

Revista Brasileira de  
**Direito**  
DAS  
**Famílias**  
e Sucessões

**Colaboradores**  
desta Edição

Felipe Raminelli Leonardi  
José Carlos Teixeira Giorgis  
José Fernando Simão  
Maria Berenice Dias  
Marina Alice de Souza Santos  
Rodrigo da Cunha Pereira  
Rozane da Rosa Cachapuz

17

Ago/Set 2010

ISSN 1982-221

Revista Brasileira de  
**Direito**  
DAS  
**Famílias**  
e Sucessões

Ago-Set 2010

Ano XII – Nº 17

Repositório Autorizado de Jurisprudência  
Superior Tribunal de Justiça – nº 65/2008

**Editores**

Andréa Rocha Faria  
Fábio Parxão  
Juliana Vieira Lobato  
Rogério Rodrigues  
Veruscka Diab  
Walter Diab

**Conselho Editorial**

Giselda M. F. Novaes Hironaka  
Luiz Edson Fachin  
Maria Berenice Dias  
Paulo Luiz Netto Lôbo  
Rodrigo da Cunha Pereira  
Rolf Madaleno

**Conselho Científico**

Aída Kemelmajer de Carlucci (Argentina) – Cecilia Grosman (Argentina)  
Enrique Varsi Rospigliosi (Peru) – Euclides Oliveira (Brasil)  
Francesco D. Busnelli (Itália) – Francisco Cahali (Brasil) – Giselle Groeninga (Brasil)  
Gustavo José Mendes Tepedino (Brasil) – Jorge Duarte Pinheiro (Portugal)  
Michael R. Will (Suíça) – Paulo Lins e Silva (Brasil) – Sívio de Salvo Venosa (Brasil)  
Tânia da Silva Pereira (Brasil) – Zeno Veloso (Brasil)

Jurisprudência

1. Superior Tribunal de Justiça – Conflito de Competência. Ações Conexas de Guarda e Busca e Apreensão de Filhos Menores. Competência Absoluta do Foro do Domicílio de Quem Exerce a Guarda <i>Rel. Min. Alair Passarinho Junior</i> .....	128
2. Superior Tribunal de Justiça – Bem de Família. Indenização por Ilícito Civil. Impenhorabilidade <i>Rel. Min. Luis Felipe Salomão</i> .....	132
3. Superior Tribunal de Justiça – Alimentos. Desistência Expressa em Acordo. Pleito Posterior à Homologação do Divórcio. Improcedência <i>Rel. Min. Raul Araújo Filho</i> .....	142
4. Tribunal de Justiça do Distrito Federal – Alimentos. Execução. Acordo Homologado pelo Juizado Especial Criminal. Título Executivo Extrajudicial. Descabimento de Prisão Civil <i>Rel. Des. Romeu Gonzaga Neiva</i> .....	148
5. Tribunal de Justiça de Minas Gerais – Partilha. Bem Adquirido Após a Ruptura da Vida em Comum. Descabimento <i>Rel. Des. Almeida Melo</i> .....	151
6. Tribunal de Justiça de São Paulo – Alimentos. Inscrição do Devedor no SERASA e SPC. Possibilidade <i>Rel. Desig. Des. Egídio Giacoia</i> .....	154
7. Ementário.....	158
<b>Índice Alfabético-Remissivo</b> .....	169

## A Emenda Constitucional nº 66/2010: Semelhanças, Diferenças e Inutilidades entre Separação e Divórcio – O Direito Intertemporal\*

RODRIGO DA CUNHA PEREIRA

*Advogado em Belo Horizonte; Mestre (UFMG) e Doutor (UFPR); Presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM.*

\*E foste um difícil começo  
Ataço o que não conheço  
E quem vem de outro sonho feliz de cidade  
Aprende depressa a chamar-te de realidade  
Porque és o avesso do avesso do avesso.  
(Caetano Veloso)

**RESUMO:** A Emenda Constitucional nº 66/10 alterou profundamente a estrutura e a sistemática do divórcio no Brasil. Acabou a inútil e anacrônica separação judicial voluntária ou litigiosa; não cabe mais a discussão se existe um culpado ou inocente pelo fim do casamento; não há mais prazos para se requerer ou conceder o divórcio. Consequentemente, restaram revogados do CC/02 todos os artigos que se referem à separação judicial. Vitória da ética sobre a moral e do Estado laico sobre o religioso.

**PALAVRAS-CHAVE:** Divórcio. Separação Judicial. Prazos. Culpa. Direito Intertemporal.

### 1 Distingão entre Separação Judicial e Divórcio

Desde a Lei nº 6.515/77 tem sido feita a distinção entre “terminar” e “dissolver” o casamento. Foi necessário este “jogo” de palavras para dar alguma coerência ao incoerente e inútil instituto da separação judicial. Como já dito,

ele veio substituir o desquite para satisfazer àqueles cuja religião não permite o divórcio. Dissolver ou terminar um casamento tem o mesmo sentido: o casamento acabou. A diferença essencial é que não se pode casar quem apenas se separou judicialmente, enquanto com o divórcio é possível casar novamente. Este também é o pensamento de Maria Berenice Dias<sup>1</sup>:

“(...) É um instituto que traz em suas entranhas a marca de conservadorismo atualmente injustificável. É quase um limbo: a pessoa não está mais casada, mas não pode casar de novo. Se, em um primeiro momento, para facilitar a aprovação da Lei do Divórcio, foi útil e, quiçá, necessária, hoje inexistente razão para mantê-la (...). Portanto, de todo o inútil, desgastante e oneroso, tanto para o casal, como para o próprio Poder Judiciário, impor uma duplicidade de procedimentos para manter, durante o breve período de um ano, uma união que não mais existe, uma sociedade conjugal ‘fada’, mas não ‘extinta.’”

Há outras pequenas diferenças: se o cônjuge separado judicialmente morre, o estado civil do sobrevivente é viúvo, ao passo que o divorciado continua sendo divorciado; pela Lei nº 6.515/77 não era possível divorciar sem fazer a partilha dos bens, equívoco já corrigido pelo art. 1.581 do CCB/02; se os divorciados pretendem reatar o casamento, terão que fazer novo processo de habilitação, como se estivessem casando pela primeira vez, enquanto os separados judicialmente podem voltar ao estado civil anterior por meio de uma simples petição ao juiz, conforme dispunha o art. 1.577 do CCB/02.

Os prazos para a separação judicial já haviam sofrido algumas alterações com o CCB/02. Era necessário o prazo de dois anos de casamento para requerer uma separação judicial consensual. Obviamente não havia necessidade de nenhum lapso temporal se a separação fosse litigiosa. Os prazos para o divórcio estavam estabelecidos na Constituição, art. 226, § 6º, e reproduzidos no art. 1.580 do CCB/02. Para o divórcio direto era necessária uma separação de fato por mais de dois anos. Para o divórcio indireto, isto é, por conversão, o prazo era de um ano, contado do trânsito em julgado da sentença que decreta a separação judicial ou da data da decisão liminar que houver concedido a separação judicial de corpos. A Emenda Constitucional nº 66/10, ao dar nova redação ao art. 226, § 6º, eliminou o requisito do lapso temporal para se requerer divórcio, seja na forma litigiosa ou consensual, além de ter extinguido também o requisito da prévia separação judicial para o divórcio.

