

Tamires Martins Braga

**DIVÓRCIO NO BRASIL, COM ENFOQUE NA
EMENDA CONSTITUCIONAL N. 66/2010**

**UNITAU – Departamento de Ciências Jurídicas
2013**

Tamires Martins Braga

**DIVÓRCIO NO BRASIL, COM ENFOQUE NA
EMENDA CONSTITUCIONAL N. 66/2010**

Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação
em Direito, apresentado ao Departamento de
Ciências Jurídicas da Universidade de
Taubaté, como parte dos requisitos para
colação de grau.

Orientador: Prof. Aurélio Daniel Antonieto

**UNITAU – Departamento de Ciências Jurídicas
2013**

TAMIRES MARTINS BRAGA

**DIVÓRCIO NO BRASIL, COM ENFOQUE NA EMENDA
CONSTITUCIONAL N. 66/2010**

UNIVERSIDADE DE TAUBATÉ, TAUBATÉ, SP

Data: _____

Resultado: _____

BANCA EXAMINADORA

Prof.: _____

Assinatura: _____

Prof.: _____

Assinatura: _____

RESUMO

O presente estudo tem por escopo analisar se a alteração feita no texto do art. 226, §6º, da Constituição Federal provocou ou não o fim da separação judicial. Nesse sentido, apresentam-se as duas posições sustentadas pela doutrina. Aborda as teses doutrinárias existentes sobre o tema por meio de uma investigação do direito material, dos pontos de vista histórico, principiológico e sociológico, apontando os aspectos positivos e negativos das duas posições, bem como as consequências advindas da adoção de cada um delas. Serão demonstrados os motivos de ordem teórica e prática que impulsionam a defesa da tese da extinção do instituto jurídico da separação judicial. O objetivo aqui visado foi discutir e analisar o impacto que a Emenda Constitucional nº. 66 de 2010 causou no ordenamento jurídico brasileiro e quais foram suas consequências, como a extinção da separação judicial, o curso do processo de separação judicial já em trâmite e a possibilidade da ação de conversão de separação judicial em divórcio. Colocaremos os principais aspectos divergentes. A doutrina pró-separatista fundamenta-se em argumentos tais como: a separação não acabou, pois a redação dada pela PEC 28 ao §6º do art. 226 da Constituição Federal não revoga a lei infraconstitucional. A alteração constitucional extinguiu a necessidade de causa objetiva (lapso temporal) e subjetiva (culpa) de um dos cônjuges para a decretação do divórcio. A averiguação da culpabilidade como requisito para a decretação do divórcio era um resquício proveniente do instituto da separação, ora entendida como extinta, e que já fora minimizada pelo Código Civil de 2002, assim como pela doutrina e jurisprudência. Agora, tendo em vista que a Constituição Federal não mais impõe requisitos à sua promulgação, a não ser a intenção de rompimento da convivência por um dos parceiros, inexistente indagação sobre quem é inocente ou culpado.

Palavra-chave: Divórcio. Separação Judicial. Emenda Constitucional n. 66/2010. Requisitos. Modalidades.

ABSTRACT

The scope of this study is to analyze whether the changes made to the text of art. 226, § 6, of the Constitution provoked or not the order of judicial separation. In this sense, we present the two positions held by the doctrine. Addresses the existing doctrinal theses on the subject of an investigation by the substantive law of the points of historical, sociological and principiológico, pointing out the positive and negative aspects of the two positions, as well as the consequences resulting from the adoption of each of them. Will be demonstrated the reasons theoretical and practical driving the thesis defense of extinction legal institute of legal separation. The goal here was aimed to discuss and analyze the impact that the Constitutional Amendment. 66, 2010 caused the Brazilian legal system and what were its consequences such as the extinction of legal separation, the course of the process of legal separation already in progress and the possibility of conversion action legal separation in divorce. Put the main aspects divergent. The pro-separatist doctrine is based on arguments such as the separation is not over, because the wording of the PEC 28 § 6 of art. 226 of the Federal Constitution does not repeal the law infra. The constitutional amendment abolished the need for objective cause (time lapse) and subjective (guilt) of one spouse to the divorce decree. A finding of guilt as a requirement for the divorce decree was a holdover from the Institute of separation, now understood as extinct, and which had already been minimized by the Civil Code of 2002, as well as the doctrine and jurisprudence. Now, considering that the Federal Constitution imposes no more requirements to its enactment, unless the intention of breaking the living by one of the partners, is absent question about who is innocent or guilty.

Keywords: Divorce. Judicial Separation. Constitutional Amendment. 66/2010. Requirements. Modalities.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO | 7 |
| 2 DO CASAMENTO | 9 |
| 2.1 Histórico e evolução do casamento no Brasil | 9 |
| 2.2 Conceito e natureza jurídica..... | 12 |
| 2.3 Casamento e seus efeitos no código civil de 2002..... | 13 |
| 2.4 Causas exterminativas da sociedade conjugal | 15 |
| 2.5 Causas exterminativas da sociedade conjugal | 15 |
| 3 DA SEPARAÇÃO | 18 |
| 3.1 Suas modalidades e peculiaridades | 18 |
| 4 A INSTITUIÇÃO DO DIVÓRCIO NO BRASIL | 20 |
| 4.1 Fase de pré-codificação | 20 |
| 4.2 Da indissolubilidade do casamento até a lei do divórcio..... | 21 |
| 4.3 Da lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977..... | 22 |
| 5 O DIVÓRCIO ANTES DA EC 66/2010 DE 13 DE JULHO DE 2010 | 26 |
| 5.1 Modalidades e requisitos..... | 26 |
| 6 O DIVÓRCIO APÓS A EC 66/2010 DE 13 DE JULHO DE 2010 | 28 |
| 6.1 Breve histórico e objeto da emenda | 28 |
| 6.2 Requisitos | 31 |
| 6.3 Modalidades | 32 |
| 6.4 Efeitos do divórcio direto | 32 |
| 6.5 A vantagem trazida pela mudança constitucional..... | 33 |
| 6.6 Extinção do instituto da separação | 33 |
| 6.7 Processos de separação em trâmite..... | 37 |
| 6.8 O instituto da culpa | 38 |
| 6.9 Revogação da legislação infraconstitucional..... | 40 |
| 6.10 Banalização do instituto do casamento ou evolução no direito de família? | 40 |
| 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS | 41 |
| 8 REFERÊNCIAS | 43 |

INTRODUÇÃO

O divórcio sempre foi alvo de discussão na sociedade, muito se deve a ligação da igreja católica com o Estado, que nem sempre foi laico, os preceitos da igreja sempre davam conta de que o casamento, o matrimônio, tinha que ser pra sempre, ou seja, a indissolubilidade do vínculo conjugal é que deveria reinar.

A entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 66/2010 que deu nova redação ao § 6º do art. 266 da Constituição Federal, causou grande impacto em nosso ordenamento jurídico, assim como na sociedade. Sendo que, até os dias atuais a conversão da separação em divórcio têm causado inúmeras discussões, dado que alguns juristas têm uma dificuldade em abordar o referido tema, pois muitos ainda acreditam ser a separação judicial requisito prévio para a decretação ou homologação da dissolução da sociedade conjugal, ao invés do divórcio direto.

Assim, com as mudanças legislativas perante o tema família, que passou a ter reconhecimento a partir da Constituição de 1934, sendo que anteriormente o casamento era indissolúvel, sofrendo grande influencia pela Igreja Católica.

O patamar da indissolubilidade do casamento teve fortes alterações com a Emenda Constitucional n. 9, de 28 de junho de 1977, ao abordar o divórcio com causa de dissolução do casamento, cuja matéria recebeu regulamentação pela Lei 6.515/77, chamada como “Lei do Divórcio”.

Referida lei, deu força ao instituto do desquite, que passou a denominado como separação judicial. Desta feita, nasce em nosso ordenamento jurídico, o chamado sistema binário de dissolução da sociedade e vida conjugal, onde exigia a lei que os cônjuges se separassem, para posteriormente se divorciarem.

Com o passar dos anos a sociedade foi mudando e com essas mudanças fez-se necessário que o ordenamento jurídico também mudasse. Com o advento da Lei Maior de 1988, modificou, no entanto, esse panorama, reduzindo o prazo da separação judicial para um ano, no divórcio-conversão, criando assim, o divórcio direto, desde que comprovada à separação de fato por mais de dois anos e não mais de cinco anos. Deste modo, o divórcio se

tornou o único instituto que confere os efeitos jurídicos necessários para a dissolução do casamento.

Em 13 de julho de 2010 foi promulgada pelo Congresso Nacional a “PEC do Divórcio”, elaborada pelo IBDFAM- Instituto Brasileiro de Direito de Família, que logo após converteu-se na Emenda Constitucional n. 66/2010, deixando separação judicial de ser contemplada pela Carta Magna, inclusive na modalidade de requisito voluntário para conversão ao divórcio, sendo revogado o art. 1.580 do Código Civil, o qual trata da conversão da separação corporis em divórcio direto, depois de transcorrido um ano.

A pesquisa desenvolvida tem por intuito demonstrar os principais pontos da evolução da dissolução da sociedade conjugal. No primeiro capítulo será abordada a evolução histórica do instituto do casamento e sua regulamentação no Brasil.

No tocante ao segundo capítulo trataremos da separação judicial, assim como a chamada união estável, que se deu devido ao desenvolvimento da sociedade.

Na seqüência, observaremos como era tratado o tema da dissolução conjugal antes da Emenda Constitucional n. 66/2010, como o referido tema abordado em nosso trabalho monográfico foi aceito pela sociedade. Além de expor seus requisitos, modalidades até o chamado divórcio direto e as dúvidas que vieram a existir com este instituto.

Por fim, serão abordados os efeitos que o divórcio trouxe a sociedade, bem como as teses doutrinárias existentes sobre o tema por meio de uma investigação do direito material, e expor as principais correntes existentes em nosso ordenamento.

2 DO CASAMENTO

No presente capítulo, abordaremos a evolução do instituto casamento, desde o Brasil Império, passando a conceituar a sociedade conjugal, sua natureza jurídica, até os tempos atuais e o desenvolvimento crescente do casamento.

2.1 Histórico e Evolução do Casamento no Brasil

A evolução do casamento no Brasil teve grande impacto na história do país, dado que fora se desenvolvendo de acordo com as revoluções existentes em nosso sistema constitucional.

As mudanças se iniciam desde o Brasil Império, onde a influência da Igreja era tão forte sobre o Estado, utilizando-se como fonte os princípios do Direito Canônico, onde estabelecia a indissolubilidade do casamento, sendo admitido apenas a separação pessoal, chamado pelo Direito Canônico como divórcio *quod thorum et cohabitationem* (CAHALI, 2002, p. 142).

