



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Direito Potestativo ao Divórcio com Supedâneo na Emenda Constitucional nº 66 de 2010

Katlen Rose Sales Osorio

Rio de Janeiro
2011

KATLEN ROSE SALES OSORIO

Direito Potestativo ao Divórcio com Supedâneo na Emenda Constitucional nº 66 de 2010

Artigo científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do Título de Pós-Graduação.

Orientadores:

Prof. Guilherme Sandoval;

Prof^ª Kátia Silva;

Prof^ª Mônica Areal;

Prof^ª Neli Fetzner;

Prof. Nelson Tavares.

DIREITO POTESTATIVO AO DIVÓRCIO COM SUPEDÂNEO NA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66 DE 2010

Katlen Rose Sales Osorio

Graduada pelo Centro Universitário Fluminense (UNIFLU). Advogada.

Resumo: O Direito de Família é uma das searas do Direito Civil que evolui mais rapidamente. Em recente alteração, o Legislador positivo veio a normatizar situação que atende aos anseios da sociedade pela celeridade na resolução do contrato de casamento. A facilitação da dissolução do vínculo matrimonial prestigia a dignidade da pessoa humana na medida em que passa a ser alçada a direito potestativo, exercível pelo mesmo modo exigido para sua constituição, ou pela, pela via extrajudicial sem maiores embaraços, além de estar consoante com os princípios da intervenção mínima, da ruptura do afeto, entre outros. Por ser recente, a inovação ainda carece que a jurisprudência delimite o alcance da norma, tal como os efeitos dela advindos a exemplo da possibilidade da migração da discussão de culpa para o processo de divórcio ou sua discussão numa via autônoma, tarefa multidisciplinar minuciosa a ser realizada com vistas ao Direito Civil Constitucional. O que se tem hoje são alguns julgados possibilitando a conversão dos processos de separação em curso para o pedido de divórcio, e instrução do Conselho Nacional de Justiça aos cartórios extrajudiciais para continuarem a realizar separações judiciais, tudo isso no poder regulamentatório e não jurisdicional.

Palavras-chaves: Divórcio. Celeridade. Ruptura do afeto.

Sumário: Introdução. 1. Eficácia da Norma Constitucional e Sobrevida da Separação Judicial. 2. Dignidade da Pessoa Humana e Direito Potestativo ao Divórcio. 3. Responsabilidade Civil Decorrente do Casamento e Conseqüente Dever de Indenizar. 4. Via extrajudicial e Provimentos Correccionais Estaduais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o tema do divórcio e a recente alteração legislativa, fazendo estudo sobre as possíveis implicações a curto e médio prazo com especial enfoque na separação judicial, divórcio como direito potestativo e utilização da via extrajudicial para maior celeridade da questão fático-jurídica.

Toda alteração no texto constitucional deve ser observada com atenção, a fim de se respeitar o princípio da máxima efetividade do texto constitucional, já que representaria uma verdadeira subversão querer conferir mais importância e densidade a normas infraconstitucionais que ao texto da própria Constituição decorrente do Poder Constituinte Derivado. É importante ainda verificar a questão dos processos em andamento, seu rumo e a posição a ser adotada pelos magistrados após a mudança de tamanha monta.

A Emenda Constitucional, considerada tardia por alguns, teve por escopo instrumentalizar o princípio da dignidade da pessoa humana, já que o Estado não tem mais o poder de impor às pessoas um vínculo conjugal artificial em nome de uma entidade familiar que não existe mais nos moldes de outrora, e que era fundada no afeto que acabou. Com esse comportamento há a valorização dos outros diversos núcleos familiares que não foram formalizados pelo matrimônio.

A menor interferência do Estado âmbito das entidades familiares demonstra uma maior da valorização dos indivíduos e reflete a época de maior maturidade que as instituições democráticas têm frente o ordenamento jurídico atual.

1 – EFICÁCIA DA NORMA CONSTITUCIONAL E SOBREVIVÊNCIA DA SEPARAÇÃO JUDICIAL

O texto da Emenda Constitucional 66 de 2010 é de poucas palavras, tem apenas dois artigos e enorme repercussão, “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 publicação¹.”

Imprescindível fazer breve comparação com a emenda constitucional 09 de 1977², que pela primeira vez tratou sobre o assunto no Brasil. Até aquele momento o casamento era indissolúvel conforme dispunha o art. 175, §1º da Emenda Constitucional nº 1 de 1969³, a referida emenda contava também com apenas dois artigos.

Àquela época houve grande resistência da Igreja Católica, que tinha grande influência política e social. Interessante trazer a colação trecho de entrevista com dom Alberto Gaudêncio Ramos, arcebispo de Belém na época de edição da emenda comentando a possibilidade do divórcio.

A situação do católico que se casa no religioso e se divorcia, será a mesma situação do amasiado, isto é, não pode ser padrinho de batismo ou casamento, pode confessar-se, mas não será absolvido se não se retratar; não pode receber extrema unção e não pode receber sepultura eclesial ou encomendação. A aplicação da excomunhão, pena máxima aos católicos, poderá ser feita em casos de injúria ou desafio à Igreja Católica⁴.

¹ BRASIL. Emenda Constitucional 66 de 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc66.htm. Acesso em 03.10.2010.

² BRASIL. Emenda Constitucional 09 de 1977. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc09-77.htm. Acesso em 03.10.2010.

