

Proponente: Danilo Mendes Silva de Oliveira

Área: Família

Súmula: A Emenda Constitucional n. 66/2010, ao alterar o §6º do art. 226 da Constituição Federal, para dispor que o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, extinguiu o instituto da separação, ressalvada a subsistência da separação de corpos, sendo que em sua forma litigiosa o divórcio não comporta fundamentação na atribuição de culpa da outra parte, bastando para o deferimento do pedido a mera alegação de falência da sociedade conjugal.

Assunto

A presente proposta versa sobre pedidos judiciais de divórcio na modalidade litigiosa, cuidando-se da fundamentação jurídica invocada para o deferimento do pedido.

Embora o texto escrito da lei (Código Civil) ainda faça a exigência de que a parte, para ter seu pedido de separação deferido, fundamente sua pretensão na atribuição de culpa da outra parte, a doutrina e jurisprudência mais modernas já concluíram não só pela desnecessidade da discussão da culpa, mas também pela necessidade da total extirpação do fenômeno culpa em tais processos, visto que a discussão sobre qual cônjuge seria o culpado pelo insucesso do casamento, além de não ensejar nenhum benefício às partes, ao contrário traz evidentes prejuízos, seja para a boa condução do processo, seja para a boa solução da demanda, bem como para a preservação dos direitos fundamentais das partes à intimidade, liberdade e preservação da dignidade.

Ocorre que a partir da promulgação da Emenda Constitucional n. 66/2010 formou-se corrente amplamente majoritária, encampada pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, no sentido de que o instituto da separação não mais subsiste em nosso ordenamento jurídico, visto que a partir da EC 66/2010 o casamento somente poderá ser dissolvido pelo divórcio, que, por sua vez, não comportará discussão sobre a culpa pelo fim do casamento.

Desse modo, versa a proposta sobre o reconhecimento da extinção do instituto da separação e do caráter ultrapassado do instituto da culpa nas ações em que se postula divórcio na modalidade litigiosa.

Relação de pertinência com as atribuições da Defensoria Pública

A pertinência da proposta é evidente, visto que quantitativamente a maior parte das demandas da população que procura a Defensoria Pública versa sobre Direito de Família, sendo que os pedidos de separação e divórcio assumem especial destaque e relevo na atuação do Defensor Público na área do Direito de Família.

Nesse contexto, considerando que o pensamento institucional da Defensoria Pública há de estar umbilicalmente ligado a uma visão

crítica e evolutiva do Direito, evidencia-se a imprescindibilidade da instituição estar de acordo com o mais moderno entendimento da doutrina e jurisprudência no que concerne ao instituto da culpa nas ações que versam sobre divórcio na modalidade litigiosa.

Desse modo, evidenciados pela doutrina e jurisprudência de vanguarda os benefícios processuais, e, o que é mais importante, os benefícios para as partes que acarreta o abandono do instituto da culpa em referidas ações judiciais, tal entendimento há de ser levado em consideração pela Defensoria Pública, cujos membros devem dispor da melhor técnica jurídica para a obtenção dos melhores resultados possíveis aos seus assistidos.

Ademais, o Defensor Público, que possui como atribuição institucional promover “a mediação e conciliação extrajudicial entre as partes em conflito de interesses” (LC 988/2006, art. 6º, “a”), vendo-se obrigado a ingressar com ação na modalidade litigiosa (em razão da inviabilidade da resolução da demanda extrajudicialmente) não pode assumir postura incisivamente litigante. Frustrada a resolução extrajudicial do conflito, por fracasso ou inviabilidade da conciliação e mediação, a necessidade de ingresso de ação na modalidade litigiosa não afasta o dever do Defensor Público de sempre procurar, no melhor interesse da parte, a composição no curso do processo, com a conversão da modalidade litigiosa para a consensual.

Nesse sentido a propositura de ação de divórcio na forma litigiosa sem atribuição de culpa à parte contrária propicia uma via processual mais propensa a ensejar consenso entre as partes no decurso da lide, de modo que a atribuição do Defensor Público em promover mediação e conciliação na esfera extrajudicial passa a ser mantido também na esfera judicial, com inegáveis vantagens para os sujeitos do processo.

