuges são responsáveis pelo que acontece, sem que haja necessidade de estigmatizar um dos cônjuges como “culpado” ou “inocente. A maturidade emocional reconhece que os vínculos pessoais se constroem e se desfazem cotidianamente.

“Pretender a comprovação de alguma culpa de parte do outro cônjuge é questão complexa, e que, com freqüência, redundará em uma causa artificial. É que, lembra J. Saulo Ramos, torna-se difícil encontrar as causas dentro das hipóteses do art. 5º e seus parágrafos. Não raras vezes, os motivos mais comuns de rompimento do matrimônio estão “nos conflitos psicológicos, nos desajustes de conduta, nos desníveis culturais, na incompatibilidade sentimental ou matrimonial, ou sexual, ou, em muitos casos, no simples desamor, que nada tem de desonroso para nenhum dos cônjuges.”⁴⁰

³⁹ “Aliás, essa já é a solução acolhida no avançado direito alemão, consubstanciada no Código Civil (BGB, §§1564-1568), reconhecendo um direito material ao divórcio, tendo como única causa o fracasso da união conjugal, acolhendo, por conseguinte, o princípio da ruptura em substituição ao duvidoso princípio da culpa.” Cf. FARIAS, Cristiano Chaves (coord). “Redesenhando os contornos da dissolução do casamento (Casar e permanecer casado: eis a questão)”. In: Temas Atuais de Direito e Processo de Família. Primeira Série. Rio de Janeiro: Lumens Juris Editora. 2004, p. 108.

⁴⁰ RIZZARDO, Arnaldo. Separação e divórcio. In: Direito de Família Contemporâneo. Doutrina, jurisprudência, direito comparado e interdisciplinaridade (coord. Rodrigo da Cunha Pereira). Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1997, p. 301.

Nesse sentido, Fachin elucida “(...) não tem sentido averiguar a culpa com motivação de ordem íntima, psíquica”, uma vez que a conduta de um dos consortes, violando deveres conjugais é apenas um “sintoma do fim”.⁴¹

Do mesmo modo:

“(...) aquilo que se convencionou, historicamente, a chamar de culpa (no sentido de causa de dissolução) não passa, na realidade, de conseqüência. É a conseqüência do único motivo que gera a dissolução de uma relação afetiva: o fim do amor, da vontade de compartilhar projetos comuns. Esta a única e verdadeira causa da extinção do casamento! Tanto sim que, não raro, vislumbra-se casos em que um dos consortes, apesar de ciente do adultério (da quebra do dever de lealdade), perdoa e mantém a relação afetiva, acreditando na recuperação e prosseguimento de ideais de vida comuns. Logo, a causa deflagradora da dissolução matrimonial é a falta de vontade de compartilhar a vida (*voluntas divortiandi*).”⁴²

Os adeptos da segunda corrente ainda afirmam a precariedade da investigação da culpa alegando a total inutilidade da identificação da culpa, uma vez que:

“Como é vedada a referência à causa da separação na sentença de conversão (art. 25 da Lei do Divórcio e art. 1580, do CC/02), de nada serve o desgaste das partes, a dilação probatória e a oneração da Justiça. É que a pecha de culpado dura pouco tempo. No máximo, um ano. Desaparece quando a separação se transforma em divórcio. Ou nem aparece, se o divórcio é buscado diretamente.”⁴³

O Poder Judiciário não deve interferir no seio da relação conjugal, devendo ser respeitada a liberdade de todos os cidadãos de casar e descasar. A culpa quando aferida em uma ação judicial visa a um controle social dos sentimentos das pessoas.

A terceira corrente, por sua vez, defende que:

“(...) o cônjuge que sofre agressões físicas ou morais, ou mesmo a traição, poderá requerer a decretação da culpa e a perda pelo culpado do direito à pensão alimentícia. Aquele ou aquela pessoa casada, que não é vitimada por tais atos, dentre outros, poderá requerer a decretação do divórcio sem culpa. Não podemos incorrer no mesmo erro do Direito Alemão, que, ao eliminar a culpa do rompimento do casamento, causou situações como a da mulher

⁴¹ DIAS, 2002 *apud* FACHIN, Luiz Edson. Elementos críticos do Direito de Família. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 379.

⁴² FARIAS, Cristiano Chaves (coord). *Op.cit*, p. 203.

