



Pós EC 66/2010 culpa deve ser decretada na separação e divórcio

05/05/2011

Vários julgados proferidos após a Emenda Constitucional 66, de 14 de julho de 2010, chamada Emenda do Divórcio, deixaram consignada a manutenção da separação e/ou da espécie dissolutória culposa em nosso ordenamento jurídico.

Aliás, efetivamente, impressiona o número de julgados sobre o tema, encontrados nos *sites* dos Tribunais Brasileiros, que já foram proferidos após a EC 66/2010 até a presente data (02/05/2011) e são favoráveis à manutenção da separação e/ou à possibilidade jurídica da decretação da culpa nas ações dissolutórias da sociedade e do vínculo conjugal ou mesmo depois de sua decretação: dezoito acórdãos.

Assim, no TJ-SP, acórdão relatado pelo desembargador Ênio Zuliani, deixa consignado que no “Divórcio judicial litigioso” cabe a discussão sobre “questões essenciais e conflituosas” (Apelação 0005080-84.2009.8.26.0565, 4ª Câmara de Direito Privado, julgamento em 03/02/2011). No mesmo tribunal, outro julgado, relatado pelo desembargador Mônaco da Silva, bem esclarece que “os consortes podem postular, a seu bel prazer” a separação judicial (consensual ou litigiosa) e o divórcio judicial (consensual ou litigioso)”, além das medidas de cunho extrajudicial, enfatizando que “tudo vai depender do interesse de cada um dos cônjuges ou de ambos (Apelação 990.10.534475-5, 5ª Câmara de Direito Privado, julgamento 15/12/2010). E acórdão relatado pelo desembargador Caetano Lagrasta, embora relegate para uma fase seguinte, em divisão dos capítulos da sentença, as discussões sobre culpa e seus efeitos, reconhece que a possibilidade de apuração da culpa permanece em nosso ordenamento jurídico (Agravo de Instrumento 990.10.357301-3, 8ª Câmara de Direito Privado, julgamento 10/11/2010).

No TJ-MG, um dos acórdãos, de relatoria do desembargador Maurício Barros, que julgou duas apelações interpostas em face de sentença proferida em ação de separação judicial litigiosa culposa, com causa de pedir consistente na infidelidade de um dos cônjuges, deixa consignado que “a questão da culpa influencia não somente na separação judicial, mas na fixação de pensão alimentícia e até mesmo na perda do direito ao uso do nome”, de modo que, “estando provado que a separação do casal teve como causa o adultério praticado pelo autor/reconvindo, deve ser julgado procedente o pedido reconvenicional e improcedente o pedido principal”, já que “o que a Constituição fez foi, simplesmente, simplificar o caminho para o divórcio. Antigamente exigia-se uma separação prévia, hoje não é mais necessário”, e complementa: “pode ser perfeitamente do interesse do casal, ao invés de se divorciar, se separar, deixando aberta a porta para o reatamento da sociedade conjugal, sem a formalidade de um novo casamento.” (Apelação Cível 1.0701.09.260001-7/003, 6ª Câmara Cível, julgamento em 07/12/2010). Outro julgado, relatado pelo desembargador Wander Marotta, deixa expresso que “a separação judicial continua tendo validade no ordenamento jurídico, não sendo facultado ao magistrado decidir a forma pela qual deva ser dissolvido o casamento.” (Apelação Cível 1.0011.10.000370-3/001, 7ª Câmara Cível,



julgamento em 09/11/2010).

