



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DE BARBACENA-FADI

Divórcio e Separação Judicial no Novo Código de Processo Civil
e a Possibilidade de Indenização por Danos Morais por Infidelidade Conjugal

Puebla Janacer do Carmo Fernandes

Barbacena/MG

2017

Puebla Janacer do Carmo Fernandes

**Divórcio e Separação Judicial no Novo Código de Processo Civil
e a Possibilidade de Indenização por Danos Morais por Infidelidade Conjugal**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Presidente Antônio Carlos / Unipac – Barbacena, como pré-requisito para a obtenção de título de graduação em Direito, sob orientação da Dra.Cristina Prezoti

Barbacena/MG

2017

Puebla Janacer do Carmo Fernandes

**Divórcio e Separação Judicial no Novo Código de Processo Civil
e a Possibilidade de Indenização por Danos Morais por Infidelidade Conjugal**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Presidente Antônio Carlos / Unipac – Barbacena, como pré-requisito para a obtenção de título de graduação em Direito, sob orientação da Dra. Cristina Prezoti

Orientadora Prof. Cristina Prezoti

Componente da Banca Prof. Luiz Carlos Rocha de Paula

Componente da Banca Prof. Lucas Garcia

Barbacena/MG

2017

*Dedico esta obra a Deus, pela força,
calma e clareza nas horas de aflição, e a
minha família, em especial minha mãe
Andreia, por todo apoio e carinho, na
minha trajetória acadêmica.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por ter me dado força e paciência para concluir mais esta etapa em minha vida, me guiando e abençoando sempre em toda a caminhada.

Obrigada a minha família, principalmente minha mãe Andreia, pela motivação e bom exemplo, ao meu irmão Rhamires pela ajuda e apoio, e minha avó Jurema, minhas tias, meu tio e meus primos por dar todo apoio e força na minha trajetória acadêmica. Obrigada meu companheiro Helder, por toda a compreensão e apoio ofertados.

Enfim, agradeço a todos que de alguma forma contribuíram para que este dia chegasse e este sonho se concretizasse. Minha eterna gratidão aos mestres da Faculdade de Direito, pela valorosa contribuição para que mais esta etapa fosse vencida, em especial, à Professora e Orientadora Dra. Cristina Prezoti, pelo incentivo, apoio, disponibilidade e valorosa orientação.

DECLARAÇÃO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro para os necessários fins que as teorias expostas e defendidas no presente trabalho são de inteira responsabilidade deste autor, ficando a Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC, seus professores e, especialmente, a Orientadora Dra. Cristina Prezoti, isentos de qualquer responsabilidade sobre os mesmos.

A aprovação da presente monografia não significará o endosso do conteúdo por parte do orientador, da banca examinadora e da instituição de ensino.

Por ser verdade, firmo o presente.

Barbacena/MG, 28 de junho de 2017.

Puebla Janacer do Carmo Fernandes

Resumo

O presente trabalho monográfico tem por objetivo analisar sobre o instituto da separação e o divórcio, observando as mudanças ocorridas com a aprovação do NCPC. Mostrando uma breve análise se houve a extinção do instituto da separação no ordenamento jurídico, após a aprovação da EC n°66/2010 e as influências que causaram ao NCPC. Grandes mudanças ocorreram em relação a esses institutos, podendo analisar seu aspecto legal, histórico, doutrinário e processual. Em seguida, foram abordados a culpa em relação à dissolução matrimonial, a possibilidade de danos morais e projetos de leis, ainda em andamento, sobre o tema.

Palavras-chave: divórcio e separação judicial; culpa; indenização por infidelidade conjugal.

ABSTRACT

The present monographic work aims to analyze about the separation and divorce institute, noting the changes that occurred with the approval of the NCPC. A brief analysis was made of whether the separation institute had been terminated in the legal order after the approval of EC No. 66/2010 and the influences it caused to the NCPC. Great changes occurred in relation to these institutes, being able to analyze their legal, historical, doctrinal and procedural aspects. Next, the blame for the dissolution of marriage, the possibility of moral damages, and bills on the subject were raised.

Keywords: divorce and judicial separation; fault; Indemnity for marital infidelity.

Sumário

Introdução.....	10
1. Histórico sobre a separação e o divórcio no Brasil.....	12
2. Princípio da intervenção mínima do Estado.....	17
3. Emenda Constitucional n°66/2010.....	18
4. Separação e divórcio.....	22
4.1. Distinção entre vínculo matrimonial e sociedade conjugal	22
4.2. Separação judicial.....	23
4.2.1. Espécies de separação judicial.....	25
4.2.2. Separação judicial por mútuo consentimento.....	25
4.2.3. Separação judicial à pedido de um dos cônjuges.....	26
4.2.4. Graves infrações dos deveres do casamento.....	28
4.2.5. Insuportabilidade da vida conjugal.....	31
4.2.6. Separação de corpos.....	33
4.2.7. O uso do nome do outro cônjuge.....	34
4.3. Divórcio.....	35
4.3.1. Extinção do divórcio-conversão.....	36
4.3.2. Divórcio direto.....	37
4.3.3. Divórcio extrajudicial.....	38
5.O Novo Código de Processo Civil e suas controvérsias.....	38
6. Culpa.....	44
6.1. Possibilidade de indenização por infidelidade conjugal.....	45
7. Projeto de lei.....	48
8. Conclusão.....	51
9. Bibliografia.....	52

Introdução

Após várias discussões acerca do divórcio, tivemos uma grande renovação após a aprovação da EC n° 66/2010, que deu nova redação ao § 6º do artigo 226 da Constituição da República Federativa do Brasil, tornando-se possível o pedido de divórcio sem a prévia decretação ou homologação de separação judicial ou de fato. Hoje não se faz mais necessário à prova do lapso temporal de um ano da separação judicial ou de corpos para a conversão da separação em divórcio ou do prazo de dois anos da separação de fato para que seja decretado o divórcio direto.

Porém, após a aprovação dessa emenda constitucional, houve uma grande discussão acerca do instituto da separação judicial, se houve ou não sua extinção do ordenamento jurídico. Muitos juristas interpretam que a separação judicial perdeu sua eficácia após EC n° 66/2010, tendo sido revogado tacitamente os artigos que tratam sobre esse instituto no Código Civil de 2002.

Com a aprovação do Código do Processo Civil de 2015, o instituto da separação judicial, interpretados por muitos extintos, surge novamente no artigo 693 da nova norma, descrevendo que “As normas deste Capítulo aplicam-se aos processos contenciosos de divórcio, *separação*, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação”. Esperava-se que o Código de Processo Civil, sendo um instrumento da concretização dos direitos materiais, contempla-se expressamente por vias processuais, seguindo o que foi expresso pela EC n°66/2010, observando que o Código Civil não foi revogado expressamente em relação à separação judicial.

O objetivo desse estudo é mostrar sobre a discussão de um instituto, que cada vez torna-se mais presente na sociedade brasileira, tendo 341 mil divórcios registrados, referentes ao ano de 2014, segundo as fontes do IBGE, que mostram uma mudança no comportamento da sociedade, que aceitam com maior naturalidade a dissolução matrimonial e o maior acesso à justiça para formalizar o ato. Essa discussão fica mais evidente no mundo jurídico, onde se encontra diversas controvérsias sobre o assunto, sendo usualmente optado por diversos casais, na vida prática, o divórcio direto.

Uma outra discussão que vem à tona, é sobre a culpa, já que não se pode afirmar sua exclusão total do ordenamento, tendo-se admitido em algumas hipóteses a sua apreciação. Não se pode mais invocar a culpa como motivo de decretação da separação, mas há casos, em

que deverá ser avaliada, como a anulação do casamento por vício de vontade de uma das partes envolvidas, coação ou erro essencial sobre a pessoa, anulação do casamento conduzido à perda das vantagens havidas do cônjuge inocente e ao dever de cumprimento das promessas constantes no pacto antenupcial. Permitindo-se, ainda, a discussão da culpa no dever de prestar alimentos.

Primeiramente, foi abordado sobre o contexto histórico no Brasil, que passou por grandes discussões até sua aprovação, e principalmente, com a mudança trazida pela Emenda Constitucional nº66/2010. Com a instituição da separação e divórcio, foi abordado sobre o papel do Estado ao intervir nas relações familiares. Em seguida, abordaremos sobre as mudanças após a aprovação da EC nº66/2010, e sua importância nas relações pessoais e processuais.

Ainda discute se houve ou não revogação do instituto da separação judicial, permanecendo apenas o divórcio, após aprovação da EC nº66/2010. No capítulo seguinte, abordou-se de forma geral sobre os institutos da separação e divórcio. Tendo a seguir, as modificações que o NCPC, trouxe para a legislação brasileira.

Finalizando o trabalho, sobre a culpa nestes institutos e discutindo sobre a infidelidade conjugal, tendo possibilidades de ser proposta ação por danos morais. Sendo que na Câmara dos Deputados, tramitam dois projetos sobre o tema, podendo ou não ser aprovados.

1. Histórico sobre a separação e divórcio no Brasil

Para compreensão sobre o divórcio e a separação, fica evidente demonstrar conjuntamente, o contexto histórico do casamento no Brasil. Ao analisarmos, temos diversas formas de organizações familiares, com início na pré-história, passando por grandes transformações, até os dias atuais. No Brasil, não há dúvidas, que o casamento originou-se em base das normas da Igreja católica. Tendo inúmeras tentativas de redução do poder da Igreja em matérias do Estado e, com o passar do tempo, diminuição da interferência do Estado na vida privada.

No período do Brasil Império, o casamento era regido pela Igreja Católica, sendo o catolicismo a religião oficial de Portugal, possuindo em seu instituto a indissolubilidade matrimonial. Eram admitidas algumas formas de separação de corpos, mas sem que houvesse o rompimento do vínculo conjugal. Essa doutrina consolidou-se com o Concílio de Trento, no período de 1545 e 1553, proibindo o divórcio de forma severa e proclamando o matrimônio como um sacramento indissolúvel.

Em 1827, com a proclamação da independência e instauração da Monarquia, o Brasil continuou sendo influenciado pela autoridade eclesiástica, permanecendo os dogmas em relação ao casamento. Ainda houve nesse período, a regulamentação do casamento civil através de um Decreto, firmando a obrigatoriedade das disposições do Concílio de Trento. Houve um progresso, em 1861, com o Decreto nº 1.144, permitindo o registro de casamentos, nascimentos e óbitos de pessoas que profetizavam outras religiões. A grande inovação foi admitir que as autoridades civis pudessem dispor sobre impedimentos e a de julgar a nulidade do casamento. Porém, admitia-se apenas a separação de corpos.

Com a Proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, houve a separação da Igreja Católica e o Estado, surgindo assim, a necessidade de regulamentação sobre o casamento. Em 1890, a primeira fonte normativa sobre casamento, promulgada por Manoel Deodoro da Fonseca, o Decreto nº 181, implementou a lei sobre casamento civil no Brasil.

Este Decreto, regulamentava o casamento, a separação e a dissolução do vínculo matrimonial, devido a enorme resistência da realização exclusiva do casamento católico, a parte que tratava da dissolução do vínculo do casamento ficou restrita ao “capítulo X”, que ocorria somente em caso de morte de um dos cônjuges :

“Art. 93. O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges, e neste caso proceder-se-ha a respeito dos filhos e dos bens do casal na conformidade do direito civil.”

Na ocasião, o Divórcio não findava o vínculo matrimonial, mas tão somente a sociedade conjugal, sendo indicadas algumas causas específicas:

“Art. 82. O pedido de divórcio só pode fundar-se em algum dos seguintes motivos:

§ 1º Adulterio.

§ 2º Sevicia, ou injuria grave.

§ 3º Abandono voluntário do domicilio conjugal e prolongado por dois anos contínuos.

§ 4º Mútuo consentimento dos cônjuges, si forem casados ha mais de dois anos.”

Deve-se ressaltar, que diante da persistência da Igreja Católica em realizar exclusivamente os casamentos, foi expedido novo Decreto nº 521, em 26 de junho de 1890, dispondo que o casamento civil, deveria preceder as cerimônias religiosas de qualquer culto.

Temos em 1893, a primeira propositura de divórcio, apresentada no Parlamento pelo Deputado Érico Marinho, sendo renovada sua tentativa entre os anos de 1896 e 1899, na Câmara e no Senado. Houve uma nova tentativa, em 1900, apresentada pelo Deputado Martinho Garcez, com o projeto de divórcio vincular, sendo novamente indeferida.

O jurista Clóvis Beviláqua apresenta em 1901, seu projeto de Código Civil, após seis meses de trabalho. Foi duramente criticado pelo senador Rui Barbosa e por vários outros juristas, seu projeto sofreu várias alterações até sua aprovação, em 1916.

