

A DISCUSSÃO DE CULPA NO TÉRMINO DAS RELAÇÕES CONJUGAIS APÓS A EMENDA 66/2010

THE DISCUSSION OF FAULT IN MARITAL RELATIONS AFTER THE END OF AMENDMENT 66/2010

AUTORIA:

1) Jordano Soares Azevedo

Advogado, especialista em direito civil e mestrando em direito privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais: jordanosoaes@yahoo.com.br. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/986871097929042>

RESUMO

A Emenda Constitucional nº 66/2010 foi assimilada de diferentes formas pelos autores. Nesta pesquisa, logramos identificar duas correntes antagônicas. A primeira, majoritária, sustenta que a EC 66/2010 revogou todas as modalidades de separação judicial e afastou definitivamente a possibilidade de discussão de culpa no término das relações conjugais. A segunda, entretanto, não vislumbra tamanha repercussão e defende a permanência da separação e da culpa. Após análise dos argumentos, filiamo-nos à corrente minoritária, para sustentar que a EC 66/2010 produziu o único efeito de eliminar os prazos e condições existentes para o divórcio. Nesta análise, identificamos uma dupla função na culpa. A primeira, ligada ao princípio da indissolubilidade, funcionava como um entrave à quebra da estrutura familiar. Já a segunda tem o escopo de punir o infrator dos deveres conjugais. No decorrer do trabalho, procuramos demonstrar que atualmente subsiste apenas a função sancionadora.

PALAVRAS-CHAVE: Separação; culpa; função; ilícito; indissolubilidade.

ABSTRACT

The Constitutional Emendation nº 66/2010 was assimilated of different forms for the authors. In this research, we cheat to identify two antagonistic chains. First, the majority one, it supports that EC 66/2010 revoked all the modalities of judicial separation and definitively moved away the quarrel possibility from guilt in the ending from the conjugal relations. The second, however, defends the permanence of the separation and the guilt. After analysis of the arguments, affiliated-in to the minority chain, to support that EC 66/2010 produced the only effect to eliminate the existing stated periods and conditions for the divorce. In this analysis, we identify a double function in the guilt. First, on one the beginning of the indissoluble, it functioned as an impediment to the familiar structure in addition. Already second it has the target to punish the infractor of the conjugal duties.

KEY-WORDS: Separation; Guilt; Fuction; Illicit; Indissolubility

As brigas que ganhei, nenhum troféu, como lembrança, pra casa eu levei; as brigas que perdi, estas sim, eu nunca esqueci, eu nunca esqueci...

Pato Fu (As Brigas que Perdi)

1. Introdução

Ao comentar as repercussões promovidas pela Emenda Constitucional nº 66 de 2010 (EC 66/10), Paulo Luiz Netto Lôbo manifestou-se dizendo que a referida norma “*protagoniza a mais simples e intensa regulamentação constitucional da dissolução do casamento por decisão livre dos cônjuges. Fecha o ciclo iniciado em 1977 com a Lei do Divórcio*”.¹ (LÔBO, apud NOGUEIRA, p. 7)

Em termos gerais, podemos dizer que a consagração do divórcio no Brasil reflete o processo contínuo de secularização e pluralidade ética, religiosa e cultural de nosso país. Ao que parece, o Brasil, país que conta com número mundial expressivo de fieis à Igreja Católica, já não tem força para sustentar os dogmas hegemônicos do passado.

Em matéria de casamento, estivemos durante três séculos (do Brasil colônia ao império) subordinados às determinações do Concílio de Trento. Para se ter uma idéia, somente com o Decreto 181 de 1890 que o Brasil reconheceu, efetivamente, a validade do casamento civil. A Constituição da República de 1891 rompeu definitivamente os vínculos com a Igreja Católica e somente reconheceu como válido esta modalidade de casamento (WALD, 2009).

A partir de então surgiram algumas tentativas de introdução do divórcio no sistema jurídico brasileiro, embora fracassadas, já que o dogma da indissolubilidade prevaleceu na legislação, sendo consagrado pelo Código de 1916.

Foi somente com a Emenda nº 9 de 28.06.77, que alterou o texto do artigo 175, §1º da Constituição vigente, que a legislação nacional passou a admitir a possibilidade de dissolução do vínculo conjugal. A norma determinava que fossem observadas as disposições da legislação infraconstitucional e o prazo de, no mínimo, 3 (três) anos para as uniões havidas após a citada emenda, e de, no mínimo, 5 (cinco) anos para as uniões anteriores. A emenda foi regulamentada pela Lei 6.515 de 1977, conhecida como a Lei do Divórcio.

A Constituição de 1.988, no entanto, reduziu o prazo para a conversão da separação judicial em divórcio para 1 (um) ano e instituiu o divórcio direto após prévia separação de

¹ O parágrafo 6º do art. 226 da Constituição passa a vigorar com a seguinte redação: “§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”. Disponível em: http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_13.07.2010/art_226_.shtm. acesso em 22.10.11

fato por 2 (dois) anos. Já o Código civil de 2002 não fez mais do que reproduzir algumas das disposições contidas na Lei 6.515 de 1977.

Com esse apanhado histórico, temos que, antes da Emenda Constitucional nº 66/10, existiam 4 (quatro) hipóteses de extinção do casamento, que podem ser listadas da seguinte forma: *i)* morte ou declaração de ausência; *ii)* nulidade ou anulação do casamento; *iii)* Separação judicial e *iv)* divórcio. Das causas acima mencionadas, as que têm o condão de dissolver o vínculo são: morte/ausência, a invalidação e o divórcio (WALD, 2007)

A separação judicial, por outro lado, não rompe o vínculo conjugal. Nos dizeres do Professor César Fiuza, o “*vínculo matrimonial é liame jurídico que transforma a sociedade em casamento*” (FIUZA, 2011, p. 1055). Qual é a consequência disso? O separado judicialmente está impedido de convolar novas núpcias. Uma vez descumprida esta causa impeditiva, a consequência será a imposição do regime de separação obrigatória de bens.

Essa dicotomia entre a dissolução do vínculo e da sociedade conjugal caracteriza o modelo ou sistema dual adotado pela legislação brasileira. Entretanto, após a edição da EC 66/10, alguns autores passaram a sustentar que todas as modalidades de separação judicial teriam sido abolidas, restando apenas a ação de divórcio aos cônjuges que pretenderem dar fim ao vínculo matrimonial.

Tal entendimento, contudo, não é pacífico. Na realidade, com relação à interpretação dos efeitos da EC 66/10, várias correntes se formaram. Como foi dito, uma primeira linha interpretativa, seguida por alguns membros do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), defende que a EC 66/10 acabou com todas as modalidades de separação judicial e, em consequência, extinguiu a possibilidade de discussão de culpa no término das relações conjugais.

No entanto, observa-se que, em sentido diametralmente oposto, encontra-se uma corrente minoritária capitaneada por, dentre outros, Yussef Said Carrali, Regina Beatriz Tavares da Silva e César Fiuza, para os quais a EC 66/10 trouxe apenas a possibilidade da interposição do divórcio direto, e apenas isso.

Vale o registro de que outras posições intermediárias se formaram, mas para fins didáticos, nos ocuparemos dos argumentos expendidos por cada uma das correntes acima apresentadas para o objetivo central deste trabalho que será o de responder à seguinte indagação: A EC 66/10 eliminou a possibilidade de discussão de culpa no término das relações conjugais?