Em 1827 com o Decreto nº03/11/1827 tinha como previsão a obrigatoriedade da observância do Concílio de Trento e da Constituição do Arcebispado da Bahia como jurisdição eclesiástica em relação ao casamento. Ressalte-se que a Constituição fora instituída em 1707 (CARVALHO, 2010, p. 85).

Ainda no Brasil Império, surgiu a possibilidade três formas de casamento com o Decreto nº 3069/63, a saber: casamento católico; misto e não católico.

Apesar da rigidez imputada pela Igreja, em 1889 foi Proclamada a Republica, bem como a total ruptura do Estado com a Igreja, dada pelo Decreto nº119-A de 1890, tornando o Brasil um país laico (BOTTEGA, 2010).

Logo após, Ruy Barbosa, através do Decreto nº 181 de 24 de janeiro de 1890, dispôs que no Brasil somente o casamento civil teria validade (CAMPOS; MERLO, 2005).

Segundo ressalta Yussef Said Cahali (2000, p. 96), na oportunidade o Ministro Campos Sales havia apresentado a Deodoro proposta referente à adoção do divórcio no Brasil, mas diante da resistência a nova lei acabou por limitar-se à instituição do casamento civil.

No ano de 1893 surge através do deputado Érico Marinho, a primeira proposição divorcista, proposta esta que foi renovada em 1896 e 1899, porém sem sucesso. (BOTTEGA, 2013).

Em 1901, Clóvis Beviláqua apresentou seu anteprojeto de Código Civil, que fora duramente criticado e debatido, tendo sido alvo de várias alterações e mudanças, sendo aprovado em 1916, consolidando assim, na época, o direito ao “desquite” no Brasil, lembrando que o desquite não autorizava novo casamento, mas tão-somente autorizava a separação dos cônjuges e o encerramento do regime de bens (IBDFAM, 2013).

Na Constituição de 1934, havia um dispositivo no capítulo I “Da Família”, que tratava da indissolubilidade do vínculo matrimonial em seu art., 144 (BOTTEGA, 2013 ,*apud*: Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16/07/1934).

Art.144 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado.

Configurando a primeira vez que a extinção da sociedade conjugal fora incluída no texto da Carta Magna, remetendo-se para a lei ordinária a regulamentação dos casos de desquite, que posteriormente com o advento da Lei 6.515 de 1977, passaria a se chamar separação judicial (CHAVES; ROSENVALD, 2010, p.244).

Tal dispositivo apresentado pelo art. 144 se manteve pelas posteriores Constituições que se seguiriam, até que em 1975 foi apresentada a Emenda Constitucional nº 5, de 12 de março de 1975, que permitia a dissolução do vínculo conjugal após cinco anos de desquite ou sete anos de separação de fato. Essa emenda não foi aprovada em razão da não obtenção do quórum mínimo exigido, ou seja, 2/3 da maioria absoluta dos membros (BOTTEGA, 2013).

Mas o fato de o Presidente da República, através da Emenda Constitucional n.8 de abril de 1977, com base no Ato Institucional n. 5, ter suspenso a vigência do dispositivo constitucional que previa o *quórum* de 2/3 para a alteração da Constituição, autorizando que as modificações constitucionais derivassem do pronunciamento da maioria, foi uma vitória, por assim dizer, para os adeptos do divórcio, que, assim, conseguiram a aprovação da Emenda Constitucional n. 9, de 28 de junho de 1977, instituindo o divórcio no Brasil. Desta forma,

regulamentou a Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977, que passou a regular os casos de dissolução da sociedade conjugal e o aludido vínculo matrimonial. Destarte que esta lei revogou os arts. 315 a 328 do Código Civil de 1916 (DIAS, 2007).

Segundo preceitua Carlos Roberto Gonçalves (2012, p.293), o divórcio vincular, que dissolve o vínculo e permite novo casamento, teve grande repercussão, ao passo que deu nova redação ao § 1º do art. 175 da Constituição de 1969, suprimindo o princípio da indissolubilidade do vínculo matrimonial, e após a sua regulamentação pela Lei n. 6.515 de 1977. O referido § 1º passou a ter a seguinte redação:

§1º O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos.

Neste caso, não se cogitava a possibilidade de divórcio direto. A separação judicial, por mais de três anos, era requisito prévio para o pedido de divórcio.

Foi a Constituição Federal de 1988 que instituiu em nosso ordenamento o divórcio sem limitação numérica, em seu §6º do art. 266, o que trazia o seguinte teor:

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

Reduziu-se, assim, o prazo da separação judicial para um ano, no divórcio-conversão, criando-se uma modalidade permanente de divórcio direto, desde que comprovada a separação de fato por mais de dois anos. Por esta linha de raciocínio, a separação judicial se tornou uma fase intermediária para a dissolução definitiva do casamento (DIAS, 2007).

Sob esta ótica, o Código Civil de 2002 manteve-se de acordo com a Carta Magna de 1988, prevendo a questão da separação judicial ou separação de fato como requisito para o pedido de divórcio (DINIZ, 2006, p. 212).

Na seqüência, no ano de 2007, surge a Lei n. 11.441, possibilitando assim a realização de divórcio por escritura pública, ou seja, extrajudicial, ou ainda, divórcio cartorário, quando a extinção do vínculo matrimonial for consensual e preencher os requisitos da referida lei (BOTTEGA, 2013).

Após tal avanço na chamada dissolução conjugal e em sua concepção cada vez mais viável, surge a Proposta de Emenda Constitucional n. 28/2009, sugerida pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, com o intuito de alterar a redação do §6º do artigo 226 da atual Constituição Federal, para extinguir de vez o instituto da separação judicial, facilitando a dissolução do vínculo matrimonial. Conhecida como “PEC do Divórcio”, após ser aprovada, passou a ter eficácia imediata e direta (GONÇALVES, 2012, p.352).

Em síntese, a nova redação dada ao dispositivo do § 6º do art. 226 somente faz menção ao divórcio como dissolução do matrimônio, extinguindo por completo a separação judicial.

2.2 Conceito

É o casamento, uma das instituições sociais e jurídicas que mais se altera com o tempo e entre os povos. Apesar de tantas alterações, algo que permanece inalterada é a sua ligação aos conceitos de família, pois não se falar em casamento, sem antes definir família (DINIZ, 2006, p. 245).

Dado, que em seu sentido lato, família é uma entidade formada por todas aquelas pessoas ligadas por vínculo de sangue, ou seja, todas aquelas pessoas provindas de um tronco ancestral comum. No tocante ao que está previsto em nosso ordenamento jurídico, dá-se como família, um conjunto de pessoas compreendidas pelos pais e sua prole (DINIZ, 2006, p. 265).

Tendo tal definição como base, passamos a conceituar casamento. O casamento sempre remete à ideia de constituição de família e, assim inserido, está no âmago do Direito de Família. “O casamento é o centro do Direito de Família”, é o que proclama Sílvio de Salvo Venosa (2003, p. 40).

Inúmeras são as definições dadas ao casamento, assim como Van Wetter, traduz a união do homem e da mulher com o objetivo de constituição de família (cf. Curso de Direito Civil Brasileiro – Maria Helena Diniz). Reforça essa ideia a definição de Clóvis Belviláqua ao conceituar casamento:

O casamento é um contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolúvelmente, legitimando por ele suas relações sexuais; estabelecendo a

mais estreita comunhão de vida e de interesses e comprometendo-se a criar e educar a prole que de ambos nascer (1976, p.469).

Sendo esta definição uma das mais completas e de acordo com o Direito Civil atual. Todavia, na visão de Pontes de Miranda (DINIZ, 2006, p. 225, *apud*: BELVILAQUA, 1976, p.469), a indissolubilidade do vínculo, quando não são, portanto, indissolúveis os seus efeitos, e por se referir a apenas um deles. Referida definição, está relacionada a uma concepção contratualista, e que destaca ainda mais a importância dos deveres conjugais.

Dentro deste contexto, merece destaque a definição de Washington de Barros Monteiro: casamento é a união permanente entre o homem e a mulher, de acordo com a lei, a fim de se reproduzirem, de se ajudarem mutuamente e de criarem os seus filhos (GONÇALVES, 2012, p 387).

Diante de várias definições, a de se mencionar o conceito encontrado no art. 1.511 do atual Código Civil: “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”. Conceito este, semelhante ao art. 1.577 do Código Civil português de 1966, o qual define casamento como sendo, “ um contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida”(GONÇALVES, 2012, p. 388).

2.3 Natureza jurídica

O tema a ser abordado a seguir, gera grande polêmica ao classificar o casamento como sendo contratual ou institucional. O que nos leva a expor várias concepções relacionadas a este assunto.

Existem três concepções que definem a natureza jurídica do casamento. A primeira é a chamada concepção clássica ou contratualista, que traduz casamento como um contrato a ser celebrado entre os cônjuges observada a lei. A concepção institucionalista ou supraindividualista, alude ser o casamento uma instituição social, através da qual os objetivos podem ser alcançados, também observado a lei. E por fim, a concepção eclética ou mista, que considera o casamento um ato complexo, sendo a junção das concepções anteriores, afirmando que o casamento é um negócio jurídico em sua celebração e institucional em relação aos seus efeitos. É o que afirma Roberto Senise Lisboa:

Há controvérsias sobre natureza jurídica do casamento. [...] O casamento é ordinariamente explicativo como sendo um contrato, uma instituição ou um instituto jurídico de natureza híbrida. São teorias explicativas do casamento: a) teoria contratual ou clássica, defendida entre nós por Pontes de Miranda, Eduardo Espíndola e Silvio Rodrigues, segundo a qual o casamento é um contrato celerado entre os sujeitos de direito de sexo diferentes, para a comunhão de seus bens e a satisfação de seus interesses, conforme eles deliberarem, porém sempre em observância a lei. [...] b) a teoria institucional, segundo a qual o casamento é uma instituição natural humana, por meio da qual os objetivos intrínsecos à personalidades dos cônjuges de sexo diferentes podem ser atingidos observada a lei. [...] c) a teoria mista ou eclética, segundo a qual o casamento é um negócio jurídico no momento de sua celebração, porém uma instituição quanto aos seus efeitos. É o que sustenta Maria Helena Diniz. [...] Trata-se o casamento, destarte, de um negócio jurídico que versa tanto sobre aspectos patrimoniais como extrapatrimoniais, que reflete sobre os cônjuges e seus parentes, somente podendo ser desfeito por morte e nas demais causas previstas em vigor”(2010, p. 231).