³ BRASIL. Emenda Constitucional 1 de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc66.htm. Acesso em 03.10.2010.

⁴ FOLHA DE SÃO PAULO. Editorial publicado no dia 23 de junho de 1977. Artigo é o dia “d” do divórcio. p.43. Disponível em http://almanaque.folha.uol.com.br/brasil_23jun1977.htm. Acesso em 25.09.2010.

O Brasil era uma sociedade conservadora, ainda muito ligada aos dogmas da Igreja Católica. Tal assertiva reflete o avanço desta disposição no texto constitucional, ainda que o divórcio fosse condicionado a prazos e demais requisitos, a fim de se adequar ao máximo ao Direito Canônico.

No entanto, há uma divergência essencial entre as normas constitucionais. A emenda de 1977 relegava a Lei especificar os casos em que o casamento poderia ser dissolvido observado o lapso temporal constitucional. Isto é, cabia a norma infra-constitucional legislar no vazio jurídico criando as regras do jogo.

Não há dúvidas de que tal norma constitucional tinha eficácia limitada, até mesmo por cautela legislativa. Poder-se-ia dizer que era norma constitucional de princípio institutivo na classificação de José Afonso da Silva⁵, visto que o legislador ordinário dar-lhe-ia eficácia plena por meio de lei integrativa, a emenda constitucional continha apenas um esquema geral, um esqueleto da instituição a ser delineada por outra disposição.

Todavia, no ano de 2010, pouco mais de 30 anos da primeira regulamentação, já havia um microssistema formado desde a Lei 6.515 de 1977, a lei integradora que seguiu aquela emenda. Há todo um sistema normativo, que o legislador sabia, ou deveria saber, que com esse texto diminuto vários outros dispositivos de diferentes diplomas legais seriam afetados, notadamente os que tratam sobre a separação judicial, um artifício criado para apaziguar as pressões sociais da Igreja Católica.

Nas palavras do Co-autor da emenda do Senador Nelson Carneiro, Acioli Filho, em entrevista ao jornal Folha de São Paulo, “a exigência de uma prévia separação judicial pelo prazo de três anos - declarou o co-autor da emenda divorcista - evitará que a precipitação decida em

⁵ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. 2. Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007, 122-123.

prejuízo de uma madura reflexão⁶. Ou seja, desde o início houve previsão de lapso temporal em severa intervenção do Estado na autonomia privada.

Nesse passo, cabe mencionar a profusão de artigos que tratam sobre o tema sob o enfoque constitucional, o que dá azo a filiação as mais diversas correntes de pensamento.

Pode-se resumir tais temas a três grandes posicionamentos, aqueles que acreditam que o novo tratamento constitucional tem eficácia mediata e apenas serviu para desconstitucionalizar a matéria; aqueles que acreditam ter eficácia imediata revogadora de todas as disposições infra-constitucionais com ela incompatíveis, inclusive a separação judicial e ainda uma corrente mista que acredita na sobrevivência da separação, que é regida pelo Código Civil e eficácia imediata do divórcio que pode ser pedido a qualquer tempo⁷.

Partidários do primeiro posicionamento, Gilberto Schäfer⁸, juiz de direito e doutor em direito público e Fernando Henrique Pinto⁹, também juiz de direito e diretor-adjunto de Prerrogativas e Ética da Associação Paulista de Magistrados (Apamagis) afirmam que a matéria do divórcio é materialmente infra-constitucional por se tratar de instituto típico do direito civil, afirmam ainda que na ausência de normas desse quilate abrir-se-ia espaço para que o legislador ordinário pudesse legislar livremente observados os princípios da dignidade da pessoa humana, proporcionalidade e a vedação ao retrocesso social.

O primeiro autor cita Pontes de Miranda¹⁰ em comentário a constituição de 1937 que retirou a menção a possibilidade de recurso *ex officio* de desquite e anulação do casamento, para

⁶ FOLHA DE SÃO PAULO. Op. Cit. P. 43

⁷ SCHÄFER, Gilberto. *A separação ainda pode ser utilizada* in revista consultor jurídico. 20 ago. 2010. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2010-ago-20/separacao-ainda-utilizada-quem-nao-divorciar>. Acesso em 05.10.2010.

⁸ SCHÄFER, Gilberto. *Ibidem*.

⁹ PINTO, Fernando Henrique. *Divórcios da nova lei podem ser anulados* in revista consultor jurídico. p. 3. 20 jul. 2010. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2010-jul-20/divorcios-baseados-lei-anulados>. Acesso em 03.10.2010.

¹⁰ MIRANDA apud SCHÄFER, Gilberto. Op. Cit.

afastar o pretense efeito revogatório imediato de supressão de dispositivo constitucional. Menciona ainda que a emenda constitucional teria eficácia contida na Classificação de José Afonso da Silva.

Já o segundo, para embasar sua tese faz remissão a lei de introdução do Código Civil que em seu art. 2º, §§1º e 2º regulamenta as hipóteses de revogação expressa e tácita, nessa explicitando que a nova norma deve regular inteiramente a matéria quando com ela incompatível, o que na visão desse autor não teria ocorrido.