Assim, desenvolveremos o trabalho começando pela análise técnica do instituto da separação judicial, com especial enfoque na modalidade conhecida como separação sanção.

Na seqüência, abordaremos os argumentos apresentados pela corrente do IBDFAM, os quais serão confrontados com aqueles aduzidos pela corrente oposta, para fins de extrairmos nossas conclusões.

2. A Separação judicial e suas modalidades

A primeira modalidade a ser estudada é a chamada “separação consensual”, que se opera mediante comum acordo dos cônjuges e pode ser veiculada pela via judicial ou extrajudicial. A judicial está prevista no art. 1.574, *caput* do Código Civil, dispositivo este que estabelece prazo de um ano para o exercício deste direito. Segundo o Arnaldo Wald, o aludido prazo se justifica para se evitar que os casais tomem decisões precipitadas nos primeiros tempos do relacionamento. (WALD, 2009)

Insta ressaltar que mesmo após o decurso do prazo anual fixado no *caput* do art. 1.574, pode ocorrer restrição à homologação da separação, quando desta resultar prejuízo para os filhos. É o que dispõe o parágrafo único do dispositivo em análise, vejamos: “*Parágrafo único. O juiz pode recusar a homologação e não decretar a separação judicial se apurar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges*”. (BRASIL, 2011, p. 451)²

Em nossa análise, tanto a regra do prazo quanto a da recusa à homologação representam resquícios de uma concepção de família típica do século XIX. O objetivo era o de preservar a estrutura familiar a qualquer custo, mesmo com o sacrifício da autonomia privada dos cônjuges que eram obrigados a tolerar a imposição da permanência de uma sociedade conjugal falida.

Na esteira das constantes reformas promovidas pelo legislador no direito de família está a previsão da modalidade de separação consensual pela via extrajudicial. A recente modalidade está prevista no artigo 1.124-A do Código de Processo Civil, que foi introduzido pela Lei. 11.441/07. É a modalidade de separação que se realiza mediante escritura pública no cartório, desde que para tanto exista consenso, não haja filhos menores ou incapazes e que as partes estejam representadas por advogado.

Por outro lado, temos a separação litigiosa, que comporta três variações. Em primeiro lugar, citemos a chamada “separação ruptura”, modalidade prevista no artigo 1.572, §1º do Código Civil, e que tem como causa a *i*) ruptura da vida em comum há mais de um ano e *ii*) a impossibilidade de reconciliação.

A segunda modalidade é conhecida como “separação remédio”: prevista no art. 1.572, §2º do Código Civil. Para que seja possível a separação nesta modalidade, faz-se necessária a presença simultânea das seguintes condições: *i*) consorte acometido por doença grave; *ii*) persistência da enfermidade por dois anos e *iii*) diagnóstico médico de cura improvável.

Por fim, chegamos à famigerada Separação Sanção (ou Separação Culposa), prevista no art 1.572, *caput* do Código Civil. Nesta modalidade, o legislador dispensou a exigência de qualquer prazo, mas, por outro lado, estabeleceu algumas polêmicas condições, quais sejam: *i*) grave violação dos deveres do casamento³ e *ii*) insuportabilidade da vida em comum⁴.

No tópico seguinte, faremos um estudo pormenorizado desta última modalidade de separação para que seja possível compreender as críticas que há muito tempo lhe eram dirigidas.

2.1. A Situação do cônjuge culpado e as críticas ao instituto

O código de 1916 previa, em seu art. 317, as causas motivadoras do então chamado desquite judicial, são elas: *i*) adultério, *ii*) tentativa de morte, *iii*) sevícia ou injúria grave, *iv*) abandono voluntário do lar por dois anos contínuos. As conseqüências da declaração de culpa se resumiam na perda do *i*) direito a alimentos; *ii*) do nome de “casada” e *iii*) da guarda dos filhos.

Quanto aos alimentos, o art. 320 assegurava à mulher desquitada e pobre o direito de pleitear alimentos ao ex-marido, em valor a ser arbitrado pelo juiz. Sobre a guarda, o cônjuge declarado culpado automaticamente a perdia (art. 326). (NOGUEIRA, 2011)

Posteriormente, a matéria foi modificada pela Lei do Divórcio (Lei 6.515/77). O art. 5º desta lei revogou a fórmula taxativa do Código de 1916 ao acrescentar dois fundamentos

³ Os deveres conjugais estão elencados no rol do artigo 1.566, a saber:

- 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. (BRASIL, 2011, p. 450)

⁴ Já o artigo 1.573 elenca um rol exemplificativo de possibilidades que, verificadas casuisticamente, tornam a comunhão de vida insuportável. São elas:

Art. 1.573. 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.

Parágrafo único. O juiz poderá considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum. (idem, p. 451).

genéricos que davam azo à declaração de culpa, são elas: *i) conduta desonrosa do outro cônjuge e ii) grave violação dos deveres conjugais*. Além disso, também se fazia necessária a demonstração da insuportabilidade da vida em comum (ALVES, 2007, p. 10).

Apesar das inovações, a lei do divórcio manteve a sistemática da culpa, cominando sanções ao cônjuge culpado (guarda – art. 10, alimentos – art. 19 e nome – art. 17).

O conceito de conduta desonrosa, de acentuada subjetividade, nunca encontrou contornos precisos em sua definição pelos autores especializados. Cresceu com isso a discricionariade judicial. Podemos apontar alguns exemplos de conduta desonrosa: *i) alcoolismo, ii) uso de entorpecentes, ii) crime infamante, iv) perversão sexual, v) homossexualismo etc.* (ALVES, 2007)

Finalmente, o código civil de 2002 tratou da matéria e revogou as disposições da lei do divórcio. Como fundamento da atribuição de culpa, destacou a violação dos deveres conjugais (arts. 1.572, caput c/c 1.566 e art. 1.573), nas hipóteses já analisadas no tópico anterior.

Quanto aos efeitos, nem todos permaneceram. A guarda dos filhos, por exemplo, há muito tempo já não era definida em razão da culpa de alguém, mas em função do melhor interesse do menor. Contudo, as punições quanto ao uso do nome e a perda do direito aos alimentos persistiram, embora de forma mitigada.

Quando um dos cônjuges faz a opção pelo uso do nome, este passa a integrar o rol de seus direitos da personalidade. Assim, a perda do uso do nome, na verdade, deve ser entendida como uma regra excepcional, tanto é assim que a sanção se subordina a uma série de condições, vejamo-las: *i) expesso requerimento do interessado; ii) que a alteração não resulte em prejuízo na identificação da pessoa; iii) que a supressão não ocasione manifesta distinção entre o nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida ou, por fim, iv) que não exista outro dano grave reconhecido em decisão judicial.*

No tocante aos alimentos, como regra, o cônjuge declarado culpado não poderá exigilos do outro, salvo quando não tiver parentes em condições de prestá-los e não esteja em condições de supri-los com seu próprio trabalho, caso em que fará jus apenas aos indispensáveis à sua sobrevivência (art 1.704, parágrafo único do Código Civil). É o que se chama de “refração do valor dos alimentos”. (NOGUEIRA, 2011)

Em síntese, podemos dizer que a declaração de culpa pelo término da relação pode, quando muito, acarretar na perda do direito ao uso do nome do consorte inocente e a perda do direito aos alimentos.