A proposta guarda, portanto, relação de pertinência com as atribuições institucionais da Defensoria Pública, que tem a *prevenção dos conflitos* como um dos seus fundamentos de atuação (art. 3º da LC 988/2006).

Fundamentação jurídica e fática

No Pré-Encontro dos Defensores Públicos atuantes na área do Direito de Família realizado em 2009, o Defensor Público subscritor da presente proposta formulou proposta de tese institucional com o seguinte enunciado:

“Em ações judiciais que versem sobre separação e divórcio na forma litigiosa, o pedido não será fundamentado na atribuição de culpa da outra parte, bastando para o deferimento do pedido a mera alegação de falência da sociedade conjugal.”

Referida proposta fora aprovada pela Plenária do Pré-Encontro realizado em 2009; no entanto, não foi encaminhada para o Encontro Estadual em razão de não ter figurado entre as cinco propostas mais votadas.

A proposta, então, seria novamente apresentada no Pré-Encontro de 2010. Todavia, recentemente houve significativa alteração do ordenamento jurídico em razão da promulgação da EC 66/2010, com formação de sólida corrente no sentido da extinção do instituto da separação judicial, entendimento este sustentado pelo IBDFAM.

Desse modo, apresenta-se a presente proposta de tese institucional, que na verdade constitui uma adaptação da tese apresentada no Pré-Encontro anterior à nova realidade jurídica após a promulgação da EC 66/2010.

Discorrer-se-á, assim, sobre o caráter ultrapassado e inconstitucional da perquirição da culpa em processos judiciais de separação, e após serão expostas razões pelas quais há de se entender por abolido o instituto da separação, sendo indevida a transportação da perquirição da culpa da separação para o divórcio.

O Código Civil brasileiro ao tratar da dissolução e da sociedade e do vínculo conjugal (arts. 1.571 a 1.582), dispõe em seu art. 1.572 o seguinte:

Art. 1.572. Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum.

O atual Código Civil, da mesma forma que o Código anterior, mantém a opção pela motivação causal da separação judicial, exigindo que o cônjuge que pretenda propor a ação impute ao outro ato culposo motivador do pedido judicial (em se tratando de ação litigiosa, visto que o pedido formulado por mútuo consentimento constitui mero procedimento de jurisdição voluntária).

A opção legislativa pelo *princípio da culpa*, pelo qual a lei enxerga duas figuras entre os sujeitos do processo, a do *cônjuge culpado* e a do *cônjuge inocente*, também transparece na redação do art. 1.578. [1]

Ocorre que acirradas críticas vinham sendo lançadas sobre a opção legislativa da necessidade de atribuição de culpa nas ações de separação judicial.

Dentre os acirrados críticos da lei, Rolf Madaleno, atacando a ultrapassada opção legislativa utiliza-se da expressão "legislador do vigente pergaminho civil"[2], anotando que

O legislador não quis recolher da fértil jurisprudência e doutrina brasileiras essa saudável tendência de fazer prevalecer na separação ou na dissolução da sociedade conjugal a supremacia do *princípio da ruptura objetiva* do matrimônio sobre o *princípio da culpa*. [3]

O entendimento pela superação da exigência da culpa vem crescendo perante o cenário jurídico brasileiro, e, conforme exposto por Rolf Madaleno,

Cada vez mais a jurisprudência brasileira tem andado na salutar direção contrária ao do direito escrito brasileiro, que teima em ocupar o Judiciário com longas demandas preñhes de intensa e inútil carga de litígio. Em recentes e ilustrativas decisões dos tribunais pátrios, vem sendo afastada a perquirição da culpa, fortemente combatida também pela doutrina.^[4]

De fato, em um processo judicial de divórcio na modalidade litigiosa, constatado que as partes já não mantêm relacionamento conjugal, tendo em vista a falência da sociedade conjugal, não havendo condições da vida em comum ser retomada, tal situação por si só justifica o pedido de separação, sem a necessidade da investigação dos motivos que ensejaram a ação ou de atribuição de culpa a uma das partes.