Em 1916, foi promulgado o Código Civil de 1916, tendo sido criado no Direito Brasileiro o Instituto do Desquite, que seria o Divórcio da norma anterior (Decreto 181/1890) só que com novo nome. O Desquite era a dissolução da sociedade conjugal, contudo, sem que houvesse o desfazimento do vínculo conjugal. A sentença apenas autorizava a separação dos cônjuges, pondo termo ao regime de bens. As causas de desquite eram: adultério, tentativa de morte, sevícia ou injúria grave e abandono voluntário do lar conjugal (art. 317). Manteve o desquite por mútuo consentimento (art. 318):

Art. 318. Dar-se-á também o desquite por mutuo consentimento dos cônjuges, se forem casados por mais de dois anos, manifestado perante o juiz e devidamente homologado.

Observa-se que o Código Civil de 1916 nada inovou em relação à dissolução

conjugal, com exceção no nome, conforme as palavras do próprio Clóvis Beviláqua¹: "O desquite põe termo à vida em comum, separa os cônjuges, restitui-lhes a liberdade, permite-lhes dirigir-se, como entenderem, na vida, sem que dependa um do outro, no que quer que seja; mas conserva íntegro o vínculo do matrimônio."

Na Constituição Federal de 1934, a indissolubilidade do casamento tornou-se um preceito constitucional. Afirmou-se esse conceito, na Constituição Federal de 1937, reiterando que a família é constituída por casamento indissolúvel (art.124). Repetindo esse preceito nas Constituições Federais de 1946 e 1967.

Deve-se ressaltar que na vigência da Constituição de 1946, inúmeras tentativas foram feitas para introduzir o divórcio no Brasil, ainda que de modo indireto. Foi acrescentada uma quinta causa de anulação do casamento por erro essencial, consistente na incompatibilidade entre os cônjuges, com prova de que, após decorridos cinco anos da decretação ou homologação do desquite, o casal não restabelecera a vida conjugal. Nesse período foi proposta uma emenda constitucional visando suprimir da Constituição a expressão "de vínculo indissolúvel", do casamento civil.

No ano de 1969 houve uma Carta outorgada pelos chefes militares (Emenda Constitucional n. 1/69), que qualquer projeto de divórcio somente seria possível após a aprovação de emenda constitucional por dois terços de senadores e de deputados.

Com isso, em 1975, foi apresentada emenda a Constituição de 1969 (EC n. 5, de 12.03.1975), permitindo a dissolução do vínculo matrimonial após cinco anos de desquite ou sete de separação de fato. Em sessão de 8 de maio de 1975, a emenda obteve maioria de votos (222 contra 149), porém insuficientes para atingir o exigido de dois terços.

Até o ano de 1977, todo indivíduo que contraía o matrimônio, permanecia com um vínculo jurídico para o resto da vida. Se a convivência fosse insuportável para o casal, poderia ser pedido o "desquite", que interrompia com os deveres conjugais e terminava com a sociedade conjugal. Significa que os bens eram partilhados, acabava a convivência sob mesmo teto, mas nenhum dos dois poderia recomeçar sua vida ao lado de outra pessoa. Na época, não existiam leis que protegiam a União Estável e resguardavam os direitos daqueles que viviam juntos informalmente.

A indissolubilidade do casamento, herdado da Igreja Católica, na qual a ideia

¹Clóvis Beviláqua. Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clóvis Beviláqua, v. 2. 12ª ed. atualizada por Achilles Beviláqua. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo Ltda, 1960, p. 208

de “até a morte os separe”, se fazia tão presente que ganhou preceito constitucional. Com a promulgação da Constituição Federal de 1934, a impossibilidade de dissolução do vínculo conjugal, foi tratado, nos termos do art. 144:

"Art 144 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado.
Parágrafo único - A lei civil determinará os casos de desquite e de anulação de casamento, havendo sempre recurso *ex-officio* , com efeito suspensivo."

Deve-se observar, que nas Constituições Federais subsequentes, de 1937, 1946 e 1967, não houve nenhum progresso, mantendo a indissolubilidade matrimonial intacta nas referidas Constituições.

No ano de 1977, o divórcio foi instituído oficialmente com a emenda constitucional número 9, de 28 de junho de 1977, regulamentada pela lei 6.515 de 26 de dezembro do mesmo ano. A Lei do Divórcio revogou os artigos 315 à 328 do Código Civil de 1916, dissolvendo o vínculo do casamento civil e os efeitos civis do matrimônio religioso. Com autoria do senador Nelson Carneiro, essa norma foi objeto de grande polêmica na época, por causa da influência da Igreja Católica que ainda pairava sobre o Estado. A nova norma permitia extinguir definitivamente os vínculos de um casamento e autorizava que a pessoa casasse novamente com outra pessoa.

O “desquite” passou a ser chamado de “separação” e permanecia, até hoje, como um estágio intermediário até a obtenção do divórcio, tendo em vista que seria necessária uma prévia separação judicial, sendo aguardado três anos e somente depois pretender a dissolução definitiva do casamento. Somente com a Constituição de 1988, que passou a ser permitido divorciar e casar novamente, quantas vezes fossem necessárias.

Com a promulgação da atual Constituição Federal de 1988, o instituto do Divórcio e a dissolubilidade do casamento foram preservados, recepcionando os preceitos anteriores da Lei do Divórcio, contudo, apresentando um avanço no tema, como a redução dos prazos da separação judicial e de fato. Dispunha o artigo 226, da Constituição Federal de 1988:

"Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
(...)
§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos."

Assim, para obter o divórcio, os envolvidos deveriam aguardar o prazo de um ano após a separação judicial, ou dois anos após a separação de fato, criando após este ponto o divórcio direto.

Em 1989, a Lei 7.841, de 17.10.1989, revogou o art. 38 da Lei do Divórcio (1977), trazendo como novidade à possibilidade de divórcios sucessivos.

Em 2002, com a publicação do atual Código Civil, a Lei do Divórcio teve uma revogação parcial da referida norma pelo novo código. O novo Código Civil disciplinou a separação e o divórcio, contudo, houve matérias não tratadas, como aquelas dispostas nos artigos 3º, § 2º, § 3º e 8º e outras regras procedimentais da Lei do Divórcio que continuaram vigendo.

No ano de 2007, com a Lei 11.441/2007, foi inserida em nosso ordenamento jurídico, a última norma infraconstitucional, introduzindo procedimentos administrativos (extrajudiciais) para a separação e o divórcio. Tendo um importante papel no avanço de desburocratizar o divórcio e permitir seu alcance por escritura pública, de forma simples e rápida. Houve dispensa sobre a necessidade de ação judicial, bastando que as partes compareçam a um cartório de notas, assistidas por um advogado e formalizar o pedido. Essa facilidade só é possível quando o casal não possui filhos menores de idade ou incapazes e não possuam outro litígio.

A Lei 12.036/2009 trouxe uma modificação na Lei de introdução ao Código Civil, compatibilizando o lapso temporal do divórcio realizado no estrangeiro com a sistemática constitucional. Dispõe que:

“§ 6º - O divórcio realizado no estrangeiro, se um ou ambos os cônjuges forem brasileiros, só será reconhecido no Brasil depois de 1 (um) ano da data da sentença, salvo se houver sido antecedida de separação judicial por igual prazo, caso em que a homologação produzirá efeito imediato, obedecidas as condições estabelecidas para a eficácia das sentenças estrangeiras no país. O Superior Tribunal de Justiça, na forma de seu regimento interno, poderá reexaminar, a requerimento do interessado, decisões já proferidas em pedidos de homologação de sentenças estrangeiras de divórcio de brasileiros, a fim de que passem a produzir todos os efeitos legais.”

Temos aprovada em 2010, a PEC do Divórcio, pretendendo modificar o § 6º do art. 226 da Constituição Federal. O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, sendo suprimido o requisito de prévia separação judicial por mais de um ano ou de comprovada

separação de fato por mais de dois anos. Aprovado, finalmente, o divórcio direto no Brasil. Com a aprovação da EC nº 66/2010, promoveu a formalização, favoreceu o diálogo, ganhou-se mais autonomia de vontade e de decidir sobre o divórcio. Recentemente convivemos num expressivo e positivo avanço no Direito de Família.

2. Princípio da intervenção mínima do Estado

A Constituição Federal de 1988, quebrou paradigmas ao acrescentar que famílias não originam apenas do casamento, como também, são oriundas da união estável e do núcleo monoparental. Sobre esse redimensionamento, Ivone Souza e Maria Berenice Dias², afirmam que “calcado na realidade que se impôs, acabou afastando da ideia de família o pressuposto de casamento. Para sua configuração, deixou-se de exigir a necessidade de existência de um par, o que, conseqüentemente, subtraiu de sua finalidade a proliferação”.

Prevê o artigo 1.513, do Código Civil, que “é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”. Devemos frisar, que o Estado ou mesmo um ente privado não pode intervir nas relações de família. Sobre isso, temos a observação de Gagliano e Pamplona Filho³:

“não cabe, portanto, ao Estado intervir na estrutura familiar da mesma maneira como (justificada e compreensivelmente) interfere nas relações contratuais: o âmbito de dirigismo estatal, aqui, encontra contenção no próprio princípio da afetividade, negador desse tipo de agressão estatal”.

Temos um entendimento jurisprudencial acerca do tema:

Ementa: Ação de reparação por danos materiais e morais - Negligência da empresa fabricante do anticoncepcional "MICROVLAR" - Responsabilidade Objetiva - Responsabilidade de terceiro - Descabimento - Gravidez, nexos e prova existentes - Sentença Mantida - Apelo adesivo conhecido em parte - Prejudicialidade do mesmo. 1. O planejamento familiar é direito de cidadania, não podendo ser imposto, no Estado Democrático de Direito, por outrem que não a própria família. [...] (Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – Primeira Câmara Cível do Tribunal de Alçada/ Apelação Cível 2.0000.00.372750-0/000/ Relator: Desembargador Nepomuceno Silva/ Julgamento em 29.04.2003/ Publicado

²Ivone Coelho de Souza e Maria Berenice Dias, Famílias modernas: (Inter)secções do afeto e da lei, Revista Brasileira de Direito de família, v.8, p.65.

³ GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família. v. 06. 2 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 106.

no DJe em 24.05.2003) .⁴

O Estado, não deve sobrepor interesses coletivos acima dos interesses privados, previstos constitucionalmente na relação familiar. Como ilustra Caio Mário da Silva Pereira⁵, "as normas do Direito de Família são normas de Direito Privado, na medida em que os interesses protegidos são predominantemente individuais, tratando-se de uma relação entre particulares, embora haja interesse coletivo".

Deve-se, ressaltar que este princípio abrange na livre decisão do planejamento familiar, tendo intervenção do Estado para propiciar recursos educacionais e científicos ao exercício desse direito(CF, art.226, § 7º); a livre aquisição e administração do patrimônio familiar (CC, artigos 1.642 e 1.643) e opção do regime de bens convenientes (CC, art.1.639); a liberdade de escolha pelo modelo de formação educacional ,cultural e religiosa da prole (CC, art.1.634); e a livre conduta, respeitando-se a integridade físico-psíquica e moral dos componentes da família⁶.

3. Emenda Constitucional n° 66/2010

A Emenda Constitucional n. 66, promulgada em 13 de julho de 2010, ocasionou grandes mudanças no Direito de Família, mas ocasionou dúvidas, críticas e jurisprudências em diversos sentidos.

Essa emenda modificou o §6º do art. 226 da Constituição Federal, que previa a dissolução do casamento pelo divórcio, mas exigia a separação judicial prévia, com a decorrência do prazo de um ano, ou uma separação de fato de dois anos. A modificação se resume em dispor que:

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

Art. 226. (...)

⁴MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Primeira Câmara Cível do Tribunal de Alçada. Apelação Cível 2.0000.00.372750-0/000. Relator: Desembargador Nepomuceno Silva. Julgamento em 29.04.2003/.Publicado no DJe em 24.05.2003. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5796330/200000037275000001-mg-2000000372750-0-000-1?ref=juris-tabs>>

⁵PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil - volume 5. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

⁶ Maria Helena Diniz, Curso, cit., v. 5, p. 21.

(...)

§6º. O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.”

A Proposta de Emenda nº33/07, conhecida como PEC do Divórcio, resultou da proposta do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, apresentada em 2005, pelo deputado Antônio Carlos Biscaia, como PEC 413/05, e posteriormente pelo deputado Sérgio Barradas Carneiro, como PEC 33/07.

Com a redação nova da EC nº 66/2010, entende-se que o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio, ou seja, a sociedade conjugal e o vínculo matrimonial cessaram com a decretação do divórcio. Importante ressaltar, segundo Gonçalves⁷, que “não colhe a alegação de que a separação judicial e a extrajudicial continuariam a existir enquanto não revogados os dispositivos do Código Civil e da Lei nº11.441/2007 que delas tratam”.

Para isso, apenas uma interpretação literal do texto legal da norma poderia mostrar se permaneceria a separação judicial e extrajudicial. Decidiu-se o Superior Tribunal de Justiça⁸, a “interpretação meramente literal deve ceder passo quando colidente com outros métodos de maior robustez e cientificidade”, acrescentando que “a interpretação das leis não deve ser formal⁹”.

Utilizando dos métodos histórico, lógico ou racional, sistemático e teleológico, podemos entender melhor o sentido e o alcance que da norma.