## 2 Separação Judicial/Administrativa ainda Vigora no Brasil? A Emenda Constitucional nº 66/10

O sistema dual para romper o vínculo legal do casamento, como já se disse, tem suas raízes e justificativas principalmente em uma moral religiosa. Não se justifica mais em um Estado laico manter esta duplicidade de tratamento legal. A tendência evolutiva dos ordenamentos jurídicos ocidentais é que o Estado interfira cada vez menos na vida privada e na intimidade dos cidadãos. Se não há intervenção do Estado na forma e no modo de as pessoas se casarem, por que ele interfere tanto quando o casamento termina? Os ordenamentos jurídicos de países cuja interferência religiosa é menor não têm em seu corpo normativo a previsão deste sistema dual.

A moral condutora da manutenção deste arcaico sistema, assim como a da não facilitação do divórcio, é a preservação da família. Pensa-se que se o Estado dificultar ou colocar empecilhos, os cônjuges poderão repensar e não se divorciar; ou, se apenas se separarem, poderão se arrepender e restabelecerem o vínculo conjugal. Em 1977, o argumento usado para se manter na lei o instituto da separação judicial como alternativa ao divórcio era puramente religioso. Tinha-se a esperança de que os católicos não se divorciariam, apenas se separariam judicialmente. A realidade, diferente do que se temia, foi outra: católicos se divorciam, não houve uma “avalanche” de divórcios, e as famílias não se desestruturaram por isso. Ao contrário, as pessoas passaram a ter mais liberdade e conquistaram o direito de não ficarem casadas. Ora, o verdadeiro sustento do laço conjugal não são as formulas jurídicas. O que garante a existência dos vínculos conjugais é o *desio*.

É preciso separar o “joio do trigo”, para usar uma linguagem bíblica, isto é, se separarmos as razões jurídicas das razões e motivações religiosas, veremos claramente que não faz sentido a manutenção do instituto de separação judicial em nosso ordenamento jurídico. Ele significa mais gastos financeiros, mais desgastes emocionais e contribui para o emperramento do Judiciário, na medida em que significa mais processos desnecessários. Um dos maiores juristas brasileiros, o alagoano Paulo Luiz Netto Lôbo, mesmo antes da aprovação da referida emenda constitucional, já era enfático quanto à insustentabilidade dessa duplicidade de tratamento legal:

“(…) A superação do dualismo legal repercutiu os valores da sociedade brasileira atual, evitando que a intimidade e a vida privada dos cônjuges e de suas famílias sejam reveladas e trazidas ao espaço público dos tribunais, com todo o caudal de constrangimento que provocam, contribuindo para o agravamento de suas crises e dificultando o entendimento necessário para a melhor solução dos problemas decorrentes da separação.”<sup>2</sup>

Os professores Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald, em livro escrito a quatro mãos, também já faziam ferrenha crítica ao sistema binário de dissolução do casamento. Exemplificando com os ordenamentos jurídicos da Áustria, Grã-Bretanha e Alemanha, que adotam apenas o divórcio, realçam que é totalmente ilógica a manutenção da separação judicial:

“É evidente a dificuldade conceitual existente em compreender, com precisão, o caráter dialista do sistema de dissolução matrimonial. Não há justificativa lógica em terminar e não dissolver um casamento. Escapa à razoabilidade e viola a própria operabilidade do sistema jurídico.”<sup>3</sup>

Realmente não faz mais sentido a manutenção do instituto da separação judicial. Foi com este intuito que o Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, apresentou Proposta de Emenda Constitucional – PEC, através do seu sócio, o Deputado Federal Sérgio Barradas Carneiro (PT/BA), para dar nova redação ao § 6º do art. 226, que em julho de 2010 se transformou na Emenda Constitucional nº 66, que diz:

“§ 6º O casamento pode ser dissolvido pelo divórcio.

E assim foi abolido o texto:

(...) após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.”

Portanto, o novo texto constitucional suprimiu a prévia separação como requisito para o divórcio, bem como eliminou qualquer prazo para se propor o divórcio, seja judicial ou administrativo (Lei nº 11.441/07). Tendo suprimido tais prazos e o requisito da prévia separação para o divórcio, a Constituição joga por terra aquilo que a melhor doutrina e a mais consistente jurisprudência já vinham reafirmando há muitos anos, a discussão da culpa pelo fim do casamento, aliás, um grande sinal de atraso do ordenamento jurídico brasileiro.

É possível que haja resistência de alguns em entender que a separação judicial foi extinta de nossa organização jurídica. Mas, para estas possíveis resistências, basta lembrar os mais elementares preceitos que sustentam a ciência jurídica: a interpretação da norma deve estar contextualizada, inclusive historicamente. O argumento finalístico é que a Constituição da República extripou totalmente de seu corpo normativo a única referência que se fazia à separação judicial. Portanto, ela não apenas retirou os prazos, mas também o requisito obrigatório ou voluntário da prévia separação judicial ao divórcio

por conversão. Qual seria o objetivo de se manter vigente a separação judicial se ela não pode mais ser convertida em divórcio? Não há nenhuma razão prática e lógica para a sua manutenção. Se alguém insistir em se separar judicialmente, após a Emenda Constitucional nº 66/10, 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 art. 226: converter em divórcio a separação judicial. E, se não se pode mais convertê-la em divórcio, ela perde sua razão lógica de existência. O sentido jurídico da manutenção da separação judicial era convertê-la em divórcio, repita-se. Paulo Lôbo, em assertivo e conclusivo texto para a *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, não deixa sombra de dúvidas sobre a extinção do antiquado instituto da separação judicial e das normas infraconstitucionais que a regulavam:

“(...) a Constituição deixou de tutelar a separação judicial. A consequência da extinção da separação judicial é que concomitantemente desapareceu a dissolução da sociedade conjugal, que era a única possível, sem dissolução do vínculo conjugal, até 1977. Com o advento do divórcio, a partir dessa data e até 2009, a dissolução da sociedade conjugal passou a conviver com a dissolução do vínculo conjugal, porque ambas recebiam tutela constitucional explícita. Portanto, não sobrevive qualquer norma infraconstitucional que trate da dissolução da sociedade conjugal isoladamente, por absoluta incompatibilidade com a Constituição, de acordo com a redação atribuída pela PEC do Divórcio. A nova redação do § 6º do art. 226 da Constituição apenas admite a dissolução do vínculo conjugal.”<sup>4</sup>

As outras possíveis argumentações são apenas de ordem moral e religiosa. Deve-se respeitar a religião, a crença e as convicções morais. Elas mais que fazem sentido, dão sentido à vida, ajudam a colocar limites, direcionam valores, alimentam esperanças e fé. Entretanto, não podemos misturar Direito com valores morais particulares e religiosos. A história do Direito de Família já nos mostrou todas as injustiças provocadas por esses valores, tais como a exclusão de determinadas categorias do laço social, ilegitimando filhos, famílias, em nome de uma moral sexual civilizatória. Não podemos continuar repetindo essas injustiças. E é por isso que os argumentos de ordem moral/religiosa não podem prescrever as regras jurídicas.

O Direito Civil Constitucional, tão bem sustentado pelos juristas Luiz Edson Fachin, Gustavo Tepedino, Paulo Lôbo, Maria Celina Bodin de Moraes,

dentre outros, vem exatamente na direção que aqui se argumenta, ou seja, a legislação infraconstitucional não pode ter uma força normativa maior que a própria Constituição. Em outras palavras, se o novo texto do § 6º do art. 226 retirou de seu corpo a expressão “separação judicial”, como mantê-la na legislação infraconstitucional? É necessário que se compreenda, de uma vez por todas, que a hermenêutica constitucional tem que ser colocada em prática, e isso compreende suas contextualizações política e histórica.

