

O novo divórcio: primeiras impressões

*Henry Petry Junior*¹

Resumo

É propósito deste trabalho realizar rápida incursão na trajetória histórica do divórcio no Brasil, desde as frustradas tentativas de sua introdução no contexto normativo até a sua aprovação, ainda tímida e com visíveis concessões aos antidivorcistas. Gradualmente as resistências foram superadas e sua consecução, facilitada, com a EC 66, que eliminou qualquer prazo de reflexão e extinguiu a separação.

Palavras chave: Divórcio. Evolução. EC 66. Ausência de prazo de reflexão. Extinção da separação.

1 Introdução

É propósito deste texto contribuir para o debate sobre os efeitos da Emenda Constitucional 66/2010 – EC 66, que alterou a redação do § 6º do art. 226 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88). Não é possível ignorar que a alteração constitucional é recentíssima, e revolucionária segundo alguns, razão por que ainda indefinida a precisão de seu alcance, carente que está a temática de maior e mais profundo debate doutrinário e de pronunciamento dos Tribunais.

¹ Juiz de Direito de Segundo Grau/TJSC. Professor Universitário. Mestre em Ciência Jurídica.

2 Divórcio

2.1 Breve histórico

A expressão divórcio surge no texto legislado brasileiro antes do Século XX, ainda no Império. Por meio do Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, o Estado, na sua histórica disputa com a Igreja pelo monopólio do casamento, chama para si a competência para disciplinar o matrimônio e, assim, institui o casamento civil. No mesmo ato legislativo, mais precisamente nos arts. 80 a 92, cria-se o divórcio, único instrumento à época apto a dar cabo da sociedade conjugal.

Tratava-se, claro, do divórcio de cama e mesa (*divortium quoad thorum et mensam*, ou *divortium quod thorum et cohabitationem*), que não dissolvia o vínculo matrimonial, não permitia novo casamento, mas desobrigava os cônjuges da coabitação e fazia cessar os efeitos do regime de bens. Ficavam eles, portanto, livres de dormirem no mesmo leito ou de fazerem as refeições na mesma mesa.²

Consta, ainda, dentre outros registros menos destacáveis, a ocorrência de isolada e frustrada tentativa de introdução do divórcio a vínculo no Brasil em 1900, no Senado Federal, quando o então senador Garcês, na tribuna, defendeu o rompimento, destacando que só o divórcio *restitui a liberdade e tranqüilidade dos cônjuges, os quaes podem contrahir novas núpcias; diminue o perigo social das uniões ilegítimas e dos nascimentos clandestinos*³. (Redação original).

Fato é que o divórcio vincular somente passa a existir em 1977, com a promulgação da Emenda Constitucional 9/77, que deu ao §1º do art. 175 da Constituição de 1967 a seguinte redação: *O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos*.

A inovação introduzia o Brasil no rol dos países divorcistas e dentre aqueles que adotavam o sistema dual (casamento e sociedade conjugal, divórcio e separação). A sua redação, porém, configurava um afago na Igreja - que resistira ao divórcio^{4 5} - medida em que exigia primeiramente

2 RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 233.

3 GARCEZ FILHO, Martinho Segundo. **Direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho Editor, 1932. v. 2, p. 4.

4 OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 70.

5 PATROCÍNIO, Marlus Garcia do. PEC 28/2009 e a Nova regra para o Divórcio. **Revista IOB de direito de família (IOB)**, v. 59, abr/maio 2010, p. 34.

a separação e, só depois, passado o lapso temporal previsto, era possível o divórcio. Consagrava-se, assim, o divórcio indireto ou por conversão.

O divórcio, possível sim, era dificultado, não só diante da necessidade de prévia separação judicial, mas principalmente pelo longo período (3 anos) de permanência desse estado para, então, alcançar-se o rompimento. A tentativa de dificultar a consecução do divórcio era visível, tanto é que não restou aprovado o teor do art. 2º da EC 9/77 - que possibilitava o divórcio direto após prévia separação de fato por mais de 5 anos.

O longo lapso temporal de separação, porém, constatou-se depois, não se prestava para a preservação do casamento como pretendido. Ao revés, o rompimento ocorria de igual, o entretanto era inócuo, e impunha aos interessados período por demais elástico e desgastante.

A CRFB/88 altera esse quadro, e para o bem. O §6º do seu art. 226, na sua redação original, estipulava: “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.”

A Carta Magna consolida o Brasil como país integrante do sistema dual, divorcista e, mais, facilita sua concretização, ao reduzir o prazo do divórcio indireto e possibilitá-lo quando precedido de separação de fato por mais de 2 (dois) anos – era o divórcio direto.

Essa evolução, não é possível fugir, deixa certo que o rompimento do vínculo matrimonial, entre nós, sempre contou com resistências (normalmente de fundo religioso) que, ao longo dos tempos, foram superadas, não sem, de certa forma, contemplar também os antidivorcistas (quando, por exemplo, se mantinha a separação judicial e dificultava-se o divórcio).

2.2 A EC 66 e a *mens legislatoris*

A EC 66 deu o seguinte teor ao § 6º do art. 226 da CRFB/88: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.”

De pronto, percebe-se que o legislador suprimiu as locuções “separação judicial”, “casos expressos em lei” e “separação de fato por mais de dois anos”, deixando assente seu propósito de ignorar quaisquer referências à separação judicial ou mesmo aludir a prazo.

Essa conclusão resulta mais evidente ao se recordar a redação inicial do dispositivo proposto. Por iniciativa do Instituto Brasileiro de Direito de

Família - IBDFAM, e apresentada pelo Deputado Antônio Carlos Biscaia (RJ) (PEC 413/05) e depois reapresentada pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro (BA) (PEC 33/07), o seu primeiro conteúdo era o seguinte: “*O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio consensual ou litigioso, na forma da lei*”. (grifo nosso).

É importante registrar, nessa perspectiva, a frustrada tentativa de inserir prazo mínimo para o divórcio. Com efeito, a PEC 22/99, de autoria do Deputado Enio Bacci (RS), pretendia estabelecer o interregno mínimo de um ano de casamento para o divórcio⁶, tal qual se exigia para a separação consensual no superado art. 1.574 do Código Civil de 2002 – CC/02.

Parece não haver dúvida que o legislador objetivava, não só ressaltar o divórcio, mas defini-lo como instrumento único vocacionado à resolução do matrimônio, dispensada qualquer espécie de prévia separação ou mesmo de prazo mínimo de casamento.

