

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 371.

(ano VII)

(16/06/2015)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2015

# Conselho Editorial

COORDENADOR GERAL (DF/GO) -  
**VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:**  
*Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em  
Direito Penal Internacional.*

Coordenador do Direito Internacional  
(AM/DF): **SERGIMAR MARTINS DE  
ARAÚJO** - Advogado com mais de 10 anos  
de experiência. Especialista em Direito  
Processual Civil Internacional. Professor  
universitário

Coordenador de Dir. Administrativo:  
**FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA  
MAFRA FILHO** (MT): Doutor em Direito  
Administrativo pela UFMG.

Coordenador de Direito Tributário e  
Financeiro - **KIYOSHI HARADA** (SP):  
Advogado em São Paulo (SP). Especialista  
em Direito Tributário e em Direito Financeiro  
pela FADUSP.

Coordenador de Direito Penal - **RODRIGO  
LARIZZATTI** (DF): Doutor em Ciências  
Jurídicas e Sociais pela Universidad del  
Museo Social Argentino - UMSA.

País: *Brasil*. Cidade: *Brasília* – DF.  
Contato: [editorial@conteudojuridico.com.br](mailto:editorial@conteudojuridico.com.br)  
[WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR](http://WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR)

## SUMÁRIO

### COLUNISTA DO DIA



16/06/2015 Luiz Flávio Gomes

» [Pátria deseducadora](#)

### ARTIGOS

16/06/2015 Bruno Joviniano de Santana Silva

» [Atestado de pena a cumprir anual. Direito constitucional à obtenção de certidões](#)

16/06/2015 Alan Carvalho Santos

» [Ato-fato jurídico em face da bipolaridade da relação obrigacional](#)

16/06/2015 Shirlei Maria da Silva Costa

» [O discurso religioso x o discurso do jovem atual](#)

16/06/2015 Bruna Neves Rocha

» [O instituto da guarda compartilhada: avanços e retrocessos no âmbito familiar](#)

16/06/2015 Carolina Dorneles Pisani

» [A possibilidade de baixa das microempresas e empresas de pequeno porte com a dispensa da apresentação das certidões de regularidade fiscal e sua implicação prática: uma análise à luz da Lei Complementar n° 147/2014](#)

16/06/2015 Rodrigo Silveira Chung

» [A extinção do contrato de trabalho doméstico por prazo determinado à luz da Lei Complementar n° 150/2015](#)

## PÁTRIA DESEDUCADORA

**LUIZ FLÁVIO GOMES:** Jurista e professor. Fundador da Rede de Ensino LFG. Diretor-presidente do Instituto Avante Brasil e coeditor do [atualidadesdodireito.com.br](http://atualidadesdodireito.com.br). Foi Promotor de Justiça (1980 a 1983), Juiz de Direito (1983 a 1998) e Advogado (1999 a 2001). Siga-me: [www.professorlfg.com.br](http://www.professorlfg.com.br).

Dilma anunciou a “Pátria Educadora” num dia e cortou R\$ 70 bilhões do orçamento da educação no outro. Nossa pátria é, como se vê, programadamente deseducadora, porque é muito *subversivo* estimular as ignorâncias a buscarem sabedoria. Desde os gregos clássicos era assim: Sócrates (V a.C.), que inquieta as consciências extrativistas, logo soube do seu destino: a cicuta. Nós somos a continuidade dessa tradição ignorante: continuamos girando em círculo. Ninguém pode afirmar que o Brasil não esteja fazendo nada pela educação (5,5% do PIB é gasto nisso). De outro lado, ninguém pode contestar que estamos girando falsamente em círculos, com guinadas mirabolantes de 360 graus: volta-se sempre ao mesmo ponto.

Nos séculos XVI, XVII, XVIII e XIX todos eram *discursivamente* contra a escravidão, mas ninguém acabava com ela (ao contrário, todos que podiam, incluindo as classes médias, tinham escravos em casa e não queriam, de verdade, mudar nada). Nos séculos XX e XXI todos somos

*discursivamente* a favor da educação de qualidade, em período integral, mas ninguém a implanta. Por isso se diz (E. Giannetti) que a educação nos séculos XX e XXI é o equivalente moral da escravidão. Será que um dia teremos a Princesa Isabel da educação?

Praticamente nada do que apregoamos no século XXI já não foi diagnosticado e reivindicado no século XX. O *Manifesto por uma Educação Nova no Brasil*, assinado por intelectuais como Anísio Teixeira, Lourenço Filho, Roquete Pinto e Cecília Meireles, é de 1932 (veja O Globo de 28/3/32).[1]. O que se postulava na época (qualidade no ensino, valorização dos professores, educação em período integral etc.) é tudo o que consta do Plano Nacional da Educação (PNE) elaborado no século XXI. Ou seja: continuamos girando em círculo. Ainda estamos na fase de aspirações, desejos, metas não cumpridas. Houve evolução? Sim, mas os problemas essenciais perduram (analfabetismo absoluto – mais de 10 milhões -, analfabetismo funcional –  $\frac{3}{4}$  da população -, falta de qualidade nas escolas públicas, universidades em frangalhos, mão de obra desqualificada etc.). Consequências: povo, em geral, sem consciência crítica, país não competitivo, baixa produtividade (são necessários quatro brasileiros para se equiparar à produtividade de um norte-americano), graves problemas éticos, violência epidêmica, corrupção sistêmica etc.

“Na hierarchia dos problemas nacionaes – dizia o Manifesto -, nenhum sobreleva em importância e gravidade ao da educação”. Depois de 43 anos de República [agora já contamos com 126 anos] “se verifica que não lograram ainda criar um sistema de organização escolar à altura das necessidades modernas e das necessidades do país”. O documento ainda dizia: “É preciso dar aos professores formação e remuneração equivalentes que lhes permitam manter, com eficiência no trabalho, a dignidade e o prestígio indispensáveis aos educadores” (apenas 75% dos professores possuem titulação superior; apenas 57% deles recebem a média das demais carreiras universitárias; tão-somente 12% dos alunos estudam em período integral; 2,9 milhões de crianças e adolescentes de 4 a 17 anos estão fora da escola etc.).

O Brasil continua sendo (em termos sociais) uma nação fracassada (69º lugar no ranking do IDH; 12º país mais violento do planeta; das 50 cidades que mais matam, 19 estão aqui; campeão mundial no item violência contra professores etc.) porque perdeu vários bondes da História (o da educação, por exemplo; e agora está perdendo o da tecnologia). As bandas podres das classes dominantes, eminentemente extrativistas, não permitem nenhum tipo de política inclusiva. Cultura da exclusão. Não se pensa na vida em sociedade (em comunidade). Cada um

procura extrair (do Estado e dos outros) o máximo de acumulação possível: excesso de egoísmo, parasitismo, desigualdade extrema, corrupção, violência e vingança. Esse é o retrato preponderante do atraso brasileiro. Não será com lideranças extrativistas (os políticos são eleitos pela população alienada: seja porque as classes intermediárias odeiam a política, seja porque as classes populares não contam com consciência crítica) que vamos sair do atoleiro econômico, social, educacional e comunitário em que nos encontramos. Assim pensam os realistas. Os pessimistas dizem que a tragédia descomunal está apenas começando.

[1] Ver *O Globo* 31/5/15, p. 14.

## ATESTADO DE PENA A CUMPRIR ANUAL. DIREITO CONSTITUCIONAL À OBTENÇÃO DE CERTIDÕES

**BRUNO JOVINIANO DE SANTANA SILVA:** Defensor Público. Ex Advogado da Petrobrás. Ex Analista Jurídico do TJDF. Especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera Uniderp.

**Resumo:** O atestado de pena a cumprir deve ser encarado como peça fundamental da execução penal para todos os intervenientes, pois é nele que se estampam os benefícios auferíveis do reeducando, cabendo ao Estado-Juiz zelar pela emissão periódica do cálculo de pena, de ofício, ou mediante provocação de qualquer interessado, mediante os mais diversos instrumentos. O atestado de pena a cumprir deve ser de fácil compreensão e ser confeccionado tempestivamente, de forma a evitar a supressão ou postergação indevida de direitos.

**Palavras-chave:** princípio. cálculo. celeridade. ressocialização. direito fundamental.

**Abstract:** This article focus on the relevance of the annual emission penalty calculation, rehabilitation instrument, under State responsibility and the tools to compel their achievement and other specifics on these. By the end, calls to a review of optics which has the penitentiary system, through an axiological analysis of the current society.

**Key words:** principle. calculation. timing. rehabilitation. fundamental right.

**Sumário:** 1 Introdução. 2. Requisitos necessários ao cálculo de pena. 2.1 Decorrências nefastas da ausência de cálculo de pena atualizado. 3.



Implicações extrapenais da violação do princípio da celeridade da tutela jurisdicional. 4. Amplitude subjetiva e objetiva dos meios judiciais de solicitação de cálculo de pena 5. Conclusão. 6. Referências.