A interpretação das normas secundárias, ou seja, da legislação infraconstitucional, deve ser compatível com o comando maior da Carta Política. O conflito com o texto constitucional atua no campo da não recepção.

Essa é a posição de nossa Corte Constitucional, em julgamento de 2007, que traduz exatamente essa assertiva: “O conflito de norma com preceito constitucional superveniente resolve-se no campo da não recepção”.<sup>5</sup> Vê-se, portanto, mais uma razão da desnecessidade de se manter o instituto da separação judicial, pois, ainda que se admitisse a sua sobrevivência, a norma constitucional permite que os cônjuges atinjam seu objetivo com muito mais simplicidade e vantagem. Ademais, em uma interpretação sistemática, não se pode entender o que o comando constitucional restringiu. Toda legislação infraconstitucional deve apresentar compatibilidade e nunca conflito com o texto constitucional. Assim, estão automaticamente revogados os arts. 1.571, III, 1.572, 1.573, 1.574, 1.575, 1.576, 1.577 e 1.578 do Código Civil. Da mesma forma, e pelo mesmo motivo, os artigos da Lei nº 6.015/73 (Lei de Registros Públicos) e da Lei nº 10.406/02 (Divórcio por Escritura Pública), bem como os artigos adiante mencionados, deverão ser lidos desconsiderando-se a expressão “separação judicial”, à exceção daqueles que já detinham este estado civil anteriormente à EC 66/10, mantendo seus efeitos para os demais aspectos: 10, I, 25, 27, I, 792, 793, 980, 1.562, 1.571, § 2º, 1.580, 1.583, 1.683, 1.775 e 1.831.

Como se não bastassem todos os princípios jurídicos e argumentativos da extirpação da anacrônica separação judicial, é necessário considerar a prensão do legislador e o “espírito das leis”, como dizia Montesquieu. Isso pode ser constatado na exposição de motivos da referida emenda constitucional, que se vê abaixo, *ipsis litteris*, que contextualiza e traduz o real e verdadeiro sentido do novo comando constitucional.

“Como corolário do sistema jurídico vigente, constata-se que o instituto da separação judicial perdeu muito da sua relevância, pois deixou de ser a antecâmara e o prelúdio necessário para a sua conversão em divórcio; a opção pelo divórcio direto possível revela-se natural para os cônjuges desavindos, inclusive sob o aspecto econômico, na medida em que lhes resolve em definitivo a sociedade e o vínculo conjugal.

(...)

Com efeito, se é verdade que não se sustenta a diferenciação, quanto aos prazos, entre a separação judicial e a separação de fato, tendo em vista obtenção do divórcio, é verdade ainda mais cristalina que o próprio instituto da separação não se sustenta mais no ordenamento jurídico pátrio. De fato, deve-se ter em mente que o antigo desquite, hoje separação judicial, foi mantido no Direito brasileiro, possível a adoção do divórcio entre nós. Tratou-se de uma fórmula que agradasse àquelas frontalmente contrários dissolução do vínculo matrimonial, e que, portanto, contentavam-se com possibilidade de pôr termo, apenas e tão somente, à sociedade conjugal.

Hoje, contudo, resta claro que a necessidade da separação dos cônjuges seja judicial ou de fato, como pressuposto para o divórcio apenas protraia solução definitiva de um casamento mal sucedido.

Deve-se sublinhar que a necessidade de dois processos judiciais distinto apenas redunha em gastos maiores e também em maiores dissabores para os envolvidos, obrigados que se veem a conviver por mais tempo com o assunto penoso da separação – penoso, inclusive, para toda a família principalmente para os filhos.

Não menos importante é a constatação prática de que apenas uma parcel realmente ínfima das separações reverte para a reconciliação do casal.

(...)

Para esta relatoria, salta aos olhos que os representantes da advocacia, do Poder Judiciário e do Ministério Público foram unânimes em afirmar que *o instituto da separação judicial deve ser suprimido do Direito brasileiro*.<sup>6</sup> (grifo nosso)

### 3 Direito Intertemporal e as Questões Transitórias

O art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República<sup>7</sup> assegura e preserva o ato jurídico perfeito<sup>8</sup> e a coisa julgada<sup>10</sup>. Portanto, as novas disposições sobre o divórcio têm sua força e eficácia a partir da entrada em vigor do novo texto constitucional. Como já se disse, a Emenda Constitucional nº 66/10, ao revogar a maior parte da redação do § 6º do art.

6 Parecer da Comissão Especial quando da análise da PEC 413/05 e 33/07, ministrado na Câmara dos Deputados Diário da Câmara dos Deputados, quinta-feira, 29.11.07.

7 Art. 5º, XXXVI: “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

8 Art. 6º da LICC, § 1º: “Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efectuou”.

9 Art. 6º da LICC, § 2º: “Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbitrio de outrem”.

10 Art. 6º da LICC, § 3º: “Chama-se coisa julgada ou coisa julgada a decisão judicial de que não se possa recorrer”.

226, alterou não apenas as regras, mas, principalmente, os princípios constitucionais sobre o divórcio no Brasil.

Está ultrapassado, e não se discute mais, a eficácia imediata da norma constitucional (art. 5º, § 1º)<sup>11</sup>, nem mesmo a ineficácia de todas as regras infraconstitucionais que contrariam os novos princípios instalados. Se assim não fosse, as normas constitucionais seriam transformadas em meros enunciados e estariam despidas de seu conteúdo positivo e de eficácia plena.

Por se tratar de uma nova redação da Constituição que eliminou expressamente prazos para o divórcio e instalou novas concepções sobre a dissolução do vínculo conjugal, é necessário examinarmos algumas situações especiais e transitórias, em nome da segurança das relações jurídicas. Afinal, não se pode obrigar alguém a se submeter a novas regras e princípios se já tinha uma situação jurídica consolidada pelas leis vigentes à época. Isso seria o mesmo que instalar a obrigatoriedade de submissão às leis que ainda não existem, isto é, tornar caótico o sistema jurídico.<sup>12</sup>

O novo texto constitucional, além de acabar com todo e qualquer prazo para o divórcio, pelas razões aqui já expostas, tornou a separação judicial e as regras que a regem incompatíveis com o sistema jurídico. Entretanto, há quatro situações transitórias que devem ser consideradas em relação à situação