⁴³ DIAS, Maria Berenice. *Op.cit.*, p. 72.

que contaminada pelo vírus da Aids pelo marido, não conseguiu nem mesmo a reparação de danos na esfera civil, porque lá se considera que não há mais sanções civis pelo descumprimento de dever conjugal, só continuaram a existir sanções penais. Em Portugal, onde a eliminação da culpa no rompimento do casamento ocorreu em 2008, a Associação Portuguesa de Mulheres Juristas manifestou apreensão porque, em razão da referida mudança legislativa, não se encontram mais devidamente acautelados os direitos das mulheres vítimas da violência doméstica. Por outro lado, o Direito Francês, com o qual o Direito Brasileiro sempre guardou identidade, contém em seu Código Civil a previsão de divórcio culposo e não culposo, sendo esse ramo do direito estrangeiro o mais evoluído no Direito de Família em todo o mundo. Assim também na Argentina e em vários outros países é mantida a espécie dissolutória com culpa, além de existirem as demais formas não culposas de dissolução do casamento.”⁴⁴

Analisando os argumentos expostos pelos defensores da manutenção da perquirição da culpa, observa-se que justamente nos casos de violência física ou psíquica entre os cônjuges ou até mesmo transmissão de doenças é que de fato ainda remanesce a culpa como elemento da responsabilidade civil tão somente.

Tais condutas praticadas entre os cônjuges constituem atos ilícitos e extrapolam a esfera do Direito de Família, devendo ser apreciadas na esfera cível comum, desde que presentes os requisitos da responsabilidade civil, quais sejam, ação ou omissão culposo, dano e nexo de causalidade entre a ação e o dano, nos termos do artigo 186 e 927, ambos do Código Civil de 2002.

Essas condutas entre os ex-cônjuges que caracterizem ato ilícito indenizável possuem um viés completamente diferente dos princípios que regem o fim do vínculo matrimonial.

Nesse sentido:

“O dolo ou a culpa, na ação de indenização, possuem uma abrangência diversa, pois só haverá ressarcimento quando a conduta for de caráter eminentemente vexatório, humilhante, e ferir a dignidade de um dos consortes, não importando se isso atenta contra os deveres matrimoniais.”⁴⁵

⁴⁴ SILVA, Regina Tavares da. “Nova Lei do Divórcio não protege a família.” In: <http://www.conjur.com.br/2010-jul-17/lei-divorcio-nao-protege-dignidade-membros-familia>. Acessado em 13/09/2010.

⁴⁵ *Apud* LARA, Paula Maria Tecles. Comentários à Emenda Constitucional nº 66/2020. In: DIAS, Maria Berenice. Divórcio já!: comentários à emenda constitucional 66 de 13 de julho de 2010. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 55

Conclui-se, portanto, que atos de violência entre os cônjuges e outras ofensas à honra ou a à imagem podem ser reprimidas via indenização na esfera cível, patrimonial e extrapatrimonial, já que consubstanciam ato ilícito.

Ou, ainda, na esfera penal quando haja previsão do tipo penal respectivo, como no caso de transmissão de doenças venéreas, de acordo com o contido no artigo 130 e seguintes do Código Penal.

3.2 Aspecto hermenêutico: aplicabilidade da norma e o instituto da separação

A separação judicial é instituto que põe fim a determinados deveres decorrentes do casamento como o de coabitação e o de fidelidade recíproca, facultado, no mesmo momento, já se realizar a partilha patrimonial, nos termos do artigo 1576, do CC/2002.⁴⁶

Contudo, o vínculo matrimonial persistiria, as pessoas separadas não poderiam se casar novamente, posto que o laço matrimonial ainda não estava desfeito, o que somente ocorria em caso de morte de um dos cônjuges ou de decretação do divórcio.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 66/2010, vislumbra-se três posições na doutrina sobre o tema da aplicabilidade da norma constitucional delineadas da seguinte forma:

“a) O texto contém uma norma com eficácia constitucional mediata e apenas desconstitucionalizou a matéria; (b) O texto contém uma norma com eficácia constitucional imediata, direta e revogou o direito infraconstitucional, incompatível com o divórcio a qualquer tempo, revogando, inclusive, a separação judicial; (c) Formou-se ainda uma corrente mista ou eclética que sustenta que continuam em vigor as regras da separação, que seguem o Código Civil. Quanto ao divórcio há incidência

⁴⁶ “Art. 1576. A separação judicial põe termo aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca e ao regime de bens.”

imediate, podendo ser requerido de forma direta a qualquer tempo. Tal posição (c) apresenta uma variante, que podemos expressar em (c1): a separação continua existindo, mas sem qualquer limite temporal.”⁴⁷

A primeira corrente tem como adeptos Daniel André Köhler Berthold, Gilberto Schäffer, Sérgio Gischkow Pereira e Luiz Felipe Brasil Santos.