No TJ-RS, é pensamento uniforme a manutenção da separação e da possibilidade jurídica da apuração da culpa nas ações respectivas, tendo como fundamento principal a aplicação mediata da EC 66/2010. Há nesses acórdãos lúcidas observações sobre os efeitos que a supressão da separação e da espécie culposa poderia acarretar em nosso ordenamento jurídico, ainda mais antes de eventual e futura modificação da legislação infraconstitucional (Agravado de Instrumento 70039285457, 7ª Câmara Cível, relator desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julgamento em 01/11/2010; Agravado de Instrumento 70039285457, 7ª Câmara Cível, relator desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, 01/11/2010; Apelação Cível 70039827159, 8ª Câmara Cível, relator desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, julgamento em 27/01/2011; Agravado de Instrumento 70038704821, 7ª Câmara Cível, relator desembargador André Luiz Planella Villarinho, julgamento em 23/02/2011; Apelação Cível 70039223029, 8ª Câmara Cível, relator desembargador Luiz Ari Azambuja Ramos, julgamento em 24/02/2011; Agravado de Instrumento 70040086829, 8ª Câmara Cível, relator desembargador Luiz Ari Azambuja Ramos, julgamento 24/02/2011; Agravado de Instrumento 70039871934, 8ª Câmara Cível, relator desembargador Luiz Ari Azambuja Ramos, julgamento em 24/02/2011; Agravado de Instrumento 70041075862, 8ª Câmara Cível, relator desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, julgamento em 31/03/2011; Apelação Cível nº 70041223488, 8ª Câmara Cível, relator desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, julgamento em 31/03/2011; Apelação Cível 70041362237, 8ª Câmara Cível, relator desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, julgamento em 31/03/2011; Apelação Cível 70039240924, 7ª Câmara Cível, relator desembargador Roberto Carvalho Fraga, julgamento em 01/04/2011; Apelação Cível 70040795247, 8ª Câmara Cível, relator desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, julgamento em 07/04/2011; Apelação Cível 70040844375, 8ª Câmara Cível, relator desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, julgamento em 07/04/2011). Nesses julgados é bem observado que a decretação de ofício do divórcio em ações de separação judicial fere as normas de direito processual, eis que “são muito graves as consequências de tal proceder (especialmente em tema tão relevante, que, mais do que questões meramente patrimoniais, dispõe quanto ao próprio estado da pessoa), pois o divórcio rompe, em definitivo, o vínculo e direitos gerados pelo casamento – vale, como exemplo, o tema dos alimentos, que, obtido o divórcio, não mais poderão ser postulados.” (Apelação Cível, 70040844375, 8ª Câmara Cível, relator desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, julgamento em 07/04/2011).

Somente oito acórdãos foram encontrados nos *sites* de nossos tribunais que se voltam à supressão da separação, mas é de salientar que, nesses julgados, a questão controvertida não era o grave descumprimento de dever conjugal, ou seja, esses julgados não apreciaram a dissolução culposa.

Assim, examinemos cada um desses acórdãos.

No TJ-MG, acórdão relatado pelo desembargador Dárcio Lopardi Mendes, versou sobre separação judicial fundamentada no artigo 1.573, parágrafo único, do Código Civil, ou seja, sobre separação baseada na mera impossibilidade da vida em comum (Apelação Cível 1.0487.06.021825-1/001, 4ª Câmara Cível, julgamento em 20/01/2011). Em outro acórdão relatado pelo desembargador Vieira de Brito, o único fato controverso era o lapso de tempo da

separação de fato e o pedido de divórcio (Apelação Cível 1.0210.09.061665-2/001, 8ª Câmara Cível, julgamento em 21/10/2010). Mais um acórdão, de relatoria do desembargador Elias Camilo, versou somente sobre a supressão do requisito temporal da separação de fato prolongada por dois anos para o divórcio (Apelação Cível, 1.0210.09.062455-7/001, 3ª Câmara Cível, julgamento em 02/12/2010). No acórdão relatado pelo desembargador Albergaria Costa, é dito que, sem oposição dos cônjuges, após sua intimação sobre a conversão da separação em divórcio, deve ocorrer a respectiva decretação, sem que desse julgado conste qualquer referência a fatos culposos, que, portanto, supõe-se não estarem debatidos naquela ação separatista (Agravado de Instrumento 1.0702.10.044765-6/001, 3ª Câmara Cível, julgamento em 13/01/2011). E no julgado de relatoria do desembargador Geraldo Augusto a questão versava sobre mero restabelecimento da sociedade conjugal após a separação judicial, por sinal, aceita nesse acórdão (Agravado de Instrumento 1.0313.06.205550-1/001, 1ª Câmara Cível, julgamento em 01/02/2011).