11 “§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

12 A propósito, o Superior Tribunal de Justiça, em situação semelhante, analisando as doutrinas brasileira e estrangeira, sobre aplicação de regras do CCB de 1916 e de 2002 a respeito do regime de bens, assim também se posicionou: “A doutrina fez uma distinção fecunda entre a retroatividade máxima, que alcança o direito adquirido e atua nos negócios jurídicos findos; a retroatividade média, que alcança direitos já existentes, mas ainda não integrados no patrimônio do titular e a retroatividade mínima, que se confunde com o efeito imediato da lei e só implica sujeitar à lei nova consequências a ela posteriores de atos jurídicos praticados na vigência da lei anterior” (In: *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 5. ed., São Paulo: RT, 1987, v. I, p. 82). Ainda, com base no Direito Comparado, elucidativas as palavras, respectivamente, dos mestres franceses Planiol e Roubier, *op. cit.*: “(...) A lei é retroativa quando ela se volta para o passado, seja para apreciar as condições de legalidade de um ato, seja para modificar ou suprimir os efeitos de um direito já realizado”. Fora daí, não há retroatividade, e a lei pode modificar os ‘efeitos futuros’ de fatos ou atos anteriores, sem ser retroativa [...] La loi est rétroactive quand elle revient sur le passé soit pour apprécier les conditions de légalité d’un acte, soit pour modifier ou supprimer les effets d’un droit déjà réalisés. Hors de là il n’y a pas de rétroactivité, et la loi peut modifier les ‘effets futurs’ de faits ou d’actes. Méme antérieurs, sans étre rétroactive” (*Traité théorique de Droit Civil*, 4. ed. Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1906, n. 243, v. I, p. 95). Se a lei pretende aplicar-se aos fatos realizados (*facta praeterita*), é ela retroativa, se pretende aplicar-se a situações em curso (*facta pendenda*), comrta estabelece uma separação entre as partes anteriores à data da modificação da legislação, que não poderão ser atingidas sem retroatividade, e as partes posteriores, para as quais a lei nova, se ela deve aplicar-se, não terá tanto efeito imediato; enfim, diante dos fatos a ocorrer (*facta futura*), é claro que a lei não pode jamais ser retroativa (“SI la loi prétend s’appliquer à des faits accomplis [facta praeterita], elle est rétroactive; si elle prétend s’appliquer à des situations en cours [facta pendenda], il faut établir une séparation entre les parties antérieures à la date du changement de législation, qui ne pourront étre atteintes sans rétroactivité, et les parts postérieures, pour lesquelles la loi nouvelle, si elle doit s’appliquer, n’aura jamais qu’un effet immédiat; enfin, vis-à-vis des faits à venir [facta futura], il est clair que la loi ne peut jamais étre rétroactive”) (*Le Droit transitoire: conflits des lois dans le temps*, 2. ed. Editions Dalloz et Sirey, 1960, n. 38, p. 177). Destarte, consoante a orientação doutrinária ora em apelo, quanto aos casamentos celebrados sob a égide do CC/1916, em curso quando da promulgação da nova disciplina jurídica civil, em razão da própria dinâmica do matrimônio, cujos efeitos, quanto ao regime de bens (contrato especial de Direito de Família de prestação continua), não se exauriram sob a vigência deste, projetando-se, ao revés, sob a vigência do CC/02, aplicam-se imediatamente as novas regras legais, perfazendo-se possível a

daqueles que já estavam separados judicialmente (ou administrativamente) na data da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 66/10: se continua existindo o estado civil de “separado judicialmente”/administrativamente; se eles ainda podem converter a separação em divórcio; se poderiam restabelecer o casamento; e se os processos judiciais ou administrativos de separação poderão continuar tramitando para se alcançar o seu objetivo proposto.<sup>13</sup>

O estado civil daqueles que já eram separados judicialmente continua sendo o mesmo, pois não é possível simplesmente transformá-los em divorciados. Portanto, o estado civil “separado judicialmente/administrativamente” continua existindo para aqueles que já o detinham quando o novo texto constitucional entrou em vigor. É uma situação transitória, pois, com o passar do tempo, naturalmente, deixará de existir. Caso queiram transformá-lo em estado civil de divorciado, poderão, excepcionalmente, converter tal separação em divórcio ou simplesmente propor ação de divórcio, o que na prática tem o mesmo resultado. São exceções, necessárias e justificáveis, para compatibilizar com o respeito aos princípios constitucionais da coisa julgada e do ato jurídico perfeito. Neste mesmo raciocínio, poderão ainda usar a faculdade que lhes oferecia o art. 1.577 e a Lei nº 11.441/07, restabelecerem a sociedade conjugal. Obviamente que a partir daí já estarão submetidos às novas regras e princípios decorrentes da instalação da Emenda Constitucional nº 66/10.

Os processos judiciais em andamento, sejam os consensuais ou litigiosos, ou os extrajudiciais, isto é, os administrativos (Lei nº 11.441/07) deverão readequar seu objeto e objetivos às novas disposições legais vigentes, sob pena de arquivamento.

TITLE: The Constitutional amendment 66/2010: Similarities, differences and uselessness between separation and divorce; The Intertemporal Law.

ABSTRACT: The Constitutional Amendment 66/10 profoundly altered the structure and system of divorce in Brazil. No more pointless and anachronistic voluntary or litigious judicial separation, no longer fits the discussion whether there is a guilty or innocent by ending the marriage, there is no time to request or grant the divorce. Consequently, it is revoked the remaining CCB/02 all articles that refer to legal separation. It is a victory of ethics over morality and the secular State on the religion.

KEYWORDS: Divorce; Judicial Separation. Deadlines; Fault; Intertemporal Law.

13 O STF, citando Vicente Ráo, que em seu livro de 1952, *O Direito e a vida dos direitos*, abordou o Direito intertemporal sob o seguinte enfoque: “O autor primeiramente distinguu os direitos pessoais puros, dos direitos pessoais relativos ou patrimoniais. Segundo ele, quanto aos primeiros, por envolverem normas de Direito público, têm aplicação imediata (eg., relações pessoais entre cônjuges, normas sobre pátrio poder, alimentos, tutela, curatela). No que concerne à segunda categoria (direitos pessoais relativos ou patrimoniais), mas vinculados ao Direito de Família, ou dele decorrentes, biparte sua qualidade: uns, cuja constituição deixara ao livre arbítrio das partes, por predominarem os interesses individuais; outros, são direitos em que prepondera o interesse social. Al apresenta a solução: “Os primeiros constituiriam cadáveres à Lei, e a civil necromancia na morte não os ressuscitaria em caso de falha

# A PEC do Divórcio – A Revolução do Século em Matéria de Direito de Família – A Passagem de um Sistema Antidivorcista para o Divorcista Pleno

JOSÉ FERNANDO SIMÃO

*Advogado em São Paulo; Doutor e Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo; Professor Doutor do Departamento de Direito Civil da Universidade de São Paulo – Largo de São Francisco; Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito da Fundação Armando Álvares Penteado – FAPESP e do Curso de Especialização da Escola Paulista de Direito; Professor de Cursos Preparatórios para Concurso Público e Exame de Ordem e de Especialização em várias Faculdades do Brasil; Membro do IBDIFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, e Diretor de Relações Institucionais do IBDIFAM/SP; Membro do Instituto dos Advogados de São Paulo, do IDCCLB – Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, do BRASILCON – Instituto Brasileiro de Política e Defesa do Consumidor e do Conselho Editorial do Jornal Carta Forense.*

**RESUMO:** No mês de julho de 2010, com a aprovação da PEC 28 de 2009, que alterou o art. 226, § 6º, da Constituição, o direito de família no Brasil sofre a maior revolução deste século. Ao lado do Decreto nº 180 de 24 de janeiro de 1891 (casamento civil), da Lei nº 4.121 de 27 de agosto de 1962 (Estatuto da Mulher Casada), da Lei nº 6.515 de 26 de setembro de 1962 (Lei do Divórcio) e da Constituição Federal de 1988, a PEC 28 de 2009, aprovada em julho de 2010, conquista o seu lugar no panteão dos institutos legais que alteraram os paradigmas do Direito de Família no Brasil. As mudanças trazidas pela novel redação constitucional são profundas e revolucionárias: institutos jurídicos foram extintos; novos regimes jurídicos foram criados; direito material e processual foram modificados. O presente artigo tem por objetivo analisar as principais mudanças e orientar a compreensão destas no ordenamento jurídico, não se limitando ao direito de família, mas adentrando também no direito das sucessões, no direito processual civil e no direito notarial.