Outro não foi o propósito ao eliminar-se a expressão *na forma da lei*, que, mantida, certamente haveria de impulsionar conclusões segundo as quais as disposições infraconstitucionais que versavam separação estariam preservadas. Não fizesse parte da proposta constitucional essa expressão (*na forma da lei*), a discussão encontraria terreno mais fértil, certamente. Mas não foi assim. A locução constou inicialmente da PEC e não foi aprovada no Congresso Nacional, razão bastante para proclamar que a *mens legislatoris* era de eliminar do Texto Constitucional, direta ou indiretamente, qualquer referência à separação que lhe pudesse dar sobrevida.

As razões da justificativa da Emenda provada são esclarecedoras. Paulo Lôbo destaca:

Dá ser imprescindível recordar o cerne da justificativa que fundamentou a decisão do legislador constituinte, contida na proposta de emenda constitucional: ‘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 compromissos entre divorcistas e antivorcistas, 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.

6 Boletim IBDFAM n. 63, jul/ago 2010, p. 2.

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 sua família sejam reveladas e trazidas ao espaço público dos tribunais, com 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 separação⁷.

Pablo Stolze Gagliano exalta outra passagem da justificativa apresentada pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro:

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 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.⁸

Certo, pois, que o legislador efetivamente quis afastar a separação da Constituição Federal, possibilitando o divórcio sem prévia separação judicial, administrativa ou de fato. E com ela, na ótica do legislador, saem de cena as malélicas consequências da separação⁹.

É hora da *mens legis*.

2.3 Interpretações histórica, sistemática e teleológica

Na interpretação histórica, de certa forma realizada no breve esboço transcrito acima, busca-se alcançar o sentido da norma por meio de incurção retrospectiva no processo legislativo que deu origem ao texto investigado. O que objetiva é, com esse voltar ao passado, identificar as intenções do legislador e, de certa forma, perquirir como seria seu agir acaso tivesse de realizar, na atualidade, o secular exercício da subsunção.

Carlos Maximiliano, porém, faz um alerta: “Os materiais legislativos têm alguma utilidade para a Hermenêutica; embora não devam ser colocados na primeira linha”.¹⁰

7 LÓBO, Paulo. *PEC do Divórcio: consequências jurídicas imediatas*. *Revista brasileira de direito das famílias e sucessões – Magister/IBDFAM*, v. 11, ago/set 2009. p. 7.

8 GAGLIANO, Pablo Stolze. *A nova emenda do divórcio: primeiras reflexões*. *Revista brasileira de direito das famílias e sucessões – Magister/IBDFAM*, v. 16, jun/jul 2010. p. 11.

9 *Como destaquei em* PETRY JUNIOR, Henry. *A separação com causa culposa: uma leitura à luz da Hermenêutica Constitucional*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 115-146.

10 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 143.

Embora sem maior relevância na *civil law*, e ainda que se realize essa rápida pontuação histórica em períodos distintos no tempo, é importante considerá-la sobretudo porque a evolução do instituto divórcio entre nós está a demonstrar que, nas últimas três décadas, o caminho percorrido foi na direção de sua facilitação, o que permite melhor avaliação da extensão do chamado novo divórcio.

A interpretação sistemática, como o nome sugere, é aquela que permite a avaliação do objeto da pesquisa tendo em conta que ele faz parte de um todo. Não se concebe, por isso, o pinçamento do conjunto normativo daquele objeto (regra ou princípio, norma enfim) de modo a analisá-lo como se do nada viesse e ele, objeto, isoladamente, tudo significasse.

Luís Roberto Barroso acentua:

Através dela, o intérprete situa o dispositivo a ser interpretado dentro do contexto normativo geral e particular, estabelecendo as conexões internas que enlaçam as instituições e as normas jurídicas. Em bela passagem, registrou Capograssi que a interpretação não é senão a afirmação do todo, da unidade diante da particularidade e da fragmentaridade dos comandos singulares.¹¹

Paulo Lôbo, ao dissertar sobre esse método interpretativo em relação ao novo divórcio, destaca:

No que respeita à interpretação sistemática, não se pode estender o que a norma restringiu. Nem se pode interpretar e aplicar a norma desligando-a de seu contexto normativo. Tampouco, podem prevalecer normas do Código Civil ou de outro diploma infraconstitucional, que regulamentavam o que previsto de modo expresso na Constituição e que esta excluiu posteriormente. Inverte-se a hierarquia normativa, quando se pretende que o Código Civil valha mais que a Constituição e que esta não tenha força revocatória suficiente.

No direito brasileiro, há grande consenso doutrinário e jurisprudencial acerca da força normativa própria da Constituição. Sejam as normas constitucionais regras ou princípios não dependem de normas infraconstitucionais para estas prescreverem o que aquelas já prescreveram. A nova redação do § 6º do art. 226 da Constituição qualifica-se como norma-regra, pois seu suporte fático é precisamente determinado: o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio, sem qualquer requisito prévio, por exclusivo ato de vontade dos cônjuges.¹²

11 BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 136.

12 LÔBO, Paulo. PEC do Divórcio: conseqüências jurídicas imediatas. **Revista brasileira de direito das famílias e sucessões** – Magister/IBDFAM, v. 11, ago/set 2009. p. 8.

A interpretação sistemática, portanto, notadamente se associada à conclusão fluente da avaliação histórica, autoriza a afirmação de que as disposições que disciplinavam a separação (consensual ou litigiosa) (quais sejam: arts. 27, I, 1.571, III, 1.572, 1.573, 1.574, 1.575, 1.576, 1.577, 1.578, 1.580, 1.702 e 1.704, todos do CC/02) estão em conflito com o § 6º do art. 226 da Constituição Federal, com a redação dada pela EC 66/2010, e, portanto, estão revogadas.

Já a interpretação teleológica se expressa na análise do teor legislado tendo em conta seus fins sociais. Vale dizer, como o Estado, por suas instituições, há de ter como norte e razão de ser o cidadão, a partir da melhor perspectiva da dignidade da pessoa humana¹³, busca-se o melhor alcance social da norma, fim último ao qual se destina. É esta a razão, aliás, que justifica e mantém atual o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, *verbis*: “Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá os fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

É de se indagar: quais os fins sociais estariam tutelados na preservação da separação? Ao que parece, somente interesses egoísticos (v. g., para o cônjuge ‘vítima’ provar que não foi o culpado) ou mesmo de vingança (punir o outro culpado, p. ex.) dariam injustificada sobrevida à separação. Sim, pois o que efetivamente relevante (guarda, visitas e alimentos dos filhos, pensão entre os cônjuges, nome e partilha) pode ser solvido no próprio divórcio (sem discussão da culpa, como se verá) ou mesmo em demanda autônoma.