A segunda corrente é defendida por Maria Berenice Dias, Paulo Luiz Neto Lobo, Luiz Edson Fachin e, Pablo Stolze Gagliano.

A terceira corrente está representada pelo Colégio dos Notários e Sérgio Gischkow Pereira.

SANTOS pondera que o artigo 226, § 6º, da Constituição Federal é norma apenas formalmente constitucional e destaca que a separação é instituto que ainda existe no ordenamento brasileiro, nesse sentido:

“Somente em 1977 a Emenda Constitucional 09/77 retirou da Constituição o princípio da indissolubilidade do vínculo, possibilitando a introdução do divórcio em nosso país. No entanto, como parte do pacto político então firmado entre divorcistas e antidivorcistas, o parágrafo 1º do artigo 175 estabeleceu, em contrapartida, como condição para a obtenção do divórcio a existência de prévia separação judicial por, no mínimo, três anos. Ou seja: o divórcio somente poderia ser obtido transcorrido esse lapso temporal e por conversão da separação judicial. E, dispendo assim a Constituição, assegurava-se que a lei ordinária não poderia regradar diferentemente, risco que os antidivorcistas não queriam correr! Essa a razão para, a partir de então, ter sido reintroduzida na Constituição Federal — como norma apenas formalmente constitucional, frise-se — a menção à separação judicial e às condições para a obtenção do divórcio: nada mais do que um dispositivo de segurança para as correntes conservadoras. Por aí se vê que a eliminação da referência constitucional aos requisitos para a obtenção do divórcio não significa que aquelas condicionantes tenham sido automaticamente abolidas, mas apenas que, deixando de constar no texto da Constituição, e subsistindo exclusivamente na lei ordinária (Código Civil) — como permaneceram durante 40 anos, entre 1937 e 1977 —, está agora aberta a porta para que esta seja modificada. Tal modificação é imprescindível e, enquanto não ocorrer, o instituto da separação judicial continua existente, bem como os requisitos para a obtenção do divórcio. Tudo porque estão previstos em lei ordinária, que não deixou de ser constitucional. E isso basta! Contenhamos um pouco, pois, nosso entusiasmo com a Emenda Constitucional 66/2010. Ela é, sem dúvida, extremamente importante, mas um próximo e indispensável passo necessita ser dado para que se alcance o objetivo de eliminar os entraves

⁴⁷ SCHÄFFER, Gilberto. A separação ainda pode ser utilizada. In: [www. http://www.conjur.com.br/2010-ago-20/separacao-ainda-utilizada-quem-nao-divorciar](http://www.conjur.com.br/2010-ago-20/separacao-ainda-utilizada-quem-nao-divorciar). Acessado em 13/09/2010, p. 01.

legais ao exercício da liberdade no seio das famílias, extirpando institutos anacrônicos como a separação judicial.”⁴⁸

Esse autor destaca que a norma constitucional regulamentava as condições para separação em razão de ter sido uma condição imposta pelos antivorcistas aos divorcistas quando da aprovação da Emenda Constitucional nº 09/77.

Contudo, com o advento da Emenda Constitucional nº 66/2010 que tratou apenas do divórcio teria havido uma desconstitucionalização da separação, que somente é disciplinada no Código Civil de 2002.

Desse modo, para que se promovesse qualquer alteração no instituto da separação seria imprescindível uma alteração da norma civilista.

