



HAYNÊDE MELO SOBRINHO

**EMENDA CONSTITUCIONAL N° 66:
os efeitos da desnecessidade da culpa no novo divórcio.**

BRASÍLIA - DF

2011

HAYNÊDE MELO SOBRINHO

**EMENDA CONSTITUCIONAL N° 66:
os efeitos da desnecessidade da culpa no novo divórcio.**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito do
Centro Universitário de Brasília - UniCEUB

Orientador: Prof^o. Msc. Ivan Cláudio Pereira
Borges

BRASÍLIA - DF

2011

SOBRINHO, Haynêde Melo

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010: os efeitos da desnecessidade da culpa no novo divórcio / Haynêde Melo Sobrinho. Brasília: UniCEUB, 2011.

73 fls

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília- UniCEUB.

Orientador: Profº. Msc. Ivan Cláudio Pereira Borges.

HAYNÊDE MELO SOBRINHO

EMENDA CONSTITUCIONAL N° 66: os efeitos da desnecessidade da culpa no novo divórcio.

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito do
Centro Universitário de Brasília - UniCEUB

Orientador: Prof^o. Msc. Ivan Cláudio Pereira
Borges

Brasília, 14 de outubro de 2011.

Banca Examinadora

Prof^o. Msc. Ivan Cláudio Pereira Borges
Orientador

Prof. Examinador

Prof. Examinador

Dedico esta monografia a duas pessoas Haymar e Lucynede, que em nenhum momento mediram esforços para realização dos meus sonhos, que me guiaram pelos caminhos corretos, me ensinaram a fazer as melhores escolhas, me mostraram que a honestidade e o respeito são essenciais à vida, e que devemos sempre lutar pelo que queremos. A eles devo a pessoa que me tornei, sou extremamente feliz e tenho muito orgulho por chamá-los de papai e mamãe. Amo muito vocês!

Com amor, a todos os meus familiares e amigos que estiveram ao meu lado. Agradeço pelo incentivo, partilha da sabedoria e torcida!

AGRADECIMENTO

A finalização desse curso significa grande vitória, não somente para mim, mas também para todos aqueles que acompanharam minha caminhada durante esses cinco anos.

Assim, torna-se imprescindível agradecer primeiramente a Deus, por ter me dado dons: de sabedoria, inteligência, paciência, determinação suficiente para que eu pudesse concluir o curso de Direito, pois foi Ele que escutou todas minhas inquietações e dúvidas, alegrias e tristezas, que não expressei e que se sucederam ao longo desse tempo. A cada vitória, o reconhecimento devido ao meu Deus, pois só Ele é digno de toda honra, glória e louvor. “Senhor, obrigada pelo fim de mais uma etapa de muitas que estão por vir”.

Imediatamente a seguir, agradeço a minha família; a minha irmã Haylane, pelo carinho e por todo apoio e incentivo. Ao meu papai Haymar e minha mamãe Lucynede, meu eterno agradecimento pelos momentos em que estiveram ao meu lado, me apoiando e me fazendo acreditar que nada é impossível; pessoas que sigo como exemplo. Pais dedicados, batalhadores, que abriram mão de sonhos pessoais para me proporcionar a concretização deste curso.

Agradeço ao meu namorado, Diogo, pelo encorajamento nos momentos de desânimo e dificuldade, me incentivando todos os dias. Com certeza, também torce pelo meu sucesso e vem me acompanhando nas principais etapas de minha vida.

Agradeço ao meu orientador, professor Msc. Ivan Cláudio Pereira Borges, pelas orientações seguras, sempre precisas e oportunas, e pelo enorme auxílio na elaboração deste trabalho. Devo a ele meu agradecimento pelas horas em que ficou ao meu lado, não me deixando desistir e me mostrando que sou capaz de chegar aonde desejo. Auxiliou-me a me encontrar nesse trabalho e expor todas minhas idéias e pensamentos. Obrigada por ter tranquilizado em minhas inquietações e, assim, tentar me formar uma profissional competente.

Soneto da Fidelidade

De tudo ao meu amor serei atento
Antes, e com tal zelo, e sempre, e tanto
Que mesmo em face do maior encanto
Dele se encante mais meu pensamento.
Quero vivê-lo em cada vão momento
E em seu louvor hei de espalhar meu canto
E rir meu riso e derramar meu pranto
Ao seu pesar ou seu contentamento.
E assim, quando mais tarde me procure
Quem sabe a morte, angústia de quem vive
Quem sabe a solidão, fim de quem ama
Eu possa me dizer do amor (que tive):
Que não seja imortal, posto que é chama
Mas que seja infinito enquanto dure.

Vinicius de Moraes

RESUMO

A presente pesquisa versa sobre a alteração promovida pela Emenda Constitucional nº 66/2010, a qual suprimiu o instituto da separação judicial e extinguiu a necessidade de fluência de prazos para o concedimento do divórcio. A consequência principal dessa mudança é o afastamento da possibilidade de discussão da culpa, vez que no divórcio não cabe questionamento acerca das causas que motivaram o fim da união. A nova ordem constitucional trouxe também modificação na seara do direito aos alimentos, pois a pretensão alimentar do cônjuge não poderá se fundar na conduta desonrosa do outro consorte ou em qualquer ato convencionado como culposos que implique violação dos deveres conjugais. Diante do novo ordenamento jurídico, não mais subsiste a aferição do elemento subjetivo da culpa. O pedido de pensão alimentícia deve pautar-se tão somente no binômio necessidade e possibilidade-econômica, independentemente de culpabilidade. No entanto, a exclusão da análise da culpa do Direito de Família não impede ao cônjuge que tenha sofrido danos morais, materiais ou estéticos, demandar o ex-consorte para debater a culpa em ação autônoma que apure o nexo de causalidade, discutindo a culpa livre de qualquer vínculo indesejado.

Palavras-chaves: Divórcio. Emenda Constitucional nº 66/2010. Alimentos. Culpa. Lapso Temporal. Separação.

ABSTRACT

This search has the goal of presenting about the occurred change made by the constitutional amendment n° 66/2010 which suppressed the institution of legal separation and the needs of creep term of divorce granting. Due of changes occurred the detachment of discussing about guilt because in divorce procedure there is no doubts about reasons that made it end. The new constitutional order promoted changes in the right of harvest to food so that spouse can not base its behavior on dishonorable conduct of another or any guilty act that violates the conjugal duties. Before the new legal ordered the measurement no longer exists of subjective guilt. It is said about the request of alimony it has to be based on binomial, necessity and also on economic possibility despite the culpability. However, the exclusion of guilty analysis of the guilt in the right of family does not prevent the spouse that suffered moral damages or materials damages or aesthetic damages, demand the former consort for discussing about the guilt in an autonomous action investigating the casual link. It has to discuss the guilt smoothly.

Key Words: Divorce, Constitutional amendment n° 66/2010, Food, Guilt, Time lapse, Separation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA	12
1.1 Da Dignidade da Pessoa Humana.....	13
1.1.1 Da intervenção mínima do Estado	15
1.1.2 Da Solidariedade Social	18
1.1.3 Da Igualdade	21
1.1.4 Do direito a vida privada.....	22
2 DESNECESSIDADE DE ANÁLISE ESTATAL DOS MOTIVOS DA FALÊNCIA DO MATRIMÔNIO.....	25
2.1 O Divórcio: uma visão histórica	25
2.1.1 O Divórcio e sua exigência de prévia Separação Judicial	26
2.1.2 O Divórcio por conversão da Separação Judicial, ou por exercício Direto.....	28
2.2 A culpa no Direito de Família	32
2.2.1 Perda do uso do nome de casado	34
2.2.2 Natureza dos alimentos decorrentes da culpa	35
2.2.3 Críticas à possibilidade de imputação da culpa	40
3 ACOLHIMENTO LEGAL/CONSTITUCIONAL DA EXTINÇÃO DE MOTIVOS PARA A DECRETAÇÃO DA EXTINÇÃO DO VINCULO CONJUGAL	44
3.1 A Emenda Constitucional n° 66/2010.....	44
3.1.1 Extinção da Separação Judicial.....	48
3.1.2 Fim do lapso temporal	56
3.1.3 Impossibilidade de aferição da culpa.....	58
CONCLUSÃO	66
REFERÊNCIAS	68

INTRODUÇÃO

No final do século XX e início do século XXI observa-se profunda mudança na estrutura social, sobretudo nas relações familiares. As mudanças pediam novas proteções jurídicas, e nas últimas décadas tanto a Constituição Federal de 1988, como as leis infraconstitucionais surgiram com inovações importantes, alterando o quadro de interpretação e aplicação jurídica no direito brasileiro.

Entre essas inovações está a Emenda Constitucional n° 66/2010, que modificou o artigo 226, parágrafo 6°, da Constituição Federal de 1988, extinguindo o lapso temporal de 2 (dois) anos para separação de fato e de 1 (um) ano para a separação judicial. Possibilitou o divórcio direto sem aguardar nenhum prazo. Ademais, desconsiderou a questão da culpa, objeto desta pesquisa.

Com a entrada em vigor da Emenda Constitucional n° 66/2010, pode-se afirmar que houve a extinção da separação judicial, do lapso temporal e da culpa no Direito de Família? A presente monografia tentará elucidar essa dúvida, além de outras questões sobre o tema, como divórcio e alimentos decorrentes de imputação de culpa.

Neste contexto, coloca-se como questão central deste trabalho a desnecessidade de aferição de elemento subjetivo de culpa na separação judicial, e seus desdobramentos no âmbito alimentar.

Para melhor compreensão, o trabalho está dividido em três capítulos.

Preliminarmente serão analisadas as mudanças advindas no direito de família, vazadas nos princípios constitucionais que os norteiam, culminando na demonstração da noção moderna de família, que leva em conta o direito à felicidade e se pauta pelo convívio e afeto da vida em comum, ultrapassando largamente os aspectos meramente patrimoniais.

Oportunamente serão elucidadas as questões sobre a obrigatoriedade da aplicação constitucional na seara do direito de família, passando-se em seguida a análise dos

princípios contemporâneos desse Direito, notadamente o da intervenção mínima do Estado na vida privada e o da dignidade da pessoa humana, sedes da ordem jurídica brasileira.

A manutenção da imputação de culpa no ordenamento jurídico contraria o princípio da finalidade do Estado, que é a promoção do bem comum, além de afrontar novos valores que a Constituição Federal de 1988 passou a exprimir em sua evolução.

O segundo capítulo esclarecerá a razão da perda do sentido da aferição da culpa, demonstrando as adequações históricas do instituto, segundo as demandas sociais contingentes. A partir de investigação científica, demonstrará a evolução histórica, os elementos (inclusive diferenciando o divórcio da separação), e os requisitos de cada instituto.

No terceiro capítulo serão demonstradas a repercussão do novo divórcio no Direito de Família e as mudanças no seu procedimento diante da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 66/2010. O sistema jurídico atual permite a concessão do divórcio sem causa específica e sem a necessidade de cumprir nenhum prazo determinado; o que atende com recomendável imediatilidade e plena eficiência aos anseios do cônjuge que pretende livrar-se de uma relação afetiva falida. Com esta perspectiva, depreende-se que o afeto deve ser elencado como principal elemento das relações esponsais.

Nessa linha de raciocínio, este texto monográfico trabalhará o método de pesquisa bibliográfica e o embasamento jurídico da hipótese de verificação acima exposta.

O que se pretende com a presente monografia é tentar oferecer soluções, sob um ponto de vista imparcial, que sejam mais adequadas a cada situação, para que os traumas da ruptura conjugal sejam os menores possíveis.

1 PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA

Juridicamente, os princípios constitucionais são normas de hierarquia superior, devendo-lhe obediência, formal e material, todos os demais diplomas normativos, sob pena de inconstitucionalidade.

Portanto, toda e qualquer norma infraconstitucional que não se harmonize com os valores e garantias constitucionais devem ser repelidas do sistema jurídico, obstada a sua aplicação, porque todos os seus eventuais efeitos colidirão frontalmente com as normas constitucionais. Assim sendo, o Código Civil de 2002 obedece, obrigatoriamente, às normas constitucionais.¹

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald afirmam que “violiar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma; a desatenção a um princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comando”.²

Portanto, o Direito Civil (direito privado) deve, sim, sofrer todas as influências possíveis do direito constitucional.³ Os princípios constitucionais tem o múnus de seguir aos anseios da sociedade, fundamentadas em um espírito político, com alcance generalista.⁴

O Direito Civil, como um todo, por mais que tenha seus próprios princípios ainda assim, é subordinado diretamente as normas constitucionais. Sendo assim, como todo sistema jurídico infraconstitucional, estará sempre vinculado as diretrizes constitucionais, inclusive no que tange ao Direito de Família, matéria esta, que estudaremos a seguir com foco em cada um desses princípios constitucionais aplicáveis nas relações familiares com o término do vínculo conjugal.

¹ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito civil constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 22.

² FARIAS, Cristiano de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2010, p. 34.

³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 43.

⁴ BITTAR, Carlos Alberto. *Op.cit.*, p. 23-24.

1.1 Da Dignidade da Pessoa Humana

A Constituição Federal de 1988 elegeu a dignidade da pessoa humana como cabedal a ser resguardado; colocou-a no centro de toda e qualquer preocupação jurídica, abandonando a visão patrimonialista do Código Civil de 1916, em busca de uma visão protetora do ser humano.⁵

A dignidade da pessoa humana é o princípio basal⁶. No artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988⁷ é elencado como sendo um dos fundamentos da República. A pessoa humana é colocada no centro do ordenamento jurídico, e compõe outros princípios. Assim define Rodrigo da Cunha:

A dignidade é um macroprincípio sob o qual irradiam e estão contidos outros princípios e valores essenciais como a liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade, alteridade e solidariedade. São, portanto, uma coleção de princípios éticos. Isso significa que é contrário a todo nosso direito qualquer ato que não tenha como fundamento a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e o pluralismo político.⁸

A noção jurídica de dignidade traduz um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade. Mais do que garantir a simples sobrevivência, esse princípio assegura o direito de se viver plenamente, sem qualquer intervenção estatal.⁹

A dignidade humana somente é preservada na medida em que se garante o respeito à dimensão existencial do indivíduo, não apenas em sua esfera pessoal, mas principalmente no âmbito das suas relações sociais.

O doutrinador Ingo Wolfgang Sarlet diz que o princípio constitucional visa garantir o respeito e a proteção da dignidade da pessoa humana, não apenas no sentido de

⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Questões do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 6.

⁶ FIUZA, César. Sá; FREIRE, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direito civil. Atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 209-210.

⁷ BRASIL, Constituição Federal de 1988. Art. 1: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III- a dignidade da pessoa humana;

⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteados do direito de família*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 94.

⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil. Direito de família- as famílias em perspectiva constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011, Volume VI, p. 74.

assegurar tratamento não degradante ou mero oferecimento de garantias à integridade física do ser humano. É significativa a valoração da dignidade da pessoa humana, atingindo todas as esferas da ordem jurídica.¹⁰

O princípio da dignidade humana, como norte do ordenamento jurídico moderno, passou a exigir uma nova visão das relações privadas, primordialmente no que se refere às relações familiares, assegurando, com a aplicação e interpretação das normas, a vida humana em todos os seus aspectos, de maneira integral e prioritária.

Aplicando o princípio vetor constitucional no âmbito alimentício entre ex-cônjuges, resulta que os alimentos tendem a proporcionar uma vida de acordo com a dignidade de quem os presta (alimentante) ou de quem recebe (alimentado), não importando quem foi o culpado pelo fim do casamento, pois nenhuma das partes é superior ou inferior.

Nessa linha de idéias, fixar o *quantum* alimentar em percentual aquém do mínimo imprescindível à sobrevivência do alimentado, ou além das possibilidades econômico-financeiras do devedor, ofende de maneira direta o princípio da dignidade humana.¹¹

Toda e qualquer decisão acerca de alimentos deve ser presidida pelo fundamental princípio da dignidade do homem, respeitando as personalidades do alimentante e do alimentado, mesmo se ele for o culpado pelo fim do casamento.

Nas relações familiares, a doutrinadora Bianca Ferreira ensina que acusar a pessoa como culpada pelo fim do casamento, ainda que tenha ocorrido violação de deveres matrimoniais por um dos cônjuges, fere frontalmente às garantias constitucionais da pessoa humana, a seguir.

[...] De todo modo, vincular a dissolução do casamento ao descumprimento dos deveres conjugais e, via de consequência, à perquirição da culpa, afronta diretamente a dignidade da pessoa humana na medida em que tolhe a liberdade do indivíduo – manifestada na vontade de se separar –, incentiva relacionamentos artificiais e sem base afetiva, que comprometem a formação psíquica dos filhos e a formação dos cidadãos do futuro; além de

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 116.

¹¹ FARIAS, Cristiano de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2010, p. 664.

impulsionar a escalada do conflito entre os cônjuges, alimentando a angústia e o sofrimento humanos, num percurso processual que perdurará por longos anos. [...] ¹²

A apuração da culpa, como causa da separação, agride o princípio da dignidade da pessoa humana ¹³. Não pode o Estado exigir que os cônjuges discutam sua vida íntima em juízo, num processo cujo fim é certo ¹⁴. Não cabe ao juiz buscar razões para o fim de um matrimônio. Se o afeto acabou, este motivo basta por si só.