Não é outro o sentir de Bianca Ferreira Papin:

Uma vez que com a nova emenda constitucional o casamento passa a ser dissolvido apenas pelo divórcio, a qualquer tempo, e sem a necessidade de declinar seus motivos ou de prévio procedimento de separação judicial, **este instituto apenas serviria para a discussão sobre a culpa, o que, em uma interpretação teleológica do ordenamento jurídico, conflita diretamente com os princípios orientadores da Constituição Federal.**¹⁴ (grifo nosso).

De outro lado, sem a separação e com a facilitação do divórcio, exalta-se o alicerce maior da vida a dois (a afetividade), a liberdade e a autonomia

13 Aqui compreendida como “a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade”, cf.. (SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.)

14 PAPIN, Bianca Ferreira. PEC do Divórcio Põe Fim à Discussão sobre a Culpa. **Revista IOB de direito de família (IOB)** n. 59, abr/maio-2010, p. 10.

dos cônjuges, não se malfeire a privacidade e a intimidade do par (tudo sem interferência estatal), de modo a fazer com que essa conclusão, parece, esteja mais sintonizada com os fins sociais aos quais a regra se destina.¹⁵

3 O FIM DA SEPARAÇÃO E DE PRAZO PARA O DIVÓRCIO

É inevitável concluir, de tudo, que a separação desapareceu do sistema jurídico-legal brasileiro. Não se cuida de nova Constituição quando então se verifica a compatibilidade da legislação infraconstitucional com àquela, se foi ou não recepcionada. Na hipótese, ao contrário, trata-se de instituto (separação) outrora constitucionalizado, agora explicitamente suprimido no texto aprovado, impulsionado pelas específicas razões da PEC promulgada. E o foi por motivos minudentemente colocados: evitar a dualidade de ações (separação e depois divórcio), de despesas (emolumentos de uma e outra demanda), e do prolongamento do martírio dos cônjuges, impedir a investigação estatal de algo que só aos cônjuges interessa, dentre outros.

José Fernando Simão é taxativo: “De início, frise-se que com a alteração fica definitivamente BANIDA DO SISTEMA A SEPARAÇÃO DE DIREITO, seja ela judicial (arts. 1571 e segs. do CC) ou extrajudicial (Lei nº 11.441/07)”.¹⁶ (grifo do autor).

Dir-se-á que a expressão “*pode*” está a preservar a separação. Não parece sustentável a posição: a uma, porque a separação, em tempo algum, dissolveu o casamento; logo, o *pode* não serviria para preservar aquilo que à separação nunca foi possível; a duas, porque a locução alternativa está a demonstrar que o divórcio não é o único instituto a dissolver o matrimônio, que também poderá findar por morte (art. 1.571, §1º, do CC/02) e por vício de nulidade ou anulação¹⁷, na interpretação que empresto ao inciso II do mesmo art. 1.571.

Maria Berenice Dias, no artigo EC 66 – e agora?, afasta, incisivamente, qualquer possibilidade de manutenção da separação em função da expressão *pode*:

¹⁵ Vide LÔBO, Paulo. PEC do Divórcio: consequências jurídicas imediatas. *Revista brasileira de direito das famílias e sucessões* – Magister/IBDFAM, v. 11, ago/set 2009, p. 8-9.

¹⁶ SIMÃO, José Fernando. A PEC do divórcio e a culpa: impossibilidade. Carta Forense de 02.02.2010, p. B 28.

¹⁷ No mesmo sentido SIMÃO, José Fernando. A PEC do divórcio e a culpa: impossibilidade. Carta Forense de 02.02.2010, p. B 28.

*A conclusão é para lá de absurda, pois vai de encontro ao significativo avanço levado a efeito: afastou a interferência estatal que, de modo injustificado, impunha que as pessoas se mantivessem casadas. O instituto da separação foi eliminado. Todos os dispositivos da legislação infraconstitucional a ele referente restaram derogados e não mais integram o sistema jurídico. Via de consequência, não é possível buscar em juízo a decretação do rompimento da sociedade conjugal.*¹⁸

Há, ainda, no âmbito do direito de família, os alegados efeitos da separação culposa estampados nos arts. 1.578 (quanto ao nome) e 1.704, parágrafo único (tocante aos alimentos), ambos do CC/02, que poderiam se mostrar com vigor bastante para a preservação do instituto revogado.

Não bastassem as discussões acerca da constitucionalidade e mesmo da impossibilidade de aferimento da culpa conjugal, na sua precisa origem e na sua determinada extensão, conforme já tive a oportunidade de sustentar¹⁹, é inarredável concluir que esses efeitos, na teoria e na prática, encontram solução em terreno diverso.

Com efeito, o nome, uma vez incorporado (e, diga-se, com a concordância do outro cônjuge) passa a integrar o seu patrimônio moral, podendo só o seu titular, e a seu alvedrio, dele abrir mão²⁰ – como ocorre, por exemplo, na hipótese de novo casamento. O que não é possível é a sua extirpação dar-se por simples culpa, como que por vingança do ‘ofendido’. Entender-se o contrário significaria concluir que o cônjuge tido por culpado só tomou o sobrenome do parceiro por empréstimo pelo período do casamento...

Não é assim, na perspectiva do art. 16 do CC/02, que alça o sobrenome à categoria de direito da personalidade. Não bastasse isso, a ampla²¹ compreensão das hipóteses dos incisos do art. 1.578 do CC/02, em si extensivas, sugere que a possibilidade de perda do direito de uso do nome é raríssima.

A conclusão é que o sobrenome, validamente incorporado, pertence ao seu titular, exista culpa ou não, ficando a sua manutenção a seu inteiro e exclusivo critério, como vem assentando a doutrina. Por todos, veja-se José Fernando Simão:

¹⁸ Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 1. set. 2010.

¹⁹ PETRY JUNIOR, Henry. **A separação com causa culposa**: uma leitura à luz da Hermenêutica Constitucional. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 115-119.

²⁰ STJ. REsp. n. 363794-DE, rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, j. em 27.06.2002.

²¹ Chamadas “amplíssimas” exceções por SIMÃO, José Fernando. Cit., p. B 28.

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, que revela afronta ao direito de personalidade, em decorrência da culpa é anacronismo que chegará ao fim em boa hora.²²

Diferente não é com os alimentos (art. 1.704, parágrafo único, CC/02) porque, sabem todos, essa temática há de ser dirimida diante da prova e da presença ou não dos pressupostos específicos da obrigação, quais sejam, o vínculo parental ou afetivo (presente ou remoto), as necessidades de quem os pleiteia, as possibilidades de quem se pede, e a proporcionalidade do binômio.

Quer pelo eventual reconhecimento de culpa recíproca²³, quer porque não cabe estabelecer alimentos à vista da culpa²⁴, e seja porque, v. g., imprescindível a demonstração das necessidades²⁵, fato é que a arena própria para a discussão e deliberação acerca da verba é a ação de alimentos, frequente no cotidiano das unidades jurisdicionais de família – aliás, julgando por mais de 22 (vinte e dois) nessa área, nunca me deparei com algum pedido de alimentos que permeasse a culpa.

