

A JURISDIÇÃO DE FAMÍLIA – A SEPARAÇÃO DE CORPOS – DECRETAÇÃO DO DIVÓRCIO E CAPÍTULOS DA SENTENÇA – AS JORNADAS DE DIREITO CIVIL (2011)

José Fernando Simão

SUMÁRIO: I – Uma Singela Homenagem àquele que Dedicou sua Vida a uma Causa. II – A Singeleza do Texto Constitucional; II.1 A Separação de Direito; II.2 O Divórcio e suas Modalidades; II.3 A Medida Cautelar de Separação de Corpos; II.4 A Culpa Acabou no Direito de Família?; II.4.1 Culpa e Alimentos; II.4.2 Culpa e Indenização; II.4.3 Culpa e Sobrenome; II.4.4 Culpa e Sucessões. III – Notas Conclusivas.

I – UMA SINGELA HOMENAGEM ÀQUELE QUE DEDICOU SUA VIDA A UMA CAUSA¹

Foi graças a Nelson Carneiro, que dedicou anos de sua vida, de maneira incansável, à mudança de uma arraigada mentalidade que tinha como a base a noção religiosa da indissolubilidade do casamento, que ocorreu a aprovação da Emenda Constitucional n° 9, de 28 de junho de 1977, que possibilitou o divórcio no Brasil.

Nelson de Souza Carneiro nasceu em 8 de abril de 1910, em Salvador, na Bahia. Exerceu os seguintes mandatos: Deputado Federal – 1947 a 1955, Deputado Federal – 1959 a 1963, Deputado Federal – 1967 a 1971, Senador – 1971 a 1978, Senador – 1979 a 1987, Senador – 1987 a 1995. Faleceu em 6 de fevereiro de 1996².

* Advogado em São Paulo; Doutor e Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo; Professor Doutor do Departamento de Direito Civil da Universidade de São Paulo – Largo de São Francisco; Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito da Fundação Armando Álvares Penteado – FAAP e do Curso de Especialização da Escola Paulista de Direito; Professor de Cursos Preparatórios para Concurso Público e Exame de Ordem e de Especialização em várias Faculdades do Brasil; Membro do IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, e Diretor de Relações Institucionais do IBDFAM/SP; Membro do Instituto dos Advogados de São Paulo, do IDCLB – Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, do BRASILCON – Instituto Brasileiro de Política e Defesa do Consumidor e do Conselho Editorial do *Jornal Carta Forense*.

1 Este artigo se chamava originariamente A EMENDA CONSTITUCIONAL N° 66 – A REVOLUÇÃO DO SÉCULO EM MATÉRIA DE DIREITO DE FAMÍLIA. A passagem de um sistema antivorcista para o divorcista pleno. Contudo, como o texto foi reformulado para a segunda edição da presente obra e seu conteúdo alargado, repensamos o título para dar uma nova dimensão ao conteúdo.

2 Disponível em: <<http://lauracarneiro.com.br/novosite/nelson-carneiro/>>. Acesso em: 21 set. 2010.

Em quase 30 anos de combate que se revigorava a cada derrota, Nelson Carneiro, como jornalista, Mestre e Político, levou sua luta à imprensa, à cátedra e aos palanques. Falou aos estudantes, aos governantes, às mulheres e aos chefes de família. Católico, buscou no direito canônico o apoio para responder aos adversários³.

Em 1º de novembro de 1960, quase vinte anos antes da mudança constitucional que alterou o § 1º do art. 175 da Constituição à época vigente (Emenda Constitucional nº 1, 17.10.69), retirando do dispositivo a indissolubilidade do casamento, Monsenhor Arruda Câmara lançava a segunda edição de sua obra denominada “A Batalha do Divórcio – Choram as vítimas do divórcio – órfãos de pais vivos”⁴. A obra espelha o embate que se travaria por anos no Congresso brasileiro, tendo como principais contendores Nelson Carneiro e Arruda Câmara.

Era necessário um jogo longo e firme em que a perseverança levaria ao resultado almejado. De um lado, diz Nelson Carneiro, ir derruindo pacientemente os alicerces, um a um, até que o edifício estivesse a pique de desabar. Por outro, atacá-lo de frente, através de emendas constitucionais, que fossem convocando os legisladores a enfrentar os problemas criados pelo desquite.

Curioso notar que as forças antidivorcistas estavam tão alertas nas décadas que antecederam a aprovação do divórcio, que qualquer lei que pretendesse conceder direitos a pessoas nascidas fora do casamento (das então odiosamente chamadas uniões ilegítimas), era interpretada como preparação para a aprovação do divórcio. Exemplo disto se verificou quando, em 1948, propôs Nelson Carneiro o Projeto 925 que pretendia dar direito de percepção do montepio civil aos filhos havidos de qualquer condição, ou seja, não apenas aos legítimos. O homenageado transcreve as palavras do Monsenhor Arruda Câmara quando dos debates: “os divorcistas, porém, não descansam. Não podendo obter o divórcio direto, vedado no referido texto constitucional, conspiram dia e noite visando, em projetos apresentados sob ‘a veste de carneiro’, de sentimentos humanos, de leis sociais, mas com o ‘interior do lobo’, golpear a instituição da família, equiparar o filho legítimo à prole espúria, nivelar a esposa legítima à concubina, enfim equiparar a mancebia e o concubinato ao casamento”⁵.

Fato é que o resultado da longa contenda resultou em vitória para a causa divorcista. E exatamente o que esta introdução contribuiu com o debate sobre a Emenda nº 66, de 2010? Explicamos. A alegria que se verificou naquela manhã de 23 de junho de 1977, quando o Congresso Nacional, diante do povo que lotava suas

3 *A luta pelo direito*. São Paulo: Lampião, 1977. Contracapa.

4 *A batalha do divórcio*. 2. ed. São Paulo, 1960.

5 *A luta...*, p 16.

galerias e corredores, como espelho de um interesse generalizado pelo êxito de uma campanha⁶, aprovou a Emenda Constitucional nº 9, não se repetiu em 2010.

A Emenda nº 66 não foi efetivamente compreendida em toda sua extensão, pelo menos, por parte da doutrina pátria. Essa incompreensão resulta de dois fatores. O primeiro deles é que o direito civil é velho, muito antigo⁷. E como tudo que é antigo é construído sobre bases sólidas e está pouco acostumado com mudanças. O segundo motivo é que certa parte da doutrina prefere, muitas vezes, repetir o velho a pensar o novo⁸.

Passados quase dois anos da Emenda nº 66, percebe-se com mais clareza o momento histórico em que o Brasil demonstra sua maturidade em relação ao casamento e sua extinção.

II – A SINGELEZA DO TEXTO CONSTITUCIONAL

Vejamos como era o texto da Constituição e como ficou com a aprovação da Emenda nº 66 que passou a vigorar em 14 de julho de 2010⁹.

<i>Redação original</i>	<i>Redação após a reforma</i>
§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.	§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

A alteração, que parece singela em uma primeira análise, trará profundas mudanças ao direito de família. É claro que uma primeira e apressada leitura poderá

6 A luta..., p. 11.

7 Exemplo singular dessa antiguidade é a regra *res perit domino* (a coisa perece para o dono) contida no art. 238 do Código Civil (que é cópia fiel do art. 869 do Código de 1916). A regra em questão é antiquíssima e remonta ao Código de Hamurabi (cuja data é incerta, mas, para alguns, dataria de 1.700 a.C. e para outros do ano 2000 a.C.) que assim dispõe (Edipro, 2002): “Art. 244. Se um homem alugou um boi ou um jumento e se o leão o matou em campo aberto, a perda será do proprietário”. Note-se que em Persépolis (atual Irã) retrata-se um ataque de um leão a um boi, cena essa comum no Oriente em épocas antigas, razão pela qual o Código de Hamurabi (Rei da Babilônia que governou o território do atual Iraque) liberava o devedor (locatário) do dever de restituir o animal. O ataque de leão representava, para essas civilizações, a força maior como excludente de responsabilidade civil (para maior aprofundamento nosso artigo “*Res perit domino* e sua origem histórica” In: www.professorsimao.com.br).

8 Quando da edição do Código Civil de 2002, alguns estudiosos chegaram a afirmar que se tratava de simples mudança do número dos artigos, porque, substancialmente, o Código novo reproduzia as mesmas regras do revogado Código Civil. A observação carece de qualquer fundamento e dispensa maiores comentários.

9 A data é especial para a História da humanidade, pois foi em 14 de julho de 1789 que houve a queda da Bastilha e a Revolução Francesa atingiu seu ápice. A Emenda derruba “os muros da Bastilha” que a culpa representava para o fim do casamento.

indicar que apenas houve supressão dos prazos necessários para o divórcio indireto (ou a chamada conversão da separação em divórcio) e para o divórcio direto.

