RENATA OLIVA MONTEIRO

**A Emenda Constitucional nº. 66/2010 e a responsabilidade civil nas
relações conjugais**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Prof. Doutor Eduardo Tomasevicius Filho

FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

São Paulo

2014

RENATA OLIVA MONTEIRO

A Emenda Constitucional nº. 66/2010 e a responsabilidade civil nas relações
conjugais

Dissertação de Mestrado apresentada à
Banca Examinadora da Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo,
como exigência parcial para a obtenção do
título de Mestre em Direito Civil.

Área de Concentração: Direito Civil

Orientador: Prof. Dr. Eduardo
Tomasevicius Filho

São Paulo

2014

Nome: MONTEIRO, Renata Oliva

Título: A Emenda Constitucional nº. 66/2010 e a responsabilidade civil nas relações conjugais

Dissertação de Mestrado apresentada à
Banca Examinadora da Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo,
como exigência parcial para a obtenção do
título de Mestre em Direito Civil.

Aprovada em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Paulo e Suzana, por todo o incentivo e por serem exemplos de persistência e sabedoria.

Aos meus irmãos, Patrícia e Rodrigo, por todos os anos de companheirismo.

Ao meu orientador, professor doutor Eduardo Tomasevicius Filho, pelos argutos ensinamentos ao longo destes anos e por todo o apoio durante a elaboração da dissertação.

Ao Paulo, pelas longas discussões jurídicas, pela compreensão e pelo carinho.

À Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, pela oportunidade de frequentar suas arcadas e por toda a contribuição para minha formação jurídica.

A Deus, por tudo.

RESUMO

MONTEIRO, Renata Oliva. *A Emenda Constitucional n.º 66/2010 e a responsabilidade civil nas relações conjugais*. 2013. 177 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

O direito de família brasileiro passou por diversas mudanças nas últimas décadas e, na conjugalidade, tal situação culminou com o advento da Emenda Constitucional n.º 66, de 2010. Trata-se de alteração constitucional que gerou inúmeros questionamentos acerca de questões envolvendo a dissolução do casamento. O presente estudo parte de uma análise histórica que demonstrará as oscilações nos modos de desfazimento do casamento e ajudará a explicar as motivações que levaram à mudança na abordagem do divórcio, trazendo solução às dúvidas que surgiram a partir da aprovação da Emenda. Será analisada a mudança de paradigma ocorrida, em que a culpa foi substituída pelo afeto que, de mero sentimento, passou a ser considerado um valor jurídico apto a ditar os rumos do relacionamento conjugal. Enfrentam-se, então, questionamentos a respeito: (i) da extinção dos requisitos prévios para o divórcio; (ii) dos rumos do instituto da separação judicial e extrajudicial; (iii) da noção de culpa pelo término do casamento; (iv) de como serão tomadas decisões sobre o nome de casado ou alimentos devidos entre cônjuges. Ao final, considerados os novos rumos trazidos ao direito de família pela Emenda Constitucional n.º 66/2010, foi estudada a questão da responsabilidade civil em matéria conjugal, tópico do direito de família no qual ainda é necessária a análise da culpa. Encerrando o trabalho, são trazidas algumas considerações críticas.

Palavras-chave: Emenda Constitucional n.º 66/2010. Culpa no direito de família. Afeto. Princípio da afetividade. Divórcio. Separação. Nome de casado. Alimentos entre cônjuges. Responsabilidade civil nas relações conjugais.

ABSTRACT

MONTEIRO, Renata Oliva. *Constitutional amendment n.º 66/2010 and civil liability in conjugal relations*. 2014. 177 f. Master's Dissertation – Law School, University of São Paulo, São Paulo, 2014.

Brazilian family law has undergone various changes in recent decades, and in the area of conjugality, this situation has culminated in the advent of Constitutional Amendment n.º 66 of 2010. This is an alteration of the Constitution which has generated numerous questions around matters involving the dissolution of marriage. The present study departs from a historical analysis which will demonstrate oscillations in the modes of undoing marriage, and will help to explain the motives which led to the change in approaching divorce, resolving the doubts which arose when the Amendment was approved. We shall analyze the paradigm shift which occurred, where fault was replaced by affection, which went from a mere sentiment to a legal value worthy of dictating the pathways of conjugal relations. We confront doubts with respect to: (i) the removal of prerequisites to divorce; (ii) pathways to the institution of legal and extra-legal separation; (iii) the notion of fault for terminating the marriage; (iv) how decisions will be made regarding the married name or spouses alimony. Finally, considering the new pathways brought by the Constitutional Amendment n.º. 66/2010, we studied the civil liability in conjugal matters, subject in which it is still necessary to analyze the matter of fault. In closing, some critical considerations are set forth.

Keywords: Constitutional Amendment n.º 66/2010. Fault in family law. Affection. Principle of affectivity. Divorce. Separation. Married name. Spouses alimony. Civil liability in conjugal relations.

RESUMÉ

MONTEIRO, Renata Oliva. *Amendement constitutionnel n°. 66/2010 et la responsabilité civile dans les relations conjugales*. 2014. 177 f. Mémoire (Mestrado¹) – Faculté de Droit, Université de São Paulo, São Paulo, 2014.

Le droit de famille brésilien a connu plusieurs changements au cours des dernières décennies et, dans la conjugalité, telle situation a abouti à l'avènement de l'Amendement Constitutionnel n°. 66, daté de 2010. Il s'agit d'un changement constitutionnel qui a soulevé de nombreuses questions au sujet de la dissolution du lien conjugal. Cette étude part d'une analyse historique qui démontrera les oscillations dans les processus de dissolution du mariage et aidera à expliquer les motivations qui ont conduit au changement dans l'approche du divorce, apportant une solution aux doutes qui sont apparus depuis l'adoption de l'Amendement. Il sera analysé le changement de paradigme qui eut lieu, où le sentiment de culpabilité fut remplacé par l'affection qui, d'un simple sentiment s'est avéré une valeur juridique en mesure de dicter le cours de la relation conjugale. On fait face alors à des questionnements à propos : (i) de l'extinction des exigences préalables au divorce ; (ii) des directions de l'institut de la séparation par voie judiciaire et extra-judiciaire ; (iii) de la notion de culpabilité par la fin du mariage ; (iv) de comment seront prises les décisions au sujet du nom de marié ou obligation alimentaire entre le conjoints. En dernier lieu, considérant les nouvelles orientations apportées par L'Amendement Constitutionnel n° 66, de 2010, fut étudiée la question de la responsabilité civile en matière conjugale, sujet du droit de famille dont il est encore nécessaire l'analyse de la culpabilité. Pour conclure le travail, quelques considérations critiques seront présentées.

Mots-clés : Amendement Constitutionnel n°.66/2010. Culpabilité dans le droit de famille. Affection. Principe de l'affectivité. Divorce. Séparation. Nom de marié. Obligation alimentaire entre les conjoints. Responsabilité civile dans les relations conjugales.

[N.d.T.: ¹ Mestrado – équivalent du Master Recherche (M2)]

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 AFETO X CULPA NA DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO	14
1.1 Direito romano	19
1.1.1 Período pré-clássico	19
1.1.2 Período clássico	23
1.1.3 Período pós-clássico	26
1.2 A influência do direito canônico e das Ordenações Filipinas	29
1.2.1 Idade Média	29
1.2.2 Idade Moderna: o Concílio de Trento	32
1.2.3 Brasil colonial	34
1.3 Século XIX no Brasil	39
1.3.1 A influência do direito português	39
1.3.2 Projetos de Código Civil e a Consolidação das Leis Civis	40
1.3.3 Decreto nº. 181/1890	44
1.4 Século XX e início do XXI no Brasil	47
1.4.1 Código Civil de 1916	47
1.4.1.1 Estudo jurisprudencial	50
1.4.1.2 A luta pelo divórcio	60
1.4.2 A Lei nº. 6.515/1977	66
1.4.2.1 Estudo jurisprudencial	69
1.4.3 A Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002	73
1.4.3.1 Estudo jurisprudencial	80
2 A EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 66/2010: CONSAGRAÇÃO DO AFETO	87
2.1 Motivações que culminaram com a alteração constitucional	87
2.1.1 Pressões sociais	88
2.1.2 Breve histórico sobre sua aprovação	92
2.2 O instituto da separação no ordenamento jurídico atual	97
2.2.1 O fim dos requisitos prévios ao divórcio	97
2.2.2 Destino da separação	101

2.2.2.1 Argumentos favoráveis à sua manutenção.....	102
2.2.2.2 Argumentos contrários à sua manutenção	103
2.2.2.3 Nossa opinião.....	105
3 DESTINO DA CULPA NO ROMPIMENTO DAS RELAÇÕES CONJUGAIS NA ATUALIDADE	111
3.1 O fim da culpa pelo término do casamento	111
3.1.1 Reflexos na discussão sobre o nome de casado	115
3.1.2 Reflexos na discussão sobre alimentos entre ex-cônjuges.....	118
3.2 A responsabilidade civil advinda das relações conjugais: intervenção estatal excepcional representativa do afeto com responsabilidade	122
3.2.1 A responsabilidade civil em matéria conjugal	123
3.2.2 O marco representado pela Emenda Constitucional nº. 66/2010.....	135
3.2.3 Autonomia da vontade x intervenção estatal	137
3.2.4 Definição da culpa nesta seara e redefinição da abordagem do assunto	141
4 CONCLUSÃO	151

INTRODUÇÃO

A família é uma das formações históricas mais antigas. Além de essencial ao homem, é a base da sociedade e o local onde o indivíduo formará seu caráter e desenvolverá sua personalidade e seus valores.

Com relação ao ordenamento jurídico brasileiro, assim como ao europeu ocidental anterior à colonização do país – e que influenciou aquele em sua formação –, o direito de família sempre foi ramo caracterizado por diversas oscilações.

Se, no início da colonização do país, a partir da influência do direito da metrópole, o casamento era visto como indissolúvel, visando manter a formação familiar por ele gerada a qualquer custo, só em 1977 passou a ser reconhecida sua dissolubilidade, que foi acompanhada, em contrapartida, de prazos e requisitos prévios rigorosos, além da previsão de sanção ao consorte que tivesse violado os deveres conjugais expressamente previstos.

No tocante às últimas décadas, passou-se de fase em que vigorava um pensamento moralista e patriarcal – sendo grande o intervencionismo estatal e a previsão de culpa na dissolução do relacionamento conjugal – para outra mais aberta, a partir da Constituição de 1988, em que foram superadas discriminações históricas, valorizando-se mais a autonomia privada.

Destacam-se as novas formações familiares possíveis, reconhecidas expressa ou implicitamente pela atual Constituição, como a família advinda de união estável, a monoparental, assim como o reconhecimento da união homoafetiva, dentre outras.

Esta mudança por que passou o direito de família brasileiro, a partir do reconhecimento da pluralidade e da busca da felicidade pessoal, acarretou reflexos na família constituída pelo casamento, a mais tradicional no ordenamento jurídico até então.

A partir do paradigma do afeto, todos os integrantes da relação familiar passaram a ser individualmente considerados e a ter respeitados seus direitos de personalidade, situação que influenciou diretamente o estudo da dissolução das relações conjugais.

As transformações sociais que ocorreram são notáveis e, em contrapartida, o ordenamento jurídico, caracterizado por uma demora natural na elaboração das leis, não acompanhou o ritmo da sociedade.

A própria Constituição Federal, norma ápice do sistema jurídico, continuou a prever expressamente prévios requisitos para a dissolução do vínculo conjugal, embora os tenha diminuído, se comparada ao texto anterior. Assim, passou a prever prévia separação

de fato por dois anos ou prévia separação judicial por um ano para que pudesse ser decretado o divórcio.

Portanto, quando publicada, a Constituição Federal ainda possuía viés intervencionista com relação à dissolução da família constituída pelo casamento.

Ademais, a regulamentação do assunto no Código Civil de 2002 continuou a prever as três modalidades de separação judicial mencionadas na anterior Lei nº. 6.515/77, conhecida como a Lei do Divórcio, quais sejam, por atribuição de culpa a um dos consortes, por doença mental grave ou por falência do relacionamento.

A aferição de culpa na separação judicial e a previsão de requisitos e prazos prévios para o divórcio, com o tempo, passaram a ser contestadas e deram margem a divergentes opiniões sobre a necessidade de sua manutenção no ordenamento jurídico, mormente se considerado o viés da Constituição Federal, que proclama a igualdade, a pluralidade e a liberdade, somado ao paradigma do afeto, que passou a orientar o direito de família.

Diante da expressa norma constitucional e infraconstitucional sobre o assunto em contraste às mudanças ocorridas na sociedade e ao anseio por maior autonomia na decisão sobre o fim do relacionamento, coube à doutrina e à jurisprudência a tarefa de tentativa de adequação desta diversidade entre o fato social e a legislação positivada.

Assim, enquanto alguns continuaram a aplicar as normas legais da maneira como expostas nos textos legais, outros passaram a questionar a constitucionalidade na aferição de culpa na dissolução das relações conjugais, o que representaria indevida ingerência na esfera privada do casal.

Diversas eram as opiniões e os julgamentos dos casos concretos, situação que gerava instabilidade jurídica e descrédito no Poder Judiciário e Legislativo.

Ademais, a previsão constitucional sobre o tempo de separação de fato ou jurídica como requisitos prévios para o divórcio, embora fosse contestada por parte doutrina, era estritamente observada no julgamento dos casos concretos, porquanto escrita na norma ápice do ordenamento jurídico, que conforma todo o restante da legislação.

A fim de solucionar a questão, juristas de renome pertencentes ao Instituto Brasileiro de Direito de Família elaboraram Proposta de Emenda Constitucional que foi apresentada pelo então deputado Antônio Carlos Biscaia, culminando com a aprovação da Emenda Constitucional nº. 66/2010. Finalmente, eliminaram-se os prévios requisitos para o divórcio, demonstrando diminuição da intervenção do Estado na vida íntima do casal e privilegiando sua autonomia.

Muito comemorada a aprovação da referida Emenda, que extirpou os prazos e requisitos necessários para o divórcio, aumentando a autonomia privada do casal nesta seara e finalmente consagrando o paradigma do afeto nas relações conjugais.

A inovação chancelou a maior liberdade ao casal para ditar os rumos do fim de seu casamento, que não mais precisaria esperar prazos prévios, diminuindo o intervencionismo anteriormente existente, o que é salutar, mas, como qualquer outra, trouxe inúmeros questionamentos sobre questões reflexas à dissolução do casamento.

Longe de pacificar o tema, a Emenda em comento, embora tenha representado uma grande mudança em relação ao sistema anterior, consagrando o afeto no casamento, representou o início de uma nova fase que trará novas indagações e precisará dos ensinamentos e reflexões da doutrina e da conformação prática dada pela jurisprudência.

Assim, passa a ser questionado o instituto da separação de direito, se ainda teria validade e eficácia no ordenamento jurídico ou se, ao contrário, teria sido dele eliminado a partir da Emenda em comento ou, de outra sorte, se seria viável sua manutenção na atual fase do direito de família.

Também passam a ser travadas discussões sobre o destino da culpa na dissolução do casamento, que outrora era bastante considerada e tinha reflexos em questões como atribuição de guarda dos filhos do casal, manutenção do nome de casado, alimentos ao cônjuge necessitado e, até mesmo, na questão acerca da responsabilidade civil no âmbito conjugal.

Assim, debatem os juristas sobre sua manutenção ou não no atual ordenamento jurídico e sobre a viabilidade de sua discussão com relação aos reflexos que outrora gerou.

O presente trabalho visará, partindo de análise retrospectiva sobre o assunto, verificando-se as oscilações ocorridas na sociedade brasileira, chegar à contemporaneidade explicando as modificações ocorridas até então e o que significou a promulgação da Emenda Constitucional nº. 66/2010 para o estudo sobre a dissolução do casamento.

Primeiramente, serão vistos alguns conceitos que importam ao tema, como afeto e culpa, para que seja demonstrado de que maneira influenciaram na dissolução do casamento.

Diante de sua importância ao direito civil brasileiro, o estudo será iniciado pelo direito romano, abrangendo seus três períodos históricos, em que pese não se descarte a importância das demais formas de direito que o antecederam¹ ou que com ele conviveram.

¹ Com relação ao casamento primitivo, por exemplo, vide: COSTA, Carlos Celso Orcesi da. *Tratado do casamento e do divórcio: constituição, invalidade, dissolução*. v. I. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 2-24.

Posteriormente, será analisado o tema no período da Idade Média e Idade Moderna em alguns países da Europa ocidental, que de certa forma influenciaram o Brasil, chegando-se finalmente à evolução do assunto no país, em algumas de suas fases, quais sejam, período colonial, séculos XIX e XX e, por fim, nos desdobramentos advindos a partir da Constituição Federal de 1988.

Na medida do possível, serão analisados os períodos mais significativos ao presente tema, sem observância de uma rígida sequência histórica, que foge ao presente trabalho, levando-se em consideração que a análise da história é de fundamental importância ao entendimento das presentes aspirações da sociedade, refletindo diretamente na elaboração, aprovação e interpretação das leis.

Ademais, muitas vezes, uma abordagem específica se iniciará em determinado período histórico, terminando em outro, o que será, na medida do possível, exposto no presente trabalho, ressaltando-se que não houve uma linearidade, mas oscilações nos diferentes períodos analisados.

Será analisado de que maneira a previsão de causas culposas culminavam com o rompimento da união, em uma tentativa de dificultar o término do relacionamento, seja porque o casamento era visto como sagrado, seja porque era considerado como a base da família e, portanto, do Estado, em uma visão mais moralista da sociedade.²

Assim, será verificado que no Brasil, em um passado não tão remoto, era prevista a indissolubilidade do vínculo gerado pelo casamento, somente se permitindo a separação do casal se demonstradas expressamente causas culposas da falência deste, mas sem rompimento do vínculo.

Posteriormente, admitida a dissolubilidade do vínculo no final da década de setenta do século passado, a culpa pelo rompimento do casamento ainda era bastante considerada, gerando reflexos em diversos aspectos.

Será visto que a Constituição Federal de 1988 representou bastante avanço com relação à previsão de direitos fundamentais, reconhecendo a igualdade de gêneros e a

Em suma, o autor ensina, primeiramente, que, no princípio, não poderíamos sequer falar em família, casamento e sociedade como conhecidos nos dias atuais, baseando-se as relações apenas pelo extinto. Dito isto, explica que o casamento primitivo baseava-se na união sexual, sendo o “divórcio” espontâneo. A partir da formação da sociedade, com o desenvolvimento intelectual do homem, fala-se em casamento primitivo social, que tinha como base o afeto e uma tendência à união monogâmica e o “divórcio” passou a ser reprimido pela coerção moral, embora, ressalta o autor, fosse mais livre do que em qualquer fase jurídico-social posterior.

² Observa-se que não serão analisadas as situações de nulidade ou anulabilidade do casamento, por demandarem estudo mais aprofundado, incompatível com o escopo do presente trabalho.

possibilidade de diversas formações familiares, além de dar ênfase à solidariedade e à dignidade da pessoa humana.

Demonstrar-se-á o pouco impacto do Código Civil de 2002 no que se refere à dissolução do casamento, na medida em que manteve quase que exclusivamente as previsões da Lei do Divórcio, observada a modificação constitucional. Continuou a mencionar três tipos de separação judicial litigiosa possíveis, dentre as quais constava a separação-sanção, com atribuição de culpa a um dos consortes.

O tema é interessante na medida em que o intervencionismo até há pouco existente na dissolução do casamento não mais atendia aos anseios da sociedade brasileira, de maneira que a Emenda Constitucional nº. 66/2010 veio para romper de vez com o paradigma anterior, consagrando definitivamente o afeto e representando um verdadeiro marco no direito de família contemporâneo.

A partir desta constatação, serão estudadas as consequências que a mudança constitucional acarretou na matéria envolvendo a dissolução do casamento e em algumas questões reflexas, destacando-se o tema da responsabilidade civil em matéria conjugal.

Neste último caso, a possibilidade de ingressar com ação de reparação de danos por ato praticado na constância do casamento remete à ideia de afeto com responsabilidade, evitando-se intervencionismos desnecessários, mas assegurando que as relações conjugais permaneçam hígidas e, principalmente, que se evite um retrocesso no que se refere à subjugação da mulher, historicamente discriminada.

1 AFETO X CULPA NA DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO

Para que se chegue às motivações que culminaram com a aprovação da Emenda Constitucional nº. 66/2010 e suas repercussões atuais, necessário seja feito um estudo sobre a dissolução das relações conjugais em alguns períodos marcantes da história do direito de família europeu ocidental, que por certo refletem nos atuais anseios da sociedade, assim como do histórico brasileiro sobre o tema.

Para tanto, faz-se necessária a definição de afeto e culpa, conceitos fundamentais ao entendimento do assunto.

A noção de afeto não foi objeto de dicionários jurídicos no passado, porquanto o direito não reconhecia juridicidade ao tema, que era estudado em outros campos do saber, como a psicologia, a sociologia e a filosofia. Atualmente, contudo, necessária a elaboração de um conceito, visto que as relações familiares passaram a se pautar sob o prisma do afeto, gerando reflexos nas relações entre pais e filhos e entre cônjuges, de maneira que o assunto se tornou frequente no direito de família contemporâneo.

Sua menção no direito de família contemporâneo esteve mais ligada à abordagem da relação de filiação, diante do reconhecimento da paternidade socioafetiva, grande conquista da modernidade.³ No presente trabalho, contudo, será trazida esta noção aos relacionamentos conjugais, nos quais o afeto passou definitivamente a ser consagrado a partir da Emenda Constitucional nº. 66/2010.

Assim, necessário definir afeto e culpa, esclarecendo a terminologia usada no presente trabalho, para que posteriormente possa ser demonstrado de que maneira um ou outro exerceram maior influência na dissolução do casamento e quais reflexos advieram desta situação.

Por isso, iniciaremos por uma definição literal, encontrada em dicionário da língua portuguesa. Nestes termos, o afeto pode ser definido como o “sentimento terno de afeição por pessoa ou animal; amizade”; “o objeto dessa afeição”; o “sentimento ou emoção em diferentes graus de complexidade, p. ex., amizade, amor, paixão etc.”; ou, ainda, “um dos três tipos de função mental [As funções mentais se dividem em afeto, cognição e volição]” e, para a psicanálise, como a “expressão qualitativa da quantidade de energia das pulsões e das suas variações [para Freud, seriam reproduções de antigos acontecimentos de

³ Sobre a valorização prática do afeto, o reconhecimento da socioafetividade e o princípio da afetividade, vide: TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil: direito de família*. 6. ed. rev. amp., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 50-53.

importância vital e, eventualmente, pré-individuais]”, derivado do latim *affectus*, que significa estado psíquico ou moral (bom ou mau), afeição.⁴

Sigmund Freud refere-se ao afeto como estado anímico em que a participação do corpo é evidente e intensa, no sentido de propiciar mudanças na expressão facial e circulação sanguínea, por exemplo, sob influência de emoções como a cólera, a dor psíquica e o deleite sexual, que seriam de sua essência. Fala também dos estados afetivos penosos, que propiciam efeitos físicos não próprios da expressão dos afetos, como o desgosto, a preocupação e a tristeza. Assim, os grandes afetos teriam relação com a resistência às doenças infecciosas, bastando, ainda, por si, para ocasionar doenças, assim como os afetos tempestuosos poderiam agravar os estados patológicos.⁵

Michel Foucault, em análise filosófica, fala sobre uma *intensificação afetiva do espaço familiar* a partir do século XVIII, de maneira que a família, aos poucos, se reorganizou a partir de laços mais estreitos. Reconhece, assim, o papel do afeto na família, que se iniciou a partir do referido século, vigorando até os dias atuais.⁶

Giselle Câmara Groeninga, em sua dissertação de mestrado, comenta que, para a psicanálise, o afeto representa qualquer energia psíquica e de impulso que afeta o organismo e traz a definição ao direito de família comentando que

⁴ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 60.

⁵ FREUD, Sigmund. *Um caso de histeria, três ensaios sobre sexualidade e outros trabalhos (1907-1905)*. v. VIII. Rio de Janeiro: Imago, 1996, p. 274-275. O autor salienta que “os afetos, num sentido mais estrito, distinguem-se por um vínculo muito especial com os processos físicos, mas, a rigor, todos os estados anímicos, inclusive aqueles que estamos acostumados a considerar como “processos de pensamento”, são “afetivos” numa certa medida, e nenhum deles carece de manifestações físicas e da capacidade de modificar os processos corporais.

Para Freud, os processos afetivos mais intensos propagam-se para a sexualidade, abrangendo inclusive os efeitos que ocorrem nos afetos em si desprazerosos, como a angústia, o medo ou o horror. O autor utiliza sua conclusão de que os processos afetivos intensos propagam-se para a sexualidade para explicar o efeito patogênico de tais abalos anímicos. Aduz, ainda, que “o efeito sexualmente excitante de muitos afetos que em si são desprazerosos, tais como a angústia, o medo ou o horror, conserva-se num grande número de seres humanos por todas a vida”. Vide: FREUD, Sigmund. *Um caso de histeria, três ensaios sobre sexualidade e outros trabalhos (1901-1905)*. v. VIII. Rio de Janeiro: Imago, 1996, p. 192.

O autor indica que os sintomas patológicos originam-se do afeto “estrangulado”, ou seja, de processos psíquicos suprimidos que não chegam à consciência, de onde surge seu método psicoterapêutico, a psicanálise.

Logo, o autor se refere ao afeto em sua correspondência com os traumas psíquicos, a partir do desvio da elaboração consciente, o que facilitaria a inervação somática, definindo-o, além de “afeto estrangulado”, como “conversão” ou “ab-reação”. Vide: FREUD, Sigmund. *Um caso de histeria, três ensaios sobre sexualidade e outros trabalhos (1907-1905)*. v. VIII. Rio de Janeiro: Imago, 1996, p. 259.

⁶ FOUCAULT, Michael. *História da sexualidade: a vontade de saber*. v.1. Tradução port. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. [Histoire de la Sexualité: La Volonté de savoir]. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988, p. 120-125.

a convivência familiar saudável é o que vai propiciar a experiência afetiva e o equilíbrio dos diversos afetos, com a prevalência do afeto do amor, e suas variantes de solidariedade e cuidado, e o desenvolvimento da capacidade de empatia.⁷

O constitucionalista Sérgio Resende de Barros também traz sua contribuição ao direito de família ao estudar o tema referente ao afeto. Neste sentido, fala sobre a origem do termo, conforme o trecho a seguir:

A atração natural de um para com o outro era chamada pelas tribos latinas de *affectio* ou *affectus*, palavras compostas da preposição *ad*, que significa *para*, e de uma forma nominal do verbo *facere*, que significa *fazer*. O significado literal do termo *affectio* ou *affectus* traduz a idéia de ser feito um para o outro. Significa o fato de ser ou estar *um feito para o outro, mutuamente*. Eis a origem dos termos *afeição* e *afeto* (grifos do autor).⁸

Fala também sobre o direito ao amor como sendo máxima expressão do direito ao afeto, discorrendo que o enlaçamento afetivo da família tende a construir a humanidade pela solidariedade familiar, sendo os direitos humanos da família direitos difusos que não podem ser negados a nenhum sujeito.⁹

Também se faz importante a definição de afetividade, originada da definição de afeto e objeto de estudos pelos juristas, inclusive elevada à categoria de princípio nos dias atuais. Primeiramente, analisaremos a definição advinda do próprio dicionário da língua portuguesa, a seguir: “qualidade ou caráter de quem é afetivo”; “conjunto de fenômenos psíquicos que são experimentados e vivenciados na forma de emoções e de sentimentos”; “tendência ou capacidade individual de reagir facilmente aos sentimentos e emoções; emocionalidade”. Ainda, afetivo pode ser definido como “relativo a afeto ou a afetividade”; “que tem ou denota afeição; afetuoso”; “relativo aos afetos; aos sentimentos”, enquanto que a afeição é a “ligação afetiva; sentimento amoroso em relação a; afeto, afeiçoamento”.¹⁰

Nos dias atuais, portanto, fala-se em princípio da afetividade, no sentido de “princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas, de natureza cultural ou sociológica, com primazia sobre a origem biológica, principalmente

⁷ GROENINGA, Giselle Câmara. *Uma análise interdisciplinar da (in)operabilidade do conceito de culpa no direito de família*. Dissertação de mestrado. São Paulo: USP, 2007, p. 45-48.

⁸ BARROS, Sérgio Resende de. *A monetarização do afeto*. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/a-monetarizacao-do-afeto.cont>>. Acesso em: 14 set. 2013.

⁹ Sérgio Resende de Barros. *Direitos humanos e direito de família*. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/direitos-humanos-e-direito-de-familia.cont>>. Acesso em: 13 set. 2013.

¹⁰ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 59 e 60.

na filiação”. Nestes termos, tem-se como base a função da família de realização da comunidade afetiva, situação verificada a partir do século XX, em que foi superada a família patriarcal, assim como a tendência do que se denomina de repersonalização, ou seja, a família vista sob a perspectiva das pessoas que a integram.¹¹

Nestes termos, pode-se falar em afeto aplicado ao direito de família e, mais especificamente, para fins do presente tema, ao rompimento dos relacionamentos conjugais, no sentido de emoção determinante para que isto aconteça, independentemente de fatores externos que impeçam ou dificultem o término do casamento.

Ainda, acrescenta-se que, na contemporaneidade, o princípio da afetividade toma frente, no direito, a este afeto considerado juridicamente, configurando-se em sua representação moderna elevada acertadamente à categoria de princípio jurídico.

Importa, ademais, a definição de culpa no direito de família que, no casamento, mais se aproximou da ideia de “causas culposas” de sua dissolução.

Causa é “o motivo, a razão, o princípio, o fundamento, ou seja, tudo aquilo que motiva ou faz com que a coisa exista ou o fato aconteça”. Já a culpa é “derivado do latim *culpa* (falta, erro cometido por inadvertência ou por imprudência), é compreendida como a *falta* cometida contra o *dever*, por ação ou por omissão, procedida de ignorância ou de negligência”.¹²

Em sua obra sobre a responsabilidade civil, José de Aguiar Dias define a noção de culpa, partindo da “concepção do fato violador de uma obrigação (dever) preexistente. Esse fato constituiu o ato ilícito, de que é *subtractum* a culpa. Esta o qualifica”. Continua o autor:

[...] ficou-nos a noção de culpa genérica, que se desdobra em dolo e culpa propriamente dita; aquele não é o vício de vontade, mas o elemento interno, que reveste o ato da intenção de causar o resultado, ao passo que na culpa, em sentido estrito, a vontade é dirigida ao fato causador da lesão, mas o resultado não é querido pelo agente. A culpa é a falta de diligência na observância da

¹¹ TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; e GALDINO Flavio (Org.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro; São Paulo: Elsevier, 2011, p. 48 e 50.

¹² SILVA, Oscar Joseph de Plácido e. *Vocabulário jurídico* (edição universitária). Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 408 e 589.

Vide também: CORNU, Gérard. *Vocabulaire Juridique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1990, p. 120 e 348. É descrito o significado de causa a seguir: “Lat. *causa*: raison, cause, procès”. Par ext. *fondement, *motif, *raison; se dit, relativement à un effet de droit, du fait auquel la loi attaché la vertu de produire cet effet et qui justifie l’application d’une règle (cause juridique). Ex. cause de nullité d’un acte, cause d’interruption de la prescription, cause d’irresponsabilité, cause de divorce”. E continua o autor sobre a definição de culpa, *faute* em francês: “Lat. *Fallita*: action de faillir”. Acte illicite supposant la réunion: 1/d’un element *matériel, le fait originaire (lequel peut constituer en un fait positif- faute par commission- ou en une abstention- faute par omission); 2 d’un element d’illicéité, la violation d’un devoir, la transgression du Droit (loi, coutume, etc);”. E exemplifica o autor: “Faute conjugale constituant une cause de divorce”.

norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado, não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das consequências eventuais da sua atitude.¹³

Não iremos utilizar a palavra “culpabilidade”, porquanto pensamos que não traduz exatamente o que queremos demonstrar. Isto porque esta “possui o sentido de indicar, em acepção estrita, o estado da falta ou violação considerada como condição para imputabilidade da responsabilidade penal ou civil” e “da verificação da culpabilidade, então, é que decorre o princípio da responsabilidade, seja civil ou seja penal”.¹⁴

Pois bem, em alguns períodos, será observada a necessidade de se comprovar a violação de um dever preexistente referente ao relacionamento conjugal para que este pudesse ter seu término reconhecido, ou seja, o motivo da dissolução seria esta falta cometida. Ver-se-á que tal situação existiu tanto em alguns períodos em que o vínculo matrimonial era indissolúvel, em que as causas culposas ensejavam a separação de corpos apenas ou o desquite, como naqueles em que era aceita sua dissolução.

Por fim, a expressão “relações conjugais” foi escolhida, porquanto o presente tema tem em vista a análise da Emenda Constitucional nº. 66/2010, assim como da responsabilidade civil que pode advir de ação ocorrida durante o casamento. Não se nega a importância das demais formas de constituição familiar existentes no passado e atualmente,¹⁵ como a união estável, a família monoparental, entre outras. Não se deve esquecer, contudo, de que o casamento ainda é, no Brasil, o modelo mais tradicional,¹⁶ motivo pelo qual se demonstra a importância da análise. Ademais, a conclusão a que se chegará poderá ser estendida às demais formações familiares envolvendo um casal, no que couber.

Deve-se salientar, neste contexto, a atual conquista dos casais homossexuais, que passam a ter a união estável reconhecida, assim como o direito de se casar, a partir das interpretações dadas ao assunto diante do entendimento do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4277 e na Arguição de Descumprimento de

¹³ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 12. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 121-122.

¹⁴ SILVA, Oscar Joseph de Plácido e. *Vocabulário jurídico* (edição universitária). v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 591.

¹⁵ Para um maior detalhamento sobre a pluralidade das relações familiares, ver: DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 40. A autora fala em famílias plurais, dizendo que, nos dias atuais, há modelos de família que se afastam daquele tradicional constituído pelo matrimônio. Aduz que “a convivência com famílias recompostas, monoparentais, homoafetivas permite reconhecer que ela se pluralizou; daí a necessidade de flexionar igualmente o termo que a identifica, de modo a albergar todas as suas conformações”.

¹⁶ Concluindo neste sentido: HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. *Direito civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 23-24.

Preceito Fundamental nº. 132, que reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo. Frise-se também a resolução nº. 175, de 14 de maio de 2013, do Conselho Nacional de Justiça, que dispôs sobre a obrigatoriedade dos cartórios de celebrar o casamento civil ou converter a união estável neste entre pessoas do mesmo sexo.

Tal situação demonstra que o afeto é que prepondera nas atuais conformações familiares¹⁷, livres de preconceitos de outrora, motivo pelo qual o estudo sobre o casamento na atualidade ainda possui grande interesse.

Ressalta-se, mais uma vez, que não houve uma linearidade histórica com relação ao assunto, mas oscilações, de maneira que foram selecionados alguns períodos mais significativos para a compreensão do presente tema.

1.1 Direito romano

1.1.1 Período pré-clássico

O direito romano pré-clássico possui como características o formalismo, o materialismo e a atuação dos jurisconsultos na construção do *ius ciuile*. Este último era constituído por normas costumeiras e alguns poucos preceitos legais, como a Lei das XII Tábuas, sendo o direito criado conjunto jurídico, pelos jurisconsultos romanos.¹⁸

Em que pese este espírito formalista, o casamento no âmbito romano era considerado um fato social, mais do que uma relação jurídica, ou seja, baseava-se na plena consciência de ambos os cônjuges de que sua união o caracterizava (*affectio maritalis*). Esta união de vida possuía como pressupostos, portanto, a consciência do casamento, que induz a uma união vitalícia, monogâmica, realizada em comunidade de vida, e a associação doméstica, cujo fim nobre era a constituição de descendentes de pleno direito.¹⁹ A matéria, nesta época, era tratada incidentalmente, ou seja, mencionava-se o casamento quando se estudavam institutos a ele relacionados, não sendo comum a dedicação exclusiva ao assunto.²⁰

¹⁷ Discorrendo sobre afeto e culpa nas relações jurídicas, vide: MALUF, Adriana Calda do Rego Freitas Dabus. *Direito das famílias: amor e bioética*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 18/30.

¹⁸ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 14. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 72-73.

¹⁹ KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução port. Samuel Rodrigues; Ferdinand Hammerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1999, p. 317-318. Neste período, o matrimônio segundo o *ius ciuile* (*matrimonium iustum*) pressupunha também que os cônjuges fossem cidadãos romanos ou, ao menos, que o marido o fosse, possuindo *conubium* com a mulher. Os outros tipos somente poderiam ser válidos se compatíveis com o direito estrangeiro.

²⁰ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 14. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 635.

Era bastante comum a referência ao poder marital do *paterfamilias*, tecnicamente a *manus*, representando uma relação jurídica originada de atos jurídicos que demonstravam um poder pleno, abrangendo, até mesmo, o direito de castigar e repudiar a mulher. Na época primitiva, a celebração do casamento e o ingresso da mulher na família do marido estavam jurídica ou faticamente ligados (*conventio in manum*). Apenas com a Lei de XII Tábuas possibilitou-se o matrimônio *sine manu*, ou seja, sem aquisição de *manus* pelo marido, o que, no início, era apenas uma exceção. Após o último século a.C., contudo, baixa rapidamente a ocorrência de casamentos *cum manu*, que se toram raros no período clássico.²¹

Não se deve perder de vista que, embora a celebração do casamento (*nuptiae*) pudesse ser permeada por tradições ricas, criadas pelos costumes, sua validade não dependia disto, porquanto, consoante já ressaltado, bastava a plena comunhão de vida, com intenção de união como casal.²²

Nestes termos, o conceito de casamento romano era um só, podendo ele ser ou não acompanhado de um ato solene, de maneira que era instituto que diferia da *conuentio in manum*, sendo independente e possuindo finalidade distinta. Enquanto aquele visava criar uma sociedade conjugal, esta última tinha por finalidade o ingresso da mulher em família diferente da sua origem.²³

Com relação à sua dissolução, podia ocorrer nas hipóteses de morte de um dos cônjuges, perda do *conubium* ou divórcio.²⁴ Por ser uma relação fática, que se

²¹ KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução port. Samuel Rodrigues; Ferdinand Hammerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1999, p. 319.

²² Ibid., p. 325-326. A transferência da mulher à família do marido (*conventio in manum*) era um ato jurídico que ocorria pela *confarreatio*, *coemptio* ou *usus*. O autor explica os institutos, mencionando que a *confarreatio* é arcaica, um ato sacral perante 10 testemunhas, consubstanciando-se em ritual complexo que culmina com o sacrifício comum do pão de espelta (*panis farreus*) a *Iuppiter farreus*. A *coemptio*, por sua vez, seria o ato normal para aquisição da *manus*, ou seja, era como se fosse uma *mancipatio*, de maneira que o *paterfamilias* da mulher (ou ela própria, com *auctoritas* de seu tutor, caso *sui iuris*) cedia ao marido o poder sobre ela, em ato perante cinco testemunhas e o *libripens*, por um preço simbólico, pronunciando palavras a fim de que ela não ficasse submetida como um escravo, mas sim passasse à condição de esposa (*uxor in manu*). Por fim, por meio do *usus*, havia aplicação da regra geral de usucapião das XII Tábuas sobre *usus auctoritas*, ou seja, havendo convivência em casamento válido pelo período de um ano, não poderia ser negado o poder marital.

Ressalte-se que não se adentrará nas formas de extinção da *patria potestas* e da *manus*, porquanto ultrapassaria os limites do presente trabalho, não obstante algumas definições possam aparecer ao longo do texto, para elucidar o leitor. Para um estudo detalhado sobre o assunto, vide: ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 14. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 630-633.

²³ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 14. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 643-644.

²⁴ Vide: Ibid., p. 668-669. Não cabe ao presente tema detalhar o instituto do *conubium*. Esclarece-se, porém, resumidamente, que, em sentido lato, constitui-se em hipótese em que o cônjuge sofre *capitis deminutio maxima* (perda do *status libertatis*) ou *capitis deminutio media* (perda do *status ciuitatis*) ou, ainda, quando vai prestar serviço militar, neste último caso sendo objeto de controvérsia. Em sentido estrito, com algumas controvérsias, caracteriza-se pela superveniência de impedimento matrimonial, que pode ocorrer nas

caracterizava pela união consciente dos cônjuges neste intuito, somente se sustentava enquanto esta intenção perdurasse, motivo pelo qual não se fazia necessária a realização de negócio jurídico para o desfazer.

Contudo, são mencionadas algumas formalidades que ocorriam no casamento *cum manu*, ou seja, com transferência do poder marital ao *paterfamilias*. Primeiramente, falava-se em *repudium* quando a dissolução derivava da vontade de apenas um dos cônjuges e em *divortium* quando a vontade era bilateral. No casamento *cum manu*, o *repudium* somente seria possível caso fosse praticada a forma solene contrária à que criou o poder sobre a mulher (*diffarreatio*, no casamento pela confarreação, e *macipatio*, no pela *coemptio*), sendo, por outro lado, desnecessário no casamento *sine manu*, bastando, neste caso, que houvesse propósito firme de se separar.²⁵

Na verdade, contudo, como o casamento se diferenciava da *manus*, infere-se que os supramencionados requisitos de forma somente se referiam apenas a este último. A dissolução do matrimônio, portanto, ocorria independentemente de quaisquer formalidades.

Privilegiava-se, pois, à época, o afeto, demonstrando que, com relação ao tema do casamento, era dada preferência à escolha dos cônjuges, ou de um deles, em detrimento da imposição de requisitos rígidos ou restrições à sua dissolução ou, até mesmo, de seu impedimento absoluto. Ou seja, não mais existindo o sentimento terno de afeição, amor ou paixão, a união poderia ser livremente desfeita, seja por vontade unilateral de um dos consortes, seja pela decisão de ambos. Era, pois, um fato social, aproximando-se do que hoje é considerada a união estável.

Vale dizer que na Roma pré-clássica, para fins de dissolução do casamento, não eram impostos empecilhos, sendo decorrentes de livre decisão do casal. Assim, expostos os conceitos de afeto e culpa, pode-se dizer que o primeiro prevalecia na sociedade da época.

Tal afirmação pode ser comprovada, ademais, porquanto, no período histórico do direito romano, nem mesmo a ruptura dos sponsais obrigava o *sponsus* ou a *sponsa* a casar, podendo ambos romper o casamento sem qualquer tipo de sanção, de maneira que eventual cláusula penal (*stipulatio poenae*) aos sponsais seria desprovida de eficácia.²⁶

hipóteses a seguir: “a) adoção de um cônjuge pelo tutor ou curador do outro; b) adoção do genro ou da nora pelo sogro; c) a mulher de senador ou os pais dela passam a dedicar-se às *ars ludicra* (espetáculos públicos); d) nomeação a senador do marido de uma liberta, ou do pai da esposa de um liberto”.

²⁵ CORRÊA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 105.

²⁶ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 14. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 645.

Isto porque, repita-se mais uma vez, o divórcio da época (*divortium*) consubstanciava-se em acontecimento privado ou fático e não jurídico, ocorrendo por iniciativa de um ou de ambos os cônjuges, que conscientemente desejassem pôr termo à comunidade de vida matrimonial, vigorando a liberdade de se divorciar.²⁷

Max Kaser lembra que a origem do direito de divórcio ocorreu com o repúdio (*repudium*) que, primeiramente, era unilateral ao marido em relação à mulher culpada por adultério ou algum outro delito grave. Já o divórcio sem culpa da mulher parece também ter sido reconhecido neste período, no século III a.C.²⁸

O primeiro exemplo do parágrafo anterior poderia causar alguma estranheza ao apontamento anterior no sentido de que, para fins de dissolução do matrimônio, o afeto prevalecia neste período, pois são mencionadas causas culposas ao repúdio. Contudo, primeiramente, tal situação ocorria apenas nos primórdios do conceito de repúdio. Ademais, em que pese sejam mencionadas estas justificativas, não há notícias de que deviam ser efetivamente provadas em juízo, de maneira que serviam mais a uma explicação moral do que para impedir ou dificultar o término do relacionamento, falando-se mesmo em direito ao divórcio.

Como quase tudo na história, não há constância ou linearidade plena. Deve-se buscar, assim, o conceito que prevalecia no período e, do que foi supramencionado, extrai-se que tanto a união das partes como sua dissolução eram acontecimentos fáticos, que não precisavam da chancela estatal, assim como não demandavam formalidades excessivas para terem validade.

Prevalecia, portanto, a liberdade na dissolução do casamento, bastando que as partes conscientemente manifestassem essa vontade, no momento em que não mais houvesse a *affectio maritalis*, podendo-se concluir que o afeto era predominante no período, para a dissolução da sociedade, ou seja, não mais existindo interesse em permanecerem casados, vigorava a liberdade plena.

²⁷ KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução port. Samuel Rodrigues; Ferdinand Hammerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1999, p. 328.

²⁸ Ibid., p. 328. O autor menciona um exemplo de divórcio sem culpa, por esterilidade e aduz que a existência do repúdio à época pode ser comprovada pelas “fórmulas de divórcio reveladas nos costumes, que parecem figurar até nas XII Tábuas (4,3): *baete foras* (vá-te embora); *tuas res tibi habeto* (leva as tuas coisas); privação das chaves”.

1.1.2 Período clássico

No período clássico, entraram em decadência as características principais da fase anterior, ou seja, materialismo e formalismo, destacando-se a atuação dos magistrados com funções judiciárias, em especial dos pretores urbanos e peregrinos. Em virtude da afluência de estrangeiros, passou-se, a partir da *Lei Aebutia*, a ser formado o *ius gentium*, aplicável a estrangeiros e romanos. Nesta fase, em detrimento do formalismo e do materialismo, eram sancionados os atos praticados sem o cumprimento das formalidades exigidas, privilegiando-se a boa-fé (*fides*) e a lealdade da palavra.²⁹

Esta fase, como a anterior, também foi caracterizada pela não regulamentação do casamento (*matrimonium* ou *nuptiae*). Na verdade, a esta matéria não foi dada a devida atenção pelos estudiosos medievais e modernos, pois foi por muito tempo vista como se seu estudo fosse reservado ao direito canônico.³⁰

José Carlos Moreira Alves menciona que se depreende do *Digesto* que a jurisprudência clássica restringiu-se a solucionar os casos práticos envolvendo as questões sobre casamento, não havendo preocupação com seu estudo dogmático.³¹

À época, eram apenas esporádicos os casamentos *cum manu*, sendo eles substituídos pelos livres de poder no final do período,³² ressaltando-se, mais uma vez, que a *manus* não influenciava em sua constituição, que era livre.

Nestes termos, pode-se falar que os romanos utilizaram-se do “conceito social de matrimônio”, em que a própria sociedade ditava as regras sobre seu início ou fim, não havendo regulamentação jurídica sobre o assunto, bastando a existência da *affectio maritalis* (ou *uxoris*).³³

Na verdade, havia dois requisitos duradouros que deveriam existir no casamento: um subjetivo, demonstrando a intenção de ser marido e mulher, consistente na

²⁹ ALVES, José Carlos Moreira. *Idem*, p. 73-75. O autor lembra que, nesta fase, há destaque na figura do pretor urbano, como *ius honorarium* ou *praetorium*, entrando em decadência a atuação dos jurisconsultos. No principado, relembra que aos dois sistemas jurídicos (*ius ciuile* e *ius honorarium* ou *praetorium*) sobrepõe-se outro, o *ius extraordinarium*.

³⁰ MARCHI, Eduardo C. Silveira. Matrimônio moderno e matrimônio romano clássico – divórcio e “Soneto de Fidelidade”. In: CHINELLATO *et. al.* (Org.). *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao Professor Álvaro Villaça Azevedo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 55-56. O autor explica que muitos romanistas que estudaram sobre o assunto interpretaram o matrimônio romano-clássico sob influência do direito moderno, marcado pela concepção canônico-cristã.

³¹ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 14. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 636.

³² KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução port. Samuel Rodrigues; Ferdinand Hammerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1999, p. 320.

³³ MARCHI, op. cit., 57-58. O autor relembra que havia uma definição social do matrimônio, transformada em relação jurídica. Ademais, relembra que esta *affectio* não significava afeição propriamente dita, mas uma vontade duradoura de se manter em matrimônio.

supramencionada *affectio*, e outro objetivo, que se consubstanciava em atos inequívocos exteriorizando esta intenção como, por exemplo, a constituição de dote, posição social, o chamado *honor matrimonii*.³⁴

Desta forma, sendo o casamento livremente constituído, independentemente de pré-requisitos, também poderia ser livremente desfeito, caso desaparecesse o consenso inicial que o originou, podendo ocorrer pelo dissenso ou ato bilateral dos cônjuges ou pela vontade unilateral de um deles (*repudium*).³⁵

Portanto, o casamento, à época, exigia uma constante manifestação de sua manutenção que, caso inexistente, já o dissolvia, sendo desnecessária a manifestação de uma autoridade competente.³⁶

Neste período, ainda, os esponsais não obrigavam a contrair matrimônio, somente gerando alguns efeitos jurídicos com relação ao impedimento matrimonial entre os noivos e parentes do outro, assim como poderiam dar ensejo a punição, caso fossem contraídos pela segunda vez, vigorando outros esponsais.³⁷

Percebe-se, portanto, que o afeto é que ditava a manutenção ou não do casamento na Roma clássica, privilegiando-se a livre decisão dos cônjuges, não havendo pré-requisitos rígidos para a dissolução do casamento. Este melhor se caracterizava como uma relação fática, mais parecida com a atual união estável do que com o moderno casamento, o qual possui diversas formalidades, tanto para sua celebração como para seu desfazimento.

Verifica-se que isto também ocorria no período pré-clássico, no qual imperava sua livre dissolução, sem restrições ou impedimentos. Nos tempos primitivos, contudo, diante da severidade de costumes, os estudiosos afirmam que tais dissoluções não eram frequentes, embora livres, somente passando a sê-lo a partir da relaxação dos costumes, no final da república, ou seja, já no período clássico.³⁸

³⁴ CORRÊA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 102.

³⁵ Neste sentido, vide: MARCHI, Eduardo C. Silveira. Matrimônio moderno e matrimônio romano clássico – divórcio e “Soneto de Fidelidade”. In: CHINELLATO *et. al.* (Org.). *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao Professor Álvaro Villaça Azevedo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 61. O autor menciona que o matrimônio poderia ser dissolvido com facilidade, bastando que desaparecesse o consenso que o originou.

³⁶ *Ibid.*, p. 62-63. O autor sublinha sua visão, no sentido de que o matrimônio romano clássico possuía conteúdo muito mais ético do que o atual, privilegiando o decoro e respeito humano recíproco, não havendo hipocrisia ou artificialidades. Por fim, em sua página 65, termina comparando esta situação com o “Soneto de fidelidade”, de Vinícius de Moraes, mencionando que, em Roma, o matrimônio poderia, assim como o amor, extinguir-se com o apagar da chama, não sendo indissolúvel.

³⁷ CORRÊA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 102.

³⁸ Neste sentido: ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 670.

Nesta época, contudo, embora fosse privilegiada a vontade dos cônjuges, encontram-se menções à sanção da mulher adúltera, diante do dever de fidelidade conjugal, que era um efeito do casamento imposto ao sexo feminino apenas. As consequências daí resultantes davam-se no âmbito penal, podendo o marido que surpreendeu o adultério, até mesmo, matar a mulher e o adúltero.³⁹

Interessante notar que esta punição existente na Roma clássica não possuía a intenção de manter o casamento ou sancionar uma postura contra ele, mas, principalmente, visava assegurar a honra do marido, demonstrando que a sociedade da época possuía fortes traços de patriarcalismo.

Em dissertação de mestrado, Helmut Steinwascher Neto discorre sobre as Leis Matrimoniais de Augusto, afirmando que teve, basicamente, como principais escopos, estimular o casamento e a procriação, a fim de propiciar estabilidade ao Império, a partir das leis *Iulia de maritandis ordinibus*, *Papia Poppaea nuptialis* (geralmente denominada nas fontes como *lex Iulia et Papia*) e da *Iulia de adulteriis coercendis*.⁴⁰

Tentou-se conter o excessivo número de divórcios que existia à época. Para tanto, modificou-se em termos o regime dos esponsais, equiparando-o ao casamento e limitando sua duração a dois anos. Ademais, instituiu-se o *ius liberorum*, privilégio em razão da quantidade da prole legítima e, também, tornou-se o dote juridicamente obrigatório.⁴¹

O adultério, que não era crime público na República romana, embora moralmente reprovado pelos costumes, sendo considerado praticável apenas pela mulher, passou, a partir da *lex iulia de adulteriis coercendis*, a ser reprimido, mencionando-se, ainda, “o importante (e difícil) escopo de dificultar o divórcio”. Assim, a repressão dele passou da vingança privada para a *res publica*, objetivando-se moralizar a família e garantir a prole legítima. Augusto tornou obrigatória a *repudium* ao adultério comprovado, punindo-se o marido que o tolerasse. As penas à mulher adúltera poderia se caracterizar por exílio, retenção de metade do dote e perda de um terço do patrimônio ao Erário, sendo proibida de contrair novo casamento, equiparando-a à prostituta. O marido condenado, ao contrário, apenas pagava pena pecuniária.⁴²

³⁹ Neste sentido: KASER, Max. *Direito privado romano*, p. 327. O autor comenta sobre a sanção penal pelo adultério, mencionando a *retentio ex dote*, mencionando ainda a *lex Iulia de adulteriis* (18 a.C.), em que o *paterfamilias* da mulher possuía direito prioritário de acusá-la nestes casos.

⁴⁰ STEINWASCHER NETO, Helmut. *A procriação e o interesse da res publica: uma análise das leis matrimoniais de Augusto*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012, p. 136-139.

⁴¹ Ibid., p. 152-166.

⁴² Ibid., p. 184-191 e 204-206. Punia-se principalmente o *adulterium*, considerada a relação entre mulher livre e casada e qualquer homem que não fosse o marido, livre ou escravo; o *stuprum*, relação sexual entre um homem e uma mulher de bons costumes não casada ou viúva ou entre dois homens sem consentimento.

Esta situação demonstra que sociedade da época possuía fortes traços de patriarcalismo, o que não modifica, porém, a análise sobre a dissolução do matrimônio por si só, que se consubstanciava em livre decisão dos cônjuges e, no geral, ocorria automaticamente, tão logo a intenção de viver neste estado desaparecesse. As leis de Augusto, assim, foram instituídas com escopo de conter os casos de divórcio para dar estabilidade ao Império romano por meio da valorização da procriação. Inicia-se, lentamente, período em que de certa forma se punia ato contrário ao casamento.

Nestes termos, com relação ao divórcio (*divortium*) pode-se dizer que, de modo geral, vigorou a liberdade até o final desta época, sendo tal direito intangível e decorrente da natureza do casamento (*libera matrimonia esse antiquitus placuit*), sendo considerada nula qualquer espécie de contrato que o excluísse ou o agravasse, havendo menção, contudo, a algumas restrições para o caso de abuso.⁴³ Para fins de sua dissolução, portanto, prevalecia a decisão dos consortes, demonstrando que o afeto, no sentido de vontade de permanecer junto, ditava sua manutenção.

Como visto, contudo, inicia-se certa intervenção estatal no caso do adultério, para moralizar a família e, principalmente, assegurar a prole legítima e, com isso, gerar estabilidade ao Império.

1.1.3 Período pós-clássico

O período pós-clássico foi marcado pela enorme influência do Estado na elaboração do direito, ao contrário dos dois períodos anteriores. Desaparecem as distinções entre o *ius ciuile*, o *ius honorarium* e o *ius extraordinarium*. Há decadência da cultura jurídica, tornando-se nítida a divergência entre o direito escrito e o aplicado na prática.⁴⁴

Nesta época, passam a ser previstas algumas formalidades necessárias à celebração do matrimônio. A título de exemplo, na Novela LXXIV, cap. 4, de Justiniano, estabeleceu-

mútuo; o *incestum*, relação sexual com parentes e afins; o *lenocinium*, exploração de prostituição que, à época, tinha conceituação ampla como, por exemplo, a do marido que fosse indulgente com a mulher adúltera, tornando obrigatório o repúdio.

Havia interesse público de punir o adultério, podendo até mesmo ser movida ação pública no prazo de quatro meses do divórcio contra a adúltera caso o pai ou marido não o tivessem feito nos 60 dias posteriores. Se a adúltera fosse pega em flagrante, seu pai poderia até mesmo matá-la juntamente com o adúltero e o marido somente poderia matar este último se fosse de baixa condição social, p. 195-200.

⁴³ KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução port. Samuel Rodrigues; Ferdinand Hammerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1999, p. 328. O autor menciona que “esta liberdade de divórcio apenas é inicialmente limitada por sanções de carácter sacral para o caso de abuso e ainda pela tutela dos costumes do censor; também por considerações econômicas, pode o marido, neste caso, ter de devolver o dote”.