Entretanto, o posicionamento aqui esponsado, corroborado pela maioria da doutrina, é de que a norma teria eficácia plena imediata. Filia-se ao posicionamento de Pablo Stolze¹¹ para o qual a emenda constitucional, aprovada como foi, teve duas consequências: a de eliminar a separação judicial e ainda de erradicar qualquer prazo para o pedido de tutela jurisdicional ao Estado para a dissolução do vínculo matrimonial. Isto tornaria o Brasil um dos países mais liberais do mundo onde a falta de amor seria motivo suficiente para a dissolução da união.

Tece o autor crítica quanto a brevidade com que foi tratada a questão enfatizando que caberia a jurisprudência e a doutrina se debruçarem sobre o tema a fim de pacificar a questão, e ainda que sábia, teria sido a decisão, de deixar ao arbítrio dos diretamente envolvidos o prazo necessário de reflexão antes da grande decisão¹².

Gilberto Schäfer, é partidário da idéia de que a melhor solução para determinar o grau de aplicabilidade dessa norma constitucional seria que algum dos legitimados manejassem a argüição de descumprimento de preceito fundamental perante o Supremo Tribunal Federal ao argumento de se preservar a segurança jurídica “em que um dos vetores é a previsibilidade, que atingirá diretamente os interesses da cidadania. Assim, de acordo com o entendimento firmado

¹¹ GAGLIANO, Pablo Stolze. *A nova emenda do divórcio*: Primeiras reflexões. Disponível em <http://www.memesjuridico.com.br/jportal/portal.jsf?post=27211>. Acesso em 08.09.2010.

¹² *Ibidem*.

pelo STF na ADPF 33 e 130, é possível antecipar de forma direta e geral o alcance deste texto constitucional¹³”.

Pablo Stolze citando Dirley da Cunha Júnior¹⁴ corrobora que a melhor classificação para o fenômeno ocorrido com o advento da emenda 66 seja o da inconstitucionalidade superveniente da norma legal ordinária, embora sem a necessidade de manejo de qualquer ação. Segundo os autores a questão se resolveria não no plano hierárquico conforme jurisprudência maciça do STF, mas sim no plano intertemporal já que as normas em confronto não têm a mesma densidade normativa.

Todavia o Supremo Tribunal Federal já se pronunciara sobre o tema por ocasião do julgamento da ADI 02-DF¹⁵.

A constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitante: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada leis ordinárias. A lei maior valera menos que a lei ordinária. Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinquentenária.

Seja qual for o posicionamento adotado, pela eficácia mediata ou imediata da norma os autores são uníssonos pela simplificação do procedimento atual, com a extinção da separação judicial, seja por meio de edição de lei que adéque os dispositivos já existentes a nova realidade constitucional numa aplicabilidade postergada da diretriz traçada, ou mesmo de pronto, com adaptação pelos operadores do direito, dando cabo do sistema binário do divórcio.

¹³ SCHÄFER, Gilberto. Op. Cit. p. 3.

¹⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O novo divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.59 *apud* CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. Salvador: JusPodivm, 2006, p. 274-276.

¹⁵ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 2/DF, Relator Ministro Paulo Brossard, d.j. 06.02.92, Tribunal Pleno.

Nesse momento cabe tecer uma crítica. A Lei Complementar 95/98¹⁶, que determina a redação oficial das leis, conforme dispõe o art. 59, parágrafo único da Constituição Federal estabelece em seu artigo 11, com redação dada pela Lei Complementar 107 de 2001 que a clausula deverá enumerar expressamente as disposições revogadas.

Apesar de a inexatidão formal não invalidar norma legalmente aprovada, consoante disposição do art. 18 da mencionada lei, o mecanismo ajuda a elidir celeumas como a que se apresenta como o cerne desse capítulo. Cabe mencionar que, apesar de versar sobre leis, essas podem ser entendida em seu sentido lato, pontuando-se que diversas emendas constitucionais como as 20 de 1998; 41 de 2003; 45 de 2004 e 47 de 2005 seguem esse padrão.

2 – BASE PRINCÍPIOLÓGICA DA ALTERAÇÃO PROMOVIDA

A separação desde seu advento foi considerada um instituto não natural e complexo, porém tida como um artifício necessário para que posteriormente pudesse ser aprovada a dissolução do vínculo matrimonial pelo divórcio¹⁷.

Conforme leciona Cristiano Chaves de Faria¹⁸

Era absolutamente evidente a dificuldade conceitual existente em compreender, com precisão, o antigo caráter dualista do sistema de dissolução matrimonial. Não havia justificativa lógica em terminar e não dissolver um casamento. Escapava à razoabilidade e violava a própria operabilidade do sistema jurídico.

¹⁶ BRASIL. Lei Federal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp95.htm. Acesso em 05.10.2010.

¹⁷ DIAS, Maria Berenice. *Divórcio já!*: comentários à emenda constitucional 66 de 13 de julho de 2010. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010. p. 19.

¹⁸ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito das famílias*, 3. ed., rev. atual. e ampl., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.357.

O divórcio é mais vantajoso sob os mais diferentes prismas, sob o viés jurídico põe termo à sociedade conjugal e ao vínculo matrimonial, permitindo novo enlace; sob o viés econômico há unicidade de procedimento e custas e finalmente sob a ótica psicológica já que evita o *strepitus fori*, tendo em vista que todos os requisitos e provas ligadas à separação foram elididas com o fim desta, sem necessidade de esmiuçar a vida do casal a estranhos¹⁹.