Começemos por esta premissa. Claro está e aqui há consenso na doutrina de qualidade que os dispositivos do Código Civil que exigiam o prazo de um ano para a conversão da separação em divórcio (art. 1.580 do CC) e de dois anos de separação de fato para o divórcio direto (art. 1.580, § 2º) não mais subsistem no sistema, pois a trava constitucional caiu e com ela a limitação temporal imposta pela lei ordinária. Caiu por terra, também, o prazo de um ano de reflexão para a separação consensual (art. 1.574 do CC)¹⁰.

Assim, ainda que não se admita qualquer outra mudança, nesse ponto a emenda já significa uma completa mudança sob a ótica divorcista: no dia do próprio casamento há possibilidade de, por meio de um único procedimento, seja judicial ou extrajudicial¹¹, colocar-se fim ao casamento. Não mais se exige prazo de reflexão, não mais se exige lapso de separação de fato, não mais se exige um duplo procedimento pelo qual o casal necessita de prévia separação de direito, para só depois conseguir efetivar o divórcio.

Isso significaria a banalização do casamento? A possibilidade de divórcio sem qualquer peia ou amarra, por si só, não banaliza o instituto. A razão é simples. Com ou sem prazo para o divórcio, o casamento termina, de fato, pela falta de vontade de um ou ambos os cônjuges de manter a comunhão plena de vida (cf. art. 1.511 do CC). Não é a lei, seja ela ordinária ou a própria Constituição Federal, que mantém o casamento, mas sim a decisão dos cônjuges. As pessoas não casam ou se divorciam porque a lei traz mais ou menos requisitos para tanto. A verdade dessa assertiva se revela no fato de antes mesmo de se admitir o divórcio no Brasil, um número grande de pessoas se separava de fato e formava novo núcleo familiar por meio de união estável (à época chamada de concubinato puro).

10 Mesmo aqueles que ainda admitem que a separação de direito está mantida no sistema reconhecem que este prazo desapareceu. Conforme explicaremos a seguir, para muitos, certamente a doutrina majoritária, a separação como instituto não mais existe. Nesse sentido, o TJRS ao analisar em 16 de setembro de 2011 o incidente de prevenção/composição de divergência (art. 555, § 1º, do CPC), suscitado no âmbito da 8ª Câmara Cível daquele Tribunal, ao julgar apelação do Ministério Público (AC nº 70042566018), contra sentença que decretou o divórcio de Derli e Sirlei, independente de comprovação de prazo de separação judicial ou de fato, com base na Emenda Constitucional nº 66/2010, assim concluiu: “por tudo isso, sem adentrar na controvérsia da abolição ou não do instituto da separação judicial, por inoportuna para o momento, penso que a sentença que concedeu o divórcio, independente de comprovação de prazo de separação judicial ou de fato, deve ser mantida, pois corretamente aplicou a Emenda Constitucional nº 66/2010.” A conclusão do Desembargador Rui Portanova prevaleceu por maioria de votos, restando vencido, apenas o Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. O STJ seguiu esta orientação: “a nova redação dada pela EC nº 66, de 2010, ao § 6º do art. 226 da CF/88 tornou prescindível a comprovação do preenchimento do requisito temporal outrora previsto para fins de obtenção do divórcio.” (Sentença Estrangeira Contestada nº 5.302 – EX (2010/0069865-9), Relª Minª Nancy Andrighi, j. 12.05.2011)

11 Considerando-se, por óbvio, os requisitos exigidos pela Lei nº 11.441/07 para fins de divórcio extrajudicial.

É verdade que os dados do IBGE de 2010 confirmam que “a taxa geral de divórcio atingiu o seu maior valor, 1,8% (1,8 divórcios para cada mil pessoas de 20 anos ou mais) desde o início da série histórica das Estatísticas do Registro Civil, em 1984, um acréscimo de 36,8% no número de divórcios em relação a 2009” (os dados constam do sítio do IBGE em informação de 30 de novembro de 2011). Isso significa que, após a Emenda nº 66, o brasileiro pôde “regularizar” situações fáticas de fim do casamento, ou seja, a separação fática se converte em divórcio de direito.

A emenda significa emancipação do brasileiro em matéria casamentária, porque a decisão de casar e de permanecer casado não passa pelo crivo ou amarra do legislador, mas sim dos próprios cônjuges que têm total autonomia para se divorciarem. Essa emancipação significa aumento de responsabilidade, já que a decisão de colocar fim ao casamento deixa de ser da lei e passa a ser exclusivamente dos cônjuges¹².

E não é verdade que o casamento passa a ser menos importante para os brasileiros, pois o IBGE confirma que em 2010 foram registrados 977.620 casamentos no Brasil, um incremento de 4,5% em relação a 2009. Destes, apenas 19.367 foram entre cônjuges menores de 15 anos (2,0%). A maior parte deles envolveu cônjuges solteiros (81,7%). Os recasamentos (casamentos em que pelo menos um dos cônjuges era divorciado ou viúvo) totalizaram 18,3% das uniões, um crescimento em relação a 2000 (11,7%)¹³.

Contundentes são as palavras de Rodrigo da Cunha Pereira sobre o tema:

“A moral condutora da manutenção deste arcaico sistema, assim como a da não facilitação do divórcio, é a preservação da família. Pensa-se que se o Estado dificultar ou colocar empecilhos, os cônjuges poderão repensar e não se divorciarem; ou, se apenas se separarem, poderão se arrepender e restabelecerem o vínculo conjugal. Em 1977, o argumento usado para se manter na lei o instituto da separação judicial como alternativa ao divórcio era puramente religioso. Tinha-se a esperança de que os católicos não se divorciariam, apenas se separariam judicialmente. A realidade, diferente do que se temia, foi outra: católicos se divorciam, não houve uma ‘avalanche’ de divórcios, e as famílias não se desestruturaram por isso. Ao contrário, as pessoas passaram a ter mais liberdade e conquistaram o direito de não ficarem casadas. Ora, o verdadeiro sustento do laço conjugal não são as fórmulas jurídicas. O que garante a existência dos vínculos conjugais é o Desejo” (A Emenda Cons-

12 Não nos esqueçamos que os prazos anteriormente exigidos tinham um efeito cruel sobre as famílias reconstituídas. Em razão dos prazos, mesmo com o fim da comunhão de vida, impossibilitava-se o novo casamento das pessoas até que os prazos legais se esgotassem. Isso levava certos casais a, de comum acordo, alterarem a data de sua separação de fato para superar o óbice do lapso de dois anos para o divórcio direto.

13 Os dados constam do sítio do IBGE em informação de 30 de novembro de 2011.

titucional nº 66/2010: Semelhanças, Diferenças e Inutilidades entre Separação e Divórcio e o Direito Intertemporal. In: www.ibdfam.org.br)

Essa mudança quanto à inexistência de prazos, por si só, bastaria para justificar o nome do presente artigo. O povo brasileiro se emancipa em matéria de casamento. Não é mais a rigidez do legislador que obrigará a manutenção do vínculo conjugal, não é mais a falsa ideia de que se deve permitir o arrependimento na separação que manterá o casal casado¹⁴. É a noção de responsabilidade que substitui a de culpa. A partir da Emenda nº 66, casamento e divórcio são atos de vontade apenas e tão somente dos cônjuges¹⁵; não há limites temporais para se manter o casamento se a vontade dos cônjuges assim não desejar.

Como toda a mudança, é necessária a verificação de seu impacto sobre os institutos de direito privado. Mais que narrarem controvérsias, as presentes linhas pretendem dar solução às questões práticas.

II.1 A SEPARAÇÃO DE DIREITO

A primeira e maior mudança diz respeito ao instituto da separação de direito. Como se sabe, o casamento é composto por dois elementos: a sociedade conjugal e o vínculo conjugal. A sociedade conjugal tem por elementos os deveres dos cônjuges (art. 1.566) e o regime de bens (arts. 1.639 a 1.688).

No sistema tradicional, anterior à aprovação da Emenda nº 66, a sociedade conjugal terminava por meio da separação de direito. Esta poderia se dar de duas maneiras:

a) separação judicial litigiosa (sanção, ruptura ou remédio) – cujas regras estavam no *caput* e nos parágrafos do art. 1.572 do CC.

b) separação judicial consensual – que exigia como requisito que os cônjuges estivessem casados há pelos menos um ano (art. 1.574). Era o chamado prazo de reflexão. Esta podia ocorrer por meio de ação em juízo (art. 1.576 do CC) ou na forma extrajudicial, se os separandos não tivessem filhos menores ou incapazes (Lei nº 11.441/07).