Neste caso, é importante conhecer o contexto histórico e social, sobre a apresentação do projeto que deu a origem a EC nº 66/2010 pelo deputado Sérgio Barradas Carneiro, pelo seguinte trecho de justificativa:

“Não mais se justifica a sobrevivência da separação judicial, em que se converteu o antigo desquite. Criou-se, desde 1977, com o advento da legislação do divórcio, uma duplicidade artificial entre dissolução da sociedade conjugal e dissolução do casamento, como solução de compromisso entre divorcistas e antidivorcistas, o que não mais se sustenta. Impõe-se a unificação do divórcio de todas as hipóteses de separação dos cônjuges, sejam litigiosos ou consensuais. A submissão a dois processos judiciais (separação judicial e divórcio por conversão) resulta em acréscimos de despesas para o casal, além de prolongar sofrimentos evitáveis. Por outro lado, essa providência salutar, de acordo com valores da sociedade brasileira atual, evitará que a intimidade e a vida privada dos cônjuges e

⁷ Carlos Roberto Gonçalves. Direito de Civil – Direito de Família. Vol.6, p. 204.

⁸ RSTJ, 56/152.

⁹ RSTJ, 26/378

de suas famílias sejam revelados e trazidos ao espaço público dos tribunais, com todo o caudal de constrangimentos que provocam, contribuindo para a melhor solução dos problemas decorrentes da separação. 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 para o divórcio, que apenas prevê a causa objetiva da separação de fato, sem imiscuir-se nos dramas íntimos. Afinal, qual o interesse público relevante em se investigar a causa do desaparecimento do afeto ou do desamor? O que importa é que a lei regule os efeitos jurídicos da separação, quando o casal não se entender amigavelmente, máxime em relação á 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”.¹⁰

Podemos considerar, que a Emenda Constitucional nº66/2010, ao apurar pela interpretação lógica ou racional, veio com o intuito de finalizar um ciclo evolutivo que há anos vem sendo debatido. Para sua aprovação, foram necessários muitos diálogos para se chegar um consentimento para a dissolução conjugal. Passaram-se anos, com base em outros ordenamentos jurídicos ocidentais, não existe mais influência religiosa e que o Estado deixe de interferir na vida privada e na intimidade das pessoas.

Devemos ressaltar que não pode subsistir normas incompatíveis com a Constituição Federal , como por exemplo, o artigo 1.580, do Código Civil, que trata sobre a conversão da separação judicial em divórcio. Segundo Rodrigo da Cunha Pereira¹¹:

“Se alguém insistir em se separar judicialmente, após a Emenda Constitucional nº66/2010, não poderá transformar mais tal separação em divórcio; se o quiser, terá que propor o divórcio direto. Não podemos perder o contexto, a história e o fim social da anterior redação do §6º do artigo 226: converter em divórcio a separação judicial. E, se não se pode mais convertê-la em divórcio, ela perde sua razão lógica de existência. (...) As outras possíveis argumentações são apenas de ordem moral e religiosa”.

Entretanto, nada impede que ambas as partes, ao estabelecer condições, em relação à pensão alimentícia, partilha dos bens, guarda dos filhos, optem pelo uso da separação judicial ou extrajudicial consensual, até por motivo de uma eventual

¹⁰Sérgio Barradas Carneiro. Proposta de Emenda Constitucional - justificativa. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/PEC%2033_2007%20Div%C3%B3rcio.pdf>

¹¹A Emenda Constitucional nº66/2010: semelhanças, diferenças e inutilidades entre separação e divórcio intertemporal. In: Portal IBDFAM. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br>>

conciliação.

O jurista Zeno Veloso¹² afirma que:

“Numa interpretação histórica, sociológica, finalística, teleológica do texto constitucional, diante da nova redação do art. 226, § 6º, da Carta Magna, sou levado a concluir que a separação judicial ou por escritura pública foi figura abolida em nosso direito, restando o divórcio que, ao mesmo tempo, rompe a sociedade conjugal e extingue o vínculo matrimonial. Alguns artigos do Código Civil que regulavam a matéria forma revogados pela superveniência da norma constitucional – que é de estatura máxima – e perderam a vigência por terem entrado em rota de colisão com o dispositivo constitucional superveniente”.

Na interpretação sistemática a lei deve ser interpretada em conjunto com outras e não isoladamente. Diz Paulo Lobo¹³, sobre isso:

“Não se pode estender o que a norma restringiu. Nem se pode interpretar e aplicar a norma desligando-a de seu contexto normativo. Tampouco, podem prevalecer normas do Código Civil ou de outro diploma infraconstitucional, que regulamentavam o que previsto de modo expresso na Constituição e que esta excluiu posteriormente. Inverte-se hierarquia normativa, quando se pretende que o Código Civil valha mais que a Constituição e que esta não tenha força revocatória suficiente. No direito brasileiro, há grande consenso doutrinário e jurisprudencial acerca de força normativa própria da Constituição. Sejam as normas constitucionais regras ou princípios não dependem de normas infraconstitucionais para estas prescreverem o que aquelas já prescreveram. O §6º do artigo 226 da Constituição qualifica-se como norma-regra, pois seu suporte fático é precisamente determinado: o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio, sem qualquer requisito prévio, por exclusivo ato de vontade dos cônjuges”.

Para a interpretação teleológica ou sociológica, a finalidade é adaptar o sentido da norma às novas exigências sociais. Indaga Paulo Lôbo¹⁴:

“Quais os fins sociais da nova norma constitucional? Respondendo, em seguida, que “permitir, sem empecos e sem intervenção estatal na intimidade dos cônjuges, que estes possam exercer com liberdade seu direito de desconstituir a sociedade conjugal, a qualquer tempo e sem precisar declinar os motivos.(...) O uso

¹²O novo divórcio e o que restou do passado. In: Portal IBDFAM. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>

¹³Divórcio: alteração constitucional e suas consequências. In: Portal IBDFAM. p. 2. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>

¹⁴Divórcio: alteração constitucional e suas consequências. In: Portal IBDFAM. p. 2 - 3. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>

da justiça para punir o outro cônjuge não atende aos fins sociais nem ao bem comum, que devem iluminar a decisão judicial sobre os únicos pontos em litígio, quando os cônjuges sobre eles não transigem: a guarda e a proteção dos filhos menores, os alimentos que sejam devidos, a continuidade ou não do nome de casado e a partilha dos bens comuns”.

4. Separação e Divórcio

4.1. Distinção entre vínculo matrimonial e sociedade conjugal

Tanto a separação quanto o divórcio são causas terminativas da sociedade conjugal, tendo sua especificação no artigo 1.571 do Código Civil : “A sociedade conjugal termina: I – pela morte de um dos cônjuges; II – pela nulidade ou anulação do casamento; III – pela separação judicial; IV – pelo divórcio.”

Inicialmente, deve-se distinguir os conceitos entre dissolução do vínculo matrimonial e término da sociedade conjugal. Segundo, Carlos Roberto Gonçalves¹⁵:

“A sociedade conjugal é o complexo de direitos e obrigações que formam a vida comum dos cônjuges. O casamento cria a família legítima ou matrimonial, passando os cônjuges ao *status* de casados, como partícipes necessários e exclusivos da sociedade que então se constitui. Tal estado gera direitos e deveres, de conteúdo moral, espiritual e econômico, que se fundam não só nas leis como nas regras de moral, da religião e dos bons costumes.”

Podemos, dizer que a sociedade conjugal seria o liame estabelecido pelas obrigações entre os cônjuges e a estrutura formada pelo regime de bens. Temos no artigo 1.571 do Código Civil, as causas terminativas da sociedade conjugal.

O vínculo conjugal seria o próprio casamento a partir de estabelecido o estado civil dos envolvidos, enquanto não houver a dissolução do vínculo do casamento os nubentes estão impedidos de contrair novas núpcias. Carlos Gonçalves¹⁶, em sua obra, diz que:

“O casamento válido, ou seja, o vínculo matrimonial, porém somente é dissolvido pelo divórcio e pela morte de um dos cônjuges, tanto real como a presumida do ausente, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva (artigos 1.571, §1º, e 6º, segunda parte). A separação judicial, embora colocasse termo à sociedade conjugal, mantinha intacto o vínculo matrimonial, impedindo os cônjuges de contrair novas núpcias. Pode-se, no entanto, afirmar que

¹⁵Direito Civil Brasileiro – vol.6 – Direito de Família. p.201.

¹⁶Direito Civil Brasileiro – vol.6 – Direito de Família. p.202.

representava a abertura do caminho à sua dissolução.”

4.2. Separação judicial

A separação é considerada uma dissolução da sociedade conjugal, ou seja, visa colocar fim aos deveres impostos em uma relação matrimonial, contidos no artigo 1.566 do Código Civil, porém os cônjuges não podem contrair novas núpcias, justamente por não romper com o vínculo matrimonial já detalhado anteriormente.

Com a EC n°66/2010, as pessoas permanecem na condição de separadas, até que por iniciativa de um ou de ambos, promoverem o divórcio direito, mantendo as condições acordadas ou judicialmente decididas. Prescrevia o artigo 1.576 do Código Civil: “A separação judicial põe termo aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca e ao regime de bens”. Permanecendo outros deveres impostos.

Porém, com a aprovação da EC n°66/2010, houve uma controvérsia se este instituto ainda possui efeito ou não. Existem alguns posicionamentos, que afirmam que foi completamente abolido do nosso sistema, sendo que na prática as partes envolvidas procuram diretamente pelo divórcio. Outros, afirmam, que este instituto serve ainda, como uma opção para os cônjuges, decidirem ou não, pela dissolução matrimonial.

Sobre isso aduz, Sérgio Gischkow Pereira¹⁷:

“A Constituição Federal não tratava da separação judicial, mas somente do divórcio. A separação judicial apenas foi elidida como exigência para o divórcio, mas permanece no sistema brasileiro, enquanto não revogado o Código Civil. A Constituição fala que o casamento é dissolvido pelo divórcio; ora, a separação não dissolve o casamento, mas sim a sociedade conjugal. Alguns asseveram que ela é inútil. Não é bem assim. Desde que não atrapalhe o divórcio, pode continuar no Código Civil. A verdade é que pode ser o único caminho para aqueles cuja religião não admite o divórcio.”

Em um julgamento, realizado em 2011, em que se discutiu sobre esse tema, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul proferiu o seguinte entendimento:

APELAÇÃO CÍVEL. SEPARAÇÃO JUDICIAL. PEDIDO DE CONVERSÃO EM DIVORCIO. IMPOSSIBILIDADE. EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010. NOVA REDAÇÃO AO § 6º do art. 226 da Constituição Federal. Vigência da LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL (ART. 1.580 DO CÓDIGO CIVIL). REQUISITOS PRESERVADOS, POR ORA. 1. A aprovação da Emenda

¹⁷Sérgio Gischkow Pereira, Calma com a separação e o divórcio! citado por DIAS, Maria Berenice, Divórcio Já! Comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010. 2ª Edição, São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 30.

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, efetivamente suprimiu, do texto constitucional, o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos.

2. Não houve, porém, automática revogação da legislação infraconstitucional que regulamenta a matéria. 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).

NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. UNÂNIME.¹⁸

Em contrapartida, Maria Berenice Dias¹⁹ destaca que:

“Com a aprovação da EC 66/10, a separação desapareceu do sistema jurídico. Ainda que permaneçam no Código Civil os dispositivos que regiam o instituto (CC 1.571 a 1.578), tal não significa que persista a possibilidade de alguém buscar somente o “término” do casamento, quer judicial quer extrajudicialmente. Agora só é possível pleitear a dissolução do casamento via divórcio. Com isso, o jeito de atender ao desejo de quem não quer se divorciar é fazer uso da separação de corpos, que põe fim aos deveres do casamento, rompe o regime patrimonial, mas mantém hígida a sociedade conjugal. O pedido pode ser levado a efeito de modo consensual ou por iniciativa de somente um dos cônjuges. Por mútuo acordo não se trata da medida cautelar, mas de procedimento de jurisdição voluntária. Não havendo filhos menores ou incapazes, a separação de corpos pode inclusive ser levada a efeito através de escritura pública.”

Num julgamento de apelação, decidiu-se no Tribunal de Minas Gerais que:

Número do processo: 1.0079.08.405935-5/001

Númeração Única: 4059355-12.2008.8.13.0079

Relator: Des.(a) BITENCOURT MARCONDES

Relator do Acórdão: Des.(a) FERNANDO BOTELHO

Data do Julgamento: 24/02/2011

Data da Publicação: 11/05/2011

AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. PROMULGAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/10. DESNECESSIDADE DE

¹⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70039476221. 8ª Câmara Cível. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Rio Grande do Sul, 13 de janeiro de 2011. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70039476221&num_processo=70039476221&codEmenta=3960851&temIntTeor=true>. Acesso em: 12 de agosto de 2012.

¹⁹ DIAS, Maria Berenice, Divórcio Já! Comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010. 1ª Edição, São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010.

