

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

**CENTRO UNIVERSITÁRIO METODISTA DO IPA
CURSO DE DIREITO**

Diego Rafael de Oliveira Bobsin

O DIVÓRCIO APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 66

PORTO ALEGRE

2012

DIEGO RAFAEL DE OLIVEIRA BOBSIN

O DIVÓRCIO APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 66

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito no Centro Universitário Metodista IPA, na área de concentração do Direito de Família.

Orientador: Prof. Me. Jeferson Luiz Dellavalle Dutra

PORTO ALEGRE

2012

DIEGO RAFAEL DE OLIVEIRA BOBSIN

**O DIVORCIO APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 66
DE 13 DE JULHO DE 2010.**

O **presente Trabalho de Conclusão de Curso** submetido à banca examinadora integrada pelos professores abaixo firmados, foi julgado e aprovado para obtenção do grau de **Bacharel em Direito no Curso de Direito no Centro Universitário Metodista IPA.**

Porto Alegre, ____ de _____ de 2012.

Orientador: Prof. Me. Jeferson Luiz
Prof.

Prof. Dellavalle Dutra
Prof.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, exemplos de vida, pelo amor incondicional em todos os momentos e por me ensinarem a ser uma pessoa melhor, dia após dia.

Aos amigos que fiz durante o percurso, aos amigos de longa data e aos amigos de sempre pelo incentivo e pelos momentos alegres e descontraídos que sempre me proporcionaram.

Aos meus mestres, docentes da graduação do Curso de Direito do Centro Universitário Metodista do IPA, pelo conhecimento transmitido e pela dedicação com que conduzem suas aulas; e aos meus colegas/amigos de todos os dias, pelos vários momentos agradáveis de convívio, que jamais serão esquecidos.

Em especial ao Professor Jeferson Luiz Dellavalle Dutra, meu orientador, por ter aceitado o meu convite, pela confiança em mim depositada e pelo excelente exemplo de competência e profissionalismo.

À minha mãe e meu pai, os quais amo muito, pelo exemplo de vida e família e vida. A meus irmãos por tudo que me ajudaram até hoje.

À minha namorada Larissa pelo carinho, compreensão.

RESUMO

A Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010, que deu nova roupagem ao § 6º do art. 226, estabeleceu, um novo divórcio, direto, consagrando o sistema monofásico no rompimento do núcleo familiar. Essa afirmação, em verdade, nasce da premissa de que a separação conjugal, seja judicial ou administrativa, não foi recepcionada pelo novo texto constitucional. O frescor da mudança é o maior desafio aqui. Assim, com base na principiologia consagrada e numa argumentação que combina, em especial, os métodos de interpretação, busca-se concorrer para a melhor leitura do novo, frente aos anseios da coletividade.

Palavras-chaves:

ABSTRACT

La Enmienda Constitucional nº 66, de 13 de julio de 2010, que dio nuevo ropaje al § 6º del art. 226, un nuevo divorcio, directo, consagrando el sistema monofásico en el rompimiento del núcleo familiar. Esa afirmación, en realidad, nace de la premisa de que la separación conyugal, sea judicial o administrativa, no fue recibida por el nuevo texto constitucional. El frescor del cambio es el mayor desafío aquí. Así, con base en la principiología consagrada y en una argumentación que combina, en especial, los métodos de interpretación, se pretende contribuir a una mejor lectura de lo nuevo, frente a los anhelos de la colectividad.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 DA INDISSOLUBILIDADE DO CASAMENTO ATÉ A LEI DO DIVORCIO	10
1.2 CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A LEI 7.841/89	16
1.3 A LEI 11.441/07 E CÓDIGO CIVIL DE 2002.....	20
2 EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66, DE 13 DE JULHO DE 2010	24
2.1 AINDA EXISTE SEPARAÇÃO APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL 66/10 ...	25
2.2 AINDA PRECISA DE UM ANO PARA SEPARAÇÃO	26
3. A UNIFORMIZAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO TJ-RS, TENDO EM VISTA A EC 66\10	30
3.1 BREVE RELATO DO INCIDENTE	30
3.2 ENTENDIMENTO DOS DESEMBARGADORES	31
CONCLUSÃO	36
REFERENCIAS	37

INTRODUÇÃO

Com a nova redação do artigo 226, parágrafo 6º da Constituição Federal, trazida pela Emenda Constitucional 66/2010, surgiram algumas dúvidas em relação à existência da separação em nosso ordenamento jurídico, bem como a respeito da possibilidade ou não da discussão. Nesse breve estudo, abordam-se a evolução do divórcio, se ainda existe a separação em nosso ordenamento jurídico e ainda uma análise da uniformização jurisprudencial proferida pela 7ª e 8ª Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Esta claro que o legislador tentou excluir a separação judicial de vez do nosso ordenamento jurídico. Sem sombra de dúvidas, a intenção da Emenda foi permitir que os casais pudessem se divorciar a qualquer momento, sem precisar esperar o prazo ou outro requisito, como por exemplo, comprovar a culpa pelo fim do casamento.

Obrigar os casais que não se amam mais a aguardar dois anos para ingressar com o divórcio direto, ou mesmo um ano após a separação, não seria justo. De fato, obrigar os casais que já não se amam mais a aguardar dois anos para ingressar com o divórcio direto, ou mesmo um ano após a separação judicial para requerer o divórcio por conversão, é algo inconcebível e algo difícil de compreender.

Nesse sentido, foi realizada essa mudança na Constituição Federal. Hoje, portanto, os casais estão livres para romper o vínculo conjugal a qualquer momento, sem precisar esperar.

Não precisam mais ficar presos, desgastando-se, brigando, discutindo, tudo por um prazo que não tinha finalidade nenhuma.

Da mesma forma, estabelecer o pré-requisito sem o qual não é possível a dissolução do vínculo conjugal é um absurdo tão grande que nos dias de hoje, que até mesmo a jurisprudência e as melhores doutrinas já vinham relativizando as regras vigentes.

Assim, bastava que o amor não estivesse mais presente para que o vínculo pudesse ser dissolvido. Afinal, para que provar a insuportabilidade da vida em comum? Ora, se um dos cônjuges está pedindo a separação, não parecer óbvio que a vida a dois entre o casal se tornou insuportável? Não há sentido algum em levar a vida do casal ao Judiciário, apenas para poder se divorciar, levando assim anos para poder se desfazer da união e seguir a vida que escolheu.

Dessa forma, derogados estão os artigos 1.572, 1.573 e 1.574 do Código Civil, bem como todos aqueles que tratam da separação judicial e não puderem ser aproveitados ao divórcio.

Ressalto ainda, que vários autores entendem ainda estar presente a separação judicial em nosso sistema, pois os referidos artigos não foram revogados expressamente, para alguns destes autores, a separação judicial poderia ser opcional. Dessa forma, caso o casal quisesse apenas um tempo para pensar, poderia o mesmo utilizar o recurso da separação judicial, e, caso decidissem voltar, bastaria restabelecer a sociedade conjugal, nos termos do artigo 1.577 do Código Civil.

Com todo respeito às opiniões nesse sentido, não se vislumbra uma finalidade prática para a manutenção da separação judicial, ainda que de forma opcional. Basta o casal separar-se de fato, caso queira um tempo para pensar, antes de decidir pelo divórcio, porque o judiciário não pode ficar esperando o casal se decidir sobre se continua casado ou não, porque indecisões não podem tirar o tempo do nosso judiciário e dos juizes que estão cheios de processos para julgar.

No trabalho, analisamos o acórdão que uniformizou o entendimento do 4º grupo Cível no sentido da preservação do instituto da separação judicial no ordenamento jurídico, dispensando, no entanto os requisitos temporais, tanto para a modalidade consensual quanto para a litigiosa.

No primeiro Capítulo abordaremos a indissolubilidade do casamento até a lei do divórcio, mostrando toda a evolução do nosso ordenamento jurídico. O casamento que antes era eterno, hoje cede ao apelo social de readaptar-se diante dos novos formatos familiares.

No que tange ao segundo capítulo, abordaremos Emenda Constitucional nº 66/10 que modificou o §6º, art. 226, CF, ou seja, retirou da redação as expressões: “após prévia separação judicial por mais de um ano” e “comprovada separação de fato por mais de dois anos”, acarretando no seguinte: “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”, bem como se foram extintos os requisitos antes obrigatórios para decretar o divórcio.