Feita a análise das categorias e dos institutos, poderemos dar início ao exame das contundentes críticas dirigidas pelos autores à figura da separação sanção.

A primeira delas se dirige à opção legislativa que decidiu manter o instituto no Código Civil de 2002, sem considerar a orientação jurisprudencial já consolidada em precedentes do Superior Tribunal de Justiça⁵.

Observa-se, neste citado precedente (REsp nº 467.184-SP), que a jurisprudência consolidou o entendimento de que, para a decretação da separação judicial, bastaria apenas a presença de um fundamento: a insuportabilidade de vida comum, manifestada por ambos os cônjuges, mesmo ausente a prova de violação dos deveres conjugais.

Destaca-se que o autor João Baptista Vilella, desde 1982, já observava que “o problema das separações conjugais tende a se deslocar, por muito boas razões, de uma perspectiva inquisitorial para um perspectiva factual [...] do princípio da culpa para o da deterioração”. (VILELLA *apud* ALMEIDA; JÚNIOR, 2010, p. 271)

Vale o registro, também, de que esta orientação foi assimilada pela III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal e consta do Enunciado de nº 254, cuja redação é a seguinte:

“Art. 1.573: Formulado o pedido de separação judicial com fundamento na culpa (art. 1.572 e/ou art. 1.573 e incisos), o juiz poderá decretar a separação do casal diante da constatação da insubsistência da comunhão plena de vida (art. 1.511) – que caracteriza hipótese de “outros fatos que tornem evidente a impossibilidade de vida comum” – sem atribuir culpa a nenhum dos cônjuges”. (ALMEIDA; JÚNIOR, 2010, P. 2011).

Além disso, algumas legislações estrangeiras, como a Espanha⁶ e a Alemanha⁷ já não atribuíam qualquer relevância à discussão de culpa para a determinação do valor dos alimentos. No direito comparado, cite-se, ainda, o exemplo de Portugal, país no qual, em 2008, foi promulgada a Lei 61 de 31 de outubro, que revogou as disposições do artigo 1.782º, item 2, que tratava sobre a declaração de culpa a um dos cônjuges, quando houvesse⁸.

Ressalta-se que a jurisprudência manteve esta orientação, mesmo após a publicação do Código Civil, como apontam os julgados REsp 433.206/DF, de 06.03.2003 e Ap. nº 1.0024.01.094655-6/001 (TJMG), de 18.11.2004⁹, Ap. Cív. 70021725817 (TJRS), de 23.04.2008¹⁰ e, por fim, vale o registro do REsp 886744/MG, de 11.02.10¹¹.

⁵ SEPARAÇÃO. Ação e reconvenção. Improcedência de ambos os pedidos. Possibilidade da decretação da separação. Evidenciada a insuportabilidade da vida em comum, e manifestado por ambos os cônjuges, pela ação e reconvenção, o propósito de se separarem, o mais conveniente é reconhecer esse fato e decretar a separação, sem imputação da causa a qualquer das partes. Recurso conhecido e provido em parte (REsp. 467.184-SP, Min. Ruy Rosado de Aguiar, T.4, 05.12.02)

⁶ (LASARTE *apud* ALMEIDA; JÚNIOR, 2011, p. 270)

⁷ (QUEIROZ *apud* ALMEIDA; JÚNIOR, 2011, p. 270)

⁸ O citado dispositivo dispunha que “na ação de divórcio com fundamento na separação de fato, o juiz deveria declarar a culpa de um dos cônjuges, quando houvesse” (SARTORI *apud* GAGLIANO; FILHO, 2010, p. 91)

⁹ (ALMEIDA; JÚNIOR, 2010, p. 273)

¹⁰ (GAGLIANO; FILHO, 2010, 91).

¹¹ (DIAS, 2010, p. 50)

Deve-se enfatizar, contudo, que os precedentes acima destacados representam a posição majoritária dos Tribunais, embora não seja unânime. Os autores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona filho citam, por exemplo, um julgado do Superior Tribunal de Justiça em sentido contrário, qual seja: (RMS 28.336-SP, 4ª T, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 24.03.09, Dje de 06.04.09)¹².

A consagração do entendimento predominante, tanto na jurisprudência, como na legislação de países estrangeiros, está calcada em fundamentos teóricos de diversas ordens, sendo que, para fins didáticos, analisaremos alguns argumentos aduzidos pelos autores consultados.

Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior abordam a temática à luz de princípios constitucionais, como a dignidade humana (art. 1º, III da CR/88) e no direito fundamental à intimidade (art. 5º, inc. X da CR/88). Além disso, os aludidos autores utilizam a interpretação sistemática para dizer que não faz mais sentido a permanência da discussão de culpa no término das relações conjugais¹³. Por fim, invocam o princípio da ruptura ou da deterioração factual¹⁴ para reforçar este posicionamento. (2011, p. 272 a 274)

Já autores como Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2011) falam em uma liberdade de autodeterminação afetiva que legitimaria a decisão do casal de, a qualquer tempo, resolver pelo término da relação, sem qualquer interferência do Estado no planejamento familiar.

No mesmo sentido, podemos citar a posição de Maria Berenice Dias (2010, p. 49 e 50). Para a autora, a intervenção estatal viola o direito à privacidade e à intimidade, o que constitui afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana. Em seus argumentos, cita Luiz Edson Fachin, para dizer que “*Não tem sentido averiguar a culpa, com motivação de ordem íntima, psíquica, quando a conduta pode ser apenas um sintoma do fim*” (Fachin *apud* DIAS, 2010, p. 50).

Na perspectiva apontada por Fachin, o adultério poderia ser não a causa, mas a consequência de uma relação desgastada e de uma situação incontornável.

¹² (GAGLIANO; FILHO, 2010, p. 92)

¹³ Ao empregar o critério lógico-sistemático de interpretação, os autores invocam o artigo 226, §6º da Constituição e argumentam que o referido dispositivo, na sua antiga redação, não contemplava a análise de culpa no divórcio. Assim, com mais razão não estaria a exigir análise de culpa na separação judicial.

¹⁴ O princípio da ruptura ou da deterioração factual consiste na possibilidade de rompimento da sociedade/vínculo conjugal a partir do momento em que se verifica a insuportabilidade de vida em comum, ou seja, a falta do elemento afeto, que constitui fator indispensável à subsistência da relação. Neste sentido, o princípio em análise representa um desdobramento da autonomia privada, a permitir a livre decisão dos cônjuges tanto no momento da celebração quanto no término do casamento. O aludido princípio pode ser extraído da regra prevista no artigo 1.513 do Código Civil, que impede a ingerência estatal nas decisões conjugais.

Por fim, calha registrar um dos fundamentos invocados por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. Segundo os magistrados baianos, a discussão de culpa no término do casamento representa contradição da Igreja Católica que, ao concebê-lo como um contrato, dá prevalência à vontade no momento da constituição familiar, mas não no momento da extinção. (SAMOUR *apud* GAGLIANO; FILHO, 2010, p. 90)

Em suma, com esta análise podemos concluir que argumentos de todas as ordens são invocados para afastar a polêmica discussão de culpa no término das relações conjugais. Direito comparado, critérios de interpretação, princípios, jurisprudência, enfim, um aparato substancial de fundamentos dá suporte a quem sustenta essa possibilidade.