Na separação judicial litigiosa, havia espaço para o debate em torno da *culpa* pelo fim do casamento. Em resumo, o cônjuge poderia imputar ao outro a responsa-

14 O grande argumento favorável à manutenção da separação de direito no sistema é falacioso: é a possibilidade de arrependimento e de reconciliação do casal. É falacioso, pois o senso comum indica que a maioria expressiva das pessoas que se separam não se arrependem. Pelo contrário, acabam se divorciando.

15 Com exceção dos incapazes cuja autorização parental é necessária.

bilidade pelo descumprimento dos deveres conjugais com a consequente aplicação de uma sanção (tema que falaremos a seguir).

Com a aprovação da Emenda nº 66, entendemos que fica definitivamente banida do sistema a separação de direito, seja ela judicial (arts. 1.571 e segs. do CC) ou extrajudicial (Lei nº 11.441/07). É a eficácia direta do texto constitucional sobre a legislação ordinária.

Isso porque, em que pesem as respeitáveis opiniões em contrário¹⁶, depois da introdução do divórcio no Brasil em 1977, a separação de direito (primeiramente a judicial e depois a extrajudicial) passou a ser um meio para o fim do casamento e não um fim em si. Explicamos. Até 1977, diante da impossibilidade do divórcio, existia no sistema o desquite que permitia o fim da sociedade conjugal e não do vínculo, razão pela qual os desquitados não poderiam se casar. Até então, o desquite era considerado um fim em si, ou seja, um instituto com utilidade e valor jurídico, pois permitia aos cônjuges que, apesar da manutenção do vínculo, houvesse o fim dos deveres conjugais e do regime de bens.

Após a introdução do divórcio no Brasil, o desquite ganha o nome de separação judicial e perde esta qualidade até então existente de “um fim em si”. Isso porque, após a introdução da possibilidade de divórcio no Brasil, a separação judicial passou a ser um meio, uma etapa, para o fim do casamento. Como se, em direito penal, estivessemos diante de verdadeiro ato preparatório para que, decorridos os prazos legais, pudessem os cônjuges se valer da conversão em divórcio.

A compreensão da separação judicial (e após 2007 a extrajudicial) como mero ato preparatório para o divórcio seguia uma lógica: a previsão do art. 226, § 6º, da Constituição que não permitia o divórcio aos cônjuges que, após o casamento, assim o decidissem.

Os prazos de 1 ano (para a conversão de separação em casamento) e de 2 anos (de separação de fato para o divórcio direto) que estiveram presentes na Constituição até a Emenda nº 66, indicavam o valor jurídico da norma em vigor: não se pode extinguir o casamento por simples vontade das partes antes desses prazos, pois para a Constituição brasileira entendia-se que tais prazos eram necessários à reflexão dos cônjuges.

Diante dessa lógica constitucional, em que haveria dificuldades para a extinção do casamento em razão dos prazos necessários para o divórcio direto e indireto, a separação, como um meio em si, tinha sua lógica e seu valor amparados na Constituição.

16 Mário Delgado, Luiz Felipe Brasil dos Santos, Regina Beatriz Tavares da Silva, dentre outros.

Dentro dessa lógica, a regra do art. 1.574 do CC, pela qual os cônjuges só poderiam se valer da separação consensual após um ano de casamento, era adequada ao sistema constitucional que se valia de prazos (necessários ao divórcio) como forma de exigir uma reflexão dos cônjuges e evitar um fim “precipitado e impensado” do casamento.

E o que mudou com a edição da Emenda nº 66? Mudou o valor contido na norma constitucional. Os prazos impostos na Constituição para que se evitasse um fim “precipitado e impensado” do casamento desaparecem do sistema, emancipando o cidadão brasileiro que terá direito de se casar em um dia e de se arrepender no dia seguinte.

Não se trata de banalização do casamento, mas de maturidade do sistema jurídico que, em 33 anos, passou de “antidivorcista”, para “divorcista” com prazos e, finalmente, para divorcista sem restrições. A Emenda decorre de um valor novo: o casamento passa a ser fácil e rapidamente dissolúvel e os cônjuges responsáveis por seus atos, já que não há na lei a tutela do cidadão (representada pelos prazos exigidos para o divórcio direto e indireto).

Diante da mudança do valor constitucional, o fim divórcio pode ser atingido sem o meio separação judicial ou extrajudicial, que desaparece do sistema por ser incompatível com o novo valor da norma constitucional.

Seria crível imaginar a manutenção do art. 1.574 no sistema, ou seja, que os cônjuges para se separarem consensualmente (pondo fim apenas à sociedade conjugal) necessitem de 1 ano de casamento e para divorciar (pondo fim ao vínculo) não necessitem de prazo?

A resposta é negativa. A separação judicial e extrajudicial (meios) para que se chegue ao divórcio (fim em si) perde o amparo constitucional com a Emenda nº 66 que aboliu os prazos chamados de reflexão, prazos estes impostos apenas em uma fase de transição que durou 33 anos (do sistema “antidivorcista” para o sistema “divorcista”).

Em texto veiculado pela internet¹⁷ afirma o Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos o seguinte:

“Nossa primeira Constituição a dispor acerca dessa matéria foi a de 1934, que, no art. 144, erigiu a princípio constitucional a indissolubilidade do vínculo matrimonial, como estratégia para dificultar a introdução do divórcio em nosso país, acrescentando, no parágrafo único, que *‘A lei civil determinará os casos de desquite e de anulação de casamento (...)’*. A Constituição de 1937, porém, em seu art. 124, embora tenha mantido o princípio da indissolubilidade, calou acerca do desquite, que, no

17 Emenda do Divórcio: cedo para comemorar.

entanto, permanecia previsto no Código Civil. O mesmo ocorreu com a Carta de 1946, com a Carta outorgada de 1967 (art. 167) e com a EC nº 1/69: preservação do princípio da indissolubilidade do vínculo e silêncio completo acerca do desquite, que, como notório, sobrevivia soberanamente apenas na legislação ordinária (Código Civil de 1916). Ao que se saiba, na época, ninguém sustentou a tese de que, pela circunstância de que a Constituição deixara de contemplar o desquite dentre seus dispositivos, esse instituto fora abolido. E isso pela singela razão de que o desquite continuava previsto no Código Civil. E isso bastava!”

A lição defendida, em nosso sentir, revela-se equivocada. Isso porque, para interpretar o instituto do desquite e toda a legislação anterior à lei do divórcio (seja a própria Constituição ou a legislação ordinária), deve-se partir da premissa de que o desquite era um fim em si.

Não se tratava de passo para algo então inexistente, ou seja, o divórcio. Exatamente por isso a mudança constitucional não aboliu o instituto do desquite, pois não houve qualquer mudança de valor com a edição da Constituição de 1937. Frise-se: nas palavras do próprio Desembargador Brasil Santos: houve a preservação do valor indissolubilidade do casamento.

Portanto, quem viesse a cogitar que, com a mudança da Constituição de 1934 para a de 1937, o desquite fora abolido do sistema, estaria realizando interpretação desprovida de lógica e técnica.

Algo completamente diferente se verifica em 2010. O valor constitucional mudou e a legislação infraconstitucional perdeu seu apoio jurídico. Não se trata de mudança de valor social, mas de valor jurídico!

Também segue o mesmo entendimento Paulo Luiz Netto Lôbo para quem “(...) a superação do dualismo legal repercute os valores da sociedade brasileira atual, evitando que a intimidade e a vida privada dos cônjuges e de suas famílias sejam reveladas e trazidas ao espaço público dos tribunais, com todo o caudal de constrangimento que provocam, contribuindo para o agravamento de suas crises e dificultando o entendimento necessário para a melhor solução dos problemas decorrentes da separação”¹⁸.

Flávio Tartuce, com base nas lições de Canotilho, explica que a inovação tem aplicação imediata, como norma constitucional autoexecutável (Manual de Direito Civil, Ed. Método, São Paulo, 2010, p. 1.059). Em suma, consoante os princípios constitucionais da máxima efetividade ou da eficiência, da força normativa da Constituição e da interpretação das leis em conformidade com a Constituição (Canotilho, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 1.224-1.226), com

18 A lição é compilada por Rodrigo da Cunha Pereira no artigo supracitado.

base em hermenêutica constitucional calcada em lição do doutrinador português e de Flávio Tartuce (na obra citada, p. 1.061), extrai-se a conclusão da aplicação imediata da norma¹⁹.