No TJ-BA, dois acórdãos foram localizados, ambos da 5ª Câmara Cível, em que também não consta debate sobre o grave descumprimento de dever conjugal, já que, em um deles, a questão versava somente sobre o tempo da separação, ou seja, sobre o requisito temporal do divórcio, e, no outro, sobre a conversão da separação judicial em divórcio, a qual foi aceita sem qualquer óbice referente ao descumprimento das obrigações assumidas na separação, o que, aliás, não é novidade, porque essa matéria estava pacificada muito antes da EC 66/2010 (Apelação Cível 0004074-23.2005.805.0256.0, 5ª Câmara Cível, relator desembargador Emílio Salomão Pinto Resedá; Apelação Cível 0037057-35.2003.805.0001-0, 5ª Câmara Cível, relator desembargador Emílio Salomão Pinto Resedá).

E no TJ-SC um acórdão foi encontrado, em que a matéria controversa era exclusivamente o interesse de agir dos cônjuges de requerer o divórcio pela via judicial, mesmo ausentes filhos incapazes, diante da interpretação do art. 1.124-A do C.P.C., julgando-se pela existência desse interesse de agir, sem que tenha constado qualquer debate sobre o grave descumprimento de dever conjugal (Apelação Cível 2010.030837-8, Câmara Especial Regional de Chapecó, relator desembargador Cesar Abreu, julgamento em 05/11/2010).

Em suma, salta aos olhos de quem lê os acórdãos proferidos nos tribunais estaduais brasileiros, e não simplesmente passa os olhos sobre esses julgados, que os acórdãos que fazem referência à eliminação da separação em nosso ordenamento jurídico pelo advento da Emenda Constitucional 66/2010 não julgaram a matéria referente à culpa decorrente do grave descumprimento de dever conjugal, como a prática de infidelidade ou agressões morais e físicas, dentre outras causas subjetivas. Aliás, constata-se na leitura atenta desses acórdãos que a matéria do grave descumprimento de dever conjugal sequer foi tangenciada, muito menos tratada.

Assim, é preciso que os nossos tribunais reflitam ao emitir manifestações, que não são propriamente julgamentos porque não integrantes das questões controvertidas e *sub judice*, sobre a manutenção ou não da separação e da espécie dissolutória culposa em nosso ordenamento jurídico após a EC 66/2010.

Infidelidades, agressões físicas ou morais, dissipação de bens, dentre outros graves descumprimentos de deveres conjugais não podem ficar sem conseqüências em nosso ordenamento jurídico, sendo relevante a manutenção, ao lado das demais espécies dissolutórias, da possibilidade de decretação da culpa na separação e, após a EC 66/2010, também no divórcio, como demonstramos no livro “A Emenda Constitucional do Divórcio” (São Paulo, Saraiva, 2011), e em artigo publicado no *site* do TJ-SP, intitulado “A Emenda do Divórcio e a Culpa” (<http://www.tjsp.jus.br/EstruturaOrganizacional/SegundaInstancia/OrgaosJulgadores/SecaoDireitoPrivado>).

A culpa nada mais é do que a “inexecução de um dever que o agente podia conhecer e observar” (*Traité de la responsabilité civile*, Paris: LGDJ, t.I, p. 5).

O descumprimento dos deveres ou normas de conduta tem como conseqüência a aplicação de sanção civil ao inadimplente, para que seja cumprida a finalidade do Direito, que é organização da vida em sociedade.

Note-se que também na ciência da psicanálise a culpa é essencial para estabelecer limites e possibilitar o convívio social (Otto Fenichel: *Teoria psicanalítica*, trad. Samuel Penna Reis, Rio de Janeiro: Edições Atheneu, p.1/7).

O casamento é uma relação jurídica, que gera deveres ou normas de conduta, como a fidelidade, o respeito à integridade física e moral do cônjuge e a mútua assistência imaterial e material (Código Civil, art. 1.566).

Esses deveres, dentre outros, são as normas de conduta que regulam o casamento.

As sanções civis pela inexecução das normas de conduta que regulam o casamento são a perda do direito à pensão alimentícia (Código Civil, artigo 1.704, *caput*), a perda do direito de utilização do sobrenome conjugal (Código Civil, artigo 1.578), e a reparação de danos morais e materiais que tenham sido causados pelo descumprimento do dever conjugal (Código Civil, artigo 186).