O fato é que, em que pese a consistência desses argumentos, não há uma previsão normativa expressa que possa indicar que a discussão de culpa no término da relação conjugal realmente acabou.

Assim, como uma das primeiras conclusões deste trabalho, acreditamos que a corrente perfilhada por autores, que em sua maioria são membros do IBDFAM, é um tanto precipitada no que tange à assimilação dos efeitos da EC 66/10.

Trabalharemos melhor essa idéia no seu momento oportuno, mas, por ora, faremos constar nossa perspectiva de que a EC 66/10 em nada alterou o panorama legislativo concernente ao elemento culpa no direito de família.

Mas antes de apresentar este fundamento será preciso investigar os argumentos apresentados pelas correntes antagônicas que se formaram após a Emenda Constitucional nº 66.

2.2. Divergências sobre os efeitos da EC 66/10

A alteração constitucional em análise foi assimilada, como dissemos, de diferentes formas pelos autores. A primeira corrente, representada por autores como Maria Berenice Dias¹⁵, sustenta que a EC 66/10 extirpou do sistema todas as modalidades de separação judicial previstas em, por conseqüência, afastou definitivamente qualquer discussão de culpa no término das relações conjugais.

No outro extremo, está a corrente minoritária perfilhada por, dentre outros, Yussef Said Cahali¹⁶, para o qual a EC 66/10 não teve essa extensão de efeitos sustentada pela primeira corrente. Para Cahali, não há dúvida de que a EC 66/10 facilitou o processo de dissolução do vínculo conjugal, ao disponibilizar o recurso ao divórcio direto,

¹⁵ Partilham o mesmo entendimento autores como: Zeno Veloso, Paulo Luiz Netto Lôbo, Nelson Rosenvald, Luiz Fernando Valladão Nogueira, Rolf Madaleno, dentre outros.

¹⁶ Compartilham deste pensamento os seguintes autores: Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho, Regina Beatriz Tavares da Silva e César Fiuza

independentemente de prazo àqueles que pretendem dar um fim imediato no relacionamento. (CAHALI, 2011)

Neste aspecto, as duas correntes se aproximam. Mas o ponto de vista em comum fica por aqui.

A divergência começa pelo fato de a primeira corrente admitir a extinção de todas as modalidades de separação judicial, enquanto a segunda nega esta possibilidade.

A corrente minoritária, ao reconhecer que ainda persiste a ação de separação judicial, admite que a discussão de culpa ainda não foi afastada do cenário jurídico brasileiro. Neste sentido, o autor Cahali sustenta que o cônjuge traído que quiser imputar culpa ao seu consorte para efeito de não pagar pensão alimentícia ainda tem à sua disposição a ação prevista no art. 1.572, *caput* do Código Civil. (CAHALI, 2011)

Na visão de Cahali, a consequência de se manter o entendimento da primeira corrente seria extremamente prejudicial por admitir uma ação de divórcio sem prazo, sem causa, e sem responsabilidade, pois fatores históricos e morais justificariam a manutenção da separação judicial¹⁷. (CAHALI, 2011, p. 75)

Com esta mesma orientação, a autora Regina Tavares da Silva formula a seguinte pergunta: *“Se um homem, que é provedor da casa, é traído pela esposa, como a ordem jurídica pode aceitar que seja forçado a pagar pensão alimentícia para a adúltera, em benefício também de seu amante, se houver rompimento do casamento?”* (SILVA, *apud* CAHALI, 2011, p. 76)

É de autoria desta mesma autora o recente livro “A Emenda Constitucional do Divórcio” (SILVA, 2011), no qual ela vai argumentar que a EC 66/10 somente eliminou o prazo de 2 (dois) anos, antes necessário ao ajuizamento do divórcio. Dentre os argumentos invocados, destaca-se a análise da *mens legis* (vontade da lei), no qual a autora aduz que os pareceres proferidos no processo legislativo da emenda somente se referiram à supressão daquele prazo, e nada mais, o que indicaria claramente o alcance restrito da norma¹⁸.

¹⁷ Outro interessante argumento levantado por Cahali se refere a uma enquete realizada pela Associação dos Magistrados de São Paulo logo após a publicação da EC, em 14.09.10. Na pesquisa, 557 juízes foram consultados, sendo que, dentre eles, 292 disseram que a EC 66 não acabou com a separação judicial, e 265 ficaram na dúvida, por conta da deficiência da redação do art. 226, §6º. (2011, p. 71)

¹⁸ De acordo com esta autora, a necessidade de supressão dos prazos previstos no antigo texto do §6º do artigo 226 da Constituição da República ficou nítida no parecer do Senador Demóstenes Torres, apresentado como justificativa da PEC 28/09 (que deu origem à EC 66/10). O referido congressista argumentou que a retroatividade do prazo à separação de corpos (artigo 1.580 do Código Civil), bem como a facilitação existente na dissolução de uniões estáveis já seriam indicativos de que a regra constitucional atinente ao prazo não era tão rígida e que, por isso, poderia ser alterada. Em seguida, a autora destaca outro trecho deste parecer, para reforçar seu argumento de que a EC 66/10 não pôs fim à separação, vejamos: *“Observa-se também que, passados mais*

Outro argumento utilizado por Regina Beatriz Tavares da Silva é o de que a EC 66/10, dependendo de como vier a ser interpretada, pode ser havida como inconstitucional. Para fundamentar essa posição, a autora realiza uma interpretação sistemática para relacionar dispositivos da Constituição. Para ela, “*a emenda deve ser pensada a partir do entendimento de todos esses dispositivos e de todo o ordenamento constitucional*” (SILVA, 2011, p. 69).

Sobre esta análise, vale o registro das considerações feitas pela autora sobre o princípio da dignidade humana:

Havida como cláusula geral de tutela da Personalidade, a dignidade será violada se, numa relação conjugal desfeita pelo comportamento culposos de um dos cônjuges, ainda mais quando esse comportamento acarreta danos morais e/ou materiais ao consorte, vier a ser negada a preservação a esse valor supremo de nosso ordenamento jurídico, diante da recusa quanto à decretação da culpa e, por conseguinte, quanto às conseqüências legais dessa decretação, antes examinada. (SILVA, 2011, p. 69).

Segundo a autora, a preservação da dignidade humana depende da proteção dos direitos fundamentais que, no âmbito das relações privadas, são representados pelos direitos de personalidade. Alguns exemplos de violação dos direitos da personalidade dentro das relações familiares foram citados, a saber: “*agressões físicas, ofensas morais, atentado à vida, inclusive pela contaminação de doença grave e letal, como a AIDS, o abandono voluntário e injustificado do consorte no plano moral e material*” (SILVA, 2011, p. 70).

Ao concluir, a autora arremata aduzindo que

a culpa nas relações de família tem respaldo constitucional, na cláusula geral de proteção à dignidade humana, bem como no art.5º, caput, incisos e §2º, da Constituição Federal

[...]

A violação à dignidade da pessoa humana [...] acarretará a inconstitucionalidade da EC n. 66/10, se não forem preservadas as conseqüências da culpa na dissolução do casamento.

O próximo dispositivo constitucional abordado foi o artigo 226, *caput*. Pelas ponderações da autora, ainda que se verifique uma acentuada redução da intervenção do Estado nas relações privadas, como reação ao paradigma do Welfare State, não se pode retirar por completo as relações familiares da tutela estatal, sob pena de se negar proteção aos direitos da personalidade de seus integrantes. (SILVA, 2011).