Quando perguntado pela ARPEN, se a separação de direito havia sido abolida do sistema, e se a simples retirada dos prazos do texto da Constituição era suficiente para considerar o instituto abolido, Luiz Edson Fachin respondeu de maneira enfática: “É suficiente. Não paira a menor dúvida quanto ao fim do instituto da separação, que foi, pela Emenda Constitucional, eliminado do texto constitucional. Somente uma exegese que vá de encontro à Constituição agora emendada poderá sustentar, numa hermenêutica reducionista e passadista, a necessidade de nova proclamação legislativa para tal fim. A separação, enfim, não é mais assunto do ordenamento jurídico brasileiro. Manter a separação é convidar para o presente um instituto do passado e tornar insepulta a figuração jurídica da separação”²⁰.

É verdade que na V Jornada de Direito Civil promovida pelo CJF (novembro de 2011) aprovou-se, na contramão da História, enunciado pregando a manutenção da separação no sistema brasileiro (Enunciado n° 514, art. 1.571. A Emenda Constitucional n° 66/2010 não extinguiu o instituto da separação judicial e extrajudicial). Esse pontual retrocesso em nada muda a questão. Apenas reflete a dificuldade de certos juristas em reconhecer o novo. Algo pontual que produz nenhum efeito prático.

Os Tribunais ainda divergem sobre a questão do fim da separação no sistema. O TJMG assim decidiu²¹:

“A despeito da Emenda Constitucional n° 66/2010 ter efetivamente retirado o instituto da separação judicial do mundo jurídico, os efeitos jurídicos daquelas separações ocorridas anteriormente à entrada em vigor da referida Emenda subsistem. Os efeitos jurídicos, de fato e de direito, da separação judicial, devidamente homologados e concretizados de acordo com a legislação vigente à sua época continuarão regidos pela decisão judicial anterior, baseada, repita-se, na lei então em vigor.”

19 TJRS, AC n° 70042566018, j. 16.09.2011.

20 A entrevista completa se encontra no sítio da ARPEN (www.arpen.org.br) e tem por título “O divórcio demorou a chegar”.

21 “FAMÍLIA. SEPARAÇÃO JUDICIAL. RESTABELECIMENTO DA SOCIEDADE CONJUGAL. SUPERVENIÊNCIA DA EMENDA CONSTITUCIONAL N° 66/2010. POSSIBILIDADE. EFEITOS JURÍDICOS ADSTRITOS SOMENTE ÀS SEPARAÇÕES JUDICIAIS REQUERIDAS POSTERIORMENTE À SUA ENTRADA EM VIGOR. APLICAÇÃO, AO CASO CONCRETO, DO DISPOSTO NO ART. 46 DA LEI N° 6.515/77. PROVIMENTO DO RECURSO. (TJMG, 0643791-84.2010.8.13.0000, Rel. Des. Geraldo Augusto, data do julgamento 01.02.2011)”

Já o TJRS, seguindo a orientação de Luis Felipe Brasil Santos, concluiu²²:

“1. A aprovação da Emenda Constitucional nº 66/2010, ao dar nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, efetivamente suprimiu, do texto constitucional, o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. 2. Não houve, porém, automática revogação da legislação infraconstitucional que regulamenta a matéria. Para que isso ocorra, indispensável seja modificado o Código Civil, que, por ora, preserva em pleno vigor os dispositivos atinentes à separação judicial e ao divórcio. Inteligência do art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil.”

O próprio Tribunal de Minas Gerais, em outro feito, entendeu que

“a nova ordem constitucional apenas permitiu às partes optarem pela forma de pôr fim à vida em comum, ou seja, o divórcio não está mais condicionado à comprovação de anterior separação de fato ou judicial. As disposições contidas no Código Civil e na Lei nº 6.515/77 continuam, no entanto, vigorando e tendo aplicabilidade. Neste sentido, embora a EC nº 66/2010 tenha conferido nova redação ao art. 226, § 6º, da CF, permitindo a dissolução do casamento a qualquer tempo, sem a exigência de prazo mínimo após a formalização do casamento, as regras contidas no art. 40 da Lei nº 6.515/77 e no Código Civil continuam tendo aplicabilidade na parte em que não contradizem a nova ordem constitucional. As disposições infraconstitucionais referidas não foram revogadas pelo novo dispositivo constitucional.”²³

Já o TJDF seguiu a orientação da extinção da separação de direito:

“A aprovação da PEC nº 28 de 2009, que alterou a redação do art. 226 da Constituição Federal, resultou em grande transformação no âmbito do direito de fa-

22 APELAÇÃO CÍVEL. SEPARAÇÃO JUDICIAL. PEDIDO DE CONVERSÃO EM DIVÓRCIO. IMPOSSIBILIDADE. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010. NOVA REDAÇÃO AO § 6º DO ART. 226 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. VIGÊNCIA DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL (ART. 1.580 DO CÓDIGO CIVIL). REQUISITOS PRESERVADOS, POR ORA. (Apelação Cível nº 70039476221, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 13.01.2011) e “SEPARAÇÃO JUDICIAL. VIABILIDADE DO PEDIDO. NÃO OBRIGATORIEDADE DO DIVÓRCIO PARA EXTINGUIR A SOCIEDADE CONJUGAL. 1. A Emenda Constitucional nº 66 limitou-se a admitir a possibilidade de concessão de divórcio direto para dissolver o casamento, afastando a exigência, no plano constitucional, da prévia separação judicial e do requisito temporal de separação fática. 2. Essa disposição constitucional evidentemente não retirou do ordenamento jurídico a legislação infraconstitucional que continua regulando tanto a dissolução do casamento como da sociedade conjugal e estabelecendo limites e condições, permanecendo em vigor todas as disposições legais que regulamentam a separação judicial, como sendo a única modalidade legal de extinção da sociedade conjugal, que não afeta o vínculo matrimonial. 3. Somente com a modificação da legislação infraconstitucional é que a exigência relativa aos prazos legais poderá ser afastada. Recurso provido. (Agravo de Instrumento Nº 70039285457, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 29.10.2010)”

23 A conclusão do julgado foi a seguinte: “como no recurso de apelação as partes manifestaram a vontade da conversão da separação em divórcio, não é razoável extinguir o processo nos termos do art. 267, VI, nem impor às partes a restrição constante no art. 264 do CPC, uma vez que não houve inovação do pedido no curso do processo (...). Assim, à luz do princípio da razoabilidade, da celeridade e da economia processuais, bem como da efetividade do processo, deve o Juiz proporcionar às partes a oportunidade de emendarem a inicial, adaptando-se o pedido ao novo comando constitucional – EC nº 66/2010.” (7ª Câmara Cível, número 0003703-20.2010.8.13.0011, Rel. Des. Wandre Marotta, j. 09.11.2010).

mília ao extirpar do mundo jurídico a figura da separação judicial. A nova ordem constitucional introduzida pela EC nº 66/2010, além de suprimir o instituto da separação judicial, também eliminou a necessidade de se aguardar o decurso de prazo como requisito para a propositura de ação de divórcio. Tratando-se de norma constitucional de eficácia plena, as alterações introduzidas pela EC nº 66/2010 têm aplicação imediata, refletindo sobre os feitos de separação em curso.”²⁴

Apesar da controvérsia, para nós, o banimento do sistema da separação gera imediata mudança em alguns artigos do Código Civil que passarão por uma leitura excluindo os termos “separação judicial” ou “separado judicialmente”, mas continuarão a produzir efeitos quanto a seus demais aspectos. São eles: arts. 10, 25, 792, 793, 980, 1.562, 1.571, § 2º, 1.580, 1.583, 1.584, 1.597, 1.632, 1.683, 1.775 e 1.830.

Já outros dispositivos estão definitivamente condenados e devem ser considerados extirpados do sistema. São eles: arts. 27, I, 1.571, III, 1.572, 1.573, 1.574, 1.575, 1.576, 1.577 e 1.578.

Com a mudança constitucional e o desaparecimento do instituto da separação de direito, o divórcio será, ao lado da morte e da invalidade, a forma de se chegar ao fim do casamento (o que inclui o vínculo e a sociedade conjugal). Ademais, é de se frisar que, em termos práticos, a separação já caiu em desuso²⁵.

Assim, as ações em curso de separação judicial (seja consensual ou litigiosa) devem ser extintas sem julgamento do mérito, por impossibilidade jurídica superveniente do pedido, salvo se já houver sentença prolatada ou se as partes concordarem com a conversão em divórcio²⁶.

24 6ª turma Cível, Ap. nº 2010.01.1.064251-3, Relª. Desª. Ana Maria Duarte Amarante Brito, j. 29.10.2010.

25 Os dados são do IBGE. A taxa geral de separação em 2010 teve queda significativa, chegando a 0,5% (0,5 separações para cada mil pessoas de 20 anos ou mais), o menor índice da série. Em pouco tempo a importância da separação será a mesma da anticrese: nenhuma.