Excepcionalmente, o cônjuge que descumpriu gravemente dever conjugal, desde que não tenha aptidão curricular para o trabalho ou parentes em condições de prestar-lhe alimentos, permanecerá com o direito a uma pensão mínima, que não se confunde com a pensão alimentícia plena. Essa pensão mínima, além de sujeitar-se àqueles rigorosos requisitos, é constituída somente por aquilo que é indispensável ao pagamento das mais básicas e prementes necessidades, sem qualquer baliza no padrão de vida do casamento (Código Civil, artigo 1.704, parágrafo único).

Se fosse eliminada a possibilidade de decretação da culpa na dissolução do casamento, por conseqüência, seriam eliminadas as sanções civis antes citadas, de modo que aquelas normas de conduta deixariam de ser deveres ou obrigações jurídicas e passariam a ser meras faculdades.

Passaria a ser meramente facultado ao cônjuge ser fiel ou respeitar a integridade física do consorte, sem que nenhuma sanção pelo descumprimento dessas normas de conduta pudesse vir a ser-lhe aplicada. O cônjuge traído teria de pagar pensão alimentícia plena ao infiel; o cônjuge que tivesse sofrido maus tratos físicos também teria de prestar alimentos plenos ao agressor.

Somente no casamento, dentre todas as relações jurídicas, deixariam de ser aplicadas sanções civis ao descumprimento das normas de conduta, o que seria inadmissível.

Mesmo com a conservação da possibilidade de aplicação do princípio da reparação de danos pela violação de dever conjugal, diante da existência de dano moral ou material, se mantida a pensão alimentícia plena ao culpado, isto significaria “tirar com uma mão” (condenação do culpado no pagamento de indenização) e “dar com a outra” (atribuição ao culpado do direito à pensão alimentícia plena), o que seria patente absurdo.

A Emenda 66/2010 eliminou os requisitos temporais do divórcio, de modo a facilitar a dissolução do casamento, que agora, para os que consideram essa emenda como norma de aplicação imediata, independe dos prazos que antes eram determinados pelo artigo 226, parágrafo 6º da Constituição Federal.

Assim, o divórcio deixou de ser conversivo na Constituição Federal, e, mesmo quem interpreta a EC 66/2010 como norma de aplicação imediata, em razão da supremacia da Lei Maior, não pode negar que o artigo 226, parágrafo 6º não é norma materialmente constitucional, mas, sim, meramente formal.

Por isso, é a legislação infraconstitucional, atualmente o Código Civil, que regula as espécies de dissolução do casamento.

O Código Civil, por ser anterior à referida EC 66/2010, época em que as partes deveriam já ter feito, antes do divórcio, que tinha natureza exclusivamente conversiva, a prévia opção por umas das espécies dissolutórias (mera impossibilidade da vida em comum, grave descumprimento de dever conjugal e doença mental grave de um dos cônjuges), regulou expressamente essas espécies, que têm diferentes efeitos, na separação judicial.

Para os que consideram a EC 66/2010 norma de aplicação imediata, ou seja, produtora de efeitos antes de eventual e futura modificação da legislação infraconstitucional, as normas do Código Civil que estabelecem requisitos temporais ou prazos nas espécies dissolutórias do casamento não estão mais em vigor.

No entanto, continuam vigentes as normas da legislação ordinária referentes às espécies dissolutórias da separação judicial e aos seus efeitos diversos, além da recriação realizada em relação ao divórcio na legislação infraconstitucional.

Há, além da natureza meramente formal da norma constante do artigo 226, parágrafo 6º da Constituição Federal e da regulamentação pelo Código Civil da espécie culposa e de seus efeitos na separação, outras razões para a manutenção deste instituto em nosso ordenamento



jurídico, que advêm da própria Constituição Federal.

O direito à liberdade, que é direito fundamental (Constituição Federal, artigo 5º, *caput*) e manifesta-se de diversas maneiras, é outra razão para a manutenção da separação judicial e extrajudicial.