---

### **1. Introdução**

O cálculo de pena é forma mais equilibrada e democrática de acompanhamento da execução, pois todos os atores, inclusive, o principal protagonista, o apenado, podem ter pleno conhecimento dos limites e extensão da execução penal, para fins de eventuais manifestações. Destarte, sem tal documento, a execução da pena fica bastante prejudicada, o que afronta a dignidade da pessoa humana, princípio magno, reitor das relações jurídicas, já que, não há direito, sem sujeito.

Em verdade, ao sentenciado que está cumprindo a sanção penal imposta, seja qual for o regime, somente lhe interessa a plena restituição do direito de ir e vir, que ocorrerá na oportunidade do cumprimento integral da pena, ou ao menos saber, quando esta se finalizará.

Nessa ótica, o cálculo de pena tem grande efeito psicológico sobre os apenados que se sentem devidamente tutelados pelo aparelho estatal, em meio a um sistema prisional caótico, que lhes pune duplamente por um mesmo fato ou atos, em um odioso e inconstitucional *bis in idem*.

Nesse viés, o direito de ter o montante de pena atualizado, tem caráter constitucional, plasmado no direito de petição e de obter certidões, uma vez que, cabe ao Poder Público fornecer aos

administrados ou jurisdicionados, quando solicitado, pelo próprio interessado, ou por quem lhe faça as vezes, informações, documentos ou dados atinentes ao requerente, salvo interesse público devidamente fundamentado, pois é interesse público do Estado garantir ao apenado a perfeita individualização da pena.

Prescreve o art. 41, XVI, da LEP, *in verbis*:

*(...) Art. 41 - Constituem direitos do preso:*

*XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente (...)*

Desse modo, é direito do apenado ter incorporado ao seu cálculo de pena toda remição efetivada, como mais lícito consectário do princípio da transparência e devido processo legal, sob pena de responsabilidade da autoridade judicial competente.

Ademais, a feitura ou atualização do cálculo de pena transparece ao apenado que os órgãos de execução estão cumprindo com empenho suas funções, nas medidas de suas possibilidades, retirando-lhe a sensação de total abandono dos órgãos institucionais, que, na maioria das vezes, não lhe concedem estruturas penitenciárias dignas para que possa cumprir a pena, tampouco lhe proveem o arcabouço assistencial a que a Lei previu.

Frise-se que não se está aqui defendendo requerimento desarrazoado de elaboração de cálculo de pena, toda vez que houver dia remido. De fato, seria plausível, ao menos, a elaboração de 2(dois) cálculos anuais, um no início e outro ao final do ano, que atenderia

perfeitamente aos anseios da comunidade carcerária e aos fins da execução penal.

## **2. Requisitos necessários ao cálculo de pena**

O atestado de pena deve ser objetivo, claro, de fácil inteligência, de modo a permitir a identificação dos marcos temporais, para obtenção das benesses atinentes à execução de pena.

Não é por outro motivo, que a confecção do cálculo de pena deve constar desse a soma total da pena; a pena cumprida; pena a cumprir; data provável término da pena; data provável do livramento; data da fuga e recaptura, se ocorridas, bem como o tempo de interrupção de cumprimento da pena; data de regressão cautelar ou definitiva, caso ocorridas; data base para análise de benefícios; os dias remidos, para fins de remição, caso existentes, oficiando-se, para tanto, a unidade prisional para fornecê-los; a detração, com a consequente liquidação da pena, com a perfeita indicação dos marcos temporais; data provável da progressão, assim como, os regimes inicial, atual, futuro de cumprimento da pena, de forma a viabilizar eventuais requerimentos que puderem ser feitos, tudo em obséquio aos princípios da individualização da pena, dignidade da pessoa humana e razoável duração do feito.

A elaboração da tabela de cálculo, deve levar em conta, em item apartado, a saída temporária, nos termos dos arts. 122 a 125 da Lei 7.210, observando, tal normativo, quanto aos requisitos para concessão. Ainda, em relação aos dias remidos, na hipótese de saldo, este deve ser consignado no cálculo de pena, em quadro apartado.

Nessa ótica, os atos procedimentais e diligências não podem ser prolongados no tempo, em manifesto prejuízo ao jurisdicionado, que nada contribuiu para esta delonga, sob pena de vulnerar o princípio da dignidade da pessoa humana.

### **2.1 Decorrências nefastas da ausência de cálculo de pena atualizado**

A situação é que a inexistência de cálculo de pena anual é flagrante ilegalidade, manifesto abuso de poder e, portanto, deve ser combatida, mediante os mais diversos instrumentos. Na execução penal, o conceito de liberdade ambulatorial deve ser compreendida, sob a ótica do princípio da progressividade, que numa concepção mais dilatada abrange não apenas a progressão de regime, mas também, a concessão de outros benefícios (saída temporária e livramento condicional, dentre outros). Logo, furtar o apenado desses benefícios, ilegitimamente, em razão da ausência de cálculo de pena, não se mostra razoável. Deve-se adotar, assim, um pensamento mais liberal, em relação aos instrumentos a serem utilizados para se solicitar a elaboração de cálculo de pena.

A ausência de cálculo de pena atualizado dificulta a análise de benefícios auferíveis pelo apenado. Essa demora em fazê-lo, por reiteradas vezes, resulta na denegação ou postergação de benefícios.

Grande injustiça é penalizar duplamente o apenado a permanecer mais tempo cumprindo pena do que o imposto na sentença, bem como ser tolhido de ir ao regime mais brando, quando já o cumpriu o requisito temporal para ser nele alocado, por ausência de cálculo de pena atualizado

### **3. Implicações extrapenais da violação do princípio da celeridade da tutela jurisdicional**

Outra questão, inclusive de substrato constitucional, é a possibilidade de reparação cível, em razão de o apenado ter ficado preso por mais tempo que o imposto em sua sentença, ou ter permanecido em regime mais gravoso que aquele que efetivamente faria *jus*, decorrente da inércia do Estado de efetivar direitos legítimos e consolidados, isto é, adquiridos e acobertados pelo manto do ato jurídico perfeito.

Em sentido afirmativo, há expressa disposição constitucional no art. 5º, dispositivo dos direitos e garantias fundamentais, que alberga a postulação de reparação indenizatória, por ter o apenado permanecido preso, além do tempo devido. O entendimento do STJ<sup>[i]</sup> e STF<sup>[ii]</sup> têm trilhado, no sentido de que, exceto, nas situações de erro judiciário e de prisão, além do tempo fixado na sentença, nos termos do art. 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal, bem como, nos casos previstos em lei, a regra é a de que o art. 37, § 6º, da Constituição não se aplica aos atos jurisdicionais, quando fundamentados, de forma regular e para o fiel cumprimento do ordenamento jurídico.

Por esta razão, é que o descaso estatal e o abandono pode sair muito mais caro do que a concessão de direitos legítimos e consolidados, em especial, ausência de cálculo de pena, que repercute na agilidade em aferir eventuais benefícios que o apenado faça *jus*, já que a manutenção do sentenciado custodiado mais tempo do que deveria, ou em regime diverso do qual deveria estar, decorre exclusivamente da demora estatal

de dar tempestivamente a quem de direito, em conformidade com os ditames da justiça distributiva.

#### **4. Amplitude subjetiva e objetiva dos meios judiciais de solicitação de cálculo de pena**

Noutro giro, outrossim, é de alto relevo, saber qual instrumento judicial que deve ser manejado para se obter a elaboração de cálculo.

O cálculo de pena deve ser elaborado, de ofício, anualmente, sob pena de responsabilidade da autoridade judicial. Todavia, nas hipóteses em que este não for elaborado no prazo legal, inaugura-se a dúvida sobre a medida judicial adequada para se elaborar o cálculo de pena.

Na esfera normativa da execução penal, tem-se alguns instrumentos de provocação jurisdicional. São eles: simples petição, agravo de execução e excesso ou desvio. Vejamos o disposto na Lei de Execução penal:

*“(...) Art. 185. Haverá excesso ou desvio de execução sempre que algum ato for praticado além dos limites fixados na sentença, em normas legais ou regulamentares.*

*Art. 197. Das decisões proferidas pelo Juiz caberá recurso de agravo, sem efeito suspensivo.*

*Art. 41 - Constituem direitos do preso:*

*(...)*

*XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito (...).”*

Cabe pontuar que inexistente petição tarifada na execução penal, podendo o apenado valer-se de diversos instrumentos para ter seu benefício apreciado. Diga-se, de passagem, que o juiz, até mesmo, de ofício, pode decidir em favor do apenado. Na verdade, o reeducando, por simples requerimento manuscrito, pode se dirigir ao magistrado, ou a qualquer autoridade da execução penal. Inexistente monopólio do *jus postulandi*, como forma de assegurar o pleno acesso do apenado à Justiça. A simplicidade reina na Execução Penal, inexistente o culto à formalidade excessiva, ou melhor, esta não deve ser buscada.

Afirmo ainda, que a legitimidade para se postular o cálculo de pena é ampla, não se restringindo ao apenado, defensor, mas a qualquer órgão de execução penal, terceiro interessado (familiares), por se tratar de matéria de ordem pública e interesse da execução penal.