Por tudo isso, a novidade está de pleno acordo com a diretriz axiológica traçada pela Constituição Federal pautada na dignidade da pessoa humana. A interferência estatal deve ser relegada a aspectos secundários que, por sua natureza, devem ser tutelado também fora do casamento como a filiação, vedação ao enriquecimento ilícito e bem estar do ser humano.

A emenda constitucional é a aplicação do direito a busca da felicidade no direito material, no qual o legislador enxerga que a felicidade pode estar no fim do casamento e não mais na sua manutenção. Cabe mencionar que embora não expressa no rol dos direitos fundamentais, já foi citada com tal pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADI 3300/DF d.j. 03/02/06.

Pode-se pensar tal emenda constitucional como uma antecipação do pensado no projeto de emenda constitucional proposta pelo Senador Cristovam Buarque, tendente a incluir entre os direitos fundamentais o direito à busca da felicidade. Apesar de soar como novidade no cenário nacional, a positivação de tal norma data pela primeira vez em 1776 com a Declaração de Direitos do Estado da Virgínia que alçou status constitucional com a proclamação da independência dos Estados Unidos.

¹⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O novo divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.56

Assim, apesar de amplo, haveria reforço ao princípio da vedação do retrocesso social, reforçando diversas decisões na seara jurídica, nas quais o direito positivo não atende aos anseios da população pela justiça²⁰.

A família é entidade que deve ser preservada de acordo com a Constituição em seu artigo 226. Todavia, com o reconhecimento de entidades familiares não embasadas no casamento, a continuidade de embaraços ao fim do vínculo matrimonial criava disparidades inexplicáveis, vez que por vezes obrigava que a nova entidade familiar formada pela união estável convivesse com o fantasma do casamento falido do separado de fato ou judicialmente que não podia contrair novas núpcias.

Ademais, segundo pontua Arnaldo Camanho de Assis²¹ a separação exigia que depois de superados eventuais dramas e traumas o casal tivesse que se reencontrar para por fim a algo já terminado, reavivando desnecessariamente sofrimentos já vencidos.

O antigo requisito objetivo para a decretação do divórcio, qual seja, separação de fato por mais de dois anos ou lapso de um ano desde a decretação da separação judicial incidia sobremaneira na autonomia privada. São os próprios cônjuges e não o Estado os mais habilitados para dizer se há possibilidade ou não de volta.

Para a decretação do fim do casamento não há mais nenhuma condição impeditiva da decretação do vínculo, a conhecida “cláusula de dureza”. Vigora atualmente o princípio da ruptura do afeto, inspirado no *Zerrüttungsprinzip* do Direito alemão²².

Basta apenas que não haja mais amor, por mais simplista que pareça. Se o que originou o contrato ou instituição do casamento foi justamente o amor, nada mais justo que na sua

²⁰ MONTEIRO, Juliano Ralo. *PEC da felicidade positivará direito na CF*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-mai-29/pec-felicidade-positivacao-direito-reconhecido-resto-mundo>>. Acesso em: 04 abril 2011.

²¹ ASSIS, Arnaldo Camanho de. EC nº 66/10: A Emenda Constitucional do casamento *apud* DIAS, *op. cit.*, p. 21.

²² GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, *op. cit.*, p. 62.

ausência esse possa ser desfeito o mais rapidamente possível. Nesse alicerce foi construído o direito potestativo ao divórcio, não condicionado a nenhum requisito.

Nesse diapasão, Silvio Venosa²³ afirma que mesmo em sua singeleza a emenda constitucional nº 66 foi de um estupendo avanço a utilização do divórcio-remédio e não mais sua modalidade sanção que não oferecia solução adequada e socialmente segura. Assim, com vistas ao futuro das pessoas, a dignidade da pessoa humana restará efetivamente assegurada ao não expor os indivíduos a exposição acima da necessária em momento tão frágil de suas vidas.

O Direito de Família é a seara em que o princípio da intervenção mínima deve incidir de maneira mais veemente, não deve ser do interesse do Estado filigranas da vida a dois.

A despeito de toda a argumentação acima tecida, o tratamento do assunto nos diversos Tribunais de Justiça estaduais não é equânime, o que roga a intervenção do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição conforme atribuição expressa do art. 102, I, “a” da Constituição Federal.

No Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a jurisprudência majoritária é no sentido de que a inovação constitucional é auto-aplicável. Nesse sentido, a exemplificar o acima dito por diversas ocasiões²⁴, o Tribunal decidiu que após a edição da emenda as partes do processo de separação devem ser intimadas para se manifestarem sobre a convolação da separação em divórcio.

O Egrégio Tribunal do Rio Grande do Sul, famoso pelo arrojo em suas decisões acompanha o Tribunal Fluminense, deixando claro em um de seus julgados sobre o tema que por

²³VENOSA, Silvio de Salvo. *Extinção da separação judicial*. Disponível em <<http://www.silviovenosa.com.br/artigo/extincao-da-separacao-judicial>>. Acesso em: 03 abril 2011.