O julgado que segue é eloquente. Veja-se que mesmo reconhecido o grave descumprimento de dever conjugal (no caso, adultério), a pretensão alimentar encontrou sua sede própria: a presença ou não de seus pressupostos configuradores, independente da culpa. Ele está assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA – AFFECTIO MATRIMONIAL – SEPARAÇÃO DECRETADA – IMPOSSIBILIDADE DO RESTABELECIMENTO DA VIDA EM COMUM – PARTILHA DE BENS – REGIME DA COMUNHÃO UNIVERSAL – VEÍCULO DE PROPRIEDADE DO SEPARANDO - ALIMENTOS – INCAPACIDADE FINANCEIRA – MÍNIMA PROBATÓRIA – OBSERVÂNCIA DO BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NA FIXAÇÃO DA VERBA – INTELIGÊNCIA DO ART. 1.694, § 1º DO CÓDIGO CIVIL – PEDIDO RECONVENCIONAL – PREPARO – NÃO CONHECIMENTO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

²² SIMÃO, José Fernando. **A PEC do divórcio e a culpa**: impossibilidade. Carta Forense de 02.02.2010, p. B 28.

²³ TJSC, Ap. civ. 2008.006235-8, rel. Des. MARCUS TULLIO SARTORATO, j. em 13.08.2009.

²⁴ TJSC, Ap. civ. 2005.036867-7, rel. Des. SÉRGIO IZIDORO HEIL, j. em 08.01.2009.

²⁵ TJSC, Ap. civ. 2004.007833-1, rel.^a Des.^a MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA, j. em 27.09.2005.

A violação grave dos deveres do casamento decorrente de relacionamento amoroso extraconjugal torna insuportável a vida em comum do casal, motivo suficiente à separação judicial.

Comprovado que o veículo é do cônjuge e que o regime de casamento é o da comunhão universal, a partilha do bem é medida inarredável.

Na fixação dos alimentos deverá o julgador atentar para a proporcionalidade entre as necessidades do alimentando e os recursos econômicos do alimentante, a teor do disposto no § 1º do artigo 1.694 do Código Civil.

Por ser a ação reconvenção autônoma e conexa com a ação principal, torna-se indispensável o recolhimento individualizado de preparo independentemente de a sentença ter sido uma.²⁶ (grifo nosso).

Razoável sustentar-se – tudo a se entender que a culpa remanesceria – que o ‘inocente’ tem o direito de, chamado a pagar alimentos, pagar menos em função da culpa do alimentando. Na prática também isso não se dá. Primeiro, porque difícil a conjugação de todas as exigências do dispositivo: a) declaração judicial de culpa; b) ausência de parentes do ‘culpado’ em condições de prestá-los; e c) inaptidão, dele alimentante, para o trabalho. Em segundo lugar, à medida que o que distingue os alimentos naturais (indispensáveis à sobrevivência), e que seriam destinados ao ‘culpado’, e os civis (que abarcam todas as necessidades do alimentando) está exclusivamente no laser²⁷, parcela ínfima se considerado o todo.

Assim, tenho que a discussão acerca do *quantum* dos alimentos não é bastante para que se tenha por existente a separação e por consequência a possibilidade de investigação da culpa.

Tocante à ausência de prazo mínimo de casamento para o divórcio - afora a eloquente sinalização transmitida pelo legislador ao rejeitar a PEC 22/99, que estipulava o interregno de um ano de casamento - consigno que a redação da EC 66 parece não deixar dúvidas acerca de sua dispensa. Não é demais repetir que a redação primitiva do §6º do art. 226 da CRFB/88 previa especificamente os prazos autorizadores de uma e outra espécie de divórcio: dois anos de separação de fato ou um ano de separação judicial. Seu teor atual, ignorando quaisquer lapsos temporais, leva à segura conclusão de que não há prazo de reflexão.

Bianca Ferreira Papin assevera: “Com isso a dissolução do casamento passa a ser feita apenas por meio do divórcio, *que pode ser promovido a qual-*

²⁶ TJSC. Ap. civ. 2007.013242-5, rel. Des. FERNANDO CARIONI, j. em 08.05.2007.

²⁷ Alguns autores excluem a educação dos alimentos naturais.

quer momento, sem a necessidade de se aguardar qualquer decurso de prazo ou a submeter a anterior processo de separação judicial [...]”²⁸ (grifo nosso).

Pode-se sustentar que a eliminação de prazo é inadequada. Talvez. Mas é inquestionável que não há mais prazo mínimo de casamento para o divórcio. Aqui não há espaço para resistência. E a decisão foi sábia porque não soa razoável, notadamente diante da interferência mínima, que o estado imponha aos cônjuges a manutenção de algo indesejado. Cumpre a ele, não engessar, restringir ou impor, mas sim permitir que o contexto normativo faça fluir os sentimentos direcionados à felicidade, fim, aliás, do próprio casamento. O momento de reflexão deve ser objeto de consenso entre os próprios cônjuges, por meio de mecanismos e da forma que lhes aprouver.

De tudo, conclui-se que a separação, judicial ou extrajudicial, foi extinta do sistema jurídico-legal brasileiro, bem assim que o divórcio, nas suas espécies possíveis, só exige um pressuposto objetivo: a existência de casamento válido.

3.1 QUESTÕES PONTUAIS

3.1.1 A situação dos separados judicialmente

Os judicialmente separados assim deverão permanecer. Não há como considerá-los automaticamente divorciados. Deverão, em conjunto ou não, fazer o divórcio judicial ou extrajudicial, tal qual aqueles que, já na vigência na EC 66, tenham optado pelo divórcio. Na inexistência do divórcio indireto ou por conversão, resta-lhe o divórcio, agora chamado direto.²⁹

Não destoa Pablo Stolze Gagliano:

Não temos dúvida de que as pessoas já separadas ao tempo da promulgação da Emenda não podem ser consideradas automaticamente divorciadas.

Não haveria sentido algum.

Aliás, este entendimento, a par de gerar grave insegurança jurídica, resultaria no desagradável equívoco de se pretender modificar uma situação jurídica consolidada, segundo às normas vigentes à época da sua constituição,

²⁸ PAPIN, Bianca Ferreira. *Cit.*, p. 7. PEC do divórcio põe fim à discussão sobre a culpa. **Revista IOB de direito de família (IOB)**. n. 59, abr/maio-2010, p. 7.