## **5. Conclusão**

Diante da turbada realidade do sistema carcerário brasileiro (celas superlotadas e imundas, sem areação adequada ou luminosidade suficientes, atos extremos de brutalidade, como os atos praticados no complexo de Pedrinhas, em São Luís, no Maranhão, ou mesmo, da recente situação de falta de alimentos, a exemplo, do ocorrido no estado do Piauí) cabe pontuar que a ausência de cálculo de pena lesiona a incolumidade física e moral dos presos, e acarreta, por insuficiência do Estado, a permanência indevida do condenado em regime por mais tempo no sistema prisional, clara infração aos princípios atinentes ao processo de execução penal (progressividade, da legalidade, da reeducação do condenado e da humanização da pena), trazendo

punições severas à toda sociedade(custeio dos apenados) e afetando os resultados quanto à recuperação do reeducando e diminuição do índice de reincidência e criminalidade.

Não busco, aqui, solução, muito embora todos saibamos qual seria (mais educação, saúde, base familiar e empregos), por ser palavra retórica retumbante, simplista e oca. Busco um repensar de nossos conceitos, princípios e valores, ou melhor, da sociedade em que vivemos.

Destarte, o atestado de pena a cumprir é um forte instrumento de ressocialização, escopo magno da execução penal, razão pela qual cabe ao Estado atuar com celeridade e tempestividade, imperativos axiológicos que se espraiam em todo o ordenamento jurídico, de forma a evitar a eternização de situações jurídicas, ou supressão de direito ilegítimamente, devendo tais princípios serem observados e plenamente efetivados na execução penal ramo, em que os jurisdicionados se encontram em constante estado de vulnerabilidade.

**Notas:**

[i] Brasil. STJ. REsp 872630 / RJ. Relator(a) Ministro FRANCISCO FALCÃO. Ministro LUIZ FUX. Data do Julgamento 13/11/2007. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=indeniza%E7%E3o+pela+pris%E3o+al%E9m+tempo&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=indeniza%E7%E3o+pela+pris%E3o+al%E9m+tempo&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO).

[ii] Brasil. STF. ARE 770931 AgR / SC. Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI. Julgamento: 19/08/2014. Disponível:<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia>



.asp?s1=%28indeniza%E7%E3o+prisao+alem+do+tempo%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/qe7xszy.

## 6. Referências

ALBERGARIA, Jason. Das penas e da Execução Penal. 2ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

ALEXY, Robert. “Teoria de los derechos fundamentales”. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BARROSO, Luís Roberto. “Curso de direito constitucional contemporâneo”. São Paulo: Saraiva, 2010

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral. 11. Ed. São Paulo: 2007, Vol. 1.

DELMANTO, Celso. e outros. Código Penal Comentado. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DOTTI, Rene Ariel. Curso de Direito Penal: parte geral. 3. Ed. São Paulo: RT, 2010.

Execução Penal, São Paulo : Max Limonad,1987.

JAKOBS, Günther, e MELIÁ Manuel Cancio. Direito Penal do Inimigo - Noções e Críticas. 2ª edição. Tradução: André Luís Callegari e Nereu José GIACOMOLLI. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Vol. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MARCÃO, Renato. “Curso de execução penal”. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução Penal. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MIRANDA, Rafael de Souza. Excesso de execução.. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2370, 27 dez. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14077>>. Acesso em: 27 maio 2015.

NOVELINO, Marcelo. “Direito constitucional”. São Paulo: Método, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 8ª ed. São Paulo: RT, 2011.

OTTOBONI, Mário. Ninguém é irrecuperável. 2º ed. ver. e atual. São Paulo: Cidade Nova, 2001.

ROMANO, Rogério Tadeu. Questões sobre execução da pena. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 4178, 9 dez. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/32734>>. Acesso em: 05 jun 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 7ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

## ATO-FATO JURÍDICO EM FACE DA BIPOLARIDADE DA RELAÇÃO OBRIGACIONAL

**ALAN CARVALHO SANTOS:**  
Bacharelado do Curso de Direito do Centro  
Universitário AGES; Ex Estagiário do Balção  
de Justiça e do da Vara Cível da Comarca de  
Ribeira do Pombal -BA; Secretário do Centro  
Educativo A.S. Ltda.

**RESUMO:** A discussão gira em torno da relação obrigacional, principalmente sobre os elementos, pólo passivo, pólo ativo e a devida prestação. A pretensão deste artigo é demonstrar ainda que breve a origem do vínculo obrigacional plasmado no suporte fático gerado a partir de um ato-fato jurídico.

**Palavras-Chaves:** Ato-fato, Vínculo, obrigação;

---

### INTRODUÇÃO

Em uma obrigação a relação entre sujeito ativo e passivo, se dá por um vínculo obrigacional ligada a determinada prestação como dita em qualquer doutrina civil. O que se prende aqui é a tentativa de estabelecer um esboço de natureza fática, onde se encaixe o vínculo independentemente da atuação da vontade nos atos que lhe deram origem, ou pouco importando.

Nessa trilha, segue-se a necessidade de entender o ato-fato e sua intrínseca relação com o emanar do vínculo obrigacional.

A estrutura da obrigação está centrada no vínculo. Constituído por uma prestação, sendo, portanto a corrente entre os pólos. O ato-fato jurídico é a peça principal nessa tentativa existindo como fator dissolúvel, capaz de revelar a real natureza do vínculo obrigacional.

### **Ato – Fato Jurídico**

Na conceituação de ato-fato jurídico podemos distinguir dois instantes, o primeiro é quando se dá origem dos fatos, gerados por atos jurídicos, e o segundo são os fatos que surgem integrando-se ao mundo, no qual estabelecerão algum tipo de efeito.

No primeiro existe a atuação da vontade mediante atos, já no segundo forma-se um suporte fático, nada além das consequências, efeitos e fins dos atos praticados em princípio. A vontade não importa, ao contrário dos efeitos agora existentes no mundo fático. Salienta Bernardes de Mello (2008, p.136):

Como o ato que esta à base do fato é da substância do fato jurídico, a norma jurídica o recebe como avolitivo, abstraindo dele qualquer elemento volitivo que, porventura, possa existir em sua origem; não importa, assim, se houve ou não, vontade em praticá-lo.

O ato-fato jurídico nesse sentido em tido como elementos relacionados. Onde, um ato gera fatos e fatos geram consequências. São estas que verdadeiramente importa para o estabelecimento do vínculo obrigacional, como adiante exposto.

#### **A estrutura da obrigação**

Uma relação jurídica é estabelecida entre dois sujeitos, pólo ativo e pólo passivo, sendo aquele titular de direito, e esse de dever. A relação jurídica é em outras palavras uma relação direito-dever. Norberto Bobbio (2001).

Logo, os sujeitos da obrigação estão ligados um por direito outro por dever. Segundo Clóvis Bevilacqua (2008), a obrigação consiste num complexo de normas regentes de relações jurídicas. Onde um sujeito tem como objeto uma prestação com outro. É como bem define Stolez (2008), um direito-dever pautado em um vínculo decorrente de um objeto fático em relação a dois sujeitos.

Segundo Bernardes de Mello (2008, p.136):

Com esse tratamento, em coerência com a natureza das coisas, ressalta-se a consequência fática do ato, o fato resultante, sem se dar maior significância à vontade em realizá-lo. A essa espécie denomina-se ato-fato jurídico, com que procura destacar a relação essencial existente entre o ato humano e o fato de que decorre.

Nesse sentido notifica Sílvio de Salvo Venosa, (2004, p.397):

O ato-fato jurídico, nessa classificação, é um fato qualificado pela atuação humana. Nesse caso, é irrelevante para o direito se a pessoa teve ou não a intenção de praticá-lo. O que se leva em conta é o efeito resultante do ato que pode ter repercussão jurídica, inclusive ocasionando prejuízos a terceiros.

O vínculo corresponde a ligação fática e não de vontade dos sujeitos, pois a atuação da vontade é mero pressuposto de ato que origina fatos e são estes merecedores do destaque no mundo jurídico sustentando a relação jurídica.

No ato-fato, o ato tem aptidão de gerar fatos, entretanto nem sempre faz. Para existência da obrigação e do vínculo bipolar é necessário uma correspondência dos sujeitos da relação, uma simetria de interesses com efeitos no mundo jurídico.

### CONCLUSÃO

Em geral, podemos dizer que o vínculo da obrigação existe um ato-fato, em que o primeiro desenvolve a atuação da vontade que caracteriza os fatos, todavia não são eles, os atos, que determinam a natureza do vínculo na relação bipolar, mas diretamente seus efeitos no mundo jurídico passando a existir realmente.

Em suma, se alguém declara a vontade de prejudicar outrem, todavia não faz existe apenas uma vontade, um fato não prejudicial ou qualquer efeito. Porém, se procede com uma conduta lesiva dá início a um ato-fato jurídico, ou seja, um ato humano gerou um fato decorrente. Daí o vínculo se estabelece, onde o sujeito ativo o prejudicado, tem um direito em face do sujeito passivo, relação direito-dever.

### REFERÊNCIAS

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**. Plano da existência. 15ed. São Paulo. Saraiva. (2008).

VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**. São Paulo. ATLAS.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Bauru. EDIPRO.

GAGLIANO, Pablo Stolez. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo. Saraiva. (2002).

## O DISCURSO RELIGIOSO X O DISCURSO DO JOVEM ATUAL

**SHIRLEI MARIA DA SILVA COSTA:**  
Acadêmica da Faculdade AGES.

### 1. INTRODUÇÃO

O papel do jovem na sociedade atual é de fundamental importância. A juventude quer ser ouvida, respeitada, para isso almeja perspectivas e melhores condições de vida.

Nesse sentido, a energia e entusiasmo que esbanjam no auge de sua idade propiciam movimentos na busca da valorização e satisfação de seus desejos a fim de tornar a sociedade mais igualitária.

A fim de tornar uma sociedade comum a todos, sem preconceitos, alguns jovens se mobilizam em formar grupos de estudo bíblico com intuito de conhecer a palavra de Deus, bem como de constituir seu perfil de um cidadão que segue os ensinamentos do Pai.

A mobilização desses jovens em prol da religião era contagiante, pois além dos Jovens, toda a comunidade católica “abriu os braços” para receber tão majestoso momento e o Santo Padre, o Papa Francisco.

Esse movimento incentivou também a Juventude nacional à construção de cada indivíduo, como ser cidadão e acima de tudo, cristão de fé e de nome.

### 2. A VARIABILIDADE DISCURSIVA EM DIFERENTES COMUNIDADES E RELAÇÃO COM O DISCURSO RELIGIOSO

A sociedade atual vivencia um momento de muitos conflitos e manifestações sociais.

Essas manifestações “são necessárias para a construção da vida política de um povo” (trecho retirado da internet). Nesse sentido, a juventude utiliza das redes sociais para viabilizar o poder das manifestações.

É sabido que a sociedade civil organiza as manifestações e, por consequência, tem promovido transformações consideráveis na comunidade.

A sociedade cristã, também resolveu manifestar-se. Os jovens se uniram em prol de celebrar a Cristo, esse movimento conhecido como JMJ (Jornada Mundial da Juventude), realizando neste ano, na cidade do Rio de Janeiro/RJ, com a finalidade de reunir jovens de todas as partes do mundo.

Esses jovens que participaram recentemente da JMJ, consistia em grupos pastorais e/ou diocesanos que buscam conhecer e vivenciar a Palavra de Deus.

A participação desses jovens em eventos e momentos de interação religiosa consistem em grupos juvenis formados quer seja por afinidade, quer por influência da família, e/ou até mesmo, interesses em relacionamentos entre atuantes e frequentadores das PJs.

A conquista de uma amizade é acima de qualquer coisa, respeitar e admirar o outro o qual a vida nos aproxima. As relações de amizade decorrente a partir das PJs possuem um objetivo comum, o encontro com Deus, nessa nova amizade a partilha de experiências é fundamental, afinal todo indivíduo é diferente.



A presença da outra pessoa na nossa vida age como um espelho que reflete aquilo que muitas vezes, ainda precisa ser trabalhado em nós. Compartilhar experiências nos ajuda a tomar consciência de que não somos autossuficientes como acreditávamos. (MOURA, 2010, p.17)

Ou seja, é comum julgar alguém, principalmente entre jovens, sobre a prática daqueles que participam das PJs e dos que não frequentam. O que se observa é que muitos dos atuantes de pastorais não vivenciam a “risca” o que propõe os ensinamentos católicos.

O julgamento da sociedade refere-se, principalmente, aos relacionamentos dos jovens, já que a Igreja propõe a castidade e muitos dos atuantes de pastorais acabam por não vivenciar a Palavra e caem no pecado. O professor Felipe Aquino ressalta:

O jovem que quer se manter puro e casto antes do casamento, terá que fugir de toda ocasião que possa excitar a paixão: livros, revistas, filmes eróticos, bem como, no namoro, toda ocasião que possa proporcionar uma vivência sexual precoce. (2012, p.122)

O que muitos desconhecem que há casos, onde os encontros com os jovens proporcionam a tentativa de fugir do pecado, onde a castidade já não mais existe, no casal de namorados.

Nesse sentido é importante que o casal tenha maturidade na fé que professa. Já que namorar é fundamental, afinal Deus criou o homem e a mulher para casamento, então o namoro consiste em uma “fase

preparatória a qual o casal se conhece, verificando valores e afinidades”. (AQUINO, 2012, p.52)

Por fim, as participações juvenis em grupos pastorais religiosos transcendem o âmbito de conhecer os ensinamentos de Deus, compreendem também a construção de valores e caráter do jovem para a formação futura, pois almejam com melhores condições de vida e com respeito ao próximo.

### 3. CONCLUSÃO

Na finalidade de somar elementos à construção cidadã do jovem a aplicabilidade de textos bíblicos, notícias mundiais, vídeos e slides para que ocorra um diálogo reflexivo referente às manifestações socioculturais, faz-se importante em relação à vida jovem, a prática pós conhecimento da Palavra, e os ensinamentos religiosos.

Dessa forma, portanto, a partilha dos encontros comuns do grupo, bem como saída em missões e encontros juvenis, assim como, o diálogo existente sob ele, fazendo-se refletir as variedades ao passo das diversas comunidades que jovem é participe.

### 4. REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO

AQUINO, Felipe Rinaldo Queiroz de. **Namoro**. 42ª ed. Lorena: Cléofas, 2012.

GONÇALVES, Adriano. **Nasci pra dar certo**. 8ª ed. São Paulo: Editora Canção Nova, 2011.

MOURA, Dado. **Relações Sadias – Laços Duradouros**. 3ª ed. São Paulo: Editora Canção Nova, 2010.

**MOVIMENTOS SOCIAIS**, artigo retirado do site: [www.escolabrasil.com.br/movimentos/sociais](http://www.escolabrasil.com.br/movimentos/sociais), em 16/08/2013 às 8:23h.

## O INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA: AVANÇOS E RETROCESSOS NO ÂMBITO FAMILIAR

**BRUNA NEVES ROCHA:** Graduanda do Curso de Bacharelado em Direito. Faculdade Guanambi-FG/CESG.

Orientadora: **Deborah Marques Pereira Clemente** - Professora do Curso de Direito/Engenharia Civil. Mestre em Desenvolvimento Social (UNIMONTES). Faculdade Guanambi – FG/CESG.

---

**RESUMO:** O presente artigo dispõe sobre a regulamentação da guarda compartilhada abordando as características inerentes a esse modelo, aplicação no Direito de Família e as reflexões das consequências de sua instituição na relação entre filhos e pais, após a ruptura conjugal. Focou-se na legislação brasileira, com a análise da Lei 11.698/2008 que introduziu a guarda compartilhada no ordenamento jurídico. Logo após iniciou-se o estudo das perspectivas contemporâneas advindas com a publicação da Lei 13.058/2014 que modificou os artigos do CC/2002 inerentes a guarda, priorizando a aplicação do compartilhamento quando não houver acordo entre os pais. O objetivo desse trabalho é estudar a guarda conjunta por meio das leis que a inseriram no ordenamento jurídico brasileiro, apontar as consequências da Lei 13.058/2014 e explicar acerca das vantagens e desvantagens de aplicá-la. Para alcançar o objetivo almejado foram utilizadas doutrinas de renomados autores e artigos científicos que tecem a respeito do tema em questão. A utilização da legislação e da jurisprudência também foi de extrema importância para aprofundar no estudo da guarda e delimitar as principais considerações. Por fim, através da abordagem do tema pode-se concluir que incidem mais vantagens à aplicação da guarda

conjunta por priorizar o convívio com ambos os genitores. Quanto à desvantagem, esta tem maior foco quando houver intensos conflitos e discórdias dos pais. Através dos fundamentos apresentados busca-se auxiliar os genitores que terão uma ferramenta que liga o conhecimento a prática individual.

**Palavras-chave:** Filhos. Genitores. Guarda conjunta. Ruptura Conjugal.

**The institute of shared storage: progress and setbacks in the family scope**

**ABSTRACT:** This article provides for the regulation of the shared custody addressing the inherent characteristics of this model, application in the Family Law and the reflections of the consequences of your institution in the relationship between children and parents, after marital breakdown. It focused on the Brazilian legislation, with the analysis of Law 11,698 / 2008 which introduced joint custody in the legal system. Soon after he began the study of contemporary perspectives stemming from the publication of Law 13,058 / 2014 changed the articles of the CC / 2002 inherent custody, prioritizing the implementation of the share when there is no agreement between the parents. The aim of this work is to study joint custody through the laws that inserted the Brazilian legal system, pointing out the consequences of Law 13,058 / 2014 and explain about the advantages and disadvantages of applying it. To achieve the desired objective doctrines have been used by renowned authors and scientific articles that weave on the subject in question. The use of legislation and case law was also of utmost importance to deepen the study of the guard and define the key considerations. Finally, through the theme approach can conclude that focus more advantages to the implementation of joint custody to prioritize living with both parents. As for the downside, it has greater focus when there is intense conflict and discord of the parents. Through the pleas seeks to assist parents who will have a tool that connects knowledge to individual practice.