A negativa de proteção levaria ao reconhecimento de que os deveres conjugais fossem reduzidos a meras recomendações, o que afrontaria o artigo 226, *caput* e conduziria inconstitucionalidade da EC 66/10. Nos dizeres da autora, “*é impositivo entender que a EC n. 66/10 não seria compatível com o caput do art. 226 da CF/88, se viesse a ser interpretada como regra eliminatória de culpa*” (SILVA, 2011, p. 76).

de trinta anos da edição da Emenda Constitucional nº 9 de 1977, perdeu completamente o sentido manter os pré-requisitos temporais de separação judicial e de fato para que se conceda o divórcio” (SILVA, 2011, p. 65-66).

O mesmo raciocínio é observado no que tange ao §8º do artigo 226 da Constituição da República, dispositivo que alberga prescrições sobre a assistência estatal na pessoa de cada integrante da família. Neste sentido, interpretar a EC 66/10 como regra que põe fim ao sistema culposo igualmente conduz à sua inconstitucionalidade por violação ao artigo 226, §8º da CR/88.¹⁹

Por fim, a autora ressalta as disposições previstas nos incisos VI e VIII do artigo 5º da Constituição²⁰ para dizer que o a República Federativa do Brasil, embora seja um Estado laico, assegura, dentre os direitos fundamentais, o livre exercício de cultos religiosos com especial proteção de suas liturgias, além de garantir que ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa.

O argumento é o de que, se for admitida a extinção da separação judicial, restaria violado o direito à liberdade religiosa, pois os católicos, por exemplo, não reconhecem a possibilidade de dissolução do vínculo conjugal.²¹

Como arremate dos argumentos da segunda corrente, podemos citar recente precedente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que, ao se deparar com a matéria, deixou assentado o seguinte posicionamento:

¹⁹ Neste ponto específico, a autora formula a seguinte indagação: *De que adiantaria punir o cônjuge que ofende a integridade física ou moral de seu consorte na esfera penal, ou mesmo oferecer-lhe medidas protetivas de urgência, como faz a lei n. 11.340/2006, se, ao mesmo tempo, fosse possibilitado ao ofensor exigir do ofendido a prestação de pensão alimentícia plena?* (SILVA, 2011, p. 74).

²⁰ **Art. 5º** 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:

[...]

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

²¹ O cânon 1.141 do Código Canônico tem a seguinte previsão: *“O matrimônio ratificado e consumado não pode ser dissolvido por nenhum poder humano nem por nenhuma causa, exceto a morte”*. Este mesmo código, em situações excepcionais, reconhece que a convivência pode tornar-se insuportável e, para esta hipótese, alberga a seguinte disposição: *“Se um dos cônjuges é causa de grave perigo para a alma ou para o corpo do outro cônjuge ou dos filhos, ou, de outra forma, torna muito difícil a convivência, está oferecendo ao outro causa legítima de separação, por decreto do Ordinário local e, havendo perigo na demora, também por autoridade própria”*. (SILVA, 2011, p. 76). Ressalta-se que este argumento (liberdade religiosa) também é citado pelo autor César Fiuza (FIUZA, 2011).

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. DIVÓRCIO DECRETADO. AUSÊNCIA DE PEDIDO PARA TANTO. NULIDADE POR INFRAÇÃO AOS ARTS. 128 E 460 DO CPC. DESCONSTITUIÇÃO DA SENTENÇA, DE OFÍCIO. **INTERPRETAÇÃO DO MAGISTRADO SENTENCIANTE NO SENTIDO DE REVOGAÇÃO DE ARTIGOS DO CÓDIGO CIVIL PELO ADVENTO DA EC 66/2010 (NOVA REDAÇÃO AO § 6º DO ART. 226 DA CF). PRESERVADA A VIGÊNCIA DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL.** 1. Fere as normas de direito processual (arts. 128 e 460 do CPC) a decisão que, de ofício, decreta o divórcio das partes, sem pedido neste sentido e sem que tenha sido oportunizado que os litigantes se manifestassem a respeito. Sentença caracteristicamente extra petita, e, por isso, nula. 2. São muito graves as conseqüências 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. 3. Em que pese a ausência de inconformidade de qualquer das partes, trata-se de nulidade absoluta, para a qual não há preclusão, podendo ser conhecida e decidida de ofício em qualquer tempo e grau de jurisdição. 4. A aprovação da Emenda Constitucional nº 66/2010, ao dar nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, não enseja automática revogação da legislação infraconstitucional que disciplina a dissolução da sociedade e do vínculo conjugal. Para que isso ocorra, indispensável seja modificado o Código Civil, que, por ora, preserva em pleno vigor os dispositivos atinentes à separação judicial e ao divórcio. Inteligência do art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/42). Precedente deste colegiado no julgamento da AC nº **70039476221**. DESCONSTITUÍRAM A SENTENÇA, DE OFÍCIO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70040844375, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 07/04/2011)

A decisão proferida pelo Tribunal de Justiça gaúcho refletiu o entendimento majoritário sobre a situação da separação judicial após a EC 66/10. No final do ano passado, o Centro de Estudos do Conselho de Justiça Federal aprovou o enunciado de nº 514, que apresenta o seguinte teor: “*A Emenda Constitucional nº 66/2010 não extinguiu o instituto da separação judicial.*”²²

Por outro lado, os autores que sustentam a extinção da separação judicial (e da discussão de culpa), apresentam, dentre outros fundamentos, que a revogação mencionada constitui uma das justificativas do projeto que deu origem à emenda à Constituição. Pautam-se, assim, em critérios de interpretação teleológica e também sistemática.

Zeno Veloso reconhece que a intenção de acabar com o instituto da Separação Judicial se encontra na justificativa do PEC 33/07, de autoria do deputado federal Sérgio Barradas Carneiro (PT/BA)²³.

²² Informação obtida em:

<http://www.flaviotartuce.adv.br/enunciados/201201141920380.enunc_VJornada_nova.PDF> acesso em: 01.04.2012.

²³ Trechos do art. 2º daquele projeto revelam a proposta de acabar com a separação, vejamos:

Não mais se justifica a sobrevivência da separação judicial [...] Impõe-se a unificação no divórcio de todas as hipóteses de separação dos cônjuges [...] A submissão a dois processos judiciais (separação judicial e divórcio

Em reforço a esse posicionamento, Luiz Fernando Valladão Nogueira destaca o trâmite que envolveu a aprovação da PEC (inicialmente de nº 413/05 e renumerada depois para 33/07). A redação original da proposta continha a seguinte redação: “§6º *O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio consensual ou litigioso, na forma da lei*”. (NOGUEIRA, 2011). Sucede que, após a tramitação nas casas legislativas, a redação final da proposta foi aprovada com supressão da expressão “*na forma da lei*”, o que estaria a indicar, segundo este autor, a suposta revogação institutos da separação.

Em conclusão, o autor informa que, com a EC 66/10, “*houve a extinção da separação judicial e administrativa, bem como da exigência de prazo de separação de fato para se operar a dissolução do vínculo matrimonial*” (NOGUEIRA, 2011, p. 7), o que elevou o Brasil ao patamar das legislações mais avançadas no assunto, à frente inclusive da Alemanha e de Portugal.