Considerando que o casamento constitui uma das maiores transações humanas na sociedade civilizada, seguindo esta linha, salienta Silvio Rodrigues Venosa (2006, p. 86), que o casamento trata-se de instituição em que os cônjuges ingressam pela manifestação de sua vontade, feita de acordo com a lei.

Para Washington de Barros Monteiro, (2010.p.402) “o casamento como tendo sua natureza de ordem pública, pois a legislação que versa sobre o matrimônio está acima da vontade e das convenções particulares”.

Dessa forma, Caio Mário da Silva Pereira (2012, p. 156), entende como ato gerador de uma situação jurídica (casamento-fonte), é inegável a sua natureza contratual; mas, como exemplo de normas que governam os cônjuges durante a união conjugal (casamento- estado), predomina o caráter institucional.

Com essa explicação, entende-se que o casamento é iniciado pelo acordo livre de vontades dos cônjuges, sendo, portanto, essa uma condição para a sua realização, regido pelas normas cogentes ditadas pelo Estado, que dá a forma, as normas e os efeitos que trará o que lhe confere a natureza de instituição, e é disciplinado por regras estritas, tendo em vista que uma vez aperfeiçoado o casamento, os nubentes não podem afastar-se de normas que lhe são imputadas, tais como o dever de mútua assistência e o dever de fidelidade, nem tampouco lhes é dado o direito de dissolução do matrimônio por vias extrajudiciais. Ademais, não pode ser dissolvido, o casamento, por mútuo consentimento ou pelo distrato, como ocorre no contrato, somente de acordo com a lei (PEREIRA, 2012, p. 369).

Por esta ótica, faz-se entender que o casamento é um estado, cujas relações são formadas dentro dos limites da lei (PEREIRA, 2012, p. 356).

2.4 Casamentos e seus efeitos no código civil de 2002

Com o advento da edição da Lei n.10.406/2002 (Novo Código Civil) em 11 de janeiro de 2002, que passou a vigorar em 12 de novembro de 2003, tendo revogado o vetusto Código Civil de 1916, houve diversas mudanças com relação ao casamento. Há de se fazer menção aos principais pontos (DIAS, 2011, p. 144).

No tocante a gratuidade do casamento civil, no código anterior já havia a possibilidade de pessoas carentes financeiramente se casarem, dado que o atr. 6º do Decreto-lei n. 3.200/1941 já o previa, exigindo o atestado de pobreza, o oficial de registro tinha direito à metade dos emolumentos. No Novo Código Civil, em seu art. 1.512, parágrafo único, assegura às pessoas cuja pobreza fora declarada, o direito à isenção de emolumentos e despesas para o casamento, registro e primeira certidão (DIAS, 2010).

2.5 Causas extermínativas da sociedade conjugal

Com o advento da emenda constitucional, desapareceu a divisão classificatória de divórcio direto e indireto. E, até mesmo a consensual e litigiosa. Continuando ser efetivado, seja pela via judicial ou extrajudicial conforme prevê o art. 1.124-A do CPC.

Art. 1.124-A. A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento. (Incluído pela Lei nº 11.441, de 2007).

§ 1º A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para o registro civil e o registro de imóveis. (Incluído pela Lei nº 11.441, de 2007).

§ 2º O tabelião somente lavrará a escritura se os contratantes estiverem assistidos por advogado comum ou advogados de cada um deles, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial. (Incluído pela Lei nº 11.441, de 2007).

§ 3º A escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei. (Incluído pela Lei nº 11.441, de 2007).

Presume-se que o art. 1.580 do CC restou tacitamente revogado, sendo abolido também o divórcio indireto, assim como diversos dispositivos da Lei 6.515/1977 (lei do divórcio) que foram revogados (DINIZ, 2006, p. 245).

Lembramos ainda que concretizou-se o desaparecimento do divórcio direto, de fácil acesso e imediato não persistindo mais o requisito temporal de separação de fato para se pleitear o divórcio (GONÇALVES, 2012, p.355).

Porém, cumpre destacar que o próprio Código Civil de 2002 já havia mitigado em muito a culpa conjugal, e tanto a doutrina como a jurisprudência no Brasil vinham entendendo pela impossibilidade de se discutí-la em qualquer modalidade de divórcio (MADALENO, 2009, p. 420).

Mais, ainda resta à dúvida, se a culpa conjugal pode ser então “exportada” da separação-sanção para a ação de divórcio. Aliás, para os que tinham tentado a separação judicial quando entrou em vigor em 13/07/2010 a EC 66/2010 poderá o juiz oferecer a oportunidade de conversão do processo, do contrário, se as partes ainda insistirem no pedido, deverá a ação deverá ser extinta sem apreciação do mérito, por carência de ação, e, em homenagem a boa-fé processual, o juiz deve informar que essa será sua conclusão às partes requerentes (LEITE, 2011).

Seguindo esta linha e de acordo com a EC 66/2010, o casamento tem quatro formas terminativas de sua sociedade, sendo elas estabelecidas pelo art. 1571 do Código Civil, são elas *a separação judicial, o divórcio, a morte de um dos cônjuges e a nulidade ou anulação do casamento*. Contudo, o §1º do mesmo dispositivo menciona que a *ausência* também é forma de se estabelecer presunção de término do casamento (DINIZ, 2006, p.263).

Tem-se em vista que os parágrafos seguintes estabelecem que apenas a morte, tanto real como presumida (ausência) e o divórcio é que extinguem o casamento, sendo que a separação judicial põe termo à sociedade, mas nunca irá operar a dissolução, pois conforme leciona Maria Helena Diniz (2006, p. 268) “de tal forma o ex-cônjuge estará impedido de contrair novas núpcias neste período, fato este que não ocorrerá se o mesmo ensejar a nulidade de seu ex-matrimônio, divorciar-se ou for acolhido pela morte real ou presumida nos casos em que a lei a autorize”.

Conforme dispõe o art. 1571, inciso I e §1º, a morte que desobriga o cônjuge sobrevivente aos deveres conjugais é a morte real, pois ela tem fundamento no pensamento de que a morte extingue todas as obrigações pessoais, se estas não tiverem a possibilidade de serem sanadas pelo patrimônio do *de cujus* (DINIZ, 2009, p. 292).

Conforme dispõe o §1º, é necessário que seja aberta a sucessão provisória e que ao final do prazo de 10 anos passados a partir da sentença em que transitou em julgado o pedido, será então aberta à sucessão definitiva e ocorrerá assim a migração do status de morte presumida para o de morte real. (SILVA, 2011, p. 176).

Existe ainda no Código Civil de 2002 a possibilidade de se decretar a morte presumida sem a decretação de ausência, é o que dispõe o art. 7º que diz:

Art. 7º Pode ser declarada a morte presumida, sem decretação de ausência:

I – se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida;

II – se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra.

Parágrafo único. A declaração da morte presumida, nesses casos, somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento.

O divórcio direto é referência explícita da Constituição Federal, pois é em seu art. 226, § 6º quem o pré estabeleceu, sendo este, oriundo da separação de fato por mais de dois anos (VENOSA, 2006, p. 99).

O prazo de dois anos não deve necessariamente ser consecutivo, sendo possível que haja encontros esporádicos, mas que não tenham o condão de romper a ruptura causada pelo lapso temporal. Também seguem os efeitos do art. 1581, em que não é necessária a partilha dos bens para que seja estabelecida uma sentença de mérito, sendo os cônjuges ouvidos pessoalmente pelo juiz. Se não houver provas do lapso temporal o juiz designará audiência de instrução e julgamento para a coleta de prova testemunhal. A sentença que homologa o divórcio consensual ou recusa a homologação do acordo é definitiva, dela cabendo apelação voluntária (VENOSA, 2006, p. 102).

Não há necessidade da tentativa de conciliação, nem se aplica a regra do art. 447 do Código de Processo Civil, pois afastada a culpa, não se admite a reconvenção no divórcio direto. Deste modo, na concepção de Maria Helena (2006, p. 243) ainda que reconhecida a inadmissibilidade de reconvenção no divórcio direto, a jurisprudência não afasta “a necessidade, porém, de identificar-se a culpa pela separação no caso de pretensão à guarda de filhos e alimentos”.

3 DA SEPARAÇÃO

Neste, elencaremos os principais gêneros de separação conjugal, fazendo um breve histórico, para ilustrar como a separação teve uma grande repercussão na sociedade.

3.1 Modalidades e peculiaridades

Encontrada no art. 1.571, III, do Código Civil, a separação judicial, outrora denominada de desquite, é uma das formas de dissolução da sociedade conjugal existentes em nosso ordenamento (BOTTEGA, 2010).

Seguindo esta linha, existem duas modalidades de separação judicial, a saber: a) *separação consensual ou amigável*, pois se dá pelo mútuo consentimento, dado que ambos buscam a mesma solução, qual seja, a homologação judicial do acordo por eles celebrado. O procedimento deste, se perfaz pela simples petição assinada por ambos consortes, bem como seus advogados, onde comunicando a deliberação de pôr termo à sociedade conjugal, sem precisar expor o motivos (RT, 434:89), convencionando as cláusulas e condições em que o fazem. Referido procedimento está previsto nos art. 1.120 a 1.124 do Código Civil; b) *separação litigiosa ou não-consensual*, nesta a iniciativa se dá por um dos consortes, ou seja, a vontade é unilateral. Através de um processo contencioso, em qualquer momento do casamento, estando presentes as hipótese legais, que tornam insuportável a vida em comum. (DINIZ, 2006, p. 290).

Outro termo utilizado para a separação litigiosa chama-se *separação-sanção*. Segundo o art. 1.572 em seu § 1º, preceitua que “a separação judicial pode também ser pedida se um dos cônjuges provar ruptura da vida em comum há mais de um ano e a impossibilidade de sua reconstituição”. Esta modalidade é conhecida por *separação-falência*. (DINIZ, 2006, p. 321).

Ainda neste contendo, dispõe o §2º que “o cônjuge pode ainda pedir a separação judicial quando o outro estiver acometido de doença mental grave, manifestada após o casamento, que torne impossível a continuação da vida em comum, desde que, após uma duração de dois anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura impossível”. Nesta, trata-se de *separação-remédio*, conforme nomeia Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 355).