²⁴ BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Apelações cíveis nº 0001917-67.2010.8.19.0206 e 0040623-23.2008.8.19.0002, respectivamente julgadas pelos Des. Ines da Trindade em 28.02.2011 e Des. Fernando Fernandy Fernandes em 27.07.2010, ambos da décima terceira Câmara Cível e apelação cível nº 0001377.19.2010.8.19.0206 julgada pelo Des. Sérgio Jerônimo Abreu da Silveira em 22.03.2011 da Quarta Câmara Cível.

se tratar de direito potestativo a citação do cônjuge na ação de divórcio poderia ser feita por edital. Nesse sentido cabe trazer à colação ementa a respeito.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIVÓRCIO. PARTILHA. CITAÇÃO POR EDITAL. O divórcio Caso em que se mostra desnecessário o pleno esgotamento das vias ordinárias para proceder-se à citação da parte ré em ação de divórcio O direito ao divórcio tem natureza potestativa. E em face às recentes mudanças trazidas pela EC 66, não há mais exigência de prazo de separação para sua concessão. Nesse passo, a impugnação ao pedido de divórcio resta esvaziada, de forma que se mostra desproporcional exigir que a parte postulante do divórcio permaneça no estado de casada até que se ultime a busca pela citação real da parte ré. Diante disso, é cabível a citação do réu por edital quando não localizado para ser citado pelos meios ordinários. A partilha. Contudo, no que diz com a citação para a ação de partilha, tratando-se de direito patrimonial, descabe a citação ficta, sem antes se esgotar todos os meios de localização do réu. Nesse contexto, é cabível a citação por edital para a ação de divórcio devendo a parte prosseguir na tentativa de citação do réu para a partilha através dos meios ordinários. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. EM MONOCRÁTICA²⁵.

No entanto, em nenhum dos Tribunais pesquisados houve ocorrência de procedência de algum pedido de extinção do processo sem resolução do mérito por impossibilidade jurídica do pedido de separação judicial.

Tal acontecimento demonstra que a jurisprudência ainda não é incisiva sobre o tema. A cautela é típica dos primeiros momentos pós-reforma. Todavia, sustentamos que não haveria utilidade para a manutenção do instituto da separação judicial quando a ordem constitucional não impõe mais nenhum requisito de ordem temporal para a concessão do pedido de divórcio que se tornou potestativo.

3 - RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DO CASAMENTO E CONSEQÜENTE DEVER DE INDENIZAR.

²⁵ BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Agravo de Instrumento nº 70040420903. Relator Des. Rui Portanova, julgado em 18.03.2011.

Ao analisar a história recente do direito brasileiro verifica-se que sempre houve duas modalidades de separação, uma por vontade de ambos os cônjuges, quando não era necessário apontar qualquer motivação e outra por vontade de apenas um deles. Nesse último caso era necessária a atribuição de culpa ao outro pelo fim da vida em comum ou a comprovação da ruptura da vida em comum há mais de um ano conforme dispunha o art. 1.572 do Código Civil.

Se assim não o fosse, o Estado poderia resistir na chancela da vontade de um dos cônjuges. Somente restava ao cônjuge culpado esperar o decurso do tempo para que pudesse pedir a separação²⁶.

Adepta do posicionamento no sentido da extinção do instituto da separação, e entendendo o divórcio como um direito potestativo, cabe ressaltar que ainda é possível a figura do divórcio litigioso, no qual, segundo entendimento de Pablo Stolze Gagliano²⁷, somente poderiam ser discutidos os efeitos jurídicos da separação do casal, tais como guarda dos filhos, uso do nome e divisão do patrimônio.

Uma das grandes dúvidas a respeito da inovação trazida pela Emenda Constitucional 66 de 2010 refere-se à manutenção da possibilidade de discussão da culpa como causa para a dissolução do casamento, assim como era com a separação judicial.

A indicação de causas tarifadas para o término casamento retornou ao sistema jurídico brasileiro com o advento do Código Civil de 2002, ao reproduzir o Código anterior que havia sido revogado pela Lei do Divórcio²⁸. Apesar da redação legislativa a perquirição das causas da separação foi reconhecida como desnecessária para a jurisprudência, em acertado momento

²⁶ DIAS, *op. cit.*, p. 47.

²⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O novo divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 89.

²⁸ DIAS, *op. cit.* p. 48.

vez que tal exigência feriria o direito a privacidade e a intimidade, corolários do princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse passo cabe trazer à colação ementa de acórdão do Egrégio Superior Tribunal de Justiça²⁹ a respeito do tema.

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. SEPARAÇÃO JUDICIAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. JULGAMENTO EXTRA PETITA. INEXISTÊNCIA. PARTILHA DOS BENS. AUSÊNCIA DE CONSENSO.

1. Não há por que falar em violação do art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido, integrado pelo julgado proferido nos embargos de declaração, dirime, de forma expressa, congruente e motivada, as questões suscitadas nas razões recursais.
2. Requerida a separação judicial com fundamento na existência de culpa, é possível ser decretada a separação do casal sem imputação de causa a nenhuma das partes quando não restarem devidamente comprovados os motivos apresentados, mas ficar patente a insustentabilidade da vida em comum.
3. Em razão da ausência de consenso entre as partes, a partilha dos bens não pode ser realizada na sentença que julgou a ação de separação, devendo ser adotado o procedimento determinado pelo § 1º do art. 1.121 do Código de Processo Civil.
4. Recurso especial parcialmente conhecido e provido.

A indagação acerca da possibilidade de importação da discussão da culpa para o divórcio encontra variadas respostas em sede doutrinária. Maria Berenice Dias e Pablo Stolze Gagliano são enfáticos ao ressaltarem a impossibilidade de qualquer discussão sobre culpa no bojo da ação de divórcio.