AFERIÇÃO DE CULPA OU LAPSO TEMPORAL. PARTILHA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1) Com o advento da Emenda Constitucional nº 66/10, para a extinção do vínculo conjugal não mais se discute sobre separação sanção ou falência, portanto, considerando a norma inserta no artigo 462 do Código de Processo Civil, para a decretação da separação, não há mais necessidade dos requisitos tempo ou culpa, sob pena de rematada incoerência na medida em que, se para o divórcio, que extingue o vínculo conjugal, não há qualquer requisito, com muito mais razão não se pode exigir qualquer requisito para a separação.

V.V.P.

APELAÇÃO CÍVEL. SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. PROMULGAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/10. NORMA CONSTITUCIONAL DE EFICÁCIA IMEDIATA. CARÊNCIA SUPERVENIENTE DA AÇÃO. EXTINGUIR, DE OFÍCIO, A AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. - A separação judicial não é mais possível em nosso ordenamento jurídico devido à promulgação da Emenda Constitucional nº 66/10, norma de eficácia imediata, razão pela qual deve ser extinta a ação, por impossibilidade jurídica superveniente da demanda.²⁰(...)

4.2.1. Espécies de separação judicial

4.2.2. Separação judicial por mútuo consentimento

Conhecida também, como amigável ou consensual, não há litígio, porque ambos os cônjuges buscam a homologação judicial do acordo celebrado por eles. Segundo Teresa Ancona Lopez²¹ que:

“A separação consensual é essencialmente um acordo entre duas partes (cônjuges) que têm por objetivo dar fim à sua sociedade conjugal. É, portanto, negócio jurídico bilateral, pois, para que esse acordo exista e seja válido, é necessária a declaração livre e consciente da vontade dessas partes. Todavia, para que o *mutuus dissensus* tenha executoriedade ou gere os efeitos queridos pelas partes, necessita de um ato de autoridade, qual seja, a sua homologação através de sentença judicial.”

O único requisito exigido, nesta modalidade, é os cônjuges estarem há mais de um ano casados. Prescrevendo, assim, o artigo 1.574 do Código Civil: “Dar-se-á a

²⁰ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n. 1.0079.08.405935-5/001. 8ª Câmara Cível. Relator: Des. Bitencourt Marcondes. Minas Gerais, 24 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0079.08.4059355%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 20 de maio de 2012.

²¹ Separação consensual (aspectos práticos e controvérsias). In Família e Casamento, p.639.

separação judicial por mútuo consentimento dos cônjuges se forem casados por mais de um ano e o manifestarem perante o juiz, sendo por ele devidamente homologada a convenção.”

4.2.3. Separação judicial a pedido de um dos cônjuges

Temos a primeira modalidade, a separação-sanção, disposta, no artigo 1.572, do Código Civil, que “qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum.”

Esta modalidade é a única que atribui culpa ao outro, referindo-se a grave violação dos deveres do casamento que torne insuportável a vida em comum, cabendo ao juiz avaliar sobre os fatos e a culpa.

Temos como graves violações aos deveres do casamento, o descumprimento dos deveres de fidelidade recíproca, vida em comum no domicílio conjugal (coabitação) e dever de mútua assistência. No Código Civil, no artigo 1.573, especificou as impossibilidades da comunhão de vida, que seriam: adultério, a tentativa de morte, a sevícia, a injúria grave, o abandono voluntário do lar conjugal, bem como a condenação por crime infamante e a conduta desonrosa.

Ainda sobre este artigo, no §1º, temos a separação-falência, que diz “a separação judicial pode também ser pedida se um dos cônjuges provar ruptura da vida em comum há mais de um ano e a impossibilidade de sua reconstituição.”

Segundo Yussef Cahali²², deve-se seguir os seguintes requisitos:

“a) a presença de um elemento material, representado pela ausência de vida em comum, o que implica, via de regra, a separação de residências; b) a presença de um elemento intencional, voluntário, que é a intenção de vidas em separado, e que deve existir pelo menos da parte de um dos cônjuges; c) a continuidade desta separação de fato por período não inferior a um ano.”

Nessa separação, não há indagação sobre o eventual procedimento culposo de qualquer um dos cônjuges. Não importando quem tomou a iniciativa da ruptura da união conjugal.

Devem ser examinadas, com um critério maior, as circunstâncias de cada caso, devendo demonstrar nos autos “não só a existência de uma efetiva separação material de fato, ainda que permanecendo ambos sob o mesmo teto, mas também caracterizando-se

²²Divórcio, cit., p.421.

aquela por uma total ruptura da vida em comum do casal, sob os demais aspectos.pag.265 referencia

Por fim, temos a separação-remédio, no §2º deste mesmo artigo, dispõe que “ o cônjuge pode ainda pedir a separação judicial quando o outro estiver acometido de doença mental grave, manifestada após o casamento, que torne impossível a continuação da vida em comum, desde que após uma duração de dois anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável.”

Temos como doença mental, para a causa de separação judicial, por exemplo, a epilepsia, a esquizofrenia, a psicose maniaco-depressiva, a paranoia, a senilidade patológica e outras, excluindo as moléstias físicas, ainda que contagiosas. O alcoolismo, ao analisar os sintomas e atitudes do alcoólico, constitui grave doença mental, afastando o discernimento necessário para qualificar como culposos a conduta do cônjuge , devendo fundamentar-se no artigo 5º, § 2º da Lei n º 6.515/77:

“Art 5º - (...)

§ 2º - O cônjuge pode ainda pedir a separação judicial quando o outro estiver acometido de grave doença mental, manifestada após o casamento, que torne impossível a continuação da vida em comum, desde que, após uma duração de 5 (cinco) anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável.”

A possibilidade, prevista no artigo 6º da Lei nº 6.515/77, de o juiz negar a separação, por constituir causa de agravamento da doença ou determinar consequências morais de excepcional gravidade para os filhos menores, denomina-se de cláusula de dureza. Porém, o dever de assistência e socorro, fundamenta-se na concepção moral, não podendo negar o fim de um casamento, por uma fatalidade, onde se perdeu o pleno gozo das faculdades mentais e da razão.

O doutrinador Antunes Varela²³, diz em suas lições que:

“Torna-se indispensável que a grave anomalia psíquica imputada ao demandado se tenha manifestado só depois do casamento, embora a sua origem possa ser anterior ao matrimônio. Se a anomalia, embora grave, já se tivesse revelado anteriormente, o cônjuge não poderá invocá-la como fundamento da separação. Há, no entanto, que interpretar e aplicar a lei, neste ponto, em termos hábeis. Se a doença se tiver manifestado anteriormente, mas por forma que o outro cônjuge a não tivesse conhecido, nem facilmente a pudesse conhecer, não deve negar-se-lhe a faculdade de invocá-la. O

²³ Dissolução, cit., p.95, n.36.

pensamento da lei é o de impedir apenas que o outro cônjuge se prevaleça de doença que já conhecia ou devia conhecer e não o de afastar peremptoriamente a superveniência subjetiva.”

4.2.4. Graves infrações dos deveres do casamento

4.2.4.1. Adultério

Em base do artigo 1.566, do Código Civil, uma das causas de separação é a violação da fidelidade recíproca. Essa infração, denominada de adultério, conceituada por Cunha Gonçalves²⁴, que:

“Para haver adultério não é necessária a repetição de fatos da mesma natureza; basta um só caso. Supõe tal infração, contudo, a presença de dois elementos essenciais: um, puramente material: a cópula; outro, consciente e intencional: a vontade de faltar ao dever de fidelidade. Faltando um desses elementos não haverá adultério. Assim, não é adúltera uma mulher casada que foi forçada a manter relações sexuais, mediante violência física ou grave ameaça ou ainda mediante o emprego de substâncias que lhe retiraram a capacidade de discernimento.”

Conforme o artigo 1.566, do Código Civil, são deveres de ambos os cônjuges, a fidelidade recíproca, não sofrendo modificações durante a separação de fato. Muito menos, os libera para sexo com terceiros, mesmo que um dos cônjuges infringe os deveres matrimoniais, não justificando o adultério. Porém, no artigo 1.723, §1º, do Código Civil, permite que pessoas com união estável, mas que mantêm o estado civil de casados, já com separação de fato, não tenham mais o dever de fidelidade conjugal, pois o objetivo seria a dissolução do matrimônio, afastando assim, o adultério.

No Código Civil de 2002, entende-se que, o cônjuge inocente, sabendo da falta cometida e coabitar fisicamente com o culpado, presume-se que, a infração não tornou insuportável a vida em comum, ou seja, houve o perdão.

4.2.4.2 Abandono voluntário do lar conjugal

Quando se desrespeita o dever da vida em comum no domicílio conjugal, se

²⁴Direitos de família e direitos das sucessões. P.94

caracteriza como abandono voluntário do lar conjugal. Segundo Gonçalves²⁵:

“Para que o abandono do lar conjugal possa fundamentar a separação judicial exige-se: a) saída do domicílio conjugal; b) voluntariedade do ano; c) ausência de consentimento do outro cônjuge; d) intenção de não retornar à vida comum; e) decurso do prazo mínimo de um ano, requisito este que pode ser dispensado se manifestado, de modo inequívoco, desde logo, o intuito de romper a vida conjugal, ou se acompanhado de grave ofensa ao consorte.”

Para se caracterizar como abandono do lar, um dos requisitos, é a voluntariedade e o *animus*, a intenção de não mais regressar o domicílio conjugal. Sendo que é necessário que o abandono seja voluntário e malicioso, sem ter motivo justo para tal. Porém, pode haver impossibilidades físicas e morais, onde um dos cônjuges terá que se ausentar do lar por um longo período, por motivos de profissão, ou até mesmo doença, não configurando abandono do lar conjugal.

No artigo 1.569, do Código Civil, diz que “o domicílio do casal será escolhido por ambos os cônjuges, mas um ano e outro podem ausentar-se do domicílio conjugal para atender a encargos públicos, ao exercício de sua profissão, ou a interesses particulares relevantes”. Neste caso, admiti-se o descumprimento desse dever, da vida em comum, impostos aos cônjuges. Havendo ausência do lar conjugal, durante um ano contínuo, não enquadrando nestes requisitos apontados na lei, caracteriza o abandono voluntário do lar, conforme o artigo 1.573, IV, do Código Civil.

Grande parte da jurisprudência entende que, não configura abandono de lar voluntariamente ou injuriosamente, quando um dos cônjuges se afasta do lar em razão de agressões, maus-tratos, sevícias e injúrias cometidos pelo outro cônjuge, tornando insuportável a vida em comum. Sendo necessário, durante o curso do processo, apresentar provas justificando o motivo do abandono.

4.2.4.3. Sevícia e injúria grave

A sevícia e a injúria grave constitui infração ao dever de respeito à integridade física e moral do outro cônjuge, desrespeitando o dever de mútua assistência.

Conforme as lições de Washington de Barros Monteiro²⁶:

“Sevícia é pancada, mau trato, imposição de qualquer sofrimento físico

²⁵Direito Civil Brasileiro – Direito de família. vol.6. p.250.

²⁶Curso.cit.4.ed., v.2, p.206.

de um cônjuge ao outro. Se o marido empurra a mulher, arranca-lhe os cabelos, esbofeteia-a, derruba-a ao solo, fere-a, terá praticado sevícia, de molde a justificar a terminação da sociedade conjugal. A sevícia retrata a baixa formação moral do agente, o mau instinto de que é possuidor. Para a constituição da sevícia, como fundamento da ação de desquite, basta um só ato, não se tornando necessária a sua repetição. Um só agravo que o cônjuge venha a praticar contra o outro terá dado causa ao desquite, sendo impossível justificá-lo com o *jus corrigendi*, outrora outorgado ao marido pelas velhas Ordenações do Reino”.

Constitui como injúrias graves, conforme as lições de Cunha Gonçalves²⁷, não só:

“as palavras ultrajantes, ofensivas da honra, reputação e dignidade do cônjuge, mas também toda a violação dos deveres conjugais. As injúrias podem ser *verbais*, faladas ou escritas, ou *reais*, por atos ou fatos em si mesmo injuriosos. Tanto as sevícias como as injúrias têm dois elementos: um *material* e outro *intencional*. Uma ferida involuntária não é sevícia. Não são sevícias ou injúrias as que sejam causadas por um alienado ou ébrio. Não podem considerar-se injúrias palavras ásperas, ditas num momento de rápida exaltação, sem a intenção de injuriar. Não são injúrias os palavrões, usualmente proferidos, até em trivial conversa, por peixeiras e carroceiros”.

Assegurado constitucionalmente, a igualdade dos cônjuges, não se permite qualquer distinção em relação a sexo ou hierarquicamente a concepção que imputava à mulher o dever de obediência e ao marido dever de proteção da mulher, como ocorria outrora. Há qualquer um dos cônjuges, violando o dever de assistência, tanto material ou/e espiritual, constituem injúria grave, podendo dar origem ao processo de separação judicial.