⁴⁴ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 75-77.

se que o consentimento dos nubentes deveria se manifestar em instrumento dotal, dentre outras mencionadas. As formalidades existentes, no caso de não serem observadas, eivavam de nulidade o matrimônio.⁴⁵

Há, portanto, algumas alterações na celebração do matrimônio, que passou a exigir a necessária observância de requisitos. Com relação à sua dissolução, também são notadas diferenças, quando comparado aos anteriores períodos.

O dogma cristão influenciou o período, no sentido de ser pregada a indissolubilidade do matrimônio, modificando-se a anterior concepção de divórcio romano. Apesar da influência, não se falava, nesta fase, em impossibilidade de sua dissolução, que apenas foi dificultada. Nestes termos, a partir de Constantino, o divórcio era permitido por causa determinada, cominando-se penas aos divórcios imotivados e dificultando-se novo matrimônio nestes casos.⁴⁶

As Novelas de Justiniano, por exemplo, mencionam punições à mulher que imotivadamente se divorciasse, a quem poderia ser cominada pena de condenação à prisão perpétua em um mosteiro, somada à perda do patrimônio a este último, aos filhos ou pais, situação que, posteriormente, estendeu-se aos homens. Max Kaser menciona, contudo, que ao divórcio de comum acordo (*communi consensu*) não eram cominadas penas, sendo admitido em geral, situação com que discordam os autores a seguir.⁴⁷

Nestes termos, Alexandre Correa e Gaetano Sciascia analisaram as Novelas de Justiniano, mencionando que havia diferentes formas do divórcio no período, que possuíam distinção com relação aos seus efeitos, quais sejam:

(a) *divortium ex iusta causa*, que é um repúdio em casos determinados pela lei, implicando graves sanções a cargo do culpado; (b) *divortium sine causa*, punido

⁴⁵ Para um estudo sobre o assunto, mencionando-se algumas formalidades existentes, vide: ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 641 e 655-656.

O autor menciona que, para a doutrina dominante, “nos direitos pós-clássico e justinianeu, por influência do Cristianismo, a estrutura jurídica do casamento se modificou profundamente – o matrimônio, como ocorre no direito moderno, passa a fundar-se na vontade inicial dos nubentes, desta decorrendo o vínculo conjugal, que, ao contrário do que se verificava no direito clássico, independe da vontade contínua (*affectio maritalis*) dos cônjuges de serem marido e mulher; e vínculo esse que só se dissolve com a morte ou com o divórcio”.

⁴⁶ KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução port. Samuel Rodrigues; Ferdinand Hammerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1999, p. 329. O autor menciona que as faltas graves, por exemplo, eram causas ao divórcio, assim como aquelas que ocorriam sem motivação geravam penas que influenciavam principalmente o dote e as doações matrimoniais.

⁴⁷ Ibid., p. 329. Menciona-se, contudo, que, embora houvesse punições, o divórcio imotivado era válido, falando-se em nulidade apenas na Nov. 134 (de 556). Ademais, o autor lembra que, nesta época, por influência helênica, foi introduzida a carta de repúdio (*libellus repudii*).

mas válido; (c) *divortium ex communi consensu*, que é vedado;⁴⁸ (d) *divortium bona gratia*, que é determinado pelo voto de castidade de um dos cônjuges e não acarreta nenhuma sanção.⁴⁹

Não se contesta a autoridade dos autores supramencionados e, no que se refere à análise do presente tema, importa mencionar que o presente período demonstrou uma fase de transição em que tanto a constituição do casamento como seu desfazimento passaram a exigir requisitos formais e, neste último caso, passa-se a falar em demonstração das causas culposas, que geravam sanções ao culpado.

O divórcio sem causa, ademais, era punido, em uma tentativa de evitá-lo, demonstrando a grande influência da moral cristã, situação que também pode ser demonstrada pela análise do divórcio que tinha como motivo o voto de castidade de um dos cônjuges, em que não havia previsão de sanção.

Diferentemente das fases anteriores, no período pós-clássico, os esponsais multiplicam-se e seus efeitos assemelham-se aos do matrimônio.⁵⁰ Constituíam-se por convenção em que duas pessoas de sexo diverso comprometiam-se a contrair casamento e, nesta fase, o *sponsus* ou a *sponsa* (ou seus *paterfamilias*) que os rompesse sofria sanção patrimonial, acarretando perda das arras esponsalícias.⁵¹

Até mesmo a infidelidade durante os esponsais era punida com as mesmas penas do adultério e, caso fossem contraídos outros esponsais ou outro casamento anteriormente ao rompimento do anterior, cominava-se pena de infâmia. Desta maneira, apenas poderiam ser rompidos nos casos a seguir: morte de um dos *sponsi*; superveniente impedimento matrimonial; concordância do *sponsus* da *sponsa*; ou mediante simples declaração de um dos *sponsi* (*repudium*), caso houvesse justa causa.⁵²

Podemos perceber, desta forma, que, no período pós-clássico, predominava a previsão de causas culposas para a dissolução do matrimônio, dificultando-se o divórcio, por influência do Cristianismo, cominando-se sanções em alguns casos específicos, visando que não fosse incentivado. Tal ocorria, principalmente, nos casos em que algum

⁴⁸ Com relação a este tipo de divórcio, vemos a diferente abordagem dos autores, porquanto, enquanto era considerado como permitido para alguns, como Max Kaser, outros, como o presente, mencionam que era vedado.

⁴⁹ CORRÊA, Alexandre; SCIASCIA Gaetano. *Manual de direito romano*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 106.

⁵⁰ Ibid., p. 102.

⁵¹ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 645.

⁵² Neste sentido, vide: ALVES, op. cit., p. 646. O autor cita exemplos de justa causa para o *repudium* nos esponsais: “Quando se tivesse conhecimento de impedimento matrimonial até então ignorado, ou quando a *sponsa* tivesse má conduta, ou quando houvesse diferença de religião entre o *sponsus* e a *sponsa*”.

dos cônjuges incorria em alguma falta grave ou outra causa específica, fazendo-se presente a ideia de culpa pela falência da relação.

Outrossim, embora não fosse indissolúvel o vínculo conjugal, não mais vigorava a total liberdade para o divórcio imotivado, passando-se a falar em causas culposas que o justificassem, assim como punição ao culpado, somente sendo admitido sem sanção, para alguns autores, caso a decisão fosse tomada de comum acordo. Vemos, portanto, que o presente período caracterizou-se por ser uma fase de transição à época seguinte, em que os dogmas cristãos tiveram influência da matéria, dificultando-se cada vez mais o divórcio.

1.2 A influência do direito canônico e das Ordenações Filipinas

1.2.1 Idade Média

O Cristianismo surgiu no século I, tornando-se religião oficial do Império Romano com o imperador Constantino, no século IV. Com relação ao casamento cristão em moldes semelhantes aos modernos, foram necessários, aproximadamente, quinze séculos para sua constituição. Nestes termos, passou a ser considerado sacramento, deixando de ser controlado pelas famílias, a partir do Concílio de Trento, em 1545 e 1563, já na Idade Moderna, permanecendo inalterado até o Concílio de Vaticano II, em 1962.⁵³

Ressalta-se, porém, com relação à sociedade europeia ocidental, que a Idade Média teve fundamental importância nesta construção, marcado por período religioso em que se buscava resgatar os valores antigos da Igreja e, ao mesmo tempo, visava-se a sua adaptação a uma nova sociedade.

A Igreja Católica passou a pregar um novo tipo de união entre homem e mulher, retirando o casamento do domínio dos laicos e garantindo sua maior influência. Criou-se a ideia de consentimento mútuo e indissolubilidade do vínculo, buscando uma forma espiritual ao casamento, que se aproximava do ideal de pureza da Igreja.⁵⁴

⁵³ SILVA, Carolina Gual. “*Até que a morte os separe*”: casamento reformado nos séculos XI-XII. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008, p. 8-9.

⁵⁴ SILVA, Carolina Gual da. “*Até que a morte os separe*”: casamento reformado nos séculos XI-XII. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008, p. 12. A autora estudou o casamento ao longo dos séculos XI e XII, a partir dos novos ideias da Igreja, consubstanciados pela reforma, fazendo uma análise comparativa entre a documentação religiosa e a literária. Lembra que possuem autores que salientam o caráter espiritual e romântico do casamento à época, enquanto outros enumeram a autoridade como principal aspecto (p. 13-14).

Havia uma postura rígida para que fosse controlada e definida a sexualidade, de maneira a evitar o pecado constituído pelo amor entre homem e mulher, considerado, à época, rival ao amor a Deus.⁵⁵

Ao longo do período, a noção de casamento como sacramento foi se incorporando na sociedade e, embora as fontes literárias ressaltassem sua função social e política, dando-lhe ares seculares, a Igreja conferiu cada vez mais um caráter espiritual à união, ressaltando a necessidade de consentimento mútuo.⁵⁶

Nesta época, o casamento resultava do consenso entre as partes, que declaravam sua vontade em público, na presença de um sacerdote, consumando-se, posteriormente, a cópula carnal. O fato de a Igreja pregar a indissolubilidade de vínculo fazia com que não fosse permitido o divórcio. Em alguns casos de adultério ou tentativa de homicídio, contudo, era permitida apenas a separação de corpos, mediante autorização do bispo.⁵⁷

Pode-se perceber, desta forma, a clara prevalência da noção de causas culposas sobre o afeto, no presente caso, para fins de rompimento da relação conjugal, ressaltando-se que este término apenas poderia ocorrer pela separação de corpos, presentes as motivações que ensejavam descumprimento dos deveres conjugais, porquanto o casamento era indissolúvel, diante da ideia de sua sacralidade.

Eventualmente, poderia haver alguma ofensa praticada por um consorte contra o outro, como, por exemplo, o adultério. Contudo, embora houvesse punições, no sentido de penitência, o vínculo matrimonial sagrado não era desconstituído, constituindo-se em período no qual a previsão de causas culposas para o término do relacionamento, que se iniciou no final do Império Romano, foi salientada e solidificada, como forma de acarretar a separação de corpos do casal. O casamento, contudo, não poderia, nem mesmo nesses casos, ser dissolvido.

Desta forma, não se fechavam os olhos para as ofensas praticadas dentro do casamento, que existiam e eram punidas. Contudo, sua caracterização como uma união espiritual, sagrada, fazia com que os cônjuges jamais pudessem se divorciar, no sentido

⁵⁵ MAYOR, Andréa Soutto. *O amor é uma história: satisfação e complementaridade de papéis no relacionamento conjugal*. Tese de doutoramento. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2007, p. 13-14.

⁵⁶ SILVA, op. cit., p. 57-58, 62, 66. A autora menciona algumas fontes religiosas, dizendo que a noção de casamento como sacramento era ausente em Burcardo, aparecendo timidamente em Graciano, no sentido de mistério, e mais firmemente em Latrão II, sendo finalmente incorporada a partir dos decretais de Alexandre. A autora resume, também, a noção de casamento pela Igreja, nos seguintes termos: “uma união abençoada entre homens e mulheres, leigos, sem relação de sangue que manifestam seu consentimento em viverem juntos e ter filhos”. Ressalta, por fim, que esta concepção de casamento permanece assim definida até o Concílio de Vaticano II, em 1962.

⁵⁷ GOUVEIA, Débora Consoni. *A autoridade parental nas famílias reconstituídas*. Dissertação de Mestrado São Paulo: Universidade de São Paulo, 2010, p. 12.

atual da palavra, de dissolução do vínculo, havendo, no máximo, punição para algumas ofensas, com a conseqüente separação de corpos, em alguns casos mais graves.

O adultério, já mencionado, era considerado uma ofensa tão grave que possibilitava a separação do casal, apesar da indissolubilidade do vínculo, podendo, contudo, haver reconciliação após o pagamento das devidas penitências. Já a fornicação também era considerada ofensa e constituía-se em prática de relações sexuais com viúvas, prostitutas, concubinas ou qualquer tipo de relação ilícita do marido com mulher que não fosse a esposa.⁵⁸

A historiadora Carolina Gual da Silva aponta que existia uma aparente contradição no pensamento da Igreja da época, que sacralizava o casamento, ao mesmo tempo em que apresentava características de secularidade ao tolerar o adultério.⁵⁹ Este, embora fosse punido, por meio do necessário cumprimento de penitências por aquele que o praticou, era tolerado, tanto que não possibilitava o desfazimento do vínculo sagrado do matrimônio.

Na verdade, a mencionada tolerância ocorria justamente em virtude da ideia de sacralidade do matrimônio, punindo-se o adúltero que contra ele se insurgiu, mas não retirando tal caráter ao casamento, demonstrando que o culpado era punido e o adultério era visto como algo contrário ao matrimônio e, portanto, ruim, mas sem força bastante para dissolvê-lo.

Portanto, este é um período em que presente se mostra a tentativa de se manter o casamento, que era tido como sagrado, não podendo ser dissolvido em vida. Os atos ofensivos praticados contra esta instituição sagrada geravam penitências, sendo punidos, embora não dissolvessem o vínculo constituído.

Privilegiavam-se, portanto, a conservação do casamento e a punição dos atos que pudessem o contrariar, em detrimento da vontade do casal, que não era levada em consideração, traço característico dos períodos em que prevalecia a previsão de causas culposas a justificar o desfazimento do casamento que, no presente caso, conforme visto, no máximo poderia acarretar a separação de corpos do casal.

⁵⁸ SILVA, Carolina Gual da. *“Até que a morte os separe”*: casamento reformado nos séculos XI-XII. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008, p. 68, 69 e 71. A autora relembra as penas que poderiam haver, mencionando os quarenta dias a pão e água, durante sete anos, para quem praticasse adultério, considerado uma das ofensas mais graves à época, ensejando, até mesmo, a separação do casal. Ademais, menciona que aquele que cometeu adultério não poderia nem mesmo casar de novo, posteriormente à morte da esposa legítima. Em sua página 72, menciona que, nos decretais de Alexandre, aparecem ameaças de excomunhão ao adúltero.

⁵⁹ Ibid., p. 91. Na página 111, a autora analisa a dualidade entre religioso e secular, à época, mencionando que isto seria a essência da reforma da Igreja entre os séculos XI e XII, em um “vai-e-vem entre o antigo e o novo, o espiritual e o mundano”, mencionando na página 112 que, no período, Igreja e sociedade não mais poderiam ser pensadas de forma separada.

Nestes termos, buscava-se um culpado, na medida em que qualquer ato atentatório ao matrimônio ensejava penitências à parte que o cometeu, de maneira que se visava evitar seu cometimento e consequente enfraquecimento da união do casal. Portanto, neste período, as partes não possuíam liberdade para não mais conviverem com seu consorte e constituir nova união, caracterizando-se pela grande interferência na vida privada da família, ignorando-se por completo a noção de afeto ou livre escolha do casal.

1.2.2 Idade Moderna: o Concílio de Trento

Este período, caracterizado historicamente pelo Renascimento econômico, cultural, político e social, rompeu o antigo monopólio da Igreja Católica gerando crise nela a partir da Reforma Protestante. Por outro lado, foi momento em que desenvolvido o movimento da Contrarreforma, também chamado de Reforma Católica, a partir de 1534, com os papas reformistas, reagindo contra os protestantes. Desta maneira, convocou-se o Concílio de Trento, reafirmando-se dogmas católicos, em uma tentativa de depuração da doutrina.

O Concílio de Trento (1545-1563) definitivamente estabeleceu o matrimônio como um dos sete sacramentos de Cristo, não podendo ser dissolvido no plano religioso. Caso o casal se separasse, por exemplo, estaria impedido de participar da vida católica.⁶⁰

Estabelecida a doutrina do sacramento do matrimônio, já iniciada no período da Idade Média, havia sua descrição nos seguintes termos: “*Matrimonii perpetuum indissolubilemque nexum primus humani generis parens divini Spiritus instinctu pronunciavit*”.⁶¹ Para conservar esta indissolubilidade, eram previstas inúmeras proibições e punições advindas de uma possível ameaça ao vínculo sagrado do matrimônio.

Por exemplo, aquele que dissesse ser lícito ao cristão ter várias mulheres seria excomungado (*canon II*), assim como o seria a esposa ou o marido que deixasse seu consorte adúltero, porquanto o adultério, embora condenado, não possibilitava a dissolução do vínculo sagrado (*canon VII*).⁶²

Desta maneira, pregava-se a monogamia, assim como o adultério não era visto com bons olhos. Caso ocorresse, contudo, não tinha o condão de romper o vínculo estabelecido

⁶⁰ ROMANELLI, Maria Nilsa de Almeida Geraldo. *O que Deus uniu o homem pode separar: casais católicos frente ao processo de nulidade matrimonial*. Dissertação de Mestrado. Ribeirão Preto: Universidade de São Paulo, 2008, p. 20-21.

⁶¹ Vide: *Canones et decreta concilii tridentini ex editione romana a. Mdccxxxiv repetiti*. Tradução Joanne Thoma Guillard. Montereali: Apud J Bianco Impres Episc ET Collegi Exter Miss, 1869, p. 316 e 323.

⁶² O SACROSANTO, e ecunemico concilio de trento em latim e portuguez. Rio de Janeiro: Livraria Antônio Gonçalves, 1864, p. 221 e 223.

pelo sacramento. Podemos perceber que não havia espaço para o afeto para fins de dissolução do matrimônio, de maneira que os consortes não possuíam liberdade para se desvencilharem um do outro caso assim o desejassem, vigorando um regime rígido, no qual não havia espaço para a autodeterminação.

Exemplificando a grande tutela que recebia a família, minando a autonomia das partes e ressaltando a previsão de causas culposas para o término do casamento que era, ademais, indissolúvel, menciona-se que era estipulado que não podia o raptor contrair matrimônio com a mulher roubada, enquanto estivesse em poder daquele. O concubinato, ademais, era punido com gravíssimas penas. Interessante notar que esta punição incidia também ao concubinato do solteiro, em que pese a ênfase fosse dada ao casado, cujo ato poderia inclusive ser considerado como crime. O adultério, ademais, poderia acarretar a excomunhão do adúltero e poderia ser caracterizado, até mesmo, como crime.⁶³

Pode ser notada a enorme influência da Igreja na regulamentação do casamento à época, instituindo-o como sacramento e privilegiando-se a indissolubilidade do vínculo estabelecido por meio da punição dos atos que pudessem atentar contra este sacramento.

Foi um momento, portanto, em que vigorava a previsão de causas culposas, impondo-se penalidades àqueles que pudessem ir de encontro ao sacramento do matrimônio, que era indissolúvel, de maneira que somente era levada em consideração a vontade inicial dos consortes, não havendo mais que se indagar se ainda gostariam de permanecer juntos durante a convivência.

A noção de causas culposas, à época, pode ser notada nas punições previstas pelo Concílio de Trento contra aqueles que descumprissem os deveres matrimoniais. O período em comento, para aqueles países em que prevalecia a religião católica e que, portanto, mais tiveram influência no Brasil colonial, foi um dos mais rígidos e repressores com relação à previsão do casamento, que era indissolúvel. No caso, portanto, o cometimento de alguma falta contra o casamento não possuía o condão de evitar a dissolução do casamento, que nem sequer seria possível, mas punições eram previstas como forma de reprimenda àqueles que contrariavam tal sacramento, servindo de exemplo aos demais.

⁶³ O SACROSANTO, e ecumenico concilio de trento em latim e portuguez. Rio de Janeiro: Livraria Antônio Gonçalves, 1864, p. 247, 249 e 251. Sobre o adultério, descreve-se um trecho da previsão do Concílio: “Querendo pois o santo Concilio acudir com remédios opportunos a tão grande mal, determina, que semelhantes Concubinarios, tanto solteiros, como casados, de qualquer estado, dignidade, e condição que sejam, se, depois de serem três vezes admoestados pelo Ordinario, ainda em razão do seu officio, não despedirem as Concubinas, e se separarem do seu trato, sejam excommungados: nem sejam absolvidos, senão depois que obedecerem a admoestação que se lhe fez. E se perseverarem no Concubinato pelo espaço de hum anno, desprezando as Censuras, contra elles proceda o Ordinario severamente, conforme a qualidade do crime”.

À parte destas regulamentações estabelecidas pelo Concílio de Trento, que interessam demasiadamente ao presente estudo, destacam-se, neste período histórico, as Grandes Navegações e, conseqüentemente, o descobrimento do Brasil. Passar-se-á, portanto, a analisar o histórico do casamento no Brasil colonial e os períodos seguintes, destacando-se que, inicialmente, a regulamentação do matrimônio teve influência das previsões da Metrópole, conforme será demonstrado.

Assim, este pensamento sobre o casamento monogâmico e indissolúvel foi levado ao Brasil, não se medindo esforços na tentativa de catequização e conversão dos indígenas nativos.

1.2.3 Brasil colonial

A necessidade de encontrar novos mercados teve como consequência a expansão marítima europeia, no século XV, que culminou com o descobrimento do Brasil pelos portugueses, em 1500. Inicia-se, assim, a colonização do país, ordenando D. João III a divisão do país em capitanias hereditárias e fundando-se, assim, a primeira cidade do Brasil, São Vicente, em 1531.⁶⁴

Na época colonial, a noção de família era complexa, variando de acordo com os grupos sociais, raciais ou jurídicos, o que pode ser analisado por meio da consulta às coletâneas das disposições do Concílio de Trento e às *Constituições primeiras do arcebispado da Bahia*,⁶⁵ pelas quais se regia o Bispado de São Paulo, além das obras de teólogos e moralistas, publicadas na metrópole nos séculos XVII e XVIII.⁶⁶

Com relação às práticas matrimoniais indígenas, a historiadora Maria Beatriz Nizza da Silva faz uma distinção entre a descrição feita pelos antropólogos daquela feita pelos jesuítas. Enquanto aqueles reconheciam a existência de um casamento preferencial e da proibição de certas uniões, estes acentuam a poligamia e a escolha do cônjuge por necessidades instintivas sexuais e de sobrevivência. Em que pese a divergência na análise, importa ressaltar que a função catequizadora da metrópole consistiu em levá-los a adotar as

⁶⁴ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Breves notas às cartas de José de Anchieta. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo. v. 99, 2004, p. 559.

⁶⁵ Vê-se previsão de disposições com relação ao casamento basicamente no Livro I, títulos 62 a 74 e Livro V, títulos 19, 22 e 23. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/222291>>. Acesso em: 25 nov. 2013.

⁶⁶ SILVA, Maria Beatriz Nizza da. *Sistema de casamento no Brasil colonial*. São Paulo: Edusp, 1984, p. 3-4. A autora explicita que tomou o casamento como ponto de partida para escrever seu livro, por conta destas diferentes concepções de família, analisando-o sob as leis da Igreja e do Estado, mas também o “casamento pela lei da natureza”.

práticas matrimoniais católicas, sem levar em consideração sua cultura, modificando a concepção inicial dos nativos sobre o assunto.⁶⁷

Em artigo intitulado “Breves notas às cartas de José de Anchieta”, Eduardo Tomasevicius Filho também discorre sobre a família indígena diante do direito europeu, ensinando que possuíam estruturas distintas. Conforme narrado pelo jesuíta, na prática indígena, cada índio tinha várias mulheres e cada índia tinha vários homens, sendo comuns os casamentos entre parentes, situação diametralmente oposta ao que era proclamado pela Igreja Católica, que visava a procriação, e pelas Ordenações Manuelinas.⁶⁸

Em seu estudo, o autor menciona que José de Anchieta, a princípio, condenou a imposição do direito europeu aos indígenas, aduzindo que seria desprovido de eficácia, mas mudou de ideia em 1560, momento no qual mencionou trabalhar continuamente para a conversão dos índios à fé católica. Contudo, lembra que os próprios portugueses, casados em Portugal, acabavam por se juntar às índias no Brasil, abandonando sua cultura e vivendo em concubinato.⁶⁹

Assim, percebe-se a contradição entre a imposição da cultura europeia aos indígenas habitantes do Brasil e a flexibilização de seus próprios costumes pelos portugueses que vieram habitar o país.

O fato é que a cultura dos índios nativos quanto às práticas matrimoniais não foi respeitada e, no decorrer do tempo, foi imposta a cultura estrangeira ao Brasil colonial. Assim, em um local que era permeado principalmente pela liberdade na constituição de relacionamentos e em seu desfazimento, vigorando o afeto, foi imposta a cultura europeia, que visava a manutenção do casamento monogâmico por meio da punição de atos contrários a ele mediante previsão de culpa pelo seu rompimento.

Aproximadamente no século XVIII, tinha-se o objetivo de deixar a população dispersa às povoações e vilas, desenvolvendo núcleos populacionais assim como novos métodos agrícolas, vigorando uma fase em que havia incentivo ao casamento.⁷⁰

⁶⁷ SILVA, Maria Beatriz Nizza da. *Sistema de casamento no Brasil colonial*. São Paulo: Edusp, 1984, p. 31 e 35.

⁶⁸ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Breves notas às cartas de José de Anchieta. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo. v. 99, 2004, p. 562-563.

⁶⁹ Ibid., p. 564-566.

⁷⁰ SILVA, Maria Beatriz Nizza da. *Sistema de casamento no Brasil colonial*. São Paulo: Edusp, 1984, p. 22. A autora sublinha a diferença entre a metrópole e a colônia com relação ao celibato, porquanto, para aquela, diante da influência da Igreja Católica, o matrimônio era um mal menor, aconselhável àqueles que não pudessem viver continentes. Contudo, sua política no tocante ao Brasil foi a de enfraquecer os fatores que pudessem diminuir o casamento, motivo pelo qual, por exemplo, impediu-se a criação de novos conventos, para diminuir o celibato feminino (p. 23-24).

Assim, sendo o Brasil uma colônia, além do direito especial da colônia, regia-se também pelas normas advindas da Coroa Portuguesa. À época, em Portugal, conforme vimos acima, o Concílio de Trento ditava a autoridade da Igreja por meio dos bispos. Desta maneira, no Brasil, os decretos conciliares tridentinos serviram de base à elaboração de uma Constituição Sinodal no país: as *Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia*.⁷¹

Percebe-se, assim, a grande influência do direito canônico trazido pela metrópole no Brasil com relação ao presente tema, porquanto a Igreja Católica era a principal responsável pela edição das normas que o regulamentavam, prevendo, ainda, punições àqueles que contrariassem o sacramento do matrimônio.

As *Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia* foram impressas em 1720 e previam que escravos e escravas poderiam se casar com outras pessoas, cativas ou livres, não podendo seus senhores o impedir. Contudo, nestes casos, o casamento dos negros não implicava sua alforria. Na prática, ainda, alguns senhores criavam obstáculos, aduzindo que a promiscuidade sexual dos escravos o impediriam de seguir a relação matrimonial monogâmica. De qualquer modo, os jesuítas visavam combater o concubinato e, assim, incentivavam o casamento em geral, tanto de livres quanto de escravos.⁷²

Havia à época, também, uma política de casamento entre os escravos negros e a população indígena, batizando os filhos como *servos*. Os senhores incentivavam este tipo de casamento e, embora as índias administradas não pudessem ser formalmente vendidas, estabelecia-se quantia para compensar aquele que perdeu seus serviços, de maneira que este tipo de casamento configurava adição de mão de obra de forma menos dispendiosa. Há relatos também de casamentos entre escravos e forros e escravos e brancos, neste último caso mais raros e, geralmente, tendo lugar em camadas mais pobres da população.⁷³

Percebe-se, assim, que há relatos de que os escravos negros viviam em concubinato e, até mesmo, de que praticavam a poligamia, passando-se a ser incentivado o casamento entre eles, de modo a impor a cultura europeia. Assim, uma união que, no início, era livre e

⁷¹ SANTOS, Patrícia Ferreira dos. *Poder e palavra: discursos, contendas e direito de padroado em Mariana (1748-1764)*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2007, p. 46 e 47.

⁷² SILVA, op. cit., p. 139-143. A historiadora relata alguns problemas que ocorreram a respeito do casamento de escravos, porquanto as exigências burocráticas da Igreja eram as mesmas. Assim, muitas vezes não se encontrava sua certidão de batismo, sendo necessária uma petição de justificação. Outro entrave consubstanciava-se na necessidade de proclamas em localidades que, muitas vezes, eram distantes, complicando o processo de casamento.

⁷³ SILVA, Maria Beatriz Nizza da. *Sistema de casamento no Brasil colonial*. São Paulo: Edusp, 1984, p. 145-148. A autora menciona que o casamento de escravos não significava alforria, de maneira que não era este o motivo de seu reduzido número. A única hipótese em que tal poderia ocorrer, na verdade, era naquela em que o senhor decidia se casar com uma escrava sua, casos estes em que os parentes procuravam a qualquer custo evitar o enlace.

permeada pelo afeto, passou a sofrer a imposição dos dogmas da Igreja Católica e da legislação portuguesa e suas normas repressivas aos atos contrários ao casamento.

Outrossim, a evangelização ocorria nos moldes ditados pelo Concílio, por meio da perseguição aos crimes de fornicção, bigamia, entre outros referentes ao casamento. Tais situações geraram um aumento no número de denúncias ao Tribunal Inquisitorial de Lisboa, referente ao Brasil, entre os anos de 1730-1760, período no qual também houve incremento na estruturação eclesiástica no sudeste do país, com a criação dos Bispados de Mariana e de São Paulo.⁷⁴

Durante a colonização e nos períodos que a seguiram, cada vez mais era incorporado ao Brasil o direito português. Nestes termos, sublinha-se a importância das Ordenações Filipinas e, especificamente ao presente caso, seu Livro Quinto, que possuía algumas disposições sobre a conduta das pessoas casadas, prevendo punições em alguns casos específicos considerados como transgressões à ordem estabelecida.⁷⁵

De fato, essas Ordenações vigoraram durante a maior parte do período colonial, a partir de 1603, alteradas em parte por legislação extravagante e especial da colônia.⁷⁶ Contudo, pode-se perceber, especificamente com relação ao presente tema, que elas tiveram menor importância na medida em que foram editadas regras específicas como, por exemplo, as previstas nas “Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia”, com grande influência do Concílio de Trento.

De qualquer modo, também merecem ser mencionadas disposições principais das Ordenações Filipinas, diante de sua relevância histórica. Assim, seu Título XIX, do Livro Quinto, punia a bigamia, assim como o adultério que, no caso de ter sido praticado pela mulher, poderia condená-la à morte. O Título XXV punia aquele que dormia com mulher casada, enquanto o XXVI punia aquele que dormia com mulher que fosse casada de fato.⁷⁷

Percebemos, deste modo, que o Brasil colonial foi um período de transição, no sentido de que a metrópole portuguesa visou impor sua concepção sobre o casamento, que se baseava na doutrina da Igreja Católica, em detrimento dos costumes indígenas, em uma

⁷⁴ SANTOS, Patrícia Ferreira dos. *Poder e palavra: discursos, contendas e direito de padroado em Mariana (1748-1764)*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2007, p. 116-117. Na página 159, a autora ressalta o incentivo ao matrimônio católico entre escravos, por meio da isenção de taxas.

⁷⁵ A título de exemplo sobre a grande influência do Estado na vida da sociedade, representando uma sociedade moralista, menciona-se o Título XVI, do Livro Quinto, das Ordenações Filipinas, que punia homem que dormia com mulher virgem ou viúva honesta. Disponível em: <http://objdigital.bn.br/acervo_digital/div_obrasraras/or1320108/or1320108.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2013.

⁷⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 218.

⁷⁷ ORDENAÇÕES Filipinas. Livro Quinto. Lisboa: Mosteiro de S. Vicente de Fóra, 1747. Disponível em: <http://objdigital.bn.br/acervo_digital/div_obrasraras/or1320108/or1320108.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2013.

tentativa de impor punições a quaisquer atos que pudessem atentar contra a família constituída pelo casamento. Assim, o início da colonização do país mostra a inclinação pela punição das condutas contrárias ao casamento, visando a sua manutenção.

Esta situação também pode ser demonstrada por meio da análise do Título XXVIII, do Livro Quinto, das Ordenações Filipinas, que previa a possibilidade de o homem matar sua mulher caso a encontrasse em adultério, assim como o homem com quem ela o cometeu, salvo se ele fosse peão ou, de alguma forma, pertencente a ordem inferior ao que com a mulher cometeu o ato adúltero. Nestes casos, havia previsão de degredo ao continente africano.⁷⁸

Vê-se, portanto, o caráter sacramental dado à união pelo casamento, autorizando-se até mesmo a morte da mulher pega em ato de adultério, juntamente com o homem com quem cometeu, privilegiando-se a moral católica, não se levando em consideração a vontade dos cônjuges para fins de término do relacionamento conjugal e não havendo lugar à autonomia da vontade pelas partes.

Assim, ao contrário das práticas matrimoniais dos nativos, a colonização do Brasil inclinou-se para a moralização das práticas matrimoniais e punição dos atos que fossem contrários ao casamento, de maneira que, diferentemente do que ocorria entre os nativos, que davam maior ênfase aos instintos, não falando em rigidez na constituição ou dissolução do matrimônio e privilegiando o afeto, o direito imposto ao Brasil possuía viés punitivo e intervencionista.

Tal situação chegava até mesmo a ser contraditória, porquanto se autorizava a morte do cônjuge adúltero, o que, de certa forma, extinguiu o vínculo matrimonial pelo seu falecimento, demonstrando-se que a sociedade da época era patriarcal e moralista.

Percebemos, portanto, bastante presente a noção de culpa pela infração a algum dever matrimonial, que gerava punição nos casos de cometimento de atos que contrariassem o casamento, não havendo previsão sobre dissolução do vínculo conjugal.

Seguia-se, assim, o direito vigente na metrópole portuguesa, que, no que se refere ao presente tema, pode ser apontado como existente na época de maior repressão e influência do Estado na vida privada da família, prevendo-se causas culposas que ensejavam punições, sendo o casamento, contudo, indissolúvel pelo divórcio.

⁷⁸ ORDENAÇÕES, Ibid. Disponível em: <http://objdigital.bn.br/acervo_digital/div_obrasraras/or1320108/or1320108.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2013.

1.3 Século XIX no Brasil

1.3.1 A influência do direito português

Mesmo após a proclamação da Independência do Brasil, por meio da lei de 20 de outubro de 1823, continuou a ter influência no país o direito português acrescido do direito especial da colônia,⁷⁹ que foram paulatinamente substituídos e finalmente revogados com o advento do Código Civil de 1916. Desta maneira, no Brasil, continuaram sendo seguidas algumas disposições estabelecidas nas Ordenações Filipinas e leis que posteriores, além das presentes no direito romano e canônico.

O direito português estabelecia, na época, que o matrimônio era um contrato⁸⁰ e um sacramento, regulado pelas leis civis eclesiásticas, tendo por escopo a união de duas pessoas de sexo diferente, para procriação e educação dos filhos, além de socorro mútuo. Ele somente poderia validamente se dissolver pela morte natural de algum dos cônjuges, porquanto estabelecido pela Igreja Católica que são indissolúveis *quoad vinculum*, realçando sua santidade, obstando as funestas consequências do divórcio para os cônjuges, filhos e Estado.⁸¹

Era, porém, admitida a separação *quoad thorum et cohabitationem*, quando os cônjuges não alcançavam o fim matrimonial, colocando em perigo a vida um do outro, exemplificativamente, nos casos de adultério da mulher e de sevícias. Neste caso, era necessário ser promovida ação de separação, em que deveria ser provada a justiça da causa

⁷⁹ Vide item anterior.

⁸⁰ Também neste sentido, no Brasil, vide: LOUREIRO, Lourenço Trigo de. *Instituições de direito civil brasileiro*. Tomo I. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1884, p. 68. Para o autor, o matrimônio possuía finalidade de procriação e mútua assistência, sendo considerado como um contrato e sacramento, regulado pelas leis civis e, conjuntamente, pelas leis eclesiásticas (Decreto de 12 de Setembro de 1564; Lei de 8 de Abril de 1569 e Decreto de 3 de Novembro de 1827). A violação dos deveres matrimoniais era considerada uma ofensa à própria Santa Religião Católica Apostólica Romana.

Pensando em sentido contrário, no Brasil, Lafayette Rodrigues Pereira comenta sobre o escopo do casamento que, além de visar a procriação, possui finalidade de identificação entre duas pessoas que se ajudarão mutuamente nas alegrias e tristezas, abrangendo a personalidade humana, diferenciando-se, por isso, dos contratos. Ressalta que somente destes se aproxima com relação à necessidade de consentimento inicial. Vide: PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. Prefácio de Sálvio de Figueiredo Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2004, p. 29-30.

⁸¹ ROCHA, M. A. Coelho da. *Instituições de direito civil Portuguez*. Tomo I. Coimbra: na imprensa da Universidade, 1852, p. 145 e 161.

Neste sentido, no Brasil, falando sobre a proibição de contrair segundas núpcias, a não ser após a morte natural de algum dos cônjuges, sob pena de caracterização de infração às leis da Igreja e penais (Cod. Crim., art.149), vide: LOUREIRO, Lourenço Trigo de. *Instituições de direito civil brasileiro*. Prefácio de Paulo Távora. Tomo I. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2004, p. 85.

e, então, poderia ser determinada por sentença como sendo perpétua ou temporária, caso houvesse esperança de reconciliação.⁸²

Desta maneira, caso o casamento não tivesse o fim desejado, assim como nos casos de risco à vida de um dos cônjuges, poderia ocorrer a separação do casal, desde que as causas fossem justificadas, acarretando a culpa de um dos cônjuges. Não bastava a vontade das partes, ou seja, o afeto não tinha lugar na conclusão sobre o término do relacionamento, mas era necessário aferir se, de fato, havia sido praticado algum ato contra o casamento, as causas culposas.

Na verdade, contudo, não se falava sequer em dissolução do vínculo, mas apenas em separação decorrente de ato culposo de um dos consortes, se o casamento não alcançasse seu fim e a vida em comum acarretasse risco.

1.3.2 Projetos de Código Civil e a Consolidação das Leis Civis

Além da aplicação do direito português no país, durante o período da Independência, muitas foram as tentativas de elaboração de um Código Civil, consoante previsão da Constituição Política do Império do Brasil, de 1824.⁸³ Nestes termos, foi elaborado contrato entre o Governo e o Bacharel Augusto Teixeira de Freitas, para que fossem consolidadas as leis civis, culminando com a elaboração de uma Consolidação⁸⁴ aprovada pelo Imperador, mas não submetida ao Parlamento. Contudo, em que pese a não aprovação, passou a ser o material mais utilizado, no período entre 1858 a 1917, por juízes

⁸² ROCHA, M. A. Coelho da. *Instituições de direito civil portuguez*. Tomo I. Coimbra: na imprensa da Universidade, 1852, p. 161-162.

Sobre o assunto no Brasil, vide: LOUREIRO, Lourenço Trigo de. *Instituições de direito civil brasileiro*. Tomo I. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1884, p. 124. O autor menciona que alguns doutrinadores, à época, somente admitiam a cessação da comunhão matrimonial pela morte de um dos cônjuges. Contudo, ele possui opinião divergente, ensinando que cessa a comunhão de bens entre os cônjuges caso, por sentença do Juízo Eclesiástico, sejam separados perpetuamente *quod torum et habitationem*, situação que possibilitava a reconciliação. Ao contrário, explica o autor que, em seu entendimento, não cessa esta comunhão de bens pela separação temporária decretada por sentença do Juízo Eclesiástico, por autoridade dos cônjuges ou por deserdação.

⁸³ Vide artigo 179, XVIII, desta Constituição, *in verbis*: “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. XVIII. Organizar-se-ha quanto antes um Codigo Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 5 fev. 2013.

⁸⁴ Em sua Consolidação, Teixeira de Freitas destacou no artigo 95 que, tanto as disposições do Concílio Tridentino, quando da Constituição do Arcebispado da Bahia, a respeito do matrimônio, continuariam em vigor em todas as Freguezias e Bispados do Império. Vide: FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Prefácio de Ruy Rosado de Aguiar. v. I. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. 103-104.

e advogados, que paulatinamente deixaram de consultar as Ordenações do Reino, demonstrando sua importância histórica.⁸⁵

Interessante, assim, analisar o trabalho de Augusto Teixeira de Freitas, que exerceu influência à época, auxiliando o estudo nos dias atuais. Desta forma, em seu Esboço de Código Civil, ao discorrer sobre a incapacidade da mulher casada, mencionou que sua incapacidade apenas cessava em havendo divórcio perpétuo com separação de bens, desde o dia em que passada em julgado a sentença. Interessante analisar esta passagem, para sublinhar o significado da palavra divórcio à época, qual seja, de separação de corpos, que poderia ser temporário ou perpétuo, mas impassível de extinguir o parentesco por afinidade, porquanto não dissolvia o casamento, o que somente poderia ocorrer pela morte de um dos cônjuges.⁸⁶

Ademais, de interesse histórico ressaltar que, em seu “Promptuario das leis civis”, Augusto Teixeira de Freitas estabeleceu que as questões referentes ao término do matrimônio deveriam ser tratadas pelo Juízo Eclesiástico, não havendo ingerência da jurisdição secular (Ord. L. 5º T. 19 princp., Av. de 12 de Setembro de 1825, e Av. nº. 35 de 6 de Abril de 1850), demonstrando a ingerência da religião na apreciação do tema. Acrescentou o autor, ainda, as causas que podiam originar este término do casamento, quais sejam: maus tratos ou sevícias; perigo de vida por atentado de violência; falta de virgindade da mulher nubente; adultério formal de qualquer dos cônjuges.⁸⁷

Verifica-se, assim, a importância que era atribuída à aferição da conduta culposa de um dos consortes, vigorando ainda um sistema patriarcal e machista, que pode ser constatado pela exigência de virgindade da mulher, além de visualizarmos a ampla ingerência estatal na vida privada, não tendo espaço o afeto como os dias atuais.

Alguns autores falavam em divórcio com sentido do que hoje é conhecida a separação, ou seja, o término do casamento, sem dissolução de vínculo. Assim, falava-se que o divórcio temporário possuía como causas *as sugestões criminosas de um cônjuge ao outro; as sevícias graves; as insídias contra a vida*. Já o divórcio perpétuo somente poderia ocorrer em caso de adultério que, por outro lado, não o fundamentava se:

⁸⁵ Para um estudo sobre a Introdução à Consolidação das Leis Civis neste período, vide: POUSADA, Estevan Lo Ré. *Preservação da tradição jurídica luso-brasileira: Teixeira de Freitas e a Introdução à Consolidação das Leis Civis*. Dissertação de mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2006.

⁸⁶ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Projecto do código civil*. Rio de Janeiro, 1860, p. 96-97 e 113. O autor ressaltou que a disposição poderia ser eliminada ou modificada, terminada a redação do projeto.

⁸⁷ Id., *Promptuario das leis civis*. Rio de Janeiro: Instituto Thipographico de Direito, 1876, p. 230.

Neste sentido também, vide o artigo 158 de suas Consolidações: FREITAS, Augusto Teixeira de *Consolidação das leis civis*. Prefácio de Ruy Rosado de Aguiar. v. I. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. 150.

- a) fosse resultado de violência ou erro escusável;
- b) um dos cônjuges tivesse concorrido para sua prática;
- c) ambos os cônjuges praticassem o mesmo crime;
- d) houvesse perdão expresso ou tácito.

Ademais, enquanto o divórcio perpétuo produzia a dissolução da sociedade conjugal, cessando o poder marital, o temporário apenas gerava a separação material dos cônjuges, por determinado prazo. Em ambos os casos, todavia, as partes poderiam se reconciliar.⁸⁸

Interessante notar o moralismo vigente à época, além do caráter sacramental atribuído ao casamento, deixando-se em segundo plano os direitos da personalidade dos consortes em si mesmo considerados. Assim, o adultério era considerado mais grave do que o atentado à vida do consorte ou as sevícias praticadas. Havia grande ingerência estatal e preocupação em manter o casamento, procurando-se o culpado caso não desse certo.

Como vimos, o divórcio perpétuo, como era chamado na época, apenas tinha o condão de extinguir a sociedade conjugal, assim como a morte, a nulidade ou caso um dos cônjuges recebesse ordens sacras maiores, mas ele não tinha o condão de dissolução do vínculo. Seu sentido era o de “separação material dos cônjuges, temporária ou perpétua, sem o rompimento do vínculo matrimonial”.⁸⁹

Vê-se, portanto, que o vínculo matrimonial persistia como indissolúvel, mencionando-se causas culposas ao chamado divórcio da época,⁹⁰ não sendo privilegiado o afeto na decisão sobre o término do relacionamento, mas a previsão de causas culposas devidamente demonstradas, porquanto somente neste caso é que se poderia falar em separação do casal, inapta a dissolver o casamento, que era considerado um vínculo sagrado.

Tal situação pode ser vista também se analisarmos o instituto dos esposais. Augusto Teixeira de Freitas dedicou dezenove artigos ao assunto em sua *Consolidação das Leis Civis*. Contudo, a falta de arcabouço jurisprudencial à época impede a verificação

⁸⁸ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de Família*. Prefácio de Sálvio de Figueiredo. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2004, p. 93-94 e 98-99.

⁸⁹ Ibid., p. 86-87 e 93.

⁹⁰ Ressaltando-se, mais uma vez, que divórcio, à época, possuía significado diferente do que possui atualmente.

sobre o uso dos esponsais no período. O autor falava em indenização no caso da não realização do casamento, posteriormente aos esponsais.⁹¹

Definindo o instituto, Lafayette Rodrigues Pereira asseverava que os esponsais consistiam em contrato que precedia o casamento, sendo uma promessa que homem e mulher faziam no sentido de aceitarem se casar em um prazo determinado, dificultando eventual arrependimento que não fosse fundado em justa causa.⁹²

Ensinou sobre a possibilidade de indenização pecuniária no caso de rompimento sem justa causa, não sendo as arras esponsalícias proibidas, embora também não fossem de uso constante. Na verdade, caso fossem estipuladas e fosse realizado o casamento, voltavam ao cônjuge que as deu ou ingressavam no pacto sobre o regime de bens. Do contrário, ou seja, caso não se realizasse o casamento, por justa causa, seriam restituídas ao contraente ou ao seu herdeiro ou, se por injusta causa, o culpado, além de restituir aquilo que recebeu em arras, perderia as que deu ao inocente ou daria a ele o equivalente.⁹³

Com relação à vinculação dos esponsais, na verdade, aquele que os pactuou não poderia ser obrigado a cumprir a promessa a qualquer custo, porquanto tal situação contrariaria o próprio escopo do matrimônio, em que devia vigorar a paz e união, sendo uma obrigação alternativa, portanto. Era cabível, contudo, uma ação para exigir o cumprimento da promessa ou poder-se-ia optar por uma indenização pelo descumprimento, que apenas não seria exigida no caso de justa causa para o repúdio.⁹⁴

A matéria referente aos esponsais apenas possui interesse histórico, não tendo sido regulamentado pelo Código Civil, tendo sido aplicada até o período anterior a 1889 e

⁹¹ VELASCO, Ignácio M. Poveda. *Os esponsais o direito luso-brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 104-105 e 110-112.

⁹² PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. Prefácio de Sálvio de Figueiredo. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2004, p. 23. Ressalta-se, primeiramente, que esta obra faz parte da coleção *História do direito brasileiro*, advinda de convênio celebrado entre o Senado Federal e Superior Tribunal de Justiça, que tem por escopo colocar à disposição do jurista atual algumas obras antigas e de difícil acesso (p. V). No presente caso, refere-se a livro publicado por Lafayette em 1869. Neste item, para um estudo aprofundado, verificar as referências do autor às hipóteses em que os esponsais podem ser anulados.

Sobre os esponsais no Direito Português, vide: ROCHA, M. A. Coelho da. *Instituições de direito civil português*. Tomo I. Coimbra: na imprensa da Universidade, 1852, p. 142-145. Ressalta o autor que, no Direito Português, o instituto dos esponsais constituía-se em contrato pelo qual duas pessoas de sexo oposto prometiam contrair entre si matrimônio e que poderia gerar, até mesmo, a *acção dos esponsaes* para exigir a celebração do casamento prometido, podendo, também, ser dissolvido.

⁹³ *Ibid.*, p. 26.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 27 e 28. O autor menciona que a indenização seria arbitrada pelo juiz, caso não estipulada na escritura pública dos esponsais. Ademais, a promessa somente poderia ser exigida após dois anos dos esponsais, caso não estipulado outro prazo.

Menciona, também, que os esponsais poderiam ser dissolvidos, dentre outros motivos, pela recusa de um dos pactuantes, fundada em justa causa, que poderia ocorrer no caso de infidelidade ou costumes e vícios torpes, desde que aparecesse após a celebração do contrato ou, se anteriormente, fosse ignorada.

revogada após a Proclamação da República, momento no qual o Governo Provisório editou o Decreto nº. 181, em 24 de janeiro de 1890,⁹⁵ de autoria de Coelho Rodrigues, que regulamentou o casamento sem a eles fazer menção.⁹⁶

No que se refere ao presente estudo, entendemos que a presença dos esposais nesta época corrobora a afirmação de que tal período histórico é caracterizado pela necessidade de identificação das causas culposas tanto para avaliar o motivo de não ter sido celebrado o casamento prometido como para fins de análise sobre o término da relação conjugal.

De certa forma, havia modos de se obrigar ao casamento, pois seu descumprimento ensejava indenização, salvo se houvesse justa causa, cuja aferição demonstra ampla intervenção estatal e perquirição de culpa pelo rompimento. O casamento era visto como sagrado e protegido pela sociedade, que condenava os atos a ele contrários, até mesmo pela aplicação de disposições sobre os esposais, a fim de garantir a celebração do ato considerado sagrado.

1.3.3 Decreto nº. 181/1890

Finalmente houve a positivação das regras sobre o casamento e sua dissolução no Brasil a partir do Decreto nº. 181, de 24 de janeiro de 1890 – que dispôs sobre o divórcio –, que não dissolvia o vínculo, em seus artigos 80 a 92. O período foi caracterizado por grande intervencionismo estatal nesta seara, não sendo possível a dissolução do vínculo conjugal e buscando-se manter o casamento na medida do possível.

Quando o relacionamento ficava insustentável e apenas se demonstrados minuciosamente os fatos que caracterizavam algumas das causas expressamente previstas ao divórcio é que este poderia ser decretado. Nestes casos, condenava-se um dos consortes

⁹⁵ Para consulta sobre o decreto, ainda em processo de inclusão no acervo, vide: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-181-24-janeiro-1890-507282-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 14 nov. 2013.

⁹⁶ Vide o comentário em: PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de Família*. Prefácio de Sálvio de Figueiredo. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2004, p. 28-29. Interessante notar a alusão a outras legislações que mencionaram os esposais, como o código espanhol, austríaco, prussiano, italiano e português. Nestes termos, dispõe: “O Código hespanhol art.47 – A lei não reconhece esponsaes de futuro. Nenhum tribunal civil ou ecclesiastico admittirá demanda sobre elles; O Código austríaco, arts. 45 e 46 – Uma promessa de matrimonio não tem outra consequência legal senão dar lugar a uma acção para haver os damnos reaes por sua falta de execução occasional; O Prussiano, tit. 1, Parte 2, art. 75 a 105, autoriza acção para o mesmo afim de obter uma satisfação legal, multa, e até prisão, conforme as circunstancias; O Código italiano dispõe sobre o assumpto nos arts. 53 e 54 e o Francez nada dispõe a este respeito; O Código Portuguez, art. 1067, estatue: ‘São nulos os contractos em que as partes se obrigam para o futuro debaixo do título de esponsaes, desponsorios ou qualquer outro, a contrahir casamentos, quer haja, quer não, estipulações de clausulas penaes’”.

como culpado pelo fim do relacionamento, de maneira que incorreria em algumas das sanções previstas em lei.

Na análise de alguns julgados, percebe-se minúcia na descrição dos detalhes do casal, a fim de que fossem encontradas as causas do fim do relacionamento, e a sanção ao culpado decorria da sentença que decretava o divórcio.

Ainda, não se falava, à época, em responsabilidade civil do cônjuge culpado, embora houvesse demasiada intervenção estatal, na medida em que a culpa do consorte era levada em consideração para sancioná-lo de outras maneiras. Ademais, demonstrando esse intervencionismo, menciona-se a sanção criminal ao adultério, considerado crime à época, conforme previsão do Código Penal do Império,⁹⁷ cuja análise, por exigir detalhamento e aprofundamento, foge ao presente estudo.

Assim, com relação às sanções civis aplicadas ao consorte culpado, cita-se o divórcio que, à época, poderia fundar-se em alguns motivos expressos em Lei, quais sejam, adultério, sevícia⁹⁸ ou injúria grave,⁹⁹ abandono voluntário do domicílio conjugal por dois anos contínuos ou por mútuo consentimento de cônjuges casados há mais de dois anos.

O divórcio da época não dissolvia o vínculo conjugal, mas apenas autorizava a separação de corpos e colocava fim ao regime de bens, autorizando a reconciliação. Ele deveria ser motivado, analisando-se o cônjuge culpado pelo fim do casamento, que incorreria em sanções.

Uma das causas ao divórcio, qual seja, o adultério, deixaria de ser motivo para aquele se a mulher tivesse sido violentada pelo adúltero, se outro consorte houvesse concorrido para que ocorresse ou quando houvesse perdão,¹⁰⁰ presumindo-se este no caso de coabitação posterior com o culpado.

⁹⁷ Dispunha o Código Penal de 1830: “Art. 250. A mulher casada, que commetter adulterio, será punida com a pena de prisão com trabalho por um a tres annos. A mesma pena se imporá neste caso ao adultero”; “Art. 251. O homem casado, que tiver concubina, teúda, e manteúda, será punido com as penas do artigo antecedente”; “Art. 252. A accusação deste crime não será permittida á pessoa, que não seja marido, ou mulher; e estes mesmos não terão direito de accusar, se em algum tempo tiverem consentido no adulterio”; “Art. 253. A accusação por adulterio deverá ser intentada conjunctamente contra a mulher, e o homem, com quem ella tiver commettido o crime, se fôr vivo; e um não poderá ser condemnado sem o outro”.

⁹⁸ A sevícia era causa de decretação de divórcio não vincular e separação de corpos (*quoad thorum et cohabitationem*) por tempo indeterminado, cessando o regime de comunhão de bens. Não era passível de perdão e o cônjuge culpado perderia a guarda do filho em favor do inocente. Vide: *Revista dos Tribunais*. v. X, 1914, p. 236-238.

⁹⁹ A injúria grave era definida pela jurisprudência como aquilo que atentasse contra a honra, o decoro, a boa fama, a decência ou a dignidade da pessoa, podendo se constituir em gesto, sinal ou imputação de fatos que expõe alguém ao ódio ou desprezo público. Vide: *Revista dos Tribunais*. v. XVII. 1916, p. 266.

¹⁰⁰ Interessante mencionar julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, de 1913, que mencionou que, embora o adultério fosse causa ao divórcio sem dissolução de vínculo, o cônjuge traído poderia perdoar o outro. Contudo, no caso daquele (que perdoou) chamar o outro de adúltero, havia configuração de injúria grave, passível do divórcio. Vide: *Revista dos Tribunais*. v. VI. 1913, p. 127-128.

No julgamento dos casos concretos, eram minunciosamente explicitados fatos ocorridos e que teriam motivado o divórcio do casal, principalmente por meio da juntada de documentação e oitiva de testemunhas, que detalhavam a vida do casal, demonstrando o intervencionismo que havia na época e a grande preocupação em se manter a família, sancionando-se aquele que atentasse contra o casamento.

Ademais, somente se configuradas as motivações estritamente previstas em lei é que teria fim a sociedade conjugal, pois, caso contrário, seria mantida. O culpado pelo fim do relacionamento era maculado para sempre, sofrendo eternamente as consequências de seus atos.

No início do século XX, notou-se, em julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, a menção à afeição que deveria vigorar entre os consortes, aduzindo-se que, rompida ela, somente a lei poderia ser invocada para regular as relações entre o casal. Contudo, diferentemente do que possa parecer, não havia consideração do afeto como nos dias atuais, na medida em que salientado pelo próprio julgador, na oportunidade, que a lei não exigia, por exemplo, que o marido dispensasse carinhos à esposa, de maneira que apenas a comprovação de que ocorreram alguns dos motivos expressamente elencados na lei é que poderia acarretar o divórcio sem dissolução de vínculo. Assim, no caso específico, não foi decretado o divórcio, porquanto não comprovada a alegada injúria, assim como por ter havido perdão do adultério.¹⁰¹

As sanções ao cônjuge culpado consistiam na perda da guarda dos filhos comuns menores, além da condenação em alimentos a eles. A pensão alimentícia entre cônjuges era prevista do marido para a mulher, se esta fosse inocente e pobre. Assim, não era somente levada em consideração a situação econômica dos consortes para aferir se devidos os alimentos mas também a noção de culpa pelo fim do casamento tinha bastante influência em sua fixação à mulher, que não os perceberia se fosse culpada, como forma de sancioná-la.