Finalizando a nossa análise, abordaremos o acórdão que uniformizou a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, tendo em vista o surgimento da Emenda Constitucional número 66/2010, bem como, a análise do acórdão que uniformizou a jurisprudência e o entendimento dos desembargadores.

1 DA INDISSOLUBILIDADE DO CASAMENTO ATÉ A LEI DO DIVORCIO

Para a análise do tema em questão, destacamos que foram usados autores da época, como por exemplo: Levenhagem (1978); Sampaio(1978); Corre e Moura (1978), Gomes (1984); Cahali (1987), para entender melhor a idéia de indissolubilidade do casamento e também os autores que publicaram livros e entendimentos no decorrer da evolução do ordenamento jurídico, como por exemplo: O. J. Santos.

O artigo 144 da Constituição de 1934 trazia o chamado Princípio da Indissolubilidade do casamento, prevendo que: “A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado”. Esse princípio foi repetido nas Constituição de 1937, 1946 e 1987.

Para Levenhagen (1978), o casamento válido no Brasil só se dissolvia pela morte de um dos cônjuges, segundo dispunha o parágrafo único do artigo 315 do CC. Vigorava, portanto no direito brasileiro, a indissolubilidade do vínculo matrimonial, principio esse consagrada no artigo 175 da constituição federal. Nem

mesmo a chamada morte presumida, embora judicialmente declarada, tinha força para romper o vínculo do casamento¹.

Em sua codificação bastante influenciada pela Igreja católica, a opção utilizada para a ruptura do *consortium omnis vitae* era o simples desquite, ou separação quoad thorum e quoad habitationem (CC de 1916, arts. 315 a 324, revogados pela Lei n. 6.515, de 26.12.1977, art. 54, que o introduziu no Brasil, com fulcro na Emenda Constitucional n. 9, de 28.06.1977, e que modificou o texto da constituição até então vigente, art. 175, § 1º). Tendo como norte o princípio da indissolubilidade do matrimônio como essencial no plano constitucional (art. 114, da Carta de 1934), somente com a reforma operada em 1977 possibilitou-se a inserção do divórcio no sistema jurídico pátrio².

Reconhecido o casamento civil na Constituição de 1891, em seu art. 72, § 4º, sob o jugo da orientação da secularização (separação entre casamento religioso e casamento civil), permitiu-se a separação, sob o nome de desquite, como causa de terminação da sociedade conjugal, sem, com isso, ocasionar a ruptura do vínculo, visto que prosperava a diretriz da indissolubilidade do matrimônio³.

Em 1967 a Emenda Constitucional nº 9/1967 alterou o texto do § 1º do artigo da Constituição Federal de 1967 com a redação: "O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos", que por sua vez acabou abolindo o princípio da indissolubilidade do casamento".

Em 26 de dezembro de 1977, foi promulgada a Lei 6515, conhecida como Lei do Divórcio, que veio regulamentar a EC nº9/1977, regulamentando os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, bem como seus efeitos e respectivos processos⁴.

Sampaio (1978), afirma que a inclusão, no texto constitucional, da declaração de indissolubilidade do casamento teria que ser abolida, a fim de poder ensejar a edição de permissivo legal do divórcio. Ainda segundo o mesmo autor a

¹ LEVENHAGEN, Antonio Jose de Sousa. **Do Casamento ao Divórcio**. editora Atlas., 2ª Ed. 1978.

² BITTAR, Eduardo C. B. Rio de Janeiro, 2006, p. 163.

³ BITTAR, Eduardo C. B. Rio de Janeiro, 2006, p. 163.

⁴ Disponível em: www.meuadvogado.com.br/entenda/instituto-divorcio-pratico-rapido.html > acesso em: 11 de mai. 2012. Advogado Dione Garcia Durães de Franca.

Emenda 9, revogando dispositivo que tornava o casamento indissolúvel, abriu em oportunidade para que a lei ordinária estabelecesse os casos em que ele poderia ser basicamente dissolvido⁵.

A Lei do Divórcio, em consonância com o instituto do desquite, constante no Código Civil revogado, nesta parte, manteve a separação judicial como expediente voluntário para por fim à sociedade conjugal.

Assim dispõe o art. 3º da Lei 6.515/77, “a separação judicial põe termo aos deveres de coabitação, fidelidade recíproca e ao regime de bens, como se o casamento fosse dissolvido”.

O deputado divorcista Rubem Dourado, na justificção de seu Projeto de Lei 3.904/77, assinalou que:

“A Emenda Constitucional, nos limites em que foi concebida e aprovada, mantém o desquite. Não se pode negar que não foi sem sérias resistências que o divórcio vingou entre nós. Há, ainda, respeitável parcela da população a favor do desquite. Casais que, até por motivos religiosos, preferirão o desquite ao divórcio. E a lei os amparará” (apud CAHALI, 2002, p. 53).

No sistema da Emenda Constitucional 9/77 e da Lei de Divórcio, a separação judicial representava o prelúdio necessário do divórcio, em que se degenera pela vontade dos cônjuges (art. 25 da Lei 6.515/77). Era assim, porque se adotara como regra o “divórcio conversão”, reservando-se ao “divórcio direto” o caráter excepcional ou extraordinário apenas para aqueles que se encontrassem separados de fato havia mais de cinco anos, iniciada esta separação anteriormente a 28 de junho de 1977⁶.

A Emenda Constitucional n. 9/77 votada e sancionada em 28 de junho de 1977, ficou derogada a indissolubilidade do casamento no direito brasileiro. Em consequência a Lei 6515, de 26 de dezembro de 1977, entre outras medidas correlatas, declarou revogados o art. 315 e seu parágrafo único do Código Civil. Para Levenhagen a matéria tratada veio a constituir a art. 2º da citada lei, que, em seu parágrafo único dispõe:

Art. 2º

⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Divórcio e separação judicial comentários**. forense - rio de janeiro 1978

⁶ CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e Separação**. 10ª Ed. Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p 79.

§ único – o casamento valido somente se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divorcio.

Para Levenhagen (1978), persiste, então, no domínio do direito constitucional afirmativa de que, em regra, um matrimônio indissolúvel, apenas não é nas situações em leis permitidas. Partindo dessa premissa, duas conclusões podem ser consideradas:

- a) A regra constitucional estatuída é a da indissolubilidade;
- b) A dissolução e um permissivo excepcional

Assim o divorcio utilizado como remédio para os males incuráveis do casamento um bem para os seres humanos infelizes que se debatem no emaranhado do desajustamento conjugal: cônjuges e filhos. Será então um instrumento a serviço de boa causa. Mas, manejado por simples leviandade ou irresponsavelmente, corrompe a grandeza do casamento. É um mal, então⁷.

Nas palavras de Correa e Moura, a emenda constitucional n 9, de 28 de junho de 1977, modifica o art. 15 da Constituição Federal, para permitir a dissolução do casamento, antes indissolúvel pelo preceito constitucional

A própria emenda não estabelece o divorcio direto, representa um temperamento entre as duas correntes que adversavam em torno do tema⁸.

A ausência da emenda constitucional que simplesmente deixasse de falar em indissolubilidade ou dissolubilidade do casamento em preceito constitucional, demonstra que o legislador brasileiro continua temeroso e vacilante em torno do tema.

Conforme Cahali (1987), a lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977, prevê o divórcio como um das possibilidades dissolução da sociedade conjugal.

Conforme a lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977, artigo 2, a dissolução da sociedade conjugal termina⁹.

- I – Pela morte de um dos cônjuges;
- II – Pela nulidade ou anulação do casamento;
- III – Pela separação judicial
- IV – Pelo divorcio.

⁷ LEVENHAGEM, Antonio Jose de Souza. **Do casamento ao divorcio**. 2ª Ed. 1978 editora atlas s.a.

⁸ Correa e orlando de Assis. **Divorcio teoria e pratica**. Porto Alegre, síntese 1978, p. 280.

⁹ (CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e Separação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

Segundo Gomes (1984), houve duas grandes inovações da lei do divórcio. De acordo com Gomes, a lei n 6.515, de 26 de dezembro de 1977 introduziu no país duas inovações de grande significação no regime da dissolução da sociedade conjugal, dentre outras que alteraram profundamente o nosso Direito de Família¹⁰.

Consistiu a primeira na valorização da separação de fato como causa da separação judicial, ou do divórcio e a segunda, na introdução da separação judicial independentemente de culpa do cônjuge contra o qual é requerida.