Nesse sentido, Schäffer expõe que:

“O que estamos dizendo até aqui é que a retirada de parâmetros constitucionais, na matéria de Direito Civil, significa desconstitucionalização, ou seja, ocorre a perda de hierarquia constitucional para que a matéria seja regulada em plano infraconstitucional. Retirar do texto constitucional não significa revogação, especialmente quando a matéria está regulada no plano ordinário. É este é justamente o ponto pelo qual não se demonstra a existência de uma revogação.”⁴⁹

Por outro lado, os autores que defendem essa interpretação da Emenda Constitucional nº 66/2010 salientam que a separação continua a ser instrumento para o casal que permite o restabelecimento da sociedade conjugal:

“Acrescenta-se que, mesmo se os prazos do divórcio tivessem sido revogados – o que se alude apenas a título de debate –, remanesceria, mesmo assim, o interesse processual na mera separação, pois esta: a) nunca foi tratada na constituição, salvo como mera referência ao prazo de um ano do divórcio conversão, tanto antes quanto após a EC 66/2010; b) não põe fim ao casamento, mas apenas à sociedade conjugal, e c) permite o restabelecimento da união conjugal rompida, sem necessidade de novo casamento.”⁵⁰

⁴⁸ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. “Lei do divórcio precisa acabar com entraves legais.” In: <http://www.conjur.com.br/2010-jul-25/lei-divorcio-acabar-entraves-legais-exercicio-liberdade>. Acessado em 13/09/2010.

⁴⁹ SCHÄFFER, Gilberto. A separação ainda pode ser utilizada. In: <http://www.conjur.com.br/2010-ago-20/separacao-ainda-utilizada-quem-nao-divorciar>. Acessado em 13/09/2010, p. 02.

⁵⁰ PINTO, Fernando Henrique. “EC não revoga prazos legais para separação.” In: <http://www.conjur.com.br/2010-ago-18/emenda-constitucional-poe-fim- apenas-sociedade-conjugal>. Acessado em 13/09/2010.

Marcos Alves da Silva entende que a separação subsiste no sistema jurídico nacional, não mais como pré-requisito para o divórcio, mas ainda como opção para aqueles que não têm certeza de que pretendem o divórcio, sendo aplicável de imediato a nova regra atinente ao divórcio.⁵¹

No mesmo sentido Karin Regina Rick Rosa, que defende a permanência da separação caso seja a vontade do casal, ou seja, apenas a separação consensual ainda teria lugar no ordenamento brasileiro. Esses dois autores, contudo, não propugnam a volta da culpa, definitivamente extirpada.

A terceira corrente sustenta que desapareceu do sistema jurídico nacional o instituto da separação judicial e toda a legislação, que o regulava, resta revogada e ineficaz, em virtude de não ter sido recepcionada pela alteração constitucional ou por força de uma inconstitucionalidade superveniente.

GAGLIANO explica que:

“(...) com a nova disciplina normativa do divórcio, encetada pela Emenda Constitucional, perdem força jurídica as regras legais sobre separação judicial, instituto que passa a ser extinto do ordenamento jurídico brasileiro, seja pela revogação tácita (entendimento consolidado no STF), seja pela inconstitucionalidade superveniente com a perda da norma validante (entendimento que abraçamos do ponto de vista teórico, embora os efeitos práticos sejam os mesmos.”⁵²

No sistema introduzido pela Emenda Constitucional nº 66/2010, o divórcio como direito potestativo não exige mais para sua concessão o decurso de lapso temporal, de 2 (dois) anos de separação de fato ou de 1 (um) ano da separação judicial, tampouco motivação por descumprimento de algum dos deveres conjugais.

Pablo Stolze GAGLIANO sustenta que:

“Sob o prisma jurídico, com o divórcio, não apenas a sociedade conjugal é desfeita, mas também o próprio vínculo matrimonial, permitindo-se novo casamento; sob o viés psicológico, evita-se a duplicidade de processos - e o strepitus fori - porquanto pode o casal partir direta e imediatamente para o divórcio; e, finalmente, até sob a ótica econômica, o fim da separação é

⁵¹ SILVA, Marcos Alves da. Um silêncio eloquente. Gazeta do Povo. Publicado em 20/07/2010.

⁵² GAGLIANO, Pablo Stolze & PAMPLONA Filho, Rodolfo. *Op. cit.*, p. 59.

salutar, já que, com isso, evitam-se gastos judiciais desnecessários por conta da duplicidade de procedimentos.”⁵³

É suficiente instruir o pedido de divórcio com a certidão de casamento, não havendo mais espaço para a discussão de lapso temporal de separação fática do casal ou de qualquer outra causa específica de descasamento.