Ademais, havia previsão de que a mulher culpada perderia o direito a usar o nome do marido, incidindo em crime dos artigos 301 e 302 do Código Penal da época se o utilizasse indevidamente.

Até mesmo o dote era influenciado pela culpa no casamento, porquanto era previsto que o divórcio não o anulava, mas que a mulher o administraria se fosse inocente.

Vê-se, portanto, que anteriormente ao Decreto nº. 181, de 24 de janeiro de 1890, a legislação brasileira sobre a dissolução da sociedade conjugal ainda era inspirada no

¹⁰¹ *Revista dos Tribunais*. v. XVII. 1916, p. 266-267 e 269-271.

Concílio Tridentino. A partir do Decreto, passou-se a falar em divórcio, se presentes algumas causas específicas, embora, linguisticamente, não fosse o divórcio que conhecemos hoje, pois não tinha condão de dissolver o vínculo conjugal, vigorando ele até entrar em vigor o Código Civil de 1916, em 1º de janeiro de 1917, cujo projeto discutiu a questão do divórcio como capaz de dissolver o vínculo conjugal, manifestando-se alguns a favor, mas prevalecendo a posição conservadora.¹⁰²

1.4 Século XX e início do XXI no Brasil

Este século apresenta a importante característica de transição do modelo até então vigente, em que prevalecia a indissolubilidade do vínculo matrimonial, para período em que o divórcio passa a ser aceito.

Foi um período crucial ao tema, por ser a época em que admitido e regulamentado o divórcio, nos termos em que conhecido atualmente, ou seja, com o condão de dissolver o vínculo matrimonial, assim como momento no qual se iniciaram as mudanças que culminaram com a atual disposição sobre o assunto. Desta maneira, foi neste século em que, pela primeira vez no Brasil, posteriormente à colonização, passou-se a ser admitida a dissolução do vínculo matrimonial em vida, pelo divórcio.¹⁰³

Ademais, foi o século em que promulgada a Constituição Federal de 1988, que possui em seu bojo dispositivos sobre a igualdade entre os cônjuges, respeito à pluralidade e normas que preveem a solidariedade familiar e a necessidade de coibir a violência familiar, dentre outras, o que reflete diretamente no direito de família.

1.4.1 Código Civil de 1916

No início do século, partindo-se do Código Civil de 1916,¹⁰⁴ não foi prevista a dissolução do vínculo matrimonial. Somente se falava em término da sociedade conjugal pela morte de um dos cônjuges, nulidade ou anulação do casamento ou pelo desquite,

¹⁰² GURGEL, J. do Amaral. *Desquite: teoria e prática*. São Paulo: Saraiva & Comp Editores, 1936, p. 12-13.

¹⁰³ Não iremos entrar na questão da anulação ou nulidade do casamento, por fugir ao escopo do presente trabalho.

¹⁰⁴ Em 1899, foi Clovis Bevilacqua convidado a elaborar projeto do Código Civil, iniciando-se o trabalho em abril e concluindo-o em novembro do mesmo ano. Após análise da comissão revisora, foi o projeto submetido ao Congresso em 17 de novembro de 1900, nomeando-se uma comissão especial para discuti-lo. Destaca-se o parecer de Ruy Barbosa, em 1902, atacando vigorosamente o projeto, sobretudo com relação à sua redação. Finalmente, após as emendas feitas, entrou em vigor em 1º de janeiro de 1917. Vide: Eduardo Espínola. *Systema do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1938, p. 40-42.

amigável ou judicial, mas apenas no primeiro caso havia extinção do vínculo matrimonial.¹⁰⁵ A antiga separação *quoad thorum et cohabitationem* foi substituída pelo desquite, dando-se nova conformação legal ao assunto no Código Civil.

O desquite foi regulamentado nos artigos 317 a 324, do Código Civil de 1916 e poderia ser por mútuo consenso ou judicial. No primeiro caso, deveriam os cônjuges ser casados por mais de dois anos e manifestado o pedido perante o juiz, sendo devidamente homologado.¹⁰⁶ No último caso, eram previstas as causas expressas que o originavam, quais sejam: adultério,¹⁰⁷ tentativa de morte, sevícia ou injúria grave, abandono do lar conjugal por dois anos contínuos.¹⁰⁸

O adultério não seria causa do desquite se o outro consorte houvesse concorrido¹⁰⁹ para que fosse cometido ou se houvesse perdão,¹¹⁰ que era presumido¹¹¹ pela coabitação com o culpado.

Nota-se, em uma primeira análise, que foram mantidas disposições semelhantes às do Decreto nº. 181/1890. Ou seja, foi mantida a possibilidade de término do relacionamento conjugal por livre decisão do casal, desde que casados há dois anos. Neste caso, não era necessário que houvesse menção às causas que o originaram, prevalecendo, de certa forma, a livre decisão do casal. Assim, embora fossem livres para, por acordo, desfazer a união, estavam submetidos a período prévio.

¹⁰⁵ Vide artigo 315, do Código Civil de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 18 fev. 2013.

¹⁰⁶ Vide artigo 318, do Código Civil de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 18 fev. 2013.

¹⁰⁷ O artigo 319 previa as situações em que o adultério deixaria de ser motivo para o desquite, quais sejam: se o autor houvesse concorrido para que o réu o cometesse ou se o inocente houvesse perdoado o culpado.

¹⁰⁸ No início do século XX, o abandono do lar, para ser causa do desquite, deveria ser voluntário e por mais de dois anos, de maneira que, em julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, ele não foi decretado por não ter sido configurado o biênio legal, tampouco por ter sido demonstrada a malícia na separação. Vide: *Revista dos Tribunais*. v. LXXI, 1929, p. 472-473.

No início da década de 1970, do século XX, em julgado do Tribunal de Justiça da Guanabara, foi reconhecido o abandono do lar, mesmo sem configuração dos dois anos previstos em lei, porquanto aquele compreenderia o abandono pessoal, moral e espiritual; mas, quando submetia a família à penúria, dispensaria o prazo previsto. Assim, o consorte culpado foi condenado a pagar pensão à mulher e aos filhos. Vide: *Revista dos Tribunais*. v. 417. 1970, p. 383-386.

¹⁰⁹ Assim, no início da década de 1970, do século XX, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais reconheceu que não haveria adultério se fosse reconhecida a culpa recíproca, porquanto haveria concorrência para a relação extraconjugal. Vide: *Revista dos Tribunais*. v. 418. 1970, p. 258-259.

No mesmo sentido, vide: v. 421. 1970, p. 119-120, em que se menciona que “desde que o marido se afasta do lar, por prolongadas e muitas vezes, não acudindo a família com o necessário e com isso lançando a mulher e filhos na miséria, não poderá ele queixar-se se a esposa incidir em falta, uma vez que sua conduta criou o ambiente que poderia ensejar a infidelidade”.

¹¹⁰ Vide julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo: *Revista dos Tribunais*. v. 367, 1966, p. 96-97.

¹¹¹ Em julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, o adultério não foi causa de desquite, pois perdoado pelo outro consorte, diante de coabitação com o adúltero, o que demonstrou perdão. Contudo, foi reconhecida injúria grave pelo cônjuge que havia praticado adultério, permanecendo a guarda da filha do casal à consorte inocente. Vide: *Revista dos Tribunais*. v. 240. 1955, p. 169-170.

Ressalta-se, porém, que o regime vigorante ainda era repressivo e intervencionista, pois não era admitida a dissolução do vínculo matrimonial, de maneira que, desquitados os cônjuges, não poderiam contrair novas núpcias e eventual nova união ficaria à margem da regulamentação jurídica.

A previsão sobre desquite judicial era semelhante à que vigorava no Decreto anterior, que falava em divórcio litigioso, demonstrando resquícios do direito canônico, trazidos ao Brasil colonial. Assim, eram previstas causas culposas que ensejavam a separação do casal, e o culpado perdia direito a alimentos, ao nome, no caso da mulher, e, até mesmo, à guarda dos filhos. Previa-se, contudo, a possibilidade de reconciliação a qualquer tempo.¹¹² Ainda era forte, portanto, a presença de motivações expressas ao desquite, perquirindo-se a culpa pelo término do casamento, que gerava reflexos em outros âmbitos como forma de sanção ao culpado.

Constata-se, portanto, a imposição de empecilhos legais ao término da sociedade conjugal, seja por conta da impossibilidade dos cônjuges dissolverem a união advinda do casamento e constituírem novas núpcias, seja pela previsão de causas culposas para o desquite e incentivo à reconciliação do casal. Em um resquício do período anterior, portanto, caso um dos cônjuges alegasse que o outro praticou algum ato de violação aos deveres matrimoniais, ou seja, se houvesse incorrido em causas culposas, ser-lhe-iam aplicadas punições, demonstrando-se que ainda havia bastante ingerência do Estado na condução da família.

Com relação aos esponsais, também não foram previstos no Código de Beviláqua. Para Eduardo Espínola, tal silêncio era inconveniente, havendo vantagens na existência disposições especiais sobre a reparação de danos pelo rompimento da promessa de casamento, como o faziam os antigos códigos alemão e suíço, evitando-se questionamentos sobre o assunto.¹¹³ Concluiu o autor, contudo, no sentido de que, no silêncio da lei, valeria a regra ditada pelos princípios gerais que regem o direito civil. Neste sentido, embora não

¹¹² Vide artigos 320, 321, 323 e 324, do Código Civil de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 21 fev. 2013.

¹¹³ ESPINOLA, Eduardo. *Breves anotações ao código civil brasileiro (Lei n.º. 3071, de 1º de janeiro de 1916): do direito de família*. Rio de Janeiro: Lithotypo fluminense, 1922, p. 11-12. O autor menciona quatro classes de legislações sobre o assunto, à época: a primeira delas considerava os esponsais verdadeiro contrato, cujo inadimplemento gerava o dever de indenizar, situação que vigorava na Alemanha, Suíça, antes dos respectivos Códigos Civis, e no direito anglo-saxão; na segunda classe, encontravam-se as legislações que não admitiam a promessa de casamento como contrato regular, por não gerar obrigação de casar ou de satisfazer as penas estipuladas, como no direito alemão e suíço na época; na terceira classe, estavam as legislações que nada dispunham sobre as promessas de casamento, como o Código Civil francês, prevalecendo o entendimento de que disposição neste sentido seria nula; por fim, na quarta classe, encontram-se as legislações que não admitem a ação de indenização em virtude do não cumprimento dos esponsais, como a argentina, a chilena e a uruguaia (p. 12-21).

tivesse natureza de um contrato regular e normal, poderiam as promessas de casamento gerar efeitos.¹¹⁴

Assim, o legislador da época entendeu que não era necessária a previsão de punições para obrigar as pessoas a contrair núpcias, o que somente ocorreria se fosse da vontade de ambos os cônjuges, embora alguns autores remetessem a regulamentação do assunto aos princípios gerais do direito para eventuais punições à quebra da promessa de casamento. Os abusos, assim, poderiam ser facilmente contidos por meio destes princípios, não mais havendo necessidade de regras específicas na parte reservada ao direito de família.

1.4.1.1 Estudo jurisprudencial

Para apuração das causas expressas em lei, os julgados, assim como na vigência do Decreto nº. 181/1890, entravam em minúcias do casal, apurando cada detalhe da vida íntima dos consortes, de maneira que somente se devidamente comprovadas as causas legais é que poderia ser decretado o desquite. Assim, ainda era bastante forte o intervencionismo estatal em matéria de desfazimento do casamento, que ainda era indissolúvel. Buscava-se um culpado, que era sancionado por isto.

Nestes termos, em determinado julgado do início da década de 1940, foi considerado injúria grave causadora de desquite o fato de a mulher passear de automóvel em companhia de outros homens e manter conversações telefônicas com eles, à oculta do marido, embora não caracterizasse adultério,¹¹⁵ assim como o fato de a mulher casada frequentar salão de bailes, dançando com um homem e saindo do local com outro, porquanto *lesivo do recato e da altiva dignidade que a mulher casada deve manter*, de acordo com os costumes e a exigência do meio social da época, motivo pelo qual foi considerada culpada.¹¹⁶

¹¹⁴ ESPINOLA, Eduardo. *Breves anotações ao código civil brasileiro (Lei nº. 3071, de 1º de janeiro de 1916)*: do direito de família. Rio de Janeiro: Lithotipo fluminense, 1922, p. 22-23.

¹¹⁵ Vide julgado do Tribunal de Apelação de São Paulo: *Revista dos Tribunais*. v. CXXXIV. 1941, p. 127-128.

¹¹⁶ Vide julgado do Tribunal de Apelação de São Paulo: *Revista dos Tribunais*. v. 161. 1946, p. 643.

Em outro caso, no mesmo tribunal, decidiu-se que o adultério provado de um dos consortes, que tinha amante, sujeitando a esposa à vida modesta, levaria naturalmente a que a esposa proferisse contra ele palavras injuriosas, embora sem intenção de injuriar, motivo pelo qual não foi condenada como culpada por cometer injúria grave, cuja análise dependia das circunstâncias do caso. *Revista dos Tribunais*. v. CXXXVIII, 1942, p. 162-163.

Também na década de 1970, foi considerada injúria grave o fato de a mulher ser vista com frequência na presença de outro homem, que não o marido, autorizando o desquite por sua culpa.¹¹⁷

Em meados da década de 1970, em determinado julgado, considerou-se que não haveria que se falar em adultério da esposa se o marido concorreu a ele, abandonando a família. Mencionou-se que a sociedade deu alforria total à mulher, que passa a ser companheira e copartícipe da sociedade conjugal e não mais mera coadjuvante, demonstrando a influência do Estatuto da Mulher Casada à época,¹¹⁸ que atenuou o grande patriarcalismo antes reinante, embora não o tenha eliminado por completo.

Embora o desquite não dissolvesse o vínculo matrimonial, obrigava os cônjuges a conservar o dever de fidelidade que, caso descumprido, acarretaria culpa ao cônjuge infrator.¹¹⁹

Assim, na mesma época, entendeu-se que a separação de fato não afastava o adultério, tendo sido decretado desquite por culpa da mulher por este fato, além de reconhecida injúria grave, por frequentar local de prostituição após a separação.¹²⁰

Contudo, nota-se um início de mudança neste entendimento na jurisprudência. Assim, em determinado julgado, entendeu-se que não haveria adultério se as relações sexuais extramatrimoniais ocorressem após a separação de fato do casal, não havendo infração ao dever de fidelidade recíproca. Assim, não foi reconhecido o adultério da mulher e foi reconhecida injúria grave e sevícia do marido, decretando-se o desquite por culpa deste, que perdeu a guarda dos filhos, sendo condenado, ainda, em prestação de alimentos à família.¹²¹

¹¹⁷ Vide julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo: *Revista dos Tribunais*. v. 425, 1971, p. 92.

¹¹⁸ *Revista dos Tribunais*. v. 471. 1975, p. 63-64. Este julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo menciona que o abandono da família, deixando-a sem assistência, é causa de desquite, assim como seria considerado abandono do lar a falta de coabitação por tempo superior a dois anos, mesmo que o marido continue a concorrer para as despesas do lar. Neste caso específico, foi reconhecido o desquite por culpa do réu, diante de sevícia, injúria grave, adultério e abandono do lar, não se acolhendo sua reconvenção no sentido de adultério da mulher.

¹¹⁹ Vide julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo: *Revista dos Tribunais*. v. LXVIII. 1928, p. 372.

Em meados do século XX, no mesmo tribunal, foi decretado desquite por adultério da mulher, reconhecendo-se que este ocorre mesmo quando as partes estão separadas de fato, demonstrando que a separação não foi causada por ato do outro consorte. Assim, como sanção, houve a perda da guarda da filha para o cônjuge inocente. Vide: *Revista dos Tribunais*. v. 214, 1953, 239-241.

Ainda, na década de 1960, este tribunal decidiu que a separação de fato não evitava o adultério do consorte separado, que era considerado culpado pelo desquite, porquanto a separação de fato não eximia do dever de fidelidade recíproca. Vide: *Revista dos Tribunais*. v. 367, 1966, p. 72-74 e v. 382, 1967, p. 188.

¹²⁰ O Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu que a mulher culpada perdeu direito a usar o nome do marido e o filho do casal foi confiado à guarda do pai. *Revista dos Tribunais*. v. 430, 1971, p. 71-72.

¹²¹ Vide julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo: *Revista dos Tribunais*. v. 433, 1971, p. 87-88.

Ademais, à época, se não fossem provados os fatos ensejadores do desquite, este não seria decretado. Assim ocorreu em julgamento em que foi alegado adultério, injúria grave e abandono do lar, tendo sido entendido que aqueles dois não foram provados ou, ao menos, teriam sido perdoados diante da convivência posterior do casal e que o abandono necessitaria de voluntariedade e diuturnidade superior a dois anos, o que não teria ocorrido.¹²² Depreende-se, assim, que a explícita e comprovada motivação era fundamental à decretação do desquite.

Em outra decisão, foi julgado improcedente o desquite, considerando-se que não havia motivo suficiente à sua decretação. Tanto no parecer da então Procuradoria Geral da Justiça como no acórdão, explicitou-se que o casamento não poderia ser considerado no âmbito puramente contratual, mas como instituição e, portanto, não seria suficiente apenas a vontade das partes para dissolver a união mas também necessária a motivação, decorrente de uma atitude culposa de um dos consortes.¹²³

Desta forma, mesmo havendo acusações recíprocas em juízo, demonstrando uma incompatibilidade do casal, o Estado interferia na vida a dois, somente autorizando que se separassem caso ocorressem comprovadamente algumas das situações legais, tutelando os consortes, que não eram livres para desfazer uma união que não mais se sustentava. Havia um grande interesse em preservar a família e isto era feito por meio da vedação da dissolução da sociedade conjugal imotivadamente.

Com relação à intervenção estatal no que se refere à motivação expressa ao desquite, ainda na década de 1940 e 1950, o entendimento majoritário era no sentido de que seria necessária a comprovação de uma das causas taxativamente elencadas que ensejavam o desquite litigioso, para que este pudesse ser decretado.¹²⁴ Vemos, contudo, à

¹²² Vide julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo: *Revista dos Tribunais*. v. LXVI, 1928, p. 204-214.

¹²³ Vide julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo: *Revista dos Tribunais*. v. 212, 1953, p. 115-120. No parecer do Procurador Geral de Justiça, afirmou-se que “a injúria não pode consistir apenas num episódio de comportamento externo. É também uma atitude de consciência e vontade. Se à exterioridade do fato não corresponde esse elemento interno, de natureza moral, numa palavra, a culpa, então o acontecimento não se faz motivo para o desquite”. Ainda, no acórdão, explica-se que não se decreta o desquite apenas porque o marido ficou cansado de sua mulher.

Da mesma forma, vide acórdão do mesmo tribunal, de fls. 281-282, em que foi negado provimento a recurso, deixando de decretar o desquite em caso em que o marido se separou da mulher há oito anos, e apenas após tal tempo veio alegar comportamento injurioso dela, suspeitando-se que seria para se apoderar de metade de herança que percebeu. Entendeu-se que não se poderia reavivar fatos injuriosos após passado tanto tempo.

Vide também o acórdão do mesmo tribunal, de fls. 227-229, em que se considerou que não poderia ser decretado o desquite por mero capricho, visando preservar a estabilidade da família, de maneira que não provadas as sevícias por parte do marido, assim como havendo motivação justa para internação da mulher, também não restaram provadas injúrias, sendo reformada a sentença, julgando-se a ação improcedente.

¹²⁴ Em meados do século XX, em julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, não foi dado provimento ao recurso em ação que julgou improcedente o desquite, mencionando-se que o abandono do lar somente o

época, jurisprudência minoritária citando que não interessaria ao Estado a manutenção de lares à força, caso fosse visto, no decorrer do processo, que havia insuportabilidade de vida em comum. Contudo, mesmo nestes casos, era declarada a culpa recíproca e não o desquite pela falência do casamento sem atribuição de culpas, verificando-se que mesmo o entendimento minoritário era conservador com relação ao que vigora na atualidade.¹²⁵

Desta maneira, mesmo verificando este início de mudança em jurisprudência minoritária, que se baseava em decisão do Supremo Tribunal Federal,¹²⁶ ainda assim procurava-se atribuir culpa a ambos os consortes, porquanto não era aceitável, à época, a decretação do desquite diante da falta de afeto entre o casal e ruptura do casamento, inquirindo-se sempre o culpado por tal situação, mesmo que ambos fossem assim considerados.¹²⁷

Assim, apesar deste início de jurisprudência considerando o conceito de insuportabilidade da vida em comum, com atribuição de culpa recíproca, o posicionamento conservador prevaleceu e, ainda na década de 70, notavam-se julgados que não decretavam o desquite por ausência de provas de infração aos deveres advindos do casamento.¹²⁸ Assim, em meados da década de 1970, em determinado julgado, não foi dado provimento a

caracterizaria caso durasse por mais de dois anos, o que não teria ocorrido. Vide: *Revista dos Tribunais*. v. 208. 1953, p. 256-257.

Ademais, em meados do século XX, foi dado provimento a recurso para julgar improcedente o desquite, porquanto o adultério do marido deixaria de ser causa ao desquite se a mulher concorreu para tanto. Neste caso específico, ela passou a apresentar comportamento desregrado e foi para a casa de seu pai, deixando o marido sozinho com os filhos. Vide: *Revista dos Tribunais*. v. 2010. 1953, p. 430-431.

¹²⁵ *Revista dos Tribunais*. v. 163. 1946, p. 398-411. Em voto no Supremo Tribunal Federal, o Ministro Philadelpho Azevedo mencionou que algumas decisões minoritárias reconheceram a ruptura da *affectio societatis*, sem menção a causa, quando nem a ação nem a reconvenção convençam o juiz da culpa. Ele diz que a noção de insuportabilidade da vida em comum é de origem canônica, demonstrando o início da discussão acerca do que posteriormente foi chamado de separação por falência. O voto do Ministro Laudo de Camargo foi no sentido de improcedência da ação por não ter sido demonstrado abandono do lar, ou seja, por não ter sido demonstrada a ocorrência de causa taxativa, no que acompanhou o Ministro Castro Nunes que mencionou que o Direito Pátrio proscovia o desquite por incompatibilidade de gênios, assim como a legislação francesa, que tentou instituí-lo, mas desistiu, diante dos abusos cometidos. Por fim, o acórdão foi no sentido da decretação do desquite por culpa recíproca.

¹²⁶ Assim, em meados do século XX, baseando-se em decisão do Supremo Tribunal Federal, alguns Tribunais passaram a entender que a incompatibilidade e a intolerabilidade de vida em comum, destruído o lar conjugal, autorizaria o desquite litigioso, por culpa recíproca, embora, assevera-se novamente, tal entendimento ainda fosse minoritário. Vide julgado desta Corte: *Revista dos Tribunais*. v. 249. 1956, p. 588-591.

¹²⁷ No Tribunal de Justiça de São Paulo, em julgado da década de 1960, mencionou-se que somente seria possível a decretação de desquite por incompatibilidade de gênios se amigável e, portanto, no litigioso, deveria ser decretada a culpa de ao menos um dos consortes. Assim, foi decretado desquite por sevícia da mulher, que jogou uma panela de água fervente em seu consorte. Vide: *Revista dos Tribunais*. v. 387. 1968, p. 105-106.

¹²⁸ Neste sentido decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo: *Revista dos Tribunais*. v. 430. 1971, p. 72-73.

recurso contra sentença que não decretou o desquite do casal, entendendo-se que não ficaram demonstradas as injúrias graves e sevícias, revelando-se a esposa boa mãe.¹²⁹

À época, a averiguação da culpa pelo desquite importava ao Estado, porquanto gerava sanções ao cônjuge culpado, pouco importando o relacionamento do casal em si ou o afeto entre eles, pois somente interessava a manutenção das famílias pelo casamento, que apenas poderia ser desfeito se comprovadamente demonstradas as causas culposas legalmente previstas.

Tal situação é reflexo de uma sociedade em que havia grande intervenção estatal nesta seara, tutelando-se as famílias de maneira que deixava pouca autonomia ao casal com relação à decisão de pôr fim ao relacionamento. Somente a demonstração da configuração das causas expressamente previstas em lei ensejavam o desquite e, ainda, o culpado por isso era apenado, como forma de coerção, visando evitar o desfazimento dos laços conjugais.

Não se via menção, nos julgados, de responsabilidade civil advinda do relacionamento conjugal. As condutas ilícitas e danosas dos consortes somente eram consideradas para fins de determinação de culpa pelo desquite, gerando sanções consubstanciadas por reflexos em diversas searas. O adultério, de outro lado, assim como no Código Penal do Império, continuou sendo considerado crime pelo Código Penal de 1941.¹³⁰

Assim, demonstrando o intervencionismo estatal à época, havia algumas sanções aplicadas ao cônjuge culpado pelo desquite. Como exemplo, os julgados condenavam o culpado pelo fim do relacionamento ao pagamento dos honorários advocatícios¹³¹ e custas processuais, dentre outras consequências¹³² com relação a alimentos à mulher inocente, alimentos e guarda dos filhos e apelido adotado pela mulher.

¹²⁹ Conforme julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo: *Revista dos Tribunais*. v. 503. 1977, p. 68-69.

¹³⁰ Dispunha o Código Civil de 1941: “Art. 240 – Cometer adultério: Pena – detenção, de quinze dias a seis meses. § 1º – Incorre na mesma pena o co-réu. §2º – A ação penal somente pode ser intentada pelo cônjuge ofendido, e dentro de 1 (um) mês após o conhecimento do fato. §3º – A ação penal não pode ser intentada: I – pelo cônjuge desquitado; II– pelo cônjuge que consentiu no adultério ou o perdoou, expressa ou tacitamente. §4º – O juiz pode deixar de aplica a pena: I – se havia cessado a vida em comum dos cônjuges; II – se o querelante havia praticado qualquer dos atos previstos no art. 317 do Código Civil”. Frise-se que houve revogação deste artigo pela Lei nº. 11.106/2005.

¹³¹ *Revista dos Tribunais*. v. 207. 1953, p. 259. Neste caso específico, julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, foi reconhecida a injúria grave do marido, embora não restado provado o adultério, porquanto levava outra mulher à sua casa, suspeitando-se que com ela mantinha *relações mais íntimas que as de mera cortesia e amizade*.

¹³² Em meados do século XX, poderia ser decretado o desquite, reconhecendo-se a injúria grave, o fato de um dos consortes ingressar com ação de interdição contra o outro, se manifestamente incabível. Assim, entendia-se que o cônjuge culpado seria condenado a pagar custas, honorários de advogado e alimentos à esposa. Vide: *Revista dos Tribunais*. v. 211, 1953, p. 61-69 (parecer de Pontes de Miranda) e 206-209 (julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo).

No tocante aos alimentos à esposa, o marido culpado deveria pagá-los à mulher inocente e pobre que deles necessitasse, demonstrando que não se levava em consideração apenas a necessidade da mulher mas também sua inocência, de maneira que os alimentos pagos a ela consubstanciavam-se em penalidade ao cônjuge culpado. De outra sorte, mesmo que necessitasse, se a mulher fosse culpada pelo desquite, perderia o direito a alimentos, demonstrando que, à época, preponderava interesse em preservar as famílias pelo matrimônio, em detrimento de outras questões como a afetividade ou a necessidade financeira.

Neste sentido, em julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, a culpa do marido pelo desquite, diante de injúria grave, por ter deixado de prestar assistência à esposa e à filha, acarretou a condenação dele em alimentos à mulher e à criança, demonstrando esta situação, qual seja, a de que não era somente levado em consideração o binômio necessidade-possibilidade para fins de fixação da prestação alimentar à esposa mas também exercia grande influência o questionamento acerca da inocência da consorte.¹³³

Como já visto, em meados do século XX, já se nota um início na menção, em jurisprudência, da impossibilidade da vida em comum como causa ao desquite, dando ao magistrado uma maior dose de arbítrio na apreciação das provas. Nestes casos, contudo, não se falava em perda de afeto e simples ruptura da união, mas atribuía-se culpa a ambos os consortes. Com relação aos alimentos, o reflexo desta situação estava na perda dos alimentos pela mulher. Assim, em julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, foi reconhecida a sevícia do marido em primeiro grau e, em segundo grau, também a injúria grave da mulher, acolhida em reconvenção, isentando-o da prestação alimentar a ela.¹³⁴

Pode-se mencionar, com relação a este assunto, outro julgado deste mesmo Tribunal, de meados do século XX, em que a mulher foi declarada culpada por abandono do lar, por não ter acompanhado o marido em sua nova residência, porquanto cabia ao cônjuge varão determinar o domicílio do casal, tendo perdido por isso o direito a alimentos.¹³⁵

¹³³ *Revista dos Tribunais*. v. 186, 1950, p. 705.

Em outro julgado do mesmo tribunal, foi decretado o desquite por adultério do marido, que perdeu a guarda da filha do casal para a cônjuge inocente, assim como foi condenado a pagar alimentos à esposa e à filha. Vide: *Revista dos Tribunais*. v. 238, 1955, p. 142-146.

¹³⁴ Vide: *Revista dos Tribunais*. v. 189, 1951, p. 201-203. Nota-se, assim, o reflexo da culpa recíproca na isenção de fixar alimentos à consorte, não havendo menção às suas necessidades.

¹³⁵ *Revista dos Tribunais*. v. 270, 1958, p. 308-313. Neste caso específico, há um voto vencido, no sentido de que caberia a fixação de alimentos à mulher, entendendo-se que ela não teria sido culpada e que, ainda, necessitava de auxílio, demonstrando-se que a condenação em alimentos à mulher traziam como fundamentação a inocência dela.

Na década de 1970, também vigorava tal entendimento, tendo sido o marido considerado exclusivamente culpado em desquite, condenado a pagar pensão alimentícia à consorte inocente e pobre, mesmo após algum tempo, argumentando-se que inexistiria coisa julgada obstativa do dever de prestar alimentos diante do desquite já decretado. Consignou-se na decisão, firmemente, que “não terá ela esse direito, porém, se proclamada a sua culpa na dissolução da sociedade conjugal, ou se tiver recursos próprios e suficientes”.¹³⁶

Ainda nesta época, em julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, o marido culpado por desquite, diante de adultério e injúria grave, por frequentar zona de meretrício, foi condenado a pagar alimentos mensais à cônjuge inocente. Consignou-se, porém, que, após a partilha, caso a mulher recebesse bens suficientes, poderia ser revista a verba alimentar.¹³⁷ Assim, nota-se um entendimento diferenciado, considerando mais a situação econômica da mulher do que propriamente sua inocência, embora esta ainda fosse considerada para fins de fixação inicial dos alimentos.

No mesmo período, este Tribunal reconheceu que não configurava adultério a conduta da mulher que se unia a outro homem, por culpa do marido, que a seviciava, tendo sido ela obrigada a deixar o lar. A consorte inocente, contudo, não teria direito a perceber alimentos se passasse a viver em concubinato com outro homem, sendo cancelada a prestação alimentar anteriormente fixada.¹³⁸

Não importava a ausência de pedido expresso de pensão alimentícia à mulher, situação que se notou em julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, de meados da década de 1970, em que o cônjuge culpado por abandono do lar conjugal foi condenado em custas processuais, honorários advocatícios e perda da guarda da filha do casal, além de ter sido obrigado a pensionar a filha e a consorte em um terço de seus rendimentos. Consignou-se expressamente que, segundo o artigo 320, do Código Civil de 1916, os requisitos para o marido pensionar a mulher seriam a inocência dela e a pobreza, não importando a ausência de pedido expresso de pensão alimentícia.¹³⁹

Anteriormente à Lei do Divórcio, em julgado do mesmo Tribunal, foram reconhecidos maus-tratos e injúria grave praticados pelo marido, que foi considerado cônjuge culpado e, por isso, perdeu a guarda da filha para a mulher, sendo, ainda,

¹³⁶ Vide julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo: *Revista dos Tribunais*. v. 433. 1971, p. 128-129.

¹³⁷ *Revista dos Tribunais*. v. 449. 1973, p. 97.

¹³⁸ *Revista dos Tribunais*. v. 452, 1973, p. 61-62.

¹³⁹ *Revista dos Tribunais*. v. 502. 1977, p. 57-59. Frise-se que, à época, vigorava o artigo 320, do Código Civil de 1916, sem alteração pela Lei do Divórcio.

condenado a pagar pensão alimentícia à filha e à esposa, que voltaria a usar o nome de solteira.¹⁴⁰

Desta forma, o culpado arcaria com pensão alimentícia tanto à mulher quanto aos filhos em comum que ficassem com a inocente.

Em julgado do Tribunal da Relação de Minas, também neste sentido, o culpado pelo desquite foi condenado ao pagamento das custas processuais e alimentos aos filhos e à esposa, porquanto decretado o desquite por sua culpa, diante de injúria grave à consorte, imputando-lhe adultério em reconvenção, somado ao abandono lar.¹⁴¹

Com relação à guarda dos filhos do casal, também havia intervencionismo estatal em prol da manutenção do casamento, sancionando-se o cônjuge culpado com a perda da guarda dos filhos.

Assim, ficariam os menores com o cônjuge inocente¹⁴² e, se ambos fossem culpados, a mãe ficaria com as filhas menores e com os filhos de até seis anos de idade que, quando maiores desta idade, ficariam com o pai.¹⁴³

Neste sentido, em julgado do Tribunal do Ceará, na década de 1930, foi reconhecido que a embriaguez habitual da mulher, a partir da frequência de bares desacompanhada do marido, era considerada injúria grave, de maneira que foi decretado o desquite por sua culpa, atribuindo-se a guarda dos filhos menores ao cônjuge inocente.¹⁴⁴

Em decisão judicial da década de 1940, o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu que as alegações de maus procedimentos de um dos cônjuges no decorrer de ação de separação de corpos, descumprindo seus termos, não configurariam injúria grave passível de desquite. Assim, provadas apenas as injúrias de uma das partes, o filho menor ficou em companhia da mãe inocente, sendo o pai condenado ao pagamento de alimentos a ele.¹⁴⁵

Assim, misturavam-se a questão da conjugalidade e a da parentalidade, porquanto a relação matrimonial que não dava certo acarretava reflexos da guarda dos filhos do casal.

¹⁴⁰ *Revista dos Tribunais*. v. 508. 1978, p. 106-107.

¹⁴¹ *Revista dos Tribunais*. v. LXV. 1928, p. 421-422.

¹⁴² Em julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, a decretação do desquite por culpa da mulher acarretou a perda da guarda da filha do casal para o pai, baseando-se do artigo 329, do Código Civil de 1916. Vide: *Revista dos Tribunais*. v. 194. 1951, p. 278-279.

¹⁴³ Neste sentido, vide julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo: *Revista dos Tribunais*. v. XXXIII. 1920, p. 209 e v. LXVIII, 1928, p. 371 e *Revista dos Tribunais*. v. 261, 1957, p. 221-226. Este último julgado também é interessante por definir o que seria injúria grave e sevícia.

Em outro caso, diferentemente, embora tenha sido reconhecida culpa da mulher, a filha não ficou com nenhum dos consortes, sendo internada em estabelecimento educacional de Botucatu, porquanto a situação econômica dos pais não permitia outra solução, além do fato de a avó materna ter sido complacente com o adultério da filha, genitora da criança. Vide: *Revista dos Tribunais*. v. 186. 1950, p. 124.

¹⁴⁴ *Revista dos Tribunais*. v. CX, 1937, p. 318-319.

¹⁴⁵ *Revista dos Tribunais*. v. CXXXIV, 1941, p. 499-500.

O Estado, para preservar a união pelo casamento e misturando a questão da moralidade, que deveria imperar na relação conjugal com o tratamento que deveria ser dispensado pelos pais aos filhos, para que este se desenvolvesse de maneira sadia, sancionava o culpado pelo seu fim com a perda do filho ao inocente.

A culpa pelo rompimento do casamento, assim, acarretava a sanção da perda da guarda dos filhos do casal.

Apenas em meados do século XX passa a haver tímida menção, em alguns julgados, acerca do interesse da criança com relação à fixação da guarda. Assim, o Tribunal de Justiça de São Paulo reconheceu a culpa de ambos os consortes em desquite litigioso, ficando a filha do casal com a mãe em vista do interesse das crianças, entendendo-se que *se essa solução não é a ideal, por não ter ela um procedimento regular, é entretanto mais aconselhável do que confiar-se a guarda dos menores ao pai, que vive em concubinato. A mãe, por pior que seja, é sempre mãe.*¹⁴⁶

Em outro caso concreto, o mesmo Tribunal mencionou o interesse da criança, de maneira que, embora ambos os consortes quisessem o desquite, ele foi proposto na forma litigiosa apenas para discussão da guarda da filha do casal. Foi reconhecida culpa recíproca e confiada a guarda ao genitor que, embora tenha abandonado moralmente a mulher, manifestando desafeição para com ela, possuía melhores condições do que a genitora, que possuía tara psicopática, influenciando na esfera moral e educacional que interessa à formação da criança do casal.¹⁴⁷

Em meados do século XX, portanto, nota-se tímida menção ao interesse dos filhos, apartando a questão da sua guarda dos conflitos conjugais.

Com o advento da lei nº. 4.121, de 1962, houve modificação legal com relação à regulamentação da guarda dos filhos de pais desquitados. Prevvia-se, ainda, que a guarda caberia ao cônjuge inocente,¹⁴⁸ mas que, se ambos fossem culpados, ficariam em poder da mãe os filhos menores,¹⁴⁹ salvo prejuízo de ordem moral a eles. Ademais, previu-se que, caso não fosse recomendado que os filhos ficassem com nenhum dos dois, seria deferida

¹⁴⁶ *Revista dos Tribunais*. v. 208, 1953, p. 154-155.

¹⁴⁷ *Revista dos Tribunais*. v. 208, 1953, p. 188-190.

¹⁴⁸ Em julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, da década de 1970, o adultério foi causa do desquite, concedendo-se a guarda dos filhos para o cônjuge inocente. Ele menciona o entendimento de Washington de Barros Monteiro, no sentido de que, para configuração do adultério, não seria necessário que o homem e a mulher estivessem *solus cum sola in eodem lectos*, bastando que estejam *solus cum sola in solitudinem*. Vide: *Revista dos Tribunais*. v. 425. 1971, p. 96-97.

¹⁴⁹ Assim, na década de 1970, em que atribuída a culpa a ambos os consortes em desquite, diante de adultério da mulher e sevícia do homem, o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu que a guarda da filha seria confiada à mãe, consoante regra do artigo 326, §1º, do Código Civil de 1916, com redação alterada pelo Estatuto da Mulher Casada. Vide: *Revista dos Tribunais*. v. 482. 1975, p. 59-61.

guarda a pessoa idônea da família, assegurado o direito de visitas, assim como que, havendo motivos graves, poderia o juiz regulamentar de maneira diferente a questão da guarda, a bem dos filhos.

Nota-se, portanto, uma abertura à discricionariedade do julgador para analisar o caso concreto nesta seara, embora a questão da culpa pelo desquite ainda fosse fator influente desta decisão, sancionando o culpado.

Posteriormente, na década de 1970, verificou-se menção, em determinados julgados, acerca da irrelevância da atribuição de culpa no desquite para fins de atribuição da guarda dos filhos do casal. Assim, em julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, em que a mulher foi considerada culpada por adultério, determinou-se que a filha do casal permaneceria na casa dos avós maternos, assistida pela genitora, que com eles residia, dispondo que os filhos não seriam moeda para castigar ou premiar o inocente ou o culpado.¹⁵⁰

A jurisprudência, aos poucos, passa a desvincular a ideia da culpa pelo desquite como fator que gerava a perda da guarda dos filhos como sanção.

Por fim, era prevista como sanção à mulher culpada pelo desquite a perda do direito de usar o nome do marido.¹⁵¹ Nesta época, não se considerava o fato de o nome ter sido incluído como atributo de sua personalidade. Pelo contrário, sancionava-se a consorte culpada com a perda do nome, privilegiando o cônjuge inocente, supostamente lesado pelo desfazimento do casamento.

Como exemplo, cita-se determinado julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, no início da década de 1970, em que a mulher foi considerada culpada pelo desquite, por injúria grave, perdendo o direito de utilizar o nome do marido, assim como a guarda dos filhos, sendo condenada, ainda, a pagar os honorários advocatícios.¹⁵²

¹⁵⁰ *Revista dos Tribunais*. v. 471. 1975, p. 73-76. Neste julgado, interessante notar que não foi considerado perdão o fato de os cônjuges permanecerem vivendo sob o mesmo teto, porquanto seria indispensável a convivência, acompanhada de relações sexuais.

¹⁵¹ Observa-se o artigo 240, do Código Civil de 1916, que previa a assunção, pela mulher, do sobrenome do marido, situação que se modificou com a Lei nº. 6.515/77, em que era previsto que a mulher poderia acrescer, ao seus, os apelidos do marido. Assim, no primeiro caso, a assunção do nome era uma consequência do casamento e, no segundo, uma faculdade.

¹⁵² *Revista dos Tribunais*. v. 421. 1970, p. 139-140.

1.4.1.2 A luta pelo divórcio

Com relação à indissolubilidade do vínculo matrimonial pelo divórcio, as Constituições que se seguiram passaram a prevê-la,¹⁵³ dificultando a alteração do assunto, de maneira que continuou a ser aceito o término da sociedade conjugal apenas por meio do desquite, previsto no Código Civil de 1916. A Lei nº. 4.121, de 1962 (“Estatuto da Mulher Casada”), embora tenha significado avanço com relação aos direitos da mulher, alterando alguns dos artigos do Código Civil da época, não modificou a situação da dissolução do matrimônio.¹⁵⁴

À época, passou a haver intenso debate sobre o assunto. De um lado, havia os defensores do divórcio, destacando-se Nelson Carneiro, e, de outro, os fervorosos argumentos contrários, defendidos ardorosamente por Arruda Câmara.

Defendendo a indissolubilidade do vínculo matrimonial, o padre Leonel Franca escreveu obra intitulada “Divórcio”, oportunidade em que defendeu que a sociedade doméstica seria anterior à civil, sendo uma instituição natural, tão antiga quanto à humanidade, sendo a sociedade conjugal condição indispensável à existência, à formação e ao aperfeiçoamento do homem, garantindo, ainda, a perpetuidade da raça. Assim, defendeu ser essencial a monogamia indissolúvel para a família humana e a conservação da humanidade.¹⁵⁵

Para ele, o divórcio romperia a harmonia natural do equilíbrio gerado pelo casamento. Aduzia, assim, que a razão de ser do casamento seria a prole e que somente a indissolubilidade do vínculo geraria condições para que ela se desenvolvesse plenamente, além de pensar que o divórcio inverteria essa ordem, porquanto o que se buscaria, neste caso, seria a felicidade individual dos cônjuges, inspirada pelo egoísmo das paixões.¹⁵⁶

Interessante notar a concepção do padre Leonel Franca sobre amor e afeto no casamento. É veementemente contrário às concepções dos psicólogos e romancistas

¹⁵³ Vide: artigo 134, da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1934; artigo 124, da Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1937; artigo 163, da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946; artigo 167, §1 da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1967; e Emenda Constitucional 1º/69. Disponíveis em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-historica/constituicoes-antiores-1#content>>. Acesso em: 10 mar. 2013.

¹⁵⁴ Com relação ao desquite judicial e seus efeitos, interessante apontar a mudança ocorrida a partir do Estatuto da Mulher Casada no artigo 326, do Código Civil de 1916, que passou a prever que ficarão os filhos menores com o cônjuge inocente e que, se ambos fossem culpados, ficariam com a mãe, salvo prejuízo de ordem moral. Sublinha-se que a disposição anterior previa que, se ambos fossem culpados, as filhas menores ficariam com a mãe e os filhos também, mas somente até os seis anos de idade, momento no qual passariam à guarda do pai.

¹⁵⁵ FRANCA, Leonel. *O divórcio*. 6. ed. Livraria agir editora. 1946, p. 11-13.

¹⁵⁶ Ibid., p. 191.

favoráveis ao divórcio e que defendiam a felicidade individual, ou seja, a tese do amor-paixão. Para ele, o verdadeiro amor seria purificado pelo sentimento de dever, de maneira que, mesmo se cessada a paixão e antigo afeto que um dia uniu os cônjuges, o dever da convivência representaria sacrifício necessário ao crescimento espiritual do ser, além de assegurar melhor desenvolvimento da prole, para ele a principal razão de ser do matrimônio. Descreve-se, assim, um trecho seu, a seguir:¹⁵⁷

O amor-paixão não visa senão o prazer; é a expressão violenta e brutal do egoísmo; de sua natureza é anárquico, subversivo, anti-social; elimina de uma função a sua finalidade imanente e declina a responsabilidade das consequências de seus atos; não conhece regras nem deveres; procura incondicionalmente a satisfação dos seus desejos e após si não deixa senão cinzas. O amor conjugal é o amor especificamente humano que se enquadra na dignidade da nossa natureza elevando-se às alturas morais de uma virtude. Nenhuma ternura, nenhuma delicadeza lhe é estranha. O egoísmo é o seu mortal inimigo, porque é o dom completo, duradouro, total, definitivo de si mesmo a outrem. Não se degrada nem fere a sensibilidade das consciências, porque é um instrumento de contínuos aperfeiçoamentos morais; *amor sementa di ogni virtù*, disse Dante. Aceita todos os deveres que decorrem dos seus atos e por isso inclui a fidelidade nos seus juramentos.

No trecho supramencionado, percebemos que neste período se inicia a discussão sobre o afeto no casamento e de que maneira isso influenciaria a aceitação do divórcio. Ainda era assunto incipiente e repudiado por muitos, conforme visto na análise do entendimento do padre Leonel Franca, para quem não haveria que se considerar o afeto pura e simplesmente ou felicidade individual dos cônjuges. Ao contrário, era defendida a noção de dever no casamento, ou seja, de sacrifício pessoal para assegurar crescimento espiritual dos cônjuges e desenvolvimento da prole. Ou seja, tentava-se manter a secular indissolubilidade do vínculo conjugal que vigorava desde o fortalecimento do Cristianismo na Europa ocidental.

Tal concepção, contudo, passa a ser fortemente questionada e, à época, cresciam cada dia mais as discussões sobre a introdução do divórcio no Brasil,¹⁵⁸ o que gerou a apresentação de inúmeros projetos de lei que tentaram o instituir, no início, mas não obtiveram êxito.

¹⁵⁷ FRANCA, Leonel. *O divórcio*. 6. ed. Livraria agir editora. 1946, p. 193-197.

¹⁵⁸ Paralelamente, na Itália, país primordialmente católico, também se discutia a introdução do divórcio em seu ordenamento, na medida em que era o único país do Mercado Comum Europeu à época que não o aceitava, situação que parecia contraditória, na medida em que este visava tanto uma unificação econômica quanto legislativa. Neste sentido: PALLADINO, Alfonso; PALLADINO, Vincenzo. *Il divorzio*. Milano: Giuffrè editore. 1970, p. 72.

Arruda Câmara, em sua obra “A batalha do divórcio” explicita as inúmeras tentativas fracassadas de introdução do divórcio no Brasil por Nelson Carneiro por meios que chama de tortuosos, quais sejam: o Projeto nº. 122-47, que equiparava a concubina à esposa; Projeto nº. 194-47, que equiparava os filhos espúrios à prole legítima; Emenda Constitucional nº. 4, suprimindo o artigo da Constituição sobre a indissolubilidade do vínculo, que foi rejeitado na Câmara em 1952; Projeto nº. 786, que propunha a anulação do casamento por incompatibilidade invencível e outras causas posteriores à celebração, rejeitado por ser inconstitucional em 1952; Projeto nº. 3.099-53, que propunha a anulação do casamento por erro sobre a qualidade do outro cônjuge, julgado inconstitucional em 1958 pela Comissão de Justiça; Projeto nº. 726-59, que legitimava os filhos oriundos de casamento nulo contraído por má-fé dos cônjuges; e o Projeto nº. 1.568-1960, que introduziria oito nulidades ao casamento.¹⁵⁹

De fato, Nelson Carneiro foi um dos mais ardorosos defensores do divórcio no Brasil, sendo possível verificar nos debates parlamentares da época como o assunto despertava interesse e exaltava os ânimos quando era objeto das discussões.

Exemplificativamente, em sua obra “Divórcio e anulação de casamento”, podemos perceber a tentativa de introdução do divórcio no Brasil, embora não mencionasse expressamente este nome. O assunto principal girava em torno do projeto nº. 786, de 1951, que introduziria novo motivo de anulação do casamento, por erro essencial, qual seja, a incompatibilidade invencível entre os cônjuges. Contudo, pode-se verificar, de um lado, que a tentativa de sua introdução era um modo de possibilitar a dissolução do vínculo como se fosse um “divórcio”, mas a partir da ideia de anulabilidade do casamento, mais aceita à época. De outra sorte, percebe-se o fervor que a discussão gerava, sendo fácil identificar aqueles que eram favoráveis e os que eram contrários à introdução do divórcio no país.

Citam-se alguns trechos das discussões, que ocorriam principalmente entre Nelson Carneiro e o padre Arruda Câmara, tendo o discurso deste último cunho eminentemente religioso e moralista e o daquele um viés mais progressista:

O Sr. Arruda Câmara – Jesus Cristo aboliu, no Novo Testamento, o divórcio que Moisés permitira, pela dureza do coração dos hebreus. Jesus lembrou ainda: “No princípio não era assim, não havia divórcio, o casamento foi indissolúvel”.¹⁶⁰

¹⁵⁹ CÂMARA, Alfredo Bezerra de Arruda. *A batalha do divórcio*. 2. ed. São Paulo, 1960, p. 457.

¹⁶⁰ CARNEIRO, Nelson. *Divórcio e anulação de casamento*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1951, p. 46.

O Sr. Néelson Carneiro – Agora, desejo fazer a reportagem sôbre o divórcio, em todo o mundo e em tôdas as épocas. Quero mostrar que em todos os países há o divórcio, sem exceção. Tinha dúvidas quanto ao Direito Canônico. Sempre acreditei que no Direito Canônico havia anulação de casamento. Mas Monsenhor Arruda Câmara, quase me convenceu do contrário; o que há em sua opinião, é o divórcio. Continuo, porém, na minha velha opinião de que no Direito a exceção não é o divórcio, mas a anulação de casamento [...].¹⁶¹

Nelson Carneiro, nesta mesma obra, comenta sobre a emenda constitucional do divórcio, por ele proposta, ideia rebatida por Arruda Câmara, conforme o trecho a seguir:

Nesta oportunidade, apenas explica à Casa por que sou o autor, o primeiro signatário da emenda constitucional excluindo do texto da Carta Magna vigente as expressões “de vínculo indissolúvel”. [...] Agora pergunto a esta Câmara de homens: como podemos nós exigir castidade de um rapaz de 25 anos, que encontra em flagrante adultério sua mulher? Por que vamos condená-lo à solidão e ao isolamento? Em nome de que, meus Senhores? Por que condenar à solidão, ao isolamento, uma jovem de 20 ou 22 anos, – quem sabe? – nossa irmã, nossa filha, nossa parenta, nossa amiga, se, por desgraça, o marido a abandonou, ou ultrajou o próprio lar?¹⁶²

O Sr. Arruda Câmara – Mas queria lembrar a V. Ex.^a que esta solução de castidade, ou de reconciliação, proposta por São Paulo e aceita pelos doutores da Igreja, não é só da Igreja. V Ex.^a deve conhecer a bela página de Clovis Bevilacqua, em que sustenta essa tese, com fundamentos verdadeiramente jurídicos. Lamento não os poder repetir, no momento, para não tomar os instantes preciosos de V. Ex.^a¹⁶³

Posteriormente, para defender sua visão, de que o divórcio deveria ser instituído no Brasil, Nelson Carneiro cita trecho de artigo do jornalista Carlos Lacerda, que defendia o divórcio em artigo denominado “A Constituição e o amor”, conforme o trecho a seguir:

Não existe, repitamos, o problema do divórcio. Existe o dos casamentos infelizes. Casamento infeliz significa filhos infelizes, união arruinada, prevenções, perseguições, cenas que se agravam, lembrança que marca as crianças e as persegue pela vida afora, como uma injusta maldição. A êsse aspecto, digamos, o desquite atende; e assim pensou a Comissão Constitucional ao incluí-lo no projeto. Mas o desquite estimula o concubinato, cria a indefinição da situação dos filhos e determina a formação de castas cuja existência é, hoje, queiram ou não os pudicos senhores da Comissão Constitucional, uma triste marca na vida social brasileira: a dos maridos e, muito mais numerosas, a das mulheres “intocáveis” – as desquitadas [...]. Estamos, no caso do divórcio, diante de um remédio para uma doença social. Triste não é o remédio e sim a doença. Se os legisladores têm em suas mãos o poder de acabar com a doença, muito

¹⁶¹ CARNEIRO, Nelson. *Divórcio e anulação de casamento*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1951, p. 51.

¹⁶² *Ibid.*, p. 62 e 65.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 65.

bem. Mas se até se dispõem a proporcionar a garrafada que é o desquite, por que não a penicilina, o remédio dos povos civilizados que é o divórcio?¹⁶⁴

Também é mencionado, para justificar sua argumentação, trecho da romancista Dinah Silveira de Queiroz:

Mas pensar que a ausência do divórcio é a garantia da estabilidade de uma união, eis a perfeita loucura. Não há lei, não há forças humanas que façam continuar um casamento que “morreu por dentro”, pois os casados já aí estão sós, diante de Deus, e com suas amarguras e ressentimentos. E nesse território do desespero não seria a coação legal que operaria um ajuste, nós bem sabemos.¹⁶⁵

O Projeto nº. 3.099-53, que pretendia introduzir nova forma de anulação do casamento *por erro essencial sobre as qualidades pessoais do outro cônjuge*, desde que separados há cinco anos, obteve parecer desfavorável de Eduardo Spínola, por ser essa expressão muito elástica que poderia abranger hipóteses que nem sequer eram abrangidas pelo divórcio em outros países, de maneira que poderia enfraquecer o princípio da indissolubilidade do vínculo.¹⁶⁶

Arruda Câmara criticou veementemente o projeto, alegando ser uma camuflagem para a introdução do divórcio. Aduz que certos órgãos da Imprensa teriam apoiado a iniciativa contra a Igreja, e que Nelson Carneiro utilizava-se de dúplice política, falando em anulação do casamento aos Deputados e em divórcio a seus *fãs de rádio e imprensa*, além de alegar que a previsão de incompatibilidade de gênios seria tão grave que foi aceita na França em 1792 e logo rejeitada em 1804.¹⁶⁷

Quanto ao projeto nº. 1.568, de 1960, que introduzia causas de nulidade do casamento, Arruda Câmara critica a proposição, mencionando que seria uma *verdadeira manobra de flanco contra a estabilidade da família brasileira*.¹⁶⁸

Entre os doutrinadores da época, Sílvio Rodrigues, em obra que antecedeu à inovação introduzida pelo divórcio, asseverou que a conveniência ou não da adoção de outro sistema, em que o casamento seria dissolúvel, escaparia aos limites de seu trabalho,

¹⁶⁴ CARNEIRO, Nelson. *Divórcio e anulação de casamento*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1951, p. 70-71. Posteriormente, na página 82, é mencionado que o jornalista Carlos Lacerda se converteu ao catolicismo e passou a sustentar, então, tese inversa, contrária ao divórcio.

¹⁶⁵ Ibid., p. 81.

¹⁶⁶ CÂMARA, Alfredo Bezerra de Arruda. *A batalha do divórcio*. 2. ed. São Paulo, 1960, p. 299.

¹⁶⁷ Ibid., p. 303-308.

¹⁶⁸ Ibid., p. 451-456.

pois deveria buscar argumentos no campo sociológico, filosófico, religioso e político, de maneira que discorre sobre o assunto a partir da proibição legal.¹⁶⁹

Já Washington de Barros Monteiro dedicou espaço de seu “Curso de Direito Civil” para falar sobre a ideia inovadora acerca do divórcio. Para o autor, o número cada vez mais elevado de desquites no país demonstraria uma profunda crise da família, transformando o casamento em instituição sem alcance e sem vida. Conclui seu raciocínio sendo contrário à introdução do divórcio no país, a partir da seguinte argumentação: *introduzir o divórcio em nossos costumes seria cavar brechas ainda maiores no seio da instituição, facilitando ou apressando-lhe a desagregação*.¹⁷⁰

Os debates eram acirrados também nos jornais, havendo trecho interessante em que o cardeal arcebispo de Aparecida (SP), D. Carlos Carmelo de Vasconcelos Motta, faz um apelo aos políticos para que votassem contra a implementação do divórcio no país.¹⁷¹

Em que pese as divergências e opiniões contrárias ao divórcio, finalmente foi aprovada a Proposta de Emenda Constitucional apresentada por Nelson Carneiro, que culminou com o advento da emenda nº. 9, de 28 de junho de 1977, à Constituição de 1969, modificando o cenário anterior. Finalmente, foi dada nova redação ao §1º, do artigo 175, que passou a dispor: “O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos”.¹⁷² O princípio da indissolubilidade, vigente no Brasil até então, foi revogado, portanto, passando a vigor no plano constitucional o princípio da dissolubilidade, de maneira que a lei ordinária não poderia trazer disposição conflitante com esta regra fundamental.¹⁷³

¹⁶⁹ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: direito de família*. v. VI, São Paulo: Saraiva, 1977, p. 209.