²⁹ LÔBO, Paulo. PEC do Divórcio: conseqüências jurídicas imediatas. **Revista brasileira de direito das famílias e sucessões – Magister/IBDFAM**, v. 11, ago/set 2009. p. 14.

sem que tivesse havido manifestação de qualquer das partes envolvidas. Ademais, é de bom alvitre lembrar que uma modificação assim pretendida – caída do céu – culminaria por transformar o próprio estado civil da pessoa até então separada.

E mais adiante conclui:

Em síntese: 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-se-lhes o necessário pedido de decretação do divórcio para o que, por óbvio, não haveria mais a necessidade de cômputo de qualquer prazo. Respeita-se, portanto, com isso, o próprio ato jurídico perfeito.³⁰

Acrescento que o interesse dos separados pode ser de assim permanecer – até por razões religiosas, p. ex.. A conversão automática traria sérias e, por vezes, irreversíveis consequências, tais como em relação a terceiros e a impossibilidade de postular alimentos.

Essa conclusão, por óbvio, converge para a manutenção das demais determinações constantes da sentença de separação, homologatória ou não, ou das obrigações firmadas por meio de escritura de separação, que permanecem hígidas e são passíveis de demandas judiciais voltadas ao seu cumprimento.

3.1.2 Os processos em curso: sem e com sentença

Com a extinção da separação, indaga-se, o que deve ocorrer com as ações em andamento?

Simple a solução para as ações de **divórcio indireto** em curso. Como a pretensão é de divórcio mesmo, embora em modalidade hoje sem amparo legal, desnecessário será qualquer prazo aos interessados ou litigantes para adequação do pedido. A sentença haverá de decretar o divórcio, chamado agora de direto³¹, sem cogitar-se de decisão *extra* ou *ultra petita*.

Se, todavia, tratar-se de **ação de separação sem sentença** o encaminhamento guarda certa dificuldade (notadamente se o processo se encontrar em grau de recurso). Maria Berenice Dias sustenta taxativamente que:

³⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze. *A nova emenda do divórcio e as pessoas judicialmente separadas*. Carta Forense, abril/2010, p. B 8.

³¹ *Insisto na expressão “agora” ao me referir ao divórcio direto como forma de distingui-lo do superado divórcio indireto. Tenho que, atualmente, o que perdura é apenas divórcio.*

É necessário alertar que a novidade atinge as ações em andamento. Todos os processos de separação perderam o objeto por impossibilidade jurídica do pedido (CPC art. 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, ao propor a ação, 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 a ação cabe transformá-la em ação de divórcio. Eventualmente cabe continuar sendo objeto de discussão as demandas cumuladas, como alimentos, guarda, partilha de bens, etc. Mas o divórcio cabe ser decretado de imediato. ³² (grifo nosso).

Tenho, porém, que o magistrado haverá de portar-se de modo ligeiramente diverso. Ajuizada a ação de separação na sistemática anterior, e presumindo-se estivesse sintonizada com as exigências então incidentes, deve o magistrado de primeiro grau fixar prazo a fim de que o autor (na separação litigiosa) ou os interessados (na consensual) convertam o pleito em divórcio. Não há, aqui, o empeco do art. 264 do Código de Processo Civil (CPC),³³ na medida em que ausente o propósito de surpreender. O que ocorre é a alteração do fundamento legal do pedido, por superveniente alteração constitucional, sendo imperativa, *ope legis*, a adaptação ao novo comando normativo (ou ao menos oportunidade para tanto).

Materializada a conversão, o processo seguirá seu curso normal, agora voltado ao divórcio; não havendo conversão, porém, aí sim a extinção é inevitável. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho não deixam dúvidas: “Caso se recusem, ou deixam transcorrer o prazo concedido *in albis*, deverá o magistrado extinguir o processo, sem enfrentamento do mérito, por perda de interesse processual superveniente (art. 264, VI, CPC)”.³⁴

Note-se a diferença no fundamento legal para a extinção da separação nessa hipótese (ausência de conversão para divórcio) para a hoje adogada gaúcha e o magistrado baiano: para a primeira, há impossibilidade jurídica; para o segundo, perda superveniente do interesse processual. Parece sistemicamente mais adequada a solução proposta pelo renomado civilista porque, como ele próprio sustenta, se o *status* jurídico das pes-

³² DIAS, Maria Berenice. **EC 66 – e agora?** Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 1 set. 2010., p. 2.

³³ *Que impede a modificação do pedido ou da causa de pedir sem o consentimento do réu.*

³⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O novo divórcio**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 141.

soas judicialmente separadas se mantém, não há razão para entender-se impossível o pedido que, ao tempo de sua formulação, cumpria as imposições materiais e processuais incidentes. Embora de relevância técnica, a questão não tem maior alcance, pois implica, de qualquer forma, extinção sem mérito.

Se a **ação de separação estiver em grau de recurso**, em razão de apelação, Maria Berenice Dias assinala que o relator deve pronunciar o divórcio (ao que se percebe *ex officio*):

Do mesmo modo, encontrando-se o processo de separação em grau de recurso, descabe ser julgado. Sequer é necessário o retorno dos autos à origem, para que o divórcio seja decretado pelo juízo singular. Deve o relator decretar o divórcio, o que não fere o princípio do duplo grau de jurisdição.³⁵

Sujeito a todas as críticas, tenho que esse cenário, entretanto, merece considerações específicas, dependendo da extensão do apelo: (a) se ele não estiver voltado à reforma da sentença (tenha ela decretado ou não a separação) ou se, do contrário, a (b) apelação pugnar, cumulativamente ou não com outros pedidos, por reforma do capítulo do ato sentencial que deliberou sobre a separação (acolhendo-a ou não).

Na primeira hipótese (conformação das partes ou interessados com o tópico da sentença que dispôs sobre a separação), parece-me que caberá ao tribunal silenciar a respeito. A uma, porque esse capítulo terá passado em julgado, à medida que, de procedência ou de improcedência a sentença, contra o seu teor ninguém se bateu. A duas, porque o tribunal, de ofício pronunciando o divórcio, terá dado mais do que foi pedido, tornando o acórdão *ultra petita*. A três, haja vista que, fundado nas mais diversas razões, inclusive de fundo religioso, poderão as partes simplesmente não desejar a dissolução do matrimônio, inclusive porque cogitam, p. ex., de reconciliação. A quatro, à exata proporção de que o novo *status* (de divorciados) poderá afetar direitos de terceiros. A cinco, porque incidem aqui as mesmas razões jurídicas que impedem, no primeiro grau de jurisdição, que o juiz assim decida, ou seja, se na origem o magistrado deve oportunizar prazo para a conversão, sob pena de extinção, não há porque, no segundo grau, dar-se o divórcio sem pleito nesse sentido.