Neste álveo a doutrinadora Maria Berenice se posiciona, dizendo que o ser humano dispõe de liberdade de escolha: “Está na hora de o Estado, que consagra como princípio maior o respeito à dignidade da pessoa humana, reconhecer que todos os cidadãos dispõem do direito individual à liberdade, do direito social de escolha e do direito humano à felicidade” ¹⁵.

De fato, impedir a separação ou o divórcio para quem não encontra no ambiente familiar o amor, o afeto ou até mesmo um espaço para sua realização pessoal, é atentar contra o princípio da dignidade da pessoa humana. ¹⁶

Desta maneira, viola o princípio da dignidade da pessoa humana o fato de simplesmente exigir que os cônjuges levem ao Poder Judiciário toda sua vida íntima, todos os fatos que os envergonham, para só assim obterem a separação.

1.1.1 Da intervenção mínima do Estado

A Constituição Federal de 1988 definiu que o Estado assume o papel de “protetor” e não de “interventor” ¹⁷, ao dispor no artigo 226, *caput*, ¹⁸ que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

¹² PAPIM, Bianca Ferreira. *PEC do divórcio põe fim à discussão sobre a culpa*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-fev-13/pec-divorcio-poe-fim-debate-culpa-falencia-casamento>>. Acesso em: 13 maio. 2011.

¹³ DIAS, Maria Berenice. *Divórcio já!*: comentários à emenda constitucional 66 de 13 de julho de 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 49.

¹⁴ *Ibidem*, p.49.

¹⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito de família*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 61.

¹⁶ DIAS, Maria Berenice. *Op.cit.*, p. 49.

¹⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteados do direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 157.

¹⁸ BRASIL, Constituição Federal de 1988. Art. 226, *caput*: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

A referida Carta Magna tentou unir a liberdade do indivíduo à importância da família para a sociedade e para o Estado.

Ao homenagear a liberdade individual no rol de direitos e garantias insculpidos no artigo 5º da Constituição Federal de 1988¹⁹, bem como em outros princípios, conferiu a autonomia e o respeito dentro da família e, por conseguinte, assegurou a sua existência como célula mantenedora de uma sociedade democrática.²⁰

O que não equivale a dizer que o Estado deva interferir na ambiência familiar, como bem acentuou Rodrigo da Cunha Pereira: “A intervenção do Estado deve apenas e tão somente ter o condão de tutelar a família e dar-lhe garantias, inclusive de ampla manifestação de vontade e que seus membros vivam em condições propícias à manutenção do núcleo afetivo”.²¹

O Estado não tem o poder de intervir na estrutura familiar da mesma maneira como interfere nas relações contratuais²², posto que o dirigismo estatal aqui encontra contenção no princípio da afetividade, negador desse tipo de agressão.

Não cabe ao Estado impor a forma como a família se constitui, muito menos poderá normatizar sobre as causas que servem de motivo para seu desfazimento ou impor a união perpétua²³. Até mesmo porque a Constituição Federal de 1988, no artigo 226, parágrafo 7º²⁴, determinou que o próprio casal tem total liberdade para tomar decisão pertinente ao planejamento familiar.

¹⁹ BRASIL, Constituição Federal de 1988. Art. 5: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

²⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteados do direito de família*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey 2006, p. 158.

²¹ *Ibidem*, p. 157.

²² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil. Direito de família- as famílias em perspectiva constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011, Volume VI, p. 104.

²³ *Ibidem*, p. 104.

²⁴ BRASIL, Constituição Federal de 1988. Art.226, §7: Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Para os doutrinadores Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona o Estado somente tem o papel de apoiar e dar assistência às famílias, não cabendo, portanto, a interferência no ambiente familiar:

Ao Estado não cabe intervir no âmbito do Direito de Família ao ponto de aniquilar a sua base sócio-afetiva. O seu papel traduz um modelo de apoio e assistência, e não de interferência agressiva, tal como se dá na previsão do planejamento familiar, que é de livre decisão do casal (artigo 1565, § 2º, do Código Civil), ou na adoção de políticas de incentivo à colocação de crianças no seio da família substitutas, como previsto no Estatuto da criança e do Adolescente.²⁵

O Estado só deve intervir na vida familiar quando houver ameaça ou lesão a interesse jurídico de qualquer dos seus integrantes, ou até mesmo da família considerada como um todo.

Mais, conforme afirma o doutrinador Ézio Luiz Pereira, o que ocorre na prática é que o Estado invade a intimidade da vida das pessoas para procurar um culpado pelo fim do matrimônio, *in verbis*:

[...] quando o Estado invade (intervenção invasiva, não protetiva) o aconchego da intimidade do lar para bisbilhotar quem foi o ‘culpado’ (e existe um culpado? Sob a ótica de quem?) da quebra do convívio, estar-se-ia permitindo uma interferência estatal completamente inconstitucional. [...]²⁶

É relevante observar que a doutrinadora Maria Berenice Dias crítica o legislador do Código Civil de 2002 por ter mantido a imputação da culpa como causa da separação e, ainda, recrimina a “invasão” do Estado na privacidade e na intimidade dos cônjuges, como se vê abaixo:

Não atentou o legislador em que a perquirição da causa da separação vem perdendo prestígio, no panorama legal da maioria dos países desenvolvidos, que autorizam o fim do casamento independentemente da indicação de um responsável pela insuportabilidade da vida em comum. Seja porque é difícil atribuir a um só dos cônjuges a responsabilidade pelo fim do vínculo afetivo, seja porque é absolutamente indevida a intromissão na intimidade da vida das pessoas, tal motivação, já vem sendo desprezada pela jurisprudência pátria. Se um dos cânones maiores das garantias individuais é o direito à privacidade e à intimidade, constitui violação do sagrado direito do respeito

²⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil. Direito de família - as famílias em perspectiva constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011, Volume VI, p. 103.

²⁶ PEREIRA, Ézio Luiz. *A dissolução do casamento e “culpa”*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11938>>. Acesso em 21 maio. 2011.

à dignidade da pessoa humana a ingerência do Estado na vida dos cônjuges, obrigando um a revelar a intimidade do outro, para que, de forma estéril e desnecessária, imponha o juiz a pecha de culpa ao réu.²⁷

É certo que a intenção do Estado é de proteger o casamento, por este ser uma das bases da sociedade. Mas nos processos de separação judicial culposa, ambos os cônjuges são obrigados a revelar suas intimidades perante o juiz, e “os atores processuais (juiz, promotor, defensores públicos e advogados) não podem ser transformados em verdadeiros ‘investigadores’ do desamor”²⁸, decidindo se a causa da separação foi em decorrência da culpa de um consorte ou de ambos.

Desse modo, a ingerência do Estado na vida dos cônjuges, obrigando um a revelar a intimidade do outro para que o Juiz ache o culpado, é inconstitucional.

1.1.2 Da Solidariedade Social

Ao homenagear, no inciso I do artigo 3º²⁹ da Constituição Federal vigente, o princípio da solidariedade social, enquanto objetivo da República Federativa do Brasil é reconhecido como de extrema importância no Direito de Família, e deve estar presente sempre que for necessário³⁰, em face da serventia em afastar qualquer tipo de situação degradante, seja de cunho econômico ou social.³¹

Constitui objetivo da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre justa e solidária.³²

A fixação dos alimentos deve obediência a uma perspectiva solidária, norteadas pela cooperação, pela isonomia e pela justiça social, como modo de consubstanciar a imprescindível dignidade da pessoa humana. Assim estabeleceu o Superior Tribunal de Justiça em sede de Recurso Especial nº 995.538, tendo como relatora a Ministra Nancy Andrighi, a seguir.

²⁷ DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família e o novo código civil: da separação e do divórcio*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 71.

²⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito de família*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 110.

²⁹ BRASIL, Constituição Federal de 1988. Art. 3º, I: Construir uma sociedade livre, justa e solidária.

³⁰ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 63-64.

³¹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil – introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 36.

³² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. revista atualizada nos termos da Reforma Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 285.

Direito civil. Família. Recurso especial. Ação de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato c.c. pedido de alimentos. União estável. Caracterização. Situação de dependência econômica da alimentanda caracterizada. Obrigação de prestar alimentos configurada. Redução do valor com base nos elementos fáticos do processo. Restrições legais ao dever de prestar alimentos entre os companheiros não declaradas no acórdão impugnado. Inviabilidade de análise da questão. Imutabilidade da situação fática tal como descrita pelo Tribunal estadual.

- Discute-se a obrigação de prestar alimentos entre companheiros, com a peculiaridade de que o recorrente fundamenta suas razões recursais: (i) em alegada quebra, por parte da recorrida, dos deveres inerentes às relações pessoais entre companheiros, notadamente o dever de respeito (art. 1.724 do CC/02) ; (ii) no suposto “procedimento indigno” da ex-companheira em relação ao credor de alimentos (art. 1.708, parágrafo único, do CC/02); e, acaso não acolhidos os pleitos antecedentes, (iii) na redução dos alimentos para apenas os indispensáveis à subsistência da alimentanda, sob a perspectiva de que a situação de necessidade resultaria de culpa da pleiteante (art. 1.694, § 2º, do CC/02).

- Contudo, muito embora a tese apresentada pelo recorrente seja compatível com o ordenamento jurídico vigente, verifica-se, que o TJ/AC, em sua versão dos fatos – imutável nesta sede especial –, não imputou, à recorrida, qualquer comportamento indigno ou que tenha desrespeitado os deveres entre companheiros, tampouco declarou que a situação de necessidade resultaria de culpa da alimentanda, de modo que se mostra inviável a análise da lide sob os contornos apresentados pelo recorrente.

- Fundamentado no princípio da solidariedade familiar, o dever de prestar alimentos entre cônjuges e companheiros reveste-se de caráter assistencial, em razão do vínculo conjugal ou de união estável que um dia uniu o casal, não obstante o rompimento do convívio, encontrando-se subjacente o dever legal de mútua assistência.

- Considerando-se que o TJ/AC revisou, em termos fáticos, a questão, reduzindo o valor a patamar compatível com as necessidades e possibilidades ostentadas pelas partes, nada há para retocar no acórdão recorrido, que assegurou à ex-companheira o direito de receber alimentos, com base na situação de dependência por ela vivenciada, ao longo de aproximadamente 29 anos, em relação ao recorrente, forte no art. 7º da Lei n.º 9.278/96, vigente na época do rompimento da união estável, reputando o percentual de 8% sobre os vencimentos do ex-companheiro, como suficiente para a manutenção e sobrevivência da recorrida.

- Assinale-se, por fim, que o revolvimento do substrato fático do processo, circunscrito ao que se extrai do acórdão recorrido, que definiu as variáveis extraídas das necessidades da credora e possibilidades do devedor de alimentos, é vedado na via recursal eleita, a teor da Súmula 7 do STJ.

- Mantém-se, portanto, o acórdão recorrido, sem descurar que, pautada a fixação de alimentos nos vetores da necessidade e possibilidade

estabelecidos no art. 1.694, § 1º, do CC/02, e sendo esses dois elementos variáveis com o passar dos tempos, a revisão é permitida a qualquer momento, desde que evidenciada a mudança na capacidade econômica das partes.

Recurso especial não conhecido. (Grifos nossos)³³

Nessa linha de idéias, depreende-se que para as pessoas atingidas pelo desemprego ou pela diminuição da capacidade laborativa, os alimentos cumprem a relevante função de garantir a própria manutenção.³⁴

Independentemente de culpa pelo fim do casamento, a dignidade humana do alimentado é mais importante que a obrigação de alimentar atribuída a pessoa ligada por vínculo de parentesco; ou seja: a obrigação alimentar é sem dúvida expressão da solidariedade social e familiar, enraizada em sentimentos humanitários e constitucionalmente impostas como diretriz da nossa ordem jurídica.³⁵

O princípio da solidariedade social não apenas traduz a afetividade necessária que une os membros da família, mas especialmente concretiza uma forma de responsabilidade social, aplicada também à relação familiar. Com a habitual precisão, assim preceitua Flávio Tartuce:

A solidariedade social é reconhecida como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil pelo artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal de 1988, no sentido de buscar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Por razões óbvias esse princípio acaba repercutindo nas relações familiares, já que a solidariedade deve existir nesses relacionamentos pessoais.³⁶

A solidariedade, portanto, culmina por determinar reciprocamente amparos e assistência, material e moral, entre todos os familiares.

³³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Terceira Turma. Resp nº 995.538. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data do julgamento: 04/03/2010. Publicação: DJe 17/03/2010.

³⁴ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso de direito de família*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2000, p. 334.

³⁵ FARIAS, Cristiano de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2010, p. 666.

³⁶ TARTUCE, Flávio. *Novos princípios do direito de família brasileiro*. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8468/novos-principios-do-direito-de-familia-brasileiro>> Acesso em: 11 ago. 2011.

1.1.3 Da Igualdade

O princípio da igualdade reconhece em todos os seres humanos o mesmo valor, independentemente das diferenças sensoriais e idiossincrasias de cada indivíduo³⁷; portanto, estabelece a todos os mesmo direitos e deveres, o recebimento de tratamento não discriminatório respeitando todas as singularidades e particularidades dos seres humanos.³⁸

O princípio da igualdade tem intrinsecamente o *animus* de impedir qualquer sorte de tratamento desequilibrado (ou discriminatório) entre os cidadãos³⁹. Este tem a intenção de afastar qualquer maneira de exclusão, extirpando as desigualdades ainda presentes na sociedade⁴⁰, pois todos são iguais perante a lei.

O inciso III do artigo 3º⁴¹ da Constituição Federal estabelece ser objetivo da República Federativa do Brasil erradicar a pobreza e a marginalização, bem como reduzir as desigualdades sociais e regionais. Tal isonomia está também insculpida no *caput* do artigo 5º⁴² da referida Carta, segundo o qual todas as pessoas são iguais perante a lei, em direitos e obrigações, sem distinção de qualquer natureza.

Também em respeito ao princípio da igualdade, é livre a decisão do casal sobre o planejamento familiar (1565 parágrafo 2º CC⁴³ e 226 parágrafo 7 CF⁴⁴), sendo vedada qualquer tipo de coerção por parte de instituições privada ou pública. A inferência do

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 120- 127.

³⁸ *Ibidem*, p. 120- 127.

³⁹ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 21.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 25.

⁴¹ BRASIL, Constituição Federal de 1988. Art. 3, III: Erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

⁴² BRASIL, Constituição Federal de 1988. Art. 5: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

⁴³ BRASIL, Código Civil de 2002. Art. 1565, § 2º: O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.

⁴⁴ BRASIL, Constituição Federal de 1988. Art. 226, § 7: Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Estado é limitada a propiciar os recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito.⁴⁵

Entre outros motivos, a relação jurídica somente terá função social se a dignidade das pessoas estiver sendo preservada, se houver solidariedade ou cooperação mútua e se, principalmente, houver equilíbrio econômico-financeiro, sendo dispensado tratamento desigual para pessoas desiguais, na exata medida e proporção desta desigualdade.⁴⁶

O sistema jurídico assegura tratamento isonômico e proteção igualitária a todos os cidadãos no âmbito social. A idéia central é garantir a igualdade, o que interessa particularmente ao direito, à consecução da justiça⁴⁷. O conceito de justiça nos obriga a busca da igualdade.

Segundo José Afonso, “justiça material ou concreta pode ser entendida como a especificação da igualdade formal no sentido de conceder a cada um segundo a sua necessidade; a cada um segundo os méritos”.⁴⁸

O princípio da igualdade substancial prevê a necessidade de tratar as pessoas, quando desiguais, em conformidade com a sua desigualdade.⁴⁹

Os cidadãos possuem “igual dignidade social e são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, de raça, de língua, de religião, de opiniões políticas, de condições pessoais e sociais”.⁵⁰

1.1.4 Do direito a vida privada

O inciso X do artigo 5º⁵¹ da Constituição Federal de 1988 declara invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas.

⁴⁵ SILVA. José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. revista atualizada nos termos da Reforma Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 211.

⁴⁶ CARNACHIONI, Daniel Eduardo. *Curso de direito civil- institutos fundamentais*. Parte Geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 40.

⁴⁷ Ibidem, p. 40.

⁴⁸ SILVA. José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. revista atualizada nos termos da Reforma Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 216.

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 118.

⁵⁰ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 9. ed. São Paulo: Método, 2005, p. 522.

A vida privada é o refúgio impenetrável da pessoa, protegido em face da coletividade e merecendo especial proteção⁵². Ou seja: é o direito de viver a sua própria vida de maneira discreta⁵³. Em vez de ser obrigado a ter sua vida particular escancarada, o cidadão tem o direito de lutar para que isso não aconteça.

A vida privada abrange diversos aspectos: amorosos, sexuais, religiosos, emocionais. Tudo que diz respeito à vida particular de cada cidadão será amplamente resguardado pelo Estado.⁵⁴

Portanto, não há qualquer dúvida de que as relações familiares são um dos campos mais férteis para vislumbrar a necessidade da proteção da privacidade.

É justamente no seio da família que a pessoa humana desenvolve e exercita sua personalidade e seus atributos personalíssimos, ampliando a necessidade de efetiva proteção contra a ingerência indevida de terceiros⁵⁵, inclusive do Estado, posto que o Direito de Família é o mais privado dos institutos do Direito Civil.