O autor³⁰ argumenta que não haveria espaço para se falar em causas objetivas ou subjetivas do divórcio litigioso, que teriam desaparecido com a separação. Segundo ele soaria despropositado que alguém ao provar a conduta culposa de outrem, pudesse obter êxito na dissolução do vínculo matrimonial.

Arremata Gagliano ao argumento de que a culpa no Direito de Família estaria relegada a um âmbito próprio que seria o da anulabilidade do casamento. Ressalta que qualquer discussão de

²⁹ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso especial 886744. Relator Des. João Otávio de Noronha, julgado em 02.02.2010.

³⁰ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, *op. cit.*, p. 95-96.

culpa no divórcio seria incorreta, até mesmo para a fixação de seus chamados efeitos colaterais, tais como a guarda dos filhos, o uso do nome e o direito a alimentos.

A eminente autora gaúcha³¹ vai na esteira de pensamento apresentada, com o adendo de que os casos de culpa pelo fim do enlace matrimonial poderiam, a depender do caso, ser objeto de ação autônoma de reparação civil em face do cônjuge autor do dano.

Enumera, todavia, que nem todas as violações dos deveres do casamento seriam indenizáveis, tais como o *debitum conjugale*, já que seria impensável justificar pretensão indenizatória por dano moral pela ausência de contato físico de natureza sexual e ainda a infidelidade, por ser, segundo ela, de difícil fixação a gravidade do descumprimento do dever e do quantum indenizatório³².

Quanto aos demais deveres tais como adultério, abandono do lar, condenação criminoso e conduta desonrosa, sua prática por si só não ensejaria a reparação por dano moral, a não ser que reste comprovado que tais condutas foram realizadas de modo público, ferindo a imagem e a dignidade de seu par.

Nesse sentido, cabe trazer à colação trecho de artigo publicado por José Fernando Simão³³ a respeito do tema.

Não se pode afirmar que caso um dos cônjuges cause danos ao outro, a culpa não poderá ser debatida em ação de indenizatória. Isto porque se houver ofensas físicas ou morais, agressão aos direitos de personalidade, o cônjuge culpado responderá civilmente. O inocente, vítima do dano, terá assegurado seu direito à indenização cabal. Novamente a questão não poderá ser discutida na ação de divórcio (da qual a culpa foi banida) e será objeto de ação indenizatória perante as varas cíveis, o que não impedirá a decretação de segredo de justiça a ser requerido pelas partes. Sim, discute-se a culpa, mas não mais entre cônjuges (presos por um vínculo indesejado) e sim em ações autônomas, entre ex-cônjuges.

³¹ DIAS, Maria Berenice. *op. cit.*, p. 52.

³² *Ibidem*, p.54.

³³ SIMÃO, José Fernando. *A PEC do divórcio: a revolução do século em matéria de direito de família apud DIAS ibidem*, p.53.

Em posicionamento distinto, Flávio Tartuce³⁴, acredita que a melhor solução seria a manutenção de um sistema dualista, na qual seria possível ou não a discussão da culpa no processo de divórcio a depender do caso concreto. Menciona que tal construção atenderia melhor aos diversos anseios da sociedade pós-moderna, identificada pelo pluralismo e pela hipercomplexidade.

Argumenta o autor que a culpa seria um conceito inerente ao ser humano, do qual seria inerente à civilização, assim, não seria possível negar os instintos de atribuição de responsabilidade, deveria simplificar-se sua utilização e não negá-la.

Menciona que por vezes o processo é usado como uma maturação dos problemas pessoais do casal. Ressalte que um sistema monista, sem viabilidade de verificação de culpa, representaria ofensa à liberdade individual e à autonomia privada das partes. Argui se justificar que no caso da dissolução do casamento não seja possível a mitigação de tal direito fundamental.

Sobre a responsabilidade civil decorrente do casamento, menciona a análise da culpa é imprescindível já que entende essa como um conceito unitário servindo tanto para indenizar quanto para decretar a dissolução da união. Segundo Tartuce dispensar a culpa seria ilógico, afirma ser impossível a caracteriza de somente “meia culpa” a embasar somente ação de responsabilidade civil, mas sem repercussões no âmbito da família.

Faz um paralelo com o direito das obrigações, argumenta que a realização de uma dicotomia a esse respeito seria questionável juridicamente já que não se poderia afirmar que existência de real vantagem para o Direito de Família.

³⁴ TARCTUCE, Flávio. *A PEC do divórcio e a culpa. Possibilidade*. Disponível em <<http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&id=46>>. Acesso em 09.01.2011.

A despeito de toda a argumentação trazida pelo autor, o primeiro posicionamento se coaduna melhor com os fins propostos pela reforma constitucional de celeridade processual e proteção a intimidade dos litigantes.

4 - VIA EXTRAJUDICIAL E PROVIMENTO CORRECIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

O advento da Lei 11.441/07 trouxe, entre outras coisas, o que a comunidade jurídica há muito tempo ansiava, a desburocratização do sistema de separação e divórcio. A partir de sua vigência foi possível que, quando houvesse consenso entre o casal, esse pudesse optar pela via extrajudicial para a ruptura da sociedade conjugal ou do vínculo matrimonial.