4.2.4.4. Abandono material e moral dos filhos

O descumprimento do dever de sustento, guarda e educação dos filhos, configura-se em abandono material e intelectual, acarretando perda do poder familiar, não sendo uma agressão direta ao cônjuge, mas é atingindo pelo sofrimento dos filhos.

4.2.4.5. Imputação Caluniosa

Um dos últimos deveres do matrimônio, previsto no Código Civil, é o respeito e consideração mútuos, que “abrange a lealdade recíproca e o respeito à honra e à dignidade

²⁷Direito de família, cit., p.95-96.

do outro cônjuge, impedindo a imputação entre eles de defeitos pessoais, intimidades desabonadoras ou deslizes conjugais, seja no meio social em que vivem, seja como fundamento de ação de dissolução da sociedade conjugal, de anulação de casamento, de interdição, de contestação de paternidade, de alimentos, ou mesmo de ação penal, se não existirem sérios elementos de convicção a robustecê-la”.

4.2.5. Insuportabilidade da vida conjugal

Caso o cônjuge inocente, tenha ciência da falta cometida pelo parceiro, como o adultério, injúria grave ou qualquer outra infração, prosseguindo coabitando com este e sem repulsa o matrimônio, entende-se que tal infração não tornou insuportável a vida em comum, presumindo que tenha o perdoado.

O Código Civil, em seu artigo 1.573, declara que “pode 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”. Acrescentando em seu parágrafo único que “o juiz poderá considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum”.

A insuportabilidade está relacionada a esses fatos e causas, sendo suficiente dois desses elementos para a separação, podendo provar apenas um desses atos para configurar como violação dos deveres do casamento.

Sobre a tentativa de morte, para Orlando Gomes²⁸, a sociedade conjugal não sobrevive “quando a desinteligência entre o marido e mulher chega ao extremo de pretender um eliminar a vida do outro. Configura-se tentativa pelo começo de execução do crime que, entretanto, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente. Não bastam simples atos preparatórios”.

Neste caso, o atentado à vida, pode ser comprovado nos próprios autos da separação judicial. Somente será absolvido o cônjuge infrator, fundamentando-se em prova a inexistência do fato ou da autoria, ou alguma excludente da antijuricidade.

Segundo as lições de Yussef Cahali,²⁹ configura-se como conduta desonrosa :

“O ato ou comportamento imoral, ilícito ou antissocial de um dos cônjuges que, infringindo os deveres implícitos do matrimônio, provoca no outro

²⁸Direito de família. p.241

²⁹Divórcio. cit. p.391

cônjuge um estado ou situação de constrangimento, humilhação, desprestígio moral ou social, desconsideração no ambiente da família, do grupo ou da sociedade”.

Essa expressão “conduta desonrosa”, caracteriza pelo comportamento imoral, ilícito ou antissocial de um ou de ambos os cônjuges. Podemos vincular nessa expressão, os casos de alcoolismo, toxicomania, namoro do cônjuge com terceiro, prática de crime, contaminação com doença venérea, etc.

Sobre a injúria grave, Clovis Beviláqua³⁰ diz que “toda ofensa à honra, à respeitabilidade, à dignidade do cônjuge, quer consista em atos, quer em palavras”. Ao atingir diretamente o outro cônjuge, é infração do dever de respeito e consideração mútuos; se atinge indiretamente o outro cônjuge, com conduta desonrosa, caracteriza como injúria grave, tornando impossível a comunhão de vida.

4.2.5.1. Separação por motivo de grave doença mental

Prescreve no artigo 1.572, do Código Civil, que “o cônjuge pode ainda pedir a separação judicial quando o outro estiver acometido de grave doença mental, manifestada após o casamento, que torne impossível a continuação da vida em comum, desde que, após uma duração de dois anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável”.

O Código Civil suprimiu a possibilidade de o juiz negar a separação por motivo de doença mental, se constituir agravamento da doença ou determinar consequências morais de excepcional gravidade para os filhos. Porém o dever de assistência e socorro compete a ambos os cônjuges, pois não pode se negar que os fins do casamento desaparecem quando um deles, por uma fatalidade, perde o pleno gozo das faculdades mentais e a razão. Acrescenta Carlos Sampaio³¹, que “também máximo encargo do poder social de prevenir e impedir, pelo contato carnal de tais cônjuges, a degeneração fatal da espécie, com o perigo iminente de se converter o lar em um perfeito manicômio”.

A moléstia física, ainda que não contagiosa, não constitui causa de separação judicial, apenas a doença mental, como por exemplo, a epilepsia, a esquizofrenia, a psicose maníaco-depressiva, a paranoia, a senilidade patológica e entre outras. Sobre a gravidade da doença será aferida pelo juiz, com base no parecer de um profissional

³⁰Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado. Vol.2. p. 214.

³¹Do Divórcio: estudo da legislação brasileira. p.41.

nomeado e pelas condições pessoais do paciente, uma vez que lhe cabe decidir.

Segundo Antunes Varela³², torna-se :

“Indispensável que a grave anomalia psíquica imputada ao demandado se tenha manifestado só depois do casamento, embora a sua origem possa ser anterior ao matrimônio. Se a anomalia, embora grave, já se tivesse revelado anteriormente, o cônjuge não poderá invocá-la como fundamento da separação. Há, no entanto, que interpretar e aplicar a lei, neste ponto, em termos hábeis. Se a doença se tiver manifestado anteriormente, mas por forma que o outro cônjuge a não tivesse conhecido, nem facilmente a pudesse conhecer, não deve negar-se-lhe a faculdade de invoca-la. O pensamento da lei é o de impedir apenas que o outro cônjuge se prevaleça de doença que já conhecia ou devia conhecer e não o de afastar peremptoriamente a superveniência subjetiva.”

Poderá a enfermidade ter cura improvável, no Tribunal de Justiça de São Paulo afirmou ser incurável a doença, no caso *sub judice*, “levando-se em conta que, no curso normal das coisas, é pelo menos altamente improvável que a pessoa possa retomar sua vida matrimonial normal...Pela várias internações da ré constata-se que o diagnóstico é sempre o mesmo: psicose maníaco-depressiva e esquizofrenia³³”. Porém a incurabilidade é relativa e limita-se ao julgador aferir a possibilidade ou não de cura, que venha a permitir à retomada a vida conjugal. Deve-se observar o fator temporal, que se refere às moléstias mentais, manifestadas após dois anos, que se declara cura improvável.

4.2.6. Separação de corpos

A separação de corpos é uma alternativa aos cônjuges que não convivem mais em harmonia e querem colocar fim aos deveres conjugais e ao regime de bens, sem romper o vínculo matrimonial. Segundo Maria Berenice Dias³⁴ “a separação de corpos é a alternativa para quem deseja pôr fim aos deveres conjugais e ao regime de bens, mas não quer dissolver o casamento. Muitas vezes, os cônjuges invocam até razões religiosas para não desejarem o divórcio.”

Maria Berenice Dias³⁵, ainda acrescenta, sobre a distinção de separação de corpos e de fato:

³²Dissolução. cit. p.95.

³³ JTJ. Lex, 190/161.

³⁴Manual de Direito das Famílias. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

³⁵Separação de corpos e o desenlace familiar. cit. p.3.

“Separação de fato e separação de corpos não se confundem, ainda que tenham o mesmo efeito: colocar um ponto final à vida em comum. A separação de fato ocorre quando um cônjuge se afasta de casa por iniciativa própria sem qualquer interferência do Poder Judiciário. Já a separação de corpos – consensual ou litigiosa – depende de decisão judicial.”

O novo Código de Processo Civil, unificou o procedimento, acabando com a autonomia no processo cautelar. Segundo o desembargador Newton Teixeira de Carvalho³⁶:

“Basta entrar com a ação cautelar de separação de corpos e, no prazo de 30 dias, ajuizar, nos mesmos autos, a ação principal de divórcio ou de dissolução de entidade familiar ou outra ação que for mais adequada ao caso concreto. Portanto, não haverá mais duas custas processuais e dois desnecessários processos. Em um único processo discutirá a medida cautelar e a ação principal.”

4.2.7. O uso do nome do outro cônjuge

Quando ambos os cônjuges, decidem pela separação consensual, podem decidir livremente a respeito do uso do sobrenome do outro, tendo o direito de continuar usando o nome do ex-consorte, no caso de omissão.

No artigo 1.578, do Código Civil, estabelece a seguinte solução para a separação litigiosa:

“Art.1.578. O cônjuge declarado culpado na ação de separação judicial perde o direito de usar o sobrenome do outro, desde que expressamente requerido pelo cônjuge inocente e se a alteração não acarretar:

I – evidente prejuízo para a sua identificação;

II – manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida;

III – dano grave reconhecido na decisão judicial.

§ 1º. O cônjuge inocente na ação de separação judicial poderá renunciar, a qualquer momento, ao direito de usar o sobrenome do outro.

§ 2º. Nos demais casos caberá a opção pela conservação do nome de casado.”

Sobre este artigo, Gonçalves³⁷ explica, em sua obra que:

³⁶CPC 2015 simplifica separação de corpos. Fonte: IBDFAM. publicado dia 09/03/2016. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5930/CPC+2015+simplifica+separa%C3%A7%C3%A3o+de+corpos>> Acesso em : 08/06/2017

³⁷Direito Civil Brasileiro – Direito de família. vol.6. p.277.

O inciso I aplica-se às pessoas que se tornaram famosas no meios artísticos, cultural, literário etc. usando o sobrenome do outro cônjuge, enfim, quando esse sobrenome estiver ligado às suas atividades comerciais ou industriais.

O inciso II diz respeito aos casos em que os filhos forma registrados só com o apelido familiar do pai, sem o da mãe. Se a mulher perder o sobrenome do marido, haverá manifesta distinção entre o que passará a usar e o dos filhos. Aplica-se também à hipótese em que os filhos foram registrados só com o sobrenome da mãe.

O inciso III destina-se, genericamente, aos casos em que o cônjuge conseguir provar, por sentença, que sofrerá dano grave com a perda do sobrenome do outro, como na hipótese, por exemplo, em que o nome do marido foi atribuído ao estabelecimento comercial da mulher e registrado como firma comercial.

O cônjuge considerado inocente na separação em que se discute a culpa poderá optar por conservar o sobrenome do outro. Neste caso, terá a possibilidade de renunciar ao seu uso a qualquer tempo (art.1.578, §1º).”

Nos casos, em que um dos cônjuges optem pelo nome do ex-consorte, poderá voltar o nome de solteiro(a), requerendo ao juiz que determine uma averbação da alteração no Registro Civil.

A renúncia ao direito de utilizar o nome do ex-consorte, poderá ser realizada no início ou posteriormente à homologação do juiz. Porém essa renúncia é irretratável, não podendo recuperar o nome do ex-cônjuge, com exceção, se houver uma reconciliação do casal.

Deve-se observar, após a separação, que um dos cônjuges, utilizando o nome do ex-companheiro (a), passa a ter conduta imoral ou desonrosa, poderá ajuizar uma ação para a cassação desse direito do uso do nome. Entretanto, somente poderá perder esse direito, por motivos muito graves e devidamente comprovados nos autos.

Em relação ao nome da viúva, Eduardo Leite³⁸ defende, que:

“ A posição mais defensável continua sendo a do professor Serpa Lopes, que afirma ter a viúva ‘ o direito de usar o nome de casada, pois, apesar da extinção do vínculo matrimonial em virtude da morte, alguns direitos ainda permanecem íntegros, como o de defender a memória do marido (...) e os sucessórios entre outros’ (Tratado de Registros Públicos, p.193-194). No caso de contrair novo casamento, inexistiria qualquer justificativa para manter o nome do primeiro marido”.

4.3. Divórcio

³⁸Temas de direito de família. p.48

O termo Divórcio vem do latim “divortium”, derivado de “divertere”, que significa “separar-se”, onde há o rompimento legal e definitivo do vínculo de casamento civil. Temos relatos, que povos primitivos já admitiam a dissolubilidade do vínculo matrimonial. Tanto o Código de Hamurábi como no Velho testamento permitiam o divórcio, facultando para o marido e à mulher.

No Brasil, houve uma intensa luta para modificação da legislação, tendo grande oposição da Igreja Católica, que não aceitava a dissolução do casamento. Em 1977, com destaque para o senador Nelson Carneiro, temos a primeira legislação sobre o divórcio. Tanto o a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002, trouxeram grandes mudanças sobre o tema.

Com a EC nº 66/2010, foi eliminada, a exigência de separação judicial por mais de uma no ou comprovada separação de fato ou comprovada separação de fato por mais de dois anos para os cônjuges requererem o divórcio.

A modalidade de divórcio existente no país não é exigida a invocação da culpa do outro cônjuge. Ainda assim, é tido em conta o comportamento das partes na partilha dos bens, regulação do poder paternal e atribuição de alimentos.

No artigo 1.582 do Código Civil, o divórcio tem caráter personalíssimo, ao citar que “somente competirá aos cônjuges”. Entretanto, em casos de incapacidade, poderá ter substituição pelo curador, ascendente ou irmão.