26 Entendendo ser possível a conversão da separação em divórcio, em razão do desaparecimento da primeira em decorrência da Emenda nº 66 temos: “CIVIL. DIVÓRCIO LITIGIOSO. EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. ART. 267, INCISO VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL. EC Nº 66/2010. SUPRESSÃO DO INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL. APLICAÇÃO IMEDIATA AOS PROCESSOS EM CURSO. A aprovação da PEC nº 28, de 2009, que alterou a redação do art. 226 da Constituição Federal, resultou em grande transformação no âmbito do direito de família ao extirpar do mundo jurídico a figura da separação judicial. A nova ordem constitucional introduzida pela EC nº 66/2010, além de suprimir o instituto da separação judicial, também eliminou a necessidade de se aguardar o decurso de prazo como requisito para a propositura de ação de divórcio. Tratando-se de norma constitucional de eficácia plena, as alterações introduzidas pela EC nº 66/2010 têm aplicação imediata, refletindo sobre os feitos de separação em curso. (TJDF, Processo 2010.01.1.064251-3, Relª Ana Maria Duarte Amarante Brito, j. 29.09.2010)”. Importante transcrever as razões do julgado, conforme voto da Relatora: “Há vezes a sustentar que, com a extinção da separação judicial, os processos que tenham esse objetivo devam ser igualmente extintos, por perda superveniente do seu objeto (art. 267, inciso VI, do CPC). Todavia, o princípio da razoabilidade permite ao juiz condutor do feito que conceda às partes (no procedimento litigioso) ou aos interessados (no procedimento de jurisdição voluntária) prazo para que adaptem seu pedido, postulando o divórcio no lugar da separação. Nesse caso, não seria jurídico impor às partes a restrição constante do art. 264 do CPC, sobretudo, porque não se trata de inovação do pedido no curso do processo, em eventual desrespeito ao princípio da boa-fé objetiva. Cuida-se, a rigor, de supressão da base normativa que conferia sustentação jurídica ao pedido formulado, sendo necessário adaptar o pedido à nova ordem jurídico-constitucional a fim de que se dê ao processo máxima efetividade”.

Se houver medida cautelar de separação de corpos em que houve concessão de liminar, e posteriormente foi proposta ação de separação que está em curso, permite-se a aplicação do princípio da fungibilidade, podendo tais ações serem convertidas em ações de divórcio, já que sua simples extinção pode trazer prejuízos irremediáveis às partes.

A partir da aprovação da Emenda, os Tabelionatos de Notas não podem mais lavrar Escrituras Públicas de Separação Consensual, pois estas padecerão de vício de nulidade absoluta, por infração ao texto constitucional. Apesar de nossa opinião, perceba o leitor que a questão também é polêmica. Isso porque a Resolução nº 35 do CNJ que disciplina a aplicação da Lei nº 11.441/07 (que criou a separação e divórcio na modalidade extrajudicial) foi alterada, mas o instituto da separação de direito não foi abolido.

Façamos uma comparação da Resolução nº 35 do CNJ em sua redação original e de sua atual redação após a alteração decorrente da Resolução nº 120 do CNJ de setembro de 2010. O art. 53 da Resolução afirmava: “a declaração dos cônjuges não basta para a comprovação do implemento do lapso de dois anos de separação no divórcio direto. Deve o tabelião observar se o casamento foi realizado há mais de dois anos e a prova documental da separação, se houver, podendo colher declaração de testemunha, que consignará na própria escritura pública. Caso o notário se recuse a lavrar a escritura, deverá formalizar a respectiva nota, desde que haja pedido das partes neste sentido”. Tal dispositivo foi revogado pela Resolução nº 120.

Isso significa que entendeu o CNJ que a mudança constitucional afastou a necessidade do prazo de 2 anos para o divórcio direto consensual²⁷. Assim, também não subsiste a necessidade de se aguardar um ano para a conversão da separação em divórcio²⁸. Nesse sentido, as razões expostas pelo Conselheiro Jefferson Kravchychyn no pedido de providências nº 0005060-32.2010.2.00.0000: “divergem as interpretações doutrinárias quanto à supressão do instituto da separação judicial no Brasil. Há quem se manifeste no sentido de que o divórcio passa a ser o único meio de dissolução do vínculo e da sociedade conjugal, outros tantos, entendem que a nova disposição constitucional não revogou a possibilidade da separação, somente suprimiu o requisito temporal para o divórcio. Nesse passo, acatar a proposição feita, em sua integralida-

27 Contudo, de maneira contraditória, a Resolução nº 120 manteve o prazo de 1 ano de casamento como requisito para a separação consensual extrajudicial (art. 47. São requisitos para lavratura da escritura pública de separação consensual: a) *um ano de casamento*; b) manifestação da vontade espontânea e isenta de vícios em não mais manter a sociedade conjugal e desejar a separação conforme as cláusulas ajustadas; c) ausência de filhos menores não emancipados ou incapazes do casal; e d) assistência das partes por advogado, que poderá ser comum.)

28 O Provimento nº 27 do TJSJ, de agosto de 2010, acolhe a tese da manutenção do instituto da separação de direito após a Emenda nº 66.

de, caracterizaria avanço maior que o recomendado, superando até mesmo possível alteração da legislação ordinária, que até o presente momento não foi definida”.

Fica claro, contudo, que as pessoas anteriormente separadas de direito, quer por sentença, quer por escritura, não se encontram automaticamente divorciadas, pois seu estado civil não se alterou pela aprovação da Emenda²⁹ e, ainda, deverão se valer da conversão da separação em divórcio conforme explicaremos a seguir.

II.2 O DIVÓRCIO E SUAS MODALIDADES

O divórcio se dará de duas possíveis formas: divórcio consensual ou litigioso.

Deve-se frisar que sendo o divórcio consensual ou litigioso, este não terá como requisito qualquer prazo de casamento ou de separação de fato. O antigo prazo de um ano de casamento necessário para separação consensual (art. 1.574, *caput*, do CC) ou de dois anos de separação de fato para o divórcio direto (art. 1.580, § 2º, do CC) desaparecem do sistema e, portanto, no dia seguinte ao casamento qualquer um dos cônjuges pode, isoladamente, propor a ação de divórcio litigioso contra o outro.

Também se estiverem de acordo, podem os cônjuges propor a ação de divórcio consensual ou mesmo buscarem o Tabelionato de Notas para a lavratura da Escritura Pública.

Em inexistindo acordo, a modalidade litigiosa do divórcio permanece como possibilidade de se extinguir o vínculo. Contudo, o réu não terá qualquer tipo de defesa para alegar em seu favor. Não poderá discutir a culpa do cônjuge autor da ação, nem mesmo a questão de prazos de casamento ou de separação de fato, pois esta passou a ser irrelevante com a mudança constitucional.

Vislumbramos apenas a possibilidade de, por meio de reconvenção, o réu pedir a nulidade ou anulação de casamento se provar alguma causa de nulidade ou anulabilidade. Isso porque o réu pode demonstrar que o casamento não pode ser desfeito por divórcio (plano da eficácia), pois estava maculado por um vício que comprometia sua

29 “O estado civil daqueles que já eram separados judicialmente continua sendo o mesmo, pois não é possível simplesmente transformá-los em divorciados. Portanto, o estado civil ‘separado judicialmente/administrativamente’ continua existindo para aqueles que já o detinham quando o novo texto constitucional entrou em vigor. É uma situação transitória, pois, com o passar do tempo, naturalmente, deixará de existir. Caso queiram transformá-lo em estado civil de divorciado poderão, excepcionalmente, converter tal separação em divórcio ou simplesmente propor Ação de Divórcio, o que na prática tem o mesmo resultado. São exceções, necessárias e justificáveis, para compatibilizar e respeitar os princípios constitucionais da coisa julgada e do ato jurídico perfeito. Neste mesmo raciocínio poderão ainda usar a faculdade que lhes oferecia o art. 1.577 e a Lei nº 11.441/07: restabelecerem a sociedade conjugal. Obviamente que a partir daí já estarão submetidos às novas regras e princípios decorrentes da promulgação da PEC do divórcio.” (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. O Novo Divórcio no Brasil. In: Família e Responsabilidade – Teoria e Prática do Direito de Família. Magister: Porto Alegre, 2010, p. 471-472).

validade (plano da validade). Se a reconvenção for julgada procedente, o casamento será anulado e os cônjuges voltam ao estado de solteiros.