Conforme anota Maria Berenice Dias,^[5] a perquirição da causa da separação está perdendo prestígio. Nas palavras da Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul,

O fim do casamento vem sendo chancelado independentemente da indicação de um responsável pelo insucesso da relação, seja porque é difícil atribuir a apenas um dos cônjuges a responsabilidade pelo fim do vínculo afetivo, seja porque é indevida a intromissão do Estado na intimidade das pessoas.

E prossegue, logo em seguida afirmando que

A jurisprudência tem reconhecido como desnecessária a identificação de conduta culposa, bem como a comprovação da motivação apresentada para conceder a separação. A própria demanda já evidencia o fim do vínculo afetivo.

É de se ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça já vinha sinalizando pela adoção desse entendimento.^[6]

Portanto, evidenciada a falência do casamento, havendo insuportabilidade/insustentabilidade da vida em comum, é de se decretar o divórcio, sem maiores investigações acerca dos motivos que levaram a parte a ingressar com a ação.

Basta a constatação da falência da sociedade conjugal, não havendo necessidade de se tipificar a impossibilidade da comunhão de vida em alguma das hipóteses elencadas nos incisos art. 1.573 do Código Civil. Desse modo, invoca-se a aplicação do parágrafo único do art. 1.573, para que se reconheça simplesmente a "falência do casamento" como fato a ensejar a impossibilidade da vida em comum.

De fato, um estudo mais apurado e crítico do tema conclui que a opção legislativa pela exigência de atribuição de culpa nas ações de separação e divórcio judiciais mostra-se ultrapassada e atua contra os interesses das

partes, visto que o processo assim promovido carrega em si alta carga de litigiosidade e devassidão da intimidade das partes, fatores que atuam contra a resolução amigável do conflito.

Nesse sentido, pertinente a observação lançada em julgado do TJRS, no sentido de que “no que respeita à questão da culpa” mostra-se “irrelevante e um retrocesso sua imputação a um dos cônjuges. É uma questão que só acirra os ânimos das partes e prejudica inclusive a composição, que é o que se deveria buscar nos processos de âmbito familiar.”[7]

Para quem atua na área do Direito de Família é comum atender com freqüência a parte citada em processo de separação judicial que se mostra indignada com as acusações que lhe são feitas na petição inicial, muitas vezes inseridas na peça processual não por vontade da parte autora, mas por conta própria do advogado subscritor da petição que tem em sua mente a necessidade de atribuição de culpa à outra parte, conforme exigência do Código Civil.

Nesses casos, observa-se na prática que muitas pessoas citadas dessa forma, ao lerem o conteúdo da inicial, são estimuladas a levarem o conflito às últimas conseqüências, pois passam a querer provar a falsidade das acusações que lhe são imputadas na petição, o que acarreta instauração de discussão inútil, improdutivo e prejudicial ao bom andamento do processo. De fato, para o bom andamento do processo com rápida resolução do conflito importaria que a parte citada se preocupasse em analisar as cláusulas da separação, de forma objetiva, e não em querer mostrar ao juiz que é a outra parte a culpada.

Muitas vezes, a parte citada até tem em si a vontade de se separar e resolver a situação, mas, conforme o conteúdo da petição que lhe atribui conduta culposa deixa de lado a vontade de resolver o conflito e passa a querer “comprar briga” com a parte contrária, fato este que inviabiliza a pronta resolução do conflito. Assim, o processo, que deveria constituir procedimento tendente à resolução das pendências que envolvem toda separação, passa a ter seus autos transformados em uma “máquina de lavar roupa suja”.

Portanto, não resta dúvidas que a promoção de pedido de divórcio sem perquirição de culpa importa em ato de respeito à intimidade e à liberdade das partes, atendendo ao princípio da dignidade da pessoa humana, eleito como fundamento de nosso Estado Democrático de Direito pela nossa Constituição (art. 1º, inc. III).