**Keywords:** Children. Parents. Joint custody. Marital break.

## INTRODUÇÃO

Durante a história do poder familiar, explana Dias (s/a, p. 1) que a prole costumava ficar sob a guarda da mãe, pois esta possuía maior capacidade de exercê-la, afinal, não trabalhava fora permanecendo a todo tempo presente em casa estando disponível para as tarefas do lar e para os cuidados com os filhos. Já o pai era a figura do genitor que se dedicava ao trabalho para manter o sustento da família e que conseqüentemente passava menos tempo no lar. Porém, os anos se passaram e houve a evolução do âmbito familiar, atualmente o homem e a mulher são equiparados e ambos estão inseridos no mercado de trabalho não havendo mais a imensa desigualdade de antes.

Com a evolução decorrente no poder familiar, buscou-se que havendo a dissolução do vínculo conjugal fosse instituída uma modalidade de guarda na qual ambos os genitores exercessem-na de forma igualitária, possuindo os mesmos direitos e deveres e convivessem conjuntamente com os filhos.

O instituto da guarda compartilhada foi introduzido no ordenamento jurídico com a redação da Lei nº. 11.698/2008. Antes mesmo desta nova legislação, diversos Tribunais Estaduais e o próprio Superior Tribunal de Justiça já utilizavam seu preceito em suas decisões. Esta nova Lei disciplinou a respeito da guarda unilateral e da guarda compartilhada, estabelecendo a aplicação desta sempre que possível. (BRASIL, 2008)

Mesmo com a previsão legal da guarda compartilhada, esta modalidade ainda era pouco aplicada. A partir de então, com o objetivo de priorizar esse tipo de guarda, foi publicada a Lei 13.058/2014 que modificou os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil de 2002, determinado a aplicação da mesma sempre que não houver acordo entre os pais, a não ser que o pai ou a mãe declare que não deseja a guarda do filho. (BRASIL, 2014)

Com a introdução deste tipo de guarda, o exercício dos direitos e deveres e a responsabilização devem ser realizados conjuntamente pelos pais que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos em comum.

O objetivo deste trabalho é estudar o instituto da guarda compartilhada, analisar as leis que a regulamentaram no ordenamento jurídico, quais as alterações contemporâneas advindas da Lei 13.058/2014 e finalmente obter considerações acerca das vantagens e desvantagens da aplicação desse modelo na formação da criança para responder ao seguinte questionamento: A aplicação da guarda compartilhada representa mais vantagens ou desvantagens para o bem estar da criança, do adolescente e dos pais?

Para alcançar o objetivo descrito, o texto foi dividido em tópicos que explanam primeiramente a guarda de uma forma geral, logo após a guarda compartilhada e a Lei 11.698/2008. Posteriormente, chegamos a análise contemporânea da Lei 13.058/2014 que priorizou a aplicação dessa modalidade de guarda, e para finalizar, as vantagens e desvantagens acometidas pelo modelo.

Justifica-se o estudo do tema, pelo fato de se tornar cada vez mais comum a separação dos casais e a eterna disputa pela guarda dos filhos. Conseqüentemente, se faz necessário que sejam tecidas as principais considerações sobre o instituto da guarda e principalmente sobre a guarda compartilhada, pelo fato de esta ser priorizada, explanando as vantagens e as críticas quanto a sua aplicação no âmbito familiar, auxiliando aos genitores que terão uma ferramenta que liga o conhecimento a prática individual.

## **METODOLOGIA**

O presente trabalho trata-se de uma revisão de literatura, na qual para se alcançar os objetivos almejados, foram utilizadas doutrinas renomadas do Direito de Família, que proporcionaram um amplo estudo acerca do tema em questão colhendo-se as informações necessárias. Além das vias doutrinárias o estudo

bibliográfico também foi realizado por meio de artigos científicos que acrescentaram bastante nas considerações e conclusões.

Foram utilizadas legislações que contribuirão exorbitantemente para a compreensão de como a modalidade compartilhada de guarda foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro.

Para atingir um resultado satisfatório utilizaram-se jurisprudências demonstrando os entendimentos dos Tribunais de Justiça acerca do tema e como se deu a aplicação dos julgados.

### **CONSIDERAÇÕES SOBRE A GUARDA E PROTEÇÃO À PESSOA DOS FILHOS**

A guarda corresponde à convivência que se dá entre os pais ou responsável com a prole, detendo aqueles a responsabilidade sobre os filhos comuns em relação à criação, formação, educação, orientação, vigilância, assistência, controle e cuidados especiais. Significa a custódia que é devida aos filhos pelos pais como forma de proteção. Quanto aos filhos, estes devem respeito e obediência a seus pais e também alimentos. A respeito do tema ensina Nader (2013, p. 258) que:

A relação entre pais e filhos independe do *status familiae* dos primeiros. Estes, em qualquer situação jurídica em que se encontrem, devem assistência aos filhos menores e aos maiores incapazes. Após a disciplina da separação e do divórcio, o Código Civil dispõe sobre a proteção devida pelos separados e divorciados aos seus filhos.

Os pais possuem o dever de custódia quanto a seus filhos, independentemente de qual seja o status familiar. Com o divórcio esses deveres não são cessados, pelo contrário, eles continuam a fazer efeitos, não sendo o genitor desvinculado de suas responsabilidades para com a prole.

Conforme os entendimentos de Canezin (s/a, p. 3):

Destina-se a guarda primeiramente a assistência material do menor, à sua educação e seu desenvolvimento saudável. Compreende o direito de guarda, justamente, o direito de vigilância, pois aos pais é dada a responsabilidade de reclamar seus filhos de quem ilegalmente os detenha, vigiar-lhes as amizades e convivência, proibir a frequência a certos lugares prejudiciais à sua moral e saúde, dentre outros deveres

Definir esse instituto é uma tarefa árdua devido à amplitude de fatores que enseja o poder-dever sobre os filhos. Por um lado podem-se observar os direitos inerentes à pessoa dos pais, e por outro ângulo os inúmeros deveres a que estes se submetem para manter uma relação saudável favorecendo o melhor desenvolvimento do menor.

No estudo da guarda compreende Maximovitz (2013, p. 25) que: “a guarda é um direito e um dever relativo a um dos pais, com relação ao cuidado e proteção do filho, que deve ser educado e sustentado até atingir sua maioridade, para ser um sujeito com uma vida digna”.

Fazendo referência aos institutos legais que disciplinam a guarda no ordenamento jurídico brasileiro dispõe Grisard Filho (2014, p. 59):

A guarda não se define por si mesma, senão através dos elementos que a asseguram. Conectada ao poder familiar pelos arts. 1.634, II, do CC e 21 e 22 do ECA, com forte assento na ideia de posse, como diz o art. 33, par. 1º, dessa Lei especial, surge como um direito-dever natural e originário dos pais, que consiste na convivência com seus filhos e é o pressuposto que possibilita o exercício de todas as funções parentais, elencadas naquele artigo do CC.



Conforme se pode observar a guarda está prevista legalmente na legislação brasileira no Código Civil e no ECA, delimitando o significado deste instituto e qual a sua importância no exercício das funções parentais e na realização da convivência com os filhos.

#### **GUARDA COMPARTILHADA: DISCIPLINA DA LEI 11.698/2008**

Com o passar das décadas o direito de família, assim como os demais ramos do direito, tiveram uma evolução muito grande e conseqüentemente buscou-se a legitimação de novos modelos normativos de guarda para atender as necessidades do poder familiar.

A modalidade mais utilizada na história do poder familiar foi a guarda unilateral, a qual se restringe a apenas um dos pais, exercendo este unilateralmente os direitos e deveres concernentes a prole. Na maioria dos casos quem passa a exercer a guarda unilateral é a mãe, por ser caracterizada como o sexo com maior habilidade para essa atribuição.

Nesse sentido aduz Grisard Filho (2014, p. 184):

O sistema de guarda única, invariavelmente concedida à mãe, não mais atendia a vasta e crescente problemática da guarda de filhos após a dissolução da sociedade conjugal- do casamento ou da união estável. Sobravam efeitos patológicos a quem estava em fase de constituição de sua personalidade. Colocados os interesses do menor como fundamentos básicos à solução de qualquer questão que lhe diga respeito, a extrema proteção de seus direitos (art. 227 da CF), a guarda compartilhada surge para responder as exigências daquele princípio, reequilibrando os papéis parentais nos cuidados aos filhos menores de idade ou maiores incapazes.

Algumas famílias começaram a adotar consensualmente a modalidade compartilhada da guarda, na qual a uma divisão da responsabilidade de criação e educação da prole entre os pais. Pais e mães separados na condição conjugal que eram a favor desse instituto começaram a repercutir pelo Brasil e pelo mundo aumentando o debate acerca do tema, o que provocou a apresentação de um projeto de lei que instituiria a guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro.

Através da guarda compartilhada, os pais respondem solidariamente pelos atos dos filhos menores, detendo ambos o poder familiar. A responsabilidade dos pais resulta antes da guarda que do poder familiar, desde o momento que o detém são responsáveis pela prole.