O aludido art. 322 do Código Civil de 1916 dispunha que “a sentença do desquite autoriza a separação dos cônjuges, e põe termo ao regime matrimonial dos bens, como se o casamento fosse dissolvido”. Com o advento da Lei n. 6.515/77, referiu substituir a denominação “desquite” por “separação judicial”, conforme já mencionado, pedida por um só

dos cônjuges ou por ambos, tal expressão foi mantida no Código Civil de 2002, tendo ainda aludida lei tornado mais explícito os efeitos derivados da separação, ao proclamar que “a separação judicial põe termo aos deveres de coabitação, fidelidade e ao regime de bens, como se casamento fosse dissolvido”, previsto no art. 3º da referida lei. (DIAS, 2011).

Aduz o art. 1.576, parágrafo único que a ação de separação é personalíssima, só podendo ser proposta pelos cônjuges. Contudo, em caso de incapacidade de um deles de interpor a ação, a lei permite que a mesma seja interposta por seu curador, ascendente ou irmão, se for o caso (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010, p. 271).

4 A INSTITUIÇÃO DO DIVÓRCIO NO BRASIL

O presente capítulo tem por escopo ilustrar o desenvolvimento do divórcio no Brasil, assim como expor as inúmeras discussões que a chamada dissolução da sociedade conjugal, trouxe para nosso ordenamento jurídico.

4.1. Fase de pré- codificação

Nos primeiros séculos, a Igreja foi titular quase absolutamente dos direitos sobre a instituição matrimonial: os princípios do Direito Canônico representavam a fonte do direito positivo (GAGLIANO, 2013).

Com a promulgação da independência, instaurada a monarquia, nosso direito permaneceu sob influência direta e incisiva do direito da Igreja, em matéria de casamento. Assim, o Decreto de 03.11.1827 estatuiu a obrigatoriedade das disposições do Concílio de Trento e da Constituição do Arcebispo da Bahia, reconhecida e firmada desse modo à jurisdição eclesiástica, nas questões matrimoniais. Ato em cuja elaboração não intervinha o poder civil, este recebia perfeito e acabado das mãos da Igreja e, tomando como fato consumado (LÔBO, 2009, p. 421).

No Brasil- Império, o passo mais avançado no sentido da desvinculação deu-se como o Decreto 1.144/ 61 (com o Regulamento 3.069/63) que regulou o casamento entre pessoas dissidentes, celebrado em harmonia com as prescrições da respectiva religião (DIAS, 2007).

Mas, a par da dissolução do casamento pela morte de qualquer dos cônjuges, nulidade ou anulação do matrimônio, admitia-se apenas a separação de corpos pessoal. Posteriormente, várias tentativas visaram à plena secularização do casamento (GONÇALVES, 2012, p. 322).

Isto aconteceu com o Decreto 181, de 24 de janeiro de 1890. Na oportunidade, o Min. Campos Sales levava a proposta relativa à adoção do divórcio no Brasil. Mas, ante a resistência, a nova lei limitou-se a implantação do casamento civil (IBDFAN, 2013).

Disciplinada a separação de corpos com divórcio na acepção canônica, as respectivas causas foram entendidas como: adultério sevícia ou injúria grave, abandono voluntário do domicílio conjugal por dois anos contínuos, e mútuo consentimento dos cônjuges, se fossem casados há mais de dois anos (VENOSA, 2006, p. 133).

Em 1900, Martinho Garcez ofereceu no Senado um projeto de divórcio vincular. Tendo a combatê-la Ruy Barbosa, a proporção foi repelida (DIAS, 2007).

4.2. Da indissolubilidade do casamento até a Lei do Divórcio

A indissolubilidade possuía índole constitucional, verdade facilmente verificável no cotejo das Constituições Brasileiras de 1934, 1937, 1946 e 1967 Referidas Constituições podem ser encontradas na íntegra no site da Presidência da República Federativa do Brasil (www.presidencia.gov.br).

O ingresso do divórcio na legislação brasileira somente foi possível por meio da Emenda Constitucional nº 9 (EC nº 9), de 28 de junho de 1977, produto do trabalho incansável e obstinado de Nelson Carneiro, que enfrentou a dura oposição da Igreja e da classe mais conservadora contrária a seu projeto (BOTTEGA, 2013, *apud*:DONIZETTI, 2010, p. 411).

Promulgada, a EC nº 9 alterou o parágrafo 1º do art. 175 do texto constitucional então vigente, admitindo que o casamento pudesse “ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos” (BOTTEGA, 2013, *apud*:DONIZETTI, 2010).

Na esteira da EC nº 9, veio a Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, alcunhada de Lei do Divórcio, que regulou os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, com base no permissivo constitucional (VENOSA, 2010).

A CF/88, em seu artigo 226, § 6º, avançou no tratamento legal, estabelecendo 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 separação de fato por mais de dois anos”. Para trazer coerência, a legislação ordinária foi alterada para se adequar aos novos ditames constitucionais. A Lei 11.441 de 04 de janeiro de 2007, embora não seja norma de direito substantivo, alterou dispositivos da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, possibilitando o divórcio consensual por via administrativa (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010, p. 453).

Finalmente, a EC nº 66 afastou do texto constitucional a referência aos prazos para o divórcio, e não mais se referiu a separação como requisito para o divórcio, reduzindo a dicção

do referido § 6º do art. 226 para a singela expressão “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”. Oportuno observar que a primeira proposta de emenda constitucional (PEC) continha o seguinte texto: “§ 6º. O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio consensual ou litigioso, na forma da lei” (LÔBO, 2010, p. 422).

No curso da tramitação, a expressão “na forma da lei” foi eliminada, o que nos pareceu salutar, pois fechou as portas para a dependência de legislação ordinária para regulamentação do dispositivo, providência não isenta de riscos, diga-se de passagem, porque remete para o futuro a efetividade da norma, além de eventualmente inviabilizá-la com limites não esperados.

A respeito, Paulo Lôbo (2010, p. 416) assevera que: por certo, o texto resultante ficou mais adequado ao espírito da proposta, particularmente no que concerne à remissão à lei infraconstitucional. A norma passará a ter eficácia imediata e direta e não contida, sem os riscos de limitações que poderiam advir de lei ordinária, inclusive com a reintrodução dos requisitos subjetivos (culpa) ou até mesmo de prévia separação judicial, o que configuraria verdadeira fraude à Constituição.

4.3 Da lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977.

Em breve análise histórica, a chamada dissolução do casamento era antes tratado em parte pela Lei do Divórcio (Lei. 6.515/77) que revogou os arts. 315 a 324 do Código Civil de 1916. Em 2003, tal assunto foi consolidado pelo atual Código Civil, mas deixando dúvidas com a respeito da revogação total ou parcial da referida lei (DINIZ, 2006, p. 233).

A Lei do Divórcio regulamentou a Emenda Constitucional n. 9/77, que introduziu o divórcio no Brasil, rompendo a resistência que existia pela Igreja Católica com relação ao término da vida conjugal. A lei proporcionou aos cônjuges de modo igualitário, oportunidade de finalizarem o casamento, e da constituição livre de uma nova família, assim como outras alterações na legislação civil, no caminho da igualdade conjugal, transformando em faculdade a obrigação de a mulher acrescentar aos seus o sobrenome do marido. Manteve, contudo, o modelo do Estatuto da Mulher Casada de proeminência do marido na chefia da família. (LÔBO, 2011, p. 399).

Afirmava-se, antes da Emenda do Divórcio, que a Lei 6.515 estaria derogada, ou seja, revogada parcialmente. A questão era esclarecida pelo art. 2.043 do Código Civil em vigor, cuja redação segue:

Art. 204. Até que por outra forma se disciplinem, continuam em vigor as disposições de natureza processual, administrativa ou penal, constantes de leis cujos preceitos de natureza civil hajam sido incorporados a este Código.

Trata-se de mais uma disposição final transitória do Código Civil, norma de direito intertemporal que visa justamente a dirimir conflitos a respeito da aplicação das leis no tempo. Com a aprovação da Emenda, tal conclusão não foi atingida, continuando em vigor os preceitos processuais, administrativos e penais daquelas leis que tiveram materiais incorporados pelo atual Código Civil. Ora, o Código Civil de 2002 incorporou regras materiais da Lei do Divórcio, continuando a vigorar as suas regras processuais, mas somente em relação ao divórcio (SOARES, 2011).

Tal esclarecimento deve ficar bem claro, com os devidos aprofundamentos, que não há mais qualquer modalidade de separação de direito ou jurídico admitida no Direito de Família Brasileiro, tendo sido retirados do sistema os seguintes institutos de dissolução da sociedade conjugal (TARTUCE; SIMÃO, 2012, p. 322):

- a) *Separação jurídica extrajudicial consensual*, introduzida pela Lei 11.441/2007, revogando-se tacitamente o art. 1.124-A do CPC nas menções à separação.
- b) *Separação jurídica judicial consensual*, revogando-se o art. 1.574 do CC/2002, incluindo o seu paragrafo único. Os arts. 1.120 a 1.124 do CPC, que tratam de ação de separação consensual, também devem ser tidos como não vigentes, pois não recepcionados pela nova redação do Texto Maior.
- c) *Separação jurídica judicial litigiosa*, não existindo qualquer uma das suas modalidades anteriores, a saber: a *separação-sanção*, com análise de culpa, grave violação em comum (art. 1.572, caput, do CC); a *separação-falência*, diante da ruptura da vida em comum por mais de um ano e impossibilidade de sua reconstituição (art. 1.572 §1º, do CC); a *separação-remédio*, fundada em doença mental superveniente que acometesse um dos cônjuges, com duração de dois anos pelo menos, cura improvável e que tornasse impossível a vida em comum (art. 1.572, §§ 2º e 3º, do CC). Obviamente, como consequência de tais supressões, não tema mais motivos que podem caracterizar a insuportabilidade da vida em comum na *separação-sanção*.

Para as duas últimas hipóteses, não está mais recepcionado pelo Texto Maior o art. 1.575 do CC, segundo o qual a sentença de separação judicial importaria em separação de corpos e partilha de bens. Como é notório, o dispositivo tinha incidência tanto na separação judicial consensual quanto na litigiosa (TARTUCE; SIMÃO, 2012, p. 351).

Além disso, em regra, não tem mais sentido em parte a possibilidade e reconciliação dos casais separados juridicamente, constante do art. 1. 577 da codificação privada. Do mesmo modo, perde o sentido em parte a discussão exposta na edição anterior deste livro, a respeito da possibilidade da reconciliação do casal por meio de escritura pública, reconhecida pela Resolução 35/2007 do Conselho Nacional de Justiça, em seu art. 48, a saber:

Art. 48. O restabelecimento da sociedade conjugal pode ser feito por escritura pública, ainda que a separação tenha sido judicial. Neste caso, é necessária e suficiente a apresentação de certidão da sentença de separação ou da averbação da separação no assento de casamento.