¹⁷⁰ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 205.

¹⁷¹ DEBATES no jornal. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 11 jun. 1977, p. 13. Disponível em: <<http://acervo.estadao.com.br/pagina/#!/19770611-31358-nac-0013-999-13-not/busca/Motta+cardeal>>. Acesso em: 28 nov. 2013.

¹⁷² R. Limongi França observa que passa a haver, portanto, dois requisitos ao divórcio, quais sejam: os casos expressos em lei, de natureza ordinária, e a prévia separação judicial, por mais de três anos, de caráter constitucional. Ademais, aduz que “separação judicial é toda a *separatio conjugum* determinada pelo magistrado. Não se circunscreve ao desquite, devendo incluir-se, na sua expressão inequivocadamente ampla, a separação de corpos, exceto aquela concernente à proteção da personalidade de cônjuge menor, em casamento celebrado para evitar cumprimento de pena. Outrossim, a separação deve ser prévia. Isto é, o divórcio não pode ser requerido diretamente. Pede-se primeiro a separação judicial e, só depois de decorrido o tempo constitucional, é que se postula o divórcio”. Por fim, aduz que “a separação deve ser de mais de três anos”. Vide: FRANÇA, R. Limongi. *A lei do divórcio: comentada e documentada*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 37.

¹⁷³ FRANÇA, R. Limongi. *A lei do divórcio: comentada e documentada*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 37.

1.4.2 A Lei nº. 6.515/1977

Regulamentando esta novel situação, foi editada a Lei nº. 6.515, em 26 de dezembro de 1977, conhecida como Lei do Divórcio, que revogou os artigos 315 a 328, do Código Civil de 1916, inserindo o divórcio definitivamente no ordenamento jurídico brasileiro e passando a chamar de separação judicial o que antes era referido como desquite, adotando a linguagem estrangeira em detrimento da já consagrada nacionalmente.¹⁷⁴

A introdução do divórcio no país sofreu críticas. Washington de Barros Monteiro é exemplo de jurista que não concordava com a introdução do instituto, discorrendo que seria necessário combater o divórcio, pois seria “contrário à ordem natural e ao bem da família”. Contudo, embora mencione que foi contra a iniciativa, junto com a Igreja Católica e congressistas minoritários, acaba reconhecendo que seria necessária submissão ao imperativo legal, pois já estabelecido.¹⁷⁵

A princípio, fala-se em divórcio pela conversão, após um prazo de três anos de separação judicial e em divórcio direto depois de um prazo de cinco anos de separação de fato, desde que essa tenha como início data anterior a 28 de junho de 1977 (conforme a redação inicial dos artigos 25 e 40, da Lei do Divórcio).

A necessidade de prévia separação judicial ao divórcio, inserida inclusive no texto constitucional, demonstra que o sistema estava paulatinamente modificando sua direção. Isto porque, ao mesmo tempo em que se admitia a dissolução do vínculo, eram apostos requisitos rígidos para isso, sendo necessária prévia separação judicial, na qual seria eventualmente discutida a culpa de um dos consortes pelo fim do relacionamento. Ainda prevalecia, portanto, a previsão de causas culposas, em detrimento do afeto, embora este fosse cada vez mais ganhando espaço e influenciando a regulamentação do tema.

Pode-se dizer que, à época, era justificável a presença da prévia separação judicial, assim como o grande lapso de tempo para a separação de fato, como requisitos necessários para o divórcio, na medida em que este ainda era de difícil aceitação para grande parte da sociedade, ainda com traços fortes de patriarcalismo e moral rígida. Assim, houve um

¹⁷⁴ O artigo 24 deste diploma legal não deixou dúvidas acerca da dissolubilidade do vínculo, propiciada pelo divórcio: “Art. 24 - O divórcio **põe termo ao casamento** e aos efeitos civis do matrimônio religioso (grifo nosso)”.

¹⁷⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 216.

compromisso entre divorcistas e antidivorcistas, culminando com a aceitação do divórcio desde que com prévios requisitos.

Assim, a Lei nº. 6.515, de 1977, regulamentou a separação judicial, mencionando que poria termo aos deveres de coabitação, fidelidade recíproca e regime de bens, sem extinguir o vínculo matrimonial.

A separação poderia ser consensual, no caso das partes já estarem casadas há mais de dois anos, ou litigiosa, momento no qual caberia a um dos cônjuges imputar ao outro conduta desonrosa ou ato que importasse em violação aos deveres do casamento e tornasse insuportável a vida em comum, havendo também a possibilidade de imputar-lhe doença mental grave, manifestada após o casamento, e desde que durasse mais de cinco anos e fosse de cura improvável. Também poderia decorrer da falência do casamento.¹⁷⁶

A Lei previa uma cláusula de dureza, no sentido de que, na separação por doença mental do cônjuge ou por ruptura da vida em comum, o Estado poderia se imiscuir na esfera privada e negar a separação judicial caso pudesse agravar as condições pessoais ou doença do outro cônjuge ou acarretar consequências morais graves aos filhos menores.¹⁷⁷

O divórcio poderia ocorrer por conversão da separação judicial que perdurasse por mais de três anos ou após separação de fato por cinco anos, desde que iniciada anteriormente 28 de junho de 1977 e provada sua causa.¹⁷⁸

Sílvio Rodrigues comentou a alteração constitucional e a introdução do divórcio no país, mencionando que “a admissão do divórcio do Brasil, embora tardia, representou um grande progresso e veio remediar uma situação de fato de inegável existência e considerável importância”, qual seja, o concubinato. Critica a substituição da palavra desquite, que representava conquista da linguagem jurídica nacional, por separação judicial, linguagem esta colhida na legislação estrangeira.¹⁷⁹

¹⁷⁶ Neste sentido eram os artigos 4º e 5º, da Lei do Divórcio. O artigo 5º, §1º, primeiramente previu outra hipótese de separação judicial caso comprovada ruptura da vida em comum há mais de cinco anos consecutivos, redação alterada pela Lei nº. 8.408/1992, que passou a prever o prazo de um ano para tanto.

¹⁷⁷ Assim era a previsão do artigo 6º, da Lei do Divórcio: “Nos casos dos §§ 1º e 2º do artigo anterior, a separação judicial poderá ser negada, se constituir respectivamente, causa de agravamento das condições pessoais ou da doença do outro cônjuge, ou determinar, em qualquer caso, consequências morais de excepcional gravidade para os filhos menores”.

¹⁷⁸ Artigos 25 e 40, da Lei do Divórcio, anteriormente à alteração promovida pela Lei nº. 8.408/92 e Lei nº. 7.841/89, respectivamente.

¹⁷⁹ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: direito de família*. v. VI. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 211-213. O autor menciona que a palavra desquite foi introduzida pelo Código Civil de 1916, distinguindo a separação judicial de corpos e de bens. Anteriormente, o Decreto nº. 181/1890 que instituiu o casamento civil, ainda usava a expressão *divórcio*, embora este não rompesse o vínculo à época.

Ao contrário, criticando a introdução do divórcio no Brasil, vide: MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 195. O autor menciona que o divórcio é “mais um elemento a concorrer par ao debilitamento do matrimônio e a desagregação da família”,

O autor mencionou a preocupação do legislador em fugir da expressão “divórcio-sanção”, com atribuição de culpa, indicando que essa posição era nítida na reforma francesa de 1975, mas que deveria ser vista com reserva no Brasil e em países em que a ideia do divórcio era nova.¹⁸⁰

Percebe-se, assim, a preocupação do autor com relação à supressão da ideia de culpa do divórcio, porquanto novo ainda o instituto. Por outro lado, é palpável a modificação ocorrida na sociedade que passa a incorporar o conceito de afeto no direito de família, a ponto de atingir o rompimento do casamento, passando ser possível a dissolução do vínculo conjugal.

Sílvio Rodrigues, mesmo após a alteração legal, continuou a utilizar por um tempo, em sua obra, a expressão desquite, falando que o desquite-sanção pode ser fruto de conduta desonrosa de um dos consortes, expressão genérica que ficaria com a determinação sujeita ao arbítrio do juízo, ou de violação dos deveres do casamento, expressamente previstos no Código Civil de 1916, em seu artigo 231, somado ao artigo 5º, da Lei do Divórcio, que passou a exigir que essa violação seja de tal gravidade que torne insuportável a vida em comum, previsão criticada pelo autor, pois demanda difícil prova.¹⁸¹

Ele advertiu que o desquite litigioso sempre fora de número muito menor com relação ao consensual e elencou as hipóteses em que ele se daria, quais sejam: quando as partes não chegarem a acordo sobre um dos pontos básicos da dissolução, como guarda e visita de filho, alimentos ou divisão de bens; por razões psicológicas, para demonstrar sua inocência ou se livrar do dever de prestar alimentos ao outro; quando não for possível a separação-remédio por agravar as condições pessoais ou de doença mental do outro consorte.¹⁸²

Assim, justificou a existência da separação-sanção que, de certa forma, acarretava consequências em algumas das questões envolvendo o término do relacionamento e que

mas discorre sobre o assunto, pois tendo sido introduzido no ordenamento pelo legislador deve ser aceito e estudado.

¹⁸⁰ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: direito de família*. v. VI. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 214. Nas páginas 242-243 o autor menciona que o legislador optou pelo divórcio-remédio e não pelo divórcio-sanção, de modo que ele visava compor uma situação de fato refletida em uma separação judicial ou de fato prolongada. Ademais, aduz que o prazo de três anos de desquite judicial visou evitar divórcios precipitados, com possibilidade de reconciliação.

¹⁸⁰ Ibid., p. 214. Nas páginas 242 e 243, o autor menciona que o legislador optou pelo divórcio-remédio e não pelo divórcio-sanção, de modo que ele visava compor uma situação de fato refletida em uma separação judicial ou de fato prolongada. Ademais, mencionou que o prazo de três anos de desquite judicial visou evitar divórcios precipitados, com possibilidade de reconciliação.

¹⁸¹ Ibid., p. 231-232.

¹⁸² Ibid., p. 232.

não era abrangida pela cláusula de dureza que permeava as outras duas formas de dissolução da sociedade conjugal.

Com relação à alteração constitucional e legal, prevendo o divórcio, Sílvio Rodrigues criticou a previsão do prazo de cinco anos ao divórcio direto, se a separação houvesse se originado anteriormente à emenda, mencionando que isto decorreu da inspiração da alteração, proveniente da lei italiana de 1970, e justificou-se pelo caráter estratégico, diante da intransigência dos setores da sociedade contrários ao divórcio.¹⁸³

Portanto, o instituto da separação jurídica surgiu como intermediário ao divórcio e, em sua regulamentação legal, foram previstos dispositivos que, claramente, visavam evitar o rompimento do matrimônio, como as cláusulas de dureza, a previsão de que caberia ao magistrado a tentativa de reconciliação do casal e os longos prazos e requisitos prévios para o divórcio. Percebe-se, assim, que a separação jurídica possuiu objetivos claros, devendo-se analisar se ainda possuem razão de ser no atual contexto social.

1.4.2.1 Estudo jurisprudencial

O reconhecimento da dissolubilidade do vínculo conjugal a partir da alteração constitucional mencionada e do advento da Lei do Divórcio demonstrou diminuição da intervenção estatal nesta seara, porquanto os cônjuges passaram a poder decidir pelo desfazimento do vínculo matrimonial e, até mesmo, unir-se em nova união posterior.

Contudo, conforme já visto, a introdução do divórcio no Brasil foi resultado de um compromisso entre divorcistas e antidivorcistas, motivo pelo qual o instituto foi introduzido com bastante cautela e requisitos prévios que dificultavam, de certa forma, sua decretação, demonstrando que o intervencionismo estatal era ainda bastante presente.

Assim, foi regulamentada a separação judicial, constitucionalmente prevista como um requisito prévio para o divórcio que seria possível desde que ela perdurasse por três anos. Não mais se falava em desquite, portanto, tendo sido adotado nome estrangeiro, em detrimento da conceituação pátria. Assim, passou-se a falar no instituto da separação jurídica.

Vemos, assim, que o divórcio foi introduzido timidamente no ordenamento jurídico brasileiro, pois, embora na modalidade conversão não fosse necessária explicitação de

¹⁸³ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: direito de família*. v. VI. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 246.

causas à sua decretação,¹⁸⁴ havia previsão constitucional condicionando-a ao preenchimento de requisito prévio, qual seja, separação judicial por três anos.

Esta última, por sua vez, possuía regulamentação infraconstitucional que previa, assim como o anterior desquite, causas culposas para seu reconhecimento, de maneira que poderia não ser decretada em alguns casos, demonstrando o forte intervencionismo ainda vigente.

Nestes termos, em determinado caso concreto, julgado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, não foi provido recurso para que fosse decretada separação judicial do casal, entendendo-se que “o pedido unilateral de separação judicial formulado por um dos cônjuges não pode fundamentar-se em simples alegação de quebra da afetividade conjugal ou na violação dos deveres do matrimônio”, consignando-se ser necessária uma violação que torne insuportável a vida em comum.¹⁸⁵

Consoante disposição transitória da Lei do Divórcio, a separação de fato também poderia acarretar o divórcio, mas, a princípio, somente se ele durasse por um período de cinco anos e fosse anterior à Lei do Divórcio, comprovando-se o decurso de tempo da separação e sua causa.¹⁸⁶

Em julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, salientaram-se estes dois requisitos exigidos pela disposição transitória, quais sejam: separação de fato iniciada anteriormente à 28.06.1977 e algum fato que poderia servir de base à separação judicial que, no caso específico, eram a ruptura da vida em comum por cinco anos e a impossibilidade de sua reconstituição, o que acarretava a separação por falência do casamento, não havendo que se discutir culpa.¹⁸⁷

O mesmo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro não decretou o divórcio, porquanto não restou comprovada a separação de fato por cinco anos anteriormente à Lei do Divórcio,¹⁸⁸ demonstrando que ainda não imperava o paradigma do afeto, não tendo os

¹⁸⁴ Neste sentido, vide julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo: *Revista dos Tribunais*. v. 547. 1981, p. 62.

¹⁸⁵ *Revista dos Tribunais*. v. 545. 1981, p. 177-179.

¹⁸⁶ Vide o artigo 40, da Lei do Divórcio, anteriormente à alteração da Lei nº. 7.841/89, *in verbis*: “No caso de separação de fato, com início anterior a 28 de junho de 1977, e desde que completados 5 (cinco) anos, poderá ser promovida ação de divórcio, na qual se deverão provar o decurso do tempo da separação e a sua causa”. Em julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, foi julgado improcedente ação de divórcio direto, por falta de prova de que a separação de fato perdurava há mais de cinco anos. Vide: *Revista dos Tribunais*. v. 569, 1983, p. 58.

¹⁸⁷ Vide: *Revista dos Tribunais*. v. 527. 1979, p. 214-216.

No sentido de que, para fins da disposição transitória sobre o divórcio direto, bastaria que o prazo de cinco anos tivesse início anteriormente à Lei nº. 6.515/77, terminando antes ou após esta, vide outro julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: *Revista dos Tribunais*. v. 544. 1981, p. 206.

¹⁸⁸ *Revista dos Tribunais*. v. 527. 1979, p. 217.

consortes liberdade para terminar o relacionamento conjugal, porquanto o Estado ainda interferia de forma contundente.

Assim, embora a intervenção estatal nesta seara tenha diminuído, aceitando-se, inclusive, o divórcio direto sem aferição de culpa, este foi inserido apenas como disposição transitória, a princípio. Ademais, ainda havia requisitos muito rígidos para tanto, falando-se em decurso de tempo prévio e causas para sua decretação.

Portanto, a intervenção estatal na dissolução do casamento ainda era bastante incidente nesta época e os julgamentos continuavam a entrar na vida íntima do casal, de maneira que as condutas praticadas durante o casamento era provadas por testemunhas, inquirindo-se as minúcias da vida privada.

Demonstrando isto, menciona-se determinado caso concreto, em que a mulher foi considerada a única culpada pela separação judicial por apresentar *comportamento altamente injurioso e ofensivo aos brios do homem casado*. Na decisão, o desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo menciona o fato de a ré possivelmente ter sido influenciada pela filosofia da libertação e não ser afeita aos trabalhos domésticos, criticando o que seria para ele um falso conceito de liberdade e independência, pois, em suas palavras, “a mulher que não quer ser ‘dominada’ – na errônea concepção das libertárias – acaba sob o domínio da irresponsabilidade, do vício e da libertinagem”.¹⁸⁹

Como forma de coerção à separação jurídica e ao futuro divórcio, ainda havia previsão de sanções ao culpado pela separação do casal, a partir de reflexos na questão da guarda dos filhos do casal, dos alimentos à mulher e do nome de casado, demonstrando grande intervencionismo estatal no término do relacionamento conjugal, como forma de preservá-lo, assim como a família constituída pelo casamento que, à época, era tida como o modelo ideal. Frise-se, ainda, a previsão do adultério como crime no artigo 240, do Código Penal de 1941.

No que diz respeito aos alimentos ao consorte necessitado, menciona-se caso concreto em que a mulher foi considerada culpada pela separação do casal diante de prática de adultério e injúria, tendo perdido o direito a alimentos e, ainda, sendo condenada nas custas e honorários advocatícios. Ressalte-se que foi considerada adúltera mesmo após separação de fato de seu consorte.¹⁹⁰

¹⁸⁹ *Revista dos Tribunais*. v. 576, 1983, p. 63-64.

¹⁹⁰ Vide julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: *Revista dos Tribunais*. v. 523, 1979, p. 118-221. No mesmo sentido, de que a mulher culpada pela separação judicial perde o direito a pleitear alimentos, vide julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo: *Revista dos Tribunais*. v. 541, 1980, p. 131.

Quanto ao nome de casado, iniciou-se entendimento no sentido de que o divórcio, por dissolver o vínculo matrimonial, acarretava, como consequência, a perda do nome de casado, independentemente de culpa na separação,¹⁹¹ posicionamento mais restritivo, na medida em que, além de levar em consideração a culpa pela separação para fins de perda do nome de casado, também estendia tal entendimento aos casos em que, embora não se discutisse culpa, houvesse decretação de divórcio.

Em outro sentido, parte da jurisprudência entendia que a mulher, cônjuge inocente, e que não tivesse tomado iniciativa do divórcio poderia conservar o nome de casada mesmo após sua decretação,¹⁹² entendimento menos rigoroso, mas que demonstra ser ainda presente a ideia de culpa.

Com relação à guarda dos filhos do casal, já há julgados no sentido de que deveria prevalecer o melhor interesse do menor para sua definição. Assim ocorreu em determinado caso concreto decidido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em que a mulher foi considerada culpada pela separação judicial por ter cometido injúria ao violar o dever de fidelidade, consignando-se, contudo, que a guarda seria a ela atribuída.¹⁹³

Contudo, a jurisprudência oscilava, ainda havendo casos em que a questão da culpa pela separação influenciava na guarda dos infantes. Assim, o Tribunal do Rio de Janeiro deixou de dar provimento a recurso interposto, entendendo que o cônjuge culpado por maus-tratos e espancamento deveria perder a guarda dos filhos para a mulher que, também, receberia alimentos e poderia manter o nome de casada.¹⁹⁴

Estas sanções previstas legalmente, acatadas pela doutrina e aplicadas pela jurisprudência, contrastam com a ausência de julgados acerca da responsabilidade civil advinda do relacionamento conjugal no Brasil à época.

Ainda, prevendo que o marido culpado deverá pagar alimentos à cônjuge inocente, decidiu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: *Revista dos Tribunais*. v. 544, 1981, p. 205-206.

¹⁹¹ Neste sentido, vide julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: *Revista dos Tribunais*, v. 544, 1981, p. 205-206.

Também neste sentido, vide julgado do Tribunal de Justiça de Rio Grande do Sul: *Revista dos Tribunais*. v. 576, 1983, p. 203-206. O acórdão foi no sentido de que a dissolução do casamento rompe os liames afetivos e patrimoniais ente os cônjuges, de maneira que a mulher perde o nome de casada, a não ser em hipóteses excepcionais. Há voto divergente, entendendo que apenas deve haver perda do nome de casada se houver decretação de culpa pela separação judicial, mas que, se não for este o caso, não deve o divórcio acarretar sua perda, pois o nome é direito da personalidade de valor inestimável.

¹⁹² Conforme julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo: *Revista dos Tribunais*. v. 547, 1981, p. 63.

¹⁹³ *Revista dos Tribunais*. v. 535, 1980, p. 86-87.

¹⁹⁴ Vide: *Revista dos Tribunais*. v. 542, 1980, p. 185-187. No julgado, consignou-se que a Lei do Divórcio modificou profundamente o Código Civil de 1916 no que diz respeito às causas da separação judicial, pois, enquanto neste elas eram taxativamente enumeradas, naquela Lei as causas passaram a ser mais abrangentes, falando-se em conduta desonrosa, grave violação dos deveres do casamento somada à insuportabilidade da vida em comum e ruptura da vida em comum por cinco anos e impossibilidade de reconstituição.

Assim, não havia espaço para a responsabilização civil nesta seara, porquanto as lesões causadas aos consortes, por meio de injúria, sevícia, dentre outras, já acarretavam as sanções legalmente previstas. Ressalte-se, também, o fato de não se falar em dano moral à época, no Brasil, sendo bastante tímida a discussão a respeito, sendo admitido pacificamente apenas a partir da Constituição Federal de 1988 que expressamente o previu.

1.4.3 A Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002

O advento da Constituição Federal de 1988 representou grandes mudanças no que se refere aos direitos fundamentais e à regulamentação da família.

Finalmente representou o fim da família patriarcal, que se deveu, em grande medida, à influência da urbanização ocorrida no século XX, assim como à emancipação feminina, de maneira que a função básica da família atual, nos dizeres de Paulo Lôbo, é a *realização pessoal da afetividade, no ambiente de convivência e solidariedade*, demandando-se maior autonomia e liberdade e menos intervenção estatal na vida privada, na medida em que a legislação sobre família, historicamente, foi responsável por maiores desigualdades.¹⁹⁵

Embora sofra variações históricas, a família é, essencialmente, uma instituição estruturante do indivíduo, na qual são desenvolvidos seus atributos, como pensamento, capacidade de simbolização, crítica, julgamento e criatividade, ou seja, é ambiente em que será formada a personalidade do indivíduo.¹⁹⁶

¹⁹⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 20. Nas palavras do autor, “reinventando-se socialmente, reencontrou sua unidade na *affectio*, antiga função desvirtuada por outras destinações nela vertidas, ao longo de sua história. A afetividade, assim, desponta como elemento nuclear e definidor da união familiar, aproximando a instituição jurídica da instituição social. A afetividade é o triunfo da intimidade como valor, inclusive jurídico, da modernidade”.

Vide também: MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 36. O autor destaca que “essa mutação da família patriarcal para a família celular permite que as prestações vitais de afetividade e realização individual sejam atingidas, perdendo importância a sua antiga áurea sagrada e os tabus deitados sobre a maternidade e a paternidade, parecendo interessar mais a formação natural e espontânea da família. O atual diagnóstico é de a moderna família suprimir algumas travas, algumas armaduras para que a vida individual seja menos opressiva, para que se realizem as reais finalidades da família: de afeição e solidariedade, e de entrega às suas verdadeiras tradições”.

¹⁹⁶ GROENINGA, Giselle Câmara. Generalidades do direito de família. Evolução histórica da família e formas atuais de constituição. In: BARBOSA, Águeda Arruda; VIEIRA, Cláudia Stein (Coord.). *Direito civil: direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 27-28. A autora assevera que “a psicanálise tem demonstrado a importância da pertinência a uma família e da convivência para a constituição do sujeito, desde a mais tenra idade. A personalidade desenvolve-se por meio dos exemplos significativos – as identificações são resultado destas experiências emocionais com os adultos, pais ou substitutos. Assim, a família é lugar de formação da personalidade”.

A partir de então, sua função essencial passa a ser formação e socialização do indivíduo, de maneira a construir sua personalidade, falando-se em função social da família, que abrange diversos valores sociais a serem protegidos.¹⁹⁷

Na verdade, desde a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1934, a família passou a ser destinatária de normas tutelares, que asseguraram os valores da liberdade e da igualdade material, o que se verifica com maior intensidade na atual Constituição Federal. Necessário ressaltar, contudo, que, nesta última, a intervenção estatal assumiu feição de proteção do espaço familiar, de garantia, mais do que substituição, porquanto incompatível a impessoalidade do Estado com a afetividade que impera nas relações familiares.¹⁹⁸

O texto constitucional originário passou a prever no artigo 226, §6º, que “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada a separação de fato por mais de dois anos”.¹⁹⁹ Diminui-se, portanto, o prazo da separação de fato no divórcio-conversão e criou-se uma nova modalidade de divórcio direto.²⁰⁰

¹⁹⁷ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Novas modalidades de família na pós-modernidade*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 44 e 47. A autora aduz que “a família, agregação social, *locus* privilegiado de inserção do indivíduo, tem por função precípua a proteção da vida privada, familiar, bem como da socialização de seus membros, provendo-os de afeto, de segurança, possibilitando, assim, o desenvolvimento de sua personalidade, tendo em vista o momento histórico onde está inserida, devendo, para tanto, adequar-se às mudanças externas e internas ocorridas no meio social”.

Nos seus dizeres: “vê-se que a família na pós-modernidade é disciplinada na plenitude de sua função social, pois abrange diversos valores sociais a serem protegidos, como o valor à vida, à saúde, à moradia, à igualdade, à justiça, o direito ao nome, o direito à formação familiar, o direito à herança, entre muitos outros que se estabelecem como estrutura basilar do Estado Democrático de Direito. A função social da família importa, outrossim, no seu concreto modo de funcionar, seja em seu aspecto psicossocial, sendo [sic] em seu aspecto patrimonial, impondo muitas vezes limites ao exercício individual, tendo em vista o bem-estar social”.

¹⁹⁸ LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 34-35. Ensina o autor: “a Constituição de 1988 proclama que a família é a base da sociedade. Aí reside a principal limitação ao Estado. A família não pode ser impunemente violada pelo Estado, porque seria atingida a base da sociedade a que serve o próprio Estado. Há situações, entretanto, que são subtraídas da decisão exclusiva da família, quando entra em jogo o interesse social ou público. Nesses casos, o aumento das funções do Estado é imprescindível”. Cita, então, entre outras, a eliminação da repressão e a violência familiar.

¹⁹⁹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 16 mar. 2013.

²⁰⁰ Com esta modificação, foi promulgada a Lei nº. 7.841/89, que amoldou a Lei do Divórcio aos novos ditames do ordenamento jurídico, eliminando o artigo 38 desta Lei, possibilitando os divórcios sucessivos, além de modificar os artigos 36, dizendo que, na contestação no divórcio-conversão, só poderia ser alegado que não decorreu o prazo de um ano ou o descumprimento das obrigações assumidas na separação, e o §1º, do artigo 40, daquela Lei, passando o divórcio direto ser possível contados dois anos da separação de fato, e sem que fosse necessário haver motivação.

Após, a Lei nº. 8.408/92 alterou o §1º, do artigo 5º e o artigo 25, da Lei nº. 6.515/77. No primeiro caso, instituiu a possibilidade de separação judicial, se comprovada a ruptura da vida em comum pelo prazo de um ano. No segundo, fala-se no divórcio-conversão, após um ano da separação ou da concessão de medida cautelar, falando-se sobre a perda do nome pela mulher culpada pelo divórcio, com algumas exceções.

A partir desta nova conformação constitucional, a Lei nº. 7.841/1989 alterou o artigo 40 da chamada Lei do Divórcio, passando-se a falar em divórcio direto após dois anos de separação de fato e, com o advento da Lei nº. 8.408/1992, que também a alterou, passou-se a falar em conversão da separação judicial em divórcio após um ano da decretação desta.

Paulatinamente, portanto, foram afrouxando-se os entraves anteriormente existentes para a dissolução do vínculo matrimonial e, com relação à ainda existente previsão de causas culposas na separação judicial, foi perdendo cada vez mais espaço, demonstrando-se que a sociedade passa a migrar para a fase em que o afeto possui maior influência na condução da sociedade familiar e, portanto, para aferir sua dissolução.²⁰¹

Deste modo, consolidada a dissolubilidade do casamento pelo divórcio, o que representou uma mudança do sistema anterior, havendo menor ingerência estatal na vida privada da família, ela ainda era de certa maneira dificultada pela necessidade de prévia separação, que poderia ser judicial ou consensual. No primeiro caso, ou seja, na separação judicial, era até mesmo possível serem discutidas as causas culposas que culminavam com sua decretação pelo juiz, acarretando prejuízos e sanções ao cônjuge culpado, demonstrando-se resquícios do sistema anterior.

Importa ao presente tema, apenas, a compreensão de que, a partir desta época, ao mesmo tempo em que se consolidou o sistema em que era possibilitada a dissolução do vínculo conjugal e, portanto, nova união legal dos cônjuges divorciados, passam a ter cada vez menor incidência a discussão acerca das causas culposas que originaram a separação, embora ainda previstas, migrando-se para um período em que o afeto passa a ter maior incidência na decisão dos problemas envolvendo o direito de família, tanto em matéria de filiação quanto com relação à regulamentação do casamento e à previsão de outras formas de entidades familiares distintas.

²⁰¹ Sublinha-se, mais uma vez, que será deixada a análise detalhada sobre a Lei do Divórcio, sob outro enfoque, no capítulo seguinte. No presente, apenas estão sendo ressaltadas as questões importantes à identificação de quais dos seguintes fatores mais exerciam influência da sociedade da época para fins de término do relacionamento conjugal, se o afeto ou a previsão de causas culposas a justificá-lo. Com relação à consideração apenas do afeto para fins de dissolução do vínculo conjugal, vide: TJSP. Apelação 9150913-94.2007.8.26.0000. Relator(a): Joaquim Garcia. Comarca: Piracicaba. Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 16/12/2009, onde é mencionado na ementa: “Atribuição recíproca de culpa – Inexistente comprovação – Inutilidade, ademais, a investigação da culpa, mormente se ausente vínculo afetivo”; e TJSP. Apelação Cível 9161391-30.2008.8.26.0000. Relator(a): Francisco Loureiro. Comarca: São Paulo. Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 13/11/2008, em que a ementa menciona: “Impossibilidade de manter o vínculo conjugal, se ambas as partes pretendem a dissolução do casamento e desapareceu o afeto entre o casal – Para a decretação da separação judicial, basta o desaparecimento do afeto, causa de perturbação objetiva do casamento”.

Assim, caminha-se para uma diminuição do intervencionismo estatal nas relações privadas, sendo, por exemplo, enfim reconhecida constitucionalmente a união estável como entidade familiar.

A fase de transição que ocorreu no decorrer do século XX, portanto, encontrou seus alicerces para mudança no texto da Carta Maior, que passou a prever a família igualitária e solidária. O advento da Constituição Federal de 1988, assim, trouxe modificações estruturais com relação às anteriores, pois se baseou em uma sociedade brasileira democrática e pluralista, situação que se refletiu nas relações familiares.²⁰² Nestes termos, seus artigos 226 a 230 trazem regulação do modelo igualitário de família, em que deve imperar o consenso, o respeito, assim como a observância da dignidade das pessoas que a integram.

Por sua hierarquia de norma superior do sistema, o ordenamento jurídico se pauta a partir de suas diretrizes como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana,²⁰³ que é prevista como um dos fundamentos da República, em seu artigo 1º, inciso III, assim como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, um de seus objetivos, previsto no artigo 3º, inciso I, de maneira que a legislação infraconstitucional necessita acompanhar esta evolução da Constituição.

O texto constitucional, como já visto, não mais restringe a família àquela decorrente do matrimônio, prevendo outros modos em que pode ocorrer, reconhecendo-se a união estável como entidade familiar, assim como a família monoparental.²⁰⁴ A constatação destas novas formas de entidades familiares, além de outras reconhecidas pela doutrina, ressalta ainda mais a caracterização da família atual,²⁰⁵ que está pautada, principalmente, pelo valor da afetividade, unida pelos laços de liberdade e responsabilidade, assim como pela colaboração e comunhão de vida.²⁰⁶

²⁰² Nos dizeres de Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf, quando se refere à Constituição Federal de 1988: “introduziu uma radical mudança no panorama da família, com a nova conceituação de entidade familiar, para efeitos de proteção do Estado, passando a família a ser concebida de forma mais ampla, em decorrência de sua origem no direito natural, com reflexos nos âmbitos civil e penal. Vide: MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Novas modalidades de família na pós-modernidade*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 34.

²⁰³ Em sendo a família o local em que cada ser desenvolverá sua personalidade, deverá ser observada a dignidade da pessoa humana de cada um de seus membros, nos termos do artigo 226, §8º, da Constituição Federal. Neste sentido: MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Novas modalidades de família na pós-modernidade*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 36.

²⁰⁴ É de se ressaltar, também, a importância de outras formações familiares que, embora não expressamente previstas no texto, fazem parte da sociedade atual, sendo compatível com o modelo de Constituição existente.

²⁰⁵ O Estado lhe dá proteção, o que se configura em princípio universalmente aceito. A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, por exemplo, estabelece em seu artigo 16.3 que “a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”.

²⁰⁶ Neste sentido: LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 17.

A partir da Constituição Federal de 1988, portanto, o conceito de afeto passou a ser mais importante na configuração da família, em detrimento de ingerências estatais, motivo pelo qual o anterior modelo, em que eram previstos requisitos rígidos para a dissolução do casamento, dá espaço a outro, visto que as mudanças na sociedade exigirão do legislador uma nova alteração constitucional, o que culminou com a Emenda Constitucional nº. 66/2010.

Neste meio tempo, destacam-se, ainda, o advento do Código Civil de 2002²⁰⁷ – que, na verdade, não representou nenhuma mudança de peso à Lei do Divórcio – e alterações com relação ao presente assunto.

As alterações resumiram-se, basicamente, à previsão de que, no divórcio direto ou por conversão, caberia ao cônjuge manter o nome de casado, salvo, no segundo caso, disposição em contrário da separação judicial, nos termos do artigo 1.571, §2º, eliminando a dúvida levantada pela jurisprudência com relação a este assunto. Ademais, seu artigo 1.581 previu que o divórcio poderia ser concedido sem prévia partilha de bens.

Assim, houve uma diminuição nos requisitos para o divórcio, facilitando-o, porquanto não condicionado à prévia partilha dos bens do casal. O Código Civil manteve, por outro lado, a previsão de decretação de culpa pela separação judicial, acarretando perda do nome de casado e dos alimentos.

Com relação ao nome, o cônjuge culpado perderia o direito a usá-lo se requerido pelo cônjuge inocente e se não acarretasse algumas das situações previstas em lei como prejuízo à identificação, distinção com relação ao nome dos filhos e grave dano, nos termos do artigo 1.578. Ou seja, sua perda passou a ser sujeita à culpa pela separação judicial, o que seria mantido em eventual conversão de separação em divórcio.

Com relação aos alimentos, também continuou a haver menção à influência da decretação de culpa em sua fixação, na medida em que foi previsto que apenas ao inocente caberia sua fixação e que, ao culpado, eles seriam apenas os indispensáveis à subsistência, nos termos dos artigos 1.694, 1.702 e 1.704, do Código Civil.

Da previsão legal, percebe-se apenas uma diminuição na consequência sancionatória ao culpado pela separação, porquanto a culpa não era o único fator

²⁰⁷ Com relação às emendas ao Projeto do Código Civil, vide: VILLELA, João Baptista. *O direito de família no Senado: emendas ao projeto de Código Civil*. Belo Horizonte: editora UFMG. 1985, p. 12-15. O doutrinador menciona a sugestão de restabelecimento da terminologia desquite em vez de separação judicial, diante da sua tradição no direito pátrio. Ademais, também menciona a exclusão do desquite por culpa, por ser *altamente problemática a identificação de culpado e de inocente em relacionamento tão interativo como é o conjugal*, sendo intromissão odiosa do Estado na vida conjugal. Tais propostas não foram acolhidas e o Código Civil de 2002 continuou mencionando a expressão “separação judicial”, além de prever as modalidades separação-sanção, remédio e falência.

considerado, mas também a extrema necessidade do cônjuge que, mesmo culpado, teria direito aos alimentos indispensáveis à sobrevivência.

Todavia, os dispositivos legais não deixaram de ser objeto de crítica pela doutrina e percebe-se, na jurisprudência, uma mudança nos entendimentos, a partir da consideração de princípios constitucionais.

Necessário ressaltar, contudo, que, mesmo com as previsões da legislação ordinária existentes, a sociedade passava por mudanças que não mais se adaptavam às antigas disposições, modificando-se em uma velocidade maior do que as alterações legislativas.

A família constituída pelo casamento deixou de ser a única possível, por exemplo, embora ainda exerça fundamental importância na sociedade. Ademais, não mais se baseia na sujeição de seus membros ao poder do chefe de família, mas no paradigma do afeto, havendo igualdade entre os consortes.

Vê-se, portanto, que a instituição familiar sofreu inúmeras modificações em sua função, natureza, composição e concepção ao longo do século XX, momento no qual o modelo patriarcal entrou em crise, culminando com sua extinção definitiva após o advento da Constituição de 1988, quando sua tutela se ampliou, assim como os interesses protegidos, embora não com a mesma rapidez em que avançava a realidade social.²⁰⁸

Ao longo da história, possuiu funções variadas, quais sejam, religiosa, política, econômica e procracional. As duas primeiras deixam de existir na sociedade atual, após o advento da Constituição de 1988, porquanto superada a estrutura patriarcal, buscando a família, atualmente, identificação na solidariedade, prevista no artigo 3º, I, da Carta Maior, que fundamenta a afetividade, superando-se o individualismo que perdurou durante séculos.²⁰⁹

A função econômica também perdeu o sentido, não sendo mais a família considerada como unidade produtiva ou seguro contra a velhice, transferindo-se tal encargo à previdência social. Por outro lado, a função procracional²¹⁰ também deixou de ser a principal, na medida em que muitos casais, nos dias atuais, optam por não ter filhos, em razão da vida profissional ou infertilidade, assim como a cada dia cresce o número de pessoas que adotam crianças, fortalecendo-se a natureza socioafetiva da família.²¹¹

²⁰⁸ LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 17.

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 18-19.

²¹⁰ Tomada a família com base no matrimônio, como o era considerada antigamente, na época colonial, a procriação aparecia sempre como a finalidade do casamento e sua justificação para a Igreja Católica. Vide: SILVA, Maria Beatriz Nizza da. *Sistema de casamento no Brasil colonial*. São Paulo: Edusp, 1984, p. 163.

²¹¹ LÔBO, op. cit., p. 19. O autor ressalta que houve grande transformação no perfil da família brasileira no final do século XX, constatando-se a existência de população majoritariamente urbana (80%), diferentemente do predomínio rural que refletiu nos dispositivos sobre a família no Código Civil de 1916 (p. 21).

Portanto, na fase atual do direito de família, podemos notar nítida prevalência do afeto, porquanto, para fins de dissolução do vínculo conjugal, privilegia-se a autodeterminação das partes sobre a manutenção da família a qualquer custo.

O afeto passa a ser mencionado pelos doutrinadores como guia das relações familiares, que cada vez menos possui interferência estatal, conforme se depreende do texto de João Baptista Villela, a seguir:

O casamento e a família só serão o espaço do sonho, da liberdade e do amor à condição de que os construam os partícipes mesmos da relação de afeto. [...] O amor está para o direito de família assim como o acordo e vontades está para o direito dos contratos. Curiosamente, contudo, enquanto o acordo de vontades constitui a figura central da teoria dos contratos, em torno da qual tudo pivota e tudo se esclarece, parece haver, em direito de família, no mínimo, um bem disfarçado pudor de explicitar a matéria de que ele é feito e sem a qual sua razão de ser não se sustenta e se esboroa. Certo, o discurso do direito de família não deve fazer concessões à pieguice, mas não tem por que ser árido, asséptico, frio e insensível.²¹²

Reconhece-se, ademais, valor jurídico ao afeto, elevado à noção de princípio, qual seja, o princípio da afetividade, consoante explicita Luiz Edson Fachin em seu artigo “O Novo Código Civil e as mudanças sociais no Direito de Família”, a seguir:

A liberdade de casar, simétrica à liberdade de não permanecer casado, faz emergir a retomada do valor jurídico da *affectio maritalis*, a qual, por si só, denuncia a *ratio* apenas formal do casamento. A afetividade assume dimensão jurídica.²¹³

A conclusão a que chegamos, portanto, é sobre a prevalência do afeto nos dias atuais, consubstanciada no princípio da afetividade,²¹⁴ cuja aplicação nas relações conjugais foi definitivamente consagrada a partir da Emenda Constitucional n.66/2010.

²¹² VILLELA, João Baptista. *Repensando o direito de família*. Disponível em: <http://www.jfpgontijo.com.br/2008/artigos_pdf/Joao_Baptista_Villela/RepensandoDireito.pdf>. Acesso em: 27 out. 2013.

²¹³ ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto. *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*. São Paulo: RT, 2003, p. 449.

²¹⁴ Sobre tal princípio, estabelece Paulo Luiz Netto Lôbo que possui fundamento constitucional, não sendo fato exclusivamente sociológico ou psicológico, de maneira que a família protegida pela Constituição é aquela unida pelo afeto. Aduz, ainda, que o princípio da afetividade encontra raízes em fundamentos constitucionais gerais, como o princípio da solidariedade e da dignidade da pessoa humana. Vide: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio (Org.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro; São Paulo: Elsevier, 2011, p. 50-51.

1.4.3.1 Estudo jurisprudencial

O estudo jurisprudencial do período demonstrou que ainda estava longe de ser pacificada a matéria sobre as sanções decorrentes do término do relacionamento conjugal. A falta de tradição do direito pátrio com relação à responsabilidade civil na esfera conjugal, somada à herança do direito patriarcal vigorante durante séculos no país, fazia com que ainda houvesse entendimento bastante conservador e punitivo quanto ao culpado pelo término do relacionamento. Aos poucos, contudo, são percebidas mudanças no entendimento, diminuindo cada vez mais a intervenção estatal nesta seara.

No início do século XXI, ainda havia entendimento no sentido de que não poderia ser convertida a separação em divórcio caso descumpridas algumas das obrigações fixadas em separação judicial.

Assim, em julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, de 2000, o não cumprimento da obrigação alimentar acarretou a improcedência da conversão de separação em divórcio, justificando-se que a Constituição Federal teria prestigiado a família e estabelecido exigências rigorosas quanto aos direitos dos dependentes, não podendo haver orientação a facilitar os responsáveis pelo descumprimento.²¹⁵

O mesmo tribunal, em 2001, anulou sentença que decretou a conversão de separação em divórcio do casal, para que outra fosse proferida, porquanto não comprovado o cumprimento das obrigações resultantes da separação judicial. Assim, baseando-se em precedente do Superior Tribunal de Justiça, entendeu-se que o artigo 26, parágrafo único, II, da Lei do Divórcio estaria em vigor mesmo diante da norma constitucional do artigo 226, §6º, justificando, ainda, o dispositivo legal no *pacta sunt servanda*, entendendo que o divórcio, assim como a separação judicial, deveria ser decretado “nos casos expressos em lei”.²¹⁶

Misturavam-se, assim, conceitos diversos, confundindo-se institutos que deveriam ter regramento próprio e específico. Ao mesmo tempo, havia entendimentos mais progressistas, privilegiando a autonomia do casal e, portanto, diminuindo as exigências necessárias ao divórcio por conversão.

Assim, verifica-se julgado do próprio Tribunal de Justiça de São Paulo entendendo que o artigo 226, §6º, da Constituição Federal, contentou-se com o decurso do tempo para que houvesse conversão de separação em divórcio, não importando o cumprimento ou não

²¹⁵ Revista dos Tribunais. v. 774, 2000, p. 248-250.

²¹⁶ Revista dos Tribunais. v. 793, 2001, p. 229-232.

das obrigações assumidas, que deveriam ser discutidas em ação própria. Em determinado caso concreto, consignou-se que o artigo 26, parágrafo único, II, da Lei nº. 6.515/77 seria incompatível com a norma constitucional, não podendo a norma inferior sujeitar o exercício do direito a condições novas ou estender a outros casos a penalidade.²¹⁷

Outro exemplo neste sentido de não recepção do artigo em tela pela Constituição Federal de 1988 depreende-se de julgado paulista, que justificou sua existência apenas em outra época, em que “tinha em vista outra realidade sócio-jurídica própria do período de transição, resultante da ‘solução de compromisso’ ensejada pela ruptura do princípio constitucional anterior da indissolubilidade do vínculo matrimonial e quando ainda vigia a regra do “divórcio único”, do seu revogado art. 28”. Assim, menciona-se que o obstáculo tinha caráter aflitivo, de punição para o cônjuge separado que não honrasse suas obrigações.²¹⁸

Assim, aos poucos, a jurisprudência vai reconhecendo uma maior autonomia para o casal, verificando não ser justificável uma intervenção estatal exagerada quando da dissolução do casamento, situação que apenas havia razão de ser em outra época, quando da transição ao regime divorcista.

As disposições da Constituição Federal de 1988 representaram grande avanço em diversos aspectos, mencionando-se, a título de exemplo, a igualdade entre filhos e de gênero, além de ter reconhecido uma maior autonomia à família para ditar seus próprios rumos, diminuindo os entraves ao divórcio e reconhecendo, ainda, a união estável como entidade familiar.

Continuou a prever, contudo, o instituto da separação e remeteu à lei ordinária sua regulamentação. Portanto, a Lei do Divórcio continuou em vigor a partir da recepção de alguns de seus artigos.

Na jurisprudência, constatou-se ser ainda bastante presente o intervencionismo estatal, a partir da não decretação da separação judicial se não preenchidos os requisitos a tanto, assim como da noção de causas, quando não amigável, e de culpa por ela,²¹⁹ que gerava reflexos em outras esferas.

²¹⁷ *Revista dos Tribunais*. v. 719, 1995, p. 116-118.

²¹⁸ *Revista dos Tribunais*. v. 733, 1996, p. 221-222.

Em 2002, o Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu neste mesmo sentido, ou seja, que não haveria mais que se falar em aplicação do artigo 26, parágrafo único, II, da Lei do Divórcio, diante da disposição do artigo 226, §6º, da Constituição Federal. Assim, o descumprimento do dever alimentar e a falta de prévia partilha, em determinado caso concreto, não impediu a decretação do divórcio. Vide: *Revista dos Tribunais*. v. 802, 2002, p. 211-213. Menciona-se, no julgado, que a Constituição Federal não estabeleceu requisitos, não havendo, portanto, sido recepcionado o artigo em tela.

²¹⁹ Menciona-se determinado julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, em que foi negado provimento a recurso, mantendo-se a sentença de condenação da mulher como culpada pelo desfazimento do casamento,

Exemplo disto pode ser mencionado em caso julgado no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no início da década de 1990, em que foi extinto processo, por impossibilidade jurídica do pedido, quando requerido divórcio direto, porquanto se constatou que o réu era incapaz. Assim, considerou-se que deveria ter sido proposta ação de separação judicial fundada em doença mental grave posterior ao casamento, na medida em que esta seria uma forma de proteção ao cônjuge incapaz, de maneira que, mesmo configurado o prazo para o divórcio direto, este não foi decretado.²²⁰ Privilegiou-se, portanto, o formalismo da lei em detrimento da livre vontade do cônjuge.

Na lei ordinária, foi mantida a noção de sanção acarretada pela culpa pela separação, embora o reflexo desta cada vez tenha perdido espaço com relação à guarda dos filhos do casal, alimentos e nome, em virtude dos princípios vigentes na novel ordem constitucional, consoante se depreende de alguns julgados mencionados a seguir.

Com relação à guarda dos filhos em comum, o reconhecimento da igualdade dos filhos assim como o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990) e do Código Civil de 2002 fizeram com que, na jurisprudência, fosse cada vez mais predominante a menção ao melhor interesse da criança como fator determinante da atribuição de sua guarda. Assim, ficou cada vez mais superada a ideia que vigorou outrora, em que se condicionava a guarda à inocência na ação de desquite ou separação judicial.

Independentemente do culpado pelo fim do relacionamento, a guarda passou a ser atribuída a quem reunia melhores condições de atender ao melhor interesse da criança, reconhecendo-se que as relações conjugais e paterno-filiais são diferentes e não deveriam, portanto, ser misturadas.

Neste sentido, em julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, do início da década de 1990, foi dado provimento a apelo, para deixar a guarda da criança com a mãe, embora ela houvesse sido considerada culpada pelo rompimento do relacionamento, por adultério. Interessante notar, contudo, que não houve reforma quanto à questão da perda da prestação alimentar e do nome marital. Com relação ao entendimento sobre a guarda da filha da criança, cita-se trecho do julgado, *in verbis*.²²¹

diante de agressões físicas e morais contra o consorte, violando-se os deveres oriundos do casamento, com fundamento no artigo 5º, da Lei nº. 6.515/77. *Revista dos Tribunais*. v. 667. 1991, p. 91-92.

²²⁰ Assim decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Vide: *Revista dos Tribunais*. v. 692. 1993, p. 144-145.

²²¹ *Revista dos Tribunais*. v. 694. 1993, p. 161-162.

Repito, que não nos cabe apreciar o adultério moral (causa), mas somente o legal (efeito) [...] Se “legalmente”, falhou como esposa, não tem falhado como mãe. [...] A guarda deve continuar com a mãe sem prejuízo da reconstrução da sua vida.

Por outro lado, ainda havia entendimento minoritário no sentido de que a culpa em separação judicial influenciava na determinação da guarda dos filhos menores.

No mesmo período, em dois casos concretos do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, deixou-se de discutir a questão da guarda, por ausência de decretação de culpa. Em um deles, a improcedência de separação judicial acarretou a necessidade de discussão da guarda em ação própria. Em outro, não reconhecido o abandono do lar pela esposa, também os julgadores deixaram de apreciar a questão quanto à guarda do filho do casal.²²²

Quanto aos alimentos, a questão da culpa ainda era bastante forte no final do século XX e início do presente século, embora a jurisprudência cada vez mais tenha relativizado a aplicação estrita da lei. Ademais, a partir do reconhecimento da igualdade entre homens e mulheres, deixou de haver distinção quanto ao assunto, podendo eles ser fixados tanto contra o marido como contra a mulher.

A título de exemplo, demonstrando ser ainda forte a influência da decretação de culpa na fixação dos alimentos, na década de 1990, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais entendeu que culpa recíproca acarretaria a perda de alimentos definitivos pela mulher, embora os provisionais tenham sido mantidos até o trânsito em julgado.²²³

No mesmo período, ajuizado divórcio direto, não foi acolhida pretensão da mulher com relação a alimentos, entendendo-se que ela não havia deles necessitado durante a separação de fato e, ainda, que ela foi culpada pelo fim do relacionamento, abandonando o lar conjugal.²²⁴ Assim, foi analisada a culpa da mulher na própria ação de divórcio para fins de prestação alimentar, observando-se que não era somente considerada sua necessidade, mas também a culpa pelo fim do relacionamento.

Em outro caso julgado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a culpa também foi mencionada na fundamentação, no sentido de que, não tendo sido atribuída e, ainda, tendo havido renúncia aos alimentos, somente em casos excepcionais, de extrema necessidade, é que poderiam ser pleiteados. Baseou-se em decisão do Supremo Tribunal Federal, que aduziu não haver contrariedade à súmula nº. 379 este entendimento, pois esta teria sido editada quando impossível a dissolução do vínculo matrimonial. Mencionou-se,

²²² *Revista dos Tribunais*. v. 707. 1994, p. 133-134.

²²³ *Revista dos Tribunais*. v. 706. 1994, p. 38-141.

²²⁴ Vide julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais: *Revista dos Tribunais*. v. 705. 1994, p. 169.

ainda, que os alimentos deveriam provir de acordo ou de responsabilidade pela separação,²²⁵ verificando-se que ainda era bastante influente a questão das causas culposas.

Passou-se a mencionar a impossibilidade de vida em comum entre o casal e, neste caso, reconhecendo-se que a esposa foi vencedora, o Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu que caberia a ela a guarda dos filhos, podendo, ainda, continuar a usar o nome de casada e sendo o marido condenado em alimentos.²²⁶

Da mesma maneira, com relação ao nome de casado, que tanto poderia ser adotado pelo marido como pela mulher, a partir do reconhecimento da igualdade e gênero, continua a haver reflexos da culpa, embora a jurisprudência tenha cada vez mais relativizado a previsão legal.

Verifica-se, em julgados da época, que a noção de culpa pela separação era bastante influente neste âmbito, somente cabendo à mulher inocente a opção por mantê-lo. Posteriormente, com a edição da Lei nº. 8.408/92, alterando o artigo 25 da Lei do Divórcio, passou a haver divergência com relação ao assunto, porquanto se estabeleceu que, da sentença que converter a separação em divórcio, constará a perda do nome de casado, com exceção de algumas hipóteses legalmente previstas. Assim, esta passou a ser a regra pela literalidade da Lei.

Nestes termos, em determinado caso concreto de 1990, foi interposta apelação pelo varão para retirar o patronímico de sua ex-mulher em conversão de separação em divórcio. Contudo, não foi dado provimento ao apelo pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, porquanto considerado que a Lei pior à esposa não poderia retroagir.²²⁷

Nos casos que ocorreram posteriormente à alteração do mencionado artigo de Lei, continuou a haver divergência jurisprudencial.

²²⁵ Na década de 1990, a questão da possibilidade ou não de renúncia de alimentos era divergente. No presente caso concreto, foi negado provimento a recurso da mulher que, após deixar de pleitear alimentos em ação de separação consensual, veio a pedi-los posteriormente. Entendeu-se que, não tendo havido decretação de culpa, ou seja, após separação consensual, somente em casos excepcionais é que poderiam ser pleiteados alimentos, se devidamente demonstrada a necessidade de quem pede. Vide: *Revista dos Tribunais*. v. 671. 1991, p. 161-164.

²²⁶ *Revista dos Tribunais*. v. 742. 1997, p. 239-242. Tal caso foi julgado no final da década de 1990, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, mencionando-se a possibilidade de dois tipos de separação, sanção, proveniente de culpa de um dos consortes, pelo descumprimento dos deveres conjugais, e a remédio, diante do fracasso do casamento, quando impossível se manter a união conjugal.

²²⁷ *Revista dos Tribunais*. v. 686. 1992, p. 107-109. Assim, explicitou-se que, anteriormente, a jurisprudência era praticamente uniforme no Tribunal de Justiça de São Paulo, no tocante à opção, pela mulher inocente, de conservar ou não o nome de casada, só devendo abandoná-lo no caso de se unir em concubinato. Observa-se que um dos julgadores, embora tenha acompanhado o relator, exarou outra motivação, qual seja, sobre a duvidosa constitucionalidade do referido artigo, porquanto a mulher, mesmo sem condenação, a princípio, perderia o direito de usar o nome do marido, contrariando seu direito de personalidade e, portanto, a seu ver, não poderia ser decretada a perda de seu nome sem o devido processo legal.

Assim, no início do presente século, o Tribunal de Justiça de São Paulo deu provimento a recurso do marido para que fosse retirado seu patronímico da esposa, o que havia sido indeferido em primeiro grau, por não postulado na inicial. Entendeu-se que o divórcio rompia definitivamente o vínculo matrimonial, somente podendo a esposa conservar o nome de casada em hipóteses excepcionais, expressamente previstas.²²⁸

Por outro lado, também havia decisões em contrário, como ocorreu em determinado julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em que se reconheceu ser possível à ex-cônjuge manifestar desejo de continuar a usar o nome de casada em conversão de separação em divórcio, porquanto a coisa julgada não admitiria cláusula que define o patronímico da mulher.²²⁹

Verifica-se, assim, que a jurisprudência possuía grande variação de decisões, estando longe de ser pacífica a matéria. O espírito da Constituição Federal de 1988 começava a gerar reflexos na matéria, mas ainda havia grande resquício dos entendimentos passados, intervencionistas e punitivos.

O Código Civil de 2002, em contrapartida às mudanças que ocorriam na sociedade, não trouxe modificações relevantes em relação aos dispositivos previstos na Lei do Divórcio e as divergências jurisprudenciais continuaram.