O referido projeto foi convertido na Lei 11.698/2008 que alterou os arts. 1.583 e 1.584 da Lei 10.406, de 10.01.2002- Código Civil, para disciplinar e instituir a guarda compartilhada. Com relação à implementação da nova lei, disciplina Grisard Filho (2014, p.187): “A normatização legal trazida pela nova lei assegura a ambos os pais a responsabilidade conjunta, conferindo-lhes de forma igualitária o exercício dos direitos e deveres concernentes à autoridade parental.”.

A lei introduziu a denominada guarda compartilhada, viabilizando-se um âmbito diferente com o propósito de se encarar a guarda com mais responsabilidade e a permitir que ambos os progenitores a exerçam. O texto legal modificado menciona duas formas de guarda: unilateral ou compartilhada. A guarda dos filhos pertence a ambos os genitores, apenas se individualizando quando há separação de fato ou de direito dos pais.

Conforme os ensinamentos de Grisard Filho (2014, p. 188):

A Lei 11.698/2008 representa importante mudança de paradigma, mudança impulsionada pela intervenção de várias disciplinas, para acompanhar as transformações sentidas na sociedade e, de consequência, na forma de

família. Nessa, a responsabilidade e o afeto em suas relações. A guarda compartilhada, agora expressamente admitida no direito brasileiro, resgata e equilibra o exercício do poder familiar no pós-divórcio, reafirmando a complementaridade das funções paterna e materna na formação da personalidade dos filhos.

O instituto da guarda compartilhada encontra previsão no artigo 1.583, § 1º do Código Civil, com a nova redação dada pela Lei nº. 11.698/2008, conceituando-a como: “a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivem sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.” (BRASIL, 2002, p. 261)

Em consequência a dissolução do vínculo conjugal os pais passam normalmente a viver em ambientes distintos, a partir desse momento é discutido o tema da guarda, que seria a responsabilização de um dos pais por seu filho, exercendo direitos e deveres. Com a redação da guarda compartilhada esta responsabilização passa a ser conjunta, ou seja, tanto o pai quanto a mãe, de forma igualitária, exercitarão os direitos e deveres concernentes à autoridade parental.

Conforme explana Gonçalves (2010, p. 284), mesmo antes da instituição da mencionada lei a doutrina e a jurisprudência já vinham fazendo referência sobre a inexistência de restrição legal do encargo da guarda dos filhos menores a ambos os pais, depois da extinção da vida conjugal, sob a forma de guarda compartilhada. O Estatuto da Criança e do Adolescente também já vinha dispor sobre os direitos à convivência familiar, demonstrando a importância repercutida pelo tema para o convívio das crianças com seus pais e a repercussão sobre seu desenvolvimento.

Destarte conforme aduz Gonçalves (2010, p. 285):

Sempre, no entanto, que houver interesses dos pais e for conveniente para os filhos, a guarda compartilhada deve ser incentivada. Esta não se confunde com guarda alternada, em que o filho passa um período com o pai e outro com a mãe. Na guarda compartilhada, a criança tem o referencial de uma casa principal, na qual vive com um dos genitores, ficando a critério dos pais planejarem a convivência com suas rotinas quotidianas e, obviamente, facultando-se a visita a qualquer tempo.

Conforme explicitado pelo doutrinador, um ponto importante é o fato que os pais devem residir em locais próximos havendo uma casa de referência para a criança. Quando se separam e passam a morar em locais distantes, a guarda deverá ser provida a um dos genitores, pois para o desenvolvimento do filho isso traria consequências negativas.

Rizzardo (2014, p. 240) explana sobre as várias condições que são exigidas para se admitir o instituto da guarda compartilhada. O deferimento não será feito pelo mero pedido das partes, deverá haver uma relação apropriada entre os pais separados, um clima de harmonia que conseqüentemente despontará o entendimento, o diálogo, o amadurecimento, a tolerância. Se houver constantes brigas, acusações, inimizades, com certeza não poderá existir esse tipo de guarda, pois prejudicará o próprio filho. A maioria das separações é acompanhada por mágoas e ressentimentos que extravasam e são utilizadas como pretexto para atingir um ao outro, com a utilização dos filhos.

Existindo um ambiente favorável, no divórcio consensual se fará a opção pela guarda compartilhada, porém havendo a inviabilidade para esse tipo de guarda, será imposta a denominada unilateral, cuja regulamentação encontra-se prevista no § 2º do art. 1.583:

Art. 1.583, § 2º, CC. A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para apreciar aos filhos os seguintes fatores:

I- Afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;

II-Saúde e segurança

III-Educação. (BRASIL, 2002, p. 261)

Conforme se observa no artigo supracitado, o guardião da guarda unilateral deve ser aquele que possuir maiores condições de proporcionar afeto, saúde, segurança e educação ao menor, sendo estes os fatores indispensáveis para um crescimento físico e psicológico saudável da criança.

O art. 1.584 do Código Civil, com a nova redação dada pela Lei 11.698/2008, preceitua que:

Art. 1.584, CC. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

I- Requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

II- Decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe. (BRASIL, 2002, p. 261)

Gonçalves (2010, p. 286) salienta, que a guarda compartilhada pode ser, de acordo com o art. 1.584, estabelecida mediante consenso ou determinação judicial. Poderá ser buscada em ação autônoma, caso não convencionalizada na ação

de separação, divórcio ou união estável e também pode ser requerida por qualquer um dos pais em ação própria.

O § 2º do dispositivo acima dispõe que: “quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.”. Parece uma tarefa difícil à aplicação desse dispositivo, visto que, o exercício conjunto da guarda somente haverá quando os genitores concordarem e atenderem seus benefícios, caso não concordem esta tarefa seria inócua.

Assinala Venosa (2012, p. 187):

A guarda compartilhada dos filhos por ambos os pais separados ou divorciados também deve ser objeto de exame no caso concreto. O projeto de lei do Estatuto das Famílias, no capítulo referente à guarda dos filhos e ao direito de convivência, aconselha ao juiz a optar pela guarda compartilhada sempre que possível, assegurando-se sempre a convivência de ambos os pais.

O texto do § 1º inserido ao art. 1.584, impõe ao juiz o dever de informar aos pais o significado e como funciona a guarda compartilhada. O § 3º do mesmo dispositivo legal orienta as atribuições dos períodos de estadia com cada um dos pais e contribuições no sustento dos filhos, à assistência quanto à saúde e educação, períodos de convivência estabelecendo os dias em que permanecerão com o genitor com o qual não residem. Deverá consequentemente, haver um lar, uma residência central fixa de referência na vida dos filhos.

O § 4º dispõe sobre a obrigatoriedade de seguir e obedecer aos compromissos constantes da guarda, em qualquer de suas modalidades, sob consequência de serem reduzidas as prerrogativas previstas para o genitor. O § 5º autoriza o juiz a outorgar para outras pessoas a guarda, se for constatado ser inconveniente para os filhos à criação e formação pelos pais.

Rizzardo (2014, p. 242) aduz que a guarda deve buscar o interesse dos filhos, devem-se evitar problemas emocionais e criar uma rela o de maturidade nos pais, evitando sentimentos rancorosos que irão refletir na pessoa dos filhos.

As repercussões a respeito da modalidade compartilhada da guarda não cessaram com o advento da Lei 11.698/2008, buscava-se ainda uma maior igualdade em rela o ao pai e a mãe exercendo uma divisão equilibrada do tempo de convivência, possibilitando a supervisão compartilhada dos interesses dos filhos. Nesse contexto, objetivado na busca da maior aplicabilidade da guarda compartilhada,   publicada a Lei n  13.058 de 22 de dezembro de 2014 que novamente alterou os artigos do Código Civil disciplinados sobre a guarda compartilhada, utilizando-a agora como regra quando não houver acordo entre os pais depois do divórcio.

#### **PERSPECTIVAS CONTEMPORÂNEAS: A LEI 13.058/2014**

Com a perspectiva de aumentar a aplicabilidade compartilhada da guarda no ordenamento jurídico brasileiro, foi publicada a Lei 13.058/2014 que alterou os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei n  10.406 de 10 de junho de 2002- Código Civil para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplica o.

A partir de então a guarda compartilhada passa a ser a regra, quando ocorre a dissolu o do vínculo conjugal, e não mais a exce o. Não havendo acordo entre os pais, esta modalidade de guarda estará assegurada, aplicando-se também nas rela oes conflituosas.

O   2  do art. 1.583 define que: “Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condi oes fáticas e os interesses dos filhos.” (BRASIL, 2002, p. 261). O legislador quer definir através desse dispositivo como deve ser aplicada essa modalidade de guarda, a ideia   uma divisão equilibrada do tempo de convivência com cada um dos pais, tornando-se possível a supervisão

compartilhada dos interesses da prole. No dispositivo em vigência anteriormente a publicação da lei, era definida a atribuição da guarda unilateral, conseqüentemente pode-se notar o quanto a guarda compartilhada foi priorizada com a nova Lei.