Também compartilham deste posicionamento os autores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona, conforme se observa no recente livro “O Novo Divórcio” (2011)²⁴. Os autores baianos aprofundam na investigação, de repercussão eminentemente teórica, sobre a revogação ou não recepção dos institutos da separação.

Tal distinção se encontra presente em texto de autoria de Dirley da Cunha Jr., com base no qual Gagliano e Pamplona extraem suas conclusões. Assim, para eles, a situação verificada após a promulgação da EC 66/10 caracteriza “*verdadeira inconstitucionalidade superveniente das normas legais ordinárias*” (GAGLIANO; PAMPLONA, 2010, p. 57).

Na verdade, o que os autores pretendem explicar é que não se trata de revogação da legislação infraconstitucional, pois o critério da especialidade (*lex posterior derogat lex priori*) se aplica para normas que mantém o mesmo nível hierárquico dentro do ordenamento

por conversão) resulta em acréscimo de despesas e mais sofrimento [...] Levantamentos feitos das separações judiciais demonstram que a grande maioria dos processos são iniciados ou concluídos amigavelmente, sendo insignificantes os que resultaram em julgamentos de causas culposas imputáveis ao cônjuge vencido. Por outro lado, a preferência dos casais é nitidamente pelo divórcio que apenas prevê a causa objetiva da separação de fato, sem imiscuir-se nos dramas íntimos. Afinal, qual o interesse público relevante em se investigar a causa do desaparecimento do afeto ou desamor? O que importa é que a lei regule os efeitos jurídicos da separação, quando o casal não se entender amigavelmente, máxime em relação à guarda dos filhos, aos alimentos e ao patrimônio familiar. Para tal, não é necessário que haja dois processos judiciais, bastando o divórcio amigável ou judicial. Sala das Sessões, 10 de abril de 2007. DEPUTADO SÉRGIO BARRADAS CARNEIRO PT/BA (NOGUEIRA, 2011, p. 6).

²⁴ A posição dos autores fica bem evidenciada no seguinte trecho: “*Muito bem. A partir da promulgação da Emenda, desapareceu de nosso sistema o instituto da separação judicial, e toda a legislação que o regulava, por conseqüência, sucumbiu, sem eficácia, por conta de uma não recepção*”. Com isso, consideramos tacitamente revogados os arts. 1.572 a 1.578 do Código Civil, perdendo sentido também a redação do art. 1.571 no que tange à referência feita ao instituto da separação. Não há mais espaço também para o divórcio indireto, pois, com o fim da separação judicial, não há o que ser convertido (art. 1.580). (GAGLIANO; PAMPLONA, 2010, p.56)

jurídico. No caso em apreço, verifica-se uma incompatibilidade da legislação infraconstitucional (no caso, as normas que tratavam da separação judicial) para com a Constituição, motivo pelo qual aquelas regras perdem o seu fundamento de validade. (GAGLIANO; PAMPLONA, 2010)²⁵

Mantendo esta linha de entendimento, mas com opinião mais extremada, está a autora Maria Berenice Dias, a qual sustenta a posição de que a EC 66/10 rompeu definitivamente com paradigmas ao elidir a separação judicial do sistema, em todas as modalidades, e a conseqüente abolição da discussão de culpa no término das relações conjugais²⁶.

Após a análise de cada argumento, acreditamos ter colhido recursos necessários para apresentar uma resposta à indagação acima formulada. Para lembrar, foi feito o seguinte questionamento: “*A EC 66/10 eliminou a possibilidade de discussão de culpa no término das relações conjugais?*”

Por mais relevantes e contundentes que sejam os argumentos alinhavados pela corrente dos que integram o IBDFAM, no que tange à discussão de culpa na separação judicial (art. 1.572, *caput* do Código Civil), temos que a razão parece estar com a corrente minoritária.

No próximo tópico, cuidaremos de apresentar os fundamentos que sustentam esta perspectiva. Como suporte teórico, adotaremos alguns dos argumentos utilizados pelos autores da corrente minoritária, e acrescentaremos outras referências.

3. A dupla função da culpa

Por mais sólidos e coerentes que sejam os argumentos da corrente majoritária, acreditamos que razão não assiste àqueles autores. Dizer que a EC 66/10 revogou (ou decretou a inconstitucionalidade superveniente) dos artigos 1.571 a 1.578 do Código Civil extrapola os limites interpretativos decorrentes da alteração constitucional.

Em uma redação que dispõe que “*o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio*” não é possível extrair outra conclusão senão a de que o divórcio agora não depende de prazo ou qualquer condição. O exercício desse direito pode ser invocado a qualquer tempo e a critério dos cônjuges. Caiu o dogma da indissolubilidade e se fechou o ciclo iniciado em 1977, como diria Paulo Luiz de Netto Lôbo.

²⁵ No desenvolver desta pesquisa não preocuparemos com esta questão teórica. Assim, mesmo que exista uma distinção ontológica entre a revogação e a inconstitucionalidade superveniente, abordaremos o tema seguindo a técnica empregada pela maioria dos autores, de acordo com os quais o fenômeno em análise retrata uma “suposta” revogação das normas infraconstitucionais pela EC 66/10.

²⁶ A atual redação diz: O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. Assim, desapareceu toda e qualquer restrição para a sua concessão, que cabe ser concedido sem prévia separação judicial e sem a necessidade do implemento de prazos. Afastado o instituto da separação do texto constitucional, foram derogados todos os dispositivos da legislação infraconstitucional referentes ao tema. (DIAS, 2010, p. 36)

Neste sentido, o “esforço” hermenêutico realizado por alguns dos membros do IBDFAM não consegue dar uma resposta satisfatória ao problema, pois, se é verdade que o anteprojeto enviado à Câmara dos Deputados tinha como justificativa a necessidade de extinção da separação judicial, não se verificou, entretanto, qualquer alusão a essa possibilidade nos debates legislativos e pareceres do Senado Federal. Ademais, sabemos que o Congresso Nacional conta com uma “bancada religiosa” influente nas comissões e isso dificulta a promulgação de leis que venham interferir em assuntos ligados à Igreja Católica.

Destarte, o fato de ter sido suprimido parte da redação original do texto da EC 66/10 também não dá suporte a conclusões precipitadas. O que a supressão representa, em termos jurídicos, é que a norma constitucional, que na classificação de José Afonso da Silva teria a natureza de norma de eficácia limitada, passou ao *status* de norma de eficácia plena, eis que o próprio comando constitucional, independentemente de qualquer previsão legal, é suficiente para permitir a propositura da ação de divórcio sem necessidade de prazo ou outras condições.

Dessa forma, a interpretação teleológica não se apresenta como um fundamento coerente a dar arrimo à tese da corrente majoritária.

Na realidade, ao proceder com a análise dos fundamentos de cada autor, aderimos a uma linha de fundamentação que estaria mais próxima da corrente minoritária, porém com ela não totalmente coincidente.

A nosso ver, o elemento culpa previsto no artigo 1.572 do atual Código Civil foi concebido originariamente com uma dupla função. A primeira delas consistia em um “entrave”, ou um “obstáculo”, criado pelo legislador para forçar a manutenção da sociedade conjugal. Ora, o único recurso que se tinha para se esquivar do prazo anual previsto para a separação amigável era o ajuizamento da chamada “separação sanção”.

Não dispondo de alternativa, e cheio de rancores e ressentimentos, os cônjuges passavam a travar uma verdadeira “batalha judicial”, ocasião em que aspectos da vida íntima do casal vinham à tona, em manifesto prejuízo do seu direito fundamental à privacidade/intimidade.