Vale ressaltar, os entendimentos de Rodrigo Cunha da Pereira (2010, p. 26-31) e Maria Berenice Dias (2010, p. 300-301) com relação ao fim da separação de direito, que para estes não teria mais justificativa teórica e prática, Vejamos suas palavras:

A grande maioria dos juristas tem entendimento que, com a edição da PEC do divórcio, extinguiu-se a separação judicial. Este é o meu entendimento. Estaríamos, agora, como o sistema japonês que só admite o divórcio.

Contudo, há quem entenda que a PEC existiu só para a extinção dos prazos constantes no §6º do art. 226 da Constituição Federal não tendo ela objetivado a extinção da separação, que não poderia ser extinta tacitamente. Todavia, a Emenda constitucional é claríssima ao assentar que ‘O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio’. Em verdade, a PEC existiu para instituir, no direito Brasileiro, o divórcio direto.

Cogita-se, entretanto, que podem os cônjuges preferir sua separação judicial, por exemplo, os católicos, à moda da separação temporal admitida pelo Código Canônico, Sim, porque, se o católico levar a sério suas crenças religiosas, não poderá pretender o divórcio. Não é o que geralmente acontece. Nesse caso, deve o religioso permanecer em separação de fato.

Todavia, para que exista, excepcionalmente, a separação de fato dos cônjuges, é preciso que ambos manifestem-se nesse sentido, pois um pretendendo o divórcio não poderá ser obstado pelo outro na realização desse direito potestativo” (Emenda.Disponível em http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/villaca_emenda.doc).

Destarte, para os julgados que aplicam o fim da separação judicial. De início, cumpre colacionar emenda do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

Civil. Divórcio litigioso. Extinção sem julgamento de mérito. Artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil. Ausência de trânsito em julgado da separação judicial. EC 66/2010. Supressão do instituto da separação judicial. Aplicação imediata ao processo em curso. A aprovação da PEC 28 de 2009, que alterou a redação do art. 226 da Constituição Federal, resultou em grande transformação no âmbito do direito de família ao extirpar do mundo jurídico a figura da separação judicial. A nova

ordem constitucional introduzida pela EC 66/2010, além de suprimir o instituto da separação judicial, também eliminou a necessidade de se aguardar o decurso de prazo como requisito para a propositura de ação de divórcio. Tratando-se pela norma constitucional de eficácia plena, as alterações introduzidas pela EC 66/2010 têm aplicação imediata, refletindo sobre seus feitos da separação em curso. Apelo reconhecido e provido” (TJDF, Recurso 2010.01.1.064251-3. Acórdão 452.761, 6ª Turma Cível, Rel.ª Des.ª Ana Maria Duarte Amarante Brito, DJDFTE 08.10.2010, P. 221).

Na mesma esteira, destacado acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, deduzindo que “Com a Emenda Constitucional n.º 66/10, para a extinção do vínculo conjugal não mais se discute sobre separação, sanção ou falência. Portanto, considerando a norma inserta no art. 462 do Código de Processo Civil, para a decretação da separação, não há mais necessidade dos requisitos tempo ou culpa, sob pena de rematada incoerência na medida em que, se para o divórcio, que extingue o vínculo conjugal, não há qualquer requisito, com muito mais razão na se pode exigir qualquer requisito para a separação. VV.P.(...)” (TJMG, Apelação Cível 1.0079.08.405935-5/001, Rel. Des. Bitencourt Marc ondes, Rel. p/ Acórdão Fernando Botelho, 8.ª Câmara Cível, public. 11.05.2011).

Em suma, os presentes autores compartilham do entendimento de extinção da separação de direito no Direito de Família brasileiro, conforme consta das decisões destacadas. Assim sendo, com pouco mais de dois anos de sua entrada em vigor, perde efetividade a separação de direito por escritura pública, pela via administrativa, estando revogada nessa parte a Lei 11.441/2007, pois não recepcionada pelo novo Texto Constitucional. (TARTUCE; SIMÃO, 2012, p. 400).

Na verdade, a norma e o entendimento da resolução até podem ser aplicados aos casais já separados antes da Emenda do Divórcio, ou seja, até 12 de julho de 2010, que queiram se reconciliar, diante da proteção do direito adquirido. (TARTUCE; SIMÃO, 2012, p. 401).

5 O DIVÓRCIO ANTES DA EC 66/2010 DE 13 DE JULHO DE 2010

Em tela, trataremos do tema da presente pesquisa de conclusão de curso, fazendo um breve histórico da evolução do divórcio, como foi aceito pela sociedade, assim como elencar suas mudanças ao longo do tempo e os benefícios surtiram para nosso ordenamento.

5.1 Modalidades e requisitos

O divórcio é o meio voluntário de dissolução do casamento, indo em contrapartida com o meio involuntário que ocorre com a morte de um ou de ambos os cônjuges (LÔBO, 2011).

Preleciona Silvio Rodrigues (2008) que o divórcio, na forma como foi instalado entre nós pela Emenda Constitucional n.9 e pela Lei 6.515, ambas de 1977, derivava ordinariamente da separação judicial, visto que o divórcio direto, defluente da ruptura de fato do casamento por mais de cinco anos e contemplado no art. 40 dessa lei, era excepcional e transitório

A Constituição de 5 de outubro de 1988 expressou, na redação do art. 226 antes da entrada em vigor da Emenda Constitucional 66/2010, as duas modalidades de divórcio permitidas pelo direito brasileiro.

Antes da EC 66/2010, havia duas modalidades de divórcio, quais sejam o divórcio-remédio e o divórcio-conversão (RODRIGUES, 2008, p. 231).

O divórcio-remédio é a solução apontada para aquelas uniões que já desabaram inapelavelmente e os cônjuges concordam em seccioná-las com o divórcio, traduzindo menor sofrimento para ambos ou, ao menos, para um deles.

O divórcio direto, originalmente, quando introduzido em nosso ordenamento, era disciplinado somente pelo art. 40 das disposições transitórias da Lei 6.515/77.

Nesse dispositivo, o pedido de divórcio, sem a prévio separação judicial, somente era possível para o casal separado de fato por um lapso temporal superior a cinco anos, sendo que essa separação deveria ter-se iniciado antes dessa da Emenda Constitucional 9/77.

Quando do surgimento da Constituição Federal de 1988, foi admitido pela nossa Carta Magna o divórcio direto como modalidade ordinário, ou seja, possibilitando sua ocorrência a qualquer tempo, tendo como único requisito ser decretado após dois anos consecutivos de separação de fato. O prazo de dois anos devem ser ininterruptos, sem idas e vindas dos cônjuges. Cada interrupção na separação será o marco do início da contagem de um novo prazo. No caso do divórcio ser litigioso, a defesa apresentada não deve entrar no mérito da ruptura, e sim atentar somente quanto a falta do decurso do lapso de dois anos de separação de fato.

Tal modalidade admite tanto a modalidade consensual quanto a contenciosa. Nesta, não se discute o ato que causou o divórcio, aliás, nem se menciona na sentença a causa, como aduz Silvio de Salvo Venosa (2010).

O pedido de divórcio pode, portanto, ser formulado em conjunto por ambos os cônjuges, na modalidade consensual; por outro lado, pode ser requerido por apenas um dos cônjuges, na modalidade litigioso.

Desse modo, o divórcio direto, que era para ser uma exceção, virou regra, pois demonstrou ser mais vantajoso para os cônjuges ficarem separados de fato por dois anos para depois requerer tal modalidade de divórcio do que primeiro se separar para, somente depois, se divorciar.

Já o divórcio-conversão foi instituído pelo art. 25 da Lei do Divórcio, primeiramente, com a finalidade de estabelecer a conversão da separação judicial em divórcio, existente há mais de três anos, contada da decisão que a decretou ou da que concedeu a medida cautelar correspondente, seria decretada por sentença, sem menção da causa que a determinou.

Posteriormente, a Constituição Federal de 1988 mais uma vez inovou em sua narrativa ao reduzir o prazo de conversão para um ano, a contar do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial de corpos.

O lapso temporal de um ano era concedido sob o argumento de que passado esse tempo e os cônjuges não se reconciliaram o matrimônio estava falido, sem chance de ser recuperado, abrindo chances, assim, para o desenlace definitivo dos laços do matrimônio (GONÇALVES, 2012, p. 315).

Tal conversão pode ser requerida por um ou ambos os cônjuges, sendo classificada no primeiro caso como litigiosa e no segundo, consensual. A ação de conversão é processo autônomo, devendo ser distribuída apartada dos autos de separação.

6 O DIVÓRCIO APÓS A EC 66/2010 DE 13 DE JULHO DE 2010

Para finalizar, neste, abordaremos uma das mudanças mais significantes para o instituto da dissolução do casamento, que trouxe varias correntes com relação ao tema, que passamos a expor.

6.1 Breve histórico e objeto da emenda

O assunto referente ao divórcio direto foi suscitado pela proposta elaborada pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, apresentada em 2005 pelo Deputado Antônio Carlos Biscaia (PEC n. 413/2005) e reapresentada em 2007 pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro, através da PEC 33/2007, o qual apresentou sua proposta em 10/04/2007 (GONÇALVES, 2012, p. 317).

Em sua ementa, restava nítido o objetivo da PEC 33/2007, que era a de alterar o § 6º do art. 226 da Constituição Federal, para supressão do instituto da separação judicial.

O texto de sua proposta de redação original era o seguinte:

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio *consensual ou litigioso, na forma da lei.*

Suprimiu-se, posteriormente, a expressão "na forma da lei", constante na parte final do dispositivo sugerido.

Esta supressão, aparentemente desimportante, revestiu-se de grande significado jurídico.

Caso fosse aprovada em sua redação original, haveria o sério risco de minimizar a mudança pretendida, ou, o que é pior, torná-la sem efeito, pelo demasiado espaço de liberdade legislativa que a jurisprudência poderia reconhecer estar contida na suprimida expressão (GONÇALVES, 2012, p. 318).

Nesse diapasão, aprovar uma emenda simplificadora do divórcio com a assertiva "na forma da lei" poderia resultar em um indevido espaço de liberdade normativa infraconstitucional, permitindo interpretações equivocadas e retrógradas, justamente o que a proposta queria impedir.

Melhor, portanto, a sintética redação atual, aprovada em segunda e última votação pelo Senado Federal:

O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

Da sua leitura, conclui-se que houveram duas modificações importantes: acaba-se com a separação judicial de forma que a única medida juridicamente possível para o descasamento seria o divórcio e extingue-se também o prazo mínimo para a dissolução do vínculo matrimonial eis que não há mais referência à separação de fato do casal há mais de dois anos (GAGLIANO, 2010, p. 138).