Primeiramente, porque as pessoas devem ter a liberdade de optar pela separação ou pelo divórcio, já que essas modalidades de rompimento do casamento dão ensejo a diferentes consequências – o divórcio extingue o vínculo conjugal e a separação não o faz. Isso significa que pessoas separadas podem restabelecer a sociedade conjugal a qualquer tempo, sem que para isso precisem casar novamente (Código Civil, artigo 1.577). O mesmo não ocorre com as pessoas divorciadas, que necessitariam de um novo casamento para voltar ao estado civil de casados. Portanto, se os cônjuges ainda não têm total definição sobre a dissolução definitiva do casamento, deve lhes ser assegurada a liberdade de optar pela separação judicial.

Note-se que a separação de corpos não substitui a separação judicial ou extrajudicial, porque naquela não há mudança de estado civil. A pessoa meramente separada de corpos mantém seu estado civil de casada. Muito embora se aceite que uma pessoa casada, mas apenas separada de corpos, constitua união estável (Código Civil, artigo 1.723, parágrafo 1º), temos de convir que essa situação deve ser excepcional, enquanto não transitada em julgado a sentença proferida na ação dissolutória, e não ser transformada em regra. Afinal, não pode ser almejado em nosso direito que a família brasileira tenha em regra configuração como a da pessoa fictícia João Pereira, casado com a outra pessoa imaginária Maria Pereira, mas que vive em união estável com outro personagem de nosso exemplo, Ana da Silva. Além disso, a separação de corpos gera inúmeras indefinições em relação à existência ou não de deveres conjugais e à extinção ou não do regime de bens do casamento (Código Civil, artigos 1.575 e 1.576 e Lei 6.515/1977, artigo 8º), trazendo confusões pessoais e patrimoniais que não são recomendáveis à organização desse núcleo essencial da sociedade, que é a família.

Além de todo o exposto, o Brasil é um Estado laico e, por isso, é inviolável a liberdade de consciência e de crença, assim como é preservado a todos, independentemente de suas crenças, o exercício de direitos, como estabelece o artigo 5º, incisos VI e VIII da Constituição Federal. Em razão desses direitos fundamentais, a liberdade religiosa e de exercícios de direitos a todos os religiosos deve sempre ser preservada. Como é sabido, existem religiões que não admitem a dissolução do vínculo conjugal, como, por exemplo, a religião católica, em que não é permitido o divórcio, mas é admitida a separação (Código Canônico, cânones 1.141 e 1.153, parágrafo 1º).

Caso não estivesse mantida a separação no ordenamento jurídico brasileiro, os que professam a religião católica, dentre outras religiões que não admitem o divórcio, optariam pelo divórcio em renúncia ao seu credo ou permaneceriam em situação de separados de fato para manter sua crença, o que importaria, em ambos os casos, em violação àqueles direitos fundamentais da liberdade religiosa e ao exercício de direitos, ou seja, do direito de regularizar seu estado civil. Em caso de pedidos contrapostos, inclusive pela via reconvenicional, de separação e divórcio ou vice-versa, a resposta é só uma: o Juiz deverá decretar o divórcio, caso em que o cônjuge religioso não estaria, nessas circunstâncias, praticando violação ao Código Canônico, porque não pediu a dissolução do vínculo conjugal.

Assim a separação judicial é mantida na espécie *ruptura*, baseada na mera impossibilidade da vida em comum, mas, com a eliminação de todos os seus prazos, tanto daquele de um ano de separação de fato para a sua decretação por pedido unilateral (Código Civil, artigo 1.572, parágrafo 1º), como daquele outro de um ano de casamento que antes vigorava na via consensual (Código Civil, artigo 1.574), isso em face da *mens legis* da nova ordem constitucional em que impera a facilitação das formas dissolutórias do casamento. Também está mantida a separação judicial remédio, em proteção patrimonial do cônjuge mentalmente enfermo (Código Civil, artigo 1.572, parágrafo 2º e 3º) e a separação judicial culposa baseada no grave descumprimento de dever conjugal (Código Civil, artigo 1.572, *caput*), em que se aplica a sanção ao consorte culpado da perda do direito à pensão plena e ao uso do sobrenome marital (Código Civil, artigos 1.704 e 1.578), e, quando ocorrer dano, da sua condenação na indenização cabível (Código Civil, artigo 186).