Neste sentido, estão repletos de razão os autores da corrente majoritária, pois, nas palavras de Luiz Fernando Valladão Nogueira, esse prestígio da culpa “*constituía, quase sempre, numa forma desagregadora de manutenção dos laços familiares*”. (2011, p. 45)

Diríamos, portanto, que a primeira função da culpa consistia nessa forma desagregadora de manutenção da família.

Acontece que, com a progressiva perda da hegemonia do dogma da indissolubilidade, com as contundentes críticas que o instituto veio a sofrer, e pela orientação jurisprudencial que foi adotada há muito tempo no Brasil, não podemos crer que a EC 66/10 significou um “divisor de águas” na matéria.

Acreditamos que a ânsia dos críticos foi tamanha que, para selar de uma vez por todas o fim da culpa, procuraram na legislação um “marco” definidor dessa mudança. E é justamente neste ponto que enxergamos certo “descuido” daqueles notáveis juristas, que se esqueceram de que, muito antes da Emenda Constitucional do Divórcio, já prevalecia, tanto na doutrina como na jurisprudência, o entendimento de que a separação judicial se funda exclusivamente no princípio da ruptura ou deterioração factual, como já sinalizava João Baptista Vilella.

Por isso, sustentamos o ponto de vista de que a EC 66/10 não operou qualquer modificação na legislação infraconstitucional que trata da separação, especialmente no que se refere à modalidade prevista no artigo 1.572, *caput* do Código Civil, pois, pela explanação acima, vê-se que aquela função *desagregadora de manutenção familiar* da culpa há muito tempo já não consistia em fundamento legítimo para a homologação da separação judicial.

Mas o elemento culpa de que nos ocupamos agora não tinha apenas aquela função. Na verdade, a segunda função à qual nos referimos está associada a uma punição imposta pelo direito ao transgressor de um dever conjugal. Essa função, por mais críticas que receba por parte da doutrina, ainda persiste no sistema jurídico.

É claro que, na maior parte dos casos, é praticamente impossível atribuir à apenas um dos cônjuges a culpa exclusiva de tornar insuportável a vida em comum. Como citamos, Luiz Edson Fachin diria que a culpa muitas vezes não seria a causa, mas sim o sintoma do fim.

Mas essas dificuldades não autorizam o intérprete a generalizá-las ao ponto de se defender que jamais existirá um culpado no término da relação conjugal. Ora, não podemos olvidar do nosso passado em que preponderou a impunidade da violência no seio das relações familiares, fato que inclusive determinou a promulgação da Lei 11.340/06.

O projeto que deu origem à EC 66/10 levantava a seguinte indagação: “*Afinal, qual o interesse público relevante em se investigar a causa do desaparecimento do afeto ou do desamor?*”

Sucede que, como bem observou Regina Beatriz Tavares da Silva “*a dissolução culposa não investiga a causa do desamor, mas sim do descumprimento dos deveres conjugais*”. Neste ponto específico, nos colocamos de acordo com a mencionada autora, e

com Yussef Said Cahali, para dizer que seria inadmissível tolerar uma situação em que um cônjuge traído e violentado fosse obrigado a pagar pensão alimentícia para sustentar a vida do seu ex-consorte e do amante.

O fato é que não podemos negar a existência de violência, bem como de outras possíveis violações dos deveres conjugais, no âmbito doméstico, e o direito, como instrumento repressivo dos atos ilícitos, nos oferece mecanismos para coibir as agressões, ao estabelecer sanções ao responsável.

Na verdade, a culpa à qual nos referimos neste trabalho é apenas um dos elementos configuradores do ato ilícito²⁷. Verificada a presença desses requisitos têm-se a responsabilidade civil, que faz surgir para o transgressor da norma o dever de reparar o dano. A responsabilidade decorrente de ato ilícito, na verdade, se espraia por todos os ramos do direito, e, na órbita civil, também alcança outros campos além do livro das obrigações.

Autores que se dedicam ao tema, como Felipe Peixoto Braga Netto, admitem a existência de distintas funções exercidas pelo ato ilícito nas situações concretas. Sobre o assunto, são oportunas as palavras de César Fiuza:

Para o direito civil, tais efeitos podem ser os mais variados, dependendo das conseqüências do ilícito. Assim, teremos, quanto a esses efeitos, ilícitos indenizantes, porque geram como efeito a indenização dos eventuais danos causados; ilícitos caducificantes, porque geram a perda de um direito para seu autor (por exemplo, a perda do poder familiar para o genitor que maltrata os filhos); ilícitos invalidantes, que anulam o ato praticado ilicitamente (por exemplo, o contrato celebrado sob coação); e, finalmente, ilícitos autorizantes, uma vez que autorizam a vítima a praticar um ato, no intuito de neutralizá-los, como o doador que fica autorizado a revogar a doação, nos casos de ingratidão do doador.”²⁸

Ao nosso aviso, a infração do dever conjugal praticada por um dos cônjuges configura claro exemplo de ato ilícito com efeitos caducificantes, eis que acarretará, para o “culpado”, a perda do direito de pleitear alimentos do outro, e até mesmo a perda do direito ao uso do nome, embora sabemos que as chances dessa última possibilidade são mais restritas.

Portanto, pelos argumentos expendidos, foram apresentados fundamentos para sustentar e confirmar nossa hipótese de que, no que tange à culpa prevista no artigo 1.572, *caput* do Código Civil, subsiste a sua função sancionadora. A culpa, nesta perspectiva, deve ser entendida como um dos elementos configuradores do ato ilícito que produz efeitos caducificantes.

Aquela primeira função da culpa, consistente em criar obstáculos para a separação judicial, encontra-se há muito tempo superada, não havendo qualquer razão para se dizer que

²⁷ De acordo com Leonardo Poli, são elementos do ato ilícito em sentido estrito: a antijuridicidade, culpabilidade, nexa causal e o dano. (POLI, *in* FIUZA, 2011)

²⁸ BRAGA NETTO, apud FIUZA, 2011, p. 562.

a EC 66/10 estabeleceu um “ponto final” na discussão de culpa no término das relações familiares.

Como objeção a esse fundamento, os autores da primeira corrente alegam que a necessidade de dois processos (um de separação, para a discussão de culpa, e outro de divórcio, para a dissolução do vínculo) só trará desgaste emocional e invasão da privacidade do casal. Aliás, essa foi uma das justificativas do anteprojeto que deu origem a emenda constitucional.

O autor Luiz Valladão Nogueira, que reconhece a extinção de todas as modalidades de separação, propõe uma solução ao dizer que a discussão de culpa deve ser travada à parte, nos autos de uma ação ordinária proposta exclusivamente para este fim. Segundo o mencionado autor, com a EC 66/10, a culpa foi deslocada para o seu *locus* de origem – a responsabilidade civil. A ação de divórcio, única via à disposição das partes, não comporta esse tipo de discussão. (NOGUEIRA, 2011)

De nossa parte, realmente devemos reconhecer que a possibilidade de discussão de culpa, nos termos do artigo 1.752, *caput* do Código Civil, cria o inconveniente de exigir que as partes se submetam a duas ações judiciais, uma para discutir a culpa, a ação de separação judicial, e outra para obter a dissolução do vínculo, o divórcio.