Essa via foi aberta àqueles casais que preenchiam os requisitos do art. 1.124-A do Código de Processo Civil, incluído pela dita lei. As exigências legais são a inexistência de filhos menores ou incapazes do casal; a observância do prazo legal, que a época da edição da lei era de um ano da celebração do casamento para a separação, ou do prazo de dois anos de separação de fato para o divórcio.

Ademais, a escritura notarial também deveria conter disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento.

Para que não restasse dúvida alguma sobre o assunto, o Conselho Nacional de Justiça no uso de suas atribuições regulamentares editou a resolução 35 de 2007, ato normativo secundário

já que busca o seu fundamento de validade em norma intercalar infraconstitucional, no caso o Código de Processo Civil, e que versa sobre o dever de observância das normas de processo e das garantias processuais das partes³⁵.

Essa resolução norteou a aplicação da alteração legislativa promovida, estabelecendo que a escritura pública seria feita pelo tabelião de notas e teria a assistência obrigatória de um advogado.

Os artigos 52 e 53 tratam especificamente do tratamento a ser dado na via extrajudicial aos divórcios consensuais, explicitando entre outros temas, que apenas a declaração dos cônjuges não serviria como prova do lapso temporal de 2 anos exigido para o divórcio. Esse era o provimento seguido pelos cartórios estaduais, a respeito do tema.

Quando da edição da emenda constitucional 66 que entrou em vigor em 13 de julho de 2010, rapidamente o CNJ, em 30 de setembro do mesmo ano por meio da resolução 120, atendendo ao pedido do IBDFAM, decidiu revogar o artigo 53 da resolução, e dar nova redação ao artigo 52 desta.

A nova redação do art. 52 da resolução 35 do Conselho Nacional de Justiça³⁶ ficou da seguinte forma:

Os cônjuges separados judicialmente podem, mediante escritura pública, converter a separação judicial ou extrajudicial em divórcio, mantendo as mesmas condições ou alterando-as. Nesse caso, é dispensável a apresentação de certidão atualizada do processo judicial, bastando a certidão da averbação da separação no assento do casamento.

³⁵ NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. Resolução do CNJ e leis são atos normativos primários. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2006-fev-21/resolucao_cnj_lei_sao_atos_normativos_primarios. Acesso em 02.05.2011.

³⁶ BRASIL. Resolução 35 do Conselho Nacional de Justiça de 24 de abril de 2007. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12151-resolu-no-35-de-24-de-abril-de-2007>>. Acesso em 05 de Maio de 2011.

No entanto, resta pontuar que os arts. 47 a 51 da resolução que tratam da extinção da sociedade conjugal pela separação não foram alterados.

Tal postura evidencia tão somente que o Conselho Nacional de Justiça, embora integrante da estrutura do Poder Judiciário, o faz apenas no âmbito não jurisdicional conforme leciona Alexandre de Moraes³⁷. Afirma ele citando os autores Garcia de Enterría e Fernandez Tomás-Ramón³⁸ que “a relação entre o Direito e o Juiz é direta, sem que nenhum outro sujeito ou órgão possa intervir no momento de tomar suas decisões”.

Desta feita, por não ser órgão da estrutura jurisdicional não pode inovar o direito no caso de divergência entre possíveis interpretações. No entanto, em certas ocasiões pode editar resoluções que sejam normas primárias já que buscam o seu fundamento de validade diretamente no texto constitucional, sem interposta espécie legislativa outra. Assim ocorreu com a resolução 07 que teve sua constitucionalidade declarada no julgamento da ação direta de constitucionalidade nº 12³⁹.

Agiu o CNJ com prudência já que o papel de guardião da Constituição, conforme descrito no art. 102 da Constituição Federal ainda é reservado ao Supremo Tribunal Federal, ao qual em última análise caberá a interpretação do alcance da mudança operada pela emenda constitucional 66 de 2010.

Tendo em vista a rapidez com que o CNJ tratou sobre e regulamentação da emenda constitucional em comento nenhum Tribunal de Justiça estadual chegou a editar resolução sobre o tema.

³⁷ MORAIS DE, Alexandre. *Direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 471

³⁸ ENTERRÍA; FERNANDEZ, *apud* MORAIS DE, p. 471.

³⁹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação declaratória de constitucionalidade nº 12, Relator Min. Carlos Britto, julgado em 12 de fev. 2006.

CONCLUSÃO

A alteração promovida com a Emenda Constitucional 66 de 2010 não teve o efeito tão esperado pela comunidade jurídica. Por pecar pela escassez de palavras despertou uma celeuma acerca da sobrevivência do instituto da separação judicial no ordenamento jurídico.

Esta exposição de ideias pretendeu demonstrar que tal instituto jurídico não subsiste no ordenamento com base numa interpretação histórica e teleológica do diploma normativo. Sem haver mais imposições de condições temporais, o pedido de divórcio se torna um direito potestativo a ser exercido por qualquer dos cônjuges, quando lhe aprouver.

Cabe ressaltar que com os olhos voltados ao princípio da intervenção mínima, vê-se que a alteração foi salutar, já que não cabe ao Estado regradar o recôncavo mais sensível e delicado da vida humana, a intimidade de um casal. Desta feita, somente aos dois foi relegada a decisão da manutenção da vida comum, sem a necessidade de passar por um estágio artificial de convivência, em que não se está junto em comunhão de vida, mas não se é livre para formalizar novos laços afetivos.