Ademais, além da argumentação do caráter ultrapassado da perquirição de culpa nas ações de separação, há de se considerar, e se adotar, o entendimento adotado pelo IBDFAM da extinção do instituto da separação, não havendo de se transportar para o divórcio perquirição de culpa pelo fim da sociedade conjugal.

Nesse sentido, os seguintes juristas:

Caetano Lagrasta:[8]

O instituto da separação judicial, em qualquer de suas formas, não foi recepcionado pela nova ordem constitucional. Hoje existe o divórcio judicial consensual e litigioso, além do consensual administrativo. Doravante, observada a exclusão das exigências subjetivas (culpa) ou objetivas (lapso temporal), para sua decretação, com o fim da sociedade conjugal e do vínculo matrimonial.

Rodrigo da Cunha Pereira:[9]

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

Maria Berenice Dias:[10]

A partir de agora a única ação dissolutória do casamento é o divórcio que não mais exige a indicação da causa de pedir. Eventuais controvérsias referentes a causa, culpa ou prazos deixam de integrar o objeto da demanda.

Por fim, registra-se que as opiniões doutrinárias no sentido de que não se mostra devida a abolição da culpa pelo fim da sociedade conjugal, haja vista a necessidade de responsabilização pelo cônjuge cuja infração dos deveres do casamento venha a constituir ato ilícito, na verdade contém em si uma visão equivocada do sistema.

A prática de ato ilícito por parte do cônjuge que venha a lesar moral ou patrimonialmente o outro certamente enseja à pessoa lesada o direito de promover a ação necessária para a reparação pelo dano civil. No entanto, o cerne da solução da questão está no seguinte raciocínio: a prática de ato ilícito constitui causa de pedir para ação própria de reparação civil, fundada na responsabilidade civil; não pode constituir, todavia, causa de pedir para deferimento do divórcio. Este há de ser deferido pela simples constatação da falência da sociedade conjugal. Eventual necessidade de reparação civil certamente há de constituir fundamento para ação própria, fundada na responsabilidade civil, seara própria para a perquirição da culpa do agente do ato ilícito.

Portanto, considerando o entendimento supra invocado, formula-se a presente proposta de tese institucional, para que seja reconhecida a extinção do instituto da separação bem como a impossibilidade de discussão da culpa pelo fim da sociedade conjugal em processos de divórcio litigioso.

Sugestão de operacionalização

A operacionalização da presente proposta requer, antes de tudo, na adoção por parte dos Defensores Públicos de postura crítica do atual sistema fomentador da litigiosidade.

Considerando ser atribuição da Defensoria Pública a atuação na realização de conciliação e mediação entre as partes, o Defensor Público não pode adotar postura litigante adotando comportamento de querer sair vitorioso na demanda. Como é sabido, para questões afetas ao Direito de Família, a solução consensual dos conflitos, com conscientização das partes acerca de seus direitos e deveres, é sempre o melhor caminho. Citam-se, como exemplos, que: 1) melhor que obter a condenação de um genitor a pagar alimentos ao filho, é obter dele o oferecimento da pensão alimentícia; 2) melhor que condenar a mãe guardiã a conceder visitas ao pai da criança é obter da guardiã a consciência de que a convivência com o pai é direito também da criança e propicia a ela melhor formação.

Adotada pelo Defensor Público a postura de que a ele incumbe resolver os problemas dos assistidos da melhor maneira possível, e não o de promover ações judiciais na intenção de sair vitorioso, estará ele pronto para operacionalizar ações judiciais de divórcio sem imputação de culpa.

O início da adoção da proposta se dá desde os atendimentos realizados com os assistidos, que deverão ser esclarecidos que o objetivo da ação judicial é a resolução das pendências naturais do casal (como fixação de guarda, alimentos e direito de convivência em relação aos filhos menores, partilha de bens e dívidas, etc.), e não o de imputar à outra parte a prática de atos que importaram na violação dos deveres do casamento (como adultério, conduta desonrosa, etc.). A parte assistida deve ser conscientizada que a função Justiça é a resolução da questão envolvendo as condições separação, e não o reconhecimento de que a outra parte foi culpada pela separação, o que acarretaria indevida estigmatização desta.