A justificativa apresentada pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro (CARNEIRO, 2007), quando da apresentação da referida proposta, demonstra seu pensar quanto ao reflexo no contexto social e histórico da sua apresentação:

A presente Proposta de Emenda Constitucional é uma antiga reivindicação não só da sociedade brasileira, assim como o Instituto Brasileiro de Direito de Família, entidade que congrega magistrados, advogados, promotores de justiça, psicólogos, psicanalistas, sociólogos e outros profissionais que atuam no âmbito das relações de família e na resolução de seus conflitos, e também defendida pelo Nobre Deputado Federal Antonio Carlos Biscaia (Rio de Janeiro). Não mais se justifica a sobrevivência da separação judicial, em que se converteu o antigo desquite. Criou-se, desde 1977, com o advento da legislação do divórcio, uma duplicidade artificial entre dissolução da sociedade conjugal e dissolução do casamento, como solução de compromisso entre divorcistas e antidivorcistas, o que não mais se sustenta. Impõe-se a unificação 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. Levantamentos feitos das separações judiciais demonstram que a grande maioria dos processos são iniciados ou concluídos amigavelmente, sendo insignificantes os que resultaram em julgamentos de causas culposas imputáveis ao cônjuge vencido. Por outro lado, a preferência dos casais é nitidamente para o divórcio que apenas prevê a causa objetiva da separação de fato, sem imiscuir-se nos dramas íntimos; Afinal, qual o interesse público relevante em se investigar a causa do desaparecimento do afeto ou do desamor? O que importa é que a lei regule os efeitos jurídicos da separação, quando o casal não se entender amigavelmente, máxime em relação à guarda dos

filhos, aos alimentos e ao patrimônio familiar. Para tal, não é necessário que haja dois processos judiciais, bastando o divórcio amigável ou judicial.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, que deu grande importância à dignidade da pessoa humana, institucionalizou-se o divórcio direto, desde que transcorridos dois anos da separação de fato do casal, contudo subsistiu o instituto da separação judicial, evidenciando uma sociedade ainda impregnada pelo conservadorismo histórico-religioso com reflexos na vida dos cônjuges.

A grande conquista foi implementada após a aprovação da PEC 33/2007, que adentrou-se ao nosso sistema normativo através da Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010, que alterou o art. 226, § 6º da Constituição Federal de 1988, consagrando o divórcio direto como modalidade de dissolução do casamento, eliminando a exigência de prazos ou identificação de culpados para sua concessão, abolindo, em consequência, o instituto da separação judicial.

Assim, os cônjuges não precisam mais permanecer casados por questões meramente morais, religiosas ou sociais, muito menos que mantenham qualquer vínculo apenas para aguardar o transcurso do tempo necessário entre a separação e a possibilidade da conversão em divórcio, por simples exigência legal.

Apesar do singelo texto da Emenda do Divórcio, a modificação é de grande alcance, pois além de eliminar prazos para a concessão do divórcio, afasta a possibilidade de discussão da culpa pelo desfazimento da união do âmbito do Direito de Família, refletindo diretamente no fundamento do pedido de pensão alimentícia pelo cônjuge, que só se justifica, agora, na presença do binômio necessidade/possibilidade econômica. (GAGLIANO, 2010, p. 178).

Outro aspecto relevante da mudança é o fim da injustificável intervenção estatal na vida privada e intimidade dos cônjuges, ao assegurar o princípio da liberdade e a autonomia da vontade dos cônjuges em desfazer o vínculo matrimonial quando ausente os laços de afetividade, permitindo a todos a busca da felicidade.

Nesse diapasão, portanto, detectado o fim do afeto que unia o casal, não há sentido em se tentar forçar uma relação que não se sustentaria mais

Em síntese, a Emenda aprovada pretende facilitar a implementação do divórcio no Brasil e apresenta dois objetivos fundamentais:

a) extingue a separação judicial;

b)extingue a exigência de prazo de separação de fato para a dissolução do vínculo matrimonial.

6.2 Requisitos

O texto da EC n. 66/2010 que alterou sobremaneira o corpo do artigo 226 da Constituição Federal determinou o fim do requisito subjetivo e dos requisitos objetivos para a extinção do vínculo matrimonial (GONÇALVES, 2012, p. 318).

Há quem defenda que não houve o fim do requisito subjetivo por não constar expressamente no corpo do dispositivo Constitucional.

Porém, esse entendimento só valeria em uma interpretação literal do artigo 226 da Constituição Federal, desprezando-se as exigências de interpretação histórica, sistemática e teleológica da norma (LÔBO, 2011).

Como requisito subjetivo tem-se a análise da culpa, conforme os ditames previstos nos artigos 1.572 e 1.573 do Código Civil, que esclarecem que será culpado pela separação o cônjuge que pratique algum ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida comum, sendo que pode ser considerado uma causa que torne insuportável a vida comum o adultério, a tentativa de morte, a sevícia ou injúria grave, o abandono voluntário do lar conjugal durante um ano contínuo, a condenação por crime infamante e a conduta desonrosa.

Tal requisito não mais prevalece, bastando haver a vontade de um ou de ambos os cônjuges em dissolver o vínculo matrimonial.

Como requisito objetivo tem-se o lapso temporal que antigamente era uma *conditio sine qua non* para o divórcio, que só poderia ocorrer após a ruptura da vida comum por meio de sentença judicial há mais de um ano ou a separação de fato por mais de dois anos, ininterruptos (GONÇALVES, 2012, p. 317).

Assim sendo, não há requisitos para o divórcio direto, bastando a simples manifestação de vontade, não se discutindo culpa e nem tempo.

6.3 Modalidades

Como demonstrado na redação original do texto da PEC 33/2007, o divórcio se dará de duas possíveis formas: divórcio consensual ou litigioso.

Interessante ainda destacar que se estiverem de acordo, podem os cônjuges propor a ação de divórcio consensual extrajudicial, realizado pela via administrativa através do Tabelionato de Notas para a lavratura da Escritura Pública. (LÔBO, 2011).

Em inexistindo vontade comum, a modalidade litigiosa entra em cena, permanecendo como possibilidade de se extinguir o vínculo decorrente do matrimônio. Contudo, a parte que figurará no polo passivo da ação de divórcio litigioso não terá qualquer tipo de defesa a seu favor, não havendo brecha para a discussão de eventual culpa, nem mesmo de prazos de casamento ou separação de fato, pois esta passou a ser irrelevante com a mudança constitucional.

6.4 Efeitos do divórcio direto

Via de regra, o divórcio direto mantém os mesmo efeitos do divórcio conversão, qual seja o de extinguir a sociedade conjugal e o vínculo matrimonial, fazendo cessar os direitos e deveres decorrentes do casamento (LÔBO, 2011).

Outro efeito importante é a extinção do regime de bens, ocorrendo a partilha nos casos dos regimes de comunhão parcial ou comunhão universal de bens.

Há ainda efeito quanto a assuntos específicos, como o direito de uso do sobrenome do outro cônjuge, após o divórcio.

O portador do sobrenome do outro cônjuge poderá renunciar ou mantê-lo, levando em consideração se o sobrenome já estiver integrado de modo definitivo a sua identidade, notadamente em suas atividades sociais e profissionais (SIMÃO, 2011, p. 69).

Com relação a prole, o poder familiar não se altera por causa do divórcio, não causando qualquer efeito nesse sentido.

6.5 A vantagem trazida pela mudança constitucional

A alteração que em primeira análise não demonstra grandes alterações, na verdade regeará profundas mudanças no Direito de Família quanto a dissolução do vínculo matrimonial (SIMÃO, 2011, p. 69).

Não há mais a rigidez presente no sistema antigo, não há mais a intervenção estatal na vontade dos cônjuges, extinguindo a obrigação, o dever de manter o vínculo conjugal mesmo quando não se queira por certo lapso temporal, para simplesmente cumprir um requisito formal.

Ainda, extinguiu a análise da culpa, tornando mais célere e eficaz a tutela jurisdicional no tocante ao divórcio.

Assim, o Direito de Família brasileiro se emancipa em matéria de casamento, diminuindo a intervenção estatal na entidade familiar, prevalecendo unicamente a vontade de um ou ambos os cônjuges.

6.6 Extinção do instituto da separação

Esse ainda é um assunto bem polêmico, pois parte da doutrina defende que houve a extinção da separação e outra parte defende que a separação coexiste com o divórcio.

Efetivamente, a emenda 66/2010 desencadeou correntes diversas quanto a sua interpretação. Para grande parte dos doutrinadores, o divórcio passa ser a única forma de dissolução da sociedade e do vínculo conjugal, e, por não ser mais necessária a separação prévia, o cumprimento de prazos, nem a atribuição de culpa a um dos cônjuges, o instituto da separação restaria extinto do ordenamento brasileiro.

A corrente que defende a extinção sustenta que após o advento da EC 66/2010 os cônjuges não precisam mais permanecer casados por questões meramente morais, religiosas ou sociais, muito menos que mantenham qualquer vínculo apenas para aguardar o transcurso do tempo necessário entre a separação e a possibilidade da conversão em divórcio, por simples exigência legal (LÔBO, 2011).

Com fundamento no princípio da dignidade humana, a corrente defende a valorização da manifestação do indivíduo, que deve ser reconhecida a partir do desinteresse da convivência matrimonial, por qualquer um dos cônjuges, não havendo mais razão da prévia separação, com o amparo do novo texto constitucional.

Nesse sentido, o doutrinador José Fernando Simão (2011) menciona:

Com a aprovação da PEC, fica definitivamente BANIDA DO SISTEMA A SEPARAÇÃO DE DIREITO, seja ela judicial (arts. 1571 e segs. do CC) ou extrajudicial (lei 11.441/07). (...)

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

Na mesma linha, César Leandro de Almeida Rabelo (2011) assevera:

Existe uma resistência em compreender e aceitar que a separação judicial foi revogada tacitamente de nosso ordenamento. Fazendo uma interpretação da norma constitucionalizada, concluiremos que o legislador banuiu da Carta Magna a única referência à separação judicial, não havendo qualquer lógica para sua manutenção prática.

Juridicamente, a manutenção da separação judicial no ordenamento jurídico era, exclusivamente, para convertê-la em divórcio após o transcurso do prazo legal, o que não é mais possível de acordo com a nova redação trazida pela Emenda Constitucional nº 66/2010. Assim, incoerentemente, teriam os mesmos que ajuizar ação de divórcio direto para conseguir o divórcio, uma vez que a conversão não mais recebe a tutela constitucional. A incompatibilidade com a Constituição, se não pudermos falar em revogação tácita, faz com que entre em desuso qualquer norma infraconstitucional que trate da dissolução da sociedade conjugal(...).