Outro assunto decorrente da extinção da separação é o que concerne sobre a migração da discussão da culpa para o divórcio. Nesse passo, o melhor entendimento é aquele que exalta a simplicidade e a celeridade que devem permear o processo. Dessa forma, o processo de divórcio deve servir apenas para a decretação de extinção do vínculo matrimonial, ressalvado o direito a indenização em via autônoma.

Tendo em vista a relevância da alteração legislativa, e sua relativa novidade, a jurisprudência ainda é vacilante sobre o tema, sendo certo que apenas alguns julgados

enfrentaram a matéria. Possibilitam o pedido de divórcio direto, mas sem se pronunciar sobre o *status* da separação judicial no ordenamento.

Por fim cita-se que o Conselho Nacional de Justiça que a fim de evitar transtornos e instrumentalizar o divórcio direto via extrajudicial, alterou a Resolução 35 de 2007, sem se ocupar da separação judicial. Noto, entretanto, que quando assim agiu estava imbuído de poder regulamentatório e não jurisdicional, motivo pelo qual não se pode ver a manutenção da separação na dita resolução como um ponto negativo no reconhecimento de sua extinção.

Por todo exposto, ao pesar os prós e os contras, o advento da Emenda Constitucional 66 de 2010 foi positivo, sendo o marco inicial para uma revolução comportamental e na marcha processual.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Arnaldo Camanho de. *EC nº 66/10: A Emenda Constitucional do casamento apud DIAS, Maria Berenice, Divórcio já!: comentários à emenda constitucional 66 de 13 de julho de 2010*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010.

BRASIL. *Emenda Constitucional 09 de 1977*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc09-77.htm. Acesso em 03.10.2010.

_____. *Emenda Constitucional 1 de 1969*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc66.htm. Acesso em 03.10.2010.

_____. *Emenda Constitucional 66 de 2010*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc66.htm. Acesso em 03.10.2010.

_____. *Lei Federal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp95.htm. Acesso em 05.10.2010.

_____. *Resolução 35 do Conselho Nacional de Justiça de 24 de abril de 2007*. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12151-resolucao-35-de-24-de-abril-de-2007>>. Acesso em 05 de Maio de 2011.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso especial 886744*. Relator Des. João Otávio de Noronha, julgado em 02.02.2010.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação declaratória de constitucionalidade nº 12*, Relator Min. Carlos Britto, julgado em 12 de fev. 2006.

_____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Apelações cíveis nº 0001917-67.2010.8.19.0206 e 0040623-23.2008.8.19.0002*, respectivamente julgadas pelos Des. Ines da Trindade em 28.02.2011 e Des. Fernando Fernandy Fernandes em 27.07.2010, ambos da décima terceira Câmara Cível e *apelação cível nº 0001377.19.2010.8.19.0206* julgada pelo Des. Sérgio Jerônimo Abreu da Silveira em 22.03.2011 da Quarta Câmara Cível.

_____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. *Agravo de Instrumento nº 70040420903*. Relator Des. Rui Portanova, julgado em 18.03.2011.

_____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. *Agravo de Instrumento nº 70040420903*. Relator Des. Rui Portanova, julgado em 18 de março de 2011.

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

ENTERRÍA; FERNANDEZ, *apud* MORAIS DE, Alexandre. Direito constitucional. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FOLHA DE SÃO PAULO. Editorial publicado no dia 23 de junho de 1977. Artigo é o dia “d” do divórcio. Disponível em http://almanaque.folha.uol.com.br/brasil_23jun1977.htm. Acesso em 25.09.2010

GAGLIANO, Pablo Stolze. *A nova emenda do divórcio: Primeiras reflexões*. Disponível em <http://www.memesjuridico.com.br/jportal/portal.jsf?post=27211>. Acesso em 08.09.2010.

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

MONTEIRO, Juliano Ralo. *PEC da felicidade positivará direito na CF*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-mai-29/pec-felicidade-positivacao-direito-reconhecido-resto-mundo>>. Acesso em: 04 abril 2011.

MORAIS DE, Alexandre. *Direito constitucional*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. *Resolução do CNJ e leis são atos normativos primários*. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2006-fev-21/resolucao_cnj_lei_sao_atos_normativos_primarios. Acesso em 02.05.2011.

PINTO, Fernando Henrique. *Divórcios da nova lei podem ser anulados in* revista consultor jurídico. 20 jul. 2010. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2010-jul-20/divorcios-baseados-lei-anulados>. Acesso em 03.10.2010.

ROSEVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito das famílias*, 3. ed., rev. atual. e ampl., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SCHÄFER, Gilberto. *A separação ainda pode ser utilizada in* revista consultor jurídico. 20 ago. 2010. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2010-ago-20/separacao-ainda-utilizada-quem-nao-divorciar>. Acesso em 05.10.2010

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. 2. Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007.

SIMÃO *apud* DIAS, Maria Berenice. Divórcio já!: comentários à emenda constitucional 66 de 13 de julho de 2010. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010.

TARCTUCE, Flávio. *A PEC do divórcio e a culpa. Possibilidade*. Disponível em <<http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&id=46>>. Acesso em 09.01.2011.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Extinção da separação judicial*. Disponível em <<http://www.silviovenosa.com.br/artigo/extincao-da-separacao-judicial>>. Acesso em: 03 abril 2011.