4.3.4. Extinção do divórcio – conversão

Em nosso ordenamento, em base do Código Civil de 2002 e o artigo 226,§6º da Constituição Federal, previa duas modalidades de divórcio: divórcio-conversão ou indireto; e divórcio direto, judicial ou extrajudicial.

No artigo 1.580 do Código Civil, descrevia que, após decorrido um ano de trânsito julgado da sentença em que houvesse decretado a separação judicial ou decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, ambos os cônjuges poderiam requerer a “conversão em divórcio”. Deveria se provar a separação e o prazo mínimo exigido.

Disposto no artigo 1.580, do Código Civil, a regularização sobre a conversão da separação:

“Decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de

separação de corpos, qualquer das partes poderá requerer sua conversão em divórcio.

§1º A conversão em divórcio da separação judicial dos cônjuges será decretada por sentença, da qual não constará referência à causa que a determinou.

§2º O divórcio poderá ser requerido, por um ano ou por ambos os cônjuges, no caso de comprovada separação de fato por mais de dois anos.”

Com a aprovação da EC nº66/2010, a nova redação do artigo 226, § 6º, da Constituição Federal, teve o seguinte teor: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”. Assim a separação judicial deixou de ser contemplada na Constituição Federal, com isso, a modalidade para conversão ao divórcio, sendo revogado, *ipso facto*, o artigo 1.580 do Código Civil.

O TJ-RS manifestou afirmando que para a obtenção de divórcio é necessário propor uma ação própria, já que a EC nº 66/2010, afastou esta modalidade, ao limitar a dissolução através de divórcio direto:

Ementa

DIVÓRCIO DIRETO. INVIABILIDADE DO PEDIDO. PARA A CONVERSÃO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL EM DIVÓRCIO, É IMPRESCINDÍVEL A PROPOSITURA DE AÇÃO PRÓPRIA. É INVIÁVEL TAL PRETENSÃO NOS AUTOS DA AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL, JÁ COM TRÂNSITO EM JULGADO.

1. A Emenda Constitucional nº 66 limitou-se a admitir a possibilidade de concessão de divórcio direto para dissolver o casamento, afastando a exigência, no plano constitucional, da prévia separação judicial e do requisito temporal de separação fática.

2. Essa disposição constitucional não retirou do ordenamento a legislação infraconstitucional, nem o instituto da separação judicial, como sendo a única modalidade legal de extinção da sociedade conjugal, que não afeta o vínculo matrimonial.

3. Se a parte pretende obter o divórcio, imperioso propor a ação própria, sendo inadmissível tal pleito nos autos da ação de separação judicial quando esta já transitou em julgado. Recurso desprovido. ³⁹

4.3.5. Divórcio direto

Com a Emenda Constitucional nº66/2010, aboliu o divórcio-conversão e o requisito temporal, tendo como nova denominação apenas divórcio. Temos como

³⁹ Agravo de Instrumento Nº 70065271793, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 29/07/2015.

modalidade: divórcio judicial litigioso, divórcio judicial consensual e divórcio extrajudicial consensual.

Podem ser objetos da discussão a guarda e proteção dos filhos, alimentos, partilha dos bens, como outras questões, sem prejudicar a decretação do divórcio. Não se discutirá a causa ou culpa pelo fim do casamento.

4.3.3.Divórcio Extrajudicial

No divórcio extrajudicial, os requisitos foram trazidos pela Lei nº 11.441/2007, sendo mantidos no Novo Código de Processo Civil. Os requisitos principais são: consensualidade entre os cônjuges; ausência de filhos menores e incapazes; e obrigatoriedade da presença de advogados. Tendo na antiga redação do CPC, a antiga transcrição:

“Art. 1.124-A. A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as 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.

§ 1º A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para o registro civil e o registro de imóveis.

§ 2º O tabelião somente lavrará a escritura se os contratantes estiverem assistidos por advogado comum ou advogados de cada um deles, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

§ 3º A escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei.”

5. O Novo Código de Processo Civil e suas controvérsias

Com o novo Código de Processo Civil em vigor, o processamento do divórcio sofreu pequena, mas relevante alteração em sua tramitação. Permanecendo, principalmente, o instituto da separação judicial.

O divórcio, antigamente conhecido como desquite, sofreu diversas alterações legislativas nas últimas décadas. O Brasil carregou consigo fortes traços religiosos, ligados ao cristianismo, sendo o divórcio, algo impossível de requerer juridicamente. Com a lei do divórcio em 1977 garantiu-se aos cônjuges oficializar o término da vida conjugal

em vida mediante a separação ou divórcio. Com a aprovação do Código Civil de 2002, o divórcio passou a ser regido contendo todas as suas regras, que foi alterado pela EC nº66/2010, extinguindo a prévia separação judicial.

Porém existe uma discussão doutrinária se houve ou não a extinção do instituto da separação judicial, sendo a dissolução do casamento feita diretamente pelo divórcio, minimizando problemas causado pelo extinto lapso temporal que era pré-requisito. Agora, temos o divórcio sob a égide de um Novo Código do Processo Civil, novas mudanças trouxeram alguns ajustes necessários quando da distribuição e processamento desse tipo de ação.

Tanto o divórcio e à separação judicial consensuais, estão dispostos, no art. 731 do Novo CPC estabelecendo requisitos legais para sua homologação:

“Art.731. A homologação do divórcio ou da separação consensuais, observados os requisitos legais, poderá ser requerida em petição assinada por ambos os cônjuges, da qual constarão:

- I – as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns;
- II – as disposições relativas à pensão alimentícia entre os cônjuges;
- III – o acordo relativo à guarda dos filhos incapazes e ao regime de visitas; e
- IV – o valor da contribuição para criar e educar os filhos.

Parágrafo único. Se os cônjuges não acordarem sobre a partilha de bens, far-se-á esta depois de homologado o divórcio, na forma estabelecida nos artigos 647 a 658.”

Segundo Flávio Tartuce⁴⁰:

“Eventualmente, o divórcio, a separação e a extinção de união estável, feitos consensualmente – não havendo nascituro, filhos incapazes e observados os requisitos legais –, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições de que trata o art. 731. Assim, confirmando a evolução inaugurada pela Lei 11.441/2007 – que inseriu o art. 1.124-A no antigo CPC –, pelo art. 733 do Novo Código de Processo Civil, continua viável juridicamente o divórcio extrajudicial, por escritura pública.”

Deve-se observar, que em consideração a dependência financeira do cônjuge que não possui condições para arcar com o próprio sustento após a dissolução matrimonial, podendo ser a pensão fixada permanentemente ou momentaneamente, de acordo com possibilidade da outra parte.

⁴⁰Da infeliz manutenção da separação de direito no Novo CPC. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/238072275/da-infeliz-manutencao-da-separacao-de-direito-no-novo-cpc>>

DIVÓRCIO. PARTILHA DE BENS. DÍVIDAS. ALIMENTOS AO DIVORCIANDO. AUSÊNCIA DE PROVA DA NECESSIDADE.

1. Sendo o casamento regido pelo regime da comunhão parcial, devem ser partilhados, de forma igualitária, não apenas os bens adquiridos a título oneroso, na constância da vida em comum, como também as dívidas contraídas na vigência da união, mas desde que cabalmente comprovadas. Inteligência dos art. 1.658 a 1.660 do CCB.

2. Mostra-se inviável a partilha das dívidas arroladas pelo réu/reconvinte, quando se referem a sua firma individual e não há nos autos dados suficientes acerca da data em que foram contraídas e se reverteram em benefício da família.

3. É descabida a inclusão na partilha do fundo de previdência privado, pois se trata de contribuição pessoal para o gozo de futura aposentadoria ou complemento de aposentadoria. 5. Não merece qualquer reparo a partilha determinada da sentença, pois contempla todos os bens cuja existência restou cabalmente comprovada nos autos, inclusive mediante informação prestada pela instituição financeira onde a divorcianda mantém conta e aplicações. 6. A lei contempla o dever de mútua assistência e não o direito de um cônjuge de ser sustentado pelo outro, sendo descabida a fixação de alimentos quando o ex-marido não demonstrou sua dependência econômica. 7. Para que seja cabível a fixação de alimentos é imprescindível a demonstração da efetiva condição de necessidade, isto é, que não possa prover o próprio sustento sem o amparo alimentar.... 8. Ausente prova da necessidade e da incapacidade do varão para laborar e se manter sozinho, descabe determinar que a ex-esposa preste alimentos em seu favor. 9. Tendo a autora/reconvinda decaído de parte de seus pedidos, pois foi reconhecida a sua ilegitimidade para postular alimentos em favor das filhas maiores, deve ser condenada nos ônus sucumbências, mesmo que em menor proporção. Recurso provido em parte. (Apelação Cível Nº 70061636221, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 29/10/2014).⁴¹

Primeiramente, o Novo Código de Processo Civil trouxe um sistema processual mais cooperador, trazendo dentro do processo o sistema da arbitragem, mediação e conciliação. No divórcio as audiências de conciliações serão requisitadas quantas vezes forem necessárias para a solução consensual do litígio, previsto nos artigos 694 e 696 do novo diploma processual:

“Art.694. Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de

⁴¹Apelação Cível Nº 70061636221, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 29/10/2014. Acesso em : 08/06/2017.

profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação.

Parágrafo único. A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar.”

“Art.696. A audiência de mediação e conciliação poderá dividir-se em tantas sessões quantas sejam necessárias para viabilizar a solução consensual, sem prejuízo de providências jurisdicionais para evitar o perecimento do direito.”

A citação processual será realizada na pessoa do réu e não deverá constar informações sobre o tipo de ação em curso, preservando o requerido na demanda proposta, tendo apenas a data e horário da audiência de conciliação, sendo facultado ao requerido, o acesso aos autos, conforme art. 695, §1º do Código:

“Art.695. Recebida a petição inicial, se for o caso, tomadas as providências referentes a tutela provisória, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação, observado o dispositivo no art.694.

§1º. O mandado de citação conterà apenas os dados necessários à audiência e deverá estar desacompanhado de cópia da petição inicial, assegurado ao réu o direito de examinar seu conteúdo a qualquer tempo.”

É importante salientar, que a audiência de conciliação descrita é importante, não permitindo às partes dispensar à tentativa de conciliação, nesse tipo de demanda, não se aplica, a nova regra prevista no art. 334, §5º do CPC, que diz

“Art. 334. (...)”

§5º. O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência.”

Uma outra inovação do NCPC, seria a alteração no momento a ser ofertada a contestação pelo réu, como em outras demandas, a contestação ou reconvenção deverão ser ofertadas em até 15 dias úteis após o término da última audiência de tentativa de conciliação, conforme art. 697 do NCPC:

“Art.697. Não realizado o acordo, passarão a incidir, a partir de então, as normas do procedimento comum, observado o art.335.”

“Art.335. O réu poderá oferecer contestação, por petição, no prazo de 15 (quinze) dias (...)”

“Art.343. (...)”

§1º. Proposta a reconvenção, o autor será intimado, na pessoa de seu

advogado, para apresentar resposta no prazo de 15 (quinze) dias.”

Pode-se destacar que o Ministério Público não tem mais participação obrigatória em todas as ações de divórcio, sendo exigido somente quando houver interesse de incapaz e no momento prévio ao eventual acordo, conforme previsto no art. 698:

“Art.698. Nas ações de família, o Ministério Público somente intervirá quando houver interesse de incapaz e deverá ser ouvido previamente à homologação de acordo.”

Em relação ao incapaz, ao se notar a suspeita de divórcio combinada com indícios de alienação parental, deve-se tomar o depoimento do menor, sendo obrigatório o acompanhamento de profissional especializado, cabendo ao juiz à livre avaliação. Entretanto, dependerá de análise técnica específica de um psicólogo ou assistente social, conforme artigos 447, §4º e 699 ambos do NCPC:

“Art.447. Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas.

§4º. Sendo necessário, pode o juiz admitir o depoimento das testemunhas menores, impedidas ou suspeitas”

“Art.699. Quando o processo envolver discussão sobre fato relacionado a abuso ou a alienação parental, o juiz, ao tomar o depoimento do incapaz, deverá estar acompanhado por especialista.”

Uma das grandes discussões existentes, é que a Constituição Federal apenas retirou o lapso temporal da separação para o divórcio, mas não repeliu expressamente a previsão infraconstitucional da separação e do restabelecimento da sociedade conjugal. Alguns acreditam que a separação continua em vigor como uma opção aos cônjuges, sem a necessidade de romper o vínculo matrimonial. Assim, teria uma possibilidade futuramente de reatarem os laços afetivos desses cônjuges separados não tendo necessidade de passar por novo casamento, com todas as suas formalidades.

Outro ponto, seria sobre o Código Civil que não foi revogado expressamente no tocante à previsão da separação judicial. Esperava-se que o Código de Processo Civil, no qual teria sua função de instrumentalizar a concretização dos direitos materiais, contemplar expressamente as vias processuais desses institutos cíveis. Alguns doutrinadores, acreditam que os artigos que tratam sobre a separação, foram revogados de forma tácita por incompatibilidade constitucional.