Observe-se que, diante da *mens legis* de facilitação do divórcio presente na EC 66/2010, em recriação da legislação infraconstitucional, ao divórcio podem ser consideradas aplicáveis as espécies dissolutórias da separação. Desse modo, além do divórcio pela mera impossibilidade da vida em comum, sem prazos e sem causa de pedir subjetiva, também são aplicáveis na ação que tem em vista a dissolução do vínculo conjugal as outras espécies dissolutórias que se baseiam na culpa, desde que haja grave descumprimento de dever conjugal, e na doença mental grave de um dos cônjuges, com seus respectivos efeitos.

“Isso porque, para além do afeto, devem ser preservados deveres e responsabilidades, sem os quais a vida conjugal quedar-se-á vazia de significado, sem viço e sem amparo aos direitos inerentes a essa vivência”, nas percucientes palavras da Ministra Fátima Nancy Andriighi, que prefaciou o livro *A Emenda Constitucional do Divórcio*, de autoria desta articulista (São Paulo: Saraiva, 2011).

Claro está que nem todas as ações dissolutórias são culposas ou baseadas na doença mental grave do cônjuge. A maior parte delas continuará sendo requerida e decretada pela mera impossibilidade da vida em comum, agora sem prazos, tanto para a separação, como para o divórcio. No entanto, se um dos cônjuges padecer de grave enfermidade na mente, estão mantidas as respectivas medidas protetivas, inclusive as de cunho patrimonial ao doente (Código Civil, artigo 1.572, parágrafo 3º). E, se um dos cônjuges praticar grave descumprimento de dever conjugal, violando as normas de conduta do casamento, a sua culpa pode ser apurada na ação dissolutória, com a aplicação das sanções respectivas da perda do direito à pensão alimentícia plena (Código Civil, artigo 1.704) e do direito de utilização do sobrenome conjugal (Código Civil, artigo 1.578), assim como da condenação na reparação de danos morais e materiais em caso de preenchimento dos respectivos pressupostos (Código Civil, artigo 186).

Devemos ter presente também que, em caso de opção pela espécie remédio, baseada na doença mental, ou da espécie culposa, fundamentada no grave descumprimento de dever conjugal, a apuração da causa da dissolução conjugal deve ser realizada antes da decretação da separação e do divórcio, já que o casamento é um contrato, embora especial e de direito de família, cujos efeitos dissolutórios devem ser apurados e decretados pelo juiz antes da decretação de sua extinção.



Se assim não fosse, as medidas cautelares de cunho pessoal e patrimonial, preparatórias ou incidentais, como a de guarda e de regulamentação de visitas e a de arrolamento e bloqueio de bens, perderiam a eficácia diante da prematura decretação da separação judicial ou do divórcio (CPC, artigo 807, *caput*). Por outras palavras, todas as cautelas tomadas liminarmente ficariam sem efeito. Quanto à medida cautelar de guarda e de regulamentação de visitas, a segurança dada aos filhos menores, dentro do princípio da preservação de seus elevados interesses, deixaria de prevalecer. No caso da medida cautelar de arrolamento e bloqueio de bens, a segurança dada ao autor da ação, no sentido de garantir o patrimônio para futura partilha deixaria de existir.

E, ainda, se não coubesse a cumulação de pedidos de dissolução da sociedade e do vínculo conjugal com os pedidos de decretação da culpa e suas conseqüências, ou de declaração da doença mental e seus efeitos, isto equivaleria a duplicar ações, uma para a decretação da extinção do casamento e outra para a declaração da perda do direito à pensão alimentícia, ou a triplicar ações, uma para a decretação da extinção do casamento, outra para a declaração da perda do direito à pensão alimentícia e outra para vedar a utilização do sobrenome conjugal, ou, ainda a quadruplicar ações, uma para a decretação da extinção do casamento, outra para a declaração da perda do direito à pensão alimentícia, outra para vedar a utilização do sobrenome conjugal e outra para a condenação do cônjuge na indenização pela reparação dos danos morais e materiais. Essa multiplicação de ações certamente violaria o princípio da economia dos atos processuais e da celeridade, além de colocar em risco a segurança jurídica, em razão da possibilidade de decisões conflitantes.

Sem esgotar o tema, tão amplo e instigante, encerramos na esperança de ter provocado a reflexão sobre a interpretação e aplicação da EC 66/2010.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2011-mai-05/pos-ec-662010-culpa-decretada-separacao-divorcio/>