Maria Berenice DIAS é enfática:

“além de dispensável, esta modalidade de terminar o casamento traz em suas entranhas a marca de um conservadorismo que não mais se justifica, principalmente em face do alargamento conceitual que os vínculos afetivos impuseram às relações interpessoais. Agora não é só ao casamento que o Estado empresta juridicidade, mas relacionamentos outros se encontram enlaçados no conceito de família.”⁵⁴

O caráter de período reflexivo para os ex-cônjuges e a facilidade em retomar a sociedade conjugal seriam suficientes para a defesa da manutenção do instituto da separação?

O desfazimento do vínculo matrimonial é uma escolha estritamente do casal, tendo a nova emenda afastado a necessidade de imposição de um período mínimo de reflexão, sob pena de violação ao princípio da intervenção mínima do Estado na vida familiar.

Todavia, poderia ser mantida a separação como opção ou mera faculdade para os cônjuges indecisos? *A priori* de acordo com a doutrina majoritária a separação teria sido definitivamente sepultada junto com a culpa pela Emenda Constitucional nº 66/2010.

Paulo Luiz Neto LOBO frisa que

“O resultado da sobrevivência da separação judicial é de palmar inocuidade, além de aberto confronto com os valores da Constituição passou a exprimir, expurgando os resíduos de quantum despótico: liberdade e autonomia sem interferência estatal.”⁵⁵

⁵³ GAGLIANO, Pablo Stolze & PAMPLONA Filho, Rodolfo. *Op.cit.*, p. 56.

⁵⁴ DIAS, Maria Berenice. “Da separação e do divórcio.” *Op. cit.*, p. 67.

⁵⁵ DIAS, Maria Berenice. Divórcio já!: comentários à emenda constitucional 66 de 13 de julho de 2010. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 35.

A decisão de se divorciar se insere em uma seara personalíssima, em que não cabe interferência estatal e tampouco imposição de prazos para reflexão. Se o próprio casal resolve, no dizer comum, "dar um tempo" ou "acabar", a opção é deles e deriva da sua autonomia privada. Ressalte-se ainda que mesmo o casal divorciado poderá se casar novamente.

A terceira corrente também preconiza maior alinhamento com o objetivo dos autores da emenda constitucional:

“Assim, levando-se em conta a *mens legis* e a *mens legislatoris*, haja vista que nos pareceres/exposição de motivos da Emenda Constitucional indigitada mencionou-se, *apertis verbis*, que o instituto da separação judicial deixaria de existir, entendemos que foi extinta a separação, judicial e extrajudicial, quer por aqueles motivos acima referidos, quer pela irrazoabilidade/não-recepção Constitucional de sua manutenção.”⁵⁶

Por outro lado, observada as diversas técnicas hermenêuticas, seja o método interpretativo que se refere a intenção do legislador, seja a histórica ou ainda a teleológica, o avanço é inegável.

Ademais, nos casos em que haja dúvida do casal quanto ao desejo de se divorciarem, essa corrente traz duas soluções possíveis a separação de fato ou a separação de corpos. DIAS explica que:

“(…) Qualquer dessas providências suspende os deveres do casamento e termina com a comunicabilidade dos bens. A separação de corpos, inclusive, pode ser levada a efeito de modo consensual por meio de escritura pública. E, ocorrendo a reconciliação tudo volta a ser como era antes. Sequer há a necessidade de revogar a separação de corpos chancelada judicial ou extrajudicialmente. O único efeito – aliás, bastante salutar – é que bens adquiridos e as dívidas contraídas durante o período da separação não se comunicam, a não ser que o par convencie de modo diferente.”⁵⁷

⁵⁶ RODRIGUES, Décio Luiz José. “Primeiras interpretações sobre a EC66”. In: <http://www.conjur.com.br/2010-ago-17/primeiras-interpretacoes-emenda-constitucional-66>. Acessado em 13/09/2010.

⁵⁷ DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, p. 31.

Não há de se olvidar ainda, que o casal divorciado se quiser pode também se casar novamente, já que não há qualquer empecilho para isso.