Na primeira hipótese, a separação de fato com duração superior a cinco anos é, a todo tempo, uma das causas de dissolução da sociedade conjugal, não conduzindo diretamente ao divórcio, mas, sim, à separação judicial (desquite), nem sendo suficiente para determiná-la.

Na segunda hipótese, a separação de fato é causa mediata do divórcio por ter sido a causa da separação judicial. Sabido que após três anos toda separação judicial poderá ser convertida em divórcio sem que fosse preciso invocar qualquer causa para a conversão, é forçoso reconhecer, em última análise, que o divórcio do casal resulta verdadeiramente e em essência da ruptura, unilateral ou bilateral, da vida em comum, judicialmente certificada, pouco representando para o reconhecimento que a lei não permita que a sentença do divórcio faça referência a causa determinante da separação. Segundo Gomes (1984)¹¹.

A Emenda Constitucional n. 9, de 28 de junho de 1977, além de suprimir o princípio da indissolubilidade do vínculo constante no art. 175 da Carta de 1969, também estabeleceu os parâmetros da dissolução admissível; além disso, tratou de possibilitar uma forma excepcional de divórcio, marcada pela temporalidade, com propósitos imediatistas.

Ao se verificar que, com o passar de dez anos da instituição do divórcio no Brasil, não se revelou, ao contrário do que temiam alguns, fator novo para a maior desagregação da família, visto que a ele a sociedade se acomodara, a Constituição de 1988 veio ampliar a possibilidade da dissolução do vínculo matrimonial, embora estatuísse limites de sua admissibilidade.

Já a Lei 7.841, de 17 de outubro de 1989, limitou-se a adaptar a Lei do Divórcio ao teor da Constituição vigente, sendo considerada incompleta por não

¹⁰ Gomes Orlando. **O novo direito de Família**. Sergio Antonio fabris editor porto alegre 1984, p. 88.

¹¹ Gomes Orlando. **O novo direito de Família**. Sergio Antonio fabris editor porto alegre 1984, p. 88.

adequar efetivamente o novo sistema brasileiro de divórcio à sistemática legal, e por não ter buscado suprir as deficiências que caracterizavam a Lei 6.515/77.¹²

Cahali (2002, p. 993) explica que são duas as modalidades de divórcio:

a priori, há o “divórcio-conversão”, que constitui figura típica presente na sistemática originária da Lei do Divórcio e que se qualificava como procedimento ordinário, em que os cônjuges separados judicialmente há mais de um ano (antes três anos) poderão requerer a conversão da separação em divórcio (CAHALI, 2002, p. 993).

Nesta situação, a dissolução do casamento é deferida sob o argumento de que a instituição matrimonial está irreversivelmente desfeita ou totalmente falida ante o pressuposto de não se terem reconciliado neste período os cônjuges separados judicialmente, de modo que se abre a possibilidade de constituir o separado uma nova família legítima pelo casamento¹³.

Há, também, o “divórcio-remédio” ou “divórcio-falência”, em que, para ser concedido, não se consideram as causas determinantes da separação judicial, de modo que na sentença não constará a causa que a determinou, nos termos do art. 25 da Lei do Divórcio. Havia, também, a “ação direta de divórcio” ou “divórcio direto”, com características até então excepcionais, tendo por base a separação de fato havida a mais de cinco anos, mas de início anterior a 28 de junho de 1977¹⁴.

Conforme a Emenda Constitucional n. 9/77, esse tipo de divórcio deveria se enquadrar na categoria de divórcio-remédio, a prescindir da indagação da culpa de qualquer dos cônjuges pelo dilargado da separação de fato.

Entretanto, a Lei 6.515/77 inovou a esse tocante, ao permitir o divórcio direto com dispensa da perquirição da culpa (art. 40, § 1º, com remissão aos arts. 4º, e 5º, §§ 1º e 2º), e, portanto com característica de divórcio-remédio; mas permitindo também o divórcio direto fundado na culpa de qualquer dos cônjuges (remissão ao

¹²CAHALI, Yussef Said **Divórcio e Separação**. 10ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 992-993.

¹³CAHALI, Yussef Said **Divórcio e Separação**. 10ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 992-993

¹⁴ (CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e Separação**. 10ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 993.

caput do art. 5º), e, portanto como sanção. Nesta esteira, mesmo que temporariamente (casais separados antes de 28 de junho de 1977), os cônjuges que preenchessem os requisitos do art. 40, § 1º, poderiam desfrutar da faculdade de promover a separação judicial, para após três anos vê-la convertida em divórcio; ou de promover diretamente o divórcio¹⁵.

Segundo com o entendimento do Parizzato, a conversão da separação judicial em divórcio será feita mediante pedido de qualquer dos cônjuges (lei n 6.515, de 26/12/77, art. 36) ou de ambos, independentemente de qualquer motivo além do requisito temporal (RT 718/44), devendo o pedido ser apensado aos autos de separação judicial. Tal conversão será admitida após o decurso de um ano, contado da data da decisão ou da que concedeu a medida cautelar correspondente (Lei 6.515, de 26.12.77, art. 25, com redação que lhe fora dada pela lei 8.408, de 13.03.92), sendo motivo de contestação, a falta de tal recurso (lei 6.515, de 26.12.77, art. 36, I)¹⁶.

No sistema da Emenda Constitucional 9/77 e da Lei de Divórcio, a separação judicial representava o prelúdio necessário do divórcio, em que se degenera pela vontade dos cônjuges (art. 25 da Lei 6.515/77). Era assim, porque se adotara como regra o “divórcio conversão”, reservando-se ao “divórcio direto” o caráter excepcional ou extraordinário apenas para aqueles que se encontrassem separados de fato havia mais de cinco anos, iniciada esta separação anteriormente a 28 de junho de 1977¹⁷.

1.2 CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A LEI 7.841/89

O art. 226 da CF/88 dispõe:

Art. 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

¹⁵ (CAHALI, Yussef Said **Divórcio e Separação**. 10ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p 993.

¹⁶ João Roberto Parizzato, Ed. Parizzato, 2000.

¹⁷ CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e Separação**. 10ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 79

A Lei nº 7.841, de 17 de outubro de 1989 revoga o art. 358 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 - Código Civil e altera dispositivos da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977.

Art. 1º Fica revogado o art. 358 da **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 - Código Civil.**

Art. 2º O inciso I do parágrafo do art. 36 e o caput do art. 40 da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 36

Parágrafo único.

I - falta do decurso de 1 (um) ano da separação judicial;

Art. 40. No caso de separação de fato, e desde que completados 2 (dois) anos consecutivos, poderá ser promovida ação de divórcio, na qual deverá ser comprovado decurso do tempo da separação.

Art. 3º Ficam revogados o art. 38 e o § 1º do art. 40 da **Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977.**

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 5º Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 17 de outubro de 1989; 168º da Independência e 101º da República (JOSÉ SARNEY, J. Saulo Ramos).

Considerando o sistema brasileiro de divórcio após o advento da Constituição de 1988 e da Lei 7.841/89, tem-se uma profunda modificação, não limitada, como poderia parecer, à simples redução para um ano do prazo permissivo da conversão da separação judicial em divórcio (três anos na sistemática anterior); a redução do prazo para dois anos permissivo do divórcio direto, e iniciada a separação a qualquer tempo; ou à revogação do art. 38 da Lei 6.515/77, de modo a permitir mais de um divórcio.

É sabido que, pelo novo sistema divorcista implantando, o divórcio conversão deixou de desfrutar da condição prioritária de regra ou modo ordinário para a obtenção da dissolução do vínculo matrimonial; assim como o divórcio direto não mais pode ser qualificado como excepcional ou extraordinário, ainda que disciplinado na Lei 6.515/77 no capítulo "das disposições finais e transitórias".

Tanto o divórcio conversão quanto o divórcio direto, passaram a desfrutar da mesma dignidade e categoria jurídica, mesmo que diversos os pressupostos legais que o autorizam¹⁸.

Note-se, contudo, que a Lei 7.841/89, adaptando a Lei 6.515/77 à nova ordem constitucional, em seu art. 2º, deu nova redação ao art. 40 da Lei do Divórcio, para suprimir a necessidade da prova da causa da separação de fato; ao mesmo tempo em que, em seu art. 3º, revogou o § 1º do art. 40 da Lei do Divórcio, que se reportava aos arts. 4º e 5º, e seus parágrafos da referida Lei 6.515/77 (CAHALI, 2002, p. 57).