Deverá haver uma residência de referência para o menor, situando-se na cidade que melhor atender ao interesse dos filhos (CC 1.583, § 3º). A criança viverá em uma residência fixa, minimizando conflitos que poderiam ser ocasionados por mudanças rotineiras, proporcionando desta forma a equilibrada convivência com ambos os pais.

O § 5º foi acrescido ao artigo 1.583 dispondo que:

Art. 1.583, § 5º do CC/2002. A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos. (BRASIL, 2002, p. 261)

O texto dispõe expressamente que quando houver a guarda unilateral, aquela atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua, o pai ou a mãe que não a detenha estará obrigado a supervisionar a guarda mantida por quem a detenha, de acordo com os interesses do filho. Esta regra tem como objetivo fazer com que o genitor que não possua a guarda participe mais da vida do filho, estando de alguma forma mais presente.

A lei assegura legitimidade para solicitar informações e também prestação de contas a respeito de assuntos que dizem respeito à saúde física, psicológica e educação dos filhos, devendo qualquer órgão solicitado emitir as informações necessárias.



O artigo 1.584, § 2º dispõe um dos pontos mais importantes da Lei 13.058/14 que é o seguinte: “Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.” (BRASIL, 2002, p. 261)

A guarda compartilhada passa a ser estabelecida a partir de então como regra no ordenamento jurídico brasileiro, devendo ser aplicada sempre que não houver acordo entre os pais, até mesmo em situações de conflito. Antes de advinda a lei essa modalidade de guarda era estabelecida sempre que possível, conseqüentemente a modalidade unilateral ainda era aplicada em maior âmbito.

Pode-se notar a mudança que houve com a alteração deste dispositivo legal, pois a partir de então se busca que seja aplicada em número maior de casos a guarda compartilhada, com exceção dos casos em que um dos genitores declarar ao juiz que não deseja a guarda do menor, ou quando um dos pais não estiver apto para exercer o poder familiar, ou seja, não tiver possibilidade de obter efetivamente a guarda do filho. Essas circunstâncias serão analisadas pelo magistrado no caso concreto.

O juiz poderá utilizar-se de orientações técnico-profissional ou de equipe disciplinar, de ofício ou a requerimento do Ministério Público para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob a guarda compartilhada, de acordo com o art. 1.583, § 3º. O legislador acrescentou ao dispositivo o seguinte: “que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe”. (BRASIL, 2002, p. 261)

Assim, as orientações que podem ser utilizadas pelo juiz, tem como objetivo estabelecer a divisão equilibrada de quanto tempo deverá o filho permanecer sob a custódia do pai ou da mãe, evitando conflitos que possam advir por esses fatores que dizem respeito ao tempo de permanência com ambos.

Agindo o detentor da guarda com o descumprimento imotivado ou alteração não autorizada de cláusulas, de acordo com o art. 1.584, § 4º do CC/ 02, poderá como consequência a esses atos implicar a redução de prerrogativas atribuídas a ele. (BRASIL, 2002, p. 261)

O § 5º do artigo 1.584, CC expõe que se o juiz verificar que a guarda não deve permanecer com o pai ou a mãe, deverá deferi-la a pessoa compatível para adquirir a responsabilização da criança, dando preferência ao grau de parentesco e as relações de afetividade e afinidade. (BRASIL, 2002, p. 261)

Foi acrescentado o § 6º ao artigo 1.584, CC que dispõe o seguinte: “Qualquer estabelecimento público ou privado é obrigado a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de R\$ 200,00 (duzentos reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia pelo não atendimento da solicitação.” (BRASIL, 2002, p. 261)

A nova lei teve o propósito de disciplinar e regulamentar o valor da multa a ser paga pelos estabelecimentos que se recusarem a prestar aos pais informações sobre seus filhos. Um exemplo bastante peculiar é quanto à escola em que o filho estuda, pois com a instituição desse dispositivo legal a escola deverá prestar todas as informações solicitadas por qualquer um dos pais, sob pena de multa se negar a prestá-las.

Este é um ponto bastante vantajoso, pois dispõe aos genitores o direito de colher informações sobre a rotina de seus filhos, como a vida educacional, por exemplo, informações estas que inúmeras vezes eram rejeitadas por pedido do próprio genitor que detinha a guarda com o intuito de afastar o pai/mãe da vida do filho.

Foi instituída a esse dispositivo a aplicação de uma multa diária para os estabelecimentos que se negarem a prestar as informações requeridas pelos genitores. Essa multa visa regulamentar de forma efetiva a obtenção de informação pelo genitor que não detêm a guarda.

O artigo 1.585 define que em caso de medida cautelar que envolva guarda dos filhos, o texto da preferência a audiência das partes perante o juiz, com exceção dos casos em que a proteção ao interesse dos filhos exigirem a concessão de liminar sem a oitiva da outra parte, aplicando assim as disposições do art. 1.584. (BRASIL, 2002, p. 261)

Quanto aos deveres exercidos pelos pais no poder familiar, foi alterado o art. 1.634 acrescentando outros direitos e expondo que esses devem ser exercidos por ambos os pais independentemente de sua situação conjugal, ou seja, quer sejam casados quer sejam divorciados. Esses direitos estão dispostos a seguir:

Art. 1.634, CC. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

- I - dirigir-lhes a criação e a educação;
- II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;
- III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;
- V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;
- VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (BRASIL, 2002, p. 263)

Os incisos II, IV e V foram acrescentados ao artigo, com o objetivo de regularizar o fato de que ambos os pais devem exercer o poder familiar, independente da situação conjugal e da modalidade de guarda estabelecida, seja esta a unilateral ou a compartilhada.

Cabe também a ambos os genitores conceder ou negar consentimento para que o filho viaje para o exterior e para que mude sua residência permanente para outro município. Essas regulamentações são muito importantes, pois estabelecem legalmente as obrigações que são impostas aos pais, excluindo conseqüentemente as eventuais dúvidas no que diz respeito a quem esses deveres devem ser aplicados.

Após terem sido tecidas as informações sobre a modalidade compartilhada da guarda e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro através das Leis 11.698/2008 e 13.058/2014, passemos a analisar as vantagens e desvantagens da aplicação desse instituto no poder familiar.

### **VANTAGENS DA APLICAÇÃO DO MODELO COMPARTILHADO DE GUARDA**

A guarda compartilhada apresenta mais vantagens do que desvantagens vista de um modo geral, na opinião dos cientistas jurídicos. O principal motivo de ser contemplada como benéfica é o fato de manter conjunta a autoridade dos genitores, mesmo com a dissolução do vínculo conjugal, propiciando que ambos os pais participem conjuntamente da vida dos filhos, exercendo seus direitos e deveres.

Através desses entendimentos explana Grisard Filho (2014, p. 209-210):

A guarda compartilhada fez um corte epistemológico nos sistemas então vigentes- guarda única, guarda alternada, guarda dividida-, para privilegiar a continuidade com seus dois genitores após o divórcio, responsabilizando a ambos nos cuidados cotidianos relativos à educação e a criação do menor. Aqueles modelos não atendem a essas

expectativas e exigências. Na mão inversa, assegura aos filhos o direito a ter dois pais, de forma contínua em suas vidas, sem alteração: fica mantida a ligação emocional com seus dois genitores.

Nota-se que com a aplicação desse modelo serão mantidos os laços de afinidade minimizando os efeitos traumáticos que a separação dos pais ocasiona aos filhos, proporcionando a continuação da família com a participação de seus membros unidos.

A criança continuará a conviver sob a influência de quem supre os seus melhores sentimentos, fortalecendo desse modo seus aspectos físicos e psicológicos.

Neste mesmo sentido, destaca Dias (s/a, p. 1):

Em boa hora vem nova normatização legal que assegura a ambos os genitores a responsabilidade conjunta, conferindo-lhes de forma igualitária o exercício dos direitos e deveres concernentes à autoridade parental. Não mais se limita o não guardião a fiscalizar a manutenção e educação do filho quando na guarda do outro (CC 1.589). Ambos os pais persistem com todo o complexo de ônus que decorrem do poder familiar, sujeitando-se à pena de multa se agirem dolosa ou culposamente (ECA 249).

A guarda compartilhada é vista sob alguns aspectos como pendente ao desentendimento no poder familiar, porém desentendimentos são observados também em outras modalidades de guarda, não sendo este um argumento favorável para caracterizar a modalidade compartilhada da guarda.

Nesse mesmo sentido Galvão (2012, p. 95) aponta que as críticas relativas a aplicação da guarda conjunta demonstram ser esta mais propensa ao desentendimento, ocorre que esse argumento não é válido, pois nas outras modalidades de guarda pode-se observar também a existência de conflitos. Assim, a existência de desentendimentos independe do modelo adotado.

O novo instituto de guarda, priorizado em decorrência da Lei 13.058/2014, possui inúmeras vantagens tanto para os pais, quanto para os filhos que mesmo com a separação conjugal continuarão a conviver sob a companhia do pai e da mãe.

Conforme Grisard Filho (2014, p. 215):

Em relação aos pais a guarda compartilhada oferece múltiplas vantagens. Além de mantê-los guardadores e lhes proporcionar a tomada de decisões conjuntas relativa ao destino dos filhos, compartilhando o trabalho e as responsabilidades, privilegiando a continuidade das relações entre cada um deles e seus filhos, minimiza o conflito parental, diminui os sentimentos e frustração por não cuidar de seus filhos, ajudando-os a atingir os objetivos de trabalharem em prol de melhores interesses morais e materiais da prole.