Nesta esteira, brilhantemente Paulo Lobo (2011) disserta:

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

De acordo com esta parte da doutrina, a emenda constitucional alterou as formas de dissolução do vínculo matrimonial, restando somente o divórcio.

Entendendo assim, restaria revogado o instituto da separação judicial, que corresponde ao direito do cônjuge em não querer a extinção do vínculo, mas somente a dissolução da sociedade conjugal, com a possibilidade de reconciliação e reestruturação, sem as dificuldades burocráticas de um novo casamento.

Nesse diapasão, manifestou-se o Desembargador do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios Arnaldo Camanho de Assis (2010):

Nos tempos atuais, nada mais justifica, sob qualquer ponto de vista, a sobrevivência do instituto da separação judicial. (...)

A mudança na Constituição permitirá, assim, que os casais que desejem terminar seu casamento dirijam-se à Justiça uma única vez, com economia de tempo e de dinheiro, e peçam desde logo o divórcio, sem requisitos temporais nem, muito menos, sem a necessidade de experimentarem o estágio da separação judicial. A ninguém mais interessa a discussão acerca da culpa pelo insucesso do projeto de um casamento que vem a terminar. O pedido de divórcio passará a ser feito de forma consensual ou litigiosa - isto é, quando não houver acordo sobre guarda de filhos, regulamentação de direito de visitas, pensão de alimentos e partilha de bens, por exemplo, excluída em qualquer caso a discussão sobre possível culpa -, mas sem prévia necessidade de separação judicial ou da demonstração de que o casal esteja separado de fato há tantos anos. Basta ao casal que externar sua vontade de não mais permanecer casado e pronto.

Por sua vez, o professor Newton Teixeira Carvalho (2010), membro do IBDFAM e Juiz de Direito da 1º Vara de Família de Belo Horizonte, se pronuncia em seu artigo onde aborda o fim da separação no ordenamento jurídico:

Não há mais separação no direito brasileiro. Agora, de imediato, há que se decretar o divórcio do casal. Pela evolução histórica a separação deixa de ser um estágio necessário ao divórcio.

Insistir, numa leitura apressada e apenas literal do atual art. 226, § 6º, da Constituição Federal, na manutenção do instituto jurídico da separação no direito brasileiro, é revogar a própria Constituição que eleger, como princípio maior das entidades familiares, o afeto.

Advogar a tese da permanência da separação no direito brasileiro é também querer fomentar discussão acerca de quem é o culpado pela desunião. É exigir que a vida íntima do casal seja escancarada perante os Tribunais.

Por outro lado, parte minoritária da doutrina, sustenta que, embora a separação tenha perdido sua utilidade social, esta não foi extinta do ordenamento jurídico brasileiro, sendo ainda disciplinada pelas leis ordinárias.

O doutrinador Mario Luiz Delgado (2010) corrobora este entendimento:

A falta de utilidade social, portanto, não é causa de revogação da norma, mas motivação para que o legislador venha a fazê-lo, valendo do processo legislativo. (...)

Importante ressaltar que já existe proposta legislativa para revogação dos artigos do Código Civil referentes à separação legal. Trata-se do PL nº 7.661, de 2010, de autoria do Dep. Sergio Barradas Carneiro, e que revoga os artigos 1.571, 1.572, 1.573, 1.574, 1.575, 1.576, 1.578, 1.580, 1.702 e 1.704 do CC/02. Ao fundamentar a proposição, afirmar o autor que o projeto “visa adequar o ordenamento jurídico na área do Direito de Família a uma nova Ordem Constitucional vigente em todo território nacional” e que “se faz necessário a revogação desses dispositivos legais, com efeito ex tunc, do Código Civil Pátrio, colocando-o em perfeito alinhamento com nossa Carta Política”. Ora, pela própria justificativa, constata-se que o autor do projeto, o mesmo que subscreveu a PEC 28/2009, perfila o entendimento de que ainda não foram revogadas as disposições atinentes à separação legal.

Da mesma forma, salienta Dimas Messias de Carvalho (2010):

Conforme ressaltado, a Constituição Federal excluiu a separação jurídica do ordenamento jurídico brasileiro, entretanto, não pode ser ignorado que a interpretação literal da EC 66/2010 possibilite entendimento diverso, sob o argumento de que ela não vedou expressamente a separação na legislação infraconstitucional, apenas a omitiu, podendo coexistir com o divórcio, de forma independente, como ocorre em outros países.

Uma das principais vozes desta parte da doutrina, o Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Doutor Luiz Felipe Brasil Santos (2010), membro da 8ª Câmara Cível, assevera:

(...) a eliminação da referência constitucional aos requisitos para a obtenção do divórcio não significa que aquelas condicionantes tenham sido automaticamente abolidas, mas apenas que, deixando de constar no texto da Constituição, e subsistindo exclusivamente na lei ordinária (Código Civil) – como permaneceram durante 40 anos, entre 1937 e 1977 -, está agora aberta a porta para que esta seja modificada.

Tal modificação é imprescindível e, enquanto não ocorrer, o instituto da separação judicial continua existente, bem como os requisitos para obtenção do divórcio. Tudo porque estão previstos em lei ordinária, que não deixou de ser constitucional. E isso basta!

Contenhamos um pouco, pois nosso entusiasmo com a Emenda Constitucional nº 66/2010. Ela é sem dúvida, extremamente importante, mas um próximo e indispensável passo necessita ser dado para que se alcance o objetivo de eliminar os

entraves legais ao exercício da liberdade no seio das famílias, extirpando institutos anacrônicos como a separação judicial.

Assim, tendo em conta que as disposições sobre a separação judicial no Código Civil não foram expressamente revogadas, sustenta-se, com bons fundamentos jurídicos, que o referido instituto, embora fadado a pouco uso diante das vantagens do divórcio facilitado, ainda encontra guarida no ordenamento jurídico brasileiro.

6.7 Processo de separação em trâmite e já transitado em julgado

Após o advento da EC n. 66/2010, resta a dúvida quanto a projeção dessa mudança nos processos de separação em trâmite e nos processos de separação já transitados em julgado.

Maria Helena Diniz (2010) sustenta que os casais que já estiverem separados e tiverem o *animus* de encerrar de vez os laços do matrimônio, deverão ajuizar a competente ação de divórcio, tendo em vista:

Com o desaparecimento do instituto da separação, com ele também acabou a possibilidade de sua conversão em divórcio (CC 1.580). Cabível somente a decretação do divórcio, não sendo preciso aguardar o decurso do prazo de um ano da separação de corpos ou do decreto da separação judicial.

Aduz Rodrigo da Cruz Pereira (2010):

Caso queiram transformá-lo em estado civil de divorciado poderão, excepcionalmente, converter tal separação em divórcio ou simplesmente propor Ação de Divórcio, o que na prática tem o mesmo resultado. São exceções, necessárias e justificáveis, para compatibilizar com o respeito aos princípios constitucionais da coisa julgada e do ato jurídico perfeito.

Como a maioria doutrinária, Carvalho (2010) argumenta que a nova norma não pode retroagir em relação às situações já consolidadas na vigência da lei anterior.

Levando em consideração que o entendimento majoritário é no sentido de que houve a extinção do instituto da separação, os processos de separação em trâmite quando do advento

da mudança constitucional devem ser extintos sem julgamento do mérito, por impossibilidade jurídica superveniente do pedido, não existindo mais embasamento legal (SIMÃO, 2011, p. 71).

Caso houver medida cautelar de separação de corpos com concessão de liminar, sendo posteriormente proposta a ação de separação, pelo Princípio da Fungibilidade será possível converter a ação de separação em ação de divórcio, tendo em vista que a simples extinção sem julgamento do mérito pode trazer enorme prejuízo às partes (VENOSA, 2012, p. 153).

Já nos processos de separação em que já existia sentença prolatada no tempo do advento da EC n. 66/2010, as partes continuam na qualidade de separados, e pelo Princípio da coisa julgada mantem-se as condições acordadas até que ingressem com a ação de divórcio, por iniciativa de um ou de ambos os cônjuges (LÔBO, 2011).

Assinala Paulo Lôbo (2010) que, não mais existindo o divórcio-conversão, “o pedido de divórcio judicial ou consensual extrajudicial deverá reproduzir todas as condições estipuladas ou decididas na separação judicial, como se esta não estivesse existido, se assim desejarem os cônjuges separados, ou alterá-las livremente”, não havendo direito adquirido a instituto jurídico, como tem sido o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

6.8 O Instituto da culpa

Após o advento da EC 66/2010 uma grande dúvida pairou quanto ao instituto da culpa. Houve a manutenção da possibilidade de discussão da culpa como causa para a dissolução do casamento, assim como era com a separação judicial (artigo 1.572, caput do Código Civil de 2002).

A culpa é conceito inerente ao ser humano, que dela não se pode livrar. Giselle Câmara Groeninga (2010) expõe que:

como mostra a compreensão psicanalítica, é impossível ignorar a culpa. Ela é inerente ao ser humano e à civilização, dado seu valor axiológico. O que se afigura nos dias atuais é a substituição do paradigma da culpa pelo paradigma da responsabilidade, resgatando-se o valor axiológico e epistemológico dos questionamentos relativos à culpa. Assim, o caminho não é o da simplificação, simplesmente negando-se a questão da culpa.

Desse modo, em uma visão interdisciplinar a categoria não pode ser desprezada nas relações sociais, em particular nas interações jurídicas familiares, hipótese em que se enquadra o casamento (GROENINGA, 2010).

A resposta é negativa para a doutrina majoritária. Não há mais que se falar em culpa quando se trata do divórcio direto, pensamento baseado no fato de que acabou o afeto, acabou a comunhão de vidas, portanto, acabou o casamento.

Após a alteração constitucional, não há mais que se discutir a culpa como forma de protelar a decisão que põe fim ao casamento. Assim, o divórcio se decreta imediatamente após a contestação, por meio de sentença parcial, pois não há mais nenhum impedimento para isso. Não haverá espaço para o debate quanto aos motivos do fim da sociedade conjugal (TARTUCE, 2010).

Não se trata de permitir irresponsabilidade por parte de qualquer um dos cônjuges. O que ocorre e que a culpa não será mais discutida em sede de Ação de Divórcio, mas será suscitada em eventual ação autônoma de alimentos ou ação de indenização promovida pelo cônjuge que sofreu danos morais, materiais ou estéticos (SIMÃO, 2011).