Com isso, forçoso é reconhecer a suplantação definitiva da (indevida) participação do Estado no âmbito das relações familiares.⁵⁶

O doutrinador Pietro Perlinieri define com precisão que “expressão de liberdade é o poder reconhecido aos cônjuges de acordar a direção da vida familiar interpretando as exigências de ambos e da família”⁵⁷. E mais adiante acresce que os acordos e as estipulações recíprocas entre os consortes “assume o papel de regra e de instrumento de

⁵¹ BRASIL, Constituição Federal de 1988. Art.5 X: São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação.

⁵² FARIAS, Cristiano de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2010, p. 22.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: uma introdução ao direito civil- constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 302.

realização do princípio de igualdade moral e jurídica e, ao mesmo tempo, relativamente à natureza e aos conteúdos da direção fixada.⁵⁸

⁵⁸ *Ibidem*, p. 302.

2 DESNECESSIDADE DE ANÁLISE ESTATAL DOS MOTIVOS DA FALÊNCIA DO MATRIMÔNIO

2.1 O Divórcio: uma visão histórica

No regime do Código Civil de 1916, verificava-se uma grande resistência histórica- jurídica quanto à extinção do vínculo conjugal. Somente ocorria a dissolução do casamento com a morte de um dos cônjuges, ou mediante reconhecimento de nulidade do mesmo⁵⁹. Entretanto, em face da ausência da extinção voluntária do casamento, admitia-se a separação judicial, então denominada desquite, com base no critério de culpa. Referido instituto apenas dissolvia a sociedade conjugal, mantendo o vínculo, impedimento para contração formal de novas núpcias, o que gerava “famílias clandestinas”, destinatárias de preconceito e da rejeição social.⁶⁰

Havia nesta época duas formas de dissolução da sociedade conjugal, mas não do vínculo: o desquite consensual e o desquite litigioso⁶¹, sendo esse último associado à idéia de culpa, ou seja, não havendo consenso entre os cônjuges, o desenlace somente poderia ocorrer através de uma das hipóteses de conduta culposa estabelecidas pelo legislador, e que deveria ser provada pelo autor da ação.⁶²

A Igreja, principalmente a Católica⁶³, influenciou muito as normas do casamento na sociedade. Conforme os dogmas da Igreja Católica, o casamento se rege pelo Direito Natural, em que um homem e uma mulher se casam para toda a vida e só a morte pode separar.⁶⁴

⁵⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O novo divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 33.

⁶⁰ Idem. *Novo curso de direito civil. Direito de família- as famílias em perspectiva constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011, Volume VI, p. 529.

⁶¹ BRASIL, Código Civil de 1916. Art. 315: A sociedade conjugal termina: I- Pela morte de um dos cônjuges; II- Pela nulidade ou anulação; III- Pelo desquite, amigável ou judicial.

⁶² BUFFOLO, Lorena. A culpa na separação judicial. *Revista do Direito. Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim*. V.7, n. 7, p. 65.

⁶³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. São Paulo: Atlas, 2001, v. 5, p. 203.

⁶⁴ CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 10. ed. rev. e atual de acordo com o novo código civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 232.

Diante dessa concepção, as regras estabelecidas nesta época acolhia exclusivamente o critério fundado na culpa, prevista expressamente no artigo 317 do Código Civil de 1916⁶⁵, para autorizar o então chamado desquite.

O doutrinador Fernando Sartori comenta que as pessoas que davam a causa para o rompimento da sociedade conjugal eram punidas, como se vê abaixo:

[...] Mais, era coerente ainda, na hipótese de não se conseguir preservar a sociedade conjugal, o que se dava quando da ocorrência de uma das causas taxativas, punir aquele que houvesse dado causa ao rompimento da vida conjugal. Assim, estabeleceram-se as sanções que se referiam à perda do direito aos alimentos, da guarda dos filhos e do nome, no caso de a mulher ser a culpada. Essas eram as sanções expressamente previstas na lei, sendo importante ressaltar que aquele considerado culpado ainda deveria conviver pelo resto de sua vida com aquela pecha, sendo vítima de discriminações. Por outro lado, as sanções previstas tinham o escopo dissuasório. Por isso, poder-se-ia afirmar que as pessoas gozavam de liberdade para se casar, mas não para não permanecerem casadas.⁶⁶[...]

O pedido de separação deveria provar as causas para o fim do casamento. Se não fosse provada nenhuma das causas previstas, a ação era julgada improcedente; e se os cônjuges não entrassem num acordo para se desquitarem consensualmente, eram obrigados a permanecer casados.

2.1.1 O Divórcio e sua exigência de prévia Separação Judicial

Com o advento da Emenda Constitucional n. 9, de 28 de junho de 1977⁶⁷, regulamentada pela Lei n.º 6515⁶⁸, de 26 de dezembro do mesmo ano, a chamada Lei do Divórcio, começa a mudar essa mentalidade, que tinha como base a noção religiosa da indissolubilidade do casamento.⁶⁹

⁶⁵ BRASIL. Código Civil de 1916. Art. 317: A ação do desquite só se pode fundar em algum dos seguintes casos: I- adultério, II- tentativa de morte, III- sevícias ou injúria grave, IV- abandono voluntário do lar conjugal, durante dois anos contínuos.

⁶⁶ SARTORI, Fernando. *A culpa como causa de separação e seus efeitos*. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&totalPage=8>>. Acesso em 19 ago. 2011.

⁶⁷ BRASIL. Emenda Constitucional n. 9, de 28 de junho de 1977.

⁶⁸ BRASIL. Lei n. 6515, de 26 de dezembro de 1977.

⁶⁹ SIMÃO. José Fernando. A emenda constitucional n.º 66: a revolução do século em matéria de Direito de Família. A passagem de um sistema antidivorcista para o divorcista pleno. *Revista do Advogado*, v. 31, n. 112, jul/2011, p. 65.

A visão da sociedade foi-se modificando, evoluindo, quando passou a admitir a dissolução do casamento que não dava certo; e a jurisprudência e a legislação iam se adaptando a essa evolução.

Ocorreu a efetivação do divórcio no Brasil com a promulgação da Lei do Divórcio, Lei n° 6.515/ 77⁷⁰, que regulou os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e deu outras providências⁷¹. Verificou-se uma atenuação no critério culpa, que deixou de ser o único motivo da separação, sendo reconhecido também o critério fundado na simples ruptura da vida em comum.

Com a superveniência dessa modificação constitucional, triunfou, em nosso país, a campanha contra o princípio da indissolubilidade, consagrado em todas as Constituições anteriores.⁷²

A Emenda Constitucional n° 9/77 alterou o parágrafo 1° do artigo 175 da Constituição Federal vigente à época⁷³, que passou a admitir a dissolução do casamento, exigindo prévia separação judicial por mais de 3 (três) anos. Estabeleceu também, em seu artigo 2°, a separação judicial como requisito prévio necessário para o pedido de divórcio.

A exigência do decurso de um lapso temporal, entre a separação judicial e o divórcio, tinha a suposta finalidade de permitir e instar os separados a uma reconciliação, antes que dessem o passo definitivo para o fim do vínculo matrimonial.⁷⁴

⁷⁰ BRASIL. Lei n. 6515, de 26 de dezembro de 1977

⁷¹ FARIAS, Cristiano de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2010, p. 318.

⁷² MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito de família*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 371.

⁷³ BRASIL. Emenda Constitucional n. 9 de 28 de junho de 1977. Art. 1°: O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos. Artigo 2°: A separação, de que trata o § 1° do artigo 175 da Constituição, poderá ser de fato, devidamente comprovada em Juízo, e pelo prazo de cinco anos, se for anterior à data desta Emenda.

⁷⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: direito de família- as famílias em perspectiva constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 530.

Mesmo com o avanço, o critério da culpa permaneceu previsto, e aquele que fosse considerado culpado continuaria a arcar com as sanções previstas referentes aos alimentos, ao nome e à guarda dos filhos.

Além disso, tal diploma determinou expressamente que todas as disposições relativas ao antigo desquite fossem substituídas pelo regramento da separação judicial. Por isso, no sistema anterior, onde se lia “desquite por mútuo consentimento”, passou-se a ler “separação consensual”, e onde se lia “desquite litigioso”, passou a ler-se “separação judicial”.⁷⁵

Nesta mesma fase surgiu a separação de fato. Os cônjuges que decidiam pôr fim à relação conjugal sem recorrer aos meios legais, deveria provar em juízo a separação de corpos. Tinha como requisito comprovar um lapso temporal de 5 (cinco) anos da separação e a causa, para depois promover ação de divórcio.⁷⁶

As regras impostas pela Lei n. 6.515/77 eram bastante dificultosas, pois exigiam separação judicial por mais de 3 (três) anos para o divórcio-conversão e, ainda, para o divórcio-direto, exigia-se mais de 5 (cinco) anos de separação de fato.⁷⁷

2.1.2 O Divórcio por conversão da Separação Judicial, ou por exercício Direto.

A Constituição Federal de 1988 mudou essas ideologias e princípios, reduzindo os prazos para dissolução do vínculo conjugal, o que realmente despertou parte da doutrina a refletir sobre a manutenção ou não do critério fundado na apuração da culpa no ordenamento jurídico pátrio.⁷⁸

⁷⁵ BRASIL, Lei 6515/77, de 26 de dezembro de 1977. Artigo 39: O Capítulo III do Título II do Livro IV do Código de Processo Civil, as expressões ‘desquite por mútuo consentimento’, ‘desquite’ e ‘desquite litigioso’ são substituídas por ‘separação consensual’ e separação judicial’.

⁷⁶ BRASIL, Lei n.6.515/77, de 26 de dezembro de 1977. Artigo 40: No caso de separação de fato, e desde que completados 5 anos, poderá ser promovida ação de divórcio, na qual deverão provar o decurso do tempo da separação e sua causa.

⁷⁷ FARIAS, Cristiano de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2010, p. 318.

⁷⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: Direito de família- as famílias em perspectiva constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 532.

Relativamente ao divórcio-direto, o parágrafo 6º do artigo 226⁷⁹ da Constituição Federal de 1988 reduziu, de 5 (cinco) anos para 2 (dois) anos, o prazo da separação de fato, e de 3 (três) anos para 1(um) ano, o prazo da separação judicial.⁸⁰

Percebe-se uma nova concepção de família, que existe para que os seus integrantes nela encontrem sua realização pessoal, sua felicidade; e que pode ser dissolvida sem traumas, quando não conseguir atingir os seus objetivos.⁸¹

Assim, pelas novas normas constitucionais, não há como deixar de concluir que o Estado perde o interesse em lutar pela manutenção de um casamento quando nele as pessoas não encontrarem a felicidade, perde o poder de punir aquele que, não contente com o ambiente familiar em que se encontra, toma a iniciativa de dissolvê-lo.⁸²

Ademais, a Constituição Federal de 1988 possibilitou o divórcio direto, permanecendo o indireto (decorrente da conversão da separação judicial), previsto na lei n. 6.515/77.

A separação judicial pode ser consensual ou litigiosa. A separação consensual, conforme prescreve o artigo 1574 do Código Civil de 2002⁸³, deve dar-se por mútuo consentimento dos cônjuges, casados por mais de 1 (um) ano, mediante manifestação da vontade perante o juiz.⁸⁴

A separação litigiosa, objeto de análise mais detida no próximo tópico, ocorre quando não há acordo entre os cônjuges. Neste caso, o cônjuge que quer a separação judicial poderá propor a ação, imputando ao outro “qualquer ato que importe grave violação

⁷⁹ BRASIL, Constituição Federal de 1988. Art. 226, § 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.

⁸⁰ PEREIRA, Áurea Pimentel. *Divórcio e separação judicial no novo código civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 220.

⁸¹ PATROCÍNIO, Marlus Garcia do. PEC28/2009 e a nova regra para o divórcio. *Revista IOB de Direito de família*: Nota: Continuação de Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese. v.1, n.1, jul.1999, p. 33.

⁸² SARTORI, Fernando. *A culpa como causa de separação e seus efeitos*. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&totalPage=8>>. Acesso em 19 ago. 2011.

⁸³ PEREIRA, Áurea Pimentel. Op.cit., p. 220.

⁸³ BRASIL, Código Civil de 2002. Art. 1574: Dar-se-á a separação judicial por mútuo consentimento dos cônjuges se forem casados por mais um ano e manifestarem perante o juiz, sendo por ele devidamente homologado a conversão.

⁸⁴ PEREIRA, Áurea Pimentel. Op.cit., p. 221.

dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum”. Assim, o artigo 1572 do Código Civil de 2002⁸⁵ permite que um dos cônjuges discuta a culpa, em virtude da ruptura de dever conjugal previsto no artigo 1566 daquele Código.⁸⁶

Essa situação reacendeu forte discussão sobre a relevância da inutilidade de prévia separação como requisito fulcral para a concessão do divórcio. A doutrinadora Maria Berenice Dias articula “este tempo é inútil, desgastante para o casal e também para o Poder Judiciário, além do que a sociedade brasileira é madura para decidir sua própria vida”.⁸⁷

No sistema de dissolução matrimonial, é evidente a dificuldade conceitual existente em compreender, com precisão, o caráter dualista: fim da sociedade conjugal (separação) e extinção do vínculo (divórcio). Não há lógica em terminar e não dissolver o casamento.⁸⁸

Segundo alguns doutrinadores, a sociedade evoluiu, e não subsistiriam quaisquer razões para o prolongamento do sofrimento do casal. Consoante, pontifica Sylvia Maria Mendonça do Amaral:

[...] Nossa sociedade evoluiu, os costumes são outros e o divórcio é quase sempre buscado, seja para que se estabeleça um novo casamento, seja para colocar um “ponto final” no matrimônio por questões emocionais e psicológicas daqueles que um dia já formam um casal [...].⁸⁹

⁸⁵ BRASIL, Código Civil de 2002. Art. 1572: Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum. §1º- A separação judicial pode também ser pedida se um dos cônjuges provar a ruptura da vida em comum há mais de um ano e a impossibilidade de sua reconstituição. § 2º-O cônjuge pode ainda pedir a separação judicial quando o outro estiver acometido de doença mental grave, manifestada após o casamento, que torne impossível a continuação da vida em comum, desde que, após uma duração de dois anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável.

⁸⁶ BRASIL, Código Civil de 2002. Art. 1566: São deveres de ambos os cônjuges: I- fidelidade recíproca; II- vida em comum, no domicílio conjugal; III- mútua assistência; IV- sustento, guarda e educação dos filhos; V- respeito e consideração mútuos.

⁸⁷ DIAS, Maria Berenice. *Da separação e do divórcio. direito de família e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 66.

⁸⁸ FARIAS, Cristiano de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2010, p. 321.

⁸⁹ AMARAL, Sylvia Maria Mendonça do. *O fim da separação judicial e o divórcio direto*. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/opiniaõ/mat/2007/11/23/327284485.asp>>. Acesso em 03. set. 2011.

Nesse aspecto, Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald dispararam contundente crítica a este sistema jurídico dualista, em face de sua evidente inutilidade e por trazer consigo uma antítese: “o separado judicialmente não mais é casado, todavia, ainda não pode casar novamente, pois permanece atrelado ao seu cônjuge, com quem mantém vinculação jurídica”.⁹⁰

Neste pensar, Maria Berenice Dias pondera a desnecessidade do procedimento jurídico da Separação X Divórcio, que impunha aos cônjuges cumprimento de prazo para dissolução da união já extinta:

[...] De nenhum senso forçar a manutenção do matrimônio durante o período de um ano, para só então permitir sua dissolução. Exigir a exposição da intimidade da vida do casal para identificar um culpado, ou impor espera de um ano para permitir a dissolução de uma união que não mais existe, era, para dizer o mínimo, cruel. Para lá de absurdo forçar distinções difíceis até de explicar entre sociedade conjugal “finda”, mas não “extinta”, com intuito de tentar manter o casamento[...].⁹¹

Fazendo uma análise pormenorizada dos critérios estabelecidos pela Constituição Federal de 1988 para dissolução do casamento, não vislumbramos razão para o Estado manter a união, já esvaziada do seu conteúdo mais proeminente (que é o afeto, o amor, o projeto de vida em comum)⁹². Referido instituo viola direito da personalidade, quando estipula prazos para desfazimento do casamento, causando desgaste físico e mental para os cônjuges que não querem mais viver juntos, condenando à convivência seres que não mais se suportam.

O Código Civil de 2002 representou grande evolução na transformação da família enquanto instituição, por si só merecedora de tutela estatal privilegiada, em favor de uma proteção direcionada à realização da personalidade e da dignidade dos seus integrantes, como indicavam os princípios constitucionais.

⁹⁰ FARIAS, Cristiano de. ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2010, p. 321.

⁹¹ DIAS, Maria Berenice. *Direito de família e o novo código civil*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 15.

⁹² FARIAS, Cristiano de; ROSENVALD, Nelson. Op.cit., p. 322.

Na vigência da atual codificação civil, o direito de família perdeu sensivelmente seu caráter punitivo e repressor, na medida em que a culpa pelo fim do casamento foi perdendo as consequências jurídicas que outrora gerava.