O divórcio direto, nessa esteira, além de passar a ser modo alternativo de dissolução do casamento, ainda que com pressuposto próprio (existência de uma separação de fato iniciada a qualquer tempo e que tenha completado dois anos consecutivos), sem qualquer perquirição da respectiva causa, qualifica-se decididamente como divórcio-remédio¹⁹.

Segundo Parizzato, 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 dois anos (CF, art. 226,§ 6), conhecido como divórcio direto independentemente da causa da separação²⁰.

A Lei do Divórcio, em consonância com o instituto do desquite, constante no Código Civil revogado, nesta parte, manteve a separação judicial como expediente voluntário para por fim à sociedade conjugal. Assim dispõe o art. 3º da Lei 6.515/77: “a separação judicial põe termo aos deveres de coabitação, fidelidade recíproca e ao regime de bens, como se o casamento fosse dissolvido”.

Segundo Cahali (2002, p. 79), o legislador buscou tornar mais explícitos, portanto, quais os efeitos derivados da separação judicial, haja vista vez que o art. 322 do Código Civil dispunha apenas que “a sentença do desquite autoriza a separação dos cônjuges, e põe termo ao regime matrimonial dos bens, como se o casamento fosse dissolvido”.

¹⁸ CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e Separação**. 10ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 79.

¹⁹ CAHALI, Yussef Said **Divórcio e Separação**. 10ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 57.

²⁰ PARIZZATO, Roberto Parizzato. Ed. 2000.

Note-se que a separação judicial não dissolve o vínculo matrimonial, mas lhe representa séria ameaça, podendo abrir caminho à sua dissolução²¹.

Com a Constituição de 1988 e a Lei 7.841/89, estabeleceu-se o sistema alternativo a escolha dos interessados: separação judicial dos cônjuges para sua conversão após um ano, ou divórcio direto após dois anos de separação de fato, iniciada a qualquer tempo²².

Acerca desta relevante novidade constituinte, o autor assevera: com estas inovações liberalizantes a que se propôs o novo legislador, e cujas repercussões revelam-se mais profundas do que à primeira vista poderiam parecer, o instituto da separação judicial (desquite) perdeu muito de seu significado, esvaindo-se mesmo na sua utilidade prática, diante do pressuposto natural da intuitiva opção pelo divórcio direto por aqueles que já se encontram separados de fato há mais de dois anos²³.

A lei 6.515. de 26 de dezembro, em seus art. 24 a 33, Poe termo ao casamento e aos efeitos civis do matrimônio religioso, porem, não modifica os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos, mesmo que venham a contrair novas núpcias²⁴.

Informa ainda o autor acima que a dissolução do casamento pelo divorcio se dá, após prévia separação judicial por mais de um ano, conforme a lei, ou com separação de fato comprovada por mais de dois anos, tratando-se no caso de divorcio direto, independente da causa da separação bastando para tanto o decurso do prazo legal²⁵.

²¹ CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e Separação**. 10ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

²² CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e Separação**. 10ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 79-80.

²³ CAHALI, Yussef Said **Divórcio e Separação**. 10ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 79-80

²⁴ O.J Santos. **Divorcio e Separação**. Agá Júris editora, 1998.

²⁵ O.J Santos. **Divorcio e Separação**. Agá Júris editora, 1998.

1.3 A LEI 11.441/07 E CÓDIGO CIVIL DE 2002

A Lei 11.441, de 05 de janeiro de 2007, instituiu-se no Direito brasileiro o procedimento cartorial para a separação e o divórcio. Eventuais alimentos entre os ex-cônjuges e restabelecimento ou não dos nomes de solteiros, respeitando-se os prazos legais previstos no Código Civil e não havendo filhos menores ou maiores incapazes.

É importante informar, que o Código Civil de 2002 não alterou a lei 11.441/07, apenas incluiu a mesma.

O divórcio extingue o vínculo matrimonial e possibilita a celebração de novo matrimônio. Define-o Maria Helene Diniz, como a dissolução de um casamento válido, ou seja, extinção do vínculo matrimonial, que se opera mediante sentença judicial, habilitando as pessoas a convolar novas núpcias²⁶.

Conforme leciona Bittar (2006, p. 169), o divórcio é normalmente alcançado por conversão de separação anterior, decretada há mais de um ano, contado da medida cautelar ou de separação judicial, podendo ser requerido por qualquer uma das partes (CC, art. 1580), cujo pedido pode ser apensado aos autos da separação²⁷.

Quando consensual, o processamento do divórcio indireto obedece à seguinte seqüência: apresentada a inicial de separação, constantes os dados necessários e as assinaturas dos interessados, que devem ser casados há mais de um ano e preordenar as condições respectivas, cabe ao juiz ouvi-los e, preenchidos os requisitos, homologar o pedido (CC, art. 1.574). A sentença deve ser averbada no registro civil e, havendo bens móveis, na circunscrição em que se encontram registrados (CPC, art. 1.124). Transcorrido o prazo ânuo, ambos ou um dos interessados (ou seus substitutos legais citados), podem pedir a conversão da separação em divórcio (CC, art. 1.580), sendo vedado constar na sentença referência à causa que a determinou (CC, art. 1.580, § 1º)²⁸.

²⁶ (Silvio Luis Ferreira. **Introdução ao direito de família**. São Paulo, RT, 2003.

²⁷ Eduardo C. Bittar. Rio de Janeiro, 2006, p. 163.

²⁸ Eduardo C. Bittar. Rio de Janeiro, 2006, p. 163.

Em relação ao processamento do divórcio indireto litigioso, após o oferecimento da inicial de separação, fundada em uma das condições descritas em lei, ouvem-se as partes em tentativa de conciliação e, não se mostrando possível, deve-se citar o réu para a sua resposta, prosseguindo-se o feito em consonância com o rito ordinário.

Deve-se tentar novamente a conciliação, na audiência de instrução, e se não efetivada, compete ao juiz sentenciar, decidindo a consonância com a prova colhida nos autos (CPC, art. 274 e seguintes). Após obtida a separação, aguarda-se o prazo para se requerer a conversão (CC. Art. 1.580)²⁹.

O divórcio é a dissolução de um casamento válido, ou seja, extinção do vínculo matrimonial (CC, art. 1.571, IV e § 1º), que se opera mediante sentença judicial, ou então de forma extrajudicial pela via administrativa através da Lei 11. 441 de 05 de janeiro de 2007, habilitando as pessoas a convolarem novas núpcias. Daí se infere ser imprescindível a lição de Maria Helena Diniz (2008, p. 330):

A) existência de casamento válido; b) pronunciamento da sentença do divórcio em vida dos consortes, pois só estes poderão requerê-lo, entendendo essa legitimação, apenas excepcionalmente, em caso de incapacidade mental de um deles, [...] em hipótese alguma poderá o juiz comunicar *ex officio* o divórcio; c) a intervenção judicial; d) o lapso temporal de um ano do trânsito em julgado da sentença que decretou a separação judicial ou a decisão concessiva de medida cautelar de separação de corpos, para a conversão daquela separação em divórcio; e) o requerimento por um ou ambos os ex-consortes para a conversão da separação judicial em divórcio, visto que a decretação do divórcio não se dá *ope legis* pelo simples decurso do lapso temporal previsto em lei; f) a verificação de um motivo legal, se precedido de separação judicial; e g) a separação de fato por mais de dois anos³⁰.

Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2010), o divórcio é a medida dissolutória do vínculo matrimonial válido, importando, por consequência, na extinção de deveres conjugais³¹. Sobre o tema conceitua Gama (2008):

Costuma-se conceituar o divórcio como o modo de dissolução de um casamento válido, pronunciado em vida dos cônjuges, por força de decisão judicial (ou escritura pública), em decorrência de um acordo de vontades,

²⁹ Eduardo C. Bittar. Rio de Janeiro, 2006, p. 163.

³⁰ DIAS, Maria Berenice. **Divórcio Já**: Comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

³¹ (GAGLIANO, Pablo Stolze. A Nova Emenda do Divórcio: Primeiras Reflexões. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre, v.12, n.16, p.5-19, jun./jul. 2010.

conversão de separação jurídica, ou alguma outra causa taxativamente prevista em lei (GAMA, 2008, p. 295).

Trata-se o divórcio de uma autorização jurídica proposta aos cônjuges, contudo, nenhuma cláusula colocada em pacto antenupcial, na qual os consortes assumam o compromisso de nunca se divorciarem terá efeito. No atual ordenamento jurídico brasileiro vigente, quando um ou ambos os cônjuges manifestam a simples vontade de não quererem mais continuar com a sociedade conjugal e nem manterem o vínculo matrimonial sem que exista causa específica, surgirá, então, à figura do divórcio o qual permitirá a constituição de novos vínculos matrimoniais.