**PALAVRAS-CHAVE:** Divórcio. Separação. Direito de Família.

No mês de julho de 2010, com a aprovação da PEC 28 de 2009, que alterou o art. 226, § 6º, da Constituição, o direito de família no Brasil sofre a maior revolução deste século.

Trata-se da Emenda Constitucional nº 66 de 2010, que entrou em vigor em 14 de julho.

Se analisarmos mudanças radicais no direito de família, poderemos lembrar o Decreto nº 180 de 24 de janeiro de 1891, que estabeleceu o casamento civil no Brasil e sedimentou a distinção entre Estado e Igreja no país; o Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121 de 27 de agosto de 1962), que concedeu direitos a mulher na relação conjugal e, inclusive, retirou-o da lista dos relativamente incapazes do Código Civil; a Lei do Divórcio (Lei nº 6.515 de 26 de dezembro 1977), que se foi admitida em razão da Emenda Constitucional nº 9, de junho de 1977, e permitiu a dissolução do casamento não só pela morte, mas também pelo divórcio. A Constituição Federal de 1988, que igualou os cônjuges em direitos e deveres os filhos, independentemente de sua origem, e deu proteção à união estável e, no Século XXI, a PEC 28 de 2009.

Vejamos como era o texto da Constituição e como ficou com a aprovação da proposta

<i>Redação original</i>	<i>Redação após a reforma</i>
§ 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.	§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

Alteração, que parece singela em uma primeira análise, trará profundas mudanças ao direito de família. Isto, por si, é suficiente para as primeiras reflexões sobre o tema.

## 1 A Separação de Direito

A primeira e maior mudança diz respeito ao instituto da separação de direito. Como se sabe, o casamento é composto por dois elementos: a sociedade conjugal e o vínculo conjugal. A sociedade conjugal tem por elementos os deveres dos cônjuges (art. 1.566) e o regime de bens (arts. 1.639 a 1.688).

No sistema tradicional, anterior à aprovação da PEC, a sociedade conjugal terminava por meio da separação de direito. Esta poderia se dar de duas maneiras:

a) separação judicial litigiosa (sanção, ruptura ou remédio), cujas regras estavam no *caput* e nos parágrafos do art. 1.572 do CC.

b) separação judicial consensual, que exigia como requisito que os cônjuges estivessem casados há pelos menos um ano (art. 1.574). Era o

chamado prazo de reflexão. Esta podia ocorrer por meio de ação em juízo (art. 1.576 do CC) ou na forma extrajudicial, se os separandos não tivessem filhos menores ou incapazes (Lei nº 11.441/07).

Na separação judicial litigiosa, havia espaço para o debate em torno da culpa pelo fim do casamento. Em resumo, o cônjuge poderia imputar ao outro a responsabilidade pelo descumprimento dos deveres conjugais com a consequente aplicação de uma sanção (tema que falaremos a seguir).

Com a aprovação da PEC, fica definitivamente *banida do sistema a separação de direito*, seja ela judicial (arts. 1.571 e ss. do CC) ou extrajudicial (Lei nº 11.441/07).

Isso porque, em que pesem as respeitáveis opiniões em contrário<sup>1</sup>, após a introdução do divórcio no Brasil em 1977, a separação de direito (primeiramente a judicial e depois a extrajudicial) passou a ser um meio para o fim do casamento e não um fim em si. Explico. Até 1977, diante da impossibilidade do divórcio, existia no sistema o desquite que permitia o fim da sociedade conjugal e não do vínculo, razão pela qual os desquitados não poderiam se casar. Até então, o desquite era considerado um fim em si, ou seja, um instituto com utilidade e valor jurídico, pois permitia aos cônjuges que, apesar da manutenção do vínculo, houvesse o fim dos deveres conjugais e do regime de bens.

Após a introdução do divórcio no Brasil, o desquite ganha o nome de separação judicial e perde esta qualidade até então existente de “um fim em si”. Isso porque, após a introdução da possibilidade de divórcio no Brasil, a separação judicial passou a ser um meio, uma etapa, para o fim do casamento. Como se, em direito penal, estivessemos diante de verdadeiro ato preparatório para que, decorridos os prazos legais, pudessem os cônjuges se valer da conversão em divórcio.

A compreensão da separação judicial (e após 2007 a extrajudicial) como mero ato preparatório para o divórcio seguia uma lógica: a previsão do art. 226, § 6º, da Constituição, que *não* permitia o divórcio aos cônjuges que, após o casamento, assim o decidissem.

Os prazos de 1 ano (para a conversão de separação em casamento) e de 2 anos (de separação de fato para o divórcio direto) que estiveram presentes na Constituição até a Emenda nº 66, indicavam o valor jurídico da norma em vigor: não se pode extinguir o casamento por simples vontade das partes antes destes prazos, pois para a Constituição brasileira entendia-se que tais prazos eram necessários à reflexão do cônjuges.

Diante desta lógica constitucional, em que haveria dificuldades para a extinção do casamento em razão dos prazos necessários para o divórcio direto e indireto, a separação, como um meio em si, tinha sua lógica e seu valor amparados na Constituição.

Dentro desta lógica, a regra do art. 1.574 do CC, pela qual os cônjuges só poderiam se valer da separação consensual após um ano de casamento, era adequada ao sistema constitucional que se valia de prazos (necessários ao divórcio) como forma de exigir uma reflexão dos cônjuges e evitar um fim “precipitado e impensado” do casamento.

E o que mudou com a edição da Emenda nº 66? Mudou o valor contido na norma constitucional. Os prazos impostos na Constituição para que se evitasse um fim “precipitado e impensado” do casamento desapareceram do sistema, emancipando o cidadão brasileiro, que terá direito de se casar em um dia e de se arrepender no dia seguinte.

Não se trata de banalização do casamento, mas de maturidade do sistema jurídico que, em 33 anos, passou de “antidivorcista” para “divorcista” com prazos e, finalmente, para divorcista sem restrições. A emenda decorre de um valor novo: o casamento passa a ser fácil e rapidamente dissolúvel e os cônjuges responsáveis por seus atos,<sup>2</sup> já que não há na lei a tutela do cidadão (representada pelos prazos exigidos para o divórcio direto e indireto).

Diante da mudança do valor constitucional, o fim divórcio pode ser atingido sem o meio separação judicial ou extrajudicial, que desaparece do sistema por ser incompatível com o novo valor da norma constitucional.

Seria crível imaginar a manutenção do art. 1.574 no sistema, ou seja, que os cônjuges para se separarem consensualmente (pondo fim apenas à sociedade conjugal) necessitem de 1 ano de casamento e para divorciar (pondo fim ao vínculo) não necessitem de prazo?

A resposta é negativa. A separação judicial e extrajudicial (meios) para que se chegue ao divórcio (fim em si) perde o amparo constitucional com a Emenda nº 66, que aboliu os prazos chamados de reflexão, prazos estes impostos apenas em uma fase de transição que durou 33 anos (do sistema “antidivorcista” para o sistema “divorcista”).