A Lei 11.441/07⁹³ prevê a possibilidade de a separação ser extrajudicial, realizada em Cartório por escritura pública, sem a necessidade de um pedido perante um juiz de direito, dispensando a abertura de um processo judicial. Os requisitos para a separação extrajudicial são: consenso entre o casal, ausência de filho menor de 18 anos ou incapaz, e lapso temporal mínimo de 1 (um) ano das núpcias. Um ano depois, convertia-se a separação extrajudicial em divórcio, e somente depois era possível casar-se novamente.⁹⁴

A última fase da evolução do divórcio ocorre com a promulgação da “PEC do divórcio” ou “PEC do amor”, a Emenda Constitucional n. 66/2010⁹⁵, que alterou o sistema da dissolução do casamento⁹⁶, extinguindo da referida Carta a separação judicial, como demonstraremos no próximo capítulo.

2.2 A culpa no Direito de Família

O Código Civil de 2002 conceitua como culpa “grave violação aos deveres do casamento tornando a vida conjugal insuportável”⁹⁷, que pode servir de supedâneo a um dos cônjuges na propositura de ação de separação litigiosa, cabendo ao autor o ônus da prova.⁹⁸

⁹³ CRUZ, Maria Luiza Póvoa. *Separação, divórcio e inventário por via administrativa: implantações das alterações no CPC promovidas pela lei 11.441/2007*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 5-16.

⁹⁴ Ibidem, p. 03.

⁹⁵ BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010. Dá nova redação ao parágrafo 6º do artigo 226. O casamento pode ser dissolvido pelo divórcio.

⁹⁶ PAPIN, Bianca Ferreira. PEC do divórcio põe fim à discussão sobre a culpa. *Revista IOB de Direito de Família: Nota: Continuação de Revista Brasileira de Direito de Família- Porto Alegre: Síntese. v.1,n.1,jul.1999.p.07.*

⁹⁷ BRASIL, Código Civil de 2002. Art. 1572: Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum. §1º- A separação judicial pode também ser pedida se um dos cônjuges provar a ruptura da vida em comum há mais de um ano e a impossibilidade de sua reconstituição. § 2º-O cônjuge pode ainda pedir a separação judicial quando o outro estiver acometido de doença mental grave, manifestada após o casamento, que torne impossível a continuação da vida em comum, desde que, após uma duração de dois anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável.

⁹⁸ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 17. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406 de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, v.5, p. 260.

Entretanto, não poderá haver reconhecimento judicial de culpa subjetiva, sendo necessário que a ação proposta indique claramente qual dever do casamento⁹⁹ foi violado, e comprove que tal agir tornou insuportável a vida em comum.¹⁰⁰

Com efeito, a insuportabilidade da vida conjugal tem de ser aferida, fundamentalmente, pelo próprio cônjuge ofendido pela violação do dever conjugal¹⁰¹. Por isso, o simples ajuizamento da ação de separação culposa implica uma presunção de impossibilidade de continuar a vida em comum. O juiz apenas verifica a existência, ou não, do fato¹⁰². Porém, a sua gravidade a ponto de desestabilizar a relação e implicar na sua insuportabilidade da vida em comum, somente pode ser atestada pelo próprio interessado.¹⁰³

Reconhecida a um dos consortes a culpa pelo fim do projeto de felicidade comum, decorrem sanções jurídicas, afetando a sua esfera de interesse¹⁰⁴. Podem decorrer dois efeitos jurídicos: primeiro, a possibilidade excepcional de perda do uso do nome de casado (artigo 1578do Código Civil de 2002¹⁰⁵); e, segundo, a modificação da natureza dos alimentos a serem prestados ao cônjuge culpado (artigo 1704, parágrafo único do Código Civil de 2002¹⁰⁶).

⁹⁹ BRASIL, Código Civil de 2002. Art. 1566: São deveres de ambos os cônjuges: I- fidelidade recíproca; II- vida em comum, no domicílio conjugal; III- mútua assistência; IV- sustento, guarda e educação dos filhos; V- respeito e consideração mútuos.

¹⁰⁰ BRASIL, Código Civil de 2002. Art.1573: Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos: I- adultério; II- tentativa de morte; III- sevícia ou injúria grave; IV- abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo; V- condenação por crime infamante; VI- Conduta desonrosa.

¹⁰¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. revista atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 289.

¹⁰² FARIAS, Cristiano de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2010, p. 368.

¹⁰³ DIAS, Maria Berenice. *Op.cit.*, p. 289.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 111.

¹⁰⁵ BRASIL, Código Civil de 2002. Art. 1578: 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 à alteração não acarretar:

¹⁰⁶ BRASIL, Código Civil de 2002. Art. 1704, § único: Se o cônjuge declarado culpado vier a necessitar de alimentos, e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurar-lo, fixando o juiz o valor indispensável à sobrevivência.

2.2.1 Perda do uso do nome de casado

O Código Civil de 2002 faculta a qualquer dos cônjuges acrescentar ao seu nome o sobrenome do outro, que passa a ser o seu nome de família, incorporando a personalidade do consorte, objeto de proteção dos direitos da personalidade.¹⁰⁷

No artigo 1578 do Código Civil de 2002¹⁰⁸, o legislador reservou um caráter excepcional à perda do sobrenome adquirido pelo matrimônio, ao estabelecer que qualquer dos cônjuges “declarado culpado na ação de separação judicial” perde o direito de usar o sobrenome do outro. Porém, a aplicação dessa sanção é condicionada a expresse requerimento pelo cônjuge inocente e desde que a alteração não acarrete: “I - evidente prejuízo para sua identificação; II - manifesta distinção entre o seu nome de família e dos filhos havidos da união dissolvida; III - dano grave reconhecido na decisão judicial” (artigo 178, *caput*, I a III).¹⁰⁹

Portanto, o culpado só pode continuar a usar o sobrenome que adotou quando do casamento na ausência de expressa discordância do cônjuge inocente¹¹⁰. Contudo, mesmo havendo essa oposição, será possível mantê-lo nas hipóteses excepcionais prevista no mencionado artigo.¹¹¹

Já o cônjuge considerado inocente, na separação em que se discute a culpa, poderá optar por conservar o sobrenome do outro, preservando a possibilidade de renunciar ao seu uso a qualquer tempo, conforme parágrafo 1º do artigo 1578 do Código Civil de 2002.¹¹²

¹⁰⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Direito de família* 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 244.

¹⁰⁸ BRASIL, Código Civil de 2002. Art. 1578: 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 à alteração não acarretar.

¹⁰⁹ BRASIL, Código Civil de 2002. Art. 1578: 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 à 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.

¹¹⁰ DIAS, Maria Berenice. *Direito de família e o novo código civil*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 75.

¹¹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op.cit.*, p. 245.

¹¹² BRASIL, Código Civil de 2002. Art. 1578: § 1º O cônjuge inocente na ação de separação judicial poderá renunciar, a qualquer momento, ao direito de usar o sobrenome do outro.

2.2.2 Natureza dos alimentos decorrentes da culpa

No Código Civil de 1916, o reconhecimento da culpa por um dos cônjuges pela ruptura da conjugalidade implicaria perda do direito a pensão alimentícia¹¹³, além de impor uma obrigação de prestar alimentos ao cônjuge inocente (artigo 19, Lei 6515/77¹¹⁴, conhecida como Lei do Divórcio). Isso causou uma discussão doutrinária a respeito da existência, ou não, de um caráter reparatório na obrigação alimentar que, na realidade, se presta à manutenção do alimentário.

O artigo 19 da Lei do Divórcio simplesmente impunha ao responsável pela separação a obrigação de pagar alimentos ao cônjuge que deles necessitasse. O culpado pela separação não tinha o direito de pleitear alimentos, assegurados somente a quem não tinha dado causa ao desenlace do matrimônio. Assim leciona a doutrinadora Maria Berenice Dias:

Pela legislação pretérita, em se tratando de vínculo obrigacional decorrente do casamento, ainda que houvesse a necessidade de um e a possibilidade de outro, a responsabilidade pela separação impedia a percepção de alimentos. Assim, mesmo flagrante a necessidade, quer por exclusão do mercado de trabalho quer por doença que impedisse o desempenho de atividade laborativa, o culpado não tinha direito de receber alimentos. Era condenado a morrer de fome. A pena era perpétua. Quiçá impunha a realização de trabalho forçados, se não dispunha de condições físicas para labor.¹¹⁵

O absurdo da norma era evidente, pois impunha cruel sanção a quem era reconhecido como “culpado pelo fim do amor”¹¹⁶. O simples fato de negar alimentos ao ex-cônjuge que necessitava, ainda que este fosse o culpado pela ruptura da vida conjugal, era condená-lo a morrer de fome.¹¹⁷

Fundada a família nos laços de afeto e solidariedade, não se justifica perquirir a culpa pelo fim da conjugalidade. A natural dificuldade em afirmar um culpado pelo fim do sonho comum, e a preservação da intimidade das pessoas, se apresentavam como obstáculos à concretização da norma. Tudo isso sem contar com a duvidosa razoabilidade de se impor uma sanção a um cônjuge que se comportou externamente de certo modo, sem conhecer as razões internas de seu agir.

¹¹³ DIAS. Maria Berenice. *Direito de família e o novo código civil*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 75.

¹¹⁴ BRASIL, Lei 6515/77, de 26 de dezembro de 1977. Artigo 19: O cônjuge responsável pela separação judicial prestará ao outro se dela necessitar a pensão que o juiz fixar.

¹¹⁵ DIAS. Maria Berenice. Op.cit., p. P75.

¹¹⁶ Ibidem, p. P75.

¹¹⁷ Ibidem, p. P75.

O Código Civil de 2002 deu um passo, de certo modo evolutivo, em relação à legislação anterior, quando afastou a obrigatoriedade de prestação de alimentos pelo culpado, que somente será compelido ao pagamento da pensão se o outro dela necessitar e dentro de suas possibilidades.¹¹⁸

No parágrafo 2º do artigo 1694¹¹⁹ do Código Civil de 2002, o legislador reconhece o direito a alimentos, “mas apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia”. Assim, atribui ao cônjuge culpado somente o direito a uma pensão alimentícia mínima, reduzida às possibilidades do prestador dos alimentos sem apego ao status social fruído enquanto casal e sem baliza em outras necessidades, cuja a cobertura não tenha em vista a sobrevivência.

O doutrinador José de Aguiar afirma que “os alimentos só podem ser exigidos pelo cônjuge que prova a necessidade”¹²⁰. Além disso, a pensão alimentar é essencialmente variável, para atender as necessidades do alimentando e as condições econômicas do alimentante.¹²¹

Os alimentos podem simplesmente ser resumidos a uma obrigação determinada a outrem, em razão de um imperativo legal, direcionado a quem necessite e que comprove juridicamente. É perfeitamente legítimo receber alimentos aquele que não possui condições mínimas de alimenta-se.¹²²

Os doutrinadores Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald assim definem alimentos: “Em concepção jurídica, alimentos podem ser conceituados como tudo o que se afigura necessário para a manutenção de uma pessoa humana, compreendidos os mais diferentes valores necessários para uma vida digna”.¹²³

¹¹⁸ OLIVEIRA, J.M. Leoni Lopes de. *Alimentos e sucessão no casamento e na união estável*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 63.

¹¹⁹ BRASIL. Código Civil de 2002. Art. 1694, § 2: Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.

¹²⁰ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 170.

¹²¹ *Ibidem*, p. 170.

¹²² CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 15-16.

¹²³ FARIAS, Cristiano de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2010, p. 664.

Contudo, os alimentos cumprem a relevante função de garantir a própria manutenção humana. Independentemente de a pessoa ser ou não a culpada pelo fim do casamento, esta pode vir a necessitar de alimentos.

“Alimentos trata-se de encargos que tem como causa a necessidade, ou seja, a ausência de condições de prover por si a própria subsistência. Tanto é assim que, se o ‘inocente’ não tiver necessidade, não perceberá alimentos do ‘culpado’”.¹²⁴

Alimentos é uma decorrência da obrigação de manutenção da subsistência da pessoa humana, sem qualquer vinculação a culpa pelo fim da conjugalidade. Assim sugere Maria Berenice: “A responsabilidade pela causa da obrigação alimentar não se confunde com a culpa pelo fim do vínculo conjugal”.¹²⁵

O simples fato de a pessoa ser culpada pelo fim do casamento, não significa dizer que deverá sofrer penalidades. Viver em situações indignas, de miséria, simplesmente porque deu causa para o fim do casamento. Assim leciona Maria Berenice: “Os alimentos são devidos não pelo fato da culpa, pois o próprio “culpado” tem direito a alimentos”.¹²⁶

É direito do ser humano viver com dignidade, ter meios materiais necessários à existência. Portanto, “alimentos” pode ser mais do que alimentação, envolvendo todo e qualquer bem necessário à preservação da dignidade humana.

Os alimentos se referem às garantias fundamentais elencadas na Constituição Federal de 1988, e são essenciais para a dignidade e subsistência do ser humano.¹²⁷

O doutrinador Orlando Gomes define alimentos como sendo prestações voltadas para satisfazer necessidades vitais de quem não pode provê-las por si mesmo. Terão

¹²⁴ DIAS, Maria Berenice. *Divórcio já!:* comentários à emenda constitucional 66 de 13 de julho de 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 57.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 51.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 56.

¹²⁷ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família – Lei nº 10.406, de 10.01.2002*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 727-728.

por finalidade fornecer a um parente, cônjuge ou companheiro o necessário à sua subsistência.¹²⁸

Lembre-se que a fixação dos alimentos deve obediência a uma perspectiva solidária (CF/88, art. 3º¹²⁹), norteada pela cooperação, pela isonomia e pela justiça social, como modo de consubstanciar a imprescindível dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, III¹³⁰). Além disso, está calcado no princípio da igualdade em direitos e obrigações (CF/88, art. 5º, *caput*¹³¹).

Assim sendo, a obrigação alimentar é, sem dúvida, a expressão da solidariedade social familiar¹³², enraizada em sentimentos humanitários, imposta constitucionalmente como diretriz.

No parágrafo único artigo 1704¹³³ do Código Civil de 2002, o legislador impôs a obrigação de prestar alimentos ao cônjuge, ainda que responsável pela separação, “em valor indispensável à sobrevivência”, se este não tiver aptidão para o trabalho e não existirem parentes em condições de prestá-los.

Assim se posicionam as doutrinadoras Maria Clara Osuma e Edna Maria Farah: “O cônjuge culpado perde o direito de pleitear alimentos, exceto na hipótese descrita no § 2º

¹²⁸ GOMES, Orlando. *Direito de família*. 14. ed. Atualização de Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 427.

¹²⁹ BRASIL, Constituição Federal de 1988, Art. 3º: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

¹³⁰ BRASIL, Constituição Federal de 1988, Art.1, III: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I- a soberania.

¹³¹ BRASIL, Constituição Federal de 1988, Art.5, *caput*: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

¹³² FARIAS, Cristiano de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2010, p. 376.

¹³³ BRASIL. Código Civil de 2002. Art. 1704, § único: se o cônjuge declarado culpado vier a necessitar de alimentos, e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurar-los, fixados o juiz o valor indispensável à sobrevivência.

do artigo 1704, CC, se for necessitado e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem for apto ao trabalho”.¹³⁴

Observa-se que, de acordo com o artigo 1704 do Código Civil, o culpado pela ruptura conjugal pode receber alimentos, quando não tiver como se manter sem a colaboração do ex-consorte, desde que demonstre a inexistência de parentes em condições de ministrá-los e inaptidão ao trabalho.

Contudo, a fixação dos alimentos é apenas para a sobrevivência do cônjuge culpado, em interpretação constitucional, fundada na dignidade da pessoa humana e na solidariedade social¹³⁵. Impende concedê-los em percentual condizente com as necessidades vitais e ao direito à vida digna; o que seguramente perpassa a fixação dos alimentos, apenas para subsistência.

A doutrinadora Maria Berenice Dias ensina: “Se o cônjuge praticou um ato antijurídico, se infligiu dano injusto ao outro, tudo isso não se apaga com a separação e a pensão”.¹³⁶

Considerando-se que a fixação dos alimentos não está vinculada a circunstâncias motivadoras do falecimento da união conjugal, afasta-se peremptoriamente a competência do Estado de entrar na análise dos motivos que ensejaram o fim do casamento.

Os alimentos dizem respeito à sobrevivência de um ser humano e, portanto, à sua dignidade, da qual não pode ser privado um dos cônjuges pelo simples fato de ter sido, em tese, o culpado pela desunião.

Por isso, não é correto dizer que “a pensão alimentícia não estar vinculada à culpa, sob pena de se condenar alguém a passar fome ou extrema necessidade”. Em cumprimento dos princípios de solidariedade e dignidade, a legislação garantiu os alimentos indispensáveis ao cônjuge culpado que

¹³⁴ FALAVIGNA, Maria Clara Osuma Diaz; COSTA, Edna Farah Hervey. *Teoria e prática do direito de família*: de acordo com a lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002. São Paulo: Letras Jurídicas: Bestbook, 2003, p. 59.

¹³⁵ FARIAS, Cristiano de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2010, p. 376.

¹³⁶ DIAS, Maria Berenice. *Divórcio já!:* comentários à emenda constitucional 66 de 13 de julho de 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 57.

deles necessitar por falta de aptidão e de parentes em condições de prestar-lhes pensão.¹³⁷

Vincular a destinação de alimentos à responsabilidade do culpado é torná-lo um peso, é tratá-lo como desigual; o que fere mortalmente a sua dignidade.