No mesmo ordenamento temos o divórcio judicial consensual e litigioso subdivididos em direto ou indireto, bem como o consensual administrativo, sendo que neste, a sua aplicação será recusada ante aquilo que contrariar a Constituição Federal e a existência de interesses de menores ou incapazes.

Sobre divórcio judicial direto ou indireto, consensual ou litigioso, leciona também Maria Helena Diniz³².

O divórcio indireto pode apresentar-se como: 1) Divórcio consensual indireto, pois o direito brasileiro adotou o sistema que autoriza o pedido de conversão da prévia separação judicial consensual ou litigiosa em divórcio, feito por ambos ou por qualquer um dos cônjuges (CF, art. 226, § 6º; CC, art. 4.580 e § 1º; Lei n. 6.515, arts. 35, 36, I e II, e 47; Portaria n. 02/91 do Poder Judiciário de São Paulo; RT, 534:178, 553:238, 526:178), com o consenso do outro. Resulta, portanto, do livre consentimento do casal, que se encontra separado judicialmente, pretendendo divorciar-se. Percebe-se, então, que, nesta hipótese, a conversão em divórcio é admitida indiretamente, uma vez que entre separação judicial e o divórcio há a certeza jurídica de uma separação judicialmente reconhecida; 2) divórcio litigioso indireto é o obtido mediante uma sentença judicial proferida em, processo de jurisdição contenciosa, onde um dos consortes, judicialmente separado há um ano, havendo dissenso ou recusa do outro em consentir no divórcio, pede ao magistrado que converta a separação judicial (consensual ou litigiosa) em divórcio, pondo fim ao matrimônio e aos efeitos que produzia.

O divórcio direto distingue-se do indireto, porque resulta de um estado de fato, autorizando a conversão direta da separação de fato por mais de 02 anos, desde que comprovada, em divórcio, sem que haja partilha de bens e prévia separação judicial, em virtude de norma constitucional (CF, art. 226, § 6º, regulamentado pela

³² DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Vol.5, 23ª Ed. São Paulo: Saraiva: 2008.

Lei n. 6.515/77, art. 40 e parágrafos, alterado pela Lei n. 7.841/89, arts. 2º e 30; CC, art. 1.580, § 2º).

O divórcio direto não precedido de separação judicial – relativamente ao divórcio direto, foi reduzido o prazo da separação de fato de cinco para dois anos, pela constituição federal de 5 de outubro de 1988, art. 226, §6º. Em segundo lugar, a constituição deixou de estabelecer o divórcio direto como regra transitória, aplicável somente para os casos que a separação de fato tivesse início em certa data, antes de 28 de junho de 1977 com o decurso do prazo, caberá a ação de divórcio direto.

Em terceiro lugar, finalmente, deixou de interessar a causa da separação, cuja prova o autor, ou autora, obrigado estava anteriormente a produzir, conforme dispunha a lei do divórcio, em sua redação original³³.

O divórcio indireto, que era a regra do nosso direito, exige um prazo de separação judicial previa. Esse prazo é de mais um ano e será contado da data da decisão que decretou a separação judicial, a medida cautelar correspondente ou, ainda, da data em que, por decisão judicial proferida em qualquer processo, mesmo nos de jurisdição voluntária, for determinada ou presumida a separação dos cônjuges³⁴.

Segundo Cahali, a redução constitucional (art 226, § 6), do prazo de três para um ano que possibilita a conversão da separação judicial em divórcio é norma de aplicação imediata, atingindo, como direito superveniente, os processos então em curso. Mas a constituição (anterior e atual), simplesmente estatuiu como condição do divórcio a previa separação judicial por mais de um ano. (p. 961 do livro)³⁵.

Entende ainda Cahali que tendo a constituição de 1988 estabelecido que o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após previa separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei (art 266 §6), e o novo Código Civil, não repetindo o que se continha nos art. 8º e 44º da Lei do Divórcio, limita-se a dispor, no art. 1.580, que “decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de

³³ MONTEIRO, Washinton de Barros, **curso de direito civil**. v.2. Saraiva São Paulo, 2007.

³⁴ WALD, Arnoldo, editora Saraiva. 15ª Ed., 1932

³⁵ Cahali, Yussef Said. **Divórcio e Separação**. 11 Ed. São Paulo. Editora revista dos tribunais 2005.

separação de corpos, qualquer das partes poderá requerer sua conversão em divórcio”³⁶.

2 EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66, DE 13 DE JULHO DE 2010

No dia 14 de Julho de 2010 foi publicado e entrou em vigor a Emenda Constitucional nº 66, que deu nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que descrevia sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, no sentido de suprimir o requisito de prévia separação judicial por mais de 01 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 02 (dois) anos.

O parágrafo possuía a seguinte redação: "O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei ou comprovada separação de fato por mais de dois anos." Agora, ficou assim: "O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio."³⁷

Os deputados e senadores, em Sessão do Congresso Nacional, presidida por José Sarney (PMDB-AP) e Michel Temer (PMDB-SP), promulgaram a Emenda Constitucional nº 66, que começou a vigorar imediatamente.

Após uma fácil aprovação na Câmara (315 votos favoráveis), no Senado, no segundo turno de votações, foram 49 votos a favor, 04 votos contrários e 03 abstenções.

Como podemos notar a Emenda Constitucional nº 66, contém apenas um único artigo, que promoveu a alteração do § 6º do artigo 226, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de um ano ou a exigência de separação fática por mais de dois anos para a concessão do divórcio.

Pelo ordenamento jurídico atual, tornou-se perfeitamente possível que um casal contraia matrimônio em um dia e se divorcie no dia seguinte (ou nos minutos seguintes!).

Simultaneamente criticada e elogiada por diversos segmentos da sociedade, esta Emenda entrou em vigor suscitando uma série de debates jurídicos, principalmente com relação à subsistência ou não da separação judicial.

³⁶ Cahali, Yussef Said. **Divorcio e Separação**. 11ª Ed. São Paulo. Editora revista dos tribunais 2005.

³⁷ Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/.../emc66.htm > acesso em: 08 de mai. 2012.

Para Pablo Stolze Gagliano, não se prestigiaria o fim do matrimônio, mas a dignidade da pessoa humana, constitucionalmente protegida: "O que estamos a defender é que o ordenamento jurídico, numa perspectiva de promoção da dignidade da pessoa humana, garanta meios diretos, eficazes e não-burocráticos para que, diante da derrocada emocional do matrimônio, os seus partícipes possam se libertar do vínculo falido, partindo para outros projetos pessoais de felicidade e de vida³⁸.

Se para uns, a Emenda Constitucional foi tida como um avanço, de maneira positiva, sendo até mesmo chamada de "Emenda do amor", para outros, verificou-se uma banalização da família.

Segundo informações trazidas pelo Correio Braziliense, no senado, Marcelo Crivella (PRP-RJ) dispôs que o ano exigido na legislação para a concessão do divórcio seria o tempo necessário e indispensável para que o casal repensasse suas divergências, enquanto que, na Câmara, para o deputado Hugo Leal (PSC-RJ), facilitar o divórcio contrariaria o entendimento de que o matrimônio deveria ser preservado ao máximo³⁹.

2.1 AINDA EXISTE SEPARAÇÃO APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL 66/10

Após essa emenda constitucional, o art. 226 §6º, da CF, passou a ter uma redação mais simples: "§6º o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio", na realidade, por meio dessa simplificação duas modificações de impacto foram feitas:

o fim do instituto da separação judicial; b) a extinção" do prazo mínimo para a dissolução do vínculo matrimonial (eis que não há mais referência à separação de fato do casal há mais de dois anos⁴⁰.

A partir da promulgação da emenda, desaparecia do nosso sistema o instituto da separação judicial e toda a legislação, que o regulava, sucumbiria, por

³⁸ PRETEL, Mariana Pretel e. **Comentários acerca da Emenda Constitucional nº 66**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2583, 28 jul. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17062>>. Acesso em: 2 jun. 2012.

³⁹ PRETEL, Mariana Pretel e. **Comentários acerca da Emenda Constitucional nº 66**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2583, 28 jul. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17062>>. Acesso em: 2 jun. 2012.