Cabe uma indagação: e se o autor da demanda cumular a ação de divórcio com pedido de alimentos, de regulamentação de visitas, danos morais, perda do sobrenome pelo cônjuge culpado e partilha de bens? A culpa será debatida na demanda? A resposta é dada com brilhantismo por Caetano Lagrasta Neto em decisão proferida pelo TJSP:

“As discussões restantes: nome, alimentos, guarda e visitas aos filhos, bem como a patrimonial, devem ser resolvidas, conforme ensinamentos de Cândido Rangel Dinamarco, em *‘cisão da sentença em partes, ou capítulos, em vista da utilidade que o estudioso tenha em mente. É lícito: a) fazer somente a repartição dos preceitos contidos no decisório, referentes às diversas pretensões que compõem o mérito; b) separar, sempre no âmbito do decisório sentencial, capítulos referentes aos pressupostos de admissibilidade do julgamento do mérito e capítulos que contêm esse próprio julgamento; c) isolar capítulos segundo os diversos fundamentos da decisão’* Capítulos de Sentença. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 12) (TJSP, Agravo de Instrumento nº 990.10.357301-3, 8ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Caetano Lagrasta, j. 10 de novembro de 2010)”

Em outras palavras, o divórcio é decretado logo após a contestação. Por meio de sentença parcial (e não antecipação de tutela³⁰) decreta-se o divórcio e as demais questões seguem para eventual instrução probatória.

Sobre o tema, ensina Cândido Rangel Dinamarco que capítulos de sentença se conceituam como as partes em que ideologicamente se decompõe o decisório de uma sentença ou acórdão, cada uma delas contendo o julgamento de uma pretensão distinta. Para o autor, “considerando o estado atual da ciência, é melhor buscar capítulos de sentença exclusivamente na parte decisória (art. 458, III)” (*Instituições de Direito Processual Civil*, vol. 3, 6. ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2009, p. 965-700).

Em obra específica sobre o tema afirma Cândido Rangel Dinamarco que “é lícito: a) fazer somente a repartição dos preceitos contidos no decisório, referentes às diversas pretensões que compõem o mérito; b) separar, sempre no âmbito do decisório sentencial, capítulos referentes aos *pressupostos de admissibilidade* do julgamento do mérito e capítulos que contêm esse próprio julgamento; c) isolar capítulos segundo os diversos *fundamentos* da decisão” (*Capítulos de Sentença*, São Paulo, Malheiros Editores, 2002, p. 12).

A aplicação ao novo processo de divórcio é evidente. O juiz, a pedido do autor ou do réu, após a contestação, decreta o divórcio no primeiro capítulo da sentença e a demanda prossegue seu curso normal para a verificação dos demais pedidos, muitos

30 Os efeitos da decisão por capítulo ou da antecipação da tutela podem ser os mesmos, mas entendemos que podem faltar os requisitos necessários à antecipação nos termos do art. 273 do CPC.

dos quais necessitarão de longa e sofrida instrução probatória. Contra o capítulo da sentença cabe recurso de agravo e não apelação³¹.

A conclusão de Dinamarco é precisa para o tema que se estuda: “espera-se que os juízes e tribunais brasileiros, ainda em alguma medida arredios à teoria dos capítulos de sentença, se despojem dos preconceitos que os levam a essa postura e afinal se disponham a aplicá-la adequadamente sempre que for o caso” (Instituições, p. 965 e 700).

A ação de conversão de separação em divórcio (o chamado divórcio indireto) persiste no sistema para que as pessoas que atualmente não estão divorciadas possam romper o vínculo, já que a emenda constitucional não as transforma em divorciadas. Contudo, o prazo de 1 ano previsto para a conversão no *caput* do art. 1.580 do Código Civil não mais existe. Assim, imaginemos que o casal se separou judicialmente ou por escritura pública na véspera da promulgação da Emenda nº 66. No dia seguinte, tais pessoas podem se valer da conversão sem necessidade de observância de qualquer prazo.

Deve-se concluir a questão que a Emenda nº 66 não acabou com a noção de sociedade conjugal que permanece intacta no sistema. Ao se casar, surgem a sociedade conjugal e o vínculo. Contudo, se antes era possível terminar-se com a sociedade, mas manter-se o vínculo, atualmente, a sociedade conjugal e o vínculo terminam simultaneamente com o divórcio.

A Emenda não altera o conceito ou a existência de uma sociedade conjugal, mas muda apenas a forma de sua extinção.

II.3 A MEDIDA CAUTELAR DE SEPARAÇÃO DE CORPOS

Como se sabe, o sistema processual permite a propositura de medida cautelar de separação de corpos em duas situações.

31 “É inteiramente equivocado falar em *extinção parcial do processo*, ou em sua extinção em relação a alguma das partes ou a um dos pedidos. O processo é sempre um só, não obstante a eventual existência de um litisconsórcio, ou de um cúmulo de pedido, de uma reconvenção, de uma denúncia da lida, etc. As razões que o art. 267 do Código de Processo Civil aponta como fatores de extinção do processo só produzem realmente essa extinção quando incidirem sobre todo o seu objeto e sobre todos os sujeitos litigantes. Havendo algum resíduo, o que o art. 267 não levou em consideração, o processo prossegue e não é próprio falar em sua ‘extinção parcial’, porque essa linguagem se apoia no falso pressuposto de uma dualidade ou pluralidade de processos, o que é inteiramente equivocado; se houvesse realmente uma extinção, ainda que parcial, o ato extintivo seria sentença (art. 162, § 1º) e recurso adequado contra essa estranha ‘sentença’ proferida no curso do procedimento seria a apelação e não o agravo (art. 513) – o que põe em destaque o absurdo desse pensamento.” (*Capítulos de Sentença*, São Paulo, Malheiros Editores, 2002, p. 82).

No sistema tradicional, se os cônjuges estivessem de comum acordo quanto ao fim do casamento, mas ainda não tivessem o prazo de 1 ano de casamento necessário à separação consensual, poderiam propor uma medida cautelar consensual para, após decurso do prazo em questão, se valerem da ação principal de separação judicial. Tratava-se de cautelar satisfativa. Tal possibilidade acabou³².

Como não há mais o prazo de 1 ano como requisito para o fim da sociedade conjugal (art. 1.574), a medida cautelar passou a ser desnecessária e inútil e caberá aos cônjuges a propositura de divórcio consensual.

Todavia, a medida cautelar de separação de corpos pode ser litigiosa, ou seja, quando em caso de risco à segurança de um dos cônjuges ou dos filhos, o juiz liminarmente afasta o outro do lar conjugal. Nessa hipótese, após 30 dias de concessão da liminar, caberá ao requerente propor a ação de divórcio e não mais de separação, pois esta desapareceu do sistema. O fundamento será o fim do casamento e não haverá debate de culpa.

Na situação *supra*, em havendo liminar concedida e ação de separação já proposta, mas não sentenciada, admite-se que a ação principal seja convertida em ação de divórcio. Afinal, sua simples extinção sem julgamento do mérito geraria, por consequência, extinção da cautelar, e os prejuízos ao cônjuge requerente seriam manifestos.

A propositura de divórcio após a concessão de liminar em cautelar de separação de corpos não é novidade no sistema, pois em que pesem as controvérsias, os julgados já admitiam tal situação antes mesmo da aprovação da Emenda em questão.

II.4 A CULPA ACABOU NO DIREITO DE FAMÍLIA?

A delicada resposta depende do alcance da pergunta. A culpa acabou para fins de se impedir o fim do vínculo conjugal? A resposta é afirmativa. Acabou o afeto, acabou a comunhão de vidas, acabou o casamento. Após a mudança constitucional, não mais se poderá debater a culpa como forma de protelar a decisão que põe fim ao casamento. Exatamente por isso, conforme já esclarecemos, o divórcio se decreta imediatamente após a contestação por meio de sentença parcial, pois a culpa não terá condão de impedi-lo.

32 Essa parece ser a orientação mais lógica de acordo com o novo valor constitucional. Contudo, cabe uma digressão. Surgem algumas questões trazidas pelos que defendem a manutenção da separação de direito no sistema, tais como: “como fica a situação das pessoas que, eventualmente, não estejam certos do divórcio, ou que por motivos religiosos não aceitem o divórcio?”. Para estes, poder-se-ia admitir a possibilidade de permanência no sistema da separação consensual de corpos (cautelar não satisfativa e que põe fim os deveres do casamento e ao regime de bens) que, um dia, por vontade dos cônjuges, pode ser convertida em divórcio.

O divórcio será concedido e o processo não comportará debates em torno do motivo do fim do casamento. A culpa de um ou ambos os cônjuges para a dissolução do vínculo ou para o fim da comunhão de vidas passa a ser irrelevante.

O debate em torno da culpa, que anteriormente impedia a extinção célere do vínculo e sujeitava, desnecessariamente, os cônjuges a uma dilação probatória das mais lentas e sofridas acabou definitivamente.

Isso significa que a culpa não mais poderá ser debatida nas ações de direito de família?