35 DIAS, Maria Berenice. EC 66 – e agora? Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 1 set. 2010., p. 2.

Possível a oposição do seguinte contraponto: o efeito translativo da apelação estaria a permitir que o julgador de segundo grau enfrentasse esse capítulo contra o qual não se preocupou a apelação. Não. É sabido que o efeito translativo se materializa na possibilidade de o tribunal decidir sobre matéria não versada nas razões ou na resposta à apelação. Luiz Orione Neto assim disserta a respeito: “Quando o sistema processual autoriza o órgão *ad quem* a julgar “fora do que consta das razões ou contra-razões do recurso”, sem que tal procedimento venha caracterizar julgamento *extra, ultra* ou *infra petita*, ter-se-á o *efeito translativo*”.³⁶

No entanto, a salutar extensão do efeito translativo, garantidor, muitas vezes, da adequação do julgado mesmo diante da inércia da parte recorrente, não tem aplicação indiscriminada. Não pode o relator, por força dele, deliberar *ex officio* sobre toda e qualquer matéria debatida em primeiro grau e não devolvida ao tribunal. Deverá o magistrado, agora sim, em função do efeito translativo, pronunciar-se de ofício sobre questões de ordem pública ou sobre aquelas que o juiz pode se pronunciar sem provocação.³⁷

Luiz Orione Neto, citando Flávio Cheim Jorge, doutrina:

Assim, é inerente ao efeito devolutivo o conhecimento de questões que sequer foram mencionadas no recurso e que tampouco tiveram uma apreciação exaustiva do magistrado *a quo*. A interposição do recurso faz com que sejam levadas ao conhecimento do órgão julgador todas as questões de ordem pública, ou mesmo aquelas a respeito das quais o juiz pode se pronunciar de ofício, tais como honorários advocatícios, juros legais, etc³⁸(grifo nosso).

José Carlos Barbosa Moreira estende o alcance desse efeito às matérias não apreciadas em primeiro grau (mesmo que não configurem questões de ordem pública ou conhecíveis de ofício): “[...] as questões que, não sendo examináveis de ofício, deixaram de ser apreciadas, *a despeito* de haverem sido suscitadas e discutidas pelas partes”³⁹. Mas, adverte ele, “sempre, é óbvio, dentro dos limites da ‘matéria impugnada’” (Cit., p. 446).⁴⁰

36 ORIONE NETO, Luiz. **Recursos cíveis**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 138-139.

37 ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 225.

38 ORIONE NETO, Luiz. **Recursos cíveis**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 139.

39 MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 447. v. 5.

40 No mesmo sentido: FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 123-124. v. 7.

Como o decreto de separação, ou sua rejeição, não configura matéria de ordem pública e muito menos se ajusta àquelas situações conhecíveis *ex officio* pelo julgador, inarredável concluir que o pronunciamento de primeiro grau de jurisdição passou em julgado, não podendo o órgão recursal se pronunciar a respeito, nem mesmo ao argumento de o faz sob a proteção do efeito translativo da apelação. Diversa a conclusão se o magistrado, por omissão, não decidiu acerca do pedido de separação, situação na qual o efeito translativo permitirá à instância órgão *ad quem* deliberar a respeito, nos moldes que seguem.

Na segunda hipótese, qual seja, a apelação devolve especificamente o conteúdo decisório que decretou ou afastou o pleito de dissolução, a solução há de ser outra. Mesmo que ajuizada a ação de separação e sentenciado o feito antes da vigência da EC 66, não poderá o relator, com todas as vênias, julgar o concernente à separação, mantendo ou reformando a sentença, simplesmente porque o instituto separação não mais existe. Diferente fosse poderia o juiz de primeiro grau dar sequência às ações de separação em curso.

Não é possível ignorar que a sentença não estará produzindo efeitos no tocante à separação em si, por força do efeito devolutivo do recurso de apelação. Ora, se ela não produz efeitos, até porque será substituída pelo acórdão, não há razão jurídica para o tribunal decidir sobre a separação, instituto extinto.

Razoável que o relator, devolvida a matéria, ou oportunize prazo aos litigantes para a conversão (pouco provável, mas possível) ou determine a baixa dos autos à origem para esse fim, dependente das particularidades da *actio* (tempo de tramitação, comarca de origem, preferência legal etc).

3.1.3 A culpa conjugal

Com a extinção da separação, é de se perguntar se a culpa poderá ou não ser discutida na ação de divórcio. A questão tem suscitado debate. Em síntese, possível dizer que os defensores da possibilidade da discussão da culpa no divórcio baseiam-se nos seguintes argumentos: a) a liberdade individual do(s) cônjuge(s) em querer discuti-la, com base na autonomia privada (art. 1º, III, CRFB/88); b) a culpa implica descumprimento dos deveres do casamento (CC/02, art. 1.566), vigentes quando do seu cometimento; c) a responsabilidade civil por grave descumprimento de dever conjugal; d) a culpa é elemento geral do direito civil (obrigações, contratos e responsabilidade civil), não podendo o direito de família, exclusivamente, eliminá-lo; e e) é direito do inocente demonstrar que a falência conjugal não se deu por sua culpa.

Flávio Tartuce, no artigo *A PEC do Divórcio e a Culpa: possibilidade*, defende a transposição da culpa para o divórcio e conclui: “Por fim, a existência de um modelo *dual* ou *binário*, com e sem culpa, atende melhor aos múltiplos anseios da sociedade pós-moderna, identificada pelo pluralismo e pela hipercomplexidade”.⁴¹

Não me parece a melhor posição.

De início, a par das dificuldades por vezes impossíveis de se alcançar a culpa (quer por sua complexidade, quer por ocorrer no mais das vezes *intra muros*) e de distinguir o que é causa e o que é consequência⁴², e ainda sua potencial colisão com valores constitucionais, convém lembrar que o fundamento da relação conjugal está na afetividade. Ao contrário do passado, quando o matrimônio servia à vontade Divina, prestava-se à manutenção da espécie e do estado, hoje ele está calcado, alimenta-se, respira e vive da *affectio* do casal. Rompido esse elo, desaparece o alicerce da edificação conjugal, o casamento terá terminado por si, ruiu, independentemente da identificação de culpado.

Carlos Roberto Gonçalves, ao tratar da afetividade, arremata: “Nessa linha, a dissolução da sociedade conjugal pela separação judicial e pelo divórcio tende a ser uma consequência da extinção da *affectio*, e não pela culpa de qualquer dos cônjuges”.⁴³ (grifo do autor).