⁴⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze. A Nova Emenda do Divórcio: Primeiras Reflexões. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre, v.12, n.16, p.5-19, jun./jul. 2010.).

conseqüência, sem eficácia, por conta de uma inequívoca não recepção ou inconstitucionalidade superveniente, e chega a afirmar que “ se, por equívoco ou desconhecimento, após o advento da nova emenda, um tabelião lavrar escritura de separação, essa não terá validade jurídica, por conta da supressão do instituto em nosso ordenamento, configurando nítida hipótese de nulidade absoluta do acordo por impossibilidade jurídica do objeto⁴¹.

Destaque-se, aliás, que parte da doutrina já prolatava, mesmo antes do advento da Emenda Constitucional em questão que seria, supostamente, injustificada a manutenção do instituto da separação no sistema jurídico⁴².

Em suma, afirma o autor que “permanece o regramento infraconstitucional da separação judicial, que por não haver incompatibilidade, que quer por se vislumbrar perfeitamente possível que um casal pretenda dissolver o vínculo matrimonial, sem colocar fim, definitivamente, ao casamento⁴³.

O cerne da questão parece estar na definição dos limites da própria Emenda Constitucional, quando alterou a redação do art. 226 §6º, da Constituição Federal, para fazer com que a separação deixasse de ser requisito geral para a concessão do divórcio e os limites na interpretação do texto constitucional são tema de destacada importância.⁴⁴

2.2 AINDA PRECISA DE UM ANO PARA SEPARAÇÃO

Em uma leitura perfunctória, a alteração no texto da Proposta pode não merecer maior atenção. Todavia, a supressão da expressão “na forma da lei” esta revestida de relevante significado jurídico. É que, mantida a redação originária, seria possível objetar o argumento da necessidade de edição de uma infraconstitucional, de uma lei, para que o novo sistema pudesse produzir efeitos.

Pensar de modo diverso importa em afrontar a natureza desta Emenda Constitucional e desafiar a intenção do próprio constituinte, bem expressa no

⁴¹ GAGLIANO, Pablo Stolze. **A Nova Emenda do Divórcio**: Primeiras Reflexões. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre, v.12, n.16, p.5-19, jun./jul. 2010.

⁴² ARAUJO JÚNIOR, Gediel Claudino de. **Direito de Família: teoria e prática**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

⁴³ MAX, Nemerico Rodrigues. **A Emenda Constitucional n. 66 e a Separação 2010**.

⁴⁴ ANTUNES, BELLINETTI. **Divorcio e Separação**. RT- 2009.

pronunciamento do Senador Demóstenes Torres, de Goiás: “a exigência de prazo e a imposição de condição para a realização do divórcio desatendem ao princípio da proporcionalidade, que recomenda não cause a lei ao jurisdicionado ônus impróprio ou desnecessário”.

É possível, então, extrair algumas conclusões lógicas e imperativas decorrentes da leitura do novo Texto Magno: i) a extinção da separação, judicial ou em cartório; ii) superação dos prazos estabelecidos para o divórcio (sendo possível o divórcio mesmo que o casamento tenha sido celebrado a pouquíssimo tempo); iii) impossibilidade de discussão da causa da dissolução nupcial(inclusive a culpa, que não mais pode ser debatida na ação do divórcio)⁴⁵.

Jamil Bannura, demonstrando que “[...] a alteração apenas retirou da norma constitucional as condicionantes, sem nada referir sobre a separação judicial”¹³⁹. Neste caso, segundo o autor citado, a nova redação dada ao §6º do art. 226 da CF/88 não excluiu outras formas de dissolução do vínculo matrimonial, pois não apresentou o divórcio como a única medida possível ou permitida para a dissolução em nosso sistema. Explica que não há como entender que a separação judicial e extrajudicial foi revogada, nem expressa e nem tacitamente, pela Emenda, todavia não é favorável à ideia de que o sistema jurídico deve oportunizar os dois sistemas para que a pessoa escolha segundo suas crenças religiosas⁴⁶.

Conforme explica Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, dificultar o divórcio, impondo entraves jurídicos, é causar um aviltamento aos envolvidos, em todas as esferas, tanto moral quanto fisicamente, indo contra a dignidade da pessoa humana.

Para eles: (...) é preciso, sem dúvida, enxergar a dissolução do casamento (...) com uma feição mais ética e humanizada, compreendendo o divórcio como um instrumento efetivo e eficaz de promoção da integridade e da dignidade da pessoa humana. Essa humanização implica, inclusive, em evitar a excessiva exposição da intimidade do casal, fazendo com que o divórcio esteja sintonizado em um novo tempo, no qual a dignidade do ser humano sobrepuje os formalismos legais⁴⁷.

Para Dias, a Emenda trouxe três avanços bastante significativos: acabou com o prazo imposto para a concessão do divórcio, terminou com a identificação do

⁴⁵ DIREITO das Famílias-Cristiano Chaves de Farias. Nelson Rosenvald. 3ª Ed. RJ 2011, p. 355.

⁴⁶BANNURA, Jamil A. H. **O novo divórcio**: a técnica contra o desejo. Multijuris: Primeiro Grau em Ação, Porto Alegre, v.5, n.9, p.16-20, dez. 2010. p. 19.

⁴⁷FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011. p. 349.

culpado e conseqüentemente com a indagação da causa do término da relação e, finalmente, pôs fim à separação judicial. Declara que “[...] desapareceu toda e qualquer restrição para a concessão do divórcio, que cabe ser concedido sem prévia separação e sem o implemento de prazos.”

Segundo a autora supracitada, a Emenda fez com que a interferência injustificada do Estado, que antes forçava que as pessoas continuassem casadas, fosse eliminada. Junto com o instituto da separação, todos os dispositivos constantes na legislação infraconstitucionais, referentes ao tema, também foram eliminados e, portanto, não mais integrariam nosso sistema jurídico. Além disso, alerta que a nova regra entrou imediatamente em vigor, não precisando de nenhum tipo de regulamentação para ser empregada, o que atinge também as ações de separação que estão em andamento, devendo o juiz transformá-las em ação de divórcio.

Para ela, “a expressão „na forma da lei” que constava no texto originário da Proposta de Emenda Constitucional foi eliminada, evidenciando não ser necessária qualquer regulamentação por meio de lei ordinária⁴⁸.

De comum acordo encontra-se Pedro Roberto Decomain, ao expor em seu artigo que “a exigência de que o divórcio fosse precedido de separação judicial ou separação de fato que já durasse mais de dois anos deixou de existir. Hoje o que se tem é apenas o divórcio⁴⁹.”

Após a Emenda Constitucional 66/10, “o divórcio está submetido a um requisito único, objetivo: estar casado, independentemente de qualquer prazo, de casamento ou de separação fática.”. Desta maneira, a discussão sobre a culpa pela dissolução da conjugalidade fica completamente afastada e essa facilitação permite uma tramitação mais célere, preservando a intimidade do casal, asseveram Rosenvald⁵⁰.

Para os autores, a nova redação constitucional coloca uma verdadeira pá de cal no sistema dualista de dissolução do casamento, estabelecendo o divórcio como

⁴⁸ DIAS, Maria Berenice. **O fim da separação**. Multijuris: Primeiro Grau em Ação, Porto Alegre, v.5, n.9, p.26-28, dez. 2010.

⁴⁹ DECOMAIN, Pedro Roberto. **O Divórcio**: após a Emenda Constitucional n.66, de 2010. Revista Dialética de Direito Processual: RDDP, São Paulo, v.90, p.108-129, set. 2010. p. 112.

⁵⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011).

o seu único mecanismo dissolutório. Como consequência disso, não mais é admitida a discussão sobre a culpa na dissolução do casamento, impedindo uma afronta à privacidade dos cônjuges.

Outrossim, não há mais exigência de prazos mínimos para o divórcio, sendo possível casar e dissolver o matrimônio que qualquer tempo, como expressão da liberdade de casar e de não permanecer casado. (...) o fim do projeto de comunhão plena de vida (constituído por laços de afeto) tem no desamor seu único fundamento⁵¹.

Rodrigues comenta que a Emenda não faz nenhuma referência à necessidade de decurso de prazo e tampouco do dever de separação prévia para se chegar ao divórcio. Para o doutrinador, o divórcio extingue tanto a sociedade conjugal quanto o vínculo matrimonial e, portanto, uma vez extinta a separação judicial do mundo jurídico, é necessário somente o pedido de divórcio de um ou de ambos os cônjuges, sem requisito algum de tempo ou de culpa, não dependendo, inclusive, da vontade do outro cônjuge⁵².