No Tribunal de Justiça de São Paulo, a discussão acerca da culpa pelo rompimento ainda influenciava na discussão dos alimentos, embora não fosse o único fator a influenciar em sua fixação, levando-se em consideração principalmente a questão do binômio necessidade e possibilidade, decorrente do dever de mútua assistência.²³⁰ Ou seja, considerado culpado um dos consortes, perdia o direito a alimentos embora necessitasse.²³¹

Ao mesmo tempo, encontram-se julgados deste mesmo Tribunal no sentido de que a Constituição Federal de 1988 teria extinguido discussão acerca de culpa²³² ou, ainda, de que o Código Civil de 2002 teria afastado o caráter punitivo da obrigação alimentar.²³³

Mesmo após a Emenda Constitucional nº. 66/2010, ainda há menção à culpa influenciando neste aspecto,²³⁴ falando-se em exoneração de alimentos por procedimento indigno.²³⁵

²²⁸ *Revista dos Tribunais*. v. 783, 2001, p. 285-286.

²²⁹ *Revista dos Tribunais*. v. 776, 2000, p. 347.

²³⁰ Neste sentido: 10ª Câ. Priv., AP 9095136-90.2008-SP, Rel. Des. Testa Marchi, j. 29-07-2010; 7ª Câ. Priv., AP 9186858-16.2005-SP, Rel. Des. Luiz Antônio Costa, j. 29-04-2009; 3ª Câ. Priv., AP 0015826-86.2005, Rel. Des. Donegá Morandini, j. 15-03-2011; 10ª Câ. Priv., AP 9159586-47.2005-SP, Rel. Des. Galdino Toledo Júnior, j. 19 set. 2006.

²³¹ 10ª Câ. Priv., AP 0104197-65.2007-SP, Rel. Des. Testa Marchi, j. 26 jan. 2010.

²³² 3ª Câ. Priv., AP 9252873-59.2008-SP, Rel. Des. Adilson de Andrade, j. 17 fev. 2009.

²³³ 3ª Câ. Priv., AP 9133338-39.2008-SP, Rel. Des. Jesus Lofrano, j. 23 jun. 2009.

Quanto ao nome de casado, o Tribunal paulista ainda reconhecia que a culpa gerava reflexos,²³⁶ havendo, contudo, decisões em outro sentido.²³⁷

Já em matéria de guarda dos filhos do casal, como já visto, mesmo antes da Emenda Constitucional nº. 66/2010 sua atribuição não mais levava em consideração a culpa na separação judicial, levando-se em consideração, tão somente, o melhor interesse dos menores, entendimento que prevalece atualmente.²³⁸

Percebe-se que, aos poucos, a noção de culpa deixou de ser considerada nos julgados no que diz respeito ao desfazimento da relação conjugal, bastando a insuportabilidade da vida em comum, não havendo que se falar em culpados pelo fim do relacionamento, entendimento que veio, mais tarde, a culminar com a promulgação da Emenda Constitucional nº. 66/2010 e que trouxe, por consequência, reflexos na questão das sanções que eram anteriormente aplicadas ao consorte considerado culpado.

Assim, em julgado de 2003, o Tribunal do Rio Grande do Sul entendeu que a questão da culpa seria irrelevante em casos em que não traria qualquer sequela jurídica. Assim, não foi considerada a nulidade de sentença que decretou o divórcio, diante de separação de fato por três anos, e não a mencionou, porquanto ambas as partes manifestaram o desejo de se separarem, diante da ruptura da sociedade conjugal.²³⁹

De maneira semelhante, em 2004, o Tribunal de Justiça de Sergipe não deu provimento a apelo que se insurgiu contra sentença que não perquiriu a culpa pela separação. Constatou-se que ambos os consortes manifestaram o desejo de se separar e que, por isso, bastaria a decretação da separação, pela ruptura do casamento diante da insuportabilidade da vida em comum, sem imputação de culpa.²⁴⁰

²³⁴ 2ª Câ. Priv., Embargos de Declaração 9114025-58.2009-SP, Rel. Des. José Carlos Ferreira Alves, j. 29 jan. 2013.

²³⁵ 4ª Câ. Priv., AP 9061327-75.2009-SP, Rel. Des. Ênio Zuliani, j. 13 maio 2010.

²³⁶ 5ª Câ. Priv., AP 9095662-57.2008-SP, Rel. Des. Dimas Carneiro, j. 17-12-2008; 3ª Câ. Civ., AP 0122647-90.2006-SP, Rel. Des. Jesus Lofrano, j. 26 fev. 2008.

²³⁷ 1ª Câ. Priv., AP 9194875-36.2008-SP, Rel. Des. Paulo Eduardo Razuk, j. 09 jun. 2009.

²³⁸ 9ª Câ. Priv., AP 0272319-70.2009-SP, Rel. Des. Piva Rodrigues, j. 10-08-2010; 4ª Câ. Priv., AP 9172220-07.2007-SP, Rel. Des. Ênio Zuliani, j. 11-12-2008; 3ª Câ. Priv., AP 00001594-82.2005-SP, Rel. Des. João Pazine Neto, j. 19 mar. 2013.

Contudo, há entendimento em contrário. Vide: 7ª Câ. Priv., AP 0016017-73.2007-SP, Rel. Des. Natan Zelinschi de Arruda, j. 21 maio 2008.

²³⁹ *Revista dos Tribunais*. v. 812, 2003, p. 335-336.

²⁴⁰ *Revista dos Tribunais*. v. 826, 2004, p. 363-364.

2 A EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 66/2010: CONSAGRAÇÃO DO AFETO

2.1 Motivações que culminaram com a alteração constitucional

A promulgação da Emenda Constitucional nº. 66, de 2010, foi resultado das mudanças ocorridas na sociedade, que ensejaram alteração do dispositivo constitucional que disciplinava o divórcio, para que se adequasse aos anseios sociais. Como vimos no capítulo antecedente, nos tempos atuais, o afeto tem prevalência sobre a noção de causas culposas quanto à dissolução da sociedade conjugal, situação que refletiu na alteração sobre a disciplina da matéria.

A Constituição Federal de 1988, ao dispor sobre as normas da sociedade brasileira, deu ênfase à valorização da pessoa humana e à sua dignidade, que passam a ser o centro do ordenamento jurídico, para quem ele se volta. As legislações infraconstitucionais, destarte, aos poucos, foram adaptando-se a este novo paradigma.

Com relação à dissolução do vínculo matrimonial, a Constituição Federal de 1988 representou avanço. Anteriormente, somente seria possível o divórcio, após prévia separação judicial e passado o prazo de três anos desta ou da medida cautelar de separação de corpos. Com o advento da Constituição atual, diminuíram-se os prazos para o divórcio por conversão, que passou a demandar prévia separação judicial por um ano, na forma da lei, além de ter ocorrido inovação, ao ter sido previsto o divórcio direto, após comprovados dois anos de separação fática.

Aos poucos, portanto, os prazos e entraves ao divórcio foram diminuindo, refletindo os novos anseios da sociedade pela autonomia privada e pela consequente diminuição da intervenção estatal nas suas relações familiares.

Como visto, o Código Civil de 2002, em que pese tenha trazido alguns avanços, nasceu defasado para seu tempo, pois manteve o regramento acerca da separação judicial litigiosa, prevendo algumas causas culposas que a ensejavam, assim como dispendo sobre o reflexo da culpa na discussão sobre alimentos e nome do cônjuge separado. Porém, representou progresso ao desvincular a decisão sobre a guarda dos filhos da questão da separação do casal, privilegiando o melhor interesse da criança e do adolescente.

As mudanças trazidas por este Código, contudo, estavam longe de satisfazer aos anseios sociais, motivo pelo qual a luta contra os entraves ao divórcio continuou incessantemente.

2.1.1 Pressões sociais

A introdução do divórcio no Brasil, como vimos, resultou de luta de longos anos, entre divorcistas e antidivorcistas e, para assegurar sua implementação no ordenamento, foram feitas concessões. Destarte, o divórcio não poderia ser requerido diretamente, havendo necessidade de os interessados passarem por um período em que refletiriam sobre a decisão, porquanto obrigatória prévia separação judicial ou, após Constituição Federal de 1988, separação de fato por dois anos.

A separação judicial foi uma necessidade de uma época em que se inovou ao reconhecer a possibilidade do divórcio, evitando-se a palavra “desquite”, que já estava permeada por preconceitos na sociedade de então, assim como possibilitando um acordo entre divorcistas e antidivorcistas, que travaram um debate acalorado sobre o tema naquele tempo, o que pode ser constatado pelos registros históricos em que são narradas, até mesmo, situações em que os parlamentares chegaram às vias de fato em virtude da divergência de opiniões.²⁴¹

Porém, esta duplicidade necessária foi objeto de críticas por alguns juristas brasileiros, porquanto era necessário, muitas vezes, o ingresso com dois processos, ensejando burocracia que acarretava grandes dispêndios financeiros e desgaste emocional às partes, que eram novamente obrigadas a reviver antigas angústias e desencontros.²⁴² Assim, desde o início, mostrou seus aspectos negativos e, com o passar do tempo, a partir dos novos valores sociais, em que há aclamação pelo bem-estar e felicidade individuais, acarretou a necessidade de imediatas mudanças.²⁴³

²⁴¹ ASSIS, Arnaldo Camanho de. *EC nº. 66: a emenda constitucional do casamento*, 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/644>>. Acesso em: 12 fev. 2013. O autor lembra também a “hora da Ave Maria” de um parlamentar que ocupou a tribuna, às 18 h.

²⁴² VELOSO, Zeno. *O novo divórcio e o que restou do passado*. 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/661>>. Acesso em: 12 fev. 2013. Vide também: ASSIS, Arnaldo Camanho de. *EC nº. 66: a emenda constitucional do casamento*, 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/644>>. Acesso em: 12 fev. 2013. O autor menciona que a separação obrigatória gerava uma situação interessante, na medida em que o casal não mais estava junto, mas, ao mesmo tempo, continuava preso um ao outro pelo vínculo do casamento, necessitando reencontrar um ao outro quando do divórcio e reviver toda a angústia por que passaram anteriormente.

²⁴³ ASSIS, Arnaldo Camanho de. *EC nº. 66: a emenda constitucional do casamento*, 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/644>>. Acesso em: 12 fev. 2013.

Pode-se mencionar outro problema trazido pela duplicidade de procedimento, qual seja, saturar ainda mais o Poder Judiciário, indo de encontro aos anseios por celeridade e economia processual. A aprovação da Lei nº. 11.441/2007, como um primeiro passo, visou melhorar este assoberbamento, inaugurando a possibilidade da separação e do divórcio serem feitos extrajudicialmente,²⁴⁴ visando a sua facilitação.

Nesta esteira, também se fazia fundamental a extinção dos necessários prazos para o divórcio, evitando-se a propositura de dois processos desnecessários, auxiliando a Justiça Brasileira, já que nem sempre seria possível utilizar-se do procedimento extrajudicial.

A Proposta de Emenda Constitucional sugerida pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM visou, desta forma, liberar o procedimento do divórcio de obstáculos, prazos e atividades burocráticas, evitando a invasão na privacidade do casal, apenas considerando, portanto, a vontade dos indivíduos, diminuindo a intervenção estatal na vida privada. O modelo almejado, que culminou com o atual, além de preservar a intimidade do casal, evitaria gastos desnecessários. Ademais, não haveria prejuízo à família em tese, pois, na verdade, somente seria facilitada a constituição de novos modelos familiares.²⁴⁵

Outro fator que contribuiu para a aprovação da emenda foi a atual perspectiva da família, em que vigora o princípio da intervenção mínima do Estado, como parte de um sistema aberto que possibilita novos arranjos familiares, baseados no afeto que une o casal, não mais prevalecendo uma união que não se sustenta, por comodismo ou imposição social. Desta forma, a tendência foi no sentido da facilitação da separação e do divórcio, promovendo-se a dignidade da pessoa humana ao possibilitar o término mais rápido de um relacionamento falido e, conseqüentemente, a realização de outros projetos de felicidade.²⁴⁶

O estudo feito no título anterior demonstrou quão prejudicial era a ingerência na vida íntima do casal, que via sua vida devassada pelos olhos do Estado e das testemunhas, assim como atestou que as dificuldades legais da separação judicial e do divórcio não impediam que os consortes os buscassem, mas apenas gerava indevida intervenção estatal e aumentava os rancores recíprocos, na medida em que as motivações do fim do casamento eram lembradas e vasculhadas.

²⁴⁴ MORAIS, Ezequiel. A facultatividade do procedimento extrajudicial para divórcio, 2010, Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/651>>. Acesso em: 12 fev. 2013.

²⁴⁵ FILHO, Waldyr Grisard. *Divórcio express: uma mudança de vanguarda*, 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/626>>. Acesso em: 12 fev. 2013.

²⁴⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze. *A nova emenda do divórcio: primeiras reflexões*, 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/635>>. Acesso em: 12 fev. 2013.

Com relação ao divórcio em si, ao longo dos anos, observou-se um incremento em sua ocorrência, resultando em novos arranjos familiares, de segundas, terceiras ou quartas núpcias, alterando, destarte, a antiga concepção de família tradicional, porquanto a nova família passa a ter o afeto como base. Nestes termos, foi alterado o matiz ideológico do novo conceito de família, prevalecendo a busca de felicidade pessoal de seus membros, culminando com a necessária facilitação do divórcio, pois não haveria que se manter um casamento sem amor e felicidade.²⁴⁷

A nova configuração familiar reflete também a aplicação de alguns princípios constitucionais com relação à matéria, quais sejam, da dignidade da pessoa humana,²⁴⁸ da igualdade²⁴⁹ entre os cônjuges, da solidariedade familiar,²⁵⁰ da afetividade, que a norteiam

²⁴⁷ GAGLIANO, A *nova emenda do divórcio*: primeiras reflexões, 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/635>>. Acesso em: 12 fev. 2013. O autor menciona pesquisa feita no IBGE, demonstrando crescimento no número de separações judiciais de 2005 para 2006, em 1,4%, e, com relação ao divórcio, acréscimo de 7,7%, demonstrando uma maior aceitação com relação a este. Ademais, ressalta que, de 1996 a 2006, a separação judicial manteve um mesmo patamar e o divórcio atingiu a maior taxa, sendo de 70,1% no divórcio direto e 29,9% no divórcio indireto.

²⁴⁸ Seu conteúdo é complexo e, nos termos dos ensinamentos de Antônio Junqueira de Azevedo, pode ser considerada como “a capacidade do homem de sair de si, reconhecer no outro um igual, usar a linguagem, dialogar e, ainda, principalmente, na sua vocação para o amor, como entrega espiritual a outrem”.

Vide: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista USP*. São Paulo, nº. 53, 2002, p. 91-92. O autor distingue a concepção insular, para ele insuficiente, em que a dignidade da pessoa humana é fundada no homem como razão e vontade ou como autoconsciência, da concepção fundada no homem como ser integrado à natureza, para ele mais completa. Ele menciona: “é patente, pois a insuficiência teórica da concepção da pessoa humana como ser autoconsciente, racional e capaz de querer. Fundamentar toda a nossa dignidade numa ‘autonomia’ individual, que, além de duvidosa *in concreto*, não é evidentemente absoluta e acaba sendo vista como ‘qualidade de vida’ a ser decidida subjetivamente, não basta”. Continua dizendo “diferentemente, conforme a ética da vida e do amor, as soluções existem: o princípio jurídico da dignidade fundamenta-se na pessoa humana e a pessoa humana pressupõe, antes de mais nada, uma condição objetiva, a vida. A dignidade impõe, portanto, um primeiro dever, um dever básico, o de reconhecer a intangibilidade da vida humana”. Menciona que a intangibilidade da vida humana é um preceito jurídico absoluto, um imperativo categórico, um pressuposto, do qual decorrem consequências, consubstanciadas em imperativos relativos, quais sejam: respeito à integridade física e psíquica (condições naturais), aos meios mínimos para o exercício da vida (condições materiais) e aos pressupostos mínimos de liberdade e convivência igualitária (condições culturais). (p. 95).

A família é o espaço por excelência para a realização de uma vida digna e em comunhão com outras pessoas. Esta nova concepção iniciou-se nas últimas décadas do século XX, após o advento do Estatuto da Mulher Casada, da Lei do Divórcio e, finalmente, da Constituição Federal de 1988, momento no qual ocorreu a emancipação dos valores pessoais, convertendo-se a família em local de realização existencial de cada um de seus membros e de afirmação de suas dignidades, não sendo tutelada por si mesma, mas como instrumento da realização de seus componentes. Vide: LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 62. O autor explicita que, no sistema jurídico brasileiro, o princípio da dignidade da pessoa humana está indissolivelmente ligado ao da solidariedade.

²⁴⁹ É decorrência lógica do princípio da igualdade entre os cônjuges e companheiros a igualdade na chefia familiar, que, nas palavras de Flávio Tartuce, reflete o conceito de *família democrática*, que deve ser exercida em regime de colaboração, podendo até mesmo os filhos opinarem, tendo havido uma *despatriarcalização do Direito de Família*, havendo um regime atual de companheirismo ou colaboração e não mais de hierarquia. Vide: TARTUCE, Flávio. Princípios constitucionais e direito de família. In: CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu *et. al.* (Org.). *Direito de família no novo milênio*: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2010, p. 50.

O atual Código Civil trata os cônjuges de maneira equânime, não mais mencionando situações como chefia da sociedade conjugal, assim como não subjugando a mulher à situação de mera colaboradora. Apenas

e culminaram com o fenômeno da repersonalização do direito civil, resultando, para fins do presente tema, na alteração da motivação para o fim do casamento, que passou a ser apenas o desamor a partir da emenda em comento.²⁵¹

Como visto no capítulo anterior, vive-se época em que o afeto prevalece sobre a culpa e punição pelo fim do casamento na esfera conjugal. Assim, ele passa a ser valor jurídico elevado à categoria de princípio.

Assim, o princípio da afetividade encontra-se implícito na Constituição Federal e, como princípio jurídico, não se confunde com o afeto como fato psicológico ou anímico, porquanto pode ser presumido quando este faltar na realidade, de maneira que a afetividade, por exemplo, mostra-se como um dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles. Já com relação ao presente tema, ou seja, entre cônjuges e companheiros, imprescindível a afetividade real, pressuposto da convivência.²⁵²

Nestes termos, a vida conjugal em comum apenas se justifica enquanto houver comunhão afetiva entre o casal, de maneira que o afeto passou a ser considerado como um valor jurídico de grande relevância ao direito de família.²⁵³

subsistem diferenças decorrentes das desigualdades biológicas entre homens e mulheres, culminando com a esperada igualdade material. José Luiz Gavião de Almeida menciona que “há liberdade para se fazer diferenças, desde que não discriminatórias, isto é, não meramente formais ou mecânicas. Pode haver diversidades, desde que fundadas em motivos sérios e objetivos, que justifiquem o tratamento desigual, ou se encampem dessemelhanças naturais aos indivíduos”. Vide: José Luiz Gavião de Almeida. *Direito civil: família*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 14.

²⁵⁰ Nas palavras de Flávio Tartuce, a solidariedade repercute nas relações familiares pelo *cuidado* que se faz necessário no trato com as pessoas, de maneira a haver respeito e considerações mútuos entre seus membros, surgindo o afeto como principal fundamento destas relações. TARTUCE, Flávio. Princípios constitucionais e direito de família. In: CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu *et. al.* (Org.). *Direito de família no novo milênio*: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2010, p. 45.

Para Paulo Lôbo, o princípio jurídico da solidariedade representa uma superação do individualismo jurídico, a partir da evolução dos direitos humanos, em que, aos direitos individuais, foram acrescentados os direitos sociais, nos quais se encontra o direito de família. No que se refere aos cônjuges e companheiros, deve ser entendida como solidariedade recíproca, abrangendo a assistência material e moral. Vide: LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 63-64.

Na definição de Maria Berenice Dias, a solidariedade é aquilo que cada um deve ao outro e manifesta-se nos vínculos afetivos, possuindo elevado conteúdo ético. Compreende a fraternidade e a reciprocidade, porquanto a pessoa só existe enquanto coexiste. Vide: DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 67.

²⁵¹ SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *A emenda constitucional nº. 66/2010 e a nova regra do divórcio*. 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/688>>. Acesso em: 12 fev. 2013.

²⁵² Neste sentido: LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 71. O autor comenta que até mesmo a afetividade real que deve imperar entre os cônjuges e companheiros difere, tendo conteúdo mais estrito de união com objetivo de constituição de família, daquela empregada na ciência da psique, filosofia e ciências sociais, que abrange tanto o que une quanto o que desune.

²⁵³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

Pode-se dizer, assim, que as gerações de direitos, representadas pela liberdade, igualdade e fraternidade e, finalmente, os direitos fundamentais de quarta geração, à democracia, à informação e ao pluralismo²⁵⁴ geraram reflexos nas relações familiares. Nestes termos, na atual fase, a democracia reflete no âmbito privado, na medida em que ambos os consortes possuem voz e podem dirigir a sociedade conjugal, assim como extingui-la. O pluralismo reflete nas novas conformações familiares, deixando o tradicional modelo da família constituída pelo casamento a ser o único possível, assim como a união por ele gerada não mais é indissolúvel.

Vemos, portanto, que a alteração em comento resultou de inúmeras pressões sociais que refletiram no ordenamento jurídico atual, pois o modelo até então vigente não atendia adequadamente aos anseios da população.

2.1.2 Breve histórico sobre sua aprovação

É importante que seja feita uma breve análise sobre a aprovação da Emenda em comento, que foi promulgada em 13 de julho de 2010, pelo Congresso Nacional, demonstrando que o afeto finalmente passou a ser considerado protagonista nas relações familiares, garantindo-se a dignidade de seus integrantes, unidos por este sentimento.²⁵⁵

Desde o IV Congresso Brasileiro de Direito de Família, realizado em Belo Horizonte, em 2003, os participantes deliberaram que o Instituto formalizaria perante o Congresso Nacional um conjunto de proposições, projetos de lei e de emendas constitucionais, adequando a legislação sobre a família a partir das novas aspirações sociais. O Plenário do evento reconheceu que não mais poderiam ser mantidas disposições que iam de encontro aos costumes atuais, o que minava a autoridade moral da legislação.²⁵⁶

Neste sentido, o Instituto Brasileiro de Direito de Família sugeriu propostas de emenda constitucional visando eliminar o duplo procedimento necessário ao divórcio,

²⁵⁴ Quanto às gerações de direitos, vide: BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 560-572. O autor fala sobre os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade, que têm por base o indivíduo e são oponíveis ao Estado e que possuíram força no século XVIII; sobre os direitos de segunda geração, que dominaram o século XX, representados pelos direitos sociais, da coletividade, refletindo a igualdade; sobre os direitos de terceira geração, que se cristalizaram no final do século XX, tendo por destinatário o gênero humano mesmo, refletindo a fraternidade; e, por fim, menciona os direitos de quarta geração, possível a partir da globalização política, como última fase de institucionalização do Estado Social, concretizando a sociedade aberta do futuro, *em sua máxima dimensão de universalidade*.

²⁵⁵ Neste sentido, vide: VIEGAS, Suzana. *A nova emenda constitucional do divórcio – é o fim da família?*. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/656> >. Acesso em: 12 fev. 2013.

²⁵⁶ FILHO, Waldyr Grisard. *Divórcio express: uma mudança de vanguarda*, 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/626>>. Acesso em: 12 fev. 2013.

unificando-o como hipótese de cessação da vida conjugal, a fim de que fosse eliminado o tempo antes necessário para a ruptura do casamento, evitando transtornos psicológicos e emocionais às partes que, após passarem pelos incômodos da decisão de separação, eram obrigadas a reencontrar o antigo parceiro para efetivar o divórcio.²⁵⁷

Antes disso, em 1999, a Proposta de Emenda Constitucional nº. 22/1999,²⁵⁸ de autoria de Ênio Bacci (PDT/RS), visava alterar o §6º, do artigo 226, da Constituição Federal, dando nova redação a este, a fim de que fosse permitido divórcio após um ano de separação de fato ou de direito. Portanto, a ideia era apenas diminuir o prazo de intermediação entre a separação de fato e o divórcio.

Posteriormente ao IV Congresso, em 15 de junho de 2005, foi apresentada a Proposta de Emenda Constitucional nº. 413/2005,²⁵⁹ apensada à PEC nº. 22/1999, e que foi posteriormente transformada na Emenda Constitucional nº. 66/2010, de autoria de Antônio Carlos Biscaia (PT/RJ). Em sua redação original, estabelecia que o casamento civil poderia ser dissolvido pelo divórcio consensual ou litigioso, na forma da Lei.

Após, o deputado Sérgio Barradas Carneiro (PT/BA) apresentou a Proposta de Emenda Constitucional nº. 33/2007,²⁶⁰ que propunha alteração do dispositivo constitucional em comento, estabelecendo que “o casamento civil será dissolvido pelo divórcio consensual ou litigioso”. Foi apensada à PEC nº. 413/2005, para análise conjunta, por regularem matéria idêntica.

Os deputados supracitados, em suas justificativas, mencionaram que não mais se justificaria a sobrevivência da separação judicial, mencionando-se que o sistema de 1977 criou uma duplicidade artificial, trazendo acréscimos de despesas aos casais e prolongamento de sofrimentos evitáveis.²⁶¹

²⁵⁷ GRISARD FILHO, Waldyr. Idem. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/626>>. Acesso em: 27 fev. 2013. O autor menciona algumas outras legislações que, aos poucos, foram tornando-se mais liberais. Cita-se, como exemplo, a Espanha, em que a Lei nº. 15/2005 permitiu o divórcio direto, eliminando a exigência obrigatória de causa legal, diminuindo, ainda, o prazo anterior de um ano para três meses, como mínimo a ser respeitado desde a celebração do casamento. Contudo, subsiste no sistema a possibilidade de separação judicial como instituto autônomo. Cita, também, o sistema que prevalece no Japão, em que as partes podem divorciar-se sem declinar qualquer motivação, além de não ser exigido qualquer tempo mínimo de casamento.

²⁵⁸ Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14271>>. Acesso em: 21 out. 2013.

²⁵⁹ Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=290450>>. Acesso em: 21 out. 2013.

²⁶⁰ Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=347707>>. Acesso em: 21 out. 2013.

²⁶¹ Comentando sobre o assunto: GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O novo divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 49-50.

A Comissão Especial do Senado da República, ao dar parecer sobre a proposta de emenda à constituição nº. 22-A, de 1999, supramencionada, manifestou-se por sua rejeição, assim como pela aprovação da PEC nº. 413-A, de 2005, e da PEC nº. 33-A, de 2007, que foram apensadas, na forma do substitutivo apresentado pelo relator, deputado Joseph Bandeira, eliminando, assim, o requisito prévio de separação por um ano. Em audiências públicas, os especialistas apontaram ser desnecessário o duplo procedimento para um só fim, como ainda é exigido na Argentina e França.²⁶²

No Senado Federal, esta Proposta, sob o nº. 28/2009,²⁶³ permitia a extinção do vínculo matrimonial pelo divórcio independentemente de prévia separação judicial ou anterior separação de fato. Obteve parecer favorável na Comissão de Constituição e Justiça, sendo, por fim, aprovada, retirando-se o termo “na forma da lei”.

Nos termos do parecer do relator da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, senador Demóstenes Torres, o fim da união possui diversas características, de maneira que a complexidade do término da relação não se resolve pela simples dilação do prazo para obtê-la, mencionando que, passados trinta anos da emenda que permitiu o divórcio, não há mais motivo para serem mantidos prazos a fim de que seja concedido, *in verbis*:²⁶⁴

O interesse no fim da união matrimonial assume características variadas, sujeitas ao teor dos conflitos – ou a sua inexistência –, à extensão patrimonial, às questões ligadas à prole, em especial a fixação de alimentos, o que não se resolve pela simples dilatação do prazo compreendido entre a separação formal ou informal e o divórcio. Observa-se também que, passados mais de trinta anos da edição da Emenda Constitucional nº. 9, de 1977, perdeu completamente o sentido manter os pré-requisitos temporais de separação judicial e de fato para que se conceda o divórcio.

Esta supressão reveste-se de bastante importância, na medida em que representa a intenção em se adotar uma norma constitucional de eficácia plena, retirando-se a necessidade de legislação infraconstitucional para que passasse a ser aplicada. Desta forma, a conclusão a que se chega é a de que não há mais que se falar em prazos

²⁶² FILHO, Waldyr Grisard. *Divórcio express: uma mudança de vanguarda*, 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/626>>. Acesso em: 12 fev. 2013. Para o autor, a Comissão Especial acolheu a justificativa do IBDFAM, não mais reconhecendo a efetividade do instituto da separação, ou seja, concluiu que seria melhor unificar no divórcio a dissolução do casamento.

²⁶³ Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=91651>. Acesso em: 23 out. 2013.

²⁶⁴ TORRES, Demóstenes. Parecer nº. 863, de 2009. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/Materia/getPDF.asp?t=60852&tp=1>>. Acesso em: 5 nov. 2013.

necessários ao pedido de divórcio, que pode ser feito a qualquer tempo, mesmo que um dia após ter sido celebrado o casamento.²⁶⁵

Consoante explica Pablo Stolze Gagliano, estamos em período em que vigora o princípio da ruptura do afeto como o único fundamento ao divórcio, que busca inspiração no *Zerüttungsprinzip*, do direito alemão, que significa, em português, princípio da desarticulação ou da ruína da relação de afeto.²⁶⁶

Os debates ocorridos na Câmara dos Deputados e no Senado ainda perpassaram por alguns argumentos semelhantes aos expostos quando da aprovação do divórcio, em 1977, contrários à proposta de emenda, afirmando-se que poderia acarretar a desestabilização e fragilização da família. Todavia, este pensamento não vingou, originando uma nova abordagem sobre o tema, em que passa a prevalecer apenas a vontade dos cônjuges de continuarem casados ou não, sem quaisquer outros questionamentos quanto à prévia separação ou ao decurso de determinado prazo.²⁶⁷

Esta Proposta visou, portanto, terminar com o desgaste acarretado pelo duplo procedimento necessário ao divórcio, que tinha como condição a prévia separação fática ou

²⁶⁵ Para Pablo Stolze, “caso aprovada em sua redação original, correríamos o sério risco de minimizar a mudança pretendida, ou, o que é pior, torná-la sem efeito, pelo demasiado espaço de liberdade normativa que a jurisprudência poderia reconhecer estar contida na suprimida expressão”. E continua o autor, dizendo que tal poderia gerar espaço a interpretações retrógradas e equivocadas. Vide: GAGLIANO, Pablo Stolze. *A nova emenda do divórcio: primeiras reflexões*, 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/635>>. Acesso em: 12 fev. 2013. O autor explica que o sistema brasileiro passa a ser o mais liberal, a partir da emenda constitucional nº. 66, ao possibilitar o divórcio, sem que haja necessidade de prazos a tanto. Nestes termos, menciona a legislação alemã, menos liberal que a nossa, que estabelece duas condições ao divórcio: a) o casal estar separado de fato há pelo menos um ano, situação em que deverá haver pedido conjunto dos cônjuges ou em que, ainda que o pedido seja formulado por apenas um dos consortes, o outro consinta; b) estarem os cônjuges separados de fato há, pelo menos, três anos”. Menciona, ainda que, neste sistema, há previsão de cláusula de dureza (*Härteklausele*), em que não ocorrerá o divórcio, mesmo quando fracassado o casamento, quando for necessária a preservação do interesse da criança ou quando o divórcio representar ao outro cônjuge uma dificuldade extraordinária, diante de grave doença ou situação econômica. No mesmo sentido, de que a norma possui eficácia plena, vide: LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Divórcio: alteração constitucional e suas consequências*, 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/629>>. Acesso em: 12 fev. 2013; ASSIS, Arnaldo Camanho. *Questões práticas sobre a repercussão da EC nº. 66/2010 nos processos em andamento*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/650>>. Acesso em: 12 fev. 2013; GARCIA, Marco Túlio Murano. *Las Vegas é aqui!*, 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/645>>. Acesso em: 12 fev. 2013. O autor menciona que foram eliminados os prazos mínimos ao divórcio, que se tornou mais fácil do que se casar, já que não haveria qualquer requisito prévio, diferentemente do casamento, em que são exigidas a habilitação e a publicação de proclamas.

²⁶⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze. *A nova emenda do divórcio: primeiras reflexões*, 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/635>>. Acesso em: 12 fev. 2013.

²⁶⁷ Neste sentido, vide: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio Responsável*, 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/630>>. Acesso em: 12 fev. 2013. O autor menciona que esta nova estrutura do divórcio no Brasil “significa a vitória da ética sobre a moral, do Direito sobre a religião, do princípio da liberdade dos sujeitos dirigirem a própria vida sem a indesejada intervenção do Estado”. Menciona, ainda, que “a família é indestrutível. Ela foi, é, e continuará sendo o núcleo básico e essencial da formação e estruturação dos sujeitos e, consequentemente do Estado. Divórcio não significa o fim da família, mas tão somente o fim da conjugalidade. A família agora ficará melhor, com maior liberdade dos cônjuges de estarem casados ou não”.

jurídica do casal, obedecendo a prazos rígidos que acarretavam gastos e prolongavam o sofrimento das partes, situação exposta na Justificativa da PEC e mencionada nos debates, discussões e na votação que culminou com a emenda em tela.²⁶⁸

Segue, assim, trecho da justificativa da PEC nº. 423/2005, do deputado Antônio Carlos Biscaia:

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 antivorcistas, o que não mais se sustenta.

Impõe-se a unificação no 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 de suas famílias sejam revelados e trazidos ao espaço público dos tribunais, como todo o caudal de constrangimentos que provocam, contribuindo para o agravamento de suas crises e dificultando o entendimento necessário para a melhor solução dos problemas decorrentes da separação.

De fato, nos termos de parecer proferido da Comissão de Constituição e Justiça, após trinta anos da aprovação da Emenda Constitucional nº. 9, de 1977, não havia mais motivo para que se mantivessem requisitos para o divórcio. Nos dias atuais, o Estado não intervém tanto nas relações privadas, porquanto a sociedade apresenta-se muito mais madura, podendo, sozinha, decidir por seu destino.²⁶⁹

Finalmente, atendendo a estes novos anseios, a emenda constitucional nº. 66 foi promulgada em 13 de julho de 2010 e deu nova redação ao §6º, do artigo 226, da Constituição Federal, qual seja: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”, culminando com a vitória contra os entraves burocráticos existentes aos casais que não mais pretendam ficar juntos como cônjuges e consagrando o paradigma do afeto nas relações familiares, mas gerando controvérsias jurídicas sobre inúmeros aspectos, diante da ausência de regulamentação da lei ordinária a respeito, algumas das quais serão analisadas adiante.

²⁶⁸ VELOSO, Zeno. O novo divórcio e o que restou do passado, 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/661>>. Acesso em: 4 mar. 2013.

²⁶⁹ TORRES, Demóstenes. Parecer nº. 863, de 2009. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/Materia/getPDF.asp?t=60852&tp=1>>. Acesso em: 5 nov. 2013. Nos termos do parecer: “Ora, o Estado atual é bem menos tutelar que o de trinta anos atrás, e, quanto à sociedade hodierna, as dúvidas e temores que acometeram diversos segmentos dos anos 70 do século passado estão, hoje, todos dissipados, inclusive o de que, ‘no dia seguinte à aprovação do divórcio, não restaria, no País, um só casamento’. O que se observa é que a sociedade brasileira é madura para decidir a própria vida, e as pessoas não se separam ou divorciam apenas porque existem esses institutos. Portanto, não é a existência do instituto divórcio que desfaz casamentos, nem a imposição de prazos ou separações intermediárias que o impedirá”.

2.2 O instituto da separação no ordenamento jurídico atual

2.2.1 O fim dos requisitos prévios ao divórcio

Consoante análise dos períodos históricos mais significativos ao presente tema, feita no título anterior, vimos que, no Código Civil de 1916, passou a ser disciplinado o desquite, em época em que o vínculo matrimonial ainda era indissolúvel, conforme previsão constitucional. Na definição da doutrina da época, representava a “dissolução da sociedade conjugal, mantido o vínculo matrimonial”, podendo ser amigável/consensual ou litigioso/judicial.²⁷⁰

Com o advento da emenda nº. 9/1977 à Constituição de 1969, passou-se a aceitar a dissolução do matrimônio e foi previsto, também, o instituto da separação como intermediária ao divórcio, que poderia ser decretado após passado período mínimo de três anos de separação judicial, situação que foi consolidada com a Lei nº. 6.515/1977. Assim, o anterior desquite deu lugar à separação judicial.

Vê-se, portanto, que o instituto da separação jurídica surgiu como intermediário ao divórcio, a fim de que este fosse gradativamente inserido no ordenamento jurídico. Deste modo, era como se fosse instituído um prazo de reflexão aos cônjuges, que ainda teriam a possibilidade de se reconciliar, arrependendo-se do ato supostamente impensado.

À época, justificou-se seu regramento, porquanto ainda se mostrava de difícil aceitação o divórcio naquela sociedade, marcada pelo patriarcalismo e pelas regras morais rígidas e opressoras.

Interessante notar que a Lei do Divórcio previa uma cláusula de dureza, no sentido de que, na separação por doença mental do cônjuge ou por ruptura da vida em comum, o Estado poderia se imiscuir na esfera privada e negar a separação judicial caso pudesse agravar as condições pessoais ou doença do outro cônjuge ou acarretar consequências morais graves aos filhos menores.²⁷¹

Portanto, o instituto da separação jurídica surgiu como intermediário ao divórcio e, em sua regulamentação legal, foram previstos dispositivos que, claramente, visavam evitar

²⁷⁰ FRANÇA, R. Limongi. *Manual de direito civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1972, p. 266. O autor comenta que, de certa maneira, desquite seria sinônimo de divórcio, pois constituiria o *divortium semiplenum*, diversificando-se, porém, do *divortium plenum* ou divórcio em sentido estrito, que representaria a “separação dos cônjuges, em vida, mediante a dissolução do vínculo matrimonial”.

²⁷¹ Assim era a previsão do artigo 6º, da Lei do Divórcio: “Nos casos dos §§ 1º e 2º do artigo anterior, a separação judicial poderá ser negada, se constituir respectivamente, causa de agravamento das condições pessoais ou da doença do outro cônjuge, ou determinar, em qualquer caso, consequências morais de excepcional gravidade para os filhos menores”.

o rompimento do matrimônio, como as cláusulas de dureza e previsão de que caberia ao magistrado a tentativa de reconciliação do casal. Percebe-se, assim, que a separação jurídica possuiu objetivos claros, devendo-se analisar se ainda possuem razão de ser no atual contexto social.

A Constituição Federal trouxe modificação, prevendo em seu artigo 226, §6º, o divórcio após separação judicial por mais de um ano ou separação de fato por mais de dois anos, o que acarretou modificação de alguns artigos da Lei do Divórcio, pelas Leis nº. 7.841/89 e nº. 8.408/92.

O advento do Código Civil de 2002 não modificou muito a disposição da matéria. Passou a prever o término da sociedade conjugal, a partir da separação judicial, consensual ou litigiosa, e o término do vínculo matrimonial com a morte, nulidade do casamento ou pelo divórcio, consensual ou litigioso, em seu artigo 1.751.

A necessidade de prévia separação judicial apenas elevava os custos de quem queria dissolver a união e o prévio requisito da separação de fato somente dificultava uma solução ao casamento que não deu certo. Assim, o instituto da separação como fase prévia ao divórcio, que foi justificado em período anterior, não mais tinha razão de ser, representando indevida ingerência estatal na união pelo casamento.

Com o advento da Emenda Constitucional nº. 66/2010, foram abolidos do ordenamento jurídico os necessários prazos de separação de fato do casal ou de separação jurídica para que fosse requerido o divórcio.

O novo dispositivo estipula que “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”. Assim, sendo norma prevista no título VIII (Da ordem social), capítulo VII (Da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso) e, ainda, regulamentando o instituto do casamento e, portanto, matéria afeta à família, base da sociedade e direito fundamental, podemos classificar o direito à livre constituição e dissolução dela, no presente caso, respectivamente, pelo casamento e divórcio, também como direito fundamental e, portanto, afirmar que as normas que o regulam possuem aplicação direta e imediata,²⁷² independentemente de regulamentação infraconstitucional.

²⁷² A Constituição Federal de 1988 demarcou a transição para o regime democrático, havendo um alargamento no campo dos direitos e garantias fundamentais, que o asseguram e possuem aplicação imediata, nos termos do artigo 5º, §1º, da Constituição Federal.

Sobre o assunto, escreve J. J. Gomes Canotilho: “Recorde-se o sentido fundamental desta **aplicabilidade directa**: os direitos, liberdades e garantias são regras e princípios jurídicos, imediatamente eficazes e actuais, por via directa da Constituição e não através da *auctoritas interpositio* do legislador”. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 438.

No presente caso, se o legislador constituinte derivado reformador entendeu por não mais ser necessária previsão da prévia separação de direito, não há mais que se falar em manutenção deste requisito.

A justificativa da emenda dispôs neste sentido, de que foi suprimido o requisito prévio da separação judicial ou de fato, nos termos a seguir:

Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, **suprimindo o requisito de prévia** separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos (grifo nosso).

Neste sentido, dispõe Milton Paulo de Carvalho Filho, ao comentar o Capítulo X, do atual Código Civil, dizendo que, da nova redação do dispositivo constitucional, é possível se inferir que hoje é possível dissolver o casamento pelo divórcio, sem a necessidade de observância de prazos de separação jurídica e de fato, porquanto a norma constitucional possui eficácia imediata e sobrepõe-se às regras da legislação ordinária.²⁷³

Para Rolf Madaleno, também não haveria razão para manter a duplicidade de procedimentos, passando primeiramente pela dissolução da sociedade conjugal e, após, do vínculo matrimonial, senão a de forçar o rompimento oficial do casamento por duas vezes.²⁷⁴

Regina Beatriz Tavares da Silva também reconhece que a disposição do §6º, do artigo 226, da Constituição Federal, a partir da emenda constitucional nº. 66/2010, possui eficácia plena e afirma que *desaparecerá, em consequência, a separação prévia como requisito do divórcio*, sublinhando a intenção legal no sentido de facilitar o divórcio.²⁷⁵

Tal regramento, portanto, elimina o requisito da separação judicial e os pressupostos temporais para se obter o divórcio,²⁷⁶ refletindo a redução do intervencionismo estatal, em prol da autonomia privada, facilitando a dissolução do casamento.²⁷⁷ Houve, portanto, a desburocratização da separação de casais em desamor,

²⁷³ PELUSO, César. *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 5. ed., Barueri: Manole, 2011.

²⁷⁴ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 4. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 196.

²⁷⁵ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *A emenda constitucional do divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 81.

²⁷⁶ Neste sentido vem entendendo a jurisprudência: TJRS, Apel. Cível nº. 0037359692, 8ª Câmara, rel. Luiz Ari Azambuja Ramos, j. 02.09.2010; TJMG, Ap. Cível nº. 1.0456.05.033464-2/001, rel. Elias Camilo, j. 11.11.2010; TJSP, Ap. Cível nº. 990.10.491345-4, rel. Des. Francisco Loureiro, j. 07.02.2011

²⁷⁷ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. O novo divórcio no Brasil. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão (Org.). *O novo divórcio no Brasil*: de acordo com a EC nº. 66/2010. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 125.

com reconhecimento da dignidade da pessoa humana e autonomia privada, possibilitando economia para o casal.²⁷⁸

Com a nova redação do artigo 226, §6º, da CF, não só a separação (judicial, extrajudicial ou de fato) como também os prazos de carência desapareceram como *conditio sine qua non* para pleitear tanto o divórcio judicial (consensual ou litigioso) como o extrajudicial.²⁷⁹

A separação, como requisito para o divórcio, apenas elevava os custos de quem não queria mais conviver em matrimônio, não sendo comuns os casos em que havia restabelecimento da sociedade conjugal, de modo que este argumento não se mostrou hábil à sua manutenção. Ademais, nada impedirá que as partes divorciadas contraiam novo casamento ou convivam em união estável posteriormente, caso se reconciliem.

O prazo mínimo de um ano para pleitear o divórcio consensual, por exemplo, era um modo arbitrário e aleatório de impor ao casal que permanecesse junto, na esperança de que se arrependessem do ato impensado.²⁸⁰

Destarte, a única conclusão possível no presente caso é a de que a emenda constitucional nº. 66/2010 eliminou do ordenamento jurídico brasileiro a necessidade de requisitos prévios para o divórcio, que poderá ser intentado a qualquer tempo, independentemente de prévia separação judicial ou de fato,²⁸¹ podendo-se falar em verdadeiro direito potestativo²⁸² ao divórcio.

²⁷⁸ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil Brasileiro: direito de família*. v. 5, 26. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 374-375.

²⁷⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. v. 5, 26. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 361. Entende a autora que também não há mais que se indicar motivo do fim da relação, nem que se comprovar culpabilidade.

²⁸⁰ Neste sentido: DIAS, Maria Berenice. *Divórcio já!:* comentários à emenda constitucional 66, de 13 de julho de 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 47.

²⁸¹ Em sentido contrário, vide: SANTOS, Luiz Felipe Brasil. *Emenda do Divórcio: cedo para comemorar*. 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/648>>. Acesso em: 12 fev. 2013. Para o autor, a separação foi prevista constitucionalmente em 1977 como norma formalmente constitucional para assegurar às correntes conservadoras que o divórcio passaria por um prazo de reflexão prévio, a partir da separação. Assim, a eliminação de referência constitucional não significaria que as condicionantes teriam sido abolidas, mas que, deixando de constar da Constituição, são passíveis de alteração por lei ordinária. Assim, o instituto da separação continuaria existente. Com o devido respeito à respeitável argumentação do autor, pensamos que somente havia razão de ser aos prévios requisitos ao divórcio por conta da previsão constitucional que, de fato, tinha natureza de norma formalmente constitucional. A partir de sua retirada do texto da Constituição e, ainda, constando da justificativa da Emenda que a nova redação dada eliminava os requisitos prévios ao divórcio, apenas podemos concluir pela não recepção das atuais regras sobre os prazos e pré-requisitos necessários ao divórcio pela novel disposição constitucional, porquanto é norma de aplicação imediata e direta, que, propositalmente, silenciou sobre a separação. Não há mais que se sustentar a obrigatoriedade de prazos prévios ao divórcio, o que configura indevida ingerência estatal na vida privada, contrariando a autonomia das partes e, consequentemente, sua dignidade, contrariando a atual conformação da família, que é baseada no afeto.

²⁸² Sobre o direito potestativo, vide: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil. Teoria geral de direito civil*. v. I. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 37. Para o autor, o

2.2.2 Destino da separação

A questão do destino da separação no atual ordenamento jurídico, a partir da Emenda Constitucional em tela, não é tão tranquila quanto a conclusão no sentido de que os prévios requisitos para o divórcio foram definitivamente eliminados.

Primeiramente, porquanto, na justificativa da emenda, esta questão não ficou clara. Ademais, não houve revogação de nenhum dos dispositivos que preveem a separação no ordenamento, o que demandaria legislação contrária que fulminasse sua vigência, expressa ou tacitamente. Assim, resta avaliar se a regra a respeito da separação ainda possui suporte de validade no atual ordenamento jurídico, ou seja, se houve recepção das regras infraconstitucionais a respeito da separação pela novel disposição trazida pela Emenda Constitucional nº. 66/2010.

A disposição sobre a dissolubilidade do vínculo matrimonial diz respeito à família, base da sociedade, sendo norma constitucional material. Na nova disposição, não foi mencionado o instituto da separação, concluindo-se, portanto, que a dissolução do casamento poderá ocorrer independentemente de requisitos prévios.

A matéria afeta à separação jurídica e sua regulamentação, contudo, diz respeito à legislação infraconstitucional e, embora tenha sido mencionada nas Constituições anteriores, de 1969, a partir da Emenda nº. 9/77 e na Constituição de 1988, até o advento na emenda em comento, apenas delimitava a questão dos requisitos para o divórcio, refletindo uma sociedade que ainda zelava pela manutenção do casamento, por meio da disposição de norma formalmente constitucional que assegurasse seus ideais. Suas peculiaridades e seu procedimento, contudo, sempre foram afetos à legislação infraconstitucional.

Assim, a questão que se coloca não é de fácil solução, porquanto, não sendo matéria afeta ao âmbito constitucional, acertadamente não foi mencionada quando da alteração do §6º, do artigo 226, da Constituição Federal, restando a indagação de como ficará a questão até que venha legislação dispondo sobre o assunto e, ainda, qual seria a melhor regulamentação futura da matéria.

direito potestativo representa um poder-sujeição, não havendo nada que o titular da sujeição possa fazer, pois não há dever, mas submissão à manifestação unilateral do titular do direito, embora a manifestação atinja a esfera jurídica do outro, constituindo, modificando ou extinguindo uma situação sua jurídica subjetiva.

2.2.2.1 Argumentos favoráveis à sua manutenção

Alguns autores entendem que, *de lege lata*, a Emenda Constitucional nº. 66/2010 apenas excluiu a exigência de prévia separação judicial ou de fato para que fosse decretado o divórcio, pois, em que pese constar da exposição de motivos e em pareceres a intenção de extinção da separação, tal não ocorreu, porquanto a separação judicial é instituto autônomo, possuindo terminalidade, de modo que não restou caracterizada nenhuma hipótese prevista no artigo 2º, §1º, do Decreto-Lei nº. 4.657, de 4 de setembro de 1942, a Lei de Introdução ao Código Civil.²⁸³

Aduzem a tese de que, mesmo com a alteração ocorrida, subsistiria o instituto da separação nas modalidades com ou sem culpa, objetivando a preservação da família, ou, ainda, devido a motivos religiosos, permitindo a reconciliação do casal, apontando as vantagens da emenda em comento, que retirou alguns entraves, privilegiando os princípios da autonomia privada e dignidade da pessoa humana, possibilitando ainda uma celeridade em tais questões, além da redução dos custos e desoneração do judiciário.²⁸⁴

Assim, a título de exemplo, Yussef Said Cahali entende que não se pode romper com o passado, de maneira que não se poderia desrespeitar grande parte da população que, por tradição ou motivações religiosas, não concebe a dissolução do vínculo matrimonial. Entende o renomado jurista, ademais, que não se poderia deslocar a discussão para uma eventual inconstitucionalidade posterior ou não recepção da norma pela Constituição, pois o divórcio e a separação judicial são institutos autônomos, sendo o primeiro de disciplina eminentemente constitucional e o segundo de regulamentação infraconstitucional.²⁸⁵

Nestes termos, argumentam alguns juristas que se deve ter como base a forma escolhida pela Constituição Federal de 1988, porquanto o instituto do divórcio originou-se

²⁸³ Neste sentido: Paulo Nader. *Curso de direito civil: direito de família*. 5. ed. rev. atual., Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 204-205.

²⁸⁴ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. O novo divórcio no Brasil. In FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão (Org.). *O novo divórcio no Brasil*: de acordo com a EC nº. 66/2010. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 126-127. Para os juristas, teriam sido mantidas as espécies de separação judicial litigiosa na modalidade culposa, a fim de que pudesse ser questionado o descumprimento dos deveres conjugais, e na modalidade remédio, sob pena de violação à dignidade da pessoa humana, prevista no artigo 1º, III, da Constituição Federal. A infidelidade, por exemplo, ocasionaria a perda do direito à pensão alimentícia e o dever de reparar os danos morais e materiais causados ao cônjuge lesado. Para os autores, deveria ser mantida a duplicidade de procedimentos, tendo em vista o direito à liberdade, insculpido no artigo 5º, VIII, da Constituição Federal, preservando, ainda, os seguidores da religião católica. Logo, no seu entendimento, a emenda em comento não excluiu a separação judicial do ordenamento jurídico, mas apenas eliminou-a como requisito necessário ao divórcio (p. 129-131).

²⁸⁵ CAHALI, Yussef Said. *Separações conjugais e divórcio*. 12. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 75-76.

constitucionalmente e a opção do legislador originário fora o divórcio pela forma conversiva, mediante prévia separação judicial. Deste modo, com a Emenda Constitucional nº. 66/2010, teria sido eliminado o requisito prévio da separação judicial para a concessão do divórcio, mas, de acordo com a redação dada, isto seria apenas um poder das partes, e não um dever. Ademais, o sistema de legislação ordinária não estaria adaptado a esta nova realidade.²⁸⁶

Respeitável entendimento possuem os professores Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf, para quem a manutenção da separação judicial no ordenamento jurídico seria essencial para assegurar o direito fundamental da liberdade, previsto no artigo 5º, inciso VIII, da Constituição Federal de 1988. Atraem seguidores a partir do raciocínio de que, levando em consideração a liberdade de religião vigente no país que, caso haja entendimento em contrário, os praticantes da religião católica não poderiam regularizar seu estado civil, pois o direito canônico ainda proibiria o divórcio.²⁸⁷

Há, ainda, parte da doutrina que argumenta que o desquite foi citado pela Constituição de 1934, mas não pelas Constituições de 1937, 1946 e 1967, nunca tendo sido sustentado que havia sido eliminado do ordenamento infraconstitucional nestas épocas, porquanto continuava previsto no Código de 1916. Assim, a separação ainda existiria, propiciando o restabelecimento da sociedade conjugal, assim como assegurando o direito fundamental da liberdade, que assegura a escolha pelo divórcio ou pela separação àqueles que, em razão de sua crença, não podem dissolver o vínculo matrimonial.²⁸⁸

2.2.2.2 Argumentos contrários à sua manutenção

Logo após a promulgação da Emenda Constitucional nº. 66/2010, muitos passaram a comemorar o fim da separação de direito, que teria sido consequência natural da nova disposição, de aplicação imediata.

Neste sentido, aduzem os que assim entendem que uma leitura apressada do artigo 226, §6º, da Constituição Federal, poderia levar à insistência na manutenção do instituto da

²⁸⁶ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *A emenda constitucional do divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 15-16.

²⁸⁷ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 343-344.

²⁸⁸ MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil*. 42. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 317 e 323.

separação no direito brasileiro, o que contrariaria a própria Constituição Federal, que elegeu o afeto como princípio maior das famílias.²⁸⁹

Ademais, salientam que foi justamente com a intenção de extinguir a separação judicial do ordenamento jurídico que foi apresentada a Proposta de Emenda Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família, que culminou com a Emenda Constitucional nº. 66/2010. Assim, a interpretação da norma deveria ser contextualizada historicamente, resultando na conclusão de que foram extintos não somente os prazos, mas também os requisitos obrigatórios ou voluntários da prévia separação judicial ao divórcio por conversão.²⁹⁰

Ainda, mencionam projeto que visa a instituição do Estatuto das Famílias, que prevê apenas o divórcio, nada dispondo sobre a separação de direito.²⁹¹ Assim, no caso de dúvidas ou necessidade de prazo de reflexão, argumentam que o casal poderia se valer da separação de fato ou separação de corpos, preservando seu interesse a suspender os deveres do casamento.²⁹²

Por este motivo, não mais haveria que se falar em separação jurídica extrajudicial consensual, separação jurídica judicial consensual, nem em separação jurídica judicial litigiosa, não mais existindo as modalidades da separação-sanção, remédio e falência. Desta forma, apenas a separação de fato ainda subsistiria no ordenamento jurídico, sendo informal e consubstanciando-se em um *distanciamento corporal ou afetivo dos cônjuges*.²⁹³

²⁸⁹ CARVALHO, Newton Teixeira. *O fim da separação no ordenamento jurídico brasileiro*. 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/631>>. Acesso em: 15 mar. 2013.

²⁹⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A emenda constitucional nº. 66/2010: semelhanças, diferenças e inutilidades entre separação e divórcio e o direito intertemporal*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/647>>. Acesso em: 15 mar. 2013.

Também no sentido de que o instituto da separação teria sido extirpado do mundo jurídico, vide: SOARES, Ronner Botelho. *Novas perspectivas para o direito de família brasileiro: um olhar voltado para o Estatuto das Famílias*. 2011. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/721>>. Acesso em: 12 fev. 2013.

²⁹¹ Vide: LAGRASTA NETO, Caetano. *Direito de família: novas tendências e julgamentos emblemáticos e o Estatuto das Famílias*. 2011. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/711>> Acesso em: 12 fev. 2013; DIAS, Maria Berenice. *O estatuto da ética*. 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/698>>. Acesso em: 12 fev. 2013.

²⁹² DIAS, Maria Berenice. *EC 66/2010 – e agora?*. 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/653>>. Acesso em: 12 fev. 2013.

²⁹³ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil: direito de família*. 6. ed. rev. amp. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 197-199. Os autores mencionam arrestos, tanto no sentido de que a separação de fato poria fim ao regime de bens, quanto em sentido contrário. Para eles, contudo, esta última interpretação não se coadunaria com o princípio que veda o enriquecimento sem causa. Com a Emenda Constitucional nº. 66/2010, tal situação ficaria ainda mais clara, diante da extinção da separação de direito, subsistindo apenas a separação de fato.

Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, a partir da emenda em comento teria desaparecido do sistema a separação judicial e toda legislação que a regulamentava, diante da perda de eficácia causada pela não recepção.²⁹⁴

No mesmo sentido, Paulo Lôbo aduz que o artigo 226, §6º, da Constituição, a partir da alteração em comento, poderia dar margem à interpretação de que a separação judicial permaneceria enquanto não revogada expressamente. Contudo, entende que isto seria resultado de mera interpretação literal e contra uma interpretação histórica, sistemática e teleológica da norma. Destarte, a sobrevivência deste instituto seria inócua para o autor.²⁹⁵

Ademais, no IX Congresso Brasileiro de Direito de Família realizado em Araxá/MG, em novembro de 2011, foram aprovados Enunciados Programáticos do IBDFAM – que refletem a opinião firmada –, dentre os quais se destaca, para fins do presente tema, o seguinte: “a Emenda Constitucional nº. 66/2010, ao extinguir o instituto da separação judicial, afastou a perquirição da culpa na DISSOLUÇÃO do casamento e na quantificação dos alimentos”.

Assim, percebe-se que o entendimento prevalecente para o Instituto Brasileiro de Direito de Família é o de que a Emenda em comento teria automaticamente extinguido a separação do ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, no dia 12 de novembro de 2013 foi apresentado o Projeto de Lei nº. 470/2013, pela senadora Lúcia da Mata (PSB-BA), visando a instituição do Estatuto das Famílias, reunindo em um instrumento legal a legislação referente à área da família.

Neste Projeto, não há menção à separação como opção dos consortes ao término do relacionamento conjugal, apenas sendo mencionado o divórcio como apto a dissolver o vínculo conjugal.²⁹⁶

2.2.2.3 Nossa opinião

Diante do princípio da continuidade das leis, estas, desde que passam a ter vigência com a publicação ou passada a *vacatio legis*, permanecem em vigor até que uma força contrária lhes retire a eficácia, ou seja, por meio da revogação, parcial ou total.²⁹⁷

²⁹⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O novo divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 56.

²⁹⁵ LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 152.

²⁹⁶ Projeto na íntegra disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=140057&tp=1>>. Acesso em: 3 dez. 2013.

²⁹⁷ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil. Teoria geral de direito civil*. v. I. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 124. O autor salienta que pode ocorrer a morte da

No caso presente, contudo, não foi promulgada e publicada, ainda, lei posterior que revogasse as regras atinentes à separação de direito, motivo pelo qual a solução desta questão não foi resolvida nestes termos.

Há também que ser mencionada a possibilidade de cessação da eficácia da lei por meio da declaração de sua inconstitucionalidade, ou seja, quando contrariar a Constituição Federal. Ao Poder Judiciário, nestes casos, não cabe a revogação da lei, mas apenas a recusa em aplicá-la *inter partes* ou, no caso de declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, que tem eficácia *erga omnes*, a decisão acarretaria a perda da eficácia obrigatória da lei, que não mais poderia ser invocada pelos interessados ou pelo juiz.²⁹⁸

Assim, alguns autores passaram a alegar, primeiramente, que somente com a Emenda Constitucional em comento o Estado laico teria chegado ao casamento, a partir da liberdade na sua constituição ou desfazimento por ela gerada e, desta maneira, afirmam que a nova norma constitucional revogou a legislação ordinária anterior incompatível a ela, porquanto somente haveria que se falar em necessidade de lei a regulamentando se se limitasse “na forma da lei”, o que não ocorreu.²⁹⁹

Contudo, devemos fazer outra observação pertinente a estes casos, pois, tecnicamente, não seria correto falar em revogação propriamente dita da legislação sobre separação de direito como norma constitucional posterior, tampouco em inconstitucionalidade. Vejamos.

Uma norma constitucional não tolera a existência de uma norma infraconstitucional que a contrarie. Todavia, se o imperativo constitucional contrário à lei surgiu após esta, não haverá inconstitucionalidade, pois ao tempo de sua votação inexistia contrariedade à Constituição da época, tampouco haverá revogação das leis vigentes, diante do princípio da continuidade, mas as leis apenas deixarão de existir, no plano do ordenamento jurídico estatal, por terem perdido seu fundamento de validade. Desta forma, as leis que contrariarem a nova ordem constitucional perdem a fundamentação existencial e passam a ser ineficazes.³⁰⁰

lei independentemente de sua revogação por outra quando possui ínsito o germe da extinção, por meio do prazo para sua vigência.

²⁹⁸ Sobre o assunto, vide: PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil. Teoria geral de direito civil*. v. I. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 126.

²⁹⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Separação era instituto anacrônico*. 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/654>>. Acesso em: 16 mar. 2012.

³⁰⁰ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil. Teoria geral de direito civil*. v. I. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 132-133.

Isto porque o ordenamento jurídico é construído de maneira escalonada, possuindo unidade. Nestes termos, conforme os ensinamentos de Hans Kelsen, uma norma (norma inferior) é produzida com base em outra (norma superior), que é fundamento de validade daquela, de modo que o ordenamento jurídico possui diferentes níveis de normas jurídicas, possuindo unidade, pela conexão de dependência entre estas normas, até a norma fundamental, que é pressuposta.³⁰¹

A Constituição Federal é norma hierarquicamente superior ao Código Civil, de modo que este deve se adequar àquela, na qual possui seu fundamento de validade. Com o advento da Emenda Constitucional nº. 66/2010, todo o restante do ordenamento jurídico deve se adequar à nova norma e passar a obedecer-lhe, independentemente de revogação expressa de parte do Código Civil por outra lei ordinária posterior.

Assim, poder-se-ia falar, no caso em comento, em perda do suporte de validade da norma sobre a separação de direito, mas jamais em revogação, porquanto, no máximo, a norma constitucional posterior acabou acarretando a perda da eficácia da legislação ordinária.

Ocorre que, em nossa opinião, no presente caso, sequer há que se falar em perda do fundamento da validade da separação jurídica apenas pelo advento da Emenda Constitucional nº. 66/2010. Isto porque, na verdade, apenas a matéria atinente à dissolubilidade ou não do vínculo matrimonial pode ser considerada norma materialmente constitucional, porquanto diz respeito a direito fundamental da pessoa humana. A separação, ao contrário, apenas estava regulamentada na Constituição, ou seja, era norma formalmente constitucional, nunca tendo possuído *status* material de norma constitucional.

Desta maneira, o simples fato de não ter sido mencionado o instituto da separação na nova conformação constitucional não significa que ela tenha sido extirpada do ordenamento jurídico. A norma a respeito não perdeu seu fundamento de validade, vale

³⁰¹ Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. Tradução João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1984, p. 309-310. Nas palavras do autor: “dado o carácter dinâmico do Direito, uma norma somente é válida porque e na medida em que foi produzida por uma determinada maneira, isto é, pela maneira determinada por uma outra norma, esta outra norma representa o fundamento imediato de validade daquela. A relação entre a norma que regula a produção de uma outra e a norma assim regularmente produzida pode ser figurada pela imagem espacial da supra-infra-ordenação. A norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior. A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do facto de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por seu turno, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental – pressuposta. A norma fundamental – hipotética, nestes termos – é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora”.

dizer, eventual legislação ordinária que regulamente no futuro a questão da separação jurídica não poderá ser tida como inconstitucional, pois não contrariaria o ordenamento jurídico.

Não se está querendo dizer, com isto, que a manutenção da separação no ordenamento jurídico é necessária e fundamental. Pelo contrário, está-se apenas analisando a questão do ponto de vista formal e jurídico, a fim de poder ser obtida uma conclusão coerente.

Assim, se, de fato, a sociedade entender pela desnecessidade da institucionalização da separação, o legislador ordinário poderá editar lei revogando os dispositivos que preveem a separação e regulamentar apenas o divórcio ou, ao revés, mantê-los, possibilitando aos cônjuges, por motivos religiosos ou opção pessoal, a escolha pela separação que, assim, somente poderá ser consensual ou litigioso, mas sem menção a motivações ou causas culposas, conforme se verá no próximo capítulo.

A questão que se coloca, desta forma, é sobre a da necessidade ou não da manutenção deste instituto. Caso se entenda pela inutilidade da disposição, poderia ser editada nova legislação revogando a anterior e dispondo apenas sobre o divórcio. O que não pode ocorrer é a opinião mais moderna prevalecer pura e simplesmente, distorcendo os institutos jurídicos há muito consolidados, para adaptar seus ideias sobre o assunto, sob pena de subversão do Estado Democrático de Direito que tem a legislação posta como um de seus pilares.

Até o presente momento, apenas se discorreu tecnicamente sobre o assunto, relembrando sobre a necessidade de revogação expressa da legislação sobre a separação de direito, se assim for o entendimento da atual sociedade. Na atualidade, contudo, ainda subsiste no ordenamento, porquanto não há que se falar que a nova disposição trazida pela Emenda Constitucional nº. 66/2010 tenha acarretado a inconstitucionalidade de todas as normas que dispõem sobre a separação.

Com relação à situação do instituto no futuro, necessário analisar o instituto em sua origem. Depreende-se de análise histórica que a separação foi instituída como sucedâneo do desquite, assegurando que os casais contrários ao divórcio, mas que não mais desejassem manter a união, terminassem o casamento, sem dissolução do vínculo. Ademais, era intermediária ao divórcio, em época em que não visto com bons olhos por parte da sociedade, como se fosse um prazo em que as partes poderiam amadurecer a ideia e, após, finalmente decidir pela reconciliação ou pela dissolução do vínculo. Neste caso, foi instituída como fase necessária ao divórcio, originada de pacto efetuado entre

divorcistas e antidivorcistas em 1977 e visando a tentativa de preservação da família e facilitação da reconciliação do casal.

O estudo jurisprudencial demonstrou que a necessidade de entrar com prévia separação somente acirrava mais os ânimos das partes, quando o casamento não havia terminado bem, gerando recursos e acarretando gastos desnecessários e indevida ingerência estatal na vida privada. Foi notado que as restrições impostas à sua dissolução causaram bastante mal aos cônjuges. Suas vidas pessoais eram devassadas no Poder Judiciário e, ainda, poderiam ser obrigados a ter um vínculo eterno e jamais poderiam reconstituir suas vidas.

Ou seja, essa herança do direito colonial consubstanciada em imposição do direito canônico jamais se adaptou completamente à realidade brasileira, distanciando-se a regulamentação jurídica dos fatos sociais. Posteriormente à Constituição Federal de 1988, contudo, este distanciamento se solidificou.

Com a admissão do divórcio direto, os casais em consenso passaram a preferir este modo de término do casamento, demonstrando que se utilizava o instituto da separação principalmente para discussão sobre a culpa pelo fim do relacionamento, gerando reflexos em outras esferas.

Assim, na atualidade, o instituto da separação judicial ou extrajudicial perderam muito sua razão de ser e, neste sentido, imperiosa regulamentação de lei ordinária revogando as normas que as regulamentam.

O Brasil é um país laico e há liberdade de religião, de maneira que as pessoas são livres para casar e desfazer este vínculo constituído pelo casamento por meio do divórcio. Assim, não mais se sustenta a argumentação de que o instituto da separação deveria ser mantido, porquanto, analisando a história do país, nota-se que foi instituído em um momento de transição, como um compromisso entre divorcistas e antidivorcistas, para que se tentasse manter o vínculo do casamento.

Portanto, passados mais de trinta anos da instituição do divórcio no Brasil e tendo a sociedade brasileira se modificado, assim como considerando a definitiva consagração do afeto pela Emenda Constitucional nº. 66/2010, *de lege ferenda*, em nossa opinião, parece que a separação poderia ser revogada do ordenamento jurídico. Perdeu, assim, grande parte de sua razão de ser na atual conformação jurídica, porquanto extintos os prazos e requisitos necessários para o divórcio, antes regulamentados por norma formalmente constitucional, atendendo aos ditames constitucionais, cujos valores e princípios são no sentido de

facilitação da dissolução de vínculos que não se sustentam e da formação de novos arranjos familiares baseados no afeto, observando-se a pluralidade.

Contudo, deve-se ter em mente que nada obsta que os cônjuges, de comum acordo, por motivos pessoais, queiram por fim à comunicação de bens, à coabitação e ao dever de fidelidade recíproca, dando segurança jurídica a uma separação de fato, situação que poderá ou não refletir em futuro divórcio, motivo pelo qual o instituto da separação, embora tenha perdido em muito sua utilidade primordial de procedimento anterior ao divórcio, ainda existe no atual ordenamento jurídico, não havendo nenhum empecilho para que continue a subsistir até que lei em contrário a revogue.

De lege lata, portanto, a separação judicial apenas teria razão de ser caso consensual ou, ainda, caso litigiosa, se um dos cônjuges a requerer e o outro quedar-se inerte. Isto porque, se um dos cônjuges ingressar com ação de separação litigiosa e o outro, por meio de reconvenção, pretender o divórcio, não haverá mais justificativas para a manutenção do vínculo conjugal, diante da atual conformação constitucional propiciada pela Emenda Constitucional nº. 66/2010.

Assim, na verdade, basta que um dos cônjuges queira o divórcio para que este seja decretado ao final. A separação, assim, subsistiria para alguns casos específicos, em que os cônjuges assim o queiram por razões pessoais, dando segurança jurídica a uma separação de fato, evitando transtornos, principalmente, quanto à comunicabilidade dos bens, que deixa de existir a partir do desfazimento da sociedade conjugal.

Não se pode falar, contudo, que o instituto da separação seria inconstitucional ou que não foi recepcionado pela nova ordem jurídica, porquanto não contraria nenhum princípio ou valor da Constituição. Na verdade, a discussão tem que se pautar pela sua utilidade ou não no atual ordenamento jurídico, sendo imperiosa a necessidade de legislação regulamentando o assunto, contribuindo para uma maior segurança jurídica.

Desta maneira, a sociedade atual, guiada pelo afeto, pode e poderá fazer livremente suas escolhas, sem, contudo, ficar impedida de reconstituir sua vida por conta dos já há muito ultrapassados prazos e requisitos prévios para o divórcio.

3 DESTINO DA CULPA NO ROMPIMENTO DAS RELAÇÕES CONJUGAIS NA ATUALIDADE

3.1 O fim da culpa pelo término do casamento

No atual regramento sobre a separação judicial litigiosa, há previsão textual de sanções para o cônjuge culpado pelo rompimento do relacionamento, situação herdada do passado, em que se impunha punição ao consorte que tivesse sido o responsável pelo fim do casamento como forma de evitar seu desfazimento, em uma época em que prevalecia a culpabilidade em detrimento do afeto, consoante visto em título anterior.

Com as mudanças ocorridas na sociedade, a questão da discussão da culpa pelo fim do casamento foi perdendo espaço, o que remete ao questionamento sobre seu destino, especificamente nestes casos.

Vimos que não há mais que se falar de requisitos prévios para o divórcio, que, a partir da Emenda Constitucional nº. 66/2010, pode ser requerido imediatamente após o casamento, não havendo necessidade de período de reflexão anterior. Ademais, foi analisado que, embora o instituto da separação de direito ainda exista no ordenamento jurídico, tendo vigência, portanto, enquanto não vier lei o revogando expressamente, somente poderá ocorrer na forma consensual ou, se litigiosa, em casos de revelia do cônjuge réu, visto que, se um dos cônjuges preferir o divórcio diretamente, não haverá possibilidade de que o outro consorte insista na dissolução apenas da sociedade conjugal, situação originada a partir da Emenda Constitucional nº. 66/2010.

É preciso, então, ser analisado o destino da separação judicial litigiosa, em suas espécies de separação-sanção, separação-remédio e separação-falência, porquanto ainda textualmente prevista na atual legislação civil, não podendo tal situação ser ignorada.

Regina Beatriz Tavares da Silva entende que as modalidades de separação supramencionadas continuariam em vigor no atual ordenamento. Contudo, diante da inovação trazida pela emenda, entende a autora que os dispositivos acerca da separação-sanção e separação-remédio deveriam ser aplicados ao divórcio, nos moldes da regulamentação do atual Código Civil, apenas sendo eliminados os pré-requisitos temporais.³⁰²

³⁰² MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil*. 42. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 320-321. A autora alega que: “Os dispositivos constitucionais não podem ser aplicados de forma isolada, como se não estivessem inseridos em uma ordem que almeja coesão. O §6º do

A autora argumenta que a culpa, para a psicanálise, é sentimento essencial para o estabelecimento de limites, possibilitando o convívio social e a aceitação das regras morais impostas, controlando os instintos e, por sua vez, a reparação também seria essencial para a integração da pessoa. Ademais, juridicamente, menciona que seria essencial a manutenção da culpa no direito de família, sob pena dos deveres conjugais transformarem-se em meras recomendações.³⁰³

Os professores Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana do Rego Freitas Dabus Maluf são favoráveis à facilitação do divórcio trazida pela Emenda em comento, mas ressaltam a importância da manutenção das espécies litigiosas de dissolução culposa e remédio do casamento, sob pena de violação à dignidade da pessoa humana. Entendem os nobres juristas, acompanhados por parte da doutrina, que não se trata de investigar a causa do desaparecimento do afeto, mas verificar se houve descumprimento dos deveres conjugais, o que poderia acarretar consequências civis.³⁰⁴

Maria Berenice Dias, por sua vez, possui posicionamento diametralmente oposto, no sentido de que a culpa teria sido definitivamente banida no que se refere aos questionamentos acerca do fim do casamento. Aduz a autora que a descrição de causas para o fim do relacionamento pelo Código Civil de 2002 foi retrógrada, porquanto é cópia das disposições do Código Civil de 1916. Menciona, ainda, que o sentimento de rejeição é de ordem subjetiva, não cabendo ao magistrado avaliar se determinada conduta tornou o convívio inviável.³⁰⁵

Em que pese o indiscutível saber jurídico daqueles que defendem o contrário, parece que, na atual conjuntura do ordenamento jurídico, mostra-se desnecessário elencar as condutas culposas que poderiam ensejar a separação-sanção nos moldes em que disposto no artigo 1.573, do Código Civil, em rol exemplificativo. Isto porque, em última instância, é o fim do afeto que origina o término do relacionamento, sendo difícil atribuir a apenas

art. 226, após sua modificação pela EC nº. 66/2010, tem recebido diversas interpretações, uma pela manutenção da culpa e outra por sua supressão. Dentre essas interpretações deve ser escolhida aquela que é conforme a sistemática da Constituição, ou seja, em cotejo com os seus arts. 1º, III, e 5º. Dessa interpretação, tem-se que, embora a separação deva ser eliminada como requisito formal do divórcio, devem ser as modalidades de separação culposa e remédio aplicadas ao divórcio. Além disso, a separação judicial deve continuar a existir como forma de dissolução da sociedade conjugal”.

³⁰³ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *A emenda constitucional do divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 25-27.

³⁰⁴ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 342-343.

³⁰⁵ DIAS, Maria Berenice. *Divórcio já!:* comentários à emenda constitucional 66, de 13 de julho de 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 48. Assim, aduz: “Não havia como delegar ao magistrado o encargo de avaliar se determinada atitude tornara o convívio inviável. De qualquer sorte, não é a prática dos atos elencados na lei que torna insuportável a vida a dois, mas o reflexo que o agir de um dos cônjuges causa no outro”.

um dos cônjuges a responsabilidade por isso, além de tais questionamentos representarem indevida intromissão do Estado na vida privada.³⁰⁶

De outra sorte, também não há mais sentido para se sustentar a separação-remédio, que elenca a doença mental grave de um dos consortes, manifestada após o casamento, como motivação para o divórcio, se constatada de cura improvável após o prazo de dois anos de sua descoberta, conforme o artigo 1.572, §2º, do Código Civil. Da leitura deste dispositivo, depreende-se seu teor claramente inconstitucional ao imiscuir-se de tal forma da relação privada, perquirindo-se sobre as motivações que levaram ao fim do relacionamento, contrariando claramente a dignidade da pessoa humana e a autonomia das partes.

Assim, a Emenda Constitucional nº. 66/2010 trouxe também reflexo com relação à culpa pelo fim do relacionamento, que não mais há que ser questionada, embora, antes mesmo desta alteração, em nossa opinião, já fossem inconstitucionais os dispositivos legais que perquiriam as motivações pelo término do relacionamento conjugal.

Conforme visto no capítulo anterior, que elencou alguns períodos que, de certa forma, foram importantes a que se chegasse ao presente, houve oscilações na história, para que prevalecesse o afeto ou as causas culposas quando do término de um relacionamento.

No presente período, portanto, prevaleceria o afeto, situação que iniciou com a Constituição Federal de 1988 e teve seu ápice a partir da Emenda em comento, em que a separação de direito deixou de ser norma formalmente constitucional, assim como a partir da eliminação dos prazos e requisitos prévios para o divórcio, demonstrando que a perquirição das causas culposas pelo fim do relacionamento tornou-se definitivamente de todo despicienda, não se sustentando na sociedade atual.

Não se quer afirmar, com isso, que os cônjuges não terão remorsos ou sentimento de culpa pelo ocorrido. Estes questionamentos, contudo, poderão ser resolvidos em sua esfera particular, por meio da psicanálise ou, ainda, o próprio tempo poderá trazer as respostas necessárias ao enfrentamento destas questões. Isto, contudo, não significa que deve o direito perquirir sobre estas causas culposas, imiscuindo-se indevidamente na vida privada da sociedade.

Ademais, o fim da perquirição da culpa pelo término do relacionamento conjugal não significa, de maneira alguma, que não há mais que se falar em culpa no direito de família. Pelo contrário, conforme será visto adiante, haverá situações em que será

³⁰⁶ Neste sentido: DIAS, Maria Berenice. *Divórcio Já!*: comentários à emenda constitucional 66, de 13 de julho de 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 49.

necessário aferi-la para se apurar eventual responsabilidade civil de um dos cônjuges, em que pese a conceituação desta culpa seja diferente daquela considerada quando do término do relacionamento conjugal.

Se analisarmos sistematicamente o novo dispositivo, consoante os termos da Emenda em comento, em cotejo com os demais valores constitucionais, perceberemos que a Constituição, democrática e pluralista, reconhece outras formas de formação familiar que não somente aquela decorrente do matrimônio, sendo a união estável reconhecida como entidade familiar, assim como a família monoparental.³⁰⁷

Ademais, é norteadada por valores de igualdade entre os cônjuges, que passam a ter iguais direitos e deveres no que tange à sociedade conjugal, assim como reconhece que o planejamento familiar é de livre decisão do casal, sendo impedida qualquer forma coercitiva de interferência.³⁰⁸

Deste modo, o espírito constitucional é liberal e democrático e não mais tão tutelar da família, porquanto o Poder Constituinte Originário considerou que a sociedade brasileira já era capaz de ditar seus próprios rumos, fazer suas escolhas, evoluindo no reconhecimento do direito da mulher e na aceitação da livre decisão do casal, conjuntamente, sobre sua vida doméstica e familiar.

Deve-se levar em consideração a proteção da família, que é reconhecida não somente no Código Civil e legislação extravagante como também no texto constitucional, em seu artigo 226, *caput*. Contudo, ela não significa a conservação do casamento a qualquer custo, pois há situações em que os consortes entenderão por sua dissolução, mas apenas que deve ser protegida, diante de sua importância e grandeza, pois é no ambiente doméstico que a pessoa receberá valores que nortearão sua vida. Deste modo, não há sentido em falar de conservação do vínculo conjugal sem que haja a *affectio maritalis*, ou seja, sem que o casal preserve os princípios que um dia nortearam sua união, pois não se pode impedir ninguém de buscar sua felicidade, consistente com seu bem-estar individual e familiar.³⁰⁹

Se verificarmos a finalidade da norma, fazendo-se uma interpretação teleológica, chegar-se-á à mesma conclusão de que não há que se falar em manutenção do instituto da

³⁰⁷ Vide artigo 226, §3º e 4º.

³⁰⁸ Vide artigo 226, §5º e 7º.

³⁰⁹ DONNINI, Rogério José Ferraz. Dissolução do vínculo conjugal: divórcio e suas modalidades: a proposta de emenda à Constituição para extinção da separação. In: CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu *et. al.* (Org.). *Direito de família no novo milênio*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 321.

separação-sanção e separação-remédio para se discutir as motivações que levaram ao término do relacionamento, não possuindo mais finalidade no atual ordenamento jurídico.

No presente caso, destarte, entendemos que as regras sobre a separação-sanção e separação-remédio já poderiam ter sido declaradas inconstitucionais anteriormente à emenda em comento, mas não o foram. Com a alteração constitucional, tal situação ficou evidenciada, pois, deixando a separação de ser norma formalmente constitucional, evidencia-se que o sistema atual privilegiou o afeto, possibilitando, até mesmo, o divórcio diretamente, sem quaisquer prazos ou requisitos.

A própria falência do casamento acarretará o divórcio de imediato, se for da vontade dos consortes, ou a separação consensual, conforme visto quando da análise sobre o destino do instituto separação atualmente. Não há, portanto, que se falar em requisitos prévios, perdendo a separação-falência seu fundamento de validade. Também não mais se sustentam as modalidades da separação-sanção e remédio, na medida em que não cabe ao Estado perquirir sobre as motivações pelo término do relacionamento, que somente causa desgaste emocional às partes, contrariando a dignidade da pessoa humana e o princípio da afetividade aplicado às relações conjugais, finalmente consagrado neste âmbito pela Emenda Constitucional nº. 66/2010.

Assim, mesmo não tendo sido expressamente revogadas, não poderão mais ser aplicadas, tampouco transmutadas para o divórcio, porquanto representam indevida ingerência estatal nas relações privadas. Qualquer disposição futura neste sentido, assim como estipulando prazos ou requisitos prévios para o divórcio, será, portanto, inconstitucional, não tendo sido o texto atual sobre o assunto recepcionado pela Constituição de 1988, a partir da alteração pela Emenda Constitucional nº. 66/2010.

A prevalência do afeto em detrimento da perquirição sobre as causas culposas na atual sociedade demonstrou, a partir da Emenda Constitucional em comento, que não há mais que se penalizar qualquer dos cônjuges pelo término do relacionamento que, na verdade, chega ao fim ante a ausência de afeto.

3.1.1 Reflexos na discussão sobre o nome de casado

Outro assunto importante ao presente tema é com relação ao reflexo da culpa no que se refere ao nome adotado a partir do casamento. Neste sentido, o artigo 1.578, do Código Civil, possui anacrônica previsão de sanção ao cônjuge culpado em ação de

separação judicial, que perde o direito de utilizar o sobrenome do inocente que requeresse expressamente, desde que não acarretasse as circunstâncias previstas em seus incisos, resumidamente, prejuízo para a identificação, distinção com relação ao nome dos filhos havidos da união ou grave dano. Ademais, é previsto que o cônjuge inocente pode renunciar, a qualquer momento, ao sobrenome do outro.

No que se refere à culpa pelo término do relacionamento, vimos acima que este não mais se justifica diante do atual ordenamento jurídico, que reflete os atuais anseios sociais. Assim, o presente item visa questionar se ainda seria possível averiguação de culpa para fins de reflexo no nome adotado pelo casamento, ou seja, se ainda teria razão de ser no ordenamento jurídico a previsão do artigo 1.578, do Código Civil, sendo negativa a resposta.

O direito ao nome é um dos direitos da personalidade,³¹⁰ previsto expressamente do artigo 16, do Código Civil, possuindo todas as características destes, ou seja, é intransmissível, irrenunciável, imprescritível e inegociável, fundamental à plena existência da pessoa, sua dignidade, respeito e objetivo principal de todas as instituições, que possuem o ser humano como meta.³¹¹ É direito absoluto, ao qual correspondem deveres jurídicos de todas as pessoas da comunidade, constituindo-se em direito subjetivo, individual ou personalíssimo.³¹²

³¹⁰As primeiras construções acerca dos direitos da personalidade tiveram início a partir da segunda metade do século XIX, após as duas grandes guerras, momento no qual o liberalismo mostrava sua faceta injusta. Nesta época, contudo, ainda encontrava resistências, de maneira que apenas foram consolidados posteriormente às duas grandes guerras e às atrocidades cometidas pelo regime nazista, momento a partir do qual passaram a se formar laços de solidariedade a fim de que a humanidade fosse preservada. Neste sentido, vide: SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 4-6.

Assim, nesta época, a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos consagrou valores universais a serem seguidos pela humanidade, mencionando que a dignidade é inerente a todos os membros da família humana, que possuem direitos iguais e inalienáveis, sendo tudo isso fundamento da liberdade, da justiça e da paz mundial. Em 1948, foi aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, consagrando valores de cunho universal a serem seguidos pelos Estados. Objetivou consagrar uma ordem pública mundial baseada no respeito à dignidade da pessoa humana, de maneira que baste ser pessoa humana para ser titular de direitos. Sobre a Declaração Universal dos Direitos Humanos, vide: PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 141-152.

A Constituição Federal, seguindo esta tendência, também consagrou o princípio da dignidade humana como um dos fundamentos da República, em seu artigo 3º. A dignidade humana, não sendo conceito de aplicação matemática, mas variando conforme a cultura e a história de cada povo, possui fluidez. Nestes termos, os direitos da personalidade ressurgem contemporaneamente, orientando-lhe o sentido. Vide: SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 8-9.

³¹¹ RIZZARDO, Arnaldo. *Parte geral do código civil*. 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 151.

³¹² Neste sentido: WALD, Arnold. *Direito civil: introdução e parte geral*. 12. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 152-153.

É meio de individualização da pessoa e atributo da personalidade, sendo extrapatrimonial. O direito a ele é inalienável e imutável, podendo ser adquirido pelo nascimento, casamento ou adoção. WALD, Arnold. *Direito civil: introdução e parte geral*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 156-158.

Assim, o nome³¹³ não é uma simples palavra que identifica alguém, mas faz parte de seu patrimônio, um símbolo de valor que revela a história da pessoa, motivo pelo qual merece proteção.³¹⁴

A norma prevista no artigo 1.578, do Código Civil,³¹⁵ que sanciona o cônjuge culpado com a perda do sobrenome adotado quando casado não pode persistir a partir da Emenda Constitucional nº. 66/2010, diante da perda de seu suporte de validade. Isto porque não há mais que se falar em culpa pelo rompimento do relacionamento e, portanto, não se pode mais falar em reflexos delas em outras searas.

Este é o entendimento de Rolf Madaleno, para quem, a partir do divórcio direto trazido pela Emenda Constitucional nº. 66/2010, foram suprimidas averiguações sobre prazos e culpa, de maneira que o apelido de casado seria opção do cônjuge.³¹⁶

Ademais, o Projeto de Lei nº. 470, de 2013, que visa instituir o Estatuto das Famílias, não fez menção à perda do nome de casado por infração aos deveres conjugais ou culpa pelo rompimento do casamento, confirmando este entendimento.

Considerando-se que a jurisprudência ainda aplicava reflexos da culpa pelo fim do casamento ao nome, assim como não tendo sido declarada a inconstitucionalidade por controle abstrato neste caso, conclui-se que, somente a partir da Emenda Constitucional nº. 66/2010, foi definitivamente resolvida a questão do nome de casado, pois, tendo sido finalmente consolidado o princípio da afetividade nas relações conjugais, não há mais suporte de validade para a norma que sanciona o culpado pelo fim do casamento. Portanto, eventual lei futura que dispusesse sobre a perda do nome de casado com base em culpa

³¹³ Caio Mario da Silva Pereira identifica dois aspectos ao nome civil: o público, consistente na obrigatoriedade do assento de nascimento e na imutabilidade, salvo exceções; e o individual, que consiste no poder reconhecido ao seu possuidor de poder por ele designar-se e reprimir abusos cometidos por terceiros. Vide: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil. Teoria geral de direito civil*. v. I. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 245.

³¹⁴ RIZZARDO, Arnaldo. *Parte geral do código civil*. 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 181-182. O autor destaca que “todos os seres humanos têm uma presença na história, no espaço, na sociedade e na família. Os atributos, o valor, as qualidades positivas ou negativas, o aspecto físico, a fisionomia e outros elementos da pessoa se incorporam no nome. Quando é referida a palavra ou o conjunto de palavras que identifica alguém, está-se apontando ou chamando não um indivíduo apenas no aspecto físico, mas o indivíduo como um todo, no seu cabedal de valores e potencialidades existentes, decorrendo daí que o significado vai além da mera identificação”.

³¹⁵ Dispõe o artigo em comento: “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”.

³¹⁶ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 320.

pela dissolução do casamento seria de flagrante inconstitucionalidade, contrariando o princípio da afetividade que deve vigorar nos relacionamentos conjugais.

3.1.2 Reflexos na discussão sobre alimentos entre ex-cônjuges

Nos dias atuais, não mais se discute culpa pelo fim do relacionamento, pois isto não gerará reflexos em nenhuma esfera, prevalecendo a noção de afeto em detrimento da de causas culposas. Assim, resta a indagação sobre o destino da previsão de culpa na legislação que dispõe sobre os alimentos devidos entre os consortes.

Assim, primeiramente, vejamos como o assunto está regulamentado no Código Civil atual.

Consoante previsão legal atual do artigo 1.694, do Código Civil, é possível o pedido de alimentos por cônjuges ou companheiros, para viver de modo compatível com sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação, prevendo-se que levarão em conta as necessidades do reclamante e recursos da pessoa obrigada. O parágrafo segundo do dispositivo supramencionado, contudo, menciona que os alimentos somente serão os indispensáveis à sobrevivência quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem pleiteia.³¹⁷

Assim, percebe-se a menção expressa da culpa no dispositivo em tela, acarretando apenas os alimentos indispensáveis à sobrevivência ao culpado.

Posteriormente, o artigo 1.702, do Código Civil, menciona que o consorte considerado inocente na separação judicial litigiosa fará jus a alimentos, se necessitado, observados os critérios do artigo 1.694, regra que é repetida no artigo 1.704, que novamente menciona a questão da culpa pelo fim do relacionamento influenciando na fixação dos alimentos. Assim, nos termos deste artigo, o cônjuge culpado somente fará jus

³¹⁷ Segue a descrição do artigo em comento: “Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação. § 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada; § 2º Os alimentos serão apenas os **indispensáveis à subsistência**, quando a situação de necessidade resultar de **culpa** de quem os pleiteia” (grifo nosso).

Com relação à menção das necessidades de quem pleiteia e recursos da pessoa obrigada, o chamado binômio necessidade-possibilidade, o artigo 1.695, do Código Civil, explica a situação, *in verbis*: “São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento”.

a alimentos se *não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho* e somente receberá valor de alimentos *indispensável para a sobrevivência*.³¹⁸

Assim, os alimentos observarão as necessidades do consorte que os pleiteia, mas, segundo o dispositivo legal, se este fosse culpado pelo fim do relacionamento, somente faria jus aos alimentos se não tivesse outros parentes que pudessem prestá-los, nem condições ao trabalho, além do valor dever ser fixado na medida exata para sua sobrevivência, excluindo os alimentos destinados a manter o padrão de vida anterior.

Vistos os dispositivos legais, é preciso verificar, de acordo com os conceitos doutrinários, se tais dispositivos se coadunam com o ordenamento jurídico atual.

O dever jurídico de prestar alimentos decorrente da relação conjugal tem base no dever de mútua assistência, previsto atualmente no artigo 1.566, do Código Civil, em seu aspecto material.

Na atualidade, a partir da igualdade de gêneros e conquista do mercado de trabalho pela mulher, cada vez menores são os pleitos neste sentido. Contudo, ainda há casos em que um dos consortes deixa sua profissão para se dedicar aos cuidados dos lares ou se torna incapacitado ao trabalho, situações diante das quais ainda sealaria em necessidade de alimentos decorrente do término do relacionamento conjugal.

Nestes casos, considerando que não há mais que se falar em discussão sobre culpa advinda do término do relacionamento conjugal, situação consolidada a partir da Emenda Constitucional nº. 66/2010, que extinguiu os prazos e requisitos para o divórcio, a única conclusão a que se pode chegar é de que a noção de culpa pelo fim do relacionamento não será aplicada para fins de fixação de alimentos.

Assim, deve-se verificar qual é a função dos alimentos no ordenamento jurídico, especificamente com relação aos cônjuges.

O dever de prestar alimentos conjugais decorre do dever de mútua assistência e tem como base o princípio da solidariedade familiar. A partir do paradigma do afeto, não há mais que se falar em consideração acerca do culpado pelo fim do casamento, pois este termina a partir da livre decisão do casal, diminuindo-se a intervenção estatal.

³¹⁸ Segue a descrição dos artigos em comento: “Art. 1.702. Na separação judicial litigiosa, sendo um dos cônjuges **inocente** e desprovido de recursos, prestar-lhe-á o outro a pensão alimentícia que o juiz fixar, obedecidos os critérios estabelecidos no art. 1.694” (grifo nosso).

“Art. 1.704. Se um dos cônjuges separados judicialmente vier a necessitar de alimentos, será o outro obrigado a prestá-los mediante pensão a ser fixada pelo juiz, caso **não tenha sido declarado culpado** na ação de separação judicial. Parágrafo único. Se o cônjuge declarado **culpado** vier a necessitar de alimentos, e **não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho**, o outro cônjuge será obrigado a assegurá-los, fixando o juiz o valor **indispensável à sobrevivência**” (grifo nosso).

Contudo, anteriormente à alteração constitucional em comento, ainda víamos decisões judiciais que utilizavam-se na culpa com reflexos na fixação dos alimentos, jamais tendo sido declarada a inconstitucionalidade dos artigos em comento por controle abstrato.

Portanto, se alguma dúvida havia quanto aos reflexos da culpa na fixação dos alimentos, porquanto expressamente previstas no Código Civil diversos tipos de separação judicial, dentre as quais a separação-sanção, com aferição de culpa, a Emenda Constitucional nº. 66/2010, que privilegiou o afeto e ausência de prazos e requisitos para o divórcio, extirpou de vez qualquer discussão sobre motivações à separação ou ao divórcio, eliminando o fundamento de validade para os dispositivos que previam as diversas modalidades de separação judicial motivada.

Na atualidade, somente deve ser verificado o binômio necessidade-possibilidade, que reflete a necessidade de quem pleiteia, conforme os recursos da pessoa obrigada. Ademais, diante da igualdade entre homem e mulher, a questão da necessidade do homem ou da mulher que pleiteia alimentos será aferida de acordo com a situação concreta, ou seja, serão verificadas as condições de trabalho da pessoa, consoante sua idade, tempo em que está longe do mercado de trabalho e razões para isso.

Os alimentos, de outra sorte, serão os necessários à sobrevivência e em valor compatível ao modo de vida que a pessoa levava anteriormente ao fim da comunhão, ou seja, abrangeria os alimentos naturais e civis.

Esta seria, então, a regra geral, que somente levaria em conta o binômio supramencionado. Não havendo que se falar em culpa pelo fim do casamento, não há como cogitar de reflexo dela nesta seara.

Contudo, devemos nos orientar pela intenção do legislador quando estatuiu a norma em comento e perquirir, a partir de então, como ficaria a questão dos alimentos, já que não mais será levada em consideração a culpa pelo fim do relacionamento.

Nestes termos, se um dos consortes, a título de exemplo, agisse de maneira infiel e vexatória para com o outro, dando publicidade a escândalos ou espalhasse intimidades do casal ou mentiras a respeito do outro, resta indagar se o direito fecharia os olhos a tais situações e, portanto, as desconsideraria em eventual fixação de alimentos ao consorte necessitado ou se, ao contrário, tais situações deveriam ser sopesadas na decisão do julgador.

Em nossa opinião, devem ser considerados os casos em que um dos consortes apresenta comportamento indigno para com o outro, causando vexame ou indo contra o dever de boa-fé que permeia qualquer relação jurídica e, principalmente, a relação familiar,

baseada no afeto. Nestes casos, embora não haja previsão expressa, pensamos que poderá ser indeferido o pleito alimentar ou, dependendo do caso concreto, deverá ser fixado apenas em montante necessário a assegurar a sobrevivência do consorte que apresentou comportamento indigno.

Hoje, o procedimento indigno³¹⁹ dos antigos consortes um para com o outro já é previsto no artigo 1.708, do Código Civil, como causa de cessação do dever de prestar alimentos ao lesante,³²⁰ mas não há nenhuma menção da indignidade como impeditivo para a fixação inicial dos alimentos, mormente porque o legislador somente levou em consideração a ideia de culpa pelo fim do relacionamento, que, de certa forma, poderia abranger a indignidade.

Na atualidade, não havendo mais que se falar em aferição de culpa na separação e no divórcio e diante de ausência de regramento específico com relação aos alimentos devidos entre cônjuges, pensamos que, a partir de analogia a este artigo, poderia também deixar de ser fixada prestação alimentar àquele que tiver procedimento indigno contra seu cônjuge. Sem prejuízo, *de lege ferenda*, seria necessária introdução expressa desta hipótese no ordenamento jurídico, afastando dúvidas e interpretações diversas.

Neste sentido, o Projeto de Lei que visa instituir o Estatuto das Famílias possui artigo dizendo que “não são devidos alimentos, se o alimentário tiver procedimento indigno ou ofensivo quanto ao alimentante e sua família”, o que nos parece salutar.

Portanto, a aferição de culpa pelo fim do relacionamento não mais existe, sendo inconstitucional sua perquirição. Assim, os alimentos devidos entre cônjuges levarão em conta somente o binômio necessidade-possibilidade, assim como, em nossa opinião, poderiam ser afastados caso provado procedimento indigno de um dos consortes para com o outro.

Desta forma, estar-se-á observando o paradigma do afeto que permeia a família da atualidade, evitando a intervenção estatal desnecessária no término do relacionamento conjugal, mas também será preservado o consorte que sempre agiu pautado pela boa-fé e afeto em seu relacionamento, em detrimento daquele que o lesou.

³¹⁹ Definindo procedimento indigno, vide: PELUSO, Cézar (Coord.). *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 5. ed. Barueri: Manole, 2011, p. 2012. “Para incidir na pena civil, o credor de alimentos deverá ter descumprido deveres morais, éticos e jurídicos, apenas aqueles que digam respeito à pessoa do devedor ou sejam contra ela (‘em relação ao devedor’), para que o último não fique fiscalizando a vida do primeiro”.

³²⁰ Seguem os termos do artigo em comento: “Art. 1.708. Com o casamento, a união estável ou o concubinato do credor, cessa o dever de prestar alimentos. Parágrafo único. Com relação ao credor cessa, também, o direito a alimentos, se tiver procedimento indigno em relação ao devedor”.

3.2 A responsabilidade civil advinda das relações conjugais: intervenção estatal excepcional representativa do afeto com responsabilidade

Primeiramente, necessário ressaltar que o presente trabalho não visará o detalhamento acerca do instituto da responsabilidade civil, a partir da análise de seus pressupostos e requisitos, o que por certo demandaria um estudo mais aprofundado e específico sobre isso. O assunto apenas será estudado no que concerne ao relacionamento conjugal à luz dos novéis rumos do direito de família, pautado pelo afeto, autonomia da vontade e dignidade da pessoa humana de cada um dos integrantes do relacionamento, situação evidenciada pela promulgação da Emenda Constitucional nº. 66/2010.

Assim, mister que seja verificado de que maneira o afeto influencia a conjugalidade no direito de família atual no que se refere à união pelo casamento, mas principalmente com relação a seu desfazimento, pela separação ou divórcio, para fins de fixação de eventual responsabilidade civil.

Isto porque o novo paradigma do afeto reflete, nas relações conjugais, a autonomia da vontade tanto para a constituição de um relacionamento como para seu desfazimento, em que não mais se questionam as causas e motivações que levaram o casal à decisão de pôr termo ao casamento.

Nestes termos, interessante se mostra a análise da responsabilidade civil advinda do relacionamento conjugal que ainda representa certa intervenção estatal, como exceção ao novel paradigma trazido pela Emenda Constitucional nº. 66/2010, que ressaltou a autonomia da vontade neste âmbito específico.

Assim, nestas situações de responsabilidade civil, o preenchimento dos pressupostos e requisitos para tanto será analisado pelo julgador, o que, conseqüentemente, acarretará uma averiguação do que acontecia no âmbito privado, ou seja, no relacionamento conjugal em si.

Isto não significa, necessariamente, que houve uma mudança na apreciação da responsabilidade civil após o advento da Emenda em comento, mas, pelo contrário, que a atual concepção de família constituída pelo casamento, de certa forma liberta da intervenção estatal, não podendo mais o Estado juiz perquirir das motivações e causas de eventual dissolução dele, ainda deve ser pautada pela noção de responsabilidade entre seus integrantes, situação que, de outra sorte, também se verifica nos demais âmbitos dos relacionamentos humanos.

Nestes termos, necessário o estudo acerca da culpa neste âmbito específico, que outrora se confundiu com as causas culposas pelo fim do relacionamento conjugal. Assim, não havendo mais que se falar em análise do culpado pelo fim do casamento, tal discussão não poderia mais ser transferida para eventual discussão sobre responsabilidade civil.

Contudo, o estudo da reparação de danos nesta seara não deve ser esquecido, pois se consubstancia em intervenção estatal excepcional, fundamental para que os relacionamentos conjugais, assim como aqueles constituídos por união estável, continuem se pautando pelo afeto, mas com responsabilidade, evitando-se que condutas danosas no âmbito doméstico caiam no esquecimento em detrimento, principalmente, do gênero feminino, historicamente discriminado.

3.2.1 A responsabilidade civil em matéria conjugal

No início da colonização do Brasil, não se falava em dissolução do vínculo conjugal, tampouco em responsabilidade civil nos termos em que é mencionada na atualidade. Contudo, conforme visto no título 1, imposto o direito da Metrópole, eram previstas punições a alguns atos que atentassem contra o casamento, na tentativa de mantê-lo, constatando-se, portanto, a noção de culpado pela infração aos deveres do casamento, que pode ser tida como a origem das causas culposas pelo término do relacionamento na sociedade brasileira pós-colonização.

Assim, a título de exemplo, em época em que o Brasil utilizava-se das Ordenações Filipinas, este diploma punia a bigamia até mesmo com a morte do responsável, assim como perda dos bens ao consorte prejudicado. Havia exceção, contudo, se o culpado fosse menor de vinte e cinco anos ou fidalgo e sua mulher de baixa condição, situação na qual não seria executado. Ademais, o homem casado que deixar a mulher, sendo esta ainda viva, não poderia viver com outra, teúda e manteúda, publicamente e, se fosse provado testemunhalmente que assim viveu, seria apenado com degredo de ao menos quatro anos ao continente africano. A mulher que assim procedesse, mesmo que sem provas, mas apenas com indícios, também sofreria pena de degredo. Caso provado o adultério, seria condenada à morte.³²¹

Havia punições àquele que dormisse com mulher casada, fazendo-a incidir em adultério, que, juntamente com a adúltera, poderia ser condenado à morte, a não ser que de

³²¹ Vide o título XIX, Livro Quinto, das Ordenações Filipinas. Disponível em: <http://objdigital.bn.br/acervo_digital/div_obrasraras/or1320108/or1320108.pdf>. Acesso em: 2 maio 2013.

condição superior ao marido dela,³²² demonstrando os preconceitos existentes na sociedade da época e o total repúdio ao adultério, que era reparado com penas corporais. Não se adentrava, contudo, no conceito de culpa como estudado atualmente na responsabilidade civil.

Estes são apenas alguns exemplos que demonstram que, à época, vigoravam punições àqueles que atentassem de alguma forma contra o casamento, podendo-se verificar os primórdios da noção de satisfação do dano advindo das relações conjugais, a partir da infringência de algumas normas de conduta estipuladas. Não havia, contudo, definição de responsabilidade civil, mas apenas a noção de “culpado” por atentar contra o casamento, embora esta culpa não tenha o mesmo significado daquela que é estudada no direito obrigacional da atualidade, aproximando-se mais do sentido de infração culposa dos deveres conjugais.

Na verdade, difícil se mostra fazer uma exata correlação entre o que ocorria no passado e o que hoje entendemos por responsabilidade civil, porquanto esta última noção não existia da maneira como hoje é vista.

A responsabilidade civil, em um primeiro momento, correspondia a um direito de vingança. Levava-se em consideração apenas o mal praticado, não tendo relevância a questão da culpa. Posteriormente, passou-se à lei do talião, do “olho por olho, dente por dente” e, em seguida, substituiu-se a vingança pela composição, a princípio, a critério do lesado e, após, a partir de uma tarifação dos danos. O sistema das penas corporais constou da Lei das XII Tábuas e perdura até os dias atuais em algumas regiões de origem islâmica.³²³

A diferenciação entre pena e reparação apenas teve início a partir do direito romano, distinguindo-se os delitos públicos, consubstanciados nas violências mais graves, dos privados. O Estado, então, assumiu a função de punir, surgindo a ação de indenização, passando-se a diferenciar a responsabilidade civil da penal. Contudo, é apenas na Lei Aquilia que se esboça um princípio geral referente à reparação de danos, surgindo a noção de culpa. Posteriormente, o direito francês aperfeiçoou estas ideias, estabelecendo um princípio geral da responsabilidade civil, tendo sido distinguido no Código de Napoleão a culpa delitual da culpa contratual, noção que se irradiou para as legislações do resto do mundo.³²⁴

³²² Vide o título XXV, do Livro Quinto, das Ordenações Filipinas. Disponível em: <http://objdigital.bn.br/acervo_digital/div_obrasraras/or1320108/or1320108.pdf>. Acesso em: 2 maio 2013.

³²³ Vide: RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 28-29.

³²⁴ Vide: GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 47-48.

No Brasil, explica José de Aguiar Dias que o Código Criminal de 1830 previu regras no Capítulo IV, intitulado *Da satisfação*, às quais os tribunais brasileiros poderiam recorrer até mesmo nos dias atuais para aplicação nos casos de responsabilidade civil, apenas salientando um ponto atualmente inaplicável, referente à subordinação da reparação à condenação, critério eliminado pelo artigo 68, da Lei nº. 261, de 3 de dezembro de 1841. Após, menciona que a Consolidação de Teixeira de Freitas e a Nova Consolidação de Carlos de Carvalho marcaram nova fase no direito brasileiro, assim como menciona o surgimento do Código Penal de 1890, que reproduziu o Código Criminal do Império, assim como do Código Penal de 1940, destacando a conservação da sentença criminal como exequível no âmbito cível.³²⁵

O Código Civil de 1916 previu a responsabilidade civil com base na culpa, advertindo Arnold Wald que o legislador da época preocupou-se mais com a proteção da propriedade do que com os aspectos sociais da relação interpessoal, de maneira que coube à jurisprudência e à doutrina a tarefa de tratar das presunções de culpa culminando, após, com a ideia de responsabilidade objetiva, a partir de leis específicas.³²⁶

Finalmente, o Código Civil de 2002 trouxe algumas modificações e previu a responsabilidade civil subjetiva e a objetiva, tendo ambas como pressuposto a ação ou omissão de um agente, nexo causal e dano; a primeira também necessita da culpa para que se caracterize.³²⁷

Com relação ao presente tema, importa estudar de que maneira podem ser aplicados os pressupostos e requisitos da responsabilidade civil ao relacionamento conjugal na atualidade, em que vigora a noção de afetividade, na medida em que, no passado, tal conceituação se confundiu com a discussão acerca das causas culposas pelo fim do relacionamento matrimonial, sendo escassa a aplicação do instituto.

É possível notar que esta noção de culpado pelo fim do casamento acarretou, desde os primórdios, como consequência, sanções jurídicas, consubstanciadas em penas corporais, degredo, dentre outras, e, posteriormente, nos séculos XIX e XX, no Brasil, poderiam acarretar o crime de adultério e também gerar reflexos nas demais questões debatidas posteriormente à separação do casal, como guarda dos filhos comuns, alimentos à mulher e nome adotado pelo casamento. Assim, o descumprimento dos deveres conjugais

³²⁵ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 12. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 25-27.

³²⁶ WALD, Arnold; GIANCOLI, Brunno Pandori. *Direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2011.

³²⁷ Sobre o assunto, vide: RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 23-36.

acarretava sanção.

Desta forma, as causas culposas em que incidiam um dos consortes, que basicamente eram comprovadas por testemunhas, por si só, já geravam uma correspondente medida de satisfação do dano gerado, seja a partir de pena de morte, penas corporais, degredo ou perda de bens e, posteriormente, perda dos alimentos, da guarda dos filhos do casal e do nome de casado.

Assim, embora não se falasse em responsabilidade civil propriamente com relação a este tema, eram previstas diversas sanções àqueles considerados culpados pelo término do relacionamento, configurando grande intervencionismo estatal nesta seara.

Verifica-se que as infrações aos deveres do casamento eram consideradas ilícitos merecedores de sanção, acarretando as consequências mencionadas. Posteriormente, mesmo com a consolidação do conceito de responsabilidade civil no âmbito cível, esta era pouco mencionada pela doutrina no âmbito conjugal, sendo raros os casos de aplicação da jurisprudência.

No Brasil, portanto, os ilícitos praticados no âmbito do casamento eram punidos, em um primeiro momento, com penas aflictivas, passando a ser punidos no âmbito criminal e, posteriormente, no juízo cível, neste caso, a partir de reflexos em questões a serem decididas posteriormente à separação do casal como guarda dos filhos, alimentos e nome de casado.

A partir do século XX, nota-se a menção, na doutrina brasileira, sobre a aplicação da responsabilidade civil no âmbito do relacionamento conjugal, embora raros fossem os casos identificados na jurisprudência, demonstrando a ausência, no Brasil, de tradição com relação à punição de atos danosos cometidos durante o casamento, por culpa.

A doutrina sobre o assunto era escassa e muitos juristas entendiam que a própria condenação em alimentos já representaria a indenização devida ao consorte inocente, quando da separação do casal.³²⁸

Contudo, havia entendimento contrário, entendendo ser plenamente aplicável o instituto da responsabilidade civil advinda do relacionamento conjugal, além das outras consequências previstas em lei, porquanto teriam natureza distinta.

³²⁸ CAHALI, Yussef Said. *Separações conjugais e divórcio*. 12. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 771. O autor menciona que “omissos os textos legais, o nosso direito, discretamente, partilha do entendimento de que basta a imposição do encargo alimentar em favor do inocente, ou da manutenção do dever de assistência em favor do não responsável pela separação judicial, como forma suficiente de ressarcimento do prejuízo sofrido com a dissolução da sociedade conjugal”.

Assim, importante se faz mencionar de que maneira era aplicada a responsabilidade civil em matéria conjugal no âmbito da doutrina e jurisprudência do século passado, assim como na atualidade. Ressalta-se, contudo, que apenas serão vistos alguns dos entendimentos sobre o assunto importantes ao presente tema, a fim de que possa ser extraída, posteriormente, uma conclusão sobre o tema, consoante o paradigma atual.

Especificamente com relação à responsabilidade civil em matéria conjugal, podemos mencionar a tese de doutoramento de Regina Beatriz Tavares da Silva, que foi uma de suas maiores defensoras, explicitando, quanto ao assunto, a possibilidade de existência de danos imediatos, acarretados pelo descumprimento de algum dos deveres conjugais e de danos mediatos, oriundos da ruptura do casamento, podendo ser de natureza moral ou patrimonial e tendo várias formas de reparação.³²⁹

A autora supramencionada aduziu em sua tese que, embora nosso ordenamento jurídico não contivesse regra específica sobre o assunto, tampouco vedou, de maneira que poderiam ser utilizadas as regras gerais sobre responsabilidade civil às relações conjugais. Assim, não podendo os deveres matrimoniais ser objeto de execução específica, poderiam ser reparados civilmente. Ademais, defende que o casamento é um contrato especial de direito de família e que, portanto, a reparação dos danos dele decorrentes seria contratual, assim como a culpa presumida a partir da prova do descumprimento dos deveres previamente assumidos.³³⁰

Na atualidade, entende a autora que continua sendo possível a discussão das causas culposas em separação judicial ou divórcio, podendo ser cumulada ação de reparação de danos, porquanto os pedidos seriam compatíveis entre si, tendo por fundamento a violação dos deveres conjugais. Assim, a competência para apreciar tal pedido indenizatório seria das Varas de Família.³³¹

³²⁹ A autora aduz que os danos decorrentes do rompimento do matrimônio quase sempre possuem caráter patrimonial ou econômico como gastos com mudança de imóvel, privação dos rendimentos de bens que passam a caber com exclusividade ao outro cônjuge, dentre outros. Vide: SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação civil na separação e no divórcio*. Tese de doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1998, p. 189-191.

³³⁰ Vide: SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação civil na separação e no divórcio*. Tese de doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1998, p. 197-199 e 204-206. A autora cita, ainda, alguns autores brasileiros favoráveis, à época, a indenização dos danos materiais e morais advindos do descumprimento dos deveres conjugais, como Álvaro Villaça Azevedo, Mário Moacyr Porto, Carlos Alberto Bittar, Sílvio Rodrigues, Wladimir Valler, Carlos Roberto Gonçalves e José Carlos Bigi, José de Aguiar Dias e Yussef Said Cahali (p. 199-201).

Com relação aos danos mediatos, advindos da ruptura do relacionamento, a autora defende que seja introduzido de *lege ferenda* no Brasil, assim como havia sido feito na França, reconhecendo que não era possível sua aplicação naquela época, por não haver regra expressa neste sentido.

³³¹ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *A emenda constitucional do divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 83.