3.3 Direito intertemporal e questões processuais

No tocante ao direito intertemporal, tendo em vista aplicabilidade imediata da Emenda Constitucional nº 66/2010, posição majoritária na doutrina, tem-se que as pessoas já separadas ao tempo da promulgação da Emenda não podem ser consideradas automaticamente divorciadas. O procedimento na prática deve ser o seguinte:

“As pessoas ainda casadas, separadas de fato ou de corpos, separadas judicial ou extrajudicialmente podem pedir imediatamente a decretação do divórcio sem haver a necessidade de culpabilizar o outro ou aguardar o decurso de qualquer prazo. O pedido de separação tornou-se juridicamente impossível. A novidade atinge as ações em andamento. Todos os processos de separação perderam o objeto por impossibilidade jurídica do pedido (CPC 267, inc. VI). Não podem seguir tramitando demandas que buscam uma resposta não mais contemplada no ordenamento jurídico. No entanto, como a pretensão do autor era pôr um fim ao casamento, e a única forma disponível no sistema legal pretérito era a prévia separação judicial, no momento em que tal instituto deixa de existir, ao invés de extinguir o processo deve o juiz transformá-lo em ação de divórcio, eis que ocorreu a superveniência de fato extintivo ao direito objeto da ação, que precisa ser reconhecido de ofício (CPC 462).”⁵⁸

O pedido de alimentos, guarda dos filhos até mesmo eventual indenização por danos morais sofridos durante a constância do casamento:

“(…) devem ser travadas em ação própria e entre os então ex-casados, pois, mesmo havendo culpa do cônjuge, é impossível não se decretar o divórcio, por isso, nem cabendo defesa/contestação alguma do outro cônjuge quanto ao divórcio, pois a Constituição não vincula mais nada à possibilidade de decretação do divórcio do casal e, quanto aos danos morais indigitados, temos que a competência passa a ser, sem sobra de dúvidas, de Vara Cível, dada a independência total da decretação do divórcio, sem requisito algum, em relação aos danos morais advindos da relação entre as partes casadas. Outrossim, entendemos que, nas ações de separação judicial em curso, as partes devem ser instadas a adaptarem a ação ao pedido de divórcio, sob pena de extinção da ação de separação por falta de interesse de agir e/ou impossibilidade jurídica do pedido supervenientes e em havendo, após a Emenda, novos ajuizamentos de ação de separação,

⁵⁸

DIAS, Maria Berenice. “Divórcio já!”. In: [http://www.mariaberenice.com.br/uploads/div%F3rcio_ja\(1\).pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/div%F3rcio_ja(1).pdf). Acessado em 13/09/2010.

devem ser extintas por impossibilidade jurídica do pedido, caso não sejam emendadas as iniciais para o pedido de divórcio.”⁵⁹

Frise-se que os alimentos também não estariam mais condicionados a busca da culpa, estando tacitamente revogados os artigos 1702 e 1704, ambos do Código Civil de 2002.

Em relação aos alimentos, infere-se que “com o fim da aferição da culpa na seara do descasamento, a fixação dos alimentos devidos deverá ser feita com amparo na necessidade ou vulnerabilidade do credor, na justa medida das condições econômicas do devedor.”⁶⁰

A guarda dos filhos deve continuar observando o melhor interesse da criança, independente da perquirição da culpa, completamente extirpada do ordenamento brasileiro com a emenda constitucional nº 66/2010.

Ressalte-se que a guarda dos filhos deve sempre primar pelo melhor interesse da criança, não havendo que se confundir a conjugalidade com a parentalidade, tendo também aqui sido salutar o fim da culpa, porque para os filhos o cônjuge culpado pode ser visto de maneira pejorativa e degradante.

Assevera a doutrina que:

“(…) de modo geral, os efeitos decorrentes da separação independem da declaração da culpa, como partilha de bens e guarda dos filhos, eis que se submetem a regras próprias, desatreladas da noção de culpa.”⁶¹

A partir da entrada em vigor da Emenda Constitucional, as pessoas judicialmente separadas (por meio de sentença proferida ou escritura pública lavrada) não se tornariam imediatamente divorciadas, exigindo-lhes o necessário

⁵⁹ RODRIGUES, Décio Luiz José. “Primeiras interpretações sobre a EC66”. In: <http://www.conjur.com.br/2010-ago-17/primeiras-interpretacoes-emenda-constitucional-66>. Acessado em 13/09/2010.

⁶⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze & PAMPLONA Filho, Rodolfo. *Op.cit.*, p. 111.

⁶¹ FARIAS, Cristiano Chaves (coord). *Op.cit.*, p. 206.

pedido de decretação do divórcio para o que não haveria mais a necessidade de cômputo de qualquer prazo.

Nos casos de processos judiciais de separação em curso, ainda sem prolação de sentença, o juiz deverá oportunizar à parte autora (no procedimento contencioso) ou aos interessados (no procedimento de jurisdição voluntária), mediante concessão de prazo, a adaptação do seu pedido ao novo sistema constitucional, convertendo-o em requerimento de divórcio.