Não se pode tratar o culpado pelo fim do casamento como se ele fosse desigual, infringindo o princípio da igualdade. A culpa pelo fim do projeto de felicidade comum não pode impor ao culpado sanções jurídicas, afetando a sua esfera de interesse.¹³⁸

Em síntese, a culpa deixou de ser elemento decisivo, também para a concessão de alimentos, dando espaço a um sentido humanitário na sua fixação, decorrente do dever constitucional de solidariedade.

Conforme ensina Belmiro Pedro Welter, invocando passagem do Ministro Ruy Rosado de Aguiar: “o critério da aferição da culpa, para a concessão de alimentos, vai cedendo espaço para a não culpa ou, conforme dicção legal, necessidade de alimentos”.¹³⁹

2.2.3 Críticas à possibilidade de imputação da culpa

Tudo aquilo que historicamente se convencionou em chamar de culpa, no sentido de causa da dissolução do casamento, não passa de consequência¹⁴⁰. O que gera a dissolução de uma relação afetiva é o fim do amor, da vontade de compartilhar projetos em comuns¹⁴¹. Essas, sim, são as verdadeiras causas da extinção do casamento. Sendo assim, a causa deflagradora da dissolução matrimonial é a falta de vontade de compartilhar a vida.

Contudo, não compete ao Estado analisar a culpa num matrimônio falido. O fim do afeto já prova suficientemente que de fato o casamento chegou ao fim. Os doutrinadores Pablo Stolze e o Rodolfo Pamplona lecionam ser desnecessário analisar a culpa quando acaba o afeto no casamento: “[...] O único fundamento para a decretação do divórcio

¹³⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e pratica*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 51.

¹³⁸ FARIAS, Cristiano de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2010, p. 374.

¹³⁹ WELTER, Belmiro Pedro. *Separação e divórcio*. 3. ed. Porto Alegre: Síntese, 2000, p. 155.

¹⁴⁰ DIAS, Maria Berenice. *Divórcio já!:* comentários à emenda constitucional 66 de 13 de julho de 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 49.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 49.

no Brasil passou a ser o fim do afeto, não exigindo mais causa específica alguma ou tempo mínimo de separação de fato para deferimento do pedido [...]”.¹⁴²

Na maioria das vezes, o casamento não termina em razão de um único fato, mas de uma sucessão de atos praticados por um e outro¹⁴³. Portanto, o fim do afeto, do amor, ocorre por condutas recíprocas. No momento que tal função se encerra, devem ter os consortes plenos direitos de dissolver a sociedade conjugal, não existindo sentido em discutir a culpa, pois não é crível que alguém seja juridicamente punido pelo simples desamor¹⁴⁴. Até porque só é infiel, só abandona, só agride, quem não ama¹⁴⁵. Portanto é o fim do amor o único motivo da separação.¹⁴⁶

Neste sentido Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald, esclarecem que tudo aquilo que aparentemente, é reputado causa para decretação da separação conjugal, “pode ser apenas o sintoma do fim”¹⁴⁷. As causas são meros reflexos de uma conjugalidade extinta, cujo término do casamento foi decorrente de condutas bilaterais. São consequências não causas. Efeitos da única causa existente, o desamor.¹⁴⁸

Não se pode impor aos sentimentos humanos e, por conseguinte, ao casamento, vigência predeterminada; cabendo apenas aos referidos sentimentos indicar o caminho a ser seguido pelos cônjuges. Só o próprio cônjuge saberá quando o casamento faliu, acabou. O doutrinador Pablo Stolze diz que é desnecessário analisar a culpa quando o casamento chega ao fim: “[...] Resta claro que, se o único fundamento para a decretação do divórcio é a falência afetiva da relação, afigura-se inteiramente desnecessária a análise da culpa[...]”.¹⁴⁹

¹⁴² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O novo divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 96.

¹⁴³ CARVALHO, Dimas Messias de. *Divórcio: judicial e administrativo*. Belo Horizonte: Del Rei, 2010, p. 28.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 29.

¹⁴⁵ DIAS, Maria Berenice. *Divórcio já!:* comentários à emenda constitucional 66 de 13 de julho de 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 49.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 49.

¹⁴⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de. *Redesenhando os contornos da dissolução do casamento*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 374.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 374.

¹⁴⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op.cit.*, p. 90.

A separação do cônjuge é consequência natural do fracasso conjugal, não porque um dos cônjuges ou ambos são culpados¹⁵⁰. Não pode o Estado exigir que os cônjuges discutam sua vida íntima em juízo, num processo cujo fim é certo. Se o afeto acabou, esse motivo é por si só suficiente.

Diante do exposto, vale ressaltar o que a doutrinadora Bianca Ferreira comenta: “[...] Não tem sentido averiguar a culpa com motivação de ordem íntima, psíquica, uma vez que a conduta de um dos consortes, violando deveres conjugais, é apenas um ‘sintoma do fim’ [...]”.¹⁵¹

Citado por Washington de Barros ensina Savatier que devem ser livres as uniões entre os cônjuges; que deve o casal ter liberdade de decidir sua própria vida conjugal:

Ideais são as uniões chamadas “livres”, portanto a liberdade permite de forma mais pura a manutenção de um relacionamento afetivo, no qual “não há fidelidade, obediência, assistência obrigatória. Tudo, isso, dado por amor, não deve durar senão enquanto puder durar esse amor”.¹⁵²

Com efeito, as relações matrimoniais felizes não se matem porque a lei assim exige. Ninguém é fiel ao outro cônjuge, respeitando-o e assistindo-o, por obrigação legal, mas porque está ligado ao outro pelo vínculo do afeto.

Desaparecendo a afetividade e o amor entre os cônjuges, o Estado deve reconhecer a falência do casamento, pois ninguém é obrigado a permanecer casado. Neste caso, fica difícil, se não impossível, aferir a culpa pelo fim da união conjugal. Em regra, o Judiciário cuidava apenas da causa imediata da ruptura, desconsiderando que o rompimento é resultado de uma sucessão de acontecimentos e desencontros próprios do convívio do dia-a-dia, em meio às dificuldades pessoais de cada um.

¹⁵⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O novo divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 90.

¹⁵¹ FARIAS, Cristiano Chaves de. *Redesenhando os contornos da dissolução do casamento*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 118.

¹⁵² MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil. Direito de família*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 259.

A Constituição Federal de 1988 reconhece que a base da família é o afeto e o amor, cuja razão de ser é a realização pessoal de seus integrantes, sua felicidade. Por conseguinte, quando uma família não conseguir atingir os objetivos almejados, pode ser dissolvida sem traumas¹⁵³. Sem dúvida, a base de sustentação da relação familiar é exatamente o vínculo afetivo, motivo pelo qual a única causa de rompimento da sociedade conjugal é o desamor.¹⁵⁴

¹⁵³ SARTORI, Fernando. *A culpa como causa da separação e seus efeitos*. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosc.asp>>. Acesso em: 9 jun.2011.

¹⁵⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de. *Redesenhando os contornos da dissolução do casamento*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 374.

3 ACOLHIMENTO LEGAL/CONSTITUCIONAL DA EXTINÇÃO DE MOTIVOS PARA A DECRETAÇÃO DA EXTINÇÃO DO VINCULO CONJUGAL

3.1 A Emenda Constitucional nº 66/2010

O casamento é uma forma de constituição de família, mediante a união formal e solene entre homem e mulher, os quais se entrelaçam pelo afeto, estabelecendo uma comunhão de vida.¹⁵⁵

A doutrinadora Maria Helena Diniz conceitua o casamento como sendo um vínculo estabelecido entre homem e mulher, mediante o reconhecimento governamental, religioso ou social e que pressupõe uma relação de igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges:

É o casamento a mais importante e poderosa de todas as instituições de direito privado, por ser uma das bases da família, que é a pedra angular da sociedade. Logo, o matrimônio é a peça-chave de todo sistema social, constituindo o pilar do esquema moral, social e cultural do país. [...] O casamento é o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa ao auxílio mútuo, material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família legítima.¹⁵⁶

É certo e incontroverso que todo projeto afetivo, inclusive o casamento, tende, naturalmente, à permanência. Não há casamento com dissolução prevista. Entretanto, não se pode olvidar a possibilidade de cessação do afeto, encerrando o projeto familiar pela ausência de idéias, de comunhão de vida, nem o respeito às liberdades e garantias individuais.¹⁵⁷

¹⁵⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 96.

¹⁵⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. Direito de família*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, vol. 5, p. 283.

¹⁵⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Op.cit.*, p. 313.

Neste pensar, Luiz Edson Fachin pontua que uma história construída a quatro mãos tende à permanência. Todavia, a liberdade de casar convive com o espelho invertido da mesma liberdade, a de não permanecer casado.¹⁵⁸

Nessa linha de compreensão, surge para cada consorte o direito de dissolver a união matrimonial que se imaginou eterna, como tratado no capítulo anterior.

Partindo deste pressuposto, Rodrigo da Cunha Pereira pondera que quando se depara com o cotidiano e o véu da paixão já não encobre mais os defeitos do outro, constata-se uma realidade completamente diferente daquela vida idealizada.¹⁵⁹

Entretanto, toda e qualquer restrição à obtenção da ruptura da vida em comum não fará mais do que validar estruturas familiares enfermas, casamentos malogrados, convivência em crise, corrosiva e atentatória às garantias de cada uma das pessoas envolvidas.¹⁶⁰

Por isso, fracassada a cumplicidade almejada na vida em comum entre os cônjuges, resta reconhecer o direito de um ou de ambos de promover a dissolução matrimonial, como insculpido no parágrafo 6º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988.¹⁶¹

Todavia, o supracitado preceito constitucional estabelecia limite ao exercício do direito de extinguir o casamento, o que somente poderia ser obtido após 1 (um) ano da separação judicial, ou separação de fato por mais de 2 (dois) anos, estabelecida judicialmente ou por comprovação testemunhal.

O doutrinador Paulo Luiz Netto Lôbo diz que a separação judicial, antes do divórcio, não tinha o propósito de propiciar aos cônjuges tempo de reflexão. Para ele o fim do

¹⁵⁸ FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos de direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 194-195.

¹⁵⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A culpa no desenlace conjugal*. in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim & LEITE, Eduardo Oliveira (coord). *Repertório de doutrina sobre o Direito de Família*. São Paulo: RT, 1999, vol.4, p. 326

¹⁶⁰ FARIAS, Cristiano de. ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2010, p. 314.

¹⁶¹ BRASIL, Constituição Federal de 1988. Art. 226, § 6º: O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após previa separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

casamento não é fruto da irreflexão, mas epílogo do desgaste continuado ou do erro de escolha do cônjuge, de nada servindo prolongar esse sofrimento por imposição do Estado.¹⁶²

Nessa ordem de idéias, é fácil perceber que dificultar ou impedir que pessoas casadas possam, facilmente, dissolver o seu casamento, repugna a dignidade da pessoa humana, consagrada constitucionalmente como valor precípua do sistema jurídico. Impor dificuldades nesse momento importaria em uma verdadeira degradação pessoal nas esferas psíquica, moral, intelectual e, por certo, física.¹⁶³

Deve assim, preponderar o respeito às decisões pessoais. É direito da pessoa humana constituir e manter uma entidade familiar; também é direito seu não manter a entidade formada; sob pena de comprometer-lhe a própria existência digna, ao impor-lhe um sacrifício físico e emocional, nitidamente atentatório à sua dignidade.

Com Gustavo Beghelli Fonseca, respeitando a dignidade pessoal do homem, o divórcio é um direito constitucionalmente assegurado pelo Estado para todas as pessoas que queiram por fim ao casamento, livrando-as da degradação de continuarem sendo infelizes:

O divórcio é um instrumento, um mecanismo garantido pelo Estado em decorrência de sua previsibilidade constitucional e infraconstitucional, que tem por escopo permitir a todos aqueles que queiram colocar um fim no seu casamento, que assim proceda.¹⁶⁴

Nesse sentido, não se afigura razoável a manutenção do instituto da separação judicial, que mantém vinculados os cônjuges quando já ausente o amor, o respeito, o projeto familiar em comum, que é a base afetiva de sustentação da relação conjugal.¹⁶⁵

Manter unidos juridicamente aqueles que já não estão atrelados afetivamente (e, pior, já podem ter estabelecido novos vínculos emocionais)¹⁶⁶, nos remetem

¹⁶² LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Separação era instituto anacrônico*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=654>> Acesso em: 29 ago. 2011.

¹⁶³ FARIAS, Cristiano de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2010, p. 315.

¹⁶⁴ FONSECA, Gustavo Beghelli. *A quem interessa o divórcio lento no país?* Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=594>> Acesso em 29.ago. 2011.

¹⁶⁵ FARIAS, Cristiano de; ROSENVALD, Nelson. Op.cit., p. 322.

¹⁶⁶ Ibidem.

a um célebre pensamento do doutrinador Georges Ripert, tão bem aplicável à espécie: “Quando o Direito ignora a realidade, ela se vinga, ignorando o Direito”.¹⁶⁷

Para mudar essa realidade jurídica, o Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM elaborou proposta apresentada em 2005 e 2007 pelos Deputados Antônio Carlos Biscaia e Sérgio Barradas Carneiro, por meio das Propostas de Emendas Constitucionais nº 413/2005 e nº 33/2007, respectivamente¹⁶⁸, tendo como objetivo suprimir a necessidade de lapso temporal da separação judicial.

Finalizando o curso natural do processo legislativo específico, o Congresso Nacional promulgou, no dia 13 de julho de 2010, a Emenda Constitucional nº 66, com vigência imediata e direta¹⁶⁹, dando nova redação ao parágrafo 6º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988.¹⁷⁰

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

Art. 226.[...]

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

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

Brasília, em 13 de julho de 2010.

Observa-se da nova redação duas modificações: primeiro, o fim da separação judicial, pois a única medida juridicamente possível para o descasamento passou a

¹⁶⁷ RIPERT, Georges. *Aspectos jurídicos do capitalismo moderno*. p. 33.

¹⁶⁸ CARNEIRO, Sérgio Barradas. *Proposta de emenda à constituição nº 33 de 2007*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/PEC%2033_2007%20Divórcio.pdf>. Acesso em: 29. set. 2011.

¹⁶⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Divórcio: alteração constitucional e suas consequências*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=629>>. Acesso em 12.mai.2011

¹⁷⁰ BRASIL. Constituição (1988). *Emenda Constitucional nº 66 de 13, julho de 2010*. Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos.

ser o divórcio; e, segundo, a extinção do prazo mínimo para a dissolução do vínculo matrimonial.¹⁷¹

Independentemente de lapso temporal e de outras indagações, o fracasso da união conjugal passou a ser a única causa para decretação do divórcio, reconhecido como direito material pela Emenda Constitucional n° 66/2010; uma pá de cal sobre o sistema dualista de dissolução do casamento. Consequentemente, não mais se admitirá a discussão sobre a culpa no descasamento, o que afrontava a privacidade dos cônjuges; nem se exigirá mais prazos mínimos de convivência, sendo possível contrair núpcias e dissolver o matrimônio a qualquer tempo, como expressão da liberdade para casar e para não permanecer casado.¹⁷²

3.1.1 Extinção da Separação Judicial

A nova redação do parágrafo 6° do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, trazida pela Emenda Constitucional n° 66/2010, desvinculou o direito ao divórcio da prévia separação judicial, possibilitando aos cônjuges o divórcio direto, sem necessidade de prévia separação judicial e nem de cumprimento de lapso temporal. Assim afirma o doutrinador Arnaldo Camanho de Assis:

Como é do conhecimento comum, a partir da promulgação da Emenda Constitucional n° 66, em 13 de julho de 2010, o § 6°, do art. 226 da Constituição da República, passou a ter a seguinte redação: ‘o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio’. O confronto desse novo dispositivo com o antigo evidencia que a nova ordem constitucional não apenas suprimiu o instituto da separação judicial, mas, além disso, extinguiu a necessidade de fluência de prazo para o pedido de divórcio. Trata-se de norma constitucional de eficácia plena, que, exatamente por isso, torna desnecessário a edição de qualquer ato normativo de categoria infraconstitucional para que possa produzir efeitos imediatos.¹⁷³

A norma alterada pela Emenda Constitucional n° 66/2010 teve a evidente intenção de facilitar o divórcio, posto que aboliu os requisitos para a dissolução do vínculo conjugal e, portanto, tem eficácia imediata e plena, não mais subsistindo a normatização

¹⁷¹ DIAS, Maria Berenice. *EC 66/10- e agora?* Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=653>> Acesso em: 29. ago. 2011.

¹⁷² DECOIN, Pedro Roberto. O divórcio, após a Emenda Constitucional n. 66, de 2010. *Revista Dialética de Direito Processual* n° 90. p. 108-118.

¹⁷³ ASSIS, Arnaldo Camanho de. *Questões práticas sobre a repercussão da EC n° 66/2010 no processos em andamento*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=650>>. Acesso em: 29. ago. 2011.

infraconstitucional que regula a separação judicial em face de sua obrigatória subordinação à Carta Magna.