Em texto veiculado pela Internet<sup>3</sup>, afirma o Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos o seguinte:

“Nossa primeira Constituição a dispor acerca dessa matéria foi a de 1934, que, no art. 144, erigiu a princípio constitucional a indissolubilidade do

vínculo matrimonial, como estratégia para dificultar a introdução do divórcio em nosso país, acrescentando, no parágrafo único, que ‘a lei civil determinará os casos de desquite e de anulação de casamento(...)’. A Constituição de 1937, porém, em seu art. 124, embora tenha mantido o princípio da indissolubilidade, calou acerca do desquite, que, no entanto, permanecia previsto no Código Civil. O mesmo ocorreu com a Carta de 1946, com a Carta outorgada de 1967 (art. 167) e com a EC 1/69: preservação do princípio da indissolubilidade do vínculo e silêncio completo acerca do desquite, que, como notório, sobrevivia soberanamente apenas na legislação ordinária (Código Civil de 1916). Ao que se sabia, na época, ninguém sustentou a tese de que, pela circunstância de que a Constituição deixara de contemplar o desquite dentre seus dispositivos, esse instituto fora abolido. E isso pela singela razão de que o desquite continuava previsto no Código Civil. E isso bastava!”

A lição defendida, em nosso sentir, revela-se equivocada. Isso porque, para interpretar o instituto do desquite e toda a legislação anterior à lei do divórcio (seja a própria Constituição ou a legislação ordinária), deve-se partir da premissa de que o desquite era um fim em si.

Não se tratava de passo para algo então inexistente, ou seja, o divórcio. Exatamente por isso a mudança constitucional não aboliu o instituto do desquite, pois não houve qualquer mudança de valor com a edição da Constituição de 1937. Frise-se: nas palavras do próprio Desembargador Brasil Santos, houve a preservação do valor indissolubilidade do casamento.

Portanto, quem viesse a cogitar que, com a mudança da Constituição de 1934 para a de 1937, o desquite fora abolido do sistema, estaria realizando interpretação desprovida de lógica e técnica.

Algo completamente diferente se verifica em 2010. O valor constitucional mudou e a legislação infraconstitucional perdeu seu apoio jurídico. Não se trata de mudança de valor social, mas de valor jurídico!

Assim sendo, com o banimento do sistema, de imediato, alguns artigos do Código Civil passarão por uma leitura, excluindo os termos “separação judicial” ou “separado judicialmente”, mas continuarão a produzir efeitos quanto a seus demais aspectos. São eles: arts. 10, 25, 792, 793, 980, 1.562, 1.571, § 2º, 1.580, 1.583, 1.584, 1.597, 1.632, 1.683, 1.775 e 1.830.

Já outros dispositivos estão definitivamente condenados e devem ser considerados extirpados do sistema. São eles: arts. 27, I, 1.571, III, 1.572, 1.573, 1.574, 1.575, 1.576, 1.577 e 1.578.

Com a mudança constitucional e o desaparecimento do instituto da separação de direito, o divórcio será, ao lado da morte e da invalidez, a forma

de se chegar ao fim do casamento (o que inclui o vínculo e a sociedade conjugal).

Assim, as ações em curso de separação judicial (seja consensual litigiosa) devem ser extintas *sem julgamento de mérito*, por impossibilidade jurídica superveniente do pedido, salvo se já houver sentença prolatada ou as partes concordarem com a conversão em divórcio.

Se houver medida cautelar de separação de corpos em que houver concessão de liminar, permite-se a aplicação do princípio da fungibilidade podendo tais ações serem convertidas em ações de divórcio, já que sua simples extinção pode trazer prejuízos irremediáveis às partes.

A partir da aprovação da PEC, os Tabelionatos de Notas não podem mais lavrar escrituras públicas de separação consensual, pois estas padecerão de vício de nulidade absoluta, por infração ao texto constitucional.

Fica claro, contudo, que as pessoas anteriormente separadas de direito por sentença, quer por escritura, não se encontram automaticamente divorciadas, pois seu estado civil não se alterou pela aprovação da PEC ainda, deverão se valer da conversão da separação em divórcio conforme explicaremos a seguir.

## 2 O Divórcio e suas Modalidades

O divórcio se dará de duas possíveis formas: divórcio consensual litigioso.

Deve-se frisar que sendo o divórcio consensual ou litigioso, este não terá como requisito qualquer prazo de casamento ou de separação de fato. antigo prazo de um ano de casamento necessário para separação consensual (art. 1.574, *caput*, do CC) ou de dois anos de separação de fato para o divórcio direto (art. 1.580, § 2º, do CC) desaparecerem do sistema e, portanto, no que se segue ao casamento qualquer um dos cônjuges pode, isoladamente, propor a ação de divórcio litigioso contra o outro.

Também se estiverem de acordo, podem os cônjuges propor a ação de divórcio consensual ou mesmo buscarem o Tabelionato de Notas para lavratura da escritura pública.

Em inexistindo acordo, a modalidade litigiosa do divórcio permanece como possibilidade de se extinguir o vínculo. Contudo, o réu não terá qualquer tipo de defesa para alegar em seu favor. Não poderá discutir a culpa do cônjuge autor da ação, nem mesmo a questão de prazos de casamento ou de separação de fato, pois esta passou a ser irrelevante com a mudança constitucional.

Vislumbramos apenas a possibilidade de, por meio de reconvenção, o réu pedir a nulidade ou anulação de casamento se provar alguma causa de nulidade ou anulabilidade. Isso porque o réu pode demonstrar que o casamento não pode ser desfeito por divórcio (plano da eficácia), pois estava maculado por um vício que comprometa sua validade (plano da validade). Se a reconvenção for julgada procedente, o casamento será anulado e os cônjuges voltam ao estado de solteiros.

A ação de conversão de separação em divórcio (o chamado divórcio indireto) persiste no sistema para que as pessoas que atualmente não estão divorciadas possam ~~ter o vínculo já que a emenda constitucional não as~~ transformar em divorciadas. Contudo, o prazo de 1 ano previsto para a conversão no *caput* do art. 1.580 do Código Civil não mais existe. Assim, imaginemos que o casal se separou judicialmente ou por escritura pública na véspera da promulgação da PEC. No dia seguinte, tais pessoas podem se valer da conversão sem necessidade de observância de qualquer prazo.

Deve-se concluir a questão que a PEC aprovada não acabou com a noção de sociedade conjugal que permanece intacta no sistema. Ao se casar, surgem a sociedade conjugal e o vínculo. Contudo, se antes era possível terminar-se com a sociedade, mas manter-se o vínculo, atualmente, a sociedade conjugal e o vínculo terminam simultaneamente com o divórcio.

A PEC não altera o conceito ou a existência de uma sociedade conjugal, mas muda apenas a forma de sua extinção.

### 3 A Medida Cautelar de Separação de Corpos

Como se sabe, o sistema processual permite a propositura de medida cautelar de separação de corpos em duas situações.

No sistema tradicional, se os cônjuges estivessem de comum acordo quanto ao fim do casamento, mas ainda não tivessem o prazo de 1 ano de casamento necessário à separação consensual, poderiam propor uma medida cautelar consensual para, após decurso do prazo em questão, se valerem da ação principal de separação judicial. Tratava-se de cautelar satisfativa. Tal possibilidade acabou?