A autora, portanto, entende que os deveres conjugais legalmente previstos acarretam sanção em caso de descumprimento e a responsabilidade civil do cônjuge culpado. Assim, conforme este entendimento, o casamento seria um contrato especial e o descumprimento das obrigações dele decorrentes acarretaria sanções, dentre as quais o dever de indenizar, cuja culpa dele decorrente seria presumida.

Inácio de Carvalho Neto diferenciou a indenização advinda da dissolução culposa do matrimônio da não culposa, entendendo que, no primeiro caso, o descumprimento dos deveres conjugais e, no segundo, os prejuízos advindos da ruptura do casamento gerariam dever de indenizar, de maneira semelhante ao previsto expressamente na legislação francesa. Asseverou o autor, ainda, que, em regra, não mais seria necessária discussão sobre culpa para fins de indenização se a separação foi não culposa, ou seja, nestes tipos de dissolução do casamento não haveria que se falar, a princípio, em dever de indenizar, embora ele possa existir. Com relação à dissolução culposa, menciona exemplo de indenização advinda do descumprimento dos deveres conjugais, qual seja, o adultério que para ele, em regra, geraria dano moral indenizável, sobretudo se viesse a conhecimento público.³³²

O autor vincula, assim, a questão da responsabilidade civil em matéria conjugal à atribuição de culpa na dissolução do casamento, reconhecendo algumas exceções, em que o consorte culpado também poderia pedir indenização contra o outro. Ademais, para ele, o descumprimento de alguns dos deveres conjugais poderia gerar, por si só, indenização por danos dele advindos, de maneira que é adepto da responsabilidade civil contratual nesta seara.

Ana Cecília Parodi entende que uma demanda indenizatória poderá ser proposta tendo como base uma sentença de separação judicial em que foi discutida a culpa, e esta não mais poderá ser questionada com relação ao rompimento do vínculo conjugal. Contudo, a autora aduz que, eventualmente, o cônjuge culpado na separação poderá ocupar o polo ativo da ação indenizatória, desde que a culpa alegada tenha outro fundamento. Salienta que não se trata de punir o direito de romper, mas assegurar que ele ocorra com responsabilidade social, verificando-se se houve abuso.³³³

³³²CARVALHO NETO, Inácio de. *Responsabilidade civil no direito de família*. 4. ed., Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 290-291 e 299. Como vimos, para o autor, na separação não culposa, em regra, não se discute a ocorrência de ato culposo. Contudo, ele faz ressalva, dizendo que ele pode ter existido, em algumas situações específicas, não impedindo sua futura discussão no âmbito cível, se for o caso. A título de exemplo, menciona uma situação hipotética de mulher sequestrada pelo marido e que se torna doente mental. O marido, assim, ingressa com separação-remédio, embora a mulher pudesse ter ingressado com separação-sanção, mas não o tenha feito.

³³³ PARODI, Ana Cecília. *Responsabilidade civil nos relacionamentos afetivos pós-modernos*. Campinas: Russell, 2007, p. 202, 211 e 229.

A autora também relaciona a culpa decorrente da dissolução do casamento com aquela que gerará o dever de indenizar, embora reconheça que este também possa ser requerido pelo culpado, a partir de outro fundamento não debatido na discussão da separação ou divórcio.

Yussef Said Cahali entende que, na atualidade, ainda seria possível a reparação por danos morais ou materiais advindos do desfazimento do relacionamento conjugal cumulada com ação de separação judicial culposa, aduzindo que, na ausência desta, ou seja, no divórcio direto, inadmissível seria a pretensão reconventional pleiteando indenização por dano moral. O autor ainda considera a ideia de inocência do cônjuge.³³⁴

Portanto, os autores acima mencionados entendem que há relação entre a culpa pelo fim do relacionamento apurada em separação ou divórcio e eventual indenização que poderá advir e que seria, a princípio, pedida pelo consorte inocente.

Com entendimento um pouco diferente destes autores, mas ainda mencionando, de certa forma, a questão da apuração de causa na separação ou divórcio gerando reflexos na apuração da responsabilidade civil, Carlos Roberto Gonçalves relembra que, no Brasil, não há disposição legal expressa no sentido de haver indenização em caso de separação judicial com infração aos deveres conjugais, embora haja previsão assim no direito alienígena. Em sua opinião, seria possível, contudo, a aplicação da teoria da responsabilidade civil nesta seara, caso a separação provocada por ato injusto do outro cônjuge acarretasse danos materiais e morais além daqueles já cobertos pela pensão alimentícia.³³⁵

Entende o autor que o pedido fundar-se-ia no atual artigo 186, do Código Civil, independentemente da ação que visasse a ação de separação judicial litigiosa e ao divórcio-sanção, sendo as indenizações cumuláveis, podendo inclusive ambos os pedidos serem formulados na mesma demanda, sendo também possível que fosse pleiteado antes ou depois do divórcio. Aduz que a indenização não tem caráter alimentar e baseia-se nos pressupostos do direito comum.³³⁶

Dando alguns exemplos de configuração de indenização nesta seara, entende o autor que configura dano moral o adultério praticado pela esposa, que registra o filho havido do relacionamento extraconjugal em nome do marido. Contudo, com relação a animosidades ou desavenças de cunho familiar ou relacionamentos extraconjugais que constituiriam causas de ruptura da sociedade conjugal, não dariam ensejo a indenização,

³³⁴ CAHALI, Yussef Said. *Separações conjugais e divórcio*. 12. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 771-776.

³³⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 98-99.

³³⁶ *Ibid.*, p. 99-101.

exceto se o cônjuge inocente comprovar ter sofrido em consequência da situação vexatória ou adquirir grave depressão relativa à decepção e ao desgosto, diante da humilhação sofrida, contrariando os direitos da personalidade.³³⁷

Passaremos a analisar, a partir de agora, alguns autores que entendem possível a indenização advinda do relacionamento conjugal, embora entendam que, na atualidade, não haveria que se relacionar tal situação específica com apuração de infração aos deveres do casamento e imputação de culpa pelo fim dele, porquanto tal discussão teria perdido o sentido, mormente a partir da Emenda Constitucional nº. 66/2010.

Neste sentido, Rolf Madaleno entende que, até o advento desta Emenda, ainda era possível discutir a culpa pelo descumprimento dos deveres conjugais. Assim, nesta época, era possível pleitear a separação judicial litigiosa cumulada com pedido de indenização por dano moral, por exemplo, a fim de que o cônjuge que tivesse sua honra afetada fosse ressarcido. Posteriormente a ela, contudo, entende que o divórcio deverá ser requerido sem possibilidade de alegar culpa ou infração aos deveres conjugais, e que estes passam a ser apenas deveres morais, ficando a responsabilidade civil nesta seara afeta a discussão de infringência a valores superiores como integridade, honra, dentre outros, deixando de ser *remédios do direito de família*.³³⁸

O autor relembra que sempre existiu resistência à aplicação dos princípios da responsabilidade civil ao direito de família, evitando o tabelamento do amor, porquanto já havia penalidades próprias nesta seara, previstas em lei, ao cônjuge declarado judicialmente culpado pela separação do casal, como a prestação de alimentos, perda do nome de casado e condenação em verbas sucumbenciais. Para ele, esta discussão perdeu sentido com o advento da Emenda Constitucional nº. 66/2010, porquanto suprimida a culpa e o instituto da separação judicial.³³⁹

O autor entende, portanto, que o dano moral não tem como elo o casamento, mas a exposição pública causada por um dos cônjuges, atingindo os direitos da personalidade do outro, de maneira que o ressarcimento não estaria associado ao casamento, mas à pessoa do ofensor, porquanto este seria dissolvido por fato objetivo e não mais causal. Assim, entende que atualmente, tendo havido abandono da discussão sobre vinculação causal da separação judicial, não mais poderia o julgador perder seu tempo processual para perquirir

³³⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 102-103.

³³⁸ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 339-341.

³³⁹ Comentando o assunto, vide: MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 342-343.

a responsabilidade dos cônjuges pelo término da relação, mormente porquanto prejuízos morais sempre existirão no término de um relacionamento.³⁴⁰

Com entendimento parecido, Maria Berenice Dias entende que o fim da culpa na discussão do fim do relacionamento não impede a discussão em outras finalidades como, por exemplo, para fins de responsabilidade civil. Isto porque, embora indevida a intromissão do Estado na intimidade da vida a dois, caso ocorram ilícitos, estes deverão ser indenizados, mas o seriam se causados por qualquer pessoa e não somente em virtude da relação conjugal. Assim, a responsabilidade civil nesta seara decorreria da prática de ato ilícito e não em razão da existência de vínculo familiar, não havendo origem no descumprimento dos deveres conjugais.³⁴¹

Vistos alguns entendimentos doutrinários sobre o assunto, passaremos, a partir de então, a verificar de que maneira a questão da reponsabilidade civil advinda do relacionamento conjugal foi aplicado pela jurisprudência brasileira.

No século XX, o instituto da responsabilidade civil em matéria conjugal tinha pouca aplicação em casos concretos. Assim, foram identificados apenas raros casos envolvendo o assunto no decorrer dele,³⁴² demonstrando a falta de tradição do direito pátrio com relação à indenização dos danos advindos do relacionamento conjugal.

Posteriormente, no início do presente século, passa haver maior menção à responsabilidade civil advinda do relacionamento conjugal no julgamento de casos concretos, embora em casos excepcionais, não tendo ainda sido pacificado o tema na seara jurisprudencial.

³⁴⁰ MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 350-351. Na página 362, aduz o autor que: “por isso não é preciso estender ao Direito de Família os efeitos da responsabilidade civil, porque o dano pode ser causado entre cônjuges, ou entre pessoas em união estável, e nem por isso importar no divórcio ou na dissolução litigiosa, porque o processo de reponsabilidade civil a ser proposto no juízo cível e mesmo na vara especializada de família será hábil para gerar eventual reparação moral, independentemente da ação de divórcio judicial e indiferente ao exame da culpa conjugal, porque a indenização moral não exige laço matrimonial e nem convivência estável”.

³⁴¹ DIAS, Maria Berenice. *Divórcio já!:* comentários à emenda constitucional 66, de 13 de julho de 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 52-58.

³⁴² Neste sentido: SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação civil na separação e no divórcio*. Tese de doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1998, p. 201-204. A autora menciona os seguintes acórdãos: proferido pela 4ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação Cível nº. 220.943-1/1, em 09 mar. 1995, em que o marido foi obrigado a pagar indenização à mulher, por tê-la acusado injustamente da prática de adultério em separação judicial; proferido pela 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo na Apelação Cível nº. 272.221.1/2, condenando a mulher em danos morais ao marido, por ter simulado gravidez em momento de desavenças conjugais; proferido pela 1ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em 17 mar. 1981, em que foi apenas reconhecido o direito, em tese, à reparação por danos causados por violação de dever conjugal, embora ausente as provas acerca de dano real.

Assim, no Superior Tribunal de Justiça, a matéria não foi pacificada no presente século, havendo entendimento no sentido de que somente haveria que se falar em indenização nestes casos se houvesse decretação de culpa em separação judicial,³⁴³ assim como de que não haveria que se falar em ato ilícito decorrente do relacionamento conjugal³⁴⁴ ou, ao contrário, aduzindo que isto seria plenamente possível³⁴⁵ e independente de renúncia quanto aos alimentos.³⁴⁶ Portanto, o tema está longe de estar pacificado no julgamento de casos concretos, gerando insegurança jurídica.

A título de exemplo, em recente entendimento do Superior Tribunal de Justiça, entendeu-se que o dever de fidelidade é inerente ao casamento e que sua infração pode gerar o dever de indenizar. No caso específico, foi ocultado do marido o filho advindo de relacionamento extraconjugal e registrado em nome dele, gerando indenização por danos

³⁴³ REsp 37051/SP. Ministro NILSON NAVES. T3. 17/04/2001 Consoante a ementa: “O sistema jurídico brasileiro admite, na separação e no divórcio, a indenização por dano moral. Juridicamente, portanto, tal pedido é possível: **responde pela indenização o cônjuge responsável exclusivo pela separação**. Caso em que, diante do comportamento injurioso do cônjuge varão, a Turma conheceu do especial e deu provimento ao recurso, por ofensa ao art. 159 do Cód. Civil, para admitir a obrigação de se ressarcirem danos morais” (grifo nosso).

Também no sentido de possibilidade de fixação de indenização por dano advindo do relacionamento conjugal, ao cônjuge culpado vide: REsp 37051/SP. Ministro NILSON NAVES. T3. 17/04/2001.

Também neste sentido, vide: REsp 302930/SP. Ministro JORGE SCARTEZZINI. T4. 05/10/2004. A ementa menciona que “**tratando-se de separação judicial sem culpa, não há falar de indenização por dano moral**, com base no art. 159, do Código Civil. Mesmo se assim não fosse, concluir de forma distinta do Tribunal de origem, demandaria reexame dos fatos analisados nas instâncias ordinárias, providência inviável na via do especial: óbice da Súmula 07/STJ” (grifo nosso).

³⁴⁴ STJ. AgRg no Ag 1212247/SP. Ministro SIDNEI BENETI. T3. 27/04/2010. A ementa menciona que não haveria que se falar em ato ilícito ocorrido durante a constância do casamento, em caso em que o consorte pretende arbitramento de alugueres por utilização exclusiva do imóvel comum, nos seguintes termos: “A jurisprudência desta Corte admite o arbitramento de aluguel, bem como o ressarcimento pelo uso exclusivo de bem integrante do patrimônio comum do casal apenas nas hipóteses em que, decretada a separação ou o divórcio, e efetuada a partilha, um dos cônjuges permaneça residindo no imóvel. III - Nos termos do artigo 1.571, III, do Código Civil, a sociedade conjugal apenas termina pela separação judicial, razão pela qual **não há que se falar em ato ilícito gerador do dever de indenizar durante a constância do casamento**, sendo o uso exclusivo do imóvel decorrente de cumprimento de ordem judicial que determinou a separação de corpos” (grifo nosso).

³⁴⁵ STJ. REsp 897456/MG. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS. T3. 14/12/2006. A ementa menciona a possibilidade de propor ação de indenização por ilícito ocorrido durante o casamento, não havendo que se falar em coisa julgada diante de renúncia a alimentos, nos termos a seguir:

“A renúncia a alimentos em ação de separação judicial não gera coisa julgada para obviar ação indenizatória decorrente dos mesmos fatos, que, eventualmente, deram causa à dissolução do casamento. - A possibilidade jurídica do pedido é apurada em tese. Assim, pedido impossível é aquele juridicamente incompatível com o Ordenamento Jurídico. **Não há proibição no direito pátrio para pedido indenizatório – por danos materiais ou morais – contra ex-cônjuge por eventual ato ilícito ocorrido na constância do casamento.** - Para demonstrar divergência jurisprudencial é necessário confronto analítico e semelhança entre os casos. Não bastam simples transcrições de ementas e trechos (grifo nosso)”.

³⁴⁶ Vide menção na fundamentação de recurso especial que entendeu juridicamente cabível o pedido indenizatório, mesmo diante de renúncia aos alimentos em separação judicial: REsp 897456 / MG. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS. T3. 14/12/2006.

morais. Ademais, consignou-se que o cúmplice não pode ser condenado em indenização porquanto não faz parte da relação matrimonial.³⁴⁷

Assim, verifica-se no caso supramencionado que houve vinculação entre o descumprimento de alguns dos deveres inerentes ao casamento, como fidelidade recíproca, lealdade e sinceridade e a fixação de danos morais.

Nos tribunais pátrios,³⁴⁸ a matéria também não está pacificada, consoante análise feita em alguns julgados.

No Tribunal de Justiça de São Paulo a questão da responsabilidade advinda do relacionamento conjugal nunca foi pacificada.

Anteriormente à Emenda Constitucional nº. 66/2010, já havia julgados entendendo ser irrelevante discussão acerca de culpa para separação, bastando a insuportabilidade da vida em comum e que, para indenização por danos morais, estes deveriam ser comprovados, pois o descumprimento dos deveres conjugais já teria sanções específicas.³⁴⁹

Em alguns julgados em que se mencionava a culpa pelo fim do relacionamento, a responsabilidade civil advinda do relacionamento conjugal era desvinculada desta discussão.³⁵⁰

Ademais, nos casos em que se discutia especificamente a responsabilidade civil advinda do relacionamento conjugal, raros foram os casos em que foi reconhecida.

³⁴⁷ STJ. REsp 922462 / SP. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA. T3. 04/04/2013. Consoante trecho do julgado: “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. [...] 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.

Neste mesmo sentido, aduzindo que a omissão sobre a paternidade biológica do filho do consorte infringe os deveres de lealdade e sinceridade, previstos no artigo 1566, do Código Civil, gerando dano moral indenizável, vide: REsp 742137 / RJ. Ministra NANCY ANDRIGHI. T3. 21/08/2007.

Também com entendimento no sentido de que o ato ilícito não pode ser imputado ao cúmplice da infidelidade: REsp. 1122547 / MG. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. T4. 10/11/2009.

6. Impõe-se a redução do valor fixado a título de danos morais por representar solução coerente com o sistema. [...]” (grifo nosso).

³⁴⁸ A constatação foi efetuada de acordo com análise feita por amostragem em alguns tribunais estaduais, não se pretendendo esgotar toda a jurisprudência sobre o assunto.

³⁴⁹ 10ª Câmara Priv., AP 0120775-94.2007-SP, Rel. Des. Carlos Alberto Garbi, j. 02-10-2012.

³⁵⁰ 5ª Câmara Priv., AP 9161401-74.2008-SP, Rel. Des. Moreira Viegas, j. 08-02-2012; 4ª Câmara Civ., AP 0055046-40.2007-SP, Rel. Des. Teixeira Leite, j. 19-01-2012; 3ª Câmara Civ., AP 0287029-95.2009-SP, Rel. Des. Beretta da Silveira, j. 06.10.2009; 7ª Câmara Civ., AP 9094471-74.2008-SP, Rel. Des. Luiz Antônio Costa, j. 17-12-2008.

A título de exemplo, a quebra do dever de fidelidade do marido, suportada pela esposa, não gerou dever de indenizar,³⁵¹ tampouco relacionamento extraconjugal com nascimento de filho que veio ao público apenas após o término do relacionamento³⁵² ou o fato de a mulher dizer ter sido seduzida e abandonado o emprego para casar e, após, abandonada pelo marido.³⁵³

Há determinado caso, porém, em que foi reconhecido o dever de indenizar diante de adultério que resultou em nascimento de filho do relacionamento extraconjugal,³⁵⁴ assim como pelo fato de o marido ter transmitido HIV para a esposa, sabendo ser portador.³⁵⁵

Com a Emenda Constitucional nº. 66/2010, há entendimento no sentido de que não há mais que se discutir culpa no divórcio e que eventual indenização deveria ser discutida em ação própria.³⁵⁶

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, pode-se verificar alguns casos esparsos em que reconhecido o dever de indenizar advindo do relacionamento conjugal, principalmente nos últimos anos.

Em um deles, reconheceu-se que a expulsão da esposa por parte do marido da residência comum, sem justo motivo, ensejaria violação à honra e ao direito de propriedade, acarretando dano moral indenizável.³⁵⁷

Há decisão reconhecendo que a responsabilidade civil, no direito de família, é subjetiva, devendo estar caracterizados seus pressupostos e requisitos gerais, não tendo sido, assim, reconhecida à mulher que pleiteou danos morais por ter abandonado o trabalho e se dedicado há mais de vinte anos ao casamento.³⁵⁸

Em outro julgado, foi o ex-marido obrigado a indenizar a ex-mulher por ter remetido diversos *e-mails* de caráter ultrajante e pejorativo, com indenização de ofender sua honra, mesmo que não tivesse sido acessado por terceiros, considerando-se que o direito à liberdade de expressão não prevalece sobre o direito à honra, à imagem e à dignidade.³⁵⁹

³⁵¹ 1ª Câ. Priv., AP 9088169-97.2006-SP, Rel. Des. Paulo Eduardo Razuk, j. 05-04-2011.

³⁵² 7ª Câ. Priv., AP 0020596-16.9214375-93.2005-SP, Rel. Des. Álvaro Passos, j. 29.10.2008.

³⁵³ 10ª Câ. Priv., AP 01115667-37.2003-SP, Rel. Des. Testa Marchi, registro em 12.05.2006.

³⁵⁴ 1ª Câ. Priv., AP 9170027-19.2007-SP, Rel. Des. Luiz Antônio de Godoy, j. 10-06-2008.

³⁵⁵ 2ª Câ. Priv., Embargos de Declaração 9114025-58.2009-SP, Rel. Des. José Carlos Ferreira Alves, j. 29-01.2013.

³⁵⁶ 3ª Câ. Priv., AP 0020596-16.2011-SP, Rel. Des. Egídio Giacoia, j. 05-03-2013.

³⁵⁷ TJRS. 6ª Câmara, 17.09.2008, RJTJTS 272. Vide: Yussef Said Cahali. Separações conjugais e divórcio. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 37.

³⁵⁸ TJRS. 8ª Câmara Cível, Apelação Cível 70029376225, Rel. Claudir Fidelis Faccenda, j. 18.06.2009.

³⁵⁹ TJRS. 10ª Câmara Cível, Apelação Cível 70051138212. Relator Paulo Roberto Lessa Franz. J. 25.10.2012.

Também há julgado condenando o ex-marido a pagar uma indenização à sua ex-esposa, diante de danos morais advindos de ameaças e ofensas perpetradas quando estavam se separando.³⁶⁰

Desta forma, a matéria está longe de estar pacificada, contribuindo para tanto a ausência de dispositivo específico sobre o assunto.

3.2.2 O marco representado pela Emenda Constitucional nº. 66/2010

A Emenda Constitucional nº. 66/2010 consagrou a prevalência da autonomia da vontade no desfazimento dos relacionamentos conjugais, porquanto não mais se cogita de decurso de tempo mínimo ao divórcio, que outrora visou aferir a falência efetiva do relacionamento, tampouco havendo ingerência estatal quanto à perquirição das causas da separação. Assim, a família atual, essencialmente, possui base no afeto.

De outra sorte, necessário lembrar que o estudo da reponsabilidade civil advinda das relações conjugais, em tempo não muito remoto, pautou-se pela utilização da culpa pelo fim do relacionamento, quando era necessária sua especificação, para apreciar eventual reparação de danos advindos da relação falida. Contudo, consagrando a Emenda em comento a prevalência do afeto nas relações familiares e a autonomia das partes no desfazimento do casamento, a intervenção estatal nesta seara ficará limitada a alguns casos específicos de responsabilidade civil conjugal, e a eventual culpa não deverá ser debatida em âmbito de separação ou divórcio, pois estes não mais possuem causas ou requisitos mínimos.

Assim, não há mais que se falar em sanção pelo fim do casamento, na exata medida em que a sociedade atual aceita que ele apenas tenha início e se mantenha enquanto houver afeto. Não se pode, assim, sancionar o cônjuge supostamente culpado pelo seu fim.³⁶¹

Por este motivo, vigorando uma maior autonomia do casal, privilegiando-se sua dignidade, não há mais espaço para intervenção de visões puramente religiosas na matéria, que outrora dificultavam a dissolução do vínculo matrimonial; tampouco o Estado possui essa ingerência na vida pessoal. O casamento e o divórcio passam a ser cada vez mais assunto privado, reservadas as peculiaridades com relação ao término unicamente aos cônjuges, na medida em que resultado de sua livre vontade apenas.

³⁶⁰ TJRS. 7ª Câmara Cível. Apelação 70033416579. Relator André Luiz Planella Villarinho. j. 11.08.2010.

³⁶¹ Na verdade, sempre se mostrou difícil a aferição de um único culpado pelo desfazimento de um laço amoroso, porquanto, na verdade, o fracasso do casamento acaba sendo resultado de um conjunto de fatores atribuídos a ambos os consortes.

A inovação trazida pela Emenda em comento, portanto, foi salutar, pois atendeu aos novos anseios sociais por respeito à autonomia privada e à dignidade da pessoa humana de cada um dos integrantes do relacionamento, evitando-se delongas para que se chegasse ao divórcio.

As sanções que outrora e, ainda, em tempo não tão distante, eram aplicadas ao cônjuge culpado pelo término do relacionamento, por meio da separação-sanção, ou a chamada separação-remédio e a separação-falência, já vistas, deixaram de existir no ordenamento jurídico, tendo perdido seu fundamento de validade a partir da consagração do afeto pela Emenda Constitucional nº. 66/2010.

Eventual regulamentação infraconstitucional futura neste sentido, portanto, seria inconstitucional, na medida em que contrariam o princípio da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da inviolabilidade da intimidade, vida privada e imagem das pessoas, todos previstos no artigo 5º, da Constituição Federal e o princípio da afetividade aplicado às relações conjugais.

Conforme já explicitado, entendemos que, anteriormente à promulgação da Emenda Constitucional nº. 66/2010, estes dispositivos sancionadores do cônjuge que deu causa à separação ou que previam a separação por doença mental de um dos consortes ou averiguavam a falência do relacionamento já eram contestáveis, porquanto contrariavam princípios dispostos na Constituição Federal.

A alteração de seu artigo 226, §6º, contudo, deixou claro tal entendimento no sentido de que qualquer forma de sanção prevista pelo fim do casamento ou, ainda, quaisquer questionamentos sobre as motivações que culminaram com seu término não mais possuem razão de ser no atual ordenamento, consagrando o princípio da afetividade e ampla autonomia dos cônjuges à dissolução do vínculo conjugal, decisão que pode ser tomada sem a necessidade de se passar por requisitos ou prazos prévios. Assim, não foram recepcionados os dispositivos que previam sanções ao culpado pela separação, passando esta a ser, por ora, apenas optativa, consoante visto no título anterior.

Destarte, se anteriormente ainda poderia haver alguma dúvida com relação à possibilidade de discussão das causas culposas que culminaram com a separação do casal, hoje restou afastada por completo. Não há mais que se discutir culpa pelo fim do relacionamento em seara de separação e divórcio, diante da não recepção de tais dispositivos pela nova regra constitucional e, portanto, eventual apreciação sobre culpa para fins de responsabilidade civil conjugal ficará restrita ao âmbito adequado, cabendo ao magistrado analisar se foram preenchidos os requisitos para tanto.

Apenas poderemos falar em sanção em matéria de conjugalidade com relação à eventual responsabilidade civil por ato praticado durante o casamento por um dos cônjuges, e a culpa na esfera matrimonial ficará adstrita aos casos de reparação de danos, não mais sendo aproveitadas as discussões sobre a culpa pelo término do relacionamento, a partir da prática de algum ato específico ou diante do descumprimento dos deveres conjugais. Estamos em época em que o afeto prevalece, em detrimento da análise das causas culposas do fim do relacionamento.

A Emenda em comento visou facilitar o divórcio do casal e, portanto, eventual discussão sobre responsabilidade civil resultante da relação conjugal será discutida em ação própria, sem tumultuar ou exercer qualquer influência na dissolução do vínculo conjugal, baseando-se nos pressupostos e requisitos gerais da responsabilidade civil aplicados aos dispositivos específicos do direito de família e observado o prazo prescricional de três anos para a ação de responsabilidade civil previsto no artigo 206, §3º, III, do Código Civil, assim como o artigo 197, I, que prevê não correr a prescrição entre cônjuges, na constância da sociedade conjugal.

3.2.3 Autonomia da vontade x intervenção estatal

Vimos que o afeto, consubstanciado, nos dias atuais, no princípio da afetividade, é a base do direito de família, pois a nova família somente possui razão de ser na medida em que é permeada por laços de companheirismo, amizade, amor e, até mesmo, paixão que propiciem um relacionamento com sentimentos verdadeiros e que somente se sustentará na medida em que estes continuem existindo.³⁶²

Assim, foi-se a época em que o casamento era fruto de convenções, destinando-se apenas à manutenção ou incremento de uma posição social, à união patrimonial ou à procriação. A sociedade mudou, acompanhando-a a família, sua base.

Neste mesmo sentido, pode-se falar também que houve uma privatização da família, que perdeu suas “funções públicas”, por meio da assunção por instâncias coletivas de tarefas antes a ela destinadas, e passou a apresentar funções eminentemente “privadas”. O sociólogo Antoine Prost analisa que, tendo ela sido privatizada, modificou sua natureza, deixando de ser uma instituição forte e caminhando a sociedade para o conceito de

³⁶² Devemos ressaltar que a situação da relação paterno-filial difere em alguns aspectos da que está sendo agora analisada, que é a conjugal, porquanto este vínculo, atualmente, é de fácil dissolução, enquanto que o relacionamento entre pais e filhos, em tese, é algo eterno.

“famílias informais”, em que os lares são compostos, por exemplo, por apenas uma pessoa, de maneira que a vida privada doméstica é absorvida pela vida privada individual.³⁶³

Assim, somado ao crescimento nas formações familiares por união estável, em vez do casamento, também houve incremento no número de famílias constituídas por apenas uma pessoa ou um dos genitores e sua prole. Pode-se dizer, nesta esteira, que houve um enfraquecimento da instituição do casamento, que basicamente refletia a conformação familiar de outros tempos, a partir do surgimento de outras conformações familiares.

Não houve, todavia, um enfraquecimento da família, mas uma mudança em sua concepção e modo de formação, porquanto, basicamente, as pessoas passaram a se unir em um relacionamento amoroso apenas se houver afeto suficiente a justificar este compartilhamento de suas vidas privadas individuais, situação que também ocorre no contexto do casamento.

Desta maneira, quando o casal decide pela união, naturalmente, como consequência, há uma divisão de poderes e dos territórios domésticos e, neste contexto, pode-se dizer que o casamento passa a ser o resultado de um amadurecimento afetivo, legitimando-se a sexualidade a partir da sinceridade dos sentimentos por ela expressados, não bastando por si só a instituição, mas sendo indispensável o amor.³⁶⁴

Percebemos, assim, que a união de um casal, em nossa sociedade atual, somente se sustenta na medida em que propicia a ambos individualmente considerados uma satisfação suficiente para que perdure como uma comunhão de vida, respeitadas as particularidades de cada um dentro da relação. Assim também ocorre com o casamento, que somente se sustenta na medida em que os consortes se entendam e o afeto permeie suas vidas. Por isso, como já visto, não mais se cogita da análise das motivações que levaram ao fim do relacionamento ou eventual culpado por isso, na medida em que tal questionamento não mais interessa à sociedade brasileira da atualidade e, portanto, tampouco ao direito.

Fazendo um paralelo com os estudiosos da filosofia, lembramos o entendimento de Michael Foucault, no sentido de que as sociedades ocidentais modernas instalaram o novo *dispositivo da sexualidade*, contrário ao anterior *dispositivo de aliança*, que era formado pelo sistema do matrimônio, advertindo o estudioso, todavia, que este último não foi

³⁶³ PROST, Antonine; VINCENT, Gérard (Org). *Historia da Vida Privada: da Primeira Guerra a nossos dias*. v. 5. Tradução port. Denise Bottmann [Histoire de la vie privée: de la Première Guerre Mondiale à nos jours]. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 53.

³⁶⁴ Ibid., p. 66, 76-78. O autor entende que esta afirmação da vida privada de cada indivíduo corrói a instituição matrimonial, o que pode ser demonstrado pela raridade das sanções jurídicas que antes o acompanham e a frequência nos divórcios. Entende também que o casamento passa a ser mera formalidade, porquanto os jovens sequer precisam dele para se livrar do poder dos pais, passando cada dia mais a viver sozinhos ou em união informal com outra pessoa.

suprimido, pois ambos convivem. Assim, entende que a família contemporânea não exclui a sexualidade, mas a fixa e é seu suporte, sendo uma família reorganizada, com laços mais estreitos, além de ser mais intensa do que era antes.³⁶⁵

Assim, o autor, de certa forma, confirma esta nova concepção sobre a conformação da família atual a partir da utilização do conceito de sexualidade, anteriormente relegado e que passa a encontrar suporte nela, fazendo parte do enlace conjugal. Vemos, assim, a identificação de que o afeto nas relações familiares também é constatado em abordagem filosófica, o que não pode fugir ao estudo do direito de família.

Está análise, contudo, não pode ser generalizada a qualquer ordenamento jurídico. Conforme constatação de Antoine Prost, a união entre casamento e amor é geograficamente circunscrita à sociedade ocidental, além de ser ideia nova, porquanto nas sociedades passadas, o amor seria apenas uma feliz coincidência, proibidas as manifestações eróticas condenadas pela ética religiosa.³⁶⁶

De fato, em outros tempos, e, nos dias atuais, em outras sociedades, outros são os costumes e valores, situação que reflete diretamente na conformação da família, análise que foge ao presente estudo. Importa ressaltar apenas que, para a sociedade brasileira da atualidade, é o afeto o valor que permeia a família, o relacionamento entre o casal e, portanto, a própria conjugalidade.

Ademais, necessário sublinhar que o mesmo afeto que é responsável pelo início do casamento pode também ser o motivo do fim do relacionamento, ocasionado pelo seu desaparecimento ou, utilizando-se de termo da psicanálise, pela inversão do afeto,³⁶⁷ momento no qual se iniciam os conflitos conjugais. De maneira resumida, portanto, será a

³⁶⁵ FOUCAULT, Michael. *História da sexualidade: a vontade de saber*. v.1. Tradução port. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. [Histoire de la Sexualité: La Volonté de savoir]. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988, p. 117-121. O autor aduz que: “Essa fixação do dispositivo de aliança e do dispositivo de sexualidade na forma da família permite compreender certo número de fatos: que a família se tenha tornado, a partir do século XVIII, lugar obrigatório de afetos, de sentimentos, de amor; que a sexualidade tenha, como ponto privilegiado de eclosão, a família; que, por esta razão, ela nasça “incestuosa”. Na verdade, parece-nos que esta constatação do autor apenas passou a apresentar reflexos na sociedade brasileira a partir do século XX, primeiramente, com a aceitação do divórcio e, finalmente, com a promulgação da Emenda Constitucional nº. 66/2010.

³⁶⁶ PROST, Antoine; VINCENT, Gérard (Org). *Historia da Vida Privada: da Primeira Guerra a nossos dias*. v. 5. Tradução port. Denise Bottmann [Histoire de la vie privée: de la Première Guerre Mondiale à nos jours]. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 267.

³⁶⁷ Freud, em seu estudo sobre a histeria, indica algumas condições psíquicas que a geram, como o trauma psíquico, conflito dos afetos e a comoção na esfera sexual, afirmando que a pessoa histérica possui um mecanismo de inversão do afeto. Vide: FREUD, Sigmund. *Um caso de histeria, três ensaios sobre sexualidade e outros trabalhos (1901-1905)*. v. VIII. Rio de Janeiro: Imago, 1996, p. 34 e 40. O autor define como histérica “qualquer pessoa em quem uma oportunidade de excitação sexual despertasse sentimentos preponderante ou exclusivamente desprazerosos, fosse ela ou não capaz de produzir sintomas somáticos”. E, ainda, aduz que “esclarecer o mecanismo dessa *inversão do afeto* é uma das tarefas mais importantes e, ao mesmo tempo, uma das mais difíceis da psicologia das neuroses”.

falta de afeto ou seu sentido perverso que eventualmente ocasionará o término de uma união, de maneira que as formações familiares atuais, no geral, iniciam-se pelo sentimento e por este desfazem-se.

Constata-se, assim, que o novo viés do direito de família, pautado pelo afeto, possui neste também, ou melhor, na falta deste, a origem dos conflitos dentro do relacionamento, que podem surgir por diversos motivos, como falta de companheirismo, amizade, carinho, cuidado, amor, paixão, confiança, respeito.

Caso ocorram muitos conflitos e estes desgastem o relacionamento, o casamento poderá resultar em futuro divórcio e o rompimento do vínculo matrimonial poderá ocorrer sem maiores delongas e discussões nos dias atuais, situação incrementada pela Emenda Constitucional nº. 66/2010, principalmente quando a decisão for consensual entre os cônjuges quanto a guarda e visitas dos filhos, divisão de bens e pensão alimentícia, se houver.

Assim, na atualidade, há prevalência da autonomia da vontade e dignidade da pessoa humana de cada um dos indivíduos da relação conjugal, não se perquirindo as motivações do rompimento do relacionamento, que não mais interessam ao Estado juiz, sendo ele fruto apenas da livre vontade do casal.

Tal análise, contudo, não significa que, no âmbito da conjugalidade, não há mais que se falar em qualquer intervenção estatal, o que representaria uma generalização rasa e despida de sentido. Assim, embora não mais interesse à sociedade o porquê do rompimento do relacionamento conjugal que representa apenas a livre decisão do casal, não pode fugir ao direito aquelas situações que, embora excepcionais, repercutem de modo a ferir princípios maiores que, nestes casos, autorizam a intervenção da lei.

Assim, em alguns casos, todos os sentimentos prazerosos um dia experimentados ao lado do consorte transformam-se em afetos não tão nobres assim, originando a raiva, o ódio, o desgosto e o desrespeito, que podem culminar, em alguns casos, em violência física, verbal ou psíquica.

Neste sentido, dependendo do modo como ocorreu a violência, caso preenchidos os pressupostos e requisitos para tanto, adentramos no campo da responsabilidade civil advinda das relações conjugais.

Pode-se, à primeira vista, soar estranho falar em responsabilidade civil quando estudamos a família atual, que tem por base o afeto. Na verdade, porém, este novo modelo familiar não exclui a disciplina sobre a reparação de danos que pode resultar de um relacionamento conjugal; pelo contrário, aumenta o interesse sobre a matéria, na medida

em que o estudo da sanção jurídica aplicada a casos envolvendo direito de família ficou restrito, encontrando largo campo de discussão na disciplina sobre a responsabilidade civil aplicada às relações conjugais.

3.2.4 *Definição da culpa nesta seara e redefinição da abordagem do assunto*

Conforme visto, o tema da responsabilidade civil em matéria conjugal no Brasil nunca foi pacificado. Pelo contrário, em um primeiro momento, verificou-se ser escassa a doutrina sobre o assunto e mais raros ainda os casos concretos que a mencionavam.

Ressalta-se, por oportuno, que o próprio dano moral só foi consagrado decisivamente no ordenamento jurídico brasileiro a partir da Constituição Federal de 1988, o que também pode ter contribuído para a ausência de tradição do direito pátrio na indenização por ofensa a direito extrapatrimonial nesta seara.

A questão da sanção em matéria conjugal, tradicionalmente, no Brasil, esteve mais afeta à averiguação da culpa pelo término do relacionamento conjugal, de maneira que o cônjuge considerado culpado, nos primórdios, poderia até mesmo sofrer perda de degredo ou ser condenado por crime e, posteriormente, ter como consequência a perda da guarda dos filhos em comum, do nome de casado, além de ser condenado em alimentos. Isto porque aquele que atentava contra os deveres conjugais incidia em ato ilícito, de maneira que o ordenamento jurídico previa sanções específicas para estes casos.

Assim, pouco se falava sobre indenização decorrente de responsabilidade civil, porquanto este instituto estava mais atrelado às questões obrigacionais do que às de família, na medida em que este ramo específico do direito já trazia, em sua regulamentação, consequências sancionatórias específicas ao consorte considerado culpado pelo término do relacionamento conjugal.

Por este motivo, alguns autores entendiam que eventual indenização por danos morais poderia configurar *bis in idem*, porquanto já previsto que a culpa pela separação geraria o dever de prestar alimentos ao consorte inocente, configurando isto uma indenização.

Por conta da ausência de tradição do direito brasileiro em aplicar o instituto da responsabilidade civil aos relacionamentos conjugais, os questionamentos que vigoravam no passado sobre a culpa pela separação ou divórcio, para parte da doutrina e jurisprudência, guardavam relação com a culpa discutida para fins de reparação de danos, influenciando nesta.

Ocorre que tais conceitos não devem se confundir, pois a questão da culpa pela separação ou divórcio tinha muito mais uma relação com imputação de uma conduta reprovável, ou seja, de um ato ilícito, consubstanciado na infração a alguns dos deveres conjugais, do que a culpa aquiliana estudada na responsabilidade civil.

Frise-se o entendimento de alguns doutrinadores no sentido de que a culpa para fins de responsabilidade civil, no âmbito conjugal, era uma culpa presumida, porquanto contratual, advinda da infração a um dever jurídico específico, consoante entendimento de Regina Beatriz Tavares da Silva,³⁶⁸ do qual discordamos, na medida em que, nesta seara, há que se falar em responsabilidade extracontratual. O casamento é uma instituição e não um contrato, não se aplicando o direito obrigacional pura e simplesmente.

Na atualidade, com o advento da Emenda Constitucional nº. 66/2010, não há mais que se falar em apuração das causas e motivações que ensejaram eventual separação ou divórcio. Vigora, assim, o paradigma do afeto nos relacionamentos familiares, de maneira que, no casamento, tal situação gera reflexos em sua dissolução. O que se leva em consideração, atualmente, é apenas a vontade dos consortes de colocar fim a uma união que não mais se sustenta, independentemente de perquirições acerca de infração aos deveres conjugais.

Portanto, os entendimentos no sentido de que a atribuição de culpa pelo término do relacionamento poderia gerar o dever de indenizar como consequência, por cometimento de infração aos deveres conjugais, não mais merece prosperar, na medida em que não mais se fala em causa culposa pelo rompimento do casamento.

Desta maneira, resta a indagação sobre a situação da previsão dos deveres conjugais³⁶⁹ na atualidade, se teriam perdido sua juridicidade, tendo natureza jurídica de deveres morais, o que não nos parece adequado.

São eles, então, deveres jurídicos específicos ao relacionamento conjugal, mas sua violação, por si só, não é apta a gerar qualquer consequência, porquanto, embora configure ato ilícito, não gera responsabilidade contratual.

Assim, poder-se-ia cogitar que os deveres conjugais teriam perdido os *status* de norma jurídica, passando a representar apenas deveres morais ou recomendações, já que não se pode falar mais em sanção pelo seu descumprimento. Ademais, a mera infração a

³⁶⁸ Vide: SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação civil na separação e no divórcio*. Tese de doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1998, p. 204-207.

³⁶⁹ O artigo 1.566, do Código Civil, elenca os deveres de ambos os cônjuges, quais sejam, fidelidade recíproca, vida em comum, no domicílio conjugal, mútua assistência, sustento, guarda e educação dos filhos, respeito e consideração mútuos.

estes deveres também não acarreta, por si só, responsabilidade civil, que pressupõe também a culpa, o dano e o nexa causal.

Contudo, tal situação não condiz com a realidade do atual ordenamento, em que os deveres conjugais persistem como normas jurídicas que devem ser observadas por aqueles que decidem oficializar a união perante o Estado por meio do casamento.

A fim de se concluir pela natureza dos deveres conjugais como norma jurídica, devemos resgatar o estudo de Norberto Bobbio sobre o assunto. O autor discorre, primeiramente, sobre as diferenças entre normas jurídicas e morais e escolhe alguns critérios, um dos quais estabelece que as normas morais seriam aquelas cujas sanções seriam puramente interiores, enquanto que as jurídicas seriam *aquelas cuja execução é garantida por uma sanção externa e institucionalizada*. O próprio autor, contudo, ressalta que este critério não é exclusivo, mas talvez seja o que melhor circunscreve a esfera de normas jurídicas do que outros critérios.³⁷⁰

Posteriormente, Bobbio remete-nos ao fato incontestável de que em todo ordenamento jurídico há normas que não são sancionadas, situação acolhida próprio legislador, de maneira que, na verdade, quando se fala em sanção organizada, quer-se referir ao ordenamento jurídico como um todo e não a uma norma singularmente considerada, ou seja, um ordenamento será jurídico quando as normas forem sancionadas em sua maior parte.³⁷¹ Enfim, conclui que, na verdade, nenhum destes ou de outros critérios é suficiente, não devendo ser estudada a norma individualmente considerada, mas a partir do ordenamento como um todo. Assim, será jurídica a norma que pertencer ao ordenamento jurídico.³⁷²

A partir destas breves explicações, podemos concluir que a norma referente aos deveres conjugais possui fundamento de validade na Constituição atual, na medida em que de forma alguma contraria seus princípios, não havendo que se falar em perda de sua eficácia. Assim, não se pode falar que sejam deveres puramente morais.

³⁷⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma jurídica*. Tradução port. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti [Teoria della norma giuridica]. Bauru: Edipro, 2008, p.154-155, 159-160.

³⁷¹ Ibid., p. 167. O autor aduz que “o critério da juridicidade não é certamente a sanção, mas a pertinência ao sistema, ou a validade, no sentido já aclarado de referibilidade da norma a uma das fontes de produção normativa reconhecidas como legítimas. A sanção tem relação não com a validade, mas com a eficácia, e já vimos que uma norma singular pode ser válida sem ser eficaz”. Ademais, salienta que, quando se fala em norma válidas e eficazes sem sanção, está-se diante de normas cuja eficácia se consente, nas quais a sanção seria inútil ou normas estabelecidas por alta autoridade na hierarquia que torna impossível ou pouco eficiente a aplicação de sanção.

³⁷² BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Tradução port. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos [Teoria dell'ordinamento giuridico]. Brasília: UnB, 1999, p. 19-27.

Partindo da premissa de que os deveres conjugais são deveres jurídicos, devemos lembrar que estes, genericamente falando, podem ser absolutos e atingir a todos indistintamente ou relativos, atingindo pessoas determinadas, sendo este o caso dos deveres conjugais que atingem as pessoas unidas pelo casamento.

Sérgio Cavalieri Filho define dever jurídico como *a conduta externa de uma pessoa imposta pelo direito positivo por exigência da convivência social*. Sua violação, assim, caracteriza um ilícito que quase sempre acarreta um dano para outrem (*dever jurídico originário*), gerando outro dever jurídico de repará-lo (*dever jurídico sucessivo*). Assim, a responsabilidade civil nada mais é do que *o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico*, podendo-se dizer que, em regra geral, não haverá responsabilidade sem dever jurídico preexistente.³⁷³

Assim, o casamento civil é um modo de formação familiar chancelado pelo Estado, motivo pelo qual as pessoas que decidem por este tipo de união ficam sujeitas aos deveres conjugais previstos pela legislação civil, devendo observá-los, sob pena de caracterização de um ato ilícito. Caso haja esta infração, deverá ser visto se foram caracterizados os outros pressupostos da responsabilidade civil, momento no qual surgirá o dever de indenizar.

Neste sentido, alguns dos deveres conjugais, em nossa opinião, devem ser lidos à luz dos novos tempos, a fim de adequá-lo à atual conjuntura da sociedade. A título de exemplo, o dever de coabitação não pode mais ser tido como absoluto, em uma sociedade em que muitos casais acabam residindo em casas separadas por determinado período de tempo, em virtude de circunstâncias excepcionais como trabalho, necessidade médica, dentre outros. Por este motivo, seria exagero falar que a infração a tal dever configure um ato ilícito, sendo caso, até mesmo, de analisar a situação do dispositivo *de lege ferenda*.

Destarte, constando os deveres conjugais no ordenamento jurídico, a partir de escolha do legislador, ou seja, possuindo validade e, ademais, sendo eficazes, a infringência a eles constitui ato ilícito e poderá gerar o dever de indenizar preenchidos os demais pressupostos como culpa, nexo causal e dano.

³⁷³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 1-5. Aduz o autor que “a violação de um dever jurídico configura o *ilícito*, que, quase sempre, acarreta dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano. Há, assim, um *dever jurídico originário*, chamado por alguns de primário, cuja violação gera um *dever jurídico sucessivo*, também chamado de secundário, que é o de indenizar o prejuízo”. Ademais, salienta que “nas obrigações de conteúdo determinado a identificação do dever originário faz-se com facilidade, e em face da própria lei ou negócio jurídico, que são sua fonte. Nas obrigações de conteúdo indefinido, entretanto, em que apenas se aponta para um fim (guardar, administrar, não causar dano etc.), sem indicação das condutas adequadas para atingir, teremos que descobrir em cada caso os atos que o obrigado deverá realizar para poder cumprir a obrigação originária. Vale dizer: o sujeito tem de integrar a norma, porque esta lhe confia a determinação dos atos que hão de constituir a conduta devida”.

Desta forma, eventual infração aos deveres conjugais não gerará, por si só, sanções jurídicas na atualidade, tampouco acarretará automática responsabilidade civil, embora eles sejam deveres jurídicos. Isto porque, para que haja possibilidade de se questionar sobre reparação de danos, mister que se afira a existência de responsabilidade extracontratual e, portanto, que se questione se o ato ilícito praticado configurou dano e se houve culpa em sua prática.

O casamento é uma instituição³⁷⁴ e possui regramento específico. Por ser um ramo em que vigora o afeto, não podem os institutos obrigacionais³⁷⁵ ser aplicados pura e simplesmente, sob pena de se perder a sutileza que deve vigorar nas relações familiares.

Assim, a partir deste novo paradigma, não há mais que se falar em consequências sancionatórias acarretadas pelo fim do relacionamento, porquanto as questões reflexas à dissolução da sociedade conjugal devem ser analisadas caso a caso, especificamente.

Com relação à guarda dos filhos comuns, por exemplo, possui relação com o melhor interesse da criança. Já a questão dos alimentos deve levar em consideração a situação de necessidade possibilidade, assim como a questão da indignidade, já vista. Com relação ao nome de casado deve se pautar por outros critérios, na medida em que o nome é de direito de personalidade e, portanto, não poderia ser retirado do patrimônio jurídico do consorte por reflexo advindo da separação ou do divórcio.

Contudo, não há que se negar que eventual ato ilícito ocorrido durante o casamento, que tenha gerado danos materiais, morais ou estéticos a algum dos consortes pode e deve ser objeto de ação de responsabilidade civil conjugal.

³⁷⁴ Neste sentido, vide: MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil*. 42. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 50-51. Discorre sobre seu entendimento nos seguintes termos: “O Professor Washington de Barros Monteiro era fervoroso defensor da natureza institucional do casamento. Dizia o Mestre que reduzi-lo a simples contrato seria equipará-lo a uma venda ou a uma sociedade, relegando-se para segundo plano suas nobres e elevadas finalidades. Ademais, segundo ele, repousa o contrato, precipuamente, no acordo de vontades, ao passo que no casamento não basta o elemento volitivo, tornando-se igualmente necessária a intervenção da autoridade civil para sancionar e homologar o acordo livremente manifestado pelos nubentes. Além disso, dizia o Professor Washington que o contrato, por sua natureza, podia distratar-se (Cód. Civil, art. 472), enquanto no casamento a situação é diversa, já que a sua dissolução depende de formalidades legais”.

Também neste sentido: DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. v. 5, 26. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 56. A autora alega que se filia à corrente institucionalista, pois o matrimônio é a mais importante das transações humanas, base de toda constituição da sociedade civilizada.

³⁷⁵ Para uma definição de obrigação, vide: PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 7 e 14-23. Para o autor “obrigação é o vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa pode exigir de outra prestação economicamente apreciável”. Para ele, possui elemento subjetivo, consubstanciado em um sujeito ativo e em um sujeito passivo; um objetivo, qual seja, o objeto, que é a prestação do devedor; e, por fim, o vínculo jurídico, que cria *um liame por cujo desate o indivíduo respondia outrora com a sua pessoa e hoje com seu patrimônio*.

Não se quer dizer, com isso, que tal questão se resolveria como qualquer outra do âmbito obrigacional e que, portanto, não teria qualquer relação com as discussões afetas ao direito de família. Pelo contrário, o casamento faz nascer uma família e qualquer situação que a envolva é questão deste ramo específico do direito, devendo ser apreciada por um Juízo de Família, especializado nestas questões, assim como será no caso de famílias formadas por união estável.

Assim, a relação conjugal é diferenciada das relações cíveis comuns, porquanto, como qualquer relacionamento familiar, é pautada, principalmente, pelo afeto, não podendo tal constatação ser desconsiderada. Ademais, são legalmente previstos deveres conjugais que possuem natureza jurídica e, portanto, devem ser observados, embora o entendimento sobre eles deva ser adaptado à sociedade contemporânea.

Não se quer dizer, com isso, que a família conjugal tem *status* diferenciado em relação a outras relações familiares, o que não é verdade; mas que, assim como todas as questões envolvendo direito de família, deve ser analisada de maneira diferente dos relacionamentos corriqueiros da vida, pois tem natureza diferenciada e é permeada principalmente pelo afeto que une seus integrantes.

Desta maneira, no passado, vigorava um direito patriarcal e moralista, havendo, por isso, previsão de algumas sanções advindas da culpa pelo fim do relacionamento conjugal, porquanto a família formada pelo casamento, naquela sociedade, deveria ser mantida tanto quanto possível, como forma de dar estabilidade à sociedade.

Assim, naquele tempo, a sociedade era diferente da atual e as sanções previstas ao consorte culpado pelo fim do relacionamento eram suficientes para solucionar as questões acarretadas pelo fim do relacionamento. Por este motivo, rara era a aplicação do instituto da responsabilidade civil nos relacionamentos conjugais.

Frise-se que, embora não haja confusão conceitual entre a responsabilidade civil advinda do relacionamento conjugal e aquelas consequências antes aplicadas ao consorte culpado pelo rompimento do casamento, da análise histórica efetuada, conclui-se que estas eram consideradas suficientes à sociedade da época, suprimindo os danos eventualmente causados durante o relacionamento matrimonial.

Na atualidade, contudo, houve uma mudança de paradigma, na medida em que a família pauta-se pelo afeto entre seus integrantes. Em prol da autonomia privada e da dignidade humana de cada um dos integrantes da relação familiar o divórcio foi facilitado, não havendo que se aferir culpa para fins de rompimento do relacionamento conjugal, o que se mostra salutar.

Contudo, deve-se evitar o risco de que, em nome da autonomia privada no âmbito familiar, alguns ilícitos ocorridos no âmbito doméstico fiquem relegados e esquecidos, em prol de uma liberdade a qualquer custo. Assim, deve-se evitar que o atual pensamento predominante na doutrina e jurisprudência de facilitação da dissolução dos relacionamentos conjugais, sem interferência estatal na vida privada e íntima dos consortes acabe acarretando uma repulsa a qualquer aferição sobre eventual ato ilícito ocorrido nesta seara.

O relacionamento conjugal, assim como aquele constituído por união estável, pode sim consistir em um local de infração a direitos e danos que, com a facilitação extrema da dissolução do casamento pelo divórcio, podem acabar ficando relegados, não sendo questionados pelos advogados ou considerados como de pouca importância pelos julgadores.

Assim, a família brasileira é atualmente pautada pelo afeto, mas não se deve esquecer que os relacionamentos familiares também devem se guiar pela responsabilidade interpessoal, sob pena de iniciarmos uma fase de impunidade nas questões envolvendo danos ocorridos durante o casamento ou a união estável.

Neste ponto, vale ressaltar que, historicamente, a mulher foi subjugada e inferiorizada pelo homem e, por muitos anos, suportou um relacionamento falido e danoso em nome da manutenção da família e da moralidade da época.

Na atualidade, embora tenha havido uma considerável mudança de pensamento nesta seara, principalmente a partir da facilitação do divórcio, ainda são muitos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher,³⁷⁶ em todas as camadas da população e, muitas vezes, os ilícitos ocorridos na constância do matrimônio ficam esquecidos.

Assim, mesmo que em determinado momento a mulher que tenha sofrido danos eventualmente ponha fim à relação, com o divórcio facilitado, o que é salutar, poderá deixar de lado discussão sobre os ilícitos que veio suportando ao longo de uma vida inteira, diante da tradição do nosso direito de família de evitar a discussão sobre a responsabilidade civil em matéria conjugal. Esta situação deve ser evitada, sob pena de prejuízo a muitas das conquistas já alcançadas pelo gênero feminino.

Saiu-se de fase em que vigorava uma sociedade patriarcal e ingressamos em tempos em que se proclama a pluralidade e a felicidade nas relações familiares. Neste sentido, não

³⁷⁶ Sobre os casos de violência contra a mulher, vide a reportagem a seguir, em que se menciona que, segundo dados do Ipea, o número de mortes por violência doméstica não apresentou queda após a Lei Maria da Penha. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2013/09/lei-maria-da-penha-nao-reduziu-morte-de-mulheres-por-violencia-diz-ipea.html>>. Acesso em: 03 out. 2013.

deve ser deixada de lado a questão da discriminação de gênero que vigorou durante os séculos passados no Brasil e que ainda existe, podendo ser o instituto na responsabilidade civil na esfera conjugal um meio de se atingir a tão esperada igualdade material neste assunto.

Deve-se exaltar o advento da Lei Maria da Penha, que representou um avanço nesta busca por igualdade substancial.³⁷⁷ Sublinha-se, dentre suas previsões, aquele no sentido de que o homem deve prestar caução para cobrir eventuais danos materiais gerados durante o processo.³⁷⁸

Contudo, não se deve esquecer que esta Lei é aplicada apenas para casos de urgência, em que a violência está ocorrendo naquele instante, evitando um prejuízo irreparável e, neste sentido, é muito boa sua regulamentação.