Não. E ao leitor que não fique a impressão que a culpa desapareceu do sistema, ou que simplesmente se fará de conta (no melhor estilo dos contos de fada) que o cônjuge não praticou atos desonrosos contra o outro, que não quebrou seus deveres de mútua assistência e fidelidade, etc.

Não se trata de permitir irresponsabilidade do cônjuge. Só que a partir da emenda constitucional, a culpa será debatida no *locus* adequado em que surtirá efeitos: a ação autônoma de alimentos ou eventual ação de indenização promovida pelo cônjuge que sofreu danos morais, materiais ou estéticos.

O leitor pode estar se perguntando qual é a vantagem da mudança introduzida quando da aprovação da Emenda nº 66. A mudança é evidente e espetacular. O divórcio se dará de maneira célere e com um único ato (seja uma decisão judicial ou escritura pública nos casos admitidos pela Lei nº 11.441/07) o casamento estará desfeito e os antigos cônjuges podem, agora, divorciados, buscar, em nova união ou casamento, a felicidade que buscaram outrora na relação que se dissolve.

Assim, livres para buscarem sua realização pessoal e felicidade, se necessário, que passem anos discutindo a *culpa* em uma morosa ação de alimentos ou de indenização por danos morais.

Sim, discuta-se a culpa, mas não mais entre cônjuges (presos por um vínculo indesejado) e sim em ações autônomas, entre ex-cônjuges.

II.4.1 CULPA E ALIMENTOS

Então cabe uma pergunta: se houver descumprimento dos deveres do casamento, tais como fidelidade recíproca, mútua assistência moral e material, qual será a sanção imposta ao cônjuge culpado?

A sanção se dará em matéria de alimentos. Isso porque não acreditamos que o art. 1.704, parágrafo único, do Código Civil tenha sido revogado ou alterado pela Emenda Constitucional. Na ação de alimentos, há uma sanção ao cônjuge que des-

cumpra seus deveres conjugais, qual seja, a perda dos alimentos que lhe garantiriam a manutenção do padrão de vida até então existente. O cônjuge culpado continua sendo punido em termos alimentares e só receberá os alimentos mínimos à manutenção se não puder prover seu sustento, nem tiver familiares que possam provê-lo.

A regra é vetusta e anacrônica, porque os alimentos decorrem do direito à vida e, portanto, equivoca-se o Código Civil ao criar relação direta entre alimentos e culpa.

Tal debate deverá ocorrer na ação de alimentos em que marido e mulher são partes, o que não afetará em nada e não atrasará a decisão do divórcio³³.

A questão, contudo, não é pacífica. Como bem lembra Flávio Tartuce duas correntes bem definidas sobre o tema já surgem na doutrina. Para a primeira corrente, a culpa persiste para todos os fins, inclusive para os alimentos (corrente encabeçada por Regina Beatriz Tavares da Silva). Para a segunda corrente, liderada pelos grandes expoentes do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), a culpa não pode ser discutida para dissolver o casamento em hipótese alguma (nesse sentido: Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Rodrigo da Cunha Pereira, Maria Berenice Dias, Paulo Lôbo, Rolf Madaleno, entre outros)³⁴.

II.4.2 CULPA E INDENIZAÇÃO

Também não se pode afirmar que caso um dos cônjuges cause danos ao outro, a culpa não poderá ser debatida em ação indenizatória. Isso porque se houver ofensas físicas ou morais, agressão ao direito de personalidade, o cônjuge culpado responderá civilmente.

O inocente, vítima do dano, terá assegurado seu direito à indenização cabal.

33 “Ousamos destacar que a possibilidade de discussão sobre a culpa persiste se houver pedido de alimentos entre os cônjuges, sendo que tal pedido não deve obstar a decretação do divórcio. A ação deve ter continuidade em relação a tal pedido de alimentos, ou, conforme o caso, ser discutido em ação própria, se assim tiver sido proposto”. O DIVÓRCIO, NO BRASIL, À LUZ DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010, Ana Carolina Lucena Freitas Sindeaux, Daniel Cabral Fagundes e Thales Menezes de Farias (In: http://www.mp.rn.gov.br/revistaeletronicampm/gerenciador/revistafiles/revistaeletronicadomprn_o_divorcio_no_brasil_a_luz_da_emenda_constitucional_66.pdf – consulta em 11 de abril de 2011).

34 O autor, contudo, filia-se a uma terceira corrente que admite a discussão da culpa em casos excepcionais, tais como transmissão de doenças sexuais entre os cônjuges, atos de violência e engano quanto à prole (A PEC DO DIVÓRCIO. VERDADEIRA REVOLUÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO. BREVES COMENTÁRIOS. Disponível em: <<http://professorflaviotartuce.blogspot.com/2010/07/pec-do-divorcio-verdadeira-revolucao-no.html>>. Acesso em: 11 abr. 2011). Rolf Madaleno efetivamente entende que culpa e alimentos são institutos incompatíveis entre si: os alimentos sempre tiveram destinação específica de subsistência do parceiro desprovido de recursos próprios para a sua manutenção, não se confundindo jamais como paga indenizatória decorrente do rompimento culposo do casamento, muito embora, mas sem-razão, alguns textos de doutrina negassem a indenização dos danos derivados da separação culposa por considerá-los cobertos com a pensão alimentícia em favor do inocente. (*Curso de Direito de Família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 187)

Novamente, a questão não poderá ser discutida na ação de divórcio (da qual a culpa foi banida) e será objeto de ação indenizatória perante as varas cíveis, o que não impedirá a decretação de segredo de justiça a ser requerido pelas partes.

Sim, discuta-se a culpa, mas não mais entre cônjuges (presos por um vínculo indesejado) e sim em ações autônomas, entre ex-cônjuges.

II.4.3 CULPA E SOBRENOME

Uma questão pode ainda gerar dúvidas na doutrina: a questão da perda do sobrenome pelo cônjuge culpado. Isso porque determina o art. 1.578 do Código Civil que

“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.”

Então surge a pergunta: se a culpa deixar de ser discutida na ação de separação judicial, como se dará a perda do sobrenome? Algumas ponderações, ainda que iniciais e sujeitas à crítica, devem ser feitas.

A perda do sobrenome em decorrência da culpa é algo que, em princípio, fere direito de personalidade. O direito ao nome, por contar com a proteção direta do Código Civil, e indireta na Constituição Federal (art. 5º), conta com hierarquia e características (irrenunciabilidade, imprescritibilidade) que o imunizam contra a conduta culposa do agente. Em suma, para tal mister, é irrelevante a conduta culposa do cônjuge.

Na realidade, a perda de uso do sobrenome comporta exceções amplíssimas, exatamente para a proteção do direito de personalidade. Assim vejamos.

Não haverá perda se houver evidente prejuízo para a identificação do cônjuge culpado. É o caso de pessoas de renome que são conhecidas no meio em que trabalham ou convivem. Assim, poucas pessoas conhecem Marta Teresa Smith de Vasconcelos, mas certamente muitos conhecem Marta Suplicy, que recebeu o sobrenome a partir de seu casamento com o Senador Eduardo Suplicy em 1964. Ainda que a ex-prefeita e ministra tenha tido culpa quando do fim do casamento, poderia ela perder o direito de uso do sobrenome? O sobrenome Suplicy é dela ou apenas

de seu ex-marido Eduardo? Podemos lembrar outras pessoas; Lucinha Lins (nascida Lúcia Maria Werner Vianna cujo Lins veio com o casamento compositor e cantor Ivan Lins); Lygia Fagundes Telles (que nasceu Lygia de Azevedo Fagundes e tornou-se Telles quando do casamento com o Eminent Professor e Jurista Gofredo da Silva Telles Jr. no ano de 1950).

Ainda, não haverá a perda do uso do sobrenome do inocente, se houver manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida. Há casos em que o filho tem apenas o sobrenome paterno e não o materno. Se a esposa culpada perder o direito de uso do sobrenome do marido, haveria nítida distinção o que poderia gerar eventualmente prejuízos aos filhos.

Por fim, não há perda se houver dano grave reconhecido na decisão judicial. A locução é amplíssima e a ofensa a um direito de personalidade, em meu sentir, é um dano grave.

Em resumo, o cônjuge culpado não perde o direito de usar o “sobrenome do outro”, porque, na realidade, o sobrenome é seu mesmo, já que passou a integrar seu nome quando do casamento. Trata-se de nome próprio e não de terceiros. A perda do sobrenome em decorrência da culpa é anacronismo, que revela afronta ao direito de personalidade, e que chegará ao fim em boa hora.

Assim, a questão do sobrenome não será obstáculo ao fim do debate da culpa em ação de extinção de vínculo conjugal.

II.4.4 CULPA E SUCESSÕES

Uma das sanções que o Código Civil traz ao cônjuge culpado, diante da literalidade da lei, diz respeito ao direito das sucessões. Assim determina o Código Civil que:

“Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.”