O divórcio pode ser requerido “no mesmo dia ou no dia seguinte ao casamento. Acabou o desarrazoado prazo de espera, pois nada justifica impor que as pessoas fiquem dentro de uma relação quando já rompido o vínculo afetivo⁵³”.

⁵¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

⁵² RODRIGUES, Décio Luiz José. **Divórcio**: Emenda Constitucional 66/2010. Primeiras Tentativas de Interpretação. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v.13, n.52, p.170-173, out./dez.2010

⁵³ DIAS, Maria Berenice. **Divórcio Já**: comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 77.

3. A UNIFORMIZAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO TJ-RS, TENDO EM VISTA A EC 66\10

O entendimento da jurisprudência do TJ-RS uniformizou no sentido da preservação do instituto da separação judicial no ordenamento jurídico, dispensados, no entanto, os requisitos temporais, tanto para a modalidade consensual quanto para a litigiosa.

Porém, sem entrar necessariamente no mérito da discussão sobre o término ou não do instituto da separação, uma coisa restou comprovada: o requisito do prazo anteriormente utilizado (um ano da separação judicial prévia ou dois anos da separação de fato) não mais necessita ser respeitado. Tal decisão sobreveio do julgamento do incidente de prevenção/composição de divergência (nº 70044573848) publicado no dia 13 de outubro de 2011, e passou a valer como um guia para as decisões proferidas pela 7ª e 8ª Câmaras Cíveis do Estado. Porém ainda não como uma pacificação da jurisprudência.

3.1 BREVE RELATO DO INCIDENTE

O acórdão que uniformizou a Jurisprudência do TJ-RS, tratou sobre o assunto de incidente de prevenção/composição de divergência (artigo 555, § 1º do CPC), suscitado no âmbito da 8ª Câmara Cível deste Tribunal, ao julgar apelação do Ministério Público (AC nº 70042566018), contra sentença que decretou o divórcio de

DERLI e SIRLEI, independente de comprovação de prazo de separação judicial ou de fato, com base na Emenda Constitucional nº 66/2010 (BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul).

Na ocasião, o colegiado entendeu que o tema apresenta manifesto dissídio entre as Câmaras integrantes do 4º Grupo Cível, motivo pelo qual deveria a apelação ser julgada pelo Grupo para fins do § 1º do artigo 555 do CPC.

Participaram do julgamento, além do signatário (Presidente), os eminentes Senhores Des. Jorge Luís Dall’Agnol, Des. Luiz Felipe Brasil Santos, Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Des. André Luiz Planella Villarinho, Des. Alzir Felipe Schmitz, Des. Ricardo Moreira Lins Pastl e Dr. Roberto Carvalho Fraga.

3.2 ENTENDIMENTO DOS DESEMBARGADORES

Desembargador Rui Porta Nova (Relator)

O tema trazido no apelo, como de conhecimento dos colegas, diz com a aplicação da Emenda Constitucional nº 66/2010 que retirou a exigência de prévia separação judicial e prazo de separação de fato para concessão do divórcio.

No caso específico dos autos, os interessados DELI e SIRLEI ajuizaram pedido de divórcio consensual, sem comprovar que estavam separados judicialmente há 01 ano ou separados de fato há 02 anos, nos termos do artigo 1.580, *caput*, e § 2º do Código Civil.

A sentença entendeu que a emenda constitucional tem aplicação imediata e decretou o divórcio.

Contra essa sentença apelou o Ministério Público. Defendeu que a Emenda Constitucional n.º 66 não retirou do ordenamento a necessidade de prévia separação e decurso do prazo, como requisitos para o divórcio. Pediu a cassação da sentença para que o ex-casal emendasse a inicial e comprovasse a ocorrência dos requisitos previstos na legislação infraconstitucional.

O relator entendeu que a Emenda Constitucional n.º 66 pôs fim à necessidade de prévia separação ou decurso de prazo, como requisitos para a

decretação do divórcio e que se entender ao contrario, a Emenda Constitucional perderia toda a validade e seria nula.

Contrariando o entendimento da câmara e do Relator, os eminentes Desembargadores Luiz Felipe Brasil Santos e Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves (respectivamente nas apelações 70042092916 e 70041298191), entenderam que ainda que a emenda não alterou o Código Civil, e que para isso precisaria de lei específica, valendo então os requisitos do Código Civil.

Contudo, informa o relator que a emenda tem aplicação imediata, acompanharam seus votos os Desembargadores Ricardo Moreira Lins Pastl e Alzir Felipe Schmitz.

O relator ainda se referiu ao fato dos tabelionatos no Rio Grande do Sul, inclusive por orientação da Corregedoria-Geral de Justiça, estarem realizando escrituras públicas de divórcio direto, sem perquirir a respeito de prévia separação ou prazo.

Ou seja, fora de juízo, todos que pedem, estão obtendo o divórcio, sem prévia necessidade de separação ou sem sequer comprovação de decurso de prazo.

O Relator entendeu que a sentença que concedeu o divórcio, independente de comprovação de prazo de separação judicial ou de fato, deve ser mantida, pois corretamente aplicou a Emenda Constitucional nº 66/2010, desprovendo assim o apelo do Ministério Público.

Desembargador Jorge Luís Dall´Agnol (Revisor)

O Desembargador e Revisor Jorge Luis, acompanhou o voto do Eminente Relator.

Entendeu Des. Jorge Luis que a regra contida no § 6º do art. 226 da CF é clara ao dizer que o casamento é dissolvido pelo divórcio - os requisitos temporais foram suprimidos da sua redação -. Não há qualquer ressalva, condição ou providência na referida norma, logo deve se reconhecer sua eficácia plena e imediata.

O revisor menciona ainda, que se as partes não possuem mais interesse em se manter casados e não querem refletir sobre a decisão tomada, não há porque impedir o pleito.

No que interessa, a partir da vigência da Emenda Constitucional n. 66/2010, o pedido de divórcio instrumentaliza-se tão-somente com a certidão de casamento. Como faz menção Pablo Stlze Gagliano ("A Nova Emenda do Divórcio: Primeiras Reflexões", *in* Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, n. 16, p. 16), "Vigora mais do que nunca, agora, o princípio da ruptura do afeto - o qual busca inspiração no Zerrüttungsprinzip do Direito alemão (princípio da desarticulação ou da ruína da relação de afeto) - como simples fundamento para o divórcio."

Desembargador Luis Felipe Brasil Santos

Poucos dias após a entrada em vigor da Emenda Constitucional 66, manifestei-me no sentido de que a concretização das alterações por ela anunciadas dependeria ainda de mudanças a serem feitas no Código Civil, e que, enquanto não implementadas estas, subsistiriam os requisitos temporais para o divórcio bem como o próprio instituto da separação.

Em sua conclusão, embora admita que a linha de pensamento que sustento representa uma visão "politicamente incorreta", em um tempo em que a versão midiática, até do direito, tende a preponderar – pensa que, por não haver qualquer incompatibilidade entre o novo texto do § 6º do art. 226 da Constituição Federal e os dispositivos correspondentes do Código Civil, estes últimos subsistem em sua inteireza, até que sejam objeto de modificação por lei específica.

Embora seja ainda essa minha convicção doutrinária em torno do tema, reconheço como necessário uniformizar o entendimento deste 4º Grupo Cível, e, por isso, uma vez definida neste caso a orientação a ser adotada, dando provimento para a apelação do Ministério Público, contrariando assim o entendimento do Desembargador e Revisor.

Desembargador Sergio Fernando de Vasconcellos Chaves

O Desembargador Sergio acompanhou o entendimento jurisprudencial dominante no Tribunal de Justiça e admitindo abrandar a questão relativa aos

prazos legais, mas faço questão de ressaltar, no plano teórico, o meu entendimento pessoal de que somente com a modificação da legislação infraconstitucional é que a exigência relativa aos prazos legais poderia ser afastada.

Menciona O Desembargador que a Emenda nº 66 não alterou a legislação infraconstitucional, apenas abriu espaço para o legislador promover as alterações que entender necessárias. Ou seja, a Emenda Constitucional nº 66 limitou-se a admitir a possibilidade de concessão de divórcio direto para dissolver o casamento, afastando a exigência, no plano constitucional, da prévia separação judicial e do requisito temporal de separação fática.