Em havendo adaptação do pedido, o processo tramitará até que seja decretado o fim do vínculo matrimonial, de acordo com o contido na Emenda nº 66/2010.

Caso se recusem, ou deixem transcorrer o prazo concedido *in albis*, deverá o magistrado extinguir o processo, sem resolução do mérito, por perda de interesse processual superveniente (art. 267, VI, CPC), desde que tal medida não gere maiores prejuízos, por exemplo, se estiver também sendo analisada questões como guarda e alimentos na mesma ação.

A partilha de bens, por sua vez, pode ser feita em apartado, após o divórcio, como já vinha sendo feito, em virtude do disposto no artigo 1581, do Código Civil de 2002, que não exige a prévia partilha dos bens para a concessão do divórcio.

No âmbito dos divórcios e separações consensuais extrajudiciais, disciplinados pela Lei nº. 11. 441 de 2007, os tabeliães não deverão mais lavrar escrituras públicas de separação, salvo aquelas formalizadas antes do advento da Emenda.

Faculta-se, outrossim, lavrarem atos de conversão de separação em divórcio, nos termos da Resolução nº. 35 do Conselho Nacional de Justiça:

"Art. 52. A Lei nº 11.441/07 permite, na forma extrajudicial, tanto o divórcio direto como a conversão da separação em divórcio. Neste caso, é

dispensável a apresentação de certidão atualizada do processo judicial, bastando a certidão da averbação da separação no assento de casamento".

A ação cautelar de separação de corpos continua viável, vez que a integridade física e psíquica dos cônjuges deve ser sempre preservada, não mais como justificativa para uma possível ação de separação por violação ao dever de coabitação. A doutrina ensina que:

"Passa a ser incabível a ação cautelar de separação de corpos? Entendemos que ainda é cabível tal ação nas hipóteses em que a permanência da pessoa casada no seio do lar trouxer risco/perigo à segurança e/ou à saúde do outro cônjuge ou da prole, sempre se atentando ao poder geral de cautela do juiz, haja vista que não mais há razão para se ajuizar a cautelar referida somente para se garantir a um dos cônjuges, autor da ação, que ele possa abandonar o lar sem perigo de estar descumprindo o dever de coabitação, pois não mais se discute culpa *stricto sensu* no divórcio, devendo, o autor, em trinta dias do cumprimento da liminar, ajuizar a ação principal de divórcio, não mais de separação judicial."⁶²

O nome dos cônjuges após o divórcio deve observar as seguintes regras: se ele for consensual no acordo será definido como ficarão o nome dos ex-cônjuges, caso seja litigioso a regra é a perda do nome de casado, sendo permitida a manutenção do patronímico se presentes as condições do artigo 1578, do Código Civil de 2002⁶³.

Mais uma vez a culpa não deve ser elemento investigado para perda do nome. Saliente-se ainda que mediante procedimento judicial qualquer um dos cônjuges pode retomar o nome de solteiro.

⁶² PINTO, Fernando Henrique. "EC não revoga prazos legais para separação." In: <http://www.conjur.com.br/2010-ago-18/emenda-constitucional-poe-fim- apenas-sociedade-conjugal>. Acessado em 13/09/2010.

⁶³ "Art. 1.578. O cônjuge declarado culpado na ação de separação judicial perde o direito de usar o sobrenome do outro, desde que expressamente requerido pelo cônjuge inocente e se a alteração não acarretar:

I - evidente prejuízo para a sua identificação;

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

III - dano grave reconhecido na decisão judicial.

§ 1º O cônjuge inocente na ação de separação judicial poderá renunciar, a qualquer momento, ao direito de usar o sobrenome do outro.

§ 2º Nos demais casos caberá a opção pela conservação do nome de casado."

Verifica-se que os contornos práticos da Emenda Constitucional nº 66/2010 ainda serão melhor definidos pelo Poder Judiciário quando as demandas começarem a discutir alguns pontos polêmicos.

4 CONCLUSÃO

O percurso histórico mostrou a luta travada pela introdução do divórcio no Brasil, retratando os embates políticos e sociais que perpassaram a apertada aprovação da Emenda Constitucional nº 09/77.