Já sustentando a inconstitucionalidade, defendida por outros doutrinadores, o

jurista Lênio Luiz Streck⁴², chamou de repriminção da separação judicial, afirmando que:

“Não pode haver dúvida que, com a alteração do texto constitucional, desapareceu a separação judicial no sistema normativo brasileiro – e antes que me acusem de descuidado, não ignoro doutrina e jurisprudência que seguem rota oposta ao que defendo no texto, mas com elas discordo veementemente. Assim, perde o sentido distinguir-se término e dissolução de casamento. Isso é simples. Agora, sociedade conjugal e vínculo conjugal são dissolvidos mutuamente com o divórcio, afastada a necessidade de prévia separação judicial ou de fato do casal. Nada mais adequado a um Estado laico (e secularizado), que imputa inviolável a liberdade de consciência e de crença (CF/1988, art. 5º, VI). Há, aliás, muitos civilistas renomados que defendem essa posição, entre eles Paulo Lôbo, Luís Edson Fachin e Rodrigo da Cunha. Pois bem. Toda essa introdução me servirá de base para reforçar meu posicionamento e elaborar crítica para um problema que verifiquei recentemente. E já adianto a questão central: fazendo uma leitura do Projeto do novo CPC, deparei-me com uma espécie de repriminção da separação judicial. Um dispositivo tipo-Lázaro. Um curioso retorno ao mundo dos vivos.”

Acrescentou o renomado jurista⁴³ que:

“O legislador do novo CPC tem responsabilidade política (no sentido de que falo em Verdade e Consenso e Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica). Para tanto, deve contribuir e aceitar, também nesse particular, a evolução dos tempos eliminando do texto todas as expressões que dão a entender a permanência entre nós desse instituto cuja serventia já se foi e não mais voltará. Não fosse por nada – e peço desculpas pela ironia da palavra ‘nada’ –, devemos deixar a separação de fora do novo CPC em nome da Constituição. E isso por dois motivos: a um, por ela mesma, porque sacramenta a secularização do direito, impedindo o Estado de ‘moralizar’ as relações conjugais; a dois, pelo fato de o legislador constituinte derivado já ter resolvido esse assunto. Para o tema voltar ao ‘mundo jurídico’, só por alteração da Constituição. E, ainda assim, seria de duvidosa constitucionalidade. Mas aí eu argumentaria de outro modo. Portanto, sem chance de o novo CPC repriminar a separação judicial (nem por escritura pública, como consta no Projeto do CPC). É inconstitucional. Sob pena de, como disse Marshall em 1803, a Constituição não ser mais rígida, transformando-se em flexível. E isso seria o fim do constitucionalismo. Esta é, pois, a resposta adequada à Constituição. Espero que o legislador que aprovará o novo CPC se dê conta disso e evite um périplo de

⁴²Por que é inconstitucional “repriminar” a separação judicial no Brasil. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-18/lenio-streck-inconstitucional-repriminar-separação-judicial>>. Acesso em: 08/06/2017.

⁴³Por que é inconstitucional “repriminar” a separação judicial no Brasil. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-18/lenio-streck-inconstitucional-repriminar-separação-judicial>>. Acesso em: 08/06/2017

decisões judiciais no âmbito do controle difuso ou nos poupe de uma ação direta de inconstitucionalidade. O Supremo Tribunal Federal já tem trabalho suficiente.”

6. Culpa

Em grande parte dos países desenvolvidos, foi abolido na legislação a possibilidade de culpa dos cônjuges pela dissolução do casamento. Sobre isso, Maria Berenice Dias⁴⁴, discorre que:

“Seja difícil atribuir só um dos cônjuges a responsabilidade pelo fim do vínculo afetivo, seja porque é absolutamente indevida a intromissão na intimidade da vida das pessoas, tal motivação vem sendo desprezada pela jurisprudência. Uma vez que um dos cânones maiores das garantias individuais é o direito à privacidade e à intimidade, constitui violação do sagrado direito à dignidade da pessoa humana a ingerência do Estado na vida dos cônjuges, obrigando uma a revelar a intimidade do outro, para que de forma estéril e desnecessária, imponha o juiz a pecha de culpado ao réu”.

No artigo 1.572, do Código Civil, permitiu a decretação da separação judicial por culpa de um dos cônjuges, sendo uma grave violação dos deveres do casamento que torna insuportável a vida em comum. Muitos doutrinadores são contra a exigência da culpa, pois pode tornar o processo demorado e oneroso, sendo que nossa legislação facilitou a dissolução do casamento em relação ao lapso temporal. Segundo Rolf Madaleno⁴⁵, “deve ser desdramatizada de plano e de pronto esta tão traumática forma litigiosa de separação judicial, desobrigando seus partícipes da necessidade de alegarem qualquer outra causa de dissolução, que não seja a própria vontade como manifestação da impossibilidade de convivência.”

Tratando sobre a culpa, não se pode afirmar, que a supressão desse requisito subjetivo para a separação judicial tenha sido extinto para apreciação em algumas questões relativas ao casamento.

Entretanto sendo a culpa não mais elencada como motivo para a decretação da separação, deve considerar que ainda permanecem hipóteses que poderão ser avaliadas, como na anulação do casamento por vício de vontade de algum dos contraentes, verificando a ocorrência de coação ou de erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge. O reconhecimento de culpa de um dos cônjuges na anulação do casamento conduz à perda das vantagens havidas

⁴⁴Manual de Direito das Famílias. 4ª Ed. rev., atualizada e ampliada. 3ª tiragem. – São Paulo. Ed. RT, 2007

⁴⁵Conduta conjugal culposa. Disponível em: <http://www.rolfmadaleno.com.br/novosite/conteúdo.php?id=26>> Acesso em :08/06/2017

do cônjuge inocente e ao dever de cumprimento das promessas constantes no pacto antenupcial (art. 1.564 do CC). Permite-se, ainda, a discussão acerca da culpa no que tange ao dever de prestar alimentos (art. 1.704 do CC).

Para Regina Beatriz Tavares da Silva ⁴⁶:

“Não se pode falar em eliminação da espécie dissolutória culposa, pois esta se baseia no descumprimento de dever conjugal. Esta eliminação levaria à atribuição, por exemplo, de pensão alimentícia plena a quem tivesse descumprido gravemente os deveres conjugais, como nos casos de infidelidade por parte de um dos cônjuges, ou nos casos de violência física ou moral contra o outro cônjuge, fazendo com que a vítima bancasse o agressor, e no primeiro caso pudesse chegar a bancar até mesmo o ou a amante”.

A autora ⁴⁷ ainda acrescenta que:

“Somente cabe a investigação na dissolução culposa para apurar o descumprimento dos deveres conjugais regulados expressamente em lei. Se ocorre, por exemplo, a infidelidade, a falta de prestação de cuidado e apoio imaterial e/ou material, o atentado à vida, a agressão moral e/ou física, o extravio de bens, aplicam-se as consequências jurídicas sancionatórias para quem pratica esses atos, dentre as quais a perda do direito à pensão alimentícia plena, a perda do direito de utilização do sobrenome conjugal e o dever de reparar os danos morais e materiais causados ao cônjuge lesado.”

6.1. Possibilidade de indenização por infidelidade conjugal

No relacionamento amoroso, geralmente, espera-se que as partes estejam cientes do compromisso com o parceiro/parceira, em especial no casamento. Existe expressamente previsão legal dos deveres e direitos dos cônjuges nos artigos 1.565 e 1.566 do Código Civil, onde decidem estabelecer total e amplamente solidariedade e comunhão de vida:

"Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

§ 1º Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescer ao seu o sobrenome do outro.

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

⁴⁶A Emenda Constitucional do Divórcio. 1ª Edição, São Paulo. Editora Saraiva, 2011, p. 63.

⁴⁷A Emenda Constitucional do Divórcio. 1ª Edição, São Paulo. Editora Saraiva, 2011, p. 65.

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

I - fidelidade recíproca;

II - vida em comum, no domicílio conjugal;

III - mútua assistência;

IV - sustento, guarda e educação dos filhos;

V - respeito e consideração mútuos.”

Em um processo, o TJ-SP ⁴⁸decidiu que “o casamento que obriga cumprir o dever legal da fidelidade é aquele que se alimenta na aliança protegida pela honestidade e pelo comportamento social pautado na ética e pela boa-fé, valores que quando se discute a culpa unilateral. A fidelidade somente existe quando é mútua e quando o amor é compartilhado com a mesma intensidade.”

Evidencia-se, também, a importância da reciprocidade. Todos os deveres e direitos, assumem o dever de alimentar e cuidar da prole, a assistência ao cônjuge. Sobre isso, Maria Berenice Dias⁴⁹ aduz:

“Quem casa sabe que está assumindo com o outro um pacto. Não pode ser desleal esperando que somente o outro cumpra as promessas do casamento. A lealdade é inerente ao respeito e deve ser exercida por aqueles que se dispõem a permanecer casados.”

Deve-se salientar que o casamento, como todo pacto ou contrato, possui total liberdade das partes, prevalecendo seu livre arbítrio, de poder escolher, sendo necessariamente bilateral, onde deve suprir todas expectativas e desejos de ambas as partes. Ao optarem pelo matrimônio, devem honrar seus deveres, independentemente da natureza jurídica do pacto matrimonial. Nas palavras da ilustre magistrada Maria Berenice Dias⁵⁰:

“Sabe-se que o descumprimento de qualquer obrigação contratual pode gerar o dever de indenizar. Realmente não haveria porque isentar o cônjuge, descumpridor de seu dever, da responsabilidade de indenizar o cônjuge sofredor da ofensa. Não é o caso de tratar no tema inerente à natureza jurídica do casamento. Mesmo considerando as características peculiares do ato, é certo que o matrimônio, como qualquer contrato, gera deveres, compromissos, mesmo.”

⁴⁸Relator Mauro Campebell Marques. Disponível em : <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/52291167/stj-22-03-2013-pg-2631>>Acesso em :09/06/2017

⁴⁹*Manual de Direito das Famílias*, cit. p.157

⁵⁰*Manual de Direito das Famílias*. Cit. p.200.

Sobre a cláusula de fidelidade, o doutrinador Rui Stoco⁵¹ significa:

"(...) que o adultério é a traição da confiança de todos: do marido, mulher e filhos, parentes e amigos. É a ofensa às instituições e até mesmo ao dogma religioso. É o menoscabo, escárnio, vilipêndio ao companheiro, com o desfazimento da affectio societatis. Ofende a honra objetiva da pessoa, de sorte a causar mágoa, tristeza, frustração e angústia. Não se exige que esse comportamento se exteriorize e chegue ao conhecimento externo; que ganhe publicidade. O só comportamento já causa mal à pessoa, ofendendo a sua dignidade, ferindo o seu amor próprio. Caracteriza, portanto, ofensa grave e, para alguns, insuportável. Então, se a ofensa moral está ínsita - in reipsa - mostra-se exagerado e desarrazoado impor que, para que se o reconheça a obrigação de o cônjuge infiel reparar, se exija que essa infidelidade ganhe publicidade e se converta em despuorada exibição pública."

Devemos ressaltar, que como num contrato, poderá ocorrer a rescisão, no caso do rompimento matrimonial, o divórcio ou separação judicial. Ninguém é obrigado a contrair matrimônio, como também, permanecer num relacionamento que torne insuportável a relação. Com a insatisfação do relacionamento, não desejando cumprir os deveres, deve rescindir o contrato de forma adequada, como salienta a juíza da comarca de Ivolândia-GO, Dr^a Sirlei Martins da Costa nos autos da Ação de Separação Litigiosa nº 2008.042.997-94⁵²:

“É bem verdade que o reconvindo não pode ser penalizado por se interessar por outra mulher. Entretanto, não poderia ele dar início a outro relacionamento estando casado com a reconvinte...”

Sobre a possibilidade de ressarcimento por dano moral causado por ato de violação da honra da pessoa, temos como fundamento o artigo 5º, X, da Constituição Federal versa que: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores não é pacífica sobre dessa possibilidade de indenização por danos morais. Existem entendimentos isolados sobre a matéria. Um exemplo, que tramitou na 2ª Vara Cível de Brasília, onde um ex-marido infiel, ao trocar e-mails com sua amante, foi condenado a pagar danos morais na importância de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) à sua ex-cônjuge, porque manteve relacionamento com outra mulher durante a vigência do casamento. A referida "traição" foi comprovada por meio de e-mails trocados entre o acusado e sua amante. Proc. Nº 2005.01.1.118170-3-com informações do TJ-DFT).

⁵¹Tratado de responsabilidade civil. 7ª edição. SP:2007. P.809

⁵²TJGO.RTO.

De acordo com o caso concreto, o magistrado entendeu que ocorreu a lesão moral pela permanência do relacionamento extraconjugal como consequência o rompimento da confiança preexistente entre o casal e gerando com este ato reflexos na vida social e familiar da pessoa ofendida.