Diante do acima exposto, surgiu uma indagação: se o autor da demanda cumular a ação de divórcio com pedido de alimentos, danos morais, partilha de bens, perda do sobrenome pelo cônjuge culpado, entre outras opções? Será, em sede de ação de divórcio, debatida a culpa?

A resposta foi dada pelo Desembargador Caetano Lagrasta Neto (2010), em decisão proferida pelo TJSP:

As discussões restantes: nome, alimentos, guarda e visita aos filhos, bem como a patrimonial, devem ser resolvidas, conforme ensinamentos de Cândido Rangel Dinamarco, em “cisão da sentença em partes, ou capítulos, em vista da utilidade que o estudioso tenha em mente. É lícito: a) fazer somente a repartição dos preceitos contidos no decisório, referentes às diversas pretensões que compõem o mérito; b) separar, sempre no âmbito do decisório sentencial, capítulos referentes aos pressupostos de admissibilidade do julgamento do mérito e capítulos que contêm esse próprio julgamento; c) isolar capítulos segundo os diversos fundamentos da decisão”(TJSP, Agravo de Instrumento nº 990.10.357301-3, 8ª câmara de Direito Privado, Rel. Des. Caetano Lagrasta, 10/11/2010).

Como é possível perceber, grandes serão os desafios e inúmeros serão os debates relativos à culpa depois da EC do Divórcio. Porém, a doutrina majoritária defende a extinção da discussão da culpa em sede de Ação de Divórcio direto.

6.9 Revogação da Legislação Infraconstitucional

Segundo a pirâmide de Kelsen, a Lei Maior (Constituição Federal), possui mais valor jurídico do que as normas infraconstitucionais.

Em caso de discordância entre seus dispositivos, a norma constituinte revoga as normas infraconstitucionais.

A norma constitucional não recepcionou as normas infraconstitucionais que lhe são incompatíveis. Assim, a revogação dos dispositivos constantes no Código Civil de 2002 que disciplinam a separação e o divórcio é ordinariamente implícita, cabendo questionamentos sobre sua incontestância.

Dessa forma, para a maior parte da doutrina, encontram-se automaticamente revogados os seguintes artigos do Código Civil de 2002 (GONÇALVES, 2012, p. 318).

- a) Art. 1.571, inciso III separação como forma de dissolução do matrimônio;
- b) Arts. 1.572 e 1.573 causas de separação judicial;
- c) Arts. 1.574 e 1.576 espécies e efeitos da separação judicial;
- d) Art. 1.577 permite a reconciliação;
- e) Art. 1.578 punição do cônjuge culpado com a perda do sobrenome;
- f) Art. 1.580 regulamenta o divórcio-conversão;
- g) Arts. 1.702 e 1.704 alimentos devidos pelo cônjuge culpado

6.10 Banalização do instituto do casamento ou evolução no direito de família

As mudanças trazidas pela Emenda Constitucional 66/2010 não foram acolhidas com bons olhos por uma pequena minoria conservadora por entender que a facilitação do divórcio leva à fragilização da família e à banalização do casamento, insistindo em afirmar que a alteração não é autoaplicável, necessitando ser regulamentada por lei infraconstitucional e, portanto, a separação judicial persiste no ordenamento jurídico pátrio (SIMÃO, 2011).

No entanto, grande parte da doutrina e jurisprudência posiciona-se quanto à eficácia plena e aplicabilidade imediata da alteração constitucional, por ser essa a interpretação que mais atende à nova realidade social, pois a manutenção da separação judicial como requisito

prévio e obrigatório para obtenção do divórcio fere o princípio da dignidade da pessoa humana.

Caracteriza ainda o fim do controle estatal dentro do seio da família, demonstrando ser um grande passo dado rumo a evolução do direito de família brasileiro.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se pode concluir diante de todo o conteúdo expositivo do presente trabalho de conclusão de curso, o divórcio, após muita oposição, foi instituído, primeiramente pela Emenda Constitucional 09, alterando o texto do artigo 175 da Constituição Federal em vigor em 1969, sendo definitivamente regulamentado pela Lei nº 6.515 de 26 de dezembro de 1977, conhecida como Lei do Divórcio, com o escopo de extinguir os laços advindos do casamento.

Durante mais de trinta anos só era possível requerer o divórcio após superar os requisitos temporais de um ano de separação judicial ou dois anos de separação de corpos.

Assim, estavam presentes as modalidades de separação consensual, separação litigiosa, divórcio conversão e divórcio remédio.

Após o advento da Emenda Constitucional nº. 66/2010, que acompanhou as necessidades da sociedade atual, foi reduzido a intervenção estatal, trazendo a baila a vontade de um ou ambos os cônjuges para a extinção definitiva da sociedade conjugal.

A referida Emenda Constitucional alterou sobremaneira a redação do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, passando a estabelecer o divórcio direto, não havendo necessidade da superação de qualquer tipo de requisito.

Além disso, houve a extinção do instituto da culpa, não havendo debates quanto a qual cônjuge foi culpado pelo término dos laços do matrimônio.

A Carta Magna, com a nova redação dada ao artigo 226, veio adequar a Lei aos anseios da sociedade, extinguindo, conseqüentemente, a separação judicial, tendo em vista a sua inaplicabilidade diante da instituição do divórcio direto.

Os processos de separação em trâmite quando do advento da Emenda Constitucional n. 66/2010, segundo o entendimento da doutrina majoritária, devem ser extintos sem julgamento do mérito, com fundamento na impossibilidade jurídica superveniente do pedido.

Já nos processos de separação com sentença transitada em julgado, as partes continuarão com o *status* de separados, havendo a necessidade de propositura de Ação de Divórcio para passarem a ser divorciados.

Em suma, restou comprovado de que, a partir do advento da Emenda Constitucional n. 66/2010, o instituto da separação perdeu sua eficácia social, abrindo maior espaço para o instituto do divórcio, que perdeu sua rigidez, despindo-se dos antigos requisitos temporais, fazendo com que a extinção definitiva dos laços matrimoniais ocorresse de forma mais célere e efetiva.

REFERÊNCIA

ASSIS, Arnaldo Camanho de. **EC n. 66/10: A Emenda Constitucional do Casamento**. In: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=644>>. Acesso em 25 fev, 2013.

BELVILAQUA, Clóvis. **Direito de Família**. Recife. Livraria Contemporânea. 1956. p. 179.

BOTTEGA, Clarissa. **A Evolução do divórcio no Direito Brasileiro e as novas tendências Da Dissolução matrimonial**. In:<<http://www.clarissabottega.com/Arquivos/Artigos/artigo%20A%20Evolu%C3%A7%C3%A3o%20do%20Divorcio.pdf>>. Acesso em 12 out, 2013.

BOTTEGA, Clarissa. **Novo Divórcio no Direito Brasileiro**. In:<<http://www.clarissabottega.com/Arquivos/Artigos/artigo%20Clarissa%20Bottega%20biodireito.pdf>>. Acesso em :09 abr, 2013.

CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e Separação**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.96.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Divórcio: Judicial e Administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 19.

CARVALHO, Newton Teixeira. **O fim da separação no ordenamento jurídico brasileiro**. In: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=631>>. Acesso em: 10 ago. 2013.

CARNEIRO, Sérgio Barradas. **Proposta de Emenda Constitucional 33/2007** In:<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=347707>>. Acesso em 02 ago.2013

DELGADO, Mário Luiz; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. **Separação, Divórcio, Partilhas e Inventários Extrajudiciais**. 2ª ed. São Paulo: Editora Método, 2010. p. 42.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 230.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro -Direito das Sucessões**. 5ºvol. 21º ed. rev. e atual. de acordo com a reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 211.

DONIZETTI, Elpidio. **A Emenda do Divórcio não fez o réquiem da separação de direito.** *Jornal Estado de Direito*, ano V, n. 28, p. 9, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O novo divórcio.** 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 178.

GONÇALVES, Carlos Roberto Direito Civil Brasileiro: **Direito de Família.** 8 ed rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011 p.202.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: **Direito de Família.** vol. IX. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 202.

GROENINGA, Giselle Câmara. Sem mais desculpas - é tempo de responsabilidade. In *Direito das Famílias. Contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira.* Org. Maria Berenice Dias. São Paulo: IBDFAM-RT, 2010, p. 166.

IBDFAM. **A trajetória do divórcio no Brasil:** A consolidação do Estado Democrático de Direito. In: <<http://www.ibdfam.org.br/?noticias¬icia=2989>>. Acesso em 27 jul.2013.

LEITE, Gisele. **A dissolução Conjugal em face da Emenda Constitucional 66/2010.** In: <<http://stoa.usp.br/giselel/weblog/108520.html>>. Acesso em 30 maio, 2013.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Divórcio: **Alteração constitucional e suas conseqüências.** In: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=629>>. Acesso em 03 jun.2013.

LÔBO, Paulo. **A PEC do divórcio: conseqüências jurídicas imediatas.** *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, vol. 11, p. 5-17, 2009. p.311.

MONTEIRO, Washington de Barros; TAVARES, Regina Beatriz. **Curso de Direito Civil-Direito de Família.** vol. 2. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.256.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A Emenda Constitucional nº 66/2010:** Semelhanças, Diferenças e Inutilidades entre Separação e Divórcio e o Direito Intertemporal. In: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=647>. Acesso em 14 jun.2013.

RABELO, César Leandro de Almeida. **Separação e a Emenda Constitucional n. 66/2010: Incompatibilidade legislativa.** In:

<http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Separação%20EC%2066_2010.pdf>. Acesso em 13 set.2013.

RODRIGUES, Silvio. **Direito de família**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 231

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. **Emenda do Divórcio: cedo para comemorar**. In: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=648>>. Acesso em 22 maio.2013.

SILVA, Fernando Ribeiro da. **Dissolução do Casamento**, In<http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4243>. Acesso em 18 set. 2013.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **A culpa deve ser decretada na separação e divórcio**. In:<<http://www.conjur.com.br/2011-mai-05/pos-ec-662010-culpa-decretada-separacao-divorcio>> 18 set.2013.

SIMÃO, José Fernando. **A Emenda Constitucional nº 66: a revolução do século em matéria de Direito de Família**. Revista do Advogado, ano XXXI, Julho de 2011, nº 112. São Paulo: AASP, 2011, p.69.

TARTUCE, Flávio. **A pec do divórcio e a culpa, possibilidade** In:<http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/villaca_emenda.doc>. Acesso em 10 jul.2013.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: **Direito de família**.8. ed. São Paulo – Atlas 2010. p.153.