Não podemos olvidar, contudo, que a solução proposta pelo citado autor não deixa de criar esse inconveniente, pois, de qualquer forma, os cônjuges se sujeitarão aos percalços de duas ações, uma de divórcio, e outra de responsabilidade civil, de rito ordinário e de competência do juiz da vara cível.

Assim, seja como for, o casal terá que passar por esses “inconvenientes processuais”, mas tal fato não nos autoriza a afirmar que a discussão de culpa no término das relações conjugais acabou. Quem se prende à tese de que as modalidades de separação foram revogadas com a EC 66/10 não tem substrato teórico para afirmar que o elemento culpa foi afastado das relações conjugais.

Na verdade, acreditamos que a solução proposta nesta pesquisa é a mais adequada, pois, por mais repúdio que possa causar, a ação de separação judicial permanece vigente no sistema. Isso se explica por razões de liberdade religiosa.

Como bem explanou Regina Beatriz Tavares da Silva, o Estado brasileiro é laico, mas a Constituição dispõe de garantias fundamentais que resguardam a liberdade religiosa, seus cultos e liturgias. Se por algum motivo o casal entende que a separação judicial lhe será mais conveniente, essa é uma decisão que ninguém pode questionar.

Do contrário, estaríamos negando-lhes o exercício de iguais liberdades individuais, por impor um ideal de vida boa, um padrão ético de conduta, e isso na contramão dos pilares do paradigma do Estado Democrático de Direito.

Esse ponto de vista prevaleceu na V jornada de direito civil realizada pelo Centro de Estudos do Conselho de Justiça Federal (CJF), no final de 2011, ocasião em que foi aprovado o enunciado de nº 514, que visa sedimentar o entendimento de que a EC 66/10 não revogou o instituto da separação.

Com base neste fundamento, acreditamos que a posição radical de alguns autores não se mostra adequado, pois ainda está vigente o instituto da separação, com todas as suas modalidades. A única alteração provocada pela Emenda 66 se refere à eliminação de todos os prazos para a propositura da separação e do divórcio, conforme ditam os enunciados de nº 515 e 517, ambos aprovados na V Jornada do CJF.²⁹

4. Conclusão

Com base nos fundamentos apresentados, entendemos que a EC 66/10 não eliminou a possibilidade de discussão de culpa no término das relações conjugais. Os elementos reunidos neste trabalho serviram para ratificar nossa hipótese, no sentido de que os efeitos da alteração constitucional se limitaram a eliminar os prazos e condições que existiam para a propositura da ação de divórcio.

No entanto, permanecem vigentes todas as modalidades de separação judicial, assim como a possibilidade de se discutir a culpa de um dos cônjuges por infração dos deveres matrimoniais.

Ao longo da pesquisa, demonstramos que a culpa, em seu sentido técnico, foi concebida com uma dupla função, uma delas consistente na imposição de um entrave ao término das relações conjugais, já que sua origem está ligada ao dogma da indissolubilidade. A outra função é basicamente sancionadora, e nesta perspectiva, a culpa é considerada como um elemento do ato ilícito que possui efeitos caducificantes.

Demonstramos que apenas a primeira função não constitui elemento legítimo a fundamentar a recusa da homologação da separação judicial, eis que o exercício da autodeterminação afetiva está adstrito ao princípio da ruptura ou deterioração factual.

29

515) Art. 1.574, caput. Pela interpretação teleológica da Emenda Constitucional n. 66/2010, não há prazo mínimo de casamento para a separação consensual.

517) Art. 1.580. A Emenda Constitucional n. 66/2010 extinguiu os prazos previstos no art. 1.580 do Código Civil, mantido o divórcio por conversão.

Obtido em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/enunciados/201201141920380.enunc_VJornada_nova.PDF>
acesso em: 01.04.2012.

Como se observou neste trabalho, não tivemos apenas a pretensão de nos posicionar em consonância com uma ou outra corrente doutrinária. De fato, o estudo teve a pretensão de suscitar alguns pontos que talvez não foram percebidos pelos autores e, nesta empreitada, acreditamos que a pesquisa inovou quando ousamos a dizer que não foi a EC 66/10 que estaria a indicar um divisor de águas no assunto relacionado à discussão de culpa no direito de família.

Ademais, procuramos realizar o estudo do elemento culpa de uma forma mais técnica do que se costuma utilizar quando o assunto é abordado por especialistas em direito de família.

Por fim, concluímos que apenas a segunda função atribuída ao elemento culpa permanece vigente no sistema jurídico. Ainda que isso acarrete algum inconveniente ao casal, que deverá se submeter a duas ações judiciais (separação culposa e divórcio), não se vê razão para com isso dizer que a culpa não mais existe no direito de família.

5. Referências

- ALMEIDA; JÚNIOR; Renata Barbosa de Almeida; Walsir Edson Rodrigues Júnior. **Direito Civil. Famílias**. Rio de Janeiro. *Lumen juris*. 2010;
- ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **O Fim da Culpa na Separação Judicial. Uma perspectiva histórico-jurídica**. Belo Horizonte. Del Rey. 2007;
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_13.07.2010/art_226_shtm. acesso em 22.10.11;
- BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil Brasileiro). 13ª Ed. São Paulo, 2011. p. 241 a 508;
- CAHALI, Yussef Said. *Separações Conjugais e Divórcio*. 12ª Ed. RT. São Paulo. 2011;
- DIAS, Maria Berenice. **Divórcio Já! Co, de comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2010;
- DIAS, Maria Berenice. In DIAS, Maria Berenice. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Da Separação e do Divórcio**. Belo Horizonte. Del Rey. 2002. p. 65 A 80;
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. 3ª Eds. *Lumen Juris*. Rio de Janeiro. 2010;
- FIUZA, César. **Direito Civil. Curso Completo**. 15ª. Del Rey. Belo Horizonte. 2011;
- FIUZA, César. In FIUZA, Cesar (Coord.). **Curso Avançado de Direito Civil. Para uma Releitura da Teoria Geral da Responsabilidade e do ilícito**. 15ª Edição. Ed. Forense. Rio de Janeiro. 2009. p. 559 a 568;
- GAGLIANO; FILHO. Pablo Stolze; Rodolfo Pamplona Filho. **O Novo Divórcio**. São Paulo. Ed. Saraiva. 2010;
- LÔBO, Paulo Luiz Netto Lôbo. *Divórcio: Alteração constitucional e suas conseqüências*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=629>. acesso em 19.10.11;
- NOGUEIRA, Luiz Fernando Valladão. **Divórcio. Inovações e conseqüências da EC 66/2010**. in NOGUEIRA, Luiz Fernando Valladão (Coord). Belo Horizonte. Del Rey. 2011;
- SILVA, Regina Beatriz Tavares. **A Emenda Constitucional do Divórcio**. São Paulo. Ed. Saraiva. 2011;
- POLI, Leonardo Macedo. In FIUZA, Cesar (Coord.). **Curso Avançado de Direito Civil. Ato ilícito**. 15ª Edição. Ed. Forense. Rio de Janeiro. 2009. p. 569 a 585;
- WALD, Arnaldo. FONSECA, Priscila M. P. **Direito Civil. Direito de Família**. 17º Ed. São Paulo. Saraiva. 2009;
- VELOSO, Zeno. **Direito Hereditário do Cônjuge e do Companheiro**. São Paulo. Ed. Saraiva. 2010;