Seria o prazo de dois anos previsto no art. 1.830 como requisito para pôr fim à relação sucessória entre cônjuges em decorrência do art. 226, § 6º, da CF que o previa como requisito para o divórcio direto? Para se entender o motivo da escolha do prazo de dois anos como suficiente para pôr fim às relações sucessórias e responder a questão que se formula, é necessária uma digressão histórica.

O art. 2.043 do Anteprojeto de 1972 assim dispunha:

“Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente, se, ao tempo da morte do outro, não estavam desquitados, nem separados de fato há mais de cinco anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente”

Em idêntico sentido, o art. 2.022 do Anteprojeto de 1973, o art. 1.877 do Projeto 634 de 1975 e o art. 1.853 do Projeto Câmara nº 118 de 1984. O prazo de cinco anos, então, foi repetido por longo período de tempo, enquanto tramitava o Projeto de Código Civil.

Note-se que em 1977, quando após longa luta aprovou-se a Emenda Constitucional nº 9, que extirpou do texto constitucional a indissolubilidade do casamento, previa-se que o prazo para o divórcio direto era de cinco anos³⁵. Seria mera coincidência todos os textos supramencionados se utilizarem do prazo de cinco anos para se colocar fim às relações sucessórias entre cônjuges ou estes cinco anos eram considerados um prazo harmônico à luz da Constituição de então?

Fato é que responder que se trata de mera coincidência é argumento que cai por terra com o ocorrido posteriormente. Quando, após longos anos de descanso no Congresso Federal, o Projeto nº 118 de 1984 volta a debate, o art. 1.853 sofre alteração por força de emenda do Senador Josapha Marinho de número 473-R. Assim, no ano de 1997, quando já vigente a nova ordem constitucional, sugeriu o Senador o seguinte: “onde se diz ‘nem separados de fato há mais de cinco anos’, diga-se ‘nem separados de fato há mais de dois anos’”.

O motivo da Emenda evidencia a completa e indissociável relação entre o prazo de separação de fato necessário à dissolubilidade do vínculo conjugal e o prazo de extinção da relação sucessória entre cônjuges.

Afirma Josapha Marinho que, “consoante o art. 1.853 ‘somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente, se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de cinco anos’. Mas se a Constituição estabelece que ‘o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos’ (art. 226, § 6º) – não há razão de fixar-se o prazo de cinco anos para reconhecimento de direito sucessório”.

Em suma, o prazo de dois anos presente no art. 1.830 do Código Civil é decorrência direta do texto da Constituição antes da Emenda nº 66. Nessa premissa há uma lógica irretorquível. A sucessão legítima decorre de vínculo de parentesco ou do

35 Nesse sentido, o art. 2º da Emenda Constitucional nº 9: “a separação, de que trata o § 1º do art. 175 da Constituição, poderá ser de fato, devidamente comprovada em Juízo, e pelo prazo de cinco anos, se for anterior à data desta emenda”.

casamento ou da união estável. A noção de família e as regras do direito de família são fundamentais para a compreensão da sucessão legítima. O sistema se revelaria curiosamente estranho se previsse um prazo para a possibilidade de divórcio direto e outro diverso para a perda da qualidade de herdeiro do cônjuge.

Buscando-se a teleologia da regra, resta claro que o prazo de dois anos previsto no art. 1.830 mantinha estreita relação com o prazo necessário ao divórcio direto (art. 1.580, § 2º, que decorria da redação original do art. 226, § 6º, da CF). Quem já tinha tempo suficiente de separação de fato a permitir o divórcio direto, perdia a qualidade de herdeiro.

A partir de agora, basta que tenha havido a separação de fato³⁶ para que possa ocorrer o divórcio, já que a Emenda nº 66 suprimiu os prazos contidos no § 6º do art. 226 da CF e, portanto, a leitura do art. 1.830 deve ser outra a partir de 14 de julho de 2010. Qualquer separação de fato implica perda de direito sucessório, sem que se exija lapso temporal de dois anos.

Ainda, deve-se frisar que o debate da culpa permitia que apesar da separação de fato ter ocorrido há mais de dois anos, ainda houvesse participação sucessória se o cônjuge viúvo provasse que a separação de fato se deu por culpa do falecido.

O dispositivo sofria fortes críticas doutrinárias por permitir ao cônjuge supérstite que imputasse culpa ao falecido, gerando aos herdeiros o ônus de defendê-lo, muitas vezes sem terem conhecimento dos fatos ou sequer saberem os reais motivos da separação de fato. A discussão da culpa, criticada em matéria de direito de família, era absolutamente impertinente em matéria sucessória³⁷. Aliás, se analisada a história do atual Código Civil, percebe-se que essa crítica é bastante antiga. Tancredo Neves, em setembro de 1975, exercendo mandato de Deputado Federal, nas Emendas oferecidas em Plenário (Emenda nº 1.019) afirmava que a parte final do art. 1.877³⁸ do Projeto nº 634/75 deveria ser suprimida:

“A exclusão da vocação hereditária do cônjuge separado de fato, porém não desquitado, há mais de cinco anos, sem culpa presumida, envolve situação de prova difícil de ser produzida, além de conferir a situação jurídica não prevista, qual seja, a do

36 Não seria necessário frisar, mas é bom que se diga, que separação de fato não significa que os cônjuges não residem sob um mesmo teto. Podem, perfeitamente, por motivos de opção ou de trabalho, os cônjuges residirem em lugares diferentes sem que isto implique separação de fato. Explicamos. Separação de fato ocorre quando há o fim da comunhão plena de vidas. O argumento pelo qual se, em uma briga, o marido sai de casa e passa uma noite no hotel, haveria separação de fato, é injustificado e pueril. Não há quebra da comunhão de vida no primeiro desentendimento.

37 Esta culpa recebe o nome de culpa mortuária ou *post mortem*.

38 “Art. 1.877. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente, se, ao tempo da morte do outro, não estavam desquitados, nem separados de fato há mais de cinco anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente”.

cônjuge separado em suspensão do vínculo. Ressalto ser de grande inconveniência a manutenção do preceito”.

Com a emenda constitucional, a culpa é abolida do debate relativo à extinção do vínculo (já que no divórcio não há espaço para tal debate) e, logo, também desaparece no campo sucessório, pois se é irrelevante o motivo que levou o casamento acabar. Se tal motivo sequer pode ser abordado para impedir o fim do vínculo, motivos não há para sua discussão após a morte de um dos cônjuges.

Em conclusão, qualquer debate de prazos ou de culpa perdeu o objeto em matéria sucessória. Portanto, entendemos que o dispositivo de lei passa ser lido da seguinte maneira após 14 de julho de 2010:

“Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados de direito ou de fato”.

III – NOTAS CONCLUSIVAS

As reflexões que fizemos, longe de conclusivas, são um convite para o debate. Não pretendemos esgotar o tema, mas apenas alertar os leitores para sua importância. De qualquer forma, duas questões ficam cada vez mais claras, conforme o tempo passa.

A primeira é que a separação de direito caiu no mais completo desuso, porque efetivamente a ideia de se separar para depois se divorciar, tendo em vista um possível arrependimento, se revelou mais adequada às páginas da ficção que da realidade brasileira (*vide* os dados do IBGE supratranscritos)³⁹.

Assim, ainda que parte expressiva, porém minoritária, da doutrina tenha resistido à ideia de fim da separação de direito, a realidade demonstra o acerto de nosso raciocínio: a separação como meio para um fim (divórcio) não tinha qualquer razão de ser. Ademais, a norma constitucional é autoaplicável e independe de regulamentação.

A segunda é a seguinte. Tendo em vista que o Poder Judiciário tem apoiado (não de maneira unânime) a tese pela qual a separação de direito acabou no Brasil, verifica-se que os advogados passaram a se valer da ação de divórcio (e não mais de separação) para requerer não só a extinção do vínculo como também para cumular pedidos de guarda e visita de filhos, de indenização por dano moral, de partilha de bens, etc.

³⁹ Reforça os dados do IBGE a experiência empírica e sem valor científico. Em nossos cursos de especialização, mormente em direito notarial e registral, os alunos informam que simplesmente deixaram de fazer separações de direito por opção do casal.

Nessa hipótese, cabe ao juiz efetivamente citar o réu e, então, se não houver pedido de anulação de casamento, decretar o divórcio por uma sentença parcial (capítulo de sentença nas lições de Dinamarco), e depois prosseguir a demanda quanto aos demais pedidos. O que se percebe é que, de qualquer maneira, a culpa não mais será motivo de manter um vínculo que de direito existe, mas que de fato é mero sonho de uma sombra.