No julgamento de um processo, entendeu-se que o dever de fidelidade cabe somente ao cônjuge culpado não estendendo-se para a amante:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL. DANOS MATERIAIS E MORAIS. ALIMENTOS. IRREPETIBILIDADE. DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE FIDELIDADE. OMISSÃO SOBRE A VERDADEIRA PATERNIDADE BIOLÓGICA DE FILHO NASCIDO NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO. DOR MORAL CONFIGURADA. REDUÇÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO. 1. Os alimentos pagos a menor para prover as condições de sua subsistência são irrepetíveis. 2. O elo de afetividade determinante para a assunção voluntária da paternidade presumidamente legítima pelo nascimento de criança na constância do casamento não invalida a relação construída com o pai socioafetivo ao longo do período de convivência. 3. O dever de fidelidade recíproca dos cônjuges é atributo básico do casamento e não se estende ao cúmplice de traição a quem não pode ser imputado o fracasso da sociedade conjugal por falta de previsão legal. 4. O cônjuge que deliberadamente omite a verdadeira paternidade biológica do filho gerado na constância do casamento viola o dever de boa-fé, ferindo a dignidade do companheiro (honra subjetiva) induzido a erro acerca de relevantíssimo aspecto da vida que é o exercício da paternidade, verdadeiro projeto de vida. 5. A família é o centro de preservação da pessoa e base mestra da sociedade (art. 226 CF/88) devendo-se preservar no seu âmago a intimidade, a reputação e a autoestima dos seus membros. 6. Impõe-se a redução do valor fixado a título de danos morais por representar solução coerente com o sistema. 7. Recurso especial do autor desprovido; recurso especial da primeira corrê parcialmente provido e do segundo corrê provido para julgar improcedente o pedido de sua condenação, arcando o autor, neste caso, com as despesas processuais e honorários advocatícios.”⁵³(RESP nº 922.462 – SP. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Terceira Turma. Data do julgamento: 04/04/2013)

7. Projeto de lei

Hoje na Câmara dos Deputados, temos dois projetos de Lei, que tramitam ainda sem julgamento. O primeiro é a PL 5.716/16, proposta pelo Rômulo Côrrea, que modifica o Código Civil, acrescentando a punição por danos morais para descumprimento da fidelidade

⁵³RESP nº 922.462 – SP. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Terceira Turma. Data do julgamento: 04/04/2013)

recíproca, no artigo 1.566, inciso I, que regulariza os deveres dos cônjuges no casamento. O segundo é a PL 2.387/2015, proposta pelo pasto Franklin, que considera qualquer violação aos deveres do casamento, estabelecidos no Código Civil, como dano moral.

Em entrevista pelo site “em.com.br”, Rômulo Côrrea ⁵⁴diz que:

“O intuito de explicitar no âmbito do Código Civil a responsabilidade civil por dano moral decorrente do descumprimento por qualquer dos cônjuges do dever de fidelidade recíproca no casamento, propõe-se nesta oportunidade o presente projeto de lei, que cuida de acrescentar um dispositivo com este teor normativo ao referido diploma legal.”

A proposta da PL 5.716/2016, é acrescentar um dispositivo para a reparação civil de dano em virtude de descumprimento de dever de fidelidade recíproca no casamento. Tendo o novo disposto a seguinte redação:

“Art. 927-A. O cônjuge que pratica conduta em evidente descumprimento do dever de fidelidade recíproca no casamento responde pelo dano moral provocado ao outro cônjuge.”

Em justificativa a esse projeto, afirma que:

“A infidelidade conjugal constitui afronta ao disposto no art. 1.566, caput e inciso I, do Código Civil (2002), que impõe a fidelidade recíproca como dever de ambos os cônjuges no casamento, e deve ser motivo suficiente, uma vez que produz não apenas a culpa conjugal, mas também a CÂMARA DOS DEPUTADOS culpa civil, para embasar a condenação do cônjuge infrator a indenizar o dano moral provocado ao outro cônjuge⁵⁵.”

Além disso, acrescenta que:

“No intuito de explicitar no âmbito do Código Civil a responsabilidade civil por dano moral decorrente do descumprimento por qualquer dos cônjuges do dever de fidelidade recíproca no casamento, propõe-se nesta oportunidade o presente projeto de lei, que cuida de acrescentar um dispositivo com este teor normativo ao referido diploma legal.”

Atualmente a PL 5.716/2016, que foi apresentada em 05/07/2016, encontra-se aguardando designação do relator na comissão de seguridade social e família (CSSF).

A proposta da PL 2.387/2015, disciplina a responsabilidade civil por violação dos

⁵⁴Site “em.com.br”. Disponível em: <em.com.br>. Acesso 11/06/2017

⁵⁵ Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=83B3F549E053E7ACB01E11BD74E43599.proposicoesWebExterno1?codteor=1473966&filename=PL+5716/2016> . Acesso em :11/06/2017

deveres conjugais. A redação do dispositivo é a seguinte:

“Art. 1.566 Parágrafo único.
A violação dos deveres previstos neste artigo presume dano moral e implica obrigação de indenizar.”

Em entrevista ao site R7, o pastor Franklin ⁵⁶diz que:

“Já existe a lei que estabelece os deveres do matrimônio e prevê que eles podem se quebrar, mas não há penalidade para isso. Há os que terminam na Justiça, mas (o fim do casamento por traição) gera uma seqüela e a pessoa não tem nenhum tipo de reparação. Percebemos que fica uma mágoa.”

O argumento utilizado para defender essa tese⁵⁷:

“Que este projeto de lei pretende incrementar o ferramental da tutela civil, no aspecto do delineamento normativo do casamento, através do reconhecimento de que a subversão a qualquer dos mencionados deveres presume, para fins jurídicos, a ocorrência de dano moral em prejuízo ao cônjuge oposto, titularizando-o no direito de obter a consequente indenização, ainda que de índole marcadamente compensatório, ante a impossibilidade da reparação in natura do evento danoso.”

Finaliza a conclusão dizendo que:

“Por fim, é imprescindível a adenda de que esta proposição não oferece risco ao que foi denominado pela dogmática jurídica de princípio da intervenção do Estado na família, que se trata, enfim, de um topoi argumentativo, de cariz puramente retórico, adensado pela disposição infraconstitucional delineada no artigo 1.513, do Código Civil, segundo o qual ‘é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.’”

⁵⁶Site R7. Disponível em: <
http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=4049EB67801C46D839821998E7D48E32.proposicoesWebExterno2?codteor=1362464&filename=PL+2387/2015> Acesso em: 11/06/2017

⁵⁷Disponível em: <
http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=4049EB67801C46D839821998E7D48E32.proposicoesWebExterno2?codteor=1362464&filename=PL+2387/2015>. Acesso em: 11/06/2017

8. Conclusão

Após muitos anos, de grandes batalhas para a possibilidade da dissolução matrimonial, foi aprovado em 1977, à primeira lei que institui o divórcio no sistema brasileiro. Alguns anos depois, para facilitar este processo e tornar ágil, extinguiu o lapso temporal que existia entre a separação e o divórcio.

Com a aprovação da Emenda Constitucional nº66/2010, alterou o dispositivo do artigo 226, § 6º da Constituição Federal, tendo em sua redação: “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”, surgindo várias controvérsias sobre se houve ou não a extinção do instituto da separação judicial. Alguns doutrinadores acreditam que com a aprovação da EC nº66/2010, a separação tornou-se algo inutilizado, podendo as partes diretamente propor a ação de divórcio. Outros defendem, que este instituto ainda é necessário, pois poderá dar um “tempo” para os cônjuges decidirem sobre a dissolução.

Acreditava-se que com a aprovação do Novo Código de Processo Civil, traria uma resposta mais clara sobre essa dúvida, tendo mantido o instituto da separação. Como coloca o jurista Lênio Streck “deparei-me com uma espécie de reprimenda da separação judicial. Um dispositivo tipo-Lázaro. Um curioso retorno ao mundo dos vivos.” Com isso, muitos doutrinadores acreditam que ainda terá muitas discussões sobre esse tema.

Temos entendimentos jurisprudenciais, que o instituto da separação não existe mais no ordenamento jurídico, pois seria até inconstitucional mantê-lo na legislação brasileira. No Código Civil, não foram revogados os dispositivos que trata sobre a separação, acreditando muitos doutrinadores que houve uma revogação tácita. A aprovação do NCPC, ainda é bem recente, e a propositura de uma ação direta de inconstitucionalidade poderá ocorrer ou não. Talvez, teremos o esclarecimento dessa dúvida, que percorre no mundo jurídico, podendo ser em breve.

Não se pode alegar mais no processo de separação ou divórcio, o motivo que ensejou a ação, não sendo necessário se mostrar a culpa que ocorreu o fim do casamento. Porém, não se pode, afirmar que ocorreu sua abolição do sistema jurídico brasileiro. Alguns tribunais admitem em alguns casos, a culpa, como no caso, a infidelidade conjugal. Como o casamento é um contrato, o não cumprimento de um dos deveres, acarreta na rescisão. A fidelidade recíproca é um dos deveres do casamento, admitindo dependendo do caso, que poderá ser proposta a ação de danos morais, desse que, viole a honra da pessoa. Em alguns casos, a pessoa apenas procura um meio de atingir a outra, pois a maioria das separações trazem dor e sofrimento para as partes. Não existe no ordenamento jurídico brasileiro, alguma legislação que especifique sobre esse tema. Na Câmara dos Deputados, tramitam ainda para a aprovação, dois projetos, sendo um deles, a sanção para o descumprimento de todos os deveres conjugais, e no outro, a possibilidade de indenização por danos morais por infidelidade conjugal.

9. Bibliografia

Gonçalves, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Direito de Família e o novo Código Civil**. Belo horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2001.

DIAS, Maria Berenice. **Da separação e do divórcio**. Belo horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2001.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de família**. Campinas: RedLivros, 2001

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil – Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2009.

Divórcio e separação judicial. Disponível em: <<http://simplifiquedireito.blogspot.com.br/2013/02/divorcio-x-separacao-judicial.html>>

DALVI, Stella. **Direito de família – Divórcio e Separação Judicial**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/direito-de-fam%C3%ADlia-div%C3%B3rcio-e-separa%C3%A7%C3%A3o-judicial>>

BENTINHO, Janaina M. **Qual a diferença entre separação e divórcio?**. Disponível em: <<http://www.progresso.com.br/opiniao/qual-a-diferenca-entre-separacao-e-divorcio>>

DONIZETTI, Elpídio. **Separação judicial: o fim da controvérsia gerada pela EC nº 66/2010**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2016/03/09/separacao-judicial-o-fim-da-controversia-gerada-pela-ec-662010/>>

SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. **O que se entende pelo princípio da intervenção mínima do direito de família?** Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2096960/o-que-se-entende-pelo-principio-da-intervencao-minima-do-direito-de-familia-aurea-maria-ferraz-de-sousa>>

ROCHA, Henrique. **Do divórcio no NCPC**. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI244852,61044-Do+divorcio+no+novo+CPC>>

LÔBO, Paulo. **Novo CPC não recriou ou restaurou a separação judicial**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-08/processo-familiar-cpc-nao-recriou-ou-restaurou-separacao-judicial>>

SILVA, Flávio Murilo Tartuce. **Novos princípios do direito de família**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_%20artigos_leitura&artigo_id=1036>

ALMEIDA, Crislaine Maria Silva. **A Emenda Constitucional nº 66 de 2010 e seus efeitos**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7008/A-Emenda-Constitucional-no-66-de-2010-e-seus-efeitos>>

SOUZA, Karla Cortez de. **A Emenda Constitucional nº 66 e seus reflexos na separação judicial**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8545/A-Emenda-Constitucional-no-66-e-seus-reflexos-na-separacao-judicial>>

MAGALHÃES, Ricardo. **A Emenda Constitucional nº 66/2010 e seus reflexos processuais**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/31950/a-emenda-constitucional-n-66-2010-e-seus-reflexos-processuais>>

VERDAN, Tauã Lima. **Anotações ao Princípio da Intervenção Mínima do Estado no**

Direito das Famílias. Disponível em:
<<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,anotacoes-ao-principio-da-intervencao-minima-do-estado-no-direito-das-familias,43398.html>>

NETO, Paulo Affonso de Freitas Melro. **Diferença entre separação e divórcio.** Disponível em: <<http://phmp.com.br/artigos/diferenca-entre-separacao-e-divorcio/>>

SAUAIA, José. **Infidelidade conjugal: O preço da dor e a (im)possibilidade de indenização por danos morais.** Disponível em:
<<https://jsauaianeto.jusbrasil.com.br/artigos/424135627/infidelidade-conjugal-o-preco-da-dor-e-a-im-possibilidade-de-indenizacao-por-danos-morais>>

BELFORT, Grazielle Rosa de Alcântara. **A traição como objeto de indenização por danos morais.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11194&revista_caderno=14>

RODRIGUES, Silvio. **O divórcio e a lei que o regulamenta.** São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVEIRA, Alípio. **Da separação litigiosa à anulação do casamento.** São Paulo: Ed. Universitária de Direito, 1983.

VARELA, J. M. Antunes. **Dissolução da sociedade conjugal.** RJ:Forense, 1980.