Como não há mais o prazo de 1 ano como requisito para o fim da sociedade conjugal (art. 1.574), a medida cautelar passou a ser desnecessária e inútil, e caberá aos cônjuges a propositura de divórcio consensual.

Atualmente, a medida cautelar de separação de corpos pode ser litigiosa, ou seja, quando em caso de risco, à segurança de um dos cônjuges ou dos filhos, o juiz liminarmente afasta o outro do lar conjugal. Nesta hipótese, após 30 dias de concessão da liminar, caberá ao requerente propor a ação de divórcio e não mais de separação, pois esta desapareceu do sistema. O fundamento será o fim do casamento e não haverá debate de culpa.

Na situação *supra*, em havendo liminar concedida e ação de separação já proposta, mas não sentenciada, admite-se que a ação principal seja convertida em ação de divórcio. Afinal, sua simples extinção sem julgamento do mérito geraria, por consequência, extinção da cautelar, e os prejuízos ao cônjuge requerente seriam manifestos.

A propositura de divórcio após a concessão de liminar em cautelar de separação de corpos não é novidade no sistema, pois em que pesem as controvérsias, os julgados já admitiam tal situação antes mesmo da aprovação da PEC em questão.

### 4 A Culpa Acabou no Direito de Família?

A delicada resposta depende do alcance da pergunta. A culpa acabou para fins de se impedir o fim do vínculo conjugal? A resposta é afirmativa. Acabou o afeto, acabou a comunhão de vidas, acabou o casamento. Após a mudança constitucional, não mais se poderá debater a culpa como forma de proteger a decisão que põe fim ao casamento.

○ divórcio será concedido e o processo não comportará debates em torno do motivo do fim do casamento. A culpa de um ou ambos os cônjuges para a dissolução do vínculo ou para o fim da comunhão de vidas passa a ser irrelevante.

○ debate em torno da culpa, que anteriormente impedia a extinção célere do vínculo e sujeitava, desnecessariamente, os cônjuges a uma dilação probatória das mais lentas e sofridas, acabou definitivamente.

Isso significa que a culpa não mais poderá ser debatida nas ações de direito de família?

Não. E ao leitor que não fique a impressão que a culpa desapareceu do sistema, ou que simplesmente se fará de conta (no melhor estilo dos contos de fada) que o cônjuge não praticou atos desonrosos contra o outro, que não

3 Esta parece ser a orientação mais lógica de acordo com o novo valor constitucional. Contudo, como surgem algumas questões tais como: e aqueles que, eventualmente, não estejam certos do divórcio, ou que por motivos religiosos não aceitem o divórcio, mas apenas a separação, poder-se-ia admitir a possibilidade de permanência no sistema da *cautelária consensual de separação de corpos* e não apenas a ação principal de casamento e no restante da

Não se trata de permitir irresponsabilidade do cônjuge. Só que a partir da emenda constitucional, a culpa será debatida no *locus* adequado em que surtirá efeitos: a ação autônoma de alimentos ou eventual ação de indenização promovida pelo cônjuge que sofreu danos morais, materiais ou estéticos.

O leitor pode estar se perguntando qual é a vantagem da mudança introduzida quando da aprovação da PEC. A mudança é evidente e espetacular. O divórcio se dará de maneira célere e com um único ato (seja uma decisão judicial ou escritura pública nos casos admitidos pela Lei n° 11.441/07) o casamento estará desfeito e os antigos cônjuges podem, agora, divorciados, buscar, em nova união ou casamento, a felicidade que buscaram outrora na relação que se dissolve.

Assim, livres para buscarem sua realização pessoal e felicidade, se necessário, que passem anos discutindo a culpa em uma morosa ação de alimentos ou de indenização por danos morais.

Sim, discuta-se a culpa, mas não mais entre cônjuges (presos por um vínculo indesejado) e sim em ações autônomas, entre ex-cônjuges.

#### 4.1 Culpa e Alimentos

Enão cabe uma pergunta: se houver descumprimento dos deveres do casamento, tais como fidelidade recíproca, mútua assistência moral e material, qual será a sanção imposta ao cônjuge culpado?

A sanção se dará em matéria de alimentos. Isso porque não acreditamos que o art. 1.704, parágrafo único, do Código Civil, tenha sido revogado ou alterado pela emenda constitucional. Na ação de alimentos, há uma sanção ao cônjuge que descumpra seus deveres conjugais, qual seja, a perda dos alimentos que lhe garantiriam a manutenção do padrão de vida até então existente. O cônjuge culpado continua sendo punido em termos alimentares e só receberá os alimentos mínimos à manutenção se não puder prover seu sustento, nem tiver familiares que possam provê-lo.

Tal debate deverá ocorrer na ação de alimentos em que marido e mulher são partes, o que não afetará em nada e não atrasará a decisão do divórcio.

#### 4.2 Culpa e Indenização

Também não se pode afirmar que caso um dos cônjuges cause danos ao outro, a culpa não poderá ser debatida em ação indenizatória. Isto porque se houver ofensas físicas ou morais, agressão aos direitos de personalidade, o cônjuge culpado responderá civilmente.

O inocente, vítima do dano, terá assegurado seu direito à indenização cabal.

Novamente, a questão não poderá ser discutida na ação de divórcio (da qual a culpa foi banida) e será objeto de ação indenizatória perante as varas cíveis, o que não impedirá a decretação de segredo de justiça a ser requerido pelas partes.

Sim, discuta-se a culpa, mas não mais entre cônjuges (presos por um vínculo indesejado) e sim em ações autônomas, entre ex-cônjuges.

#### 4.3 Culpa e Sobrenome

Uma questão pode ainda gerar dúvidas na doutrina: a questão da perda do sobrenome pelo cônjuge culpado. Isso porque determina o art. 1.578 do Código Civil que:

“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.”

Enão surge a pergunta: se a culpa deixar de ser discutida na ação de separação judicial, como se dará a perda do sobrenome? Algumas ponderações, ainda que iniciais e sujeitas à crítica, devem ser feitas.

A perda do sobrenome em decorrência da culpa é algo que, em princípio, fere direito de personalidade. O direito ao nome, por contar com a proteção direta do Código Civil, e indireta na Constituição Federal (art. 5º), conta com hierarquia e características (irrenunciabilidade, imprescritibilidade) que o imunizam contra a conduta culposa do agente. Em suma, para tal mister, é irrelevante a conduta culposa do cônjuge.

Na realidade, a perda de uso do sobrenome comporta exceções amplíssimas, exatamente para a proteção do direito de personalidade. Assim vejamos.

Não haverá perda se houver evidente prejuízo para a identificação do cônjuge culpado. É o caso de pessoas de renome que são conhecidas no meio em que trabalham ou convivem. Assim, poucas pessoas conhecem Marta

Teresa Smith de Vasconcelos, mas certamente muitos conhecem Maria Suplicy, que recebeu o sobrenome a partir de seu casamento com o Senador Eduardo Suplicy em 1964. Ainda que a ex-prefeita e ministra tenha tido culpa quando do fim do casamento, poderia ela perder o direito de uso do sobrenome? O sobrenome Suplicy é dela ou apenas de seu ex-marido Eduardo? Podemos lembrar outras pessoas; Lucinha Lins (nascida Lúcia Maria Werner Vianna cujo Lins veio com o casamento com o compositor e cantor Ivan Lins); Lygia Fagundes Telles (que nasceu Lygia de Azevedo Fagundes e tornou-se Telles quando do casamento com o Eminent Professor e Jurista Gofredo da Silva Telles Jr. no ano de 1950).