Assim, os ilícitos ocorridos, durante o relacionamento conjugal, consubstanciados em violência psicológica, moral ou física, que acarretem danos materiais, morais ou estéticos, não podem ser esquecidos, sob pena de que, na certeza da impunidade, continuem sendo praticados atos delituosos no âmbito do casamento.

A propositura de ação de responsabilidade civil advinda do relacionamento conjugal, por certo, não pode ser banalizada. Os relacionamentos familiares naturalmente são palco de alguns conflitos, o que se mostra importante para o desenvolvimento pessoal de cada ser humano e situações corriqueiras da vida não podem ser banalizadas e levadas à Justiça, porquanto fugiria do papel do Judiciário na regulamentação de conflitos. Desta forma, não se está querendo propor a monetarização das relações familiares, que deve ser evitada quanto possível. Contudo, a sociedade não pode fechar os olhos a alguns ilícitos ocorridos no relacionamento conjugal, sob pena de ser cúmplice de ilícitos que jamais serão punidos, perpetuando uma violência no lugar em que mais deve imperar o afeto e o amor, que é a família.

³⁷⁷ Sobre o assunto, vide: JESUS, Damásio de. *Violência contra a mulher*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 8. Nas palavras do autor: “A violência contra as mulheres é um dos fenômenos sociais mais denunciados e que mais ganharam visibilidade nas últimas décadas em todo o mundo. Devido ao seu caráter devastador sobre a saúde e a cidadania das mulheres, políticas públicas passaram a ser buscadas pelos mais diversos setores da sociedade, particularmente pelo movimento feminista. Trata-se de um problema complexo, e seu enfrentamento necessita da composição de serviços de naturezas diversas, demandando grande esforço de trabalho em rede. A integração entre os serviços existentes dirigidos ao problema, entretanto, é difícil e pouco conhecida”.

³⁷⁸ Nestes termos, dispõe o artigo 24, IV, da Lei Maria da Penha que: “Art. 24. Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras: [...] IV – prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida”.

Outrossim, embora a atual regra geral sobre responsabilidade civil possa ser aplicada aos relacionamentos conjugais, não sendo imprescindível uma previsão específica sobre o assunto, devemos considerar que a análise histórica feita no presente trabalho nos remete à ausência de tradição do nosso direito com relação à responsabilidade civil em matéria conjugal. Assim, para que os ilícitos praticados no âmbito do casamento não fiquem imunes, deveria ser prevista, *de lege ferenda*, dispositivo específico na parte referente ao direito de família ou no Estatuto das Famílias, caso aprovado, sobre o assunto. Ademais, considerando a discriminação histórica sofrida pela mulher em tempos em que vigorava uma sociedade patriarcal e moralista, seria salutar que o legislador, nestes casos, previsse a indenização punitiva para os danos morais praticados.

O novo dispositivo poderia prever que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano no âmbito do casamento ou da união estável, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito, devendo indenizar pelos prejuízos causados”. E poderia haver um parágrafo no dispositivo prevendo que se fosse praticado dano moral por ato de violência doméstica e familiar contra a mulher, a indenização fixada levaria em conta não só a compensação do dano, mas também teria caráter punitivo da conduta.

Conforme já visto, na atualidade, já há legislação civil genérica sobre a responsabilidade civil que poderia ser aplicada ao caso em comento. Contudo, em virtude da ausência de tradição do direito brasileiro na aplicação da responsabilidade civil em matéria conjugal, seria oportuna a inclusão de dispositivo específico.

Além disso, diante da histórica violência de gênero sofrida pela mulher e considerando que o direito serve à regulamentação da sociedade, mantendo a ordem e visando a igualdade material, a inclusão do dispositivo sugerido, punitivo da conduta ilícita praticada em violência doméstica, poderia contribuir à mudança da mentalidade patriarcal que vigorou desde os primórdios no Brasil e, quem sabe, no futuro, quando a igualdade entre o homem e a mulher vigorar de fato na sociedade brasileira, tal previsão passasse a ser despicienda, podendo vigorar apenas a previsão genérica sobre a responsabilidade civil.

Na atual fase do ordenamento jurídico brasileiro, a previsão de dispositivo neste sentido poderia ser um modo de afirmação da igualdade material de gênero, evitando a impunidade dos ilícitos ocorridos durante o casamento, cabendo à jurisprudência, a partir de então, delimitar as hipóteses cabíveis, evitando a cultura da punição excessiva nesta

seara, o que contrariaria o afeto que deve permear os relacionamentos amorosos, mas, por outro lado, evitando a impunidade destes ilícitos.

Portanto, passada a época do intervencionismo estatal exacerbado no âmbito do casamento, que passa a ser facilmente dissolvido, privilegiando-se a afetividade, deve-se focar na excepcionalidade desta intervenção, em situações específicas e que configurem responsabilidade civil, conforme os pressupostos e requisitos já consolidados em nossa legislação.

Deste modo, somente no âmbito da responsabilidade civil conjugal ainda haverá um resquício de intervenção estatal no casamento. Esta, contudo, diferentemente do que ocorreu no passado, não visará a perquirição dos motivos que levaram ao fim do relacionamento e não se prestará a vasculhar a vida íntima do casal. Será exercida na exata medida em que assegurar os direitos subjetivos de cada um de seus integrantes. Sublinham-se, neste aspecto, aqueles casos de violência psicológica, moral ou física contra a mulher, que não devem ficar impunes, demonstrando que a família matrimonial atual, assim como aquela constituída por união estável, deve ser pautar pelo afeto, desde que este seja exercido com responsabilidade.

4 CONCLUSÃO

O afeto é a base do direito de família atual, constatação que, na conjugalidade, ficou evidenciada a partir do advento da Emenda Constitucional nº. 66, de 2010. Pode-se dizer que se instaurou um novo paradigma com relação à matéria e, neste momento, importante verificar qual seria o rumo do casamento e da própria família por ele constituída.

Assim, para que estes passos possam ser trilhados, para que o legislador possa acompanhar a evolução da sociedade e regulamentar o assunto de modo compatível com os anseios sociais, fundamental se mostrou fazer apanhado da história do direito brasileiro, pois a trajetória do próprio país, a partir da verificação de seus erros e acertos, é valioso guia. Também foi feito estudo sobre o direito romano e o direito canônico, tendo em vista a grande influência do primeiro no direito civil brasileiro, assim como o forte traço do direito canônico trazido para a regulamentação das relações conjugais no país.

Foi visto que o período pré-clássico romano aproximava-se do que ocorre atualmente no Brasil, com relação à liberdade para a união pelo casamento e para seu desfazimento, prevalecendo o paradigma do afeto. Contudo, algumas diferenças podem ser apontadas como, por exemplo, o papel da mulher na sociedade atual, muito diferente daquela época, assim como o fato de o casamento brasileiro demandar formalidades para sua celebração e, embora facilitado pela Emenda Constitucional nº. 66/2010, ainda requerer chancela estatal ao seu desfazimento.

Na Roma clássica, foi visto que também vigorava grande informalidade nesta seara, situação que não se compara ao Brasil da atualidade, pois, embora tenha sido facilitado o divórcio, situação evidenciada pela Emenda Constitucional nº. 66/2010, ainda há formalidades tanto para sua celebração quanto para a dissolução do casamento. Contudo, a questão do afeto como base do casamento pode ser notada tanto naquela época quanto nos dias atuais, no sentido de não ser necessária menção às motivações que o acarretaram. Por outro lado, naquela sociedade, nota-se a existência de uma sociedade patriarcal, em que a mulher era subjugada. Assim, seu adultério, por exemplo, era punido no âmbito penal, diferentemente do que ocorre nos dias atuais.

A Roma pós-clássica possui semelhanças com o Brasil nos dias atuais com relação às formalidades necessárias à celebração do casamento e sua dissolução, que necessitavam da chancela estatal. Com relação às causas culposas ao rompimento, nota-se semelhança

com o que ocorria no país até a Emenda Constitucional nº. 66/2010, que definitivamente extirpou do ordenamento a discussão sobre motivações ao divórcio. Na sociedade romana, não se falava em aplicação da *Lex Aquilia* nas relações conjugais, havendo apenas a previsão de punições especificamente dirigidas aos casos de rompimento do casamento.

Posteriormente, foi visto que o direito canônico influenciou de maneira muito forte o início da colonização do Brasil e os séculos seguintes, situação que perdurou até recentemente, e que é verificada pela tardia aceitação do divórcio no Brasil, ocorrido somente a partir de 1977.

Assim, o início da colonização do Brasil foi, fundamentalmente, marcado pela imposição do direito da metrópole portuguesa, que possuía fortes traços do direito canônico, em detrimento da individualidade e dos costumes já consolidados pela população indígena.

A imposição da cultura estrangeira no Brasil não foi processo pacífico e o período de colonização foi marcado por lutas. A desconsideração dos costumes locais resultou em certo desconforto na sociedade que não teve seus valores devidamente considerados, gerando uma necessidade de adaptação que, muitas vezes, não se mostrou suficiente ao convencimento do povo.

A família indígena é relatada historicamente como tendo característica de união poligâmica, que decorria de instintos sexuais e selvagens, situação diametralmente oposta ao direito vigente na metrópole, que se baseava em disposições do Concílio de Trento e somente considerava a família constituída pelo casamento, considerado um sacramento indissolúvel.

De um lado, o rígido modelo português, que tinha como base o direito canônico, foi imposto repentinamente à população nativa. De outra sorte, há narrativas históricas de que os próprios portugueses que aqui chegaram acabaram por abandonar seus costumes e a viver a partir dos ensinamentos indígenas.

Não é difícil perceber o resultado deste início de colonização, que acarretou a indigesta necessidade de observância do direito canônico em nosso país.

Assim, houve a imposição de um modelo rigoroso de casamento, que não poderia ser dissolvido e que tinha na punição a forma de coação necessária à manutenção deste modelo que era tido como ideal de família.

Com a independência do país foi previsto, na Constituição Política do Império do Brasil, de 1824, que deveria ser elaborado um Código Civil, sendo então celebrado

contrato entre o governo e o bacharel Augusto Teixeira de Freitas, para que fossem consolidadas as leis civis.

Por muito tempo, contudo, o direito português continuou a reger a sociedade brasileira, buscando-se soluções nas Ordenações Filipinas e demais leis herdadas de Portugal, que tinham como base o direito romano e, principalmente, canônico, no que se refere ao casamento.

À época, não se falava em dissolução do vínculo conjugal pelo divórcio, mas somente era admitida a separação *quoad thorum et cohabitationem*, nas hipóteses em que não alcançado o fim matrimonial ou colocada em risco a vida de um dos consortes como, por exemplo, em casos de adultério da mulher ou sevícias. A ideia de culpa era bastante presente, sendo o consorte considerado responsável pelo fim do casamento punido por isso.

Aos pouco, a partir da obra de Teixeira de Freitas, passa a ser dada maior ênfase à doutrina propriamente brasileira, servindo ela de guia aos juristas, em que pese não tenha sido definitivamente aprovada como lei. Assim, era utilizada para consultas, auxiliando na solução dos casos concretos até a definitiva elaboração do Código Civil de 1916.

Interessante notar que mesmo a partir da consolidação de doutrinas especificamente brasileiras, voltadas à elaboração de uma legislação pátria, continuou a vigorar a noção de culpa no casamento, herança do direito português imposto e indissolubilidade do vínculo conjugal, sancionando-se os atos contrários ao casamento.

Era utilizada a terminologia “divórcio”, mas esta não possuía o sentido que hoje lhe é atribuído, pois não era possível o rompimento do vínculo, podendo-se dizer que se aproximava mais do que hoje conhecemos pelo instituto da separação. Falava-se em divórcio perpétuo ou temporário: o primeiro rompia a sociedade conjugal e este último significava apenas a separação material dos consortes, temporariamente.

O adultério era considerado causa de divórcio perpétuo, enquanto as sevícias graves acarretavam o temporário, demonstrando que a sociedade da época possuía fortes traços de cultura patriarcal, em que os valores morais vigentes valiam mais do que a própria integridade física.

À época, portanto, era forte a intervenção estatal na vida privada do casal e o casamento era considerado sagrado, jamais podendo ser dissolvido. Grande era a influência da religião católica, até mesmo porque o Estado brasileiro apenas passou a ser laico a partir da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891.

Como exemplo de punição aplicada ao direito de família nesta seara à época, mencionou-se os esponsais, que geravam necessidade de indenização em caso de não realização do casamento, a não ser que houvesse justa causa para tanto.

A época colonial e o início da independência do país, portanto, foram marcadas por grande influência do direito canônico, até mesmo na elaboração de uma doutrina pátria, que manteve o viés de punibilidade das condutas culposas que pudessem atentar contra o casamento, sendo este sempre indissolúvel.

O Decreto nº. 181, de 24 de janeiro de 1890, de autoria de Coelho Rodrigues, finalmente regulamentou o casamento civil, não tendo feito menção aos esponsais e prevendo textualmente a palavra “divórcio” como ato que põe fim ao casamento, embora sem dissolução do vínculo, ou seja, ele somente acarretaria a separação de corpos e cessação do regime de bens.

Referido Decreto elencou motivações expressas para fundamentar o divórcio, quais sejam: adultério, sevícia ou injúria grave, abandono do lar por dois anos ou mútuo consentimento de cônjuges casados há mais de dois anos.

Também eram previstas punições ao consorte culpado pelo divórcio, que perderia a guarda dos filhos do casal e o direito a utilizar o nome de casado que, à época, somente era adotado pela mulher. Quanto aos alimentos, somente a eles faria jus a mulher inocente e pobre.

Portanto, desde o início, a legislação brasileira adotou a noção de culpa pelo término do casamento, possuindo traços característicos do direito romano pós-clássico e, principalmente, do direito canônico, que consagrava o casamento como algo sagrado. Para dificultar seu desfazimento, eram previstas punições. Até mesmo para o divórcio por mútuo consentimento era previsto prazo mínimo de dois anos de casamento, como se neste tempo as pessoas envolvidas pudessem se acostumar com seu consorte e acabar aceitando os sofrimentos enfrentados no relacionamento.

Com o advento do Código Civil de 1916, foi mantido o viés punitivo e a forte intervenção estatal na vida privada da família, adotando-se nova terminologia para designar o fim da sociedade conjugal, qual seja, o desquite, que não dissolvia o vínculo e poderia ser por mútuo consentimento ou judicial.

No caso de acordo, os cônjuges deveriam ser casados há mais de dois anos, mas, em não havendo, deveria haver caracterização de uma das causas expressas na lei, quais sejam: adultério, tentativa de morte, sevícia ou injúria grave ou abandono voluntário do lar por dois anos contínuos.

A punição ao cônjuge considerado culpado pelo desquite era a perda do direito a alimentos, ao nome de casado, no caso da mulher, e à guarda dos filhos do casal.

Vê-se, assim, que o direito de família, especificamente com relação ao tema do casamento e seu desfazimento, ainda possuía viés punitivo, patriarcal e intervencionista. O Brasil, séculos após sua colonização, ainda tinha legislação fortemente marcada pela herança do passado, iniciada no direito romano pós-clássico e consolidada no direito canônico, trazida da metrópole imposta aos nativos e consolidada na nação.

Na análise das decisões judiciais do século XX, pudemos verificar a forte intervenção do Judiciário na vida íntima do casal, perquirindo-se as motivações e causas do fim do relacionamento. A prova se dava basicamente a partir de documentação e oitiva de testemunhas que se imiscuíam na vida privada do casal e contavam detalhes de sua intimidade, como se tudo fosse um teatro. Ao final, havia atribuição de culpa a uma das partes, que suportava todos os ônus de sua conduta contrária ao casamento, saindo a outra vencedora.

A importância do casamento e sua manutenção a qualquer custo era tão grande que se buscava de todas as formas punir qualquer conduta contrária a ele. A partir de diversas justificativas, dentre as quais assegurar a legitimidade da prole e seu saudável desenvolvimento que, à época, era ligado ao casamento bem-sucedido e à estabilidade da família, punia-se o cônjuge culpado a partir de sanções que, na verdade, acabavam gerando efeito contrário.

Explicando, o consorte culpado pelo desquite, por exemplo, perdia a guarda de seus filhos ao inocente, mesmo se desenvolvesse as funções parentais melhor do que o outro. Punia-se de qualquer modo aquele que atentasse contra o casamento, o que gerava inúmeros descontentamentos, consoante se depreendeu do estudo jurisprudencial da época, que demonstrou a grande quantidade de recursos que havia contra as sentenças proferidas, visando a inversão da culpa.

A análise histórica mostrou que a preocupação, durante este período, não era a integridade física ou psíquica do cônjuge ferido, mas a manutenção do casamento a qualquer custo, seja para referendar seu caráter sagrado ou para possibilitar um saudável desenvolvimento à prole a partir da estabilidade da família.

Esta situação, embora tenha se acomodado por bastante tempo no país, passou a gerar descontentamento e, conseqüentemente, novas ideias surgiram, com objetivo de adaptar as leis sobre o casamento e sua dissolução aos reais anseios do povo brasileiro.

A indissolubilidade do vínculo conjugal passou a ser expressamente prevista na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934.

Em contraposição, surgiram inúmeros projetos de lei que previam a possibilidade de dissolução do casamento e sua facilitação, encabeçados principalmente por Nelson Carneiro. De um lado, então, havia aqueles que propunham o divórcio e, de outro, os ferrenhos defensores na indissolubilidade do vínculo conjugal.

Nesta época, inicia-se alguma discussão sobre felicidade individual e em que medida o amor deveria ser considerado no casamento, identificando-se o início da fase de transição que culminaria mais tarde com a prevalência do afeto nas relações familiares.

Interessante notar que as insatisfações vistas em alguns casos concretos do passado geraram um grande descontentamento que, somado à influência da legislação estrangeira, principalmente da Itália, culminaram com a elaboração de projetos de lei em favor do divórcio.

Alguns séculos após a colonização do Brasil e a imposição do direito alienígena, finalmente os reais anseios da população passaram a ser levados em consideração.

A luta foi árdua e durou alguns anos até que, finalmente, foi aprovada a Emenda à Constituição nº. 9/77, que deu nova redação ao artigo 175, §1º, da Constituição da República Federativa do Brasil, prevendo ser possível a dissolução do casamento, nos casos expressos em lei, desde que houvesse prévia separação judicial por mais de três anos. Regulamentando o dispositivo, foi aprovada a Lei nº. 6.515/77, conhecida como a Lei do Divórcio, que revogou os artigos 315 a 328, do Código Civil de 1916.

A princípio, somente era possível o divórcio direto após prévia separação de fato por cinco anos e desde que iniciada anteriormente à Lei nº. 6.515/77, de 28 de junho de 1977, prevendo-se que deveriam ser provadas as causas do divórcio, que seriam as mesmas previstas para a separação judicial. Este dispositivo demonstrou-se extremamente restritivo e visou claramente evitar a dissolução do vínculo, tendo sido alterado pela Lei nº. 7.841, de 1989, que diminuiu o prazo anterior para dois anos consecutivos de separação de fato, devendo somente ser provado o decurso do tempo da separação, não mais se falando em prova de outras causas.

Quanto à separação, além daquela por mútuo consentimento, de cônjuges casados há pelo menos dois anos, foram estabelecidas três espécies em que seria judicial, quais sejam: por imputação de conduta desonrosa ou ato que importasse em violação dos deveres do casamento que tornassem insuportável a vida em comum, por ruptura da vida em comum há mais de cinco anos e impossibilidade de reconstituição, ou por doença mental

grave do outro consorte que tivesse iniciado após o casamento e perdurasse por mais de cinco anos consecutivos e fosse de cura improvável, tornando insuportável a vida em comum. No segundo caso, houve alteração pela Lei nº. 8.408, de 1992, diminuindo o prazo exigido de ruptura da vida em comum para dois anos consecutivos.

Percebe-se que a tentativa de manutenção do casamento ainda era bastante forte, havendo inclusive previsão de cláusula de dureza na lei nas hipóteses de separação-falência ou remédio, podendo o juiz deixar de decretá-las se entendesse que resultariam em prejuízo aos consortes ou aos filhos menores.

Assim, embora possa ser visualizado um início de consideração da vontade dos consortes nas matérias atinentes ao término no casamento, a partir da admissão do divórcio, ainda era grande o intervencionismo estatal nesta seara.

A separação-sanção, com atribuição de culpa, demonstrou que ainda vigorava grande intervenção estatal e resquícios da tentativa de punição do cônjuge considerado judicialmente culpado.

A Lei do Divórcio ainda previa punições ao consorte que dava causa à separação, demonstrando que o conceito de cônjuge culpado baseava-se nesta causalidade e não propriamente na culpa aquiliana. A atribuição de culpa, assim, acarretava a perda da guarda dos filhos menores, do direito a alimentos e ao nome.

Portanto, embora tenha havido diminuição da intervenção estatal na decisão sobre o término do casamento, na medida em que admitida sua dissolução, ainda era aferido o culpado por este fim, que era punido.

A introdução do instituto do divórcio no Brasil, assim, foi feita de maneira a conciliar os interesses opostos da época. O compromisso entre divorcistas e antidivorcistas gerou a alteração constitucional mencionada que previu expressamente em seu texto a separação judicial como fase prévia ao divórcio, abandonando-se a nomenclatura desquite, tipicamente brasileira, para se adotar linguagem estrangeira.

A análise histórica demonstrou que esta tentativa de dificultar o divórcio a partir da imposição da prévia separação judicial e, posteriormente, da separação de fato consubstanciou-se, a princípio, em introdução gradual do instituto no país, ou seja, em um período de transição da legislação anterior, que não aceitava a dissolução do vínculo conjugal. Embora tenha sido justificável em seu período, não evitou que os casais interessados em desfazer sua união por meio do divórcio mantivessem seu objetivo; apenas gerou delongas desnecessárias, custos adicionais, insatisfações e asoberbamento do Poder Judiciário.

Foi salutar a modificação, demonstrando avanço da sociedade no reconhecimento da autonomia individual e livre planejamento do casal, além de ter significado solução ao problema das relações consideradas concubinato, que eram recorrentes na realidade brasileira e, finalmente, deixaram de ficar à margem da lei. Foram mantidas, contudo, as restrições ao divórcio e à separação judicial, assim como a ideia de culpa pelo fim do casamento, com consequente punição do responsável.

Os notórios casos de imputação de sanção ao responsável pela separação do casal, recorrentes na jurisprudência, contrastavam com a escassez de decisões versando sobre responsabilidade civil na esfera conjugal.

Demonstra-se, assim, a falta de tradição do direito brasileiro de punir as condutas lesivas praticadas no âmbito do casamento que, na verdade, apenas o eram na medida em que significavam culpa pelo término dele. Ou seja, visava-se evitar o fim do casamento, diante da retrógrada tradição do direito canônico, pouco importando a integridade física, psíquica e moral do cônjuge em si mesma.

O culpado pelo fim do casamento e que, eventualmente, tivesse praticado algum ato lesivo ao consorte, tinha sua conduta reprimida pelas consequências legais.

Notou-se, porém, que as punições expressamente previstas, muitas vezes, geravam recursos aos Tribunais pátrios como forma de evitá-las, na tentativa de inverter a atribuição de culpa. Na grande maioria dos casos, os cônjuges não tinham qualquer intenção de permanecer casados, mas apenas de ter para si a guarda dos filhos, pleitear alimentos ou manter o nome de casado ou, ainda, simplesmente queriam punir o consorte por suas condutas.

Percebe-se, assim, que a legislação brasileira, por muito tempo, relacionou intrinsecamente os institutos da separação e do divórcio com os de guarda, alimentos e nome, de maneira que aqueles geravam reflexos nestes, vigorando um direito de família punitivo quando não consensual.

Somente com o passar dos anos e o amadurecimento da sociedade é que se percebeu a necessidade de separar a noção de conjugalidade da de parentalidade, por exemplo, assim como de se questionar se o nome deveria ficar atrelado à situação de casado ou se, ao contrário, poderia ser considerado como integrante da pessoa, independentemente de seu estado jurídico de casado ou solteiro. Com relação aos alimentos também se percebeu que se eles decorrem do dever de mútua assistência e se baseiam nas necessidades de quem pleiteia e na possibilidade de quem os paga, não faria

sentido que continuassem atrelados à noção de culpa pelo fim do casamento, sendo, no mínimo, desumana tal previsão.

Pode-se identificar a Constituição Federal de 1988 como texto jurídico que finalmente atendeu a estes questionamentos, culminando com mudanças na sociedade que ainda são vistas no estágio atual. Com seus ideais de igualdade, solidariedade e pluralidade, acarretou modificações no direito de família, possibilitando a consagração definitiva do afeto no lugar da culpa na discussão sobre o fim do casamento.

Em seu texto, foram diminuídos os prazos necessários ao divórcio para dois anos da separação de fato ou um ano da separação judicial, modificação regulamentada pelas Leis nº. 7.841/1989 e nº. 8.408/1992.

Ademais, a antiga noção de família patriarcal perdeu seu espaço, dando lugar à igualdade dos filhos e dos consortes, passando-se a falar, então, em princípio da afetividade como norte das relações familiares. Assim, juntamente com o casamento, outras formas de entidade familiar tornaram-se reconhecidas.

Contudo, a jurisprudência posterior à Constituição de 1988 demonstrou que ainda havia bastante ingerência estatal no desfazimento da união constituída pelo casamento. Além dos prazos e requisitos constitucionalmente previstos, os reflexos da culpa pelo fim do casamento ainda eram vistos em muitas decisões judiciais, principalmente com relação ao nome de casado e alimentos.

Notou-se, assim, que o início da mudança na ideia de punição pelo fim do casamento ocorreu com relação à atribuição de guarda dos filhos do casal, que passou a ser fixada considerando-se o melhor interesse das crianças em vez de apenas considerar a culpa pelo rompimento, situação posteriormente regulamentada no Código Civil de 2002.

Quanto aos alimentos, a culpa pela separação ainda gerou por muito tempo reflexos em sua fixação, acarretando em perda pelo culpado, conforme previsão expressa do Código Civil de 2002. A jurisprudência, no decorrer dos anos, passou a oscilar no tocante ao assunto, ora considerando-a, ora deixando-a de lado com base nos dispositivos constitucionais.

Com relação ao nome de casado, além da noção de culpa constante da separação judicial, com a edição da Lei nº. 8.408/1992 passou-se a entender que, com o divórcio, automaticamente deveria ser retirado o nome de casado, diante da previsão do artigo 25, da Lei nº. 6.515/1977, exceto se acarretasse alguns dos prejuízos legalmente previstos.

Posteriormente, o Código Civil de 2002 previu que somente o cônjuge culpado pela separação perderia o direito a utilizar o nome do outro, mantendo as exceções previstas na Lei do Divórcio.

Assim, ainda se fazia presente a ideia de punição pelo fim do casamento, herança do direito canônico e que, embora presente na legislação, gerava bastante críticas e decisões judiciais contrárias ao estabelecido em lei, com base em princípios constitucionais.

A aplicação do instituto da responsabilidade civil em matéria conjugal que, até então, tinha ínfima repercussão jurisprudencial, passa a ser mais citado, embora também tenham sido poucos os casos concretos em que efetivamente aplicado.

A doutrina favorável à manutenção da discussão sobre a culpa pela separação utilizava-se dela para gerar reflexos em eventual aferição de responsabilidade civil, confundindo, muitas vezes, seus conceitos.

O presente trabalho, assim, visou, a partir de uma perspectiva histórica, visualizar os rumos da separação e do divórcio a partir da Emenda Constitucional nº. 66/2010, porquanto nada melhor do que a história do próprio país, a partir da constatação de seus erros e acertos e de sua evolução natural, para ditar o futuro de sua legislação.

A importância desta análise reside no fato de que não basta se chegar a uma conclusão simplista no sentido de que referida Emenda acabou com a ideia de culpa no casamento, sem maiores reflexões sobre suas motivações e análise sobre a história do país que levaram até ela.

A legislação passada teve uma razão em seu contexto histórico e talvez tenha sido justificável à época. Todavia, também mostrou sua faceta cruel e fria, ao confundir o papel do casal com o dos pais e a questão da mútua assistência ou do direito personalíssimo ao nome com a punição pelo rompido o casamento.

Também foi possível notar que os direitos da personalidade do casal, consubstanciados em sua integridade física, psíquica e moral ficaram relegados no passado e apenas importaram na medida em que sua lesão atentasse contra o casamento, considerado uma instituição sagrada, por herança do direito canônico imposto ao Brasil colônia.

Assim, os atos praticados por um cônjuge contra o outro foram levados ao Poder Judiciário para atribuição de culpa pela separação e aplicação das sanções legalmente previstas.

A partir da Emenda Constitucional nº. 66/2010 que, finalmente, rompeu com heranças do direito colonial, o afeto passou a ser o centro da família e, no casamento, irradia seu conceito a partir do reconhecimento de que não há mais prazos e requisitos mínimos para o rompimento do vínculo conjugal, assim como não há mais fundamento de validade para discussão acerca da culpa na separação judicial ou no divórcio.

Ao mesmo tempo, traz à tona a reflexão sobre os rumos da responsabilidade civil nesta seara, pois os atos lesivos praticados durante o casamento não poderiam ficar impunes, o que poderia gerar um efeito perverso ao que proposto. Vale dizer, consagrar-se-ia o afeto nas relações familiares e, ao mesmo tempo, evitar-se-ia quaisquer discussões sobre condutas danosas culposas praticadas durante o casamento.

Não se deve incorrer neste equívoco, sob pena do futuro narrar com reprovação esta inovação que, na verdade, pretende ser um marco fundamental para o desenvolvimento das relações familiares e consagrar o afeto em seu âmbito o que culminaria, idealmente, com a tão sonhada felicidade individual e do grupo.

Atualmente, está em vigor o Código Civil de 2002, que, com relação à matéria, ainda possui forte traço patriarcal e, portanto, não mais atende aos reais anseios da sociedade brasileira.

De outro lado, a Emenda Constitucional nº. 66/2010 definitivamente consagrou o paradigma do afeto nas relações conjugais, na medida em que eliminou a anterior previsão de prazos e requisitos prévios para o divórcio. Cabe, então, análise formal sobre o rumo da separação e do divórcio no Brasil e dos assuntos reflexos a isso.

A antiga previsão, estabelecida na redação original da Constituição Federal de 1988, dispunha sobre assunto que não era eminentemente matéria constitucional, tratando-se apenas de norma formalmente constitucional.

De qualquer modo, diante da hierarquia na norma constitucional, superior ao Código Civil, legislação ordinária, era necessária observância à regra estabelecida. Assim, até o advento da Emenda referida, as disposições legais sobre a separação extrajudicial e judicial e suas modalidades, assim como sobre divórcio, respeitavam esta lógica.

As modalidades de separação judicial que se baseavam na doença mental do outro consorte ou na culpa pelo fim do casamento, embora de duvidosa constitucionalidade, ainda eram observadas por parte da jurisprudência e defendidas por parcela da doutrina.

A partir da Emenda Constitucional nº. 66/2010, contudo, não há mais que se falar em norma formalmente constitucional prevendo a separação judicial e tampouco prevendo requisitos para o divórcio, de maneira que todas as disposições da legislação ordinária em

contrário, prevendo prazos e requisitos prévios, perderam seu fundamento de validade constitucional e, portanto, não mais possuem eficácia no atual ordenamento jurídico.

As modalidades de separação judicial consubstanciadas em doença mental ou culpa do consorte tampouco possuem fundamento de validade, porquanto a nova regra constitucional definitivamente consagrou a aplicação do princípio da afetividade nas relações conjugais e plena autonomia dos consortes, situação incompatível com perquirição de culpa pelo fim do relacionamento ou averiguação das condições mentais do cônjuge.

A separação judicial, contudo, a princípio, não deixou de ter eficácia, pois não contraria a norma constitucional em comento. De qualquer forma, ela somente seria viável se consensual ou se litigiosa e não impugnada pela parte contrária. Isto porque, a partir da nova previsão constitucional, se qualquer dos cônjuges optar pelo divórcio, deverá ser decretado ao final, por ser direito potestativo.

Ou seja, formalmente, ainda existiria o instituto da separação judicial quando da vontade de ambas as partes ou de uma, sem impugnação da outra, por não contrariar o ordenamento jurídico atual.

De lege ferenda, contudo, constatou-se que o instituto da separação perdeu em muito sua razão de ser. Foi instituído em substituição ao desquite, como compromisso entre divorcistas e antidivorcistas, para assegurar um lapso temporal necessário, antes do divórcio. Portanto, importante que haja nova regulamentação jurídica sobre a matéria, revogando as disposições sobre a separação de direito, por ser instituto que perdeu a função que teve outrora, não possuindo mais razão de ser no atual contexto social.

A análise histórica também foi importante para notar de que maneira eram sancionados os atos contrários ao casamento, em tempos em que era decretada a culpa pelo seu fim. Assim, havia reflexos no nome de casado, alimentos e guarda dos filhos do casal, de maneira que o culpado perdia o direito a eles.

Passada essa fase punitiva do fim do casamento e imperando o afeto e a liberdade dos consortes para ditar os rumos de seu relacionamento, tais institutos jurídicos não mais possuem reflexos diretos no divórcio, que será decretado sem discussões de culpa.

Quanto à guarda dos filhos do casal, o próprio Código Civil de 2002 definitivamente consagrou que deveria ser atribuída a quem tivesse melhores condições de exercê-la, obedecendo ao melhor interesse das crianças ou dos adolescentes, consoante estabelecido na Lei nº. 8.069/90, e levando-se em consideração, dentre outros fatores, o afeto.

Assim, pode-se dizer que a Emenda Constitucional nº. 66/2010 teve reflexos principalmente no entendimento sobre o nome e os alimentos, eliminando as discussões que ainda ser faziam presentes na jurisprudência.

Na atualidade, portanto, tendo a atribuição de culpa pela separação perdido seu fundamento de validade, não pode mais ser utilizada para fins de deliberação sobre estas questões.

Sendo o nome um direito da personalidade, caberá ao cônjuge optar por mantê-lo ou não. Quanto aos alimentos, decorrem do dever de mútua assistência originado pelo casamento e, quando do divórcio, deverão ser fixados levando as necessidades do consorte que pede e as possibilidades do outro, a fim de manter a condição econômica anterior.

De lege ferenda, contudo, seria interessante a aprovação de lei ordinária dispondo sobre os alimentos derivados da relação conjugal, a fim de que, no caso de procedimento indigno de um consorte contra o outro, fosse perdido o direito a eles.

Tal situação não derivaria da antiga punição pelo fim do casamento, conforme vigorou até então em nossa legislação por herança do direito canônico, porquanto o fim do casamento, atualmente, é direito do casal e não mais precisa ser motivado. Visaria, apenas, assegurar o respeito nos relacionamentos conjugais, punindo-se aquele que proceder de maneira indigna contra seu par, que não poderá se valer de seu próprio procedimento torpe para pleitear alimentos contra o outro.

Importante, ainda, ditar os rumos da responsabilidade civil conjugal após a aprovação da Emenda em comento.

Isto porque estamos em uma fase em que o afeto foi definitivamente consagrado como preponderante nas relações familiares, inclusive no casamento, em que não há mais espaço para a discussão das motivações e da culpa pelo rompimento.

A antiga ideia de punição aos atos que atentassem contra o vínculo conjugal, visto como sagrado, deixou de ter espaço e, na atualidade, vigoram a liberdade e a autonomia do casal, livre de intervenções estatais.

Estas previsões antiquadas não mais possuem fundamento no atual ordenamento, mas é necessário refletir de que maneira o passado influencia na atualidade e no futuro do país, para que se evitem os erros cometidos e se mantenham os acertos da legislação.

Assim, no que se refere à responsabilidade civil advinda da relação conjugal, foi visto que o tema jamais foi pacificado no país, havendo parca jurisprudência sobre o assunto.

A história ajudou a notar que o fim do casamento já acarretava punições ao culpado e os atos lesivos praticados no curso da relação eram levados em consideração na medida em que pudessem significar o fim do casamento e, nestes casos, havia sanção a quem praticou o ato danoso.

Esta sanção, contudo, não tinha qualquer relação com a responsabilização civil, mas, na história do Brasil, parecia ter sido suficiente para recompor as lesões sofridas.

Chegou-se, muitas vezes, a confundir o instituto jurídico dos alimentos com o da responsabilidade civil, atribuindo caráter compensatório a eles, a partir da fixação de uma indenização pelos danos gerados no casamento e na ruptura dele.

Contudo, na legislação brasileira, jamais foi positivada uma regra específica sobre o assunto e notou-se na jurisprudência que poucas foram as decisões que acataram o pedido de reparação de danos. Ademais, quando o faziam, baseavam-se na regra geral.

Houve tentativa de parte da doutrina de adotar regramento semelhante ao que vigorava na França, punindo-se os danos imediatos, acarretados pelo descumprimento de algum dos deveres conjugais e os mediatos, oriundos da ruptura do casamento.

Assim, para estes juristas, a atribuição de culpa pelo fim do casamento por conta da infração aos deveres conjugais, por exemplo, poderia acarretar também uma indenização pelos danos advindos ao consorte.

Fato é que o tema jamais foi pacificado na doutrina e na jurisprudência, sendo poucos os casos concretos em que de fato foi aplicado o instituto da reparação de danos ao casamento.

Atualmente, ainda é possível invocar eventual ato danoso praticado por um consorte contra o outro, utilizando-se o instituto da responsabilidade civil aquiliana do prevista no Código Civil de 2002.

Necessário notar, contudo, que a antiga discussão sobre o aproveitamento da culpa atribuída pelo fim do casamento nesta seara perdeu sua razão de ser a partir da Emenda Constitucional nº. 66/2010, já que não mais se investigam causas e motivações pelo término do casamento.

Vê-se, então, que foi abandonada a histórica ideia de punição aos atos atentatórios ao casamento, vigorando a livre decisão do casal sobre seus rumos.

A consagração do afeto, todavia, não pode ser aceita cegamente, ou seja, sem levar em consideração os atos lesivos aos consortes que, eventualmente, possam ter ocorrido durante o casamento.

Portanto, paralelamente à consagração da afetividade no âmbito conjugal, seria necessária introdução de disposição legal específica sobre o assunto, tratando da responsabilidade civil ocorrida em seu âmbito.

Propõe-se, assim, seja consagrada a noção de afeto com responsabilidade, evitando-se que se incidam em erros semelhantes aos do passado, em que vigorou uma sociedade patriarcal discriminatória da mulher e em que eram pouco considerados os direitos de personalidade.

Não se quer, com isso, patrimonializar relações eminentemente afetivas mas, ao contrário, evitar que a consagração do afeto acabe consumando as discriminações históricas do passado.

Neste sentido, os atos lesivos aos direitos da personalidade devem ser punidos mesmo que ocorram no âmbito doméstico. Isto porque, embora as relações familiares sejam mais sutis e, pela convivência, gerem conflitos que lhe são inerentes, não podem servir de proteção a atos lesivos a direitos.

Neste aspecto, sublinha-se a condição da mulher que, historicamente, foi marginalizada e discriminada na sociedade.

Assim, se ocorrer algum ato ilícito durante o casamento, não deverá ser discutido para motivar eventual divórcio que, como já salientado, trata-se atualmente de direito potestativo. Contudo, não se pode incorrer no erro de evitar qualquer discussão que envolva infração a direitos no casamento, pois ele também pode ser palco de lesões.

Portanto, na atual fase do direito, em que consagrado o afeto nas relações familiares, propõe-se, para evitar que este novo paradigma acabe sendo indevidamente utilizado como escudo contra discussões sobre danos no âmbito do casamento, que seja positivada regra específica sobre a responsabilidade civil conjugal, mormente se os danos ocasionados configurarem violência de gênero, situação que poderia gerar os danos morais punitivos.

Depreende-se do histórico do país que o casamento sempre sofreu grande intervenção estatal, vigorando um direito que se mostrou punitivo aos atos que pudessem atentar contra ele.

Tal situação, contudo, apenas serviu para assegurar discriminações históricas, pois era principalmente a mulher que sofria nesta sociedade patriarcal, sendo obrigada a continuar uma convivência que não mais se sustentava na prática e impedida de reconstituir sua vida por meio da formação de outra família.

Os atos ilícitos praticados durante o casamento, de outra sorte, dificilmente eram punidos a partir da reparação ou compensação dos danos gerados, mas apenas eram considerados na medida em que iam contra o casamento.

Na época atual, portanto, necessária a positivação sobre a responsabilidade civil no âmbito conjugal, a fim de evitar que a consagração do afeto na família, tão salutar à sociedade, possa gerar efeitos perversos no futuro.

Sugere-se, ainda, a título de discriminação positiva, a positivação de regra consagrando os danos morais punitivos quando causados por violência de gênero no âmbito doméstico. Assim, o afeto elevado à categoria de princípio pela Emenda Constitucional nº. 66/2010 poderá culminar com a idealizada felicidade individual e familiar.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Theorie der grundrechte*. Tradução port. Virgílio Afonso da Silva. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 14. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ALVIM, Arruda *et. al.* *Aspectos controvertidos do novo Código Civil*. São Paulo: RT, 2003.

ASSIS, Arnaldo Camanho de. *EC nº. 66: a emenda constitucional do casamento*, 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/644>>. Acesso em: 12 fev. 2013.

_____. *Questões práticas sobre a repercussão da EC nº. 66/2010 nos processos em andamento*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/650>>. Acesso em: 12 fev. 2013.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Emenda constitucional do divórcio. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão (Org.). *O novo divórcio no Brasil: de acordo com a EC nº. 66/2010*. Salvador: Jus Podivm, 2011.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista USP*, São Paulo, nº. 53, p. 90-101, mar.-maio 2002.

BARBOSA, Águida Arruda; VIEIRA, Cláudia Stein (Coord.). *Direito civil: direito de família*. v. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BARROS, Sérgio Resende de. *A monetarização do afeto*. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/a-monetarizacao-do-afeto.cont>>. Acesso em: 14 set. 2013.

_____. *Direitos humanos e direito de família*. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/direitos-humanos-e-direito-de-familia.cont>>. Acesso em: 13 set. 2013.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. tradução port. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti [Teoria della norma giuridica]. Bauru: Edipiro, 2008.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Tradução port. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos [Teoria dell'ordinamento giuridico]. Brasília: UnB, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19. ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. *Constituição política do Império do Brasil*. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 13 fev. 2013.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 29 mar. 2013.

BRASIL. Decreto nº. 181, de 24 jan. 1890. Promulga a lei sobre o casamento civil. Disponível em: <<http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/b2394d7e1ab9a970032569b9004e148d/7fa2f5adbee94ed9032569fa0042e4f2?OpenDocument>>. Acesso em: 19 jan. 2013.

BRASIL. Lei nº. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 31 out. 2013.

BRASIL. Lei nº. 4.621, de 27 ago. 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/1950-1969/L4121.htm>. Acesso em: 15 jun. 2013.

BRASIL, Lei nº. 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm>. Acesso em: 11 maio 2013.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº. 470, de 12 nov. 2013. Dispõe sobre o Estatuto das Famílias e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=140057&tp=1>>. Acesso em: 3 set. 2013.

BRASIL. Projeto de Lei nº. 674, de 10 abr. 2007. Regulamenta o art. 226, § 3º da Constituição Federal, união estável, institui o divórcio de fato. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=347575>>. Acesso em: 25 abr. 2013.

BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição nº. 22, de 15 abr. 1999. Autoriza o divórcio após 1 (um) ano de separação de fato ou de direito e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14271>>. Acesso em: 16 jul. 2013.

BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição nº. 28, de 15 jun. 2009. Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. Brasília, DF, 2009. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=91651>. Acesso em: 8 mar. 2013.

BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição nº. 33, de 10 abr. 2007. Altera o § 6º do art. 226 da Constituição Federal, para supressão do instituto da separação judicial. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=347707>>. Acesso em: 3 fev. 2013.

BRASIL. Proposta de Emenda à Constituição nº. 413, de 15 jun. 2005. Altera o § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre o divórcio. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=290450>>. Acesso em: 27 fev. 2013.

CAHALI, Yussef Said. *Separações conjugais e divórcio*. 12. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CÂMARA, Arruda. *A batalha do divórcio*. 2. ed. São Paulo, 1960.

CANONES et decreta concilii tridentini ex editione romana a. Mdcxxxiv repetiti. Tradução Joanne Thoma Guilardi. Monteregali: Apud J Bianco Impres Episc ET Colleggi Exter Miss, 1869.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., Coimbra: Almedina, 2003.

CARNEIRO, Nelson. *Divórcio e anulação de casamento*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1951.

CARVALHO, Newton Teixeira. *O fim da separação no ordenamento jurídico brasileiro*. 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/631>>. Acesso em: 12 fev. 2013.

_____. *Responsabilidade civil no direito de família*. 4. ed., Curitiba: Juruá Editora, 2011.

CARVALHO NETO, Inácio Bernardino de. *A evolução do direito sucessório do cônjuge e do companheiro no direito brasileiro: da necessidade de alteração do Código Civil*. Tese de doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2005.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

CONSTITUIÇÕES anteriores. Legislação histórica. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-historica/constituicoes-antiores-1#content>>. Acesso em: 15 ago. 2013.

CORNU, Gérard. *Vocabulaire juridique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1990.

CORRÊA, Alexandre; SCIASCIA Gaetano. *Manual de direito romano*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

COSTA, Carlos Celso Orcesi da. *Tratado do casamento e do divórcio: constituição, invalidade, dissolução*. V. I. São Paulo: Saraiva, 1987.

COSTA, Luís Cesar Amad; MELLO, Leonel Itaussu A. *História do Brasil*. São Paulo: Scipione, 1999.

DEBATES no jornal. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 11 jun. 1977, p. 13. Disponível em: <<http://acervo.estadao.com.br/pagina/#!/19770611-31358-nac-0013-999-13-not/busca/>>

Motta+cardeal>. Acesso em: 28 nov. 2013.

DELMANTO Celso; DELMANTO Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto *et. al.* *Código Penal Comentado*. 7. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DIAS, Maria Berenice. *Divórcio Já!:* comentários à emenda constitucional nº. 66, de 13 de julho de 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *EC 66/2010 – e agora?*. 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/653>>. Acesso em: 12 fev. 2013.

_____. *O estatuto da ética*. 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/698>>. Acesso em: 12 fev. 2013.

_____. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. v. 5, 26. ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

DONNINI, Rogério José Ferraz. Dissolução do vínculo conjugal: divórcio e suas modalidades: a proposta de emenda à Constituição para extinção da separação. In: CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu *et. al.*(Org.). *Direito de família no novo milênio*. São Paulo: Atlas, 2010.

ESPÍNOLA, Eduardo. *Breves anotações ao código civil brasileiro (Lei nº. 3071, de 1º de janeiro de 1916): do direito de família*. Rio de Janeiro: Lithotypo fluminense, 1922.

_____. *Systema do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1938.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 1994.

FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FILHO, Waldyr Grisard. *Divórcio express: uma mudança de vanguarda*. 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/626>>. Acesso em: 12 fev. 2013.

FOUCAULT, Michael. *História da sexualidade: a vontade de saber*. V.1. Tradução port. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. [Histoire de la Sexualité: La Volonté de savoir]. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.

FRANCA, Padre Leonel. *O divórcio*. 6. ed. Livraria agir editora. 1946.

FRANÇA, Rubens Limongi. *A lei do divórcio: comentada e documentada*. São Paulo: Saraiva, 1978.

_____. *Manual de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Prefácio de Ruy Rosado de Aguiar. v. I. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

_____. *Projecto do código civil*. Rio de Janeiro, 1860.

_____. *Promptuario das leis civis*. Rio de Janeiro: Instituto Thipographico de Direito, 1876.

FREUD, Sigmund. *Um caso de histeria, três ensaios sobre sexualidade e outros trabalhos (1901-1905)*. v. VIII. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *A nova emenda do divórcio: primeiras reflexões*, 2010. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/635>>. Acesso em: 12 fev. 2013.

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

GARCIA, Marco Túlio Murano. *Las Vegas é aqui!*, 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/645>>. Acesso em: 12 fev. 2013.

GOMES, Orlando. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Responsabilidade civil*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOUVEIA, Débora Consoni. *A autoridade parental nas famílias reconstituídas*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2010.

GROENINGA, Giselle Câmara. Generalidades do direito de família. Evolução histórica da família e formas atuais de constituição. In: BARBOSA, Águida Arruda; VIEIRA, Cláudia Stein (Coord.). *Direito civil: direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Uma análise interdisciplinar da (in)operabilidade do conceito de culpa no direito de família*. Dissertação de mestrado. São Paulo: USP, 2007, p. 45-48.

GURGEL, J. do Amaral. *Desquite: teoria e prática*. São Paulo: Saraiva & Comp Editores, 1936.

HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. *Direito civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. A emenda do divórcio e os alimentos. Principais Impactos. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão (Org.). *O novo divórcio no Brasil: de acordo com a EC nº. 66/2010*. Salvador: Jus Podivm, 2011.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

JESUS, Damásio de. *Violência contra a mulher*. São Paulo: Saraiva, 2010.

KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução port. Samuel Rodrigues; Ferdinand Hammerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Tradução João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1984.

LAGRASTA NETO, Caetano. *Direito de família: novas tendências e julgamentos emblemáticos e o estatuto das famílias*. 2011. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/711>>. Acesso em: 12 fev. 2013.

_____. Infidelidade Virtual. In: LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito de família: novas tendências e julgamentos emblemáticos*. São Paulo: Atlas, 2011.

LOBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Divórcio: alteração constitucional e suas consequências*, 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/629>>. Acesso em: 12 fev. 2013.

_____. *Separação era instituto anacrônico*. 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/654>>. Acesso em: 12 fev. 2013.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. São Paulo: Atlas, 2012.

LOUREIRO, Lourenço Trigo de. *Instituições de direito civil brasileiro*. Tomo I. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1884.

_____. *Instituições de direito civil brasileiro*. Prefácio de Paulo Távora. Tomo I. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2004.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Novas modalidades de família na pós-modernidade*. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. *Direito das famílias: amor e bioética*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. O novo divórcio no Brasil. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão (Org.). *O novo divórcio no Brasil: de acordo com a EC nº. 66/2010*. Salvador: Jus Podivm, 2011.

_____. *Curso de direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAYOR, Andréa Soutto. *O amor é uma história: satisfação e complementaridade de papéis no relacionamento conjugal*. Tese de doutoramento. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2007.

MARCHI, Eduardo C. Silveira. Matrimônio moderno e matrimônio romano clássico-divórcio e “Soneto de Fidelidade”. In: CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu *et. al.* (Org.). *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo*. São Paulo: Atlas, 2010.

MELLO, Leonel Itaussu A.; COSTA, Luís César Amada. *História moderna e contemporânea*. São Paulo: Scipione, 1999.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1975.

_____. *Curso de direito civil: direito de família*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Curso de direito civil*. 42. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAIS, Ezequiel. *A facultatividade do procedimento extrajudicial para divórcio*, 2010, Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/651>>. Acesso em: 12 fev. 2013.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil: direito de família*. 5. ed. rev. atual., Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Do dano moral e a transmissão da AIDS entre cônjuges e entre companheiros. In: HIRONAKA, Gisela Maria Fernandes Novaes (Coord.). *Direito e responsabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

O SACROSANTO, e ecunemico concilio de trento em latim e portuguez: dedicado e consagrado aos exell., e Rev. Senhores Arcebispos, e Bispos da Igreja Lusitana. Rio de Janeiro: Livraria de Antônio Gonçalves Guimarães & C.^a, 1864.

ORDENAÇÕES Filipinas. Livro Quinto. Lisboa: Mosteiro de S. Vicente de Fóra, 1747. Disponível em: <http://objdigital.bn.br/acervo_digital/div_obrasraras/or1320108/or1320108.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2013.

PALLADINO, Alfonso; PALLADINO, Vincenzo. *Il divorzio*. Milano: Giuffrè editore, 1970.

PARODI, Ana Cecília. *Responsabilidade civil nos relacionamentos afetivos pós-modernos*. Campinas: Russell, 2007.

PELUSO, Cezar. *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 5. ed., Barueri: Manole, 2011.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil. Teoria geral de direito civil. v. I.* 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações. v. II.* 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Instituições de direito civil: direito de família.* 15. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família.* Prefácio de Sálvio de Figueiredo Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio responsável.* 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/630>>. Acesso em: 12 fev. 2013.

_____. *A emenda constitucional nº. 66/2010: semelhanças, diferenças e inutilidades entre separação e divórcio e o direito intertemporal.* Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/647>>. Acesso em: 12 fev. 2013.

_____. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família.* 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional.* São Paulo: Saraiva, 2010.

POUSADA, Estevan Lo Ré. *Preservação da tradição jurídica luso-brasileira:* Teixeira de Freitas e a introdução à Consolidação das Leis Civis. Dissertação de mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2006.

PROST Antonine; VICENT, Gérard (Org.). *História da vida privada: da Primeira Guerra a nossos dias. v. 5.* Tradução port. Denise Bottmann [Histoire de la vie privée: de la Première Guerre Mondiale à nous jours]. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

RIZZARDO, Arnaldo. *Parte geral do código civil.* 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. *Responsabilidade civil.* 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ROCHA, M. A. Coelho da. *Instituições de direito civil portuguez.* Tomo I. Coimbra: na imprensa da Universidade, 1852.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: direito de família. v. VI,* São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. Sílvio. *Direito civil: direito de família. V. VI.* 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. *Direito civil: direito de família.* São Paulo: Saraiva, 2004.

ROMANELLI, Maria Nilsa de Almeida Geraldo. *O que Deus uniu o homem pode separar: casais católicos frente ao processo de nulidade matrimonial.* Dissertação de Mestrado. Ribeirão Preto: Universidade de São Paulo, 2008.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. *Emenda do divórcio: cedo para comemorar*. 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/648>>. Acesso em: 12 fev. 2013.

SANTOS, Patrícia Ferreira dos. *Poder e palavra: discursos, contendas e direito de padroado em Mariana (1748-1764)*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2007.

SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Reparação civil na separação e no divórcio*. Tese de doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.

_____. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011.

STEINWASCHER NETO, Helmut. *A procriação e o interesse da res publica: uma análise das leis matrimoniais de Augusto*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012.

SILVA, Carolina Gual da. “*Até que a morte os separe*”: casamento reformado nos séculos XI-XII. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008.

SILVA, Oscar Joseph de Plácido e. *Vocabulário jurídico* (edição universitária). Rio de Janeiro: Forense, 1991.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SILVA, Maria Beatriz Nizza da. *Sistema de casamento no Brasil colonial*. São Paulo: T. A. Queiroz Editor, 1984.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *A emenda constitucional do divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Divórcio e separação após a EC nº. 66/2010*. São Paulo: Saraiva, 2012.

SIMÃO, José Fernando. A emenda constitucional 66/2010, a revolução do século em matéria de direito de família. A passagem de um sistema antivorcista para o divorcista pleno. In: LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito de família: novas tendências e julgamentos emblemáticos*. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. Tributo a Nelson Carneiro: luta pelo divórcio x batalha do divórcio. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão (Org.). *O novo divórcio no Brasil: de acordo com a EC nº. 66/2010*. Salvador: Jus Podivm, 2011.

SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *A emenda constitucional nº. 66/2010 e a nova regra do divórcio*. 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/688>>. Acesso em: 12 fev. 2013.

SOARES, Ronner Botelho. *Novas perspectivas para o direito de família brasileiro: um olhar voltado para o estatuto das famílias*. 2011. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/721>>. Acesso em: 12 fev. 2013.

TARTUCE, Flávio. Princípios constitucionais e direito de família. In: CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu *et. al.* (Org.). *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo*. São Paulo: Atlas, 2010.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil: direito de família*. 6. ed. rev. amp., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Breves notas às cartas de José de Anchieta. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo. v. 99, 2004.

TORRES, Demóstenes. Parecer nº. 863, de 2009. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/Materia/getPDF.asp?t=60852&tp=1>>. Acesso em: 5 nov. 2013.

TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemika; GALDINO, Flávio (Org.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro; São Paulo: Elsevier, 2011.

VIEGAS, Suzana. *A nova Emenda Constitucional do divórcio – é o fim da família?*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/656>>. Acesso em: 12 fev. 2013.

VELASCO, Ignácio M. Poveda. *Os esponsais no direito luso-brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

VELOSO, Zeno. Deveres dos cônjuges: responsabilidade civil. In: CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu *et. al.* (Org.). *Direito de família no novo milênio*. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. *O novo divórcio e o que restou do passado*. 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/661>>. Acesso em: 12 fev. 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

VILLELA, João Baptista. *O direito de família no senado: emendas ao projeto de código civil*. Belo Horizonte: editora UFMG. 1985.

_____. *Repensando o direito de família*. Disponível em: <http://www.jfgontijo.com.br/2008/artigos_pdf/Joao_Baptista_Villela/RepensandoDireito.pdf>. Acesso em: 27 out. 2013.

WALD, Arnold. *Direito civil: introdução e parte geral*. 12. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

WALD, Arnold; GIANCOLI, Brunno Pandori. *Direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2011.