A resistência da Igreja Católica e de setores mais conservadores também foram observadas na aprovação da Emenda Constitucional nº 66/2010 que consagrou o divórcio como direito potestativo, sem qualquer imposição de prazos ou de necessidade de imputar a culpa pelo fim do amor.

Esse avanço pode parecer simplista, mas pretende alçar definitivamente o Direito de Família ao princípio regente do afeto, sepultando a investigação da culpa que era atribuída a um dos cônjuges pelo fim do casamento, o que inegavelmente apenas gerava sofrimento e maiores desgastes em um momento delicado para a vida do casal.

A preocupação de parte da doutrina com a violência entre os cônjuges que exigiriam a perquirição da culpa não devem ser aceitas, sob pena de não se avançar em campo tão importante.

Os atos ilícitos cometidos entre os cônjuges que extrapolem o desamor podem ser indenizados na esfera cível ou ainda investigados na esfera criminal caso se enquadrem em algum tipo penal.

Os alimentos, segundo a jurisprudência e doutrina mais progressistas, não poderia mais ser concedido com fundamento na culpa, devendo sempre ser analisado o binômio necessidade e possibilidade.

A separação como instituto intermediário também deve ser rechaçado para que o avanço da emenda seja definitivo, como propugnam os autores do projeto, membros do IBDFAM.

De fato caso haja dúvida ou mesmo arrependimento, a separação de fato e a de corpos são opções, bem como um divórcio seguido de novo casamento. Essa etapa intermediária não faz mais sentido quando o divórcio é o único meio de dissolver o vínculo matrimonial.

Em relação às ações em trâmite, deve haver adaptação do pedido, sob pena de extinção da ação sem julgamento do mérito, salvo se tal medida prejudicar o interesse dos filhos ou o pleito de alimentos.

A doutrina de direito de família deve sempre focar nos princípios constitucionais, superando os ditames de uma concepção de família arraigada no passado.

Invariavelmente diversas questões sobre a aplicabilidade da emenda desaguarão no Judiciário que deverá estar atento aos valores consagrados na Constituição e sua tábua axiológica para melhor resolvê-las.

Não se pode olvidar o grande avanço da alteração constitucional que foi fruto do entendimento mais avançado em Direito de Família, consagrando o princípio da afetividade e da felicidade na vida do casal, extirpando definitivamente a culpa e a separação.

VIVA O AMOR!!

5 REFERÊNCIAS

- CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e Separação*, 10ª ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2002.
- DIAS, Maria Berenice. *Divórcio já!: comentários à emenda constitucional 66 de 13 de julho de 2010*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- _____. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.61.
- _____. *Da Separação e do Divórcio*. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de Família e o Novo Código Civil*, 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 69-88.
- _____. *Separação: culpa ou só desamor?* In DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre o direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.
- FACHIN, Luiz Edson. *Elementos Críticos de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- FACHIN, Rosana Amaral Girardi. *Em busca da Família do Novo Milênio - Uma reflexão crítica sobre as origens e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. *A proclamação da liberdade de permanecer casado*. Porto Alegre: Síntese. In: *Revista brasileira de direito de família* nº 18, de junho e julho de 2003.
- _____. *Redesenhando os contornos da dissolução do casamento (Casar e permanecer casado: eis a questão)*, in PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coordenador), *Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- GAGLIANO, Pablo Stolze & PAMPLONA Filho, Rodolfo. *O novo divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GOMES, Orlando. *Direito de família*. 10.ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- GUIMARÃES, Josué. *Dona Anja*. Porto Alegre: L&PM, 2007.
- LOBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: Famílias*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de e Muniz, Francisco José Ferreira. *Curso de direito de família*. 4ª edição. Curitiba: Juruá, 2003.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A culpa no desenlace conjugal*. In: ALVIM, Tereza Arruda; LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). *Repertório de Doutrina sobre Direito de*

Família - Aspectos constitucionais, civis e processuais, vol. 4, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 322-340.

_____. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. 2. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.143.

RIZZARDO, Arnaldo. *Separação e divórcio*. In: *Direito de Família Contemporâneo. Doutrina, jurisprudência, direito comparado e interdisciplinaridade* (coord. Rodrigo da Cunha Pereira). Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1997.

TEPEDINO, Gustavo. *O Papel da Culpa na Separação e no Divórcio*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Repensando o Direito de Família*. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1998, p. 191-206.

_____. *Temas de Direito Civil*. 2.^a edição ver. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2006.