Ainda, não haverá a perda do uso do sobrenome do inocente, se houver manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida. Há casos em que o filho tem apenas o sobrenome paterno e não o materno. Se a esposa culpada perder o direito de uso do sobrenome do marido, haveria nítida distinção, o que poderia gerar eventualmente prejuízos aos filhos.

Por fim, não há perda se houver dano grave reconhecido na decisão judicial. A locução é amplíssima e a ofensa a um direito de personalidade, em meu sentir, é um dano grave.

Em resumo, o cônjuge culpado não perde o direito de usar o “sobrenome do outro”, porque, na realidade, o sobrenome é seu mesmo, já que passou a integrar seu nome quando do casamento. Trata-se de nome próprio e não de terceiros. A perda do sobrenome em decorrência da culpa é anacronismo, que revela afronta ao direito de personalidade, e que chegará ao fim em boa hora.

Assim, a questão do sobrenome não será obstáculo ao fim do debate da culpa em ação de extinção de vínculo conjugal.

#### 4.4 Cúlpaa e Anulação de Casamento

Com relação aos efeitos do casamento putativo, dúvida não há que a PEC do Divórcio em nada altera a disciplina do art. 1.561 do Código Civil, que assim dispõe:

“Art. 1.561. Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória.”

Isto porque em se tratando de anulação de casamento, o tema em voga

da vida. É a boa-fé em sentido psicológico (*guten Glauben*). Não se trata de culpa como inobservância de um dever de cuidado.

O debate para fins de putatividade é o seguinte: “Você conhecia ou não o vício que inquinava o casamento?” Se a resposta for afirmativa, o cônjuge agiu de má-fé e não receberá os efeitos do casamento válido. Se desconhecia, agiu de boa-fé e receberá tais efeitos. Note-se que não se trata de debate de culpa e, por isso, nada se altera com a PEC aprovada.

#### 4.5 Culpa e Sucessões

Uma das sanções que o Código Civil trazia ao cônjuge culpado dizia respeito ao direito das sucessões. Assim determina o Código Civil que:

“Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.”

O debate da culpa permitia que apesar da separação de fato ter ocorrido há mais de dois anos, ainda houvesse participação sucessória se o cônjuge viúvo provasse que a separação de fato se deu por culpa do falecido.

O dispositivo sofria fortes críticas doutrinárias por permitir ao cônjuge supérstite que imputasse culpa ao falecido gerando aos herdeiros o ônus de defendê-lo, muitas vezes sem terem conhecimento dos fatos ou sequer sabermos os reais motivos da separação de fato. A discussão da culpa, criticada em matéria de direito de família, era absolutamente impertinente em matéria sucessória.

Com a emenda constitucional, a culpa é abolida também no debate sucessório, pois se é irrelevante o motivo que levou o casamento acabar, e tal motivo sequer pode ser abordado para impedir o fim do vínculo, motivos não há para sua discussão após a morte de um dos cônjuges.

Da mesma forma, a norma exigia uma separação de fato por mais de 2 anos para que o cônjuge perdesse a qualidade de herdeiro. Buscando-se a teleologia da regra, resta claro que tal prazo mantinha estreita relação com o prazo necessário ao divórcio direto (art. 1.580, §2º). Quem poderia se divorciar em razão da separação de fato, perderia qualidade de herdeiro.

A partir de agora, basta que tenha havido a separação de fato para que possa ocorrer o divórcio e, portanto, qualquer debate de prazos ou de culpa perdeu o objeto em matéria sucessória. O dispositivo de Lei passa a ser lido da

“Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados de direito ou de fato.”

## 5 Conclusões Preliminares

O tema em análise empolga e empolgará os juristas e operadores do direito por anos. Isto porque uma grande mudança estrutural como a que se comenta passará por cuidada análise da doutrina e pelo crivo do Poder Judiciário.

De qualquer forma, em que pesem nossas reflexões serem ainda preliminares e por isso sujeitas à crítica, dúvida não há que assistimos no momento à maior revolução que o direito de família sofreu neste Século XXI e certamente a mais importante verificada desde a promulgação da Constituição Federal de 1988.

**TITLE:** The PEC of Divorce – A Revolution of century in family law matters – The passing of an anti divorce system for the divorced fall.

**ABSTRACT:** In July 2010, with the approval of PEC 28, 2009, which amended the article 226, § 6 of the Constitution, family law in Brazil suffers the biggest revolution of this century. Alongside the enactment 180, January 24, 1891 (civil marriage) of Law 4121 of August 27, 1962 (Married Women Statute) of Law 6515 of September 26, 1962 (Divorce Law) and Federal Constitution of 1988, the PEC 28 of 2009, approved in July 2010, it earned its place in the pantheon of legal institutions that changed the paradigms of family law in Brazil. The changes brought about by new writing are profound constitutional and revolutionary: legal institutions were abolished, new legal systems were created, substantive and procedural law were changed. This article aims to analyze the main changes and guide the understanding of the legal system, not limited to family law, but also entering the law of succession in the civil procedural law and notarial law.

**KEYWORDS:** Divorce. Separation. Family Law.

## Casar ou Não Casar? Dívidas sobre Questões Sucessórias

MARIA BERENICE DIAS

Advogada, Ex-Descembargadora do TJRS, Vice-Presidente Nacional do IBDIFAM.

**RESUMO:** As novas regras do direito sucessório trazidas pelo atual Código Civil – que data do ano de 2002 – acabaram por gerar enormes questionamentos no âmbito do direito matrimonial. Diverso foi o tratamento concedido ao casamento e à união estável, principalmente quando a dissolução decorre da morte. O cônjuge é herdeiro necessário e está em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária. Já o companheiro é apenas herdeiro legítimo, figurando após os parentes colaterais. O mais polêmico instituto – o direito de concorrência sucessória – também tem regime diferenciado, a depender da natureza do vínculo que une o casal. No casamento está condicionado ao regime de bens, e na união estável não. Além disso, a base de cálculo é diversa, incluindo sobre os bens particulares do cônjuge falecido e sobre os aquestos amecalhados onerosamente pelos companheiros. Todas essas diferenças têm provocado grandes dúvidas e vêm dividindo a doutrina e ensejando o surgimento de jurisprudência divergente. Agora ninguém mais sabe se deve casar ou simplesmente viver junto. Daí a necessidade de figurar as hipóteses mais recorrentes na tentativa de identificar qual é a melhor solução para que seja respeitado o desejo dos noivos não só quando da separação, mas principalmente quando da morte de um deles.

**PALAVRAS-CHAVE:** Sucessões. Casamento. União Estável. Concorrência Sucessória.

É enorme a dificuldade de falar em questões patrimoniais, separação divórcio e morte quando se está vivendo um grande amor. Prever a sua finitude gera ressentimentos, medo e insegurança, como se estivesse sendo posta em dúvida a eternidade das juras feitas. Até parece mau agouro em momento de pura alegria e felicidade. Afinal, o afeto é tão intenso que as pessoas desejam viver juntas para sempre.

Mas compartilhar vidas nem sempre significa querer embaralhar patrimônio ou dividir bens. Antes tudo era bem fácil. Bastava o par eleger o regime de bens via pacto antenupcial ou contrato de convivência. No entanto as desastrosas alterações trazidas pelo Código Civil, principalmente no âmbito