Em julgamento da Apelação Cível nº 0616652-46.299.813.0210, o Desembargador Vieira de Brito, da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, afirmou que a Emenda Constitucional nº 66/2010 é norma de eficácia plena e de aplicabilidade direta, imediata e integral:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE DIVÓRCIO DIRETO CONSENSUAL - PROVA COLHIDA PERANTE CENTRAL DE CONCILIAÇÃO - CONTAGEM DO LAPSO DE SEPARAÇÃO DE FATO - EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010 - APLICAÇÃO IMEDIATA E EFICÁCIA PLENA - AUSÊNCIA SUPERVENIENTE DE INTERESSE RECURSAL - RECURSO NÃO CONHECIDO. A Emenda Constitucional nº 66/2010 é norma de eficácia plena e de aplicabilidade direta, imediata e integral, que regulamenta, inclusive, os processos em curso, como 'in casu'. Diante do fato de que a prova questionada se prestaria única e exclusivamente à aferição do lapso entre a separação de fato e o pedido de divórcio direto, com o advento da nova norma constitucional, pela qual o divórcio passou a independe de restrição temporal ou causal, tornando-se o simples exercício de um direito potestativo das partes, a controvérsia resta esvaziada de interesse recursal. O interesse recursal, enquanto requisito subjetivo de admissibilidade do recurso deve estar presente até o julgamento deste, motivo pelo qual, face à superveniente ausência de interesse recursal, deve o recurso sofrer juízo de admissibilidade negativo, motivo pelo qual não deve ser conhecido. Recurso não conhecido. (grifo nosso)¹⁷⁴

Cumprе salientar que, enquanto norma constitucional, a Emenda nº 66/2010 tem eficácia plena, o que torna desnecessária a edição de qualquer ato normativo de categoria infraconstitucional para que possa produzir efeitos imediatos¹⁷⁵; refletindo imediatamente nos processos de separação judicial em curso.

Trilhando a mesma linha de entendimento, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em julgamento de Recurso de Apelação Cível, asseverou que a alteração introduzida pela Emenda Constitucional nº 66/2010 tem eficácia plena e aplicabilidade imediata, inclusive quanto às ações em curso, e que com ela foi abolido o instituto da separação judicial.

¹⁷⁴ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça, AC nº 0616652-46.2009.8.13.0210, Relator Vieira de Brito, 8ª Câmara Cível. Julgado em 21/10/2010. DJ-e: 01/12/2010.

¹⁷⁵ ASSIS, Arnaldo Camanho de. *Questões práticas sobre a repercussão da EC nº 66/2010 nos processos em andamento*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=650>>. Acesso em: 04. set.2011.

CIVIL. DIVÓRCIO LITIGIOSO. EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. ARTIGO 267, INCISO VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL. EC 66/2010. SUPRESSÃO DO INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL. APLICAÇÃO IMEDIATA AOS PROCESSOS EM CURSO. A aprovação da PEC 28 de 2009, que alterou a redação do artigo 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 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 66/2010 tem aplicação imediata, refletindo sobre os feitos de separação em curso. Apelo conhecido e provido.(grifo nosso)¹⁷⁶

Fazendo surgir uma nova concepção sobre o sistema de dissolução do casamento, a Emenda Constitucional nº 66/2010 eliminou todo e qualquer prazo para a concessão do divórcio, e suprimiu do ordenamento jurídico o instituto da separação judicial e os dispositivos que a regiam, por total incompatibilidade com a nova ordem constitucional estabelecida. Assim, entendeu o TJDF, 5ª Turma Cível, em julgado de 14-04-2011, como se vê abaixo:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DIVÓRCIO DIRETO. AUDIÊNCIA DE RATIFICAÇÃO. DESNECESSIDADE. SEPARAÇÃO DE FATO COMPROVADA POR PROVA DOCUMENTAL. DECLARAÇÃO DE TESTEMUNHAS (COM FIRMA RECONHECIDA EM CARTÓRIO) EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/10. APLICAÇÃO IMEDIATA.1. Não se mostra necessária a realização de audiência de ratificação em ação de divórcio direto quando os elementos de convicção produzidos nos autos, notadamente a declaração de testemunhas (com firma reconhecida em cartório) evidenciam de forma clara a separação de fato do casal pelo lapso temporal exigido na lei, agregados ao fato de que os interessados, categoricamente, manifestam-se pela dissolução do vínculo matrimonial. 1.1. Ao demais, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010, que alterou § 6º do artigo 226, da Carta Magna, restou abolida a prévia separação como requisito para o divórcio, e ao mesmo tempo eliminado qualquer prazo para se requerer o divórcio, seja judicial ou administrativo (Lei nº 11.441/07). 1.2. Mesmo que a ação tenha sido proposta antes do início da vigência do citado diploma constitucional, nada obsta sua aplicação, na medida em que a norma constitucional tem eficácia imediata, sendo certo que os processos em curso devem se adaptar à novel realidade constitucional.2. Recurso conhecido e desprovido.. (grifo nosso)¹⁷⁷

¹⁷⁶ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Apelação. 2010.01.1.064251-3. Relator Ana Maria Duarte Amarante Brito, 6º Turma Cível. Julgado em 29/09/2010. DJ-e: 07/10/2010 p.221.

¹⁷⁷ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Apelação 20090710344608, Relator João Egmont, 5º Turma Cível. Julgado em 14/04/2011, DJ-e 13/05/2011 p.129.

Nessa linha de entendimento, Zeno Veloso argumenta que se a separação de direito consistia num meio de viabilizar o divórcio, e se o divórcio agora pode ser obtido pura e simplesmente, a todo tempo e sem qualquer restrição, não existe utilidade em manter-se o instituto da separação judicial:

Evidentemente, a EC nº 66/2010, não quis, tão-somente, estabelecer que o divórcio, agora, pode ser obtido sem mais prazo algum, sem que se tenha de alegar alguma causa, nem apontar qualquer motivo, e sem ter de ser antecedido de uma separação de direito, ou de uma separação de corpos que tenha durado mais de dois anos. Seria até importante, mas seria pouco e muito pouco se fosse só isso. Quis o legislador constitucional - e deliberadamente, confessadamente quis - que a dissolução da sociedade conjugal e a extinção do vínculo matrimonial ocorram pelo divórcio, que passou a ser, então, o instituto jurídico único e bastante para resolver as questões matrimoniais que levam ao fim do relacionamento do casal. Sem dúvida, ocorreu a simplificação, a descomplicação do divórcio no Brasil, o que levou algumas pessoas a proclamar que chegara o fim do casamento. Exagero! Não é pelo fato de o divórcio estar facilitado que alguém que ama o seu cônjuge e que é feliz no casamento vai requerer o divórcio, só porque este ficou mais ágil, mais singelo. [...]Em síntese: numa interpretação histórica, sociológica, finalística, teleológica do texto constitucional, diante da nova redação do art. 226, § 6º, da Carta Magna, sou levado a concluir que a separação judicial ou por escritura pública foi figura abolida em nosso direito, restando o divórcio que, ao mesmo tempo, rompe a sociedade conjugal e extingue o vínculo matrimonial. Alguns artigos do Código Civil que regulavam a matéria foram revogados pela superveniência da norma constitucional - que é de estatura máxima - e perderam a vigência por terem entrado em rota de colisão com o dispositivo constitucional superveniente.¹⁷⁸

Nos dizeres de Maria Berenice Dias, a nova redação dada ao texto constitucional suprimiu a prévia separação como requisito para o divórcio, bem como eliminou qualquer prazo ou condição para sua propositura:

Ao ser dada nova redação ao art. 226, § 6º, da Constituição Federal, desaparece a separação, eliminando prazos e a perquirição de culpa para dissolver a sociedade conjugal. Qualquer dos cônjuges pode, sem precisar declinar causas ou motivos, e a qualquer tempo, buscar o divórcio. A alteração, quando sancionada, entra imediatamente em vigor, não carecendo de regulamentação. Afinal, o divórcio está regrado no Código Civil, e a Lei do Divórcio manda aplicar ao divórcio consensual o procedimento da separação por mútuo consentimento (art. 40, § 2º). Assim, nada mais é preciso para implementar a nova sistemática.¹⁷⁹

¹⁷⁸ VELOSO, Zeno. *O novo divórcio e o que restou do passado*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=661>>. Acesso em: 03. set. 2011.

¹⁷⁹ DIAS, Maria Berenice. *EC 66/10- e agora?* Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=653>>. Acesso em 27.ago. 2011.

Na realidade, não existe razão lógica e prática para a manutenção da separação judicial no ordenamento jurídico, se não é possível mais convertê-la em divórcio, o que leva Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona a sustentar que ocorreu a obsolescência da separação judicial, bem como das normas infraconstitucionais que a regulavam: “A partir da promulgação da Emenda Constitucional, desapareceu de nosso sistema o instituto da separação judicial, e toda legislação que o regulava”.¹⁸⁰

No entender de Luiz Fernando Valladão, cotejando-se o texto atual ao antigo, conclui-se que a Emenda Constitucional nº 66/2010 eliminou por completo o instituto da separação judicial:

Embora a literalidade da redação não seja esclarecedora o suficiente, o fato é que a citada emenda constitucional eliminou a separação entre nós. Agora, já não há mais aquela dualidade: dissolução da sociedade conjugal (separação) e dissolução do vínculo (divórcio). O texto atual eliminou a necessidade de prévia separação judicial ou de fato, mantendo apenas a imediata dissolução do casamento “pelo divórcio”.¹⁸¹

No entanto, pode-se concluir que os entraves, a burocracia e os longos prazos em nada contribuem para a manutenção do casamento. A separação judicial pode até impedir a ruptura imediata do vínculo jurídico do casamento, mas não colabora com a preservação da relação conjugal, que deve ser pautada e alicerçada no afeto, no respeito e no comprometimento.

Se a lei não impõe prazos para a constituição da família, não é razoável que o faça para o término do casamento. Nesse sentido, ao facilitar o divórcio, a Emenda Constitucional nº 66/2010 enaltece os princípios da liberdade e da autonomia da vontade, permitindo que os cônjuges decidam até quando desejam manter o vínculo do casamento, sem excessiva intervenção do Estado.

Neste sentido o doutrinador Waldyr Grisard pondera:

A dissolução do casamento liberta de obstáculos, impedimentos, prazos e atividades burocráticas (audiências, interrogatórios, pareceres, perícias, testemunhas, sentenças e recursos), de tudo o que invade a intimidade do casal, que deve se submeter apenas à sua vontade, como valor assegurado

¹⁸⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O novo divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 56.

¹⁸¹ NOGUEIRA, Luiz Fernando Valladão. *O fim da separação*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=684>>. Acesso em: 29.ago. 2011.

pelo ordenamento jurídico, evitando uma excessiva intervenção do Estado na vida privada das pessoas.¹⁸²

O casamento e divórcio são atos de vontade apenas e tão somente dos cônjuges, sem limites temporais para se manter o casamento se a vontade dos cônjuges assim não desejar. Nos dizeres do doutrinador José Fernando Simão: “não é mais a rigidez do legislador que obrigará a manutenção do vínculo conjugal; não é mais a falsa idéia de possibilidade de arrependimento da separação que manterá o casal casado”.¹⁸³

Os doutrinadores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho afirmam que a EC nº 66/2010 reduzirá a interferência do Estado na vida privada dos cidadãos, além de promover economia de recursos técnicos e financeiros para o Judiciário e para o cônjuge divorcista, uma vez que não será mais necessário ajuizar dois processos:

Trata-se de uma mudança de paradigma sobre o tema, em que o Estado busca se afastar da intimidade do casal, reconhecendo a sua autonomia para extinguir, pela sua livre vontade, o vínculo conjugal, sem necessidade de requisitos temporais ou de motivações vinculantes.¹⁸⁴

Portanto, conclui-se que a nova sistemática do divórcio representa um avanço, sem dúvida alguma, e adere perfeitamente à nova realidade social verificada.

Para Suzana Viegas, o fim do casamento baseia-se tão somente no desamor, não sendo mais necessário um longo e desgastante processo prévio de separação, que afrontava diretamente a liberdade e intimidade do casal.

Pior é manter vínculos pelo desamor, sujeitar os filhos a disputas infundáveis e assim comprometer o desenvolvimento dos laços afetivos paterno e materno-filiais, os quais devem permanecer, a despeito da separação. Devemos lembrar que, para a maioria das pessoas, a separação judicial representa uma verdadeira via crucis e a lei apenas incentivava a perpetuação das tensões familiares que decorrem de uma ruptura. Assim, é dever do Estado assegurar as condições necessárias para o pleno exercício da autonomia de vontade das pessoas, que, escolhendo pôr fim ao casamento,

¹⁸² GRISARD FILHO, Waldyr. *Divórcio express: uma mudança de vanguarda*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=626>>. Acesso em: 30.ago. 2011.

¹⁸³ SIMÃO, José Fernando. A emenda constitucional nº 66: a revolução do século em matéria de Direito de Família. A passagem de um sistema antidivorcista para o divorcista pleno. *Revista do Advogado*. v. 31, n. 112, julho 2011, p. 66.

¹⁸⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil. Direito de família - as famílias em perspectiva constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 74.

devem ter a liberdade de fazê-lo sem imposições externas, preservando deste modo a sua privacidade e o direito de ser feliz.¹⁸⁵

Vivemos em um Estado Democrático de Direito, o que confere a cada um a liberdade de bem decidir a respeito do que lhe interessa¹⁸⁶. O planejamento conjugal e familiar, de acordo com o Código Civil de 2002, compete ao casal livremente, sem sofrer qualquer tipo de interferência estatal (art. 1513¹⁸⁷). Ou seja: se o casal tem a liberdade de escolha para contrair ou não o casamento, obviamente tem a mesma liberdade para decidir se quer ou não continuar casado, independentemente de qualquer prazo estipulado.¹⁸⁸

No entender de Thiago Felipe Vargas Simões, ao possibilitar que o divórcio seja decretado de forma direta, o legislador da emenda em apreço atentou-se para três pontos importantíssimos, a saber: *jurídico* (o divórcio extingue tanto a sociedade quanto o vínculo matrimonial e permite novo casamento); *psíquico* (o divórcio direto põe fim à necessidade de dois momentos para a extinção do vínculo matrimonial) e *econômico* (o divórcio direto acaba com gastos desnecessários).¹⁸⁹

Indubitavelmente, a Emenda Constitucional n° 66/2010 propiciou numerosas vantagens, não somente para os casais que pretendiam romper o matrimônio de modo mais célere, sem os gastos e inconvenientes do processo de separação judicial, mas também para o Poder Judiciário, já que a medida tende a reduzir o número de ações dessa natureza.

Como vimos até aqui, o entendimento majoritário é pelo fim do instituto da separação judicial. Entretanto, parte da doutrina defende que referido instituto não foi extinto com a nova redação dada pela Emenda Constitucional n° 66/2010 ao artigo 226, parágrafo 6°, da Constituição Federal vigente. Apesar do instituto da separação judicial não ser mais

¹⁸⁵ VIEGAS, Suzana. *A nova emenda constitucional do divórcio- é o fim da família?* Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=656>>. Acesso em: 29. ago. 2011.

¹⁸⁶ FONSECA, Gustavo Beghelli. *A quem interessa o divórcio lento no país?* Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=594>>. Acesso em 29. ago. 2011.

¹⁸⁷ BRASIL, Código Civil de 2002. Art. 1513: É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado interferir na comunhão de vida instituída pela família.

¹⁸⁸ FONSECA, Gustavo Beghelli. Op.cit.

¹⁸⁹ SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *A emenda constitucional n° 66/2010 e a nova regra do divórcio.* Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=688>>. Acesso em: 30. ago. 2011.

necessário para a concessão do divórcio, haja vista não haver mais a necessidade de cumprimento de prazo para a separação judicial.¹⁹⁰

Neste sentido o doutrinador Nemércio Marques afirma que: “[...] não se pode dizer que a supressão dos requisitos do divórcio venha a afetar a coexistência da separação judicial. [...] não se pode dizer que a abolição dos requisitos temporais do divórcio, de modo a facilitá-lo, tenha posto fim à separação judicial”.¹⁹¹

Destarte, que existem julgados proferidos após a Emenda Constitucional nº 66, deixando consignado que o instituto da separação judicial, continua tendo validade no ordenamento jurídico, não sendo facultado ao magistrado decidir a forma pela qual deve ser dissolvido o casamento:

EMENTA: SEPARAÇÃO CONSENSUAL - AJUIZAMENTO ANTERIOR À EC 66/2010 - ADAPTAÇÃO DO PEDIDO À NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL - POSSIBILIDADE - OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE, ECONOMIA, CELERIDADE E EFETIVIDADE PROCESSUAIS - INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO CPC. A EC 66/2010 não revogou as disposições contidas na Lei 6.515/77 e aquelas do Código Civil, permitindo, apenas, 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 6.515/77 continuam, no entanto, vigorando e tendo aplicabilidade. À luz do princípio da razoabilidade, da celeridade e da economia processuais, bem como da efetividade do processo, deve o Juiz, nos processos em andamento, proporcionar às partes a oportunidade de emendarem a inicial, adaptando-se o pedido ao novo comando constitucional - EC 66/2010 - sem que tal solução constitua ofensa ao art. 264 do CPC. (grifo nosso)¹⁹²

Diante do esposado, percebe-se que a corrente da extinção da separação judicial e da extinção do lapso temporal está mais consolidada na interpretação do advento da nova Emenda Constitucional nº 66.

¹⁹⁰ LOBO, Paulo. *Famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 204.