Procedendo-se desta forma, segue-se para a condução do processo, com elaboração de petição inicial na qual se postula o divórcio, sem atribuição de culpa à outra parte.

Durante a condução do processo, mostra-se importante não ceder às provocações eventualmente lançadas pela parte contrária ou por seu advogado, que eventualmente queiram imputar culpa à parte atendida pelo Defensor Público. Há de se insistir na decretação do divórcio sem perquirição de causas ou culpa de qualquer das partes.

Nesse sentido, também se mostra viável que, ao atender a parte citada em ação de separação ou divórcio na qual lhe é imputada culpa, venha o Defensor Público a oferecer contestação produtiva, ou seja, que se concentre nas cláusulas do divórcio, impugnando o comportamento culposos que é atribuído à parte utilizando-se da tese da desnecessidade de atribuição de culpa para a decretação do divórcio, deixando aberto o caminho para futura conversão da ação litigiosa em consensual.

Ao se deparar com processo de separação judicial, o Defensor Público defenderá a tese institucional de extinção do instituto, requerendo a conversão para divórcio, e, na impossibilidade, requerendo a extinção do processo por impossibilidade jurídica do pedido. [11]

A operacionalização da proposta requer, em suma, que o Defensor Público adote o entendimento proposto, da extinção do instituto da separação e da inviabilidade de atribuição de culpa nas ações de divórcio, seja na atuação extrajudicial seja na atuação judicial.

[1] 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.

[2] *Curso de Direito de Família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2008, p. 206.

[3] *Curso de Direito de Família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2008, p. 204.

[4] *Curso de Direito de Família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2008, p. 205.

[5] *Manual de Direito das Famílias*. 4. ed. São Paulo: RT. 2007, p. 284.

[6] "Civil. Recurso especial. Ação de separação judicial. Pedido de separação fundado na culpa. Não demonstração. Insustentabilidade da vida em comum. Caracterização. Decretação da separação. Julgamento diverso do pedido. Inocorrência.

- Ainda que se requeira a separação judicial com imputação de culpa e essa não reste provada nos autos, o juiz pode decretá-la caso verifique, nas provas coligidas aos autos, a insuportabilidade da vida em comum, situação em que a decretação da separação não implica julgamento diverso do pedido." (REsp 466329 / RS - 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrigui, DJ 11.10.2004 p. 314).

No mesmo sentido:

"SEPARAÇÃO JUDICIAL. PEDIDO INTENTADO COM BASE NA CULPA EXCLUSIVA DO CÔNJUGE MULHER. DECISÃO QUE ACOLHE A PRETENSÃO EM FACE DA INSUORTABILIDADE DA VIDA EM COMUM, INDEPENDENTEMENTE DA VERIFICAÇÃO DA CULPA EM RELAÇÃO A AMBOS OS LITIGANTES. ADMISSIBILIDADE.

- A despeito de o pedido inicial atribuir culpa exclusiva à ré e de inexistir reconvenção, ainda que não comprovada tal culpabilidade, é possível ao Julgador levar em consideração outros fatos que tornem evidente a insustentabilidade da vida em comum e, diante disso, decretar a separação judicial do casal.

- Hipótese em que da decretação da separação judicial não surtem conseqüências jurídicas relevantes." (EMBARGOS DE DIVERGENCIA NO RECURSO ESPECIAL 466329 / RS - 2ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 01.02.2006 p. 427).

[7] TJRS - 7ª Câ. Cív. - Ap 70010807840 - Rel. Des. Walda Maria Melo Pierro - j. 15.06.2005. Julgado colhido in: CAHALI, Francisco José. *Família e sucessões no código civil de 2002 - II*. São Paulo: RT. 2005, p. 171.

[8] Divórcio - O fim da separação e da culpa? Disponível em: <>.

[9] 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/?artigos&artigo=647>>>.

[10] EC 66/10 - e agora? Disponível em <<<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=653>>>.

[11] Nesse sentido, Maria Berenice Dias: EC 66/10 - e agora?

Disponível em <<<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=653>>>.