O Desembargador Sergio ainda destacou o entendimento do Colega DESEMBARGADOR LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS que focaliza essa questão de forma brilhante, rigorosamente técnica e com suporte na melhor hermenêutica,

Assim decidiu o Desembargador Sergio Fernando:

Diante da necessidade de ser uniformizada a jurisprudência, em nome da segurança jurídica e com ressalva do meu entendimento teórico acerca da matéria, estou acompanhando o eminente Relator e admitindo abrandar a questão relativa aos prazos legais. Ou seja, mantendo incólume a legislação infraconstitucional quanto ao mais, estou afastando os prazos legais (e a exigência da prévia separação judicial) para a concessão do divórcio direto. Negado provimento ao Recurso.

Desembargador André Luiz Planella Villarinho

Acompanhou o eminente Relator, na linha dos votos que proferiu na 7ª. CC., em relação a E.C. 66/2010, sem adentrar na questão, por não estar em discussão, seu posicionamento acerca da permanência em vigor do instituto da separação judicial, como faculdade das partes. Precedente de sua relatoria na Ap.Civ. nº 70041084419:

Desembargador Alzir Felipe Schmitz

Acompanhou o eminente relator. Registrando que não há mais considerações a fazer, em face da profundidade dos argumentos expendidos

especialmente pelo douto relator e pelo Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Negou, pois, provimento à pretensão recursal.

Desembargador Ricardo Moreira Lins Pastl

O Desembargador Ricardo Pastl, acompanhou o eminente Relator, estando convencido de que a composição da divergência deve, de imediato, ser manejada, para que a sociedade receba um tratamento uniforme por parte da Justiça de seu Estado, o que justifica seja o presente apelo submetido ao julgamento da Turma, nos termos do art. 169, XXXII, do RITJRS.

Concluiu a sua análise, convicto de que o advento da EC nº 66/2010, no mínimo, teve o escopo de extirpar do ordenamento jurídico pátrio os requisitos para a dissolução do casamento, eliminando, portanto, a necessidade de transcurso de prazo pré-estabelecido ou de providência judicial anterior para a decretação do divórcio (*separação fática do casal por mais de dois anos ou após ano da separação judicial*).

Desembargador Roberto Carvalho Fraga

Informou o Desembargador Roberto Fraga que a referida regra constitucional tem eficácia plena e imediata, uma vez que em seu texto não ficou estabelecida qualquer ressalva que pudesse remeter à regulamentação por legislação infraconstitucional. Acompanhou o voto do relator na totalidade.

DECISAO DO ACORDAO:

DES. RUI PORTANOVA - Presidente - Uniformização de Jurisprudência nº 70044573848, Comarca de Coronel Bicaco: "À UNANIMIDADE, RECONHECERAM O INTERESSE PÚBLICO, E, POR MAIORIA, NEGARAM PROVIMENTO AO APELO, VENCIDO O DESEMBARGADOR LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS "

CONCLUSÃO

A nova Emenda Constitucional nº 66/2010 consiste num importante marco na disciplina do divórcio no Brasil. Com a alteração da redação do art. 226, § 6º da Constituição Federal de 1988, veio também várias interpretações e algumas muitas críticas, no que diz respeito a nova forma do divórcio. Grande parte dos doutrinadores e juristas sustenta a posição de que não mais persiste no ordenamento jurídico pátrio o instituto da separação judicial, por ser essa a interpretação que mais assegura os efeitos da norma. Todavia, a minoria mais

conservadora não reconhece a eficácia imediata da reforma, vislumbrando na simplificação do divórcio a fragilização da família e banalização do casamento

Conclui-se que a Emenda Constitucional 66/2010 trouxe importante avanço em nosso sistema, mas a ausência de legislação infraconstitucional mais detalhada ainda deixa lacunas.

O trabalho demonstrou que ainda há muita discussão e debate acerca da real interpretação do texto do referido dispositivo constitucional, principalmente no que diz respeito ao término ou não do instituto da separação. Ainda na há um consenso entre os doutrinadores, magistrados, bacharéis ou advogados sobre como deve se dar a aplicação prática de tal mecanismo

Nesse sentido, faz-se importante ressaltar que foi possível identificar, no presente trabalho, muita divergência de opiniões durante os julgamentos dos recursos examinados, inclusive dentro de uma mesma câmara cível, com intervalos de tempo muito curtos e adoção de correntes contrárias.

Porém, sem entrar necessariamente no mérito da discussão sobre o término ou não do instituto da separação, uma coisa restou comprovada: o requisito do prazo anteriormente utilizado (um ano da separação judicial prévia ou dois anos da separação de fato) não mais necessita ser respeitado. Tal decisão sobreveio do julgamento do incidente de prevenção/composição de divergência (nº 70044573848) publicado no dia 13 de outubro de 2011, e passou a valer como um guia para as decisões proferidas pela 7ª e 8ª Câmaras Cíveis do Estado. Porém ainda não como uma pacificação da jurisprudência.

No desenvolvimento do tema proposto, foi encontrada dificuldade de matéria recente, juristas de opiniões diferentes, fazendo assim, uma mescla de opiniões e decisões diferentes do caso em questão.

REFERENCIAS

ARAUJO JÚNIOR, Gediel Claudino de. **Direito de Família: teoria e prática**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

ANTUNES, e BELLINETTI, **Divorcio e Separação**. R, 2009, Direito das Famílias- Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosendal. 3ª Ed. RJ, p. 355, 2011

BANNURA, Jamil A. H. **O novo divórcio: a técnica contra o desejo**. Multijuris: Primeiro Grau em Ação, Porto Alegre, v.5, n.9, p.16-20, dez. 2010. p. 19.

BITTAR, Eduardo C. Rio de Janeiro, 2006, p. 163.

CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e Separação**. 10º Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Divórcio Teoria e Prática Orlando de Assis Correa RT - 1978), p 79, 2002.

CORREA e orlando de Assis. **Divorcio teoria e pratica**. Porto Alegre. Síntese, 1978, p. 280.

CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e Separação**. 11ª Ed. são Paulo. Editora revista dos tribunais 2005.

DIAS, Maria Berenice. O fim da separação. *Multijuris*: Primeiro Grau em Ação, Porto Alegre, v.5, n.9, p.26-28, dez. 2010.

_____, Maria Berenice. **Divórcio Já**: comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 77.

_____, Maria Berenice. **Divórcio Já**: Comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **O Divórcio, após a Emenda Constitucional n.66**, de 2010. Revista Dialética de Direito Processual: RDDP, São Paulo, v.90, p.108-129, set. 2010. p. 112.

Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc66.htm
> acesso em: 02 de mai.2012.

_____ em: www.meuadvogado.com.br/entenda/instituto-divorcio-pratico-rapido.html > acesso em: 03 de mai. 2012. Advogado Dione Garcia Durães de Franca.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Vol.5, 23ª ed. São Paulo: Saraiva: 2008

FERREIRA Silvio Luis. **Introdução ao direito de família**. São Paulo. RT, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

_____, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011. p. 349.

GAGLIANO, Pablo Stolze. A Nova Emenda do Divórcio: Primeiras Reflexões. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, Porto Alegre, v.12, n.16, p.5-19, jun./jul. 2010.

GOMES, Orlando. **O novo direito de Família**. Sergio Antonio fabris editor porto alegre p.88, 1984.

GAGLIANO, Pablo Stolze. A Nova Emenda do Divórcio: Primeiras Reflexões. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre, v.12, n.16, p.5-19, jun./jul. 2010

LEVENHAGEN, Souza, Antonio Jose de. **Do casamento ao divorcio**. 2ª Ed. 1978 editora, atlas s.a

MAX, Nemerico Rodrigues. **A Emenda Constitucional n. 66 e a Separação**, 2010.

MONTEIRO, Washinton de Barros. **curso de direto civil**. v.2 saraiva são Paulo, 2007.

O.J Santos. **Divorcio e Separação**. 1998, Agá Júris editora

PARIZZATO, Roberto, João. Ed. Parizatto, 2000.

PRETEL, Mariana Pretel e. **Comentários acerca da Emenda Constitucional nº 66**. Jus Navigandi, Teresina, **ano 15, n. 2583, 28 jul. 2010**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17062>>. Acesso em: 2 jun. 2012.

RODRIGUES, Décio Luiz José. **Divórcio**. Emenda Constitucional 66/2010, Primeiras Tentativas de Interpretação. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v.13, n.52, p.170-173, out./dez.2010.

WALD. Arnaldo, editora saraiva. 15ª Ed. 1932.