¹⁹¹ MARQUES, Nemércio Rodrigues. A Emenda Constitucional nº 66 e a separação judicial. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2625, 8 set. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/17350>>. Acesso em: 4 out. 2011.

¹⁹² MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça, Apelação Civil nº 1.0011.10.000370-3/001, Relator Wander Marota, 7º Câmara Cível. Julgado em 09/11/2010. DJ-e: 26/11/2010.

3.1.2 Fim do lapso temporal

A segunda significativa mudança operada pela Emenda Constitucional nº 66/2010 foi a supressão do prazo de separação de fato para efeito de decretação do divórcio direto.

Antes da Emenda Constitucional nº 66, para a decretação do divórcio direto exigia-se estarem os cônjuges separados de fato há mais de 2 (dois) anos, sem que houvesse, no período, efetiva reconciliação entre o casal, ou transito em julgado da separação a 1 (um) ano.

Desse modo, o que se tem agora é a desnecessidade de demonstração de qualquer ruptura convivencial entre os consortes.¹⁹³

Neste sentido, julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal partilha da opinião de que a Emenda Constitucional nº 66/2010 eliminou a necessidade de se aguardar o decurso de prazo da separação judicial, possibilitando o divórcio direto:

CIVIL - CONVERSÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL EM DIVÓRCIO - EMENDA CONSTITUCIONAL 66/10 - APLICAÇÃO IMEDIATA - ADEMAIS, DECORRIDO O LAPSO TEMPORAL DE UM ANO DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA QUE HOMOLOGOU A SEPARAÇÃO. 1. A emenda constitucional 66/2010 possui aplicação imediata, possibilitando o divórcio direto, sem que seja necessária a decretação da separação judicial. 2. Ainda que assim não fosse, no caso, também decorrido o lapso temporal de um ano de separação judicial, reforçando a conversão da separação judicial em divórcio. 3. O art. 36, II, da Lei 6.151/77 (Lei do Divórcio), que condiciona a conversão da separação em divórcio no cumprimento das obrigações assumidas, não foi recepcionado pela Constituição Federal (RE 387.271/SP) 4. Negou-se provimento ao apelo da ré. (20100110129832APC, Relator SÉRGIO ROCHA, 2ª Turma Cível, julgado em 10/08/2011, DJ 22/08/2011 p. 79)(grifo nosso)¹⁹⁴

Em outro julgado, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal confirma ser possível a dissolução do casamento pelo divórcio, sem precisar aguardar qualquer lapso temporal:

¹⁹³ GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil. Direito de família- as famílias em perspectiva constitucional*. São Paulo. Saraiva, 2011, Volume VI, p. 548.

¹⁹⁴ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Apelação 20100110129832, Relator Sérgio Rocha, 2ª Turma Cível, julgado em 10/08/2011, DJ-e 22/08/2011 p. 79.

PROCESSO CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIVÓRCIO DIRETO LITIGIOSO - EMENDA CONSTITUCIONAL N. 66/2010 - ELIMINAÇÃO DA SEPARAÇÃO - PEDIDO DE ALIMENTOS - POSSIBILIDADE PARA EVITAR MULTIPLICIDADE DE AÇÕES - RECURSO NÃO PROVIDO.1. Nos termos da Emenda Constitucional n. 66, de 13.7.2010, é possível a dissolução do casamento pelo divórcio, sem precisar mais aguardar qualquer prazo para ser requerido. 2. Na ação de divórcio é possível discutir alimentos e partilha de bens e dívidas, a fim de evitar a multiplicidade de demandas. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte.¹⁹⁵3.Recurso não provido.

Como se vê abaixo, os doutrinadores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona pontificam que o divórcio passou a caracterizar-se como um direito potestativo, a ser exercido por qualquer um dos cônjuges, independentemente de cumprimento de prazo:

Vale dizer, o divórcio passa a caracterizar-se, portanto, como um simples direito potestativo a ser exercido por qualquer dos cônjuges, independentemente da fluência de prazo de separação de fato ou de qualquer outra circunstância indicativa da falência da vida em comum.¹⁹⁶

Tomando a decisão de não mais querer permanecer matrimonialmente unido ao outro, poderá formular pedido de divórcio qualquer dos cônjuges, independentemente de quanto tempo tenha permanecido casado, se um dia, se uma semana, ou se várias décadas;¹⁹⁷ entendimento compartilhado pela maioria dos doutrinadores.

Tal fato jurídico representa o fim do excesso de interferência estatal na vida privada, representa o reconhecimento pleno dos direitos fundamentais atinentes à privacidade de cada indivíduo, que jamais poderá ser violada por alguém, nem mesmo pelo Estado.

Ninguém além dos próprios cônjuges poderá saber o momento oportuno para a dissolução de um casamento, por tratar-se de decisão estritamente do casal, residente em seara personalíssima, de penetração vedada ao Estado, a quem não cabe determinar tempo algum de reflexão.

¹⁹⁵ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento 20110020046677, Relator João Mariosa, 3ª Turma Cível. Julgado em 29/06/2011, DJ-e 05/07/2011, p. 59.

¹⁹⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O novo divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 60.

¹⁹⁷ Idem. *Novo curso de direito civil. Direito de família- as famílias em perspectiva constitucional*. São Paulo. Saraiva, 2011, p. 549.

Neste sentido, o sistema jurídico da EC 66/10 reconhece a existência de limites para a intervenção estatal na vida privada, respeita a autonomia dos titulares de direitos para a sua própria concessão.

3.1.3 Impossibilidade de aferição da culpa

A Emenda Constitucional n° 66/10 gerou debates efusivos acerca de suas consequências jurídicas e, principalmente, reacendeu discussões sobre a relevância da culpa pelo fim do casamento.

Partindo do pressuposto que a separação judicial foi extinta, o entendimento majoritário dos entendedores do Direito é que, com a promulgação da referida Emenda, tornou-se impossível aferir a culpa para extinção da vida conjugal.

Antes da Emenda Constitucional n°66/10, o descumprimento dos deveres conjugais permitia ao cônjuge inocente a propositura de ação de separação judicial, imputando ao outro a culpa pela falência da sociedade conjugal. Servia, portanto, para justificar o fim do casamento e o conseqüente pedido de separação, mas não para proteger a família, enquanto ente.

A alteração constitucional promovida pela Emenda Constitucional n° 66/10 instituiu o divórcio como único modo de dissolver o casamento, abolindo do mundo jurídico o instituo da separação judicial, e a discussão da culpa pela falência do casamento.¹⁹⁸

Essa mudança rechaça, de forma explícita, a utilização do Direito como instrumento de punição pelo fim do casamento, e privilegia a liberdade individual e a autonomia dos cônjuges, que já as detinham na ocasião do início do relacionamento e as preservam no momento de dissolvê-lo.

Para o doutrinador Gladys Maluf, com a Emenda Constitucional n° 66/2010 toda a temática da culpa esvaiu-se, não sendo mais do interesse da Justiça reconhecer quem é o culpado pelo do casamento:

¹⁹⁸ PAPIN, Bianca Ferreira. PEC do divórcio põe fim à discussão sobre a culpa- *Revista IOB de Direito de Família*. Ano XII- n° 59- abr- maio de 2010, p. 8.

Há, todavia, aqueles que defendem que como nos processos de divórcio não se admite a discussão da culpa, aprovada a PEC do divórcio não seria mais permitido discuti-la ainda que desrespeitados pelos cônjuges os deveres do casamento. Ou seja, entendem referidos profissionais que culpado ou não, para o cônjuge sair do relacionamento bastaria requerer o divórcio e pronto. De fato, pela legislação atual ordinária, não há possibilidade de discussão da culpa no divórcio - que deve ser decretado tão somente com base no lapso temporal.¹⁹⁹

No entanto os doutrinadores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, denota que, o fundamento principal e primordial para a decretação do divórcio, é pura e simplesmente a ausência de afeto no casamento, ante a qual afigura-se desnecessária a análise da culpa: “O único fundamento para a decretação do divórcio é a falência afetiva da relação; que inexistindo o amor, a vontade de compartilhar projetos em comum, afigura-se desnecessária a análise da culpa”.²⁰⁰

Nos dizeres dos doutrinadores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho “é preciso enfatizar a idéia da separação em razão do fracasso conjugal, e não porque um dos cônjuges ou ambos é/são culpados”.²⁰¹

Ao se excluir a culpa, doa-se à pessoa a possibilidade de extinguir seu casamento de maneira digna, conferindo também a oportunidade de exercício de cidadania.²⁰²

O doutrinador Dimas Messias ensina que, com a Emenda Constitucional n° 66/10, não mais existe atribuição de culpa na separação judicial, como se vê abaixo:

[...] O Código Civil destoa da doutrina e jurisprudência moderna, que há muito tem se posicionado no sentido de não mais existir justificativa para atribuição da culpa a qualquer dos cônjuges, quando já ocorreu a falência da vida em comum e do vínculo afetivo que unia duas pessoas, o que foi acolhido constitucionalmente na EC n.66/2010, ao permitir o divórcio livremente, sem exigência de prazos ou motivos. [...] ²⁰³

Neste diapasão, é certo que o fim do casamento passou a ser concedido independentemente da indicação de um responsável pelo insucesso da relação, seja porque é

¹⁹⁹ SALLES, Gladys Maluf Chamma Amaral. *A PEC do divórcio e a discussão da culpa*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=624>>. Acesso em: 20.ago. 2011

²⁰⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O novo divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 90.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 90.

²⁰² LARA, Paula Maria Tecles. *Comentários à Emenda Constitucional n° 66/2010*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=649>>. Acesso em: 20.ago.2011

²⁰³ CARVALHO, Dimas Messias de. *Divórcio: judicial e administrativo*. Belo Horizonte: Del Rei, 2010, p. 27.

difícil atribuir apenas a um dos cônjuges a responsabilidade pelo fim do vínculo afetivo, seja porque é absolutamente indevida a intromissão da justiça na intimidade da vida das pessoas.²⁰⁴

Entende-se hoje, nas palavras de José Fernando Simão, que o debate em torno da culpa impede a extinção célere do vínculo e sujeita desnecessariamente os cônjuges a uma dilação probatória das mais lentas e sofridas:

Na realidade deve se esclarecer que quando da extinção do casamento por divórcio será inadmissível o debate de culpa. Sim, inadmissível o debate da culpa por ser algo que apenas gera uma injustificada demora processual em se colocar fim ao vínculo, causando sofrimento desnecessário.²⁰⁵

A consequência principal trazida pela Emenda Constitucional n° 66/10 é o afastamento da possibilidade de discussão de culpa, vez que no divórcio não cabe questionamentos acerca das causas que motivaram o fim da união.²⁰⁶

Segundo Rodrigo da Cunha Pereira, João Baptista Villela já insurgia contra o princípio da culpa. Este lecionava que não cabe ao Estado intervir na intimidade dos cônjuges para investigar o culpado e o inocente pelo fim do casamento.

[...] Deve ser abandonado o princípio da culpa em favor do princípio da deterioração factual, ou seja, a constatação do mero fracasso matrimonial. A separação deve, portanto, basear-se em fatos objetivos, afastando-se das causas consideradas culposas e subjetivas, muitas vezes ocorridas por condutas imperceptíveis de ambos os consortes, desagregando conjuntamente a união afetiva [...].²⁰⁷

A teoria da deterioração factual é baseada na liberdade de escolha, no princípio da auto-determinação dos cônjuges para decidir pela constituição, manutenção e extinção da entidade familiar. Essa teoria seria o verdadeiro instrumento de proteção ao direito a uma vida digna, à vida privada, ao direito de liberdade e à intimidade²⁰⁸. Na verdade essa teoria vislumbra proteger todos esses direitos constitucionais previstos, aplicando o

²⁰⁴ FARIAS, Cristiano de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2010, p. 379.

²⁰⁵ SIMÃO, José Fernando. *A PEC do divórcio e a culpa: impossibilidade*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=627>>. Acesso em: 04.set.2011.

²⁰⁶ REVISTA ÂMBITO JURÍDICO. *Aspectos processuais da Emenda Constitucional n° 66/2010*.

²⁰⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A sexualidade vista pelos tribunais*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 225.

²⁰⁸ LARA, Paula Maria Tecles. *Comentários à Emenda Constitucional n° 66/2010*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=649>>. Acesso em: 05. set. 2011.

princípio da intervenção mínima do Estado na vida privada e nas relações pessoais dos cidadãos.

O doutrinador Dimas Messias de Carvalho também entende que deve ser abandonado o princípio da culpa em favor do princípio da deterioração factual, considerando tão somente o fracasso conjugal:

[..] Deve ser abandonado princípio da culpa em favor do princípio da deterioração factual, ou seja, a constatação do mero fracasso matrimonial. A separação deve, portanto, basear-se em fator objetivos, afastando-se das causas consideradas culposas e subjetivas, muitas vezes ocorridas por condutas imperceptíveis de ambos os consortes, desagregando conjuntamente a união afetiva.²⁰⁹

Para Humberto Gomes Macedo, preleciona que diante da nova sistemática o pedido do divórcio será decretado por um dos consortes, quando este perceberem que a vida conjugal ficou intolerante: “[..] Inexiste a necessidade de se atribuir culpa ao outro para provimento do pedido. A separação ou divórcio serão decretados no simples pedido de uma das partes/cônjuges, quando entender que a vida em comum tornou-se insuportável”.²¹⁰

Neste pensar a doutrinadora Paula Maria Tecles Lara, esclarece que a culpa sempre foi considerada como a causa da dissolução do casamento, mais é a decorrência do desamor:

Com a aprovação da Pec, ocorrida em 13/07/2010, várias serão as consequências jurídicas, como por exemplo, a exclusão da culpa, pois quando não se aborda mais o instituto da separação, retira-se do ordenamento todos os questionamentos acerca da culpa pelo fim do casamento. A culpa, historicamente, sempre foi considerada como sendo a causa da dissolução do casamento, mas nada mais é do que consequência do desamor. [...] Baseado no paradigma do desamor, no qual ninguém é obrigado a viver com aquele que não ama e, por consequência, não é feliz, e não faz o outro feliz, é que se constrói o pensamento da extinção da culpa para a concretização da dissolução da sociedade conjugal.²¹¹

A família é baseada no afeto e no amor, e está em busca das relações individuais e da felicidade do próprio indivíduo. Sendo assim, mesmo em análise mais

²⁰⁹ CARVALHO, Dimas Messias de. *Divórcio: judicial e administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 28.

²¹⁰ MARCEDO, Humberto Gomes. *Direito e psicanálise — sua interação e breve análise da culpa e sua atual repercussão no fim das relações matrimoniais*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=710>>. Acesso em: 04. set. 2011.

²¹¹ LARA, Paula Maria Tecles. *Comentários à Emenda Constitucional nº 66/2010*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=649>>. Acesso em: 05.set.2011.

simplória, é fácil perceber que a discussão sobre a culpa nas relações familiares é inadequada, insensata e atentatória contra os direitos fundamentais da pessoa humana, previstos em sede constitucional²¹². Sem dúvida, admitir a perquirição sobre a culpa nas dissoluções de casamento atenta contra valores fundamentais do ordenamento constitucional vigente, como a dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, III)²¹³, o direito à vida privada e à intimidade (CF/88, art.5º, V, X e XII)²¹⁴, o direito à solidariedade social (CF/88, art. 3º)²¹⁵ e à igualdade substancial (CF/88, arts. 3º e 5º).²¹⁶

Nos moldes do Código Civil vigente, a análise da dissolução da sociedade conjugal pela via da culpa de um dos cônjuges é inconstitucional, porque a imputação de culpa a um dos partícipes pela separação do casal provoca desgaste injustificado, expondo a vida íntima de ambos, causando grande sofrimento a todos os envolvidos. Sabe-se que os traumas de uma separação litigiosa fundada na culpa são inevitáveis. Por isso, a exposição dos problemas havidos na intimidade conjugal afronta o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.²¹⁷

Procurar um culpado pela extinção do casamento sem o falecimento de um dos cônjuges, ainda em face de violação de deveres matrimoniais, fere frontalmente as garantias constitucionais da pessoa humana; pois aquilo que o ordenamento jurídico permite que se chame de culpa (o adultério, a sevícia grave) não pode gerar consequências jurídicas

²¹² FARIAS, Cristiano de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2010, p. 379.

²¹³ BRASIL, Constituição Federal de 1988. Art. 1: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III- a dignidade da pessoa humana;

²¹⁴ BRASIL, Constituição Federal de 1988. Art. 5: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: V- é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; X- são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; XII- é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

²¹⁵ BRASIL, Constituição Federal de 1988. Art. 3: Constituem objetivos, fundamentais da República Federativa do Brasil: I- Construir uma sociedade livre, justa e solidária; II- garantir o desenvolvimento nacional; III- Erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV- promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação.

²¹⁶ FARIAS, Cristiano de; ROSENVALD, Nelson. *Op.cit.*, p. 379.