A afetividade, mais do que qualquer outro princípio informador do direito de família contemporâneo, mostra, por si, que alguns conceitos gerais do direito civil aqui não têm aplicação. Não soa adequado, por exemplo, que, a pretexto do exercício da autonomia privada, o mero e individual propósito de um dos cônjuges seja bastante, ignorando-se o suporte mantenedor da relação (a afetividade⁴⁴), para movimentar a máquina estatal na busca de algo que, mostrou-se, pode ser perseguido em via autônoma (como a guarda, os alimentos etc) e sem as mazelas próprias da investigação da culpa.

É certo que o casamento (como a união estável) implica deveres (art. 1.566, CC/02). A questão é saber: a infração a eles justifica o divórcio

41 TARTUCE, Flávio. *A PEC do divórcio e a culpa: possibilidade*. Carta Forense de 02.02.2010. p. A 28.

42 FARIAS, Cristiano Chaves de. Redesenhando os contornos da dissolução do casamento. *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 118.

43 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 24-25. v. 6.

44 Fundamento único das uniões livres, Cf. (PAPIN, Bianca Ferreira. *Cit.*, p. 7. PEC do divórcio põe fim à discussão sobre a culpa. *Revista IOB de direito de família (IOB)*. n. 59, abr/maio-2010, p. 8.)

com investigação da culpa ou a violação basta ao 'ofendido' para o rompimento do afeto e, portanto, para o divórcio? Parece seguro afirmar que, independentemente de qualquer prova da culpa, o que importa é se o alegado descumprimento legal implicou quebra de confiança, fez ruir a afetividade, e, portanto, é (ou não) bastante para o 'inocente' divorciar-se. Não é preciso ação judicial para esse fim, pois o decisivo não é a prova da culpa, mas sim a fissura nos laços afetivos, que não precisa ser provada. Do contrário, seria razoável supor que a relação se manteria caso a prova da culpa não vingasse!

Tocante à responsabilidade civil por grave descumprimento de dever conjugal, é preciso reiterar, num primeiro momento, a extinção da separação do arcabouço normativo e, com ela, a possibilidade da análise da culpa (caracterizadora da chamada separação culposa ou sanção), de modo a reafirmar o sistema unitário e o divórcio. Não se pode dar sobrevida a pressuposto subjetivo (culpa) se a separação (culposa) que lhe dava vida foi extinta. Seria como dizer que o todo morreu, mas parte dele sobreviveu! Noutras palavras, o que se sustenta é a inadequação da 'importação' da culpa pelo divórcio e, portanto, de introduzir a sua discussão na ação de divórcio (que tem objeto absolutamente definido: dissolução do matrimônio).

Nada obsta que qualquer descumprimento, mesmo que havido na constância do casamento, possa ser deduzido em ação autônoma, fora do divórcio, com sujeição aos pressupostos específicos da responsabilidade civil⁴⁵ e, inclusive, em unidade jurisdicional distinta (cível). Aliás, diga-se em reforço, normalmente os fatos que podem levar à responsabilização civil derivam, de regra, de ilícito penal.⁴⁶ Daí porque sua perquirição em *actio* cível, independente, não resultaria em qualquer prejuízo ao 'inocente'.

Também não calha o argumento de que a ação de divórcio poderia ser recebida como perdão tácito, não sendo então possível discutir a responsabilidade civil em ação diversa. Não. Se o divórcio for consensual, sugere-se ressalva expressa (até porque é desnecessária a indicação de qualquer causa) e, se litigioso, basta, por cautela, que se revele o propósito de buscar compensação (normalmente moral) em outra seara. Não

⁴⁵ TJSC. Ap. civ. 2008.068243-5, rel. Juiz HENRY PETRY JUNIOR, j. em 15.09.2009.

⁴⁶ WELTER, Belmiro Pedro. **A secularização da culpa no direito de família**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 02 set. 2010.

bastasse isso, nenhum problema haveria no aforamento contemporâneo do divórcio e da ação indenizatória.

De outro lado, a culpa, como elemento que permeia os diferentes ramos do direito civil, efetivamente não pode ter vez no específico e distinto direito de família - notadamente no âmbito do casamento. E isso não é novidade. Não se discute culpa, por exemplo, na dissolução da união estável⁴⁷. E assim se procede, corretamente, ao argumento que a previsão legal acerca da culpa estava situada na dissolução da sociedade conjugal (separação), não sendo possível sua transferência para prejudicar.

Ao fim, registro que mesmo antes da EC 66 não era possível o divórcio culposo.

3.2 OS DIVÓRCIOS POSSÍVEIS

De tudo, extinta a separação e ausente qualquer exigência de prazo prévio ao divórcio, ou mesmo indicação de causa ou motivo, conclui-se que os divórcios possíveis no Brasil são: a) divórcio judicial consensual; b) divórcio judicial litigioso; e c) divórcio administrativo (obviamente consensual).

Dar-se-á o divórcio judicial consensual quando os interessados assim optarem ou houver menores ou incapazes com interesses envolvidos; o segundo, na existência de dissenso entre as partes (quanto à pensão, nome etc), mesmo que ausentes menores ou incapazes; e o último, não havendo menores ou incapazes, quando estiverem acordes os interessados quanto à pensão entre eles, nome e partilha dos bens comuns.

4 CONCLUSÃO

É incontestável que, no sistema jurídico nacional, o divórcio, superadas as resistências havidas, paulatinamente vem sendo facilitado e aperfeiçoado. Inicialmente repellido com veemência, o divórcio vincular é introduzido no Brasil somente quando precedido de separação judicial ou cautelar de separação de corpos por mais de três anos (era o divórcio indireto) – o direto previsto no art. 2º da EC 9/77 não foi aprovado. Evolui-se, com a Constituição Federal, para o divórcio direto após mais de dois anos de separação de fato e o indireto, após mais de um ano de separação judicial.

⁴⁷ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 791. Contrário: STJ, REsp 995538/AC, relª. Minª. NANCY ANDRIGHI, j. em 04.03.2010.

A EC 66 altera o teor do § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que passa a ter o seguinte conteúdo: *O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio*, abolindo as referências a “separação judicial”, “casos expressos em lei” e “separação de fato por mais de dois anos”. O processo legislativo deixa assente, a mais não poder, que o propósito é eliminar o sistema dual (divórcio e separação) e evitar suas inconveniências, explicitamente apontadas nas justificativas da PEC: duplicidade de processos, prolongamento do sofrimento dos separandos, emolumentos nas duas ações etc.

Os métodos interpretativos histórico (aquele que investiga no processo legislativo quais as intenções do legislador e projeta qual seria sua compreensão acaso tivesse de aplicar na atualidade a norma aprovada), sistemático (a norma não pode ser interpretada destacada do todo, mas sim como seu elemento integrante e de forma a reafirmar o sistema) e teleológico (análise da regra ou princípio de forma afinada com os fins sociais aos quais se destina), sugerem que a separação foi extinta do contexto normativo nacional.