²¹⁷ DIAS, Maria Berenice. *Separação e divórcio: uma inútil duplicidade*. Disponível em: <<http://www.mariaberenicedias.com.br/pt/artigos.php3?cat=10&txt=424>>. Acesso em: 31 ago. 2010.

negativas, por violar a própria estrutura personalíssima do homem, preservada pela Constituição Federal de 1988.²¹⁸

No entanto, pode considerar que a imputação de culpa foi eliminada por completo na seara do direito aos alimentos²¹⁹, vez que a pretensão alimentar dos cônjuges não poderá mais se fundar na conduta desonrosa do outro consorte ou em qualquer ato culposo que implique violação dos deveres conjugais, conforme preceituam os artigos 1702 e 1704 do Código Civil Brasileiro. Pois, se não mais subiste, diante da nova norma constitucional, a aferição do elemento subjetivo da culpa, o pedido de pensão alimentícia deve ser simplesmente no binômio necessidade e possibilidade econômica. Assim vem se posicionando o Tribunal do Rio Grande do Sul, vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEPARAÇÃO JUDICIAL. PEDIDO DE EXONERAÇÃO DOS ALIMENTOS PROVISÓRIOS FIXADOS EM FAVOR DA EX-MULHER QUE RECEBE AUXÍLIO-DOENÇA PREVIDENCIÁRIO. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE NECESSIDADE. A obrigação alimentária vincula-se à cláusula *rebus Sics tantibus*, podendo ser revisada sempre que ocorre alteração no binômio possibilidade e necessidade, sendo possível o pleito de redução, majoração ou exoneração de alimentos. A fixação dos alimentos não está embasada na culpa, mas sim na comprovação da dependência econômica daquele que pede. Comprovado que a ex-mulher, ao contrário do que declarado na inicial, recebe auxílio-doença previdenciário, com valor correspondente a 1,6 salários mínimos, valor superior ao pensionamento pleiteado, cabível a revogação da liminar que fixou o encargo alimentar, restando a questão submetida à dilação probatória na ação principal. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. (Grifo nosso)²²⁰

Conforme os ensinamentos dos doutrinadores Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, com o fim da aferição da culpa na seara do descasamento, a fixação dos alimentos devidos deverá ser feita com amparo na necessidade ou vulnerabilidade do credor, na justa medida das condições econômicas do devedor, não importando se é o culpado pelo fim do casamento.²²¹

²¹⁸ FARIAS, Cristiano de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2010, p. 380.

²¹⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil. Direito de família- as famílias em perspectiva constitucional*. São Paulo. Saraiva, 2011, Volume VI, p. 685.

²²⁰ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento 70029099629. Relator André Luiz Planella Villarinho, 7ª Câmara Cível. Julgado em 10/06/2009. DJ-e 19/06/2009.

²²¹ GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op.cit.*, p. 111.

Não é certo, pois, que se fundamente o pleito de alimentos na conduta desonrosa do outro cônjuge ou em qualquer outro ato culposo que traduza violação de deveres conjugais.

Assim a doutrinadora Maria Berenice Dias pontifica: “A culpa pelo descumprimento dos deveres conjugais ou por alguma das hipóteses que ensejavam o pedido de separação, não cabe ser questionada”.²²²

A exclusão da culpa da esfera do Direito de Família não quer dizer que os atos ilícitos praticados durante a constância dos relacionamentos deixam de ser objeto de ressarcimento.²²³

No entanto, a exclusão da análise da culpa do âmbito do Direito de Família não impede que o cônjuge que tenha sofrido danos morais, matérias ou estéticos, possa demandar o ex-consorte para debater a culpa em ação indenizatória. A matéria, todavia, deverá ser discutida através de ação autônoma perante o juiz cível, em que será apurado o nexo de causalidade. Assim entende o doutrinador Dimas Messias de Carvalho:

A culpa continuará sendo debatida, não mais entre os cônjuges na dissolução do casamento, mas em razão da conduta do cônjuge ou ex- cônjuge ao descumprir seus deveres, em ação autônomas de indenização por danos morais, matérias ou estéticos, e alimentos.²²⁴

Neste pensar se posiciona José Fernando Simão, dizendo, que a culpa continuará sendo discutida, em ações autônomas: “[...] Sim, discuta-se a culpa, mas não mais entre cônjuges (presos por um vínculo indesejado) e sim em ações autônomas, entre cônjuges)[...]”.²²⁵

²²² DIAS, Maria Berenice. *Divórcio já!:* comentários à emenda constitucional 66 de 13 de julho de 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 135.

²²³ LAGRATA, Caetano. *Divórcio — o fim da separação e da culpa?* Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=690>>. Acesso: 05. set. 2011

²²⁴ CARVALHO, Dimas Messias de. *Divórcio:* judicial e administrativo. Belo Horizonte: Del Rei, 2010, p. 80.

²²⁵ SIMÃO, José Fernando. *A PEC do divórcio e a culpa:* impossibilidade. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=627>>. Acesso em: 04. set. 2011.

A culpa será debatida no lócus adequado em que surtirá efeitos: a ação autônoma de alimentos ou eventual ação de indenização promovida pelo cônjuge que sofreu danos morais ou estéticos. Assim, se necessário, os cônjuges poderão passar anos discutindo a culpa em morosa ação de alimentos ou de indenização por danos morais; mas já livres para buscar sua realização pessoal, a felicidade.²²⁶

²²⁶ SIMÃO, José Fernando. *A PEC do divórcio e a culpa: impossibilidade*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=627>>. Acesso em: 04. set. 2011.

CONCLUSÃO

Como se viu no capítulo primeiro, a autonomia da vontade, a igualdade de direitos e deveres na ordem civil e a solidariedade social, são direitos embutidos na dignidade da pessoa humana e devem sofrer a mínima intervenção do Estado na vida privada.

No capítulo seguinte, verificamos quão danosa à dignidade da pessoa humana é a exposição da sua intimidade no cenário do juízo, até porque a produção de provas extrapola os limites físicos do processo. Sem sombra de dúvida, a obrigatoriedade da manutenção do casamento muitas vezes impõe a um cônjuge, ou aos dois, tratamento desumano ou degradante e verdadeira tortura psicológica, quando não física mesmo; o que se constitui em atentado violento aos direitos e garantias individuais. O trazimento da discussão da culpa à agora do processo judicial, por imposição do Estado, constitui-se em flagrante violação da intimidade, da vida privada e da honra dos cônjuges, gerando, inclusive, direito a indenização pelo dano moral decorrente de sua violação.

Restou sobejamente provado, no terceiro capítulo, que o Estado não tem o poder de intervir na estrutura familiar, da mesma maneira que interfere nas relações contratuais. Ao contrário, tem o múnus de apoiar e dar assistência à família. Assim reconheceu o legislador da Constituição Federal de 1988, promulgando a Emenda Constitucional nº 66/2010.

Finalmente, conclui-se que a Emenda Constitucional nº 66/2010, em respeito ao princípio da liberdade (autonomia de vontade), corrigiu um contra-senso até então presente na nossa Carta Magna, mundialmente conhecida como “Constituição Cidadã”. A referida emenda deu nova redação ao artigo 226, parágrafo 6º, da Constituição Federal de 1988, extinguindo a necessidade de lapso temporal de 2 (dois) anos para a separação de fato e de 1 (um) ano para a separação judicial. Hoje não mais é necessário continuar casado um casal que não quer mais ficar junto. Assim o Estado respeita a autonomia de vontade, liberando de vínculo as relações já extintas do ponto de vista afetivo.

Além disso, atendendo aos anseios da sociedade moderna, a Emenda Constitucional nº 66/2010 representou um significativo avanço na disciplina do divórcio no Brasil, na medida em que facilitou a dissolução do casamento sem a exigência de prazos para a concessão do divórcio ou a possibilidade de discussão de causas específicas pelo desfazimento da união, o que refletia diretamente no fundamento do pedido de pensão alimentícia pelo cônjuge, que passa a se basear somente no binômio necessidade/possibilidade-econômica. Agora para a obtenção do divórcio, seja pela forma consensual ou litigiosa, basta a comprovação de um único requisito: o estado civil de casado.

Desta forma, a emenda em apreço trouxe o fim da injustificável interferência estatal na vida privada e na intimidade dos cônjuges. Reconheceu o princípio da liberdade e da autonomia da vontade dos consortes em desfazer o vínculo matrimonial, quando ausentes a afetividade, o amor e o projeto de vida em comum. Permitiu aos ex-consortes a busca da felicidade, posto que o fim do casamento funda-se tão somente na ausência do amor que unia o casal, não sendo justo impor aos cônjuges a submissão a um longo e desgastante processo prévio de separação, o que só servia para adiar a dissolução definitiva de um casamento malsucedido.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Sylvia Maria Mendonça do. *O fim da separação judicial e o divórcio direto*. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/opinião/mat/2007/11/23/327284485.asp>>. Acesso em 03. set. 2011.

ASSIS, Arnaldo Camanho de. *Questões práticas sobre a repercussão da EC nº 66/2010 no processos em andamento*. Disponível em:<<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=650>>. Acesso em: 29. ago. 2011.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito civil constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL, Constituição Federal de 1988.

BRASIL. Código Civil de 1916.

BRASIL. Código Civil de 2002.

BRASIL. Lei n. 6515, de 26 de dezembro de 1977

BUFFOLO, Lorena. A culpa na separação judicial. *Revista do Direito. Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim*. V.7, n. 7.

CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 10. ed. rev. e atual de acordo com o novo código civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Dos alimentos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CARNACHIONI, Daniel Eduardo. *Curso de direito civil- institutos fundamentais*. Parte Geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARNEIRO, Sérgio Barradas. *Proposta de emenda à constituição nº 33 de 2007*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/PEC%2033_2007%20Divórcio.pdf>. Acesso em: 29. set. 2011.

CARVALHO, Dimas Messias de. *Divórcio: judicial e administrativo*. Belo Horizonte: Del Rei, 2010.

CRUZ, Maria Luiza Póvoa. *Separação, divórcio e inventário por via administrativa: implantações das alterações no CPC promovidas pela lei 11.441/2007*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

DECOIN. Pedro Roberto. O divórcio, após a Emenda Constitucional n. 66, de 2010. *Revista Dialética de Direito Processual* n° 90.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

DIAS, Maria Berenice. *Da separação e do divórcio. direito de família e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____. *Direito de família e o novo código civil*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. *Divórcio já!:* comentários à emenda constitucional 66 de 13 de julho de 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *EC 66/10- e agora?* Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=653>>. Acesso em 27.ago. 2011.

_____. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. revista atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Separação e divórcio: uma inútil duplicidade*. Disponível em: <<http://www.mariaberenicedias.com.br/pt/artigos.php3?cat=10&txt=424>>. Acesso em: 31 ago. 2010.

DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família e o novo código civil: da separação e do divórcio*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. Direito de família*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, vol. 5.

_____. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 17. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406 de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, v.5.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento 20110020046677, Relator João Mariosa, 3ª Turma Cível. Julgado em 29/06/2011, DJ-e 05/07/2011.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Apelação 20090710344608, Relator João Egmont, 5º Turma Cível. Julgado em 14/04/2011, DJ-e 13/05/2011.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Apelação 20100110129832, Relator Sérgio Rocha, 2ª Turma Cível, julgado em 10/08/2011, DJ-e 22/08/2011.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Apelação. 2010.01.1.064251-3. Relator Ana Maria Duarte Amarante Brito, 6º Turma Cível. Julgado em 29/09/2010. DJ-e: 07/10/2010.

FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos de direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *Questões do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FALAVIGNA, Maria Clara Osuma Diaz; COSTA, Edna Farah Hervey. *Teoria e prática do direito de família: de acordo com a lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002*. São Paulo: Letras Jurídicas: Bestbook, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Redesenhando os contornos da dissolução do casamento*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *Direito das famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2010.

FIUZA, César. Sá; FREIRE, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direito civil. Atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FONSECA, Gustavo Beghelli. *A quem interessa o divórcio lento no país?* Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=594>> Acesso em 29.ago. 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil. Direito de família - as famílias em perspectiva constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *O novo divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOMES, Orlando. *Direito de família*. 14. ed. Atualização de Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Direito de família* 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRISARD FILHO, Waldyr. *Divórcio express: uma mudança de vanguarda*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=626>>. Acesso em: 30.ago. 2011.

LAGRASTA, Caetano. *Divórcio — o fim da separação e da culpa?* Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=690>>. Acesso: 05. set. 2011

LARA, Paula Maria Tecles. *Comentários à Emenda Constitucional n° 66/2010*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=649>>. Acesso em: 20.ago.2011

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 9. ed. São Paulo: Método, 2005.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Divórcio: alteração constitucional e suas consequências*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=629>>. Acesso em 12.mai.2011

_____. *Famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Separação era instituto anacrônico*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=654>> Acesso em: 29 ago. 2011.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MARCEDO, Humberto Gomes. *Direito e psicanálise — sua interação e breve análise da culpa e sua atual repercussão no fim das relações matrimoniais*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=710>>. Acesso em: 04. set. 2011.

MARQUES, Nemércio Rodrigues. A Emenda Constitucional n° 66 e a separação judicial. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2625, 8 set. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/17350>>. Acesso em: 4 out. 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça, AC n° 0616652-46.2009.8.13.0210, Relator Vieira de Brito, 8° Câmara Cível. Julgado em 21/10/2010. DJ-e: 01/12/2010.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça, Apelação Civil n°1.0011.10.000370-3/001 , Relator Wander Marota, 7° Câmara Cível. Julgado em 09/11/2010. DJ-e: 26/11/2010.

MONTEIRO, Washigton de Barros. *Curso de direito civil. Direito de família*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 259.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito de família*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 371.

NOGUEIRA, Luiz Fernando Valladão. *O fim da separação*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=684>>. Acesso em: 29.ago. 2011.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa; MUNIZ, Francisco José Ferreira. *Curso de direito de família*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2000.

OLIVEIRA, J.M. Leoni Lopes de. *Alimentos e sucessão no casamento e na união estável*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

PAPIN, Bianca Ferreira. *PEC do divórcio põe fim à discussão sobre a culpa*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-fev-13/pec-divorcio-poe-fim-debate-culpa-falencia-casamento>>. Acesso em: 13 maio. 2011.

_____. *PEC do divórcio põe fim à discussão sobre a culpa*. *Revista IOB de Direito de Família*: Nota: Continuação de Revista Brasileira de Direito de Família- Porto Alegre: Síntese. v.1,n.1,jul.1999.

_____. *PEC do divórcio põe fim à discussão sobre a culpa- Revista IOB de Direito de Família*. Ano XII- nº 59- abr- maio de 2010.

PATROCÍNIO, Marlus Garcia do. *PEC28/2009 e a nova regra para o divórcio*. *Revista IOB de Direito de família*: Nota: Continuação de Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese. v.1, n.1, jul.1999.

PEREIRA, Áurea Pimentel. *Divórcio e separação judicial no novo código civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PEREIRA, Ézio Luiz. *A dissolução do casamento e “culpa”*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11938>>. Acesso em 21 maio. 2011.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A culpa no desenlace conjugal*. in WAMBIER, Teresa Arruda Alvim & LEITE, Eduardo Oliveira (coord). *Repertório de doutrina sobre o Direito de Família*. São Paulo: RT, 1999, vol.4.

_____. *A sexualidade vista pelos tribunais*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____. *Divórcio: teoria e pratica*. Rio de Janeiro: GZ, 2010

_____. *Princípios fundamentais norteados do direito de família*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do direito civil – introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

REVISTA ÂMBITO JURÍDICO. *Aspectos processuais da Emenda Constitucional nº 66/2010*.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento 70029099629. Relator André Luiz Planella Villarinho, 7ª Câmara Cível. Julgado em 10/06/2009. DJ-e 19/06/2009.

RIPERT, Georges. *Aspectos jurídicos do capitalismo moderno*.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família – Lei nº 10.406, de 10.01.2002*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SALLES, Gladys Maluf Chamma Amaral. *A PEC do divórcio e a discussão da culpa*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=624>>. Acesso em: 20.ago. 2011

SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARTORI, Fernando. *A culpa como causa da separação e seus efeitos*. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos.asp>>. Acesso em: 9 jun.2011.

_____. *A culpa como causa de separação e seus efeitos*. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&totalPage=8>>. Acesso em 19 ago. 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. revista atualizada nos termos da Reforma Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2003.

SIMÃO, José Fernando. A emenda constitucional nº 66: a revolução do século em matéria de Direito de Família. A passagem de um sistema antidivorcista para o divorcista pleno. *Revista do Advogado*. v. 31, n. 112, julho 2011.

_____. *A PEC do divórcio e a culpa: impossibilidade*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=627>>. Acesso em: 04.set.2011.

_____. A emenda constitucional n° 66: a revolução do século em matéria de Direito de Família. A passagem de um sistema antídorcionista para o divorcista pleno. *Revista do Advogado*, v. 31, n. 112, jul/2011.

SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *A emenda constitucional n° 66/2010 e a nova regra do divórcio*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=688>>. Acesso em: 30. ago. 2011.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Terceira Turma. Resp n° 995.538. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data do julgamento: 04/03/2010. Publicação: DJe 17/03/2010.

TARTUCE, Flávio. *Novos princípios do direito de família brasileiro*. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8468/novos-principios-do-direito-de-familia-brasileiro>> Acesso em: 11 ago. 2011.

VELOSO, Zeno. *O novo divórcio e o que restou do passado*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=661>>. Acesso em: 03. set. 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. São Paulo: Atlas, 2001, v. 5.

VIEGAS, Suzana. *A nova emenda constitucional do divórcio- é o fim da família?* Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=656>>. Acesso em: 29. ago. 2011.

WELTER, Belmiro Pedro. *Separação e divórcio*. 3. ed. Porto Alegre: Síntese, 2000.