Embora pendente de amadurecimento, quer pela doutrina (especialmente dos constitucionalistas), quer pela rica contribuição da jurisprudência, tenho que a separação deixou de existir no Brasil, que passa, nessa perspectiva, a integrar o rol dos países de sistema unitário (divórcio), eliminado o dual (divórcio e separação). Não há espaço para dúvidas, porém, tocante a ausência de prazo de reflexão: para o divórcio, hoje, basta a existência de casamento válido.

Não se sustenta o argumento de que a culpa subsiste em razão de seus reflexos (no direito de família) quanto ao nome (CC/02, art. 1.578) e aos alimentos (CC/02, art. 1.704, § único). Nunca esses valores deveriam ser considerados à vista da culpa. Tocante ao nome, porque as exceções daquele dispositivo são de tal extensão que, por contraditório que pareça, fazem da exceção a regra; e segundo, porquanto o nome é direito da personalidade (CC/02, art. 16), pertence a seu titular (e não a terceiro) e só ele pode dele abrir mão. No que diz com alimentos, eles devem ser interpretados na moldura definida pelos pressupostos da obrigação alimentar. Só.

As pessoas judicialmente separadas nesse *status* deverão permanecer. Não é razoável cogitar de conversão automática em divórcio. E por diversas razões: possível que os separados não pretendam o divórcio (até por razões religiosas, p. ex.); permanece facilitada a reconciliação; não se extingue a possibilidade de pensão alimentícia; e preservam-se direitos de terceiros.

Quanto aos processos em curso sem sentença: a) os de divórcio indireto devem simplesmente seguir seu curso, pois, afinal, o que se pretende é dar cabo mesmo ao vínculo matrimonial, pouco importando se a *actio* foi ou não precedida de separação; e b) nos de separação, deve o magistrado ofertar prazo às partes (na separação litigiosa) ou aos interessados (na consensual) para a conversão: havendo, segue-se o pedido como de divórcio; não havendo, o feito deve ser extinto por superveniente ausência do interesse de agir. O que não é possível, parece-me, é o juiz decretar *ex officio* o divórcio (seria a sentença *ultra petita*).

Tocante aos processos de separação em grau de recurso, duas situações podem se apresentar: a) se a apelação devolver a matéria concernente à separação em si, tocará ao relator, penso, ou fixar prazo às partes para a conversão (pouco provável, mas possível) ou determinar a baixa dos autos à origem para esse fim, dependendo das particularidades da hipótese (tempo de tramitação, preferência legal etc); e b) se a irresignação não devolver a temática, nada poderá fazer o tribunal, porque esse capítulo da sentença terá passado em julgado. Nem mesmo o efeito translativo da apelação altera o quadro, haja vista que se presta para permitir ao órgão *ad quem* deliberar sobre (i) questões de ordem pública e conhecíveis de ofício, bem assim as (ii) matérias debatidas no primeiro grau e não decididas na sentença, mas sempre nos limites do recurso.

A importação da culpa conjugal pelo divórcio não é possível. Não só porque a separação culposa foi extinta, não só porque sua investigação é inconstitucional e impossível ao ser humano identificar sua precisa origem e sua exata extensão, mas também porquanto ela, na prática, não produz efeitos. Mais importante, mesmo antes da EC 66 o divórcio não permitia discussão da culpa. Nada obsta, todavia, que a responsabilização civil seja perseguida na via e sede próprias.

Após a EC 66 não é necessária a indicação de causa ou motivo para o divórcio ou mesmo de prazo mínimo de casamento. E o divórcio poderá ser: a) judicial consensual - porque há menores ou incapazes ou porque assim escolheram os interessados; b) judicial litigioso – quando houver dissenso acerca do nome, bens etc; e c) administrativo (consensual) – quando não se verificar interesse de menor ou incapaz e estiverem acordes os divorciandos acerca do nome, partilha e pensão.

REFERÊNCIAS

- ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BRASIL. Boletim IBDFAM n. 63, jul/ago 2010.
- BRASIL. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 1 set. 2010.
- BRASIL. STJ. REsp. n. 363794-DF, rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, j. em 27.06.2002.
- BRASIL. STJ, REsp 995538/AC, rel^a. Min^a. NANCY ANDRIGHI, j. em 04.03.2010.
- DIAS, Maria Berenice. **EC 66 – e agora?** Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 1 set. 2010.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. Redesenhando os contornos da dissolução do casamento. **Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. v.7.
- GAGLIANO, Pablo Stolze. **A nova emenda do divórcio e as pessoas judicialmente separadas**. Carta Forense, abril/2010, p. B 8.
- _____. A nova emenda do divórcio: primeiras reflexões. **Revista brasileira de direito das famílias e sucessões (Magister/IBDFAM)**, v. 16, jun/jul 2010.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O novo divórcio**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GARCEZ FILHO, Martinho Segundo. **Direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho Editor, 1932. v. 2.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 6.
- LÔBO, Paulo. PEC do divórcio: conseqüências jurídicas imediatas. **Revista brasileira de direito das famílias e sucessões – Magister/IBDFAM**, v. 11, ago/set 2009.
- MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 5.
- OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- ORIONE NETO, Luiz. **Recursos cíveis**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006.
- PAPIN, Bianca Ferreira. PEC do divórcio põe fim à discussão sobre a culpa. **Revista IOB de direito de família (IOB)**. n. 59, abr/maio-2010.

- PETRY JUNIOR, Henry. **A separação com causa culposa**: uma leitura à luz da hermenêutica constitucional. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.
- SANTA CATARINA. TJSC. Ap. civ. 2007.0013242-5, rel. Des. FERNANDO CARIONI, j. em 08.05.2007.
- SANTA CATARINA. TJSC. Ap. civ. 2008.068243-5, rel. Juiz HENRY PETRY JUNIOR, j. em 15.09.2009.
- SANTA CATARINA. TJSC, Ap. civ. 2004.007833-1, rel^a. Des^a. MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA, j. em 27.09.2005.
- SANTA CATARINA. TJSC, Ap. civ. 2008.006235-8, rel. Des. MARCUS TULIO SARTORATO, j. em 13.08.2009.
- SANTA CATARINA. TJSC. Ap. civ. 2005.036867-7, rel. Des. SÉRGIO IZIDORO HEIL, j. em 08.01.2009.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SIMÃO, José Fernando. **A PEC do divórcio e a culpa**: impossibilidade. Carta Forense de 02.02.2010.
- TARTUCE, Flávio. **A PEC do divórcio e a culpa**: possibilidade. Carta Forense de 02.02.2010.
- WELTER, Belmiro Pedro. **A secularização da culpa no direito de família**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 02 set. 2010.