Sobre esses aspectos benéficos aduz Rocha (2009, p. 35-36) que adotar esse novo instituto é fazer com que se priorize a convivência de ambos os pais com seus filhos, havendo maior participação, mantendo os laços de afinidade, diminuindo os efeitos causados pela separação, exercendo de forma igualitária as funções parentais e seguindo o princípio da igualdade previsto na Constituição Federal de 1988, que preceitua a igualdade do homem e da mulher.

Ainda quanto às vantagens, agora sob o ponto de vista dos filhos observa Grisard Filho (2014, p. 217):

[...] diminui a angústia produzida pelo sentimento de perda do genitor que não detém a guarda tal como ocorre com frequência na guarda única. Ajuda-lhes a diminuir os sentimentos de rejeição e lhes proporciona a convivência com os papéis masculino e feminino, paterno e materno,

livre de conflitos, facilitando o processo de socialização e identificação.

Benefício de imensurável importância que a guarda compartilhada traz aos filhos é tentar dar a criança a máxima continuidade de seu cotidiano, com relação a sua criação e educação. Nesse entendimento comenta Maximovitz (2013, p. 39): “As vantagens da guarda compartilhada com relação aos filhos, é que os menores convivam com ambos os pais, assim mantendo o contato quase que diário com os dois, e não apenas com o que possui sua guarda, como ocorre na guarda unilateral.”.

Condizente a essas considerações é o julgado do Superior Tribunal de Justiça:

**Ementa:** CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. **GUARDA COMPARTILHADA.** CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE. 1. A **guarda compartilhada** busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais. 2. A **guarda compartilhada** é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial. 3. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças

existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da **guarda compartilhada** como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso. 4. A inviabilidade da **guarda compartilhada**, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole. 5. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob **guarda compartilhada**, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta. 6. A **guarda compartilhada** deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão. 7. Recurso especial provido.

O julgado exposto caracteriza amplamente as vantagens concedidas com a aplicação da guarda compartilhada, pois apesar dos percalços que possam existir, essa modalidade de guarda é ideal para combater as rígidas divisões de papéis sociais definidas pelos genitores, obtendo concessões e adequações diversas contribuindo na formação psicológica da criança, que terá como influência um duplo referencial.

Quanto à jurisprudência aduz Grisard Filho (2014, p. 221-222):

[...] a moldura da guarda compartilhada se determinou com a contribuição também da jurisprudência, dando-se conta os tribunais que a guarda exclusiva tendia a tornar tênue a relação entre o genitor e o filho, favorecendo a evasão da paternidade. É útil, então, reconhecer as sentenças judiciais, promover a



importância da relação paterno/materno filial após o divórcio.

A modalidade compartilhada da guarda é atribuída como vantajosa principalmente pelo fato de permitir que mesmo com a ruptura do vínculo conjugal os pais continuem a exercer conjuntamente a responsabilidade sobre seus filhos em comum, não privando os mesmos da convivência com estes e permitindo que a criança cresça sob a influência tanto do pai quanto da mãe, favorecendo conseqüentemente o seu desenvolvimento físico-mental e diminuindo os efeitos negativos do divórcio.

Por fim, conforme o explanado aduz Grisard Filho (2014, p. 217) que com a adoção desse novo paradigma pais e filhos não correm risco de perder a ligação parental, pois equilibra a necessidade permanente e ininterrupta do menor conviver com seus dois genitores. O resultado do instituto é o maior comprometimento dos pais divorciados com a vida dos filhos.

#### **DESvantagens DA APLICAÇÃO DO MODELO COMPARTILHADO DE GUARDA**

A guarda compartilhada assim como possui vantagens, também é alvo de desfavores como ocorre com qualquer outra modalidade de guarda. Todo plano de cuidado parental, em regra, é acompanhado de problemas adicionais.

Um ponto preocupante quanto à aplicação dessa modalidade de guarda é o aumento de conflitos entre os pais, caso em que ambos tenham desentendimentos em seus atos, surgindo por esse fator novas batalhas judiciais e provocando traumas ainda mais graves.

Quanto aos pais, aduz Grisard Filho (2014, p. 221) que fatores importantes como maiores custos com moradias apropriadas, permanência no mesmo lugar ou cidade onde vive o grupo familiar, constante adaptação e

necessidade de um emprego flexível podem dificultar a existência dessa modalidade de guarda, construindo conseqüentemente desvantagens ao modelo.

Ensina Guisard Filho (2014, p. 218) que é desvantajoso esse tipo de guarda quando os pais vivem em extenso desacordo:

Pais em conflito constante, não cooperativos, sem diálogo, insatisfeitos, que agem em paralelo e sabotam um ao outro contaminam o tipo de educação que proporcionam a seus filhos e, nesses casos, os arranjos de guarda compartilhada podem ser muito lesivos aos filhos. Para essas famílias, destroçadas, deve optar-se pela guarda única e deferi-la ao genitor menos contestador e mais disposto a dar ao outro o direito amplo de visitas.

Ocorre que com o advento da Lei 13.058/2014 a guarda compartilhada passou a ser a primeira opção aplicada, mesmo quando houver conflito entre o casal e não houver acordo. Dessa forma, exercer a guarda pelo compartilhamento pode ser uma tarefa árdua, pois a separação do casal muitas vezes é acometida por mágoas e ressentimentos que acabam transbordando até a pessoa dos filhos. Conseqüentemente, se o casal vive em perante conflito, não se respeitam como pessoas, não terão condições de exercer a guarda em conjunto, e sendo esta submetida independentemente de acordo, poderá trazer transtornos irreparáveis a criança.

Quanto à pessoa dos filhos, certos fatos podem levar a desvantagem da instituição da guarda compartilhada como: Adaptação a duas moradias, no qual a criança pode não se adaptar a ficar na casa do pai e da mãe, havendo conflitos; Problemas práticos ou logísticos.

Ainda quanto a desvantagens que atingem ao menor, aduz Maximovitz (2013, p. 41):

Outra desvantagem à adoção da guarda compartilhada é a questão do referencial de lar do menor. Pois com esta modalidade de guarda, a residência do menor sofre grandes mudanças em seu cotidiano, pois às vezes está na casa de um dos genitores, e às vezes na casa do outro. Podendo também deixar o menor confuso, vez que em cada residência receberá ordens e orientações dos genitores, que geralmente são diversas.

Para haver uma análise mais detalhada acerca das críticas da aplicação da guarda compartilhada, é imprescindível a análise do caso concreto, podendo-se estabelecer a partir daí se está realmente sendo vantajoso, ou se há conflitos que a tornam prejudiciais.

No que diz respeito a pouca idade da criança, a guarda compartilhada é vista como desvantajosa nesses casos, pois esta precisa de uma estabilidade a qual esse tipo de guarda não oferece. É muito difícil para as crianças com menos idade se adaptar a ambientes físicos distintos, estando hora com o pai e hora com a mãe, para isso exigiria uma capacidade de adaptação presente somente nas crianças maiores. A esse respeito encontra-se entendimento fixado na jurisprudência, como a do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

DIREITO DE VISITA. PEDIDO DE AMPLIAÇÃO DA REGULAMENTAÇÃO. Se a criança está ainda em tenra idade e desde o nascimento encontra-se sob os cuidados do casal guardião, que lhe tem devotado o afeto e as atenções próprias de pais, e se a regulamentação de visitas em favor do pai biológico já estava regulamentada e agora foi ampliada pelo julgador, proporcionando uma maior aproximação entre pai e filho, descabe ampliar ainda mais a visitação, de forma a aproximá-la de uma guarda

compartilhada, pois isso implicaria alteração profunda na rotina de vida da criança, modificando seus referenciais, sendo recomendável sempre a máxima cautela para evitar mais traumas ao infante. Recurso desprovido. (SEGREDO DE JUSTICA) (TJRS, AGI Nº 70006449912, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Sétima Câmara Cível, Julgado em 20/08/2003, DJ )145

Conforme o exposto pode-se observar que a aplicação da guarda compartilhada é vista como desvantajosa principalmente nos casos em que há conflitos entre os genitores, não havendo respeito mútuo na relação entre eles. O casal que vive em intenso conflito e constantes brigas tem dificuldade de compartilhar a guarda da prole, tornando muitas vezes essa convivência desvantajosa e prejudicial ao desenvolvimento da criança. Explana Messias (2009, p. 138) a esse respeito:

Esta forma de guarda é possível se existir entre os genitores uma relação marcada pela harmonia, vale dizer, se os pais concordarem com esta modalidade de guarda, bem como com o modo pelo qual ela será implementada. A sua adoção não pode prejudicar o desenvolvimento dos filhos. Tal modelo de guarda não deve ser tomado como regra geral, mas partir do exame do caso concreto.

Por fim, nasce crítica a Lei 13.058 de 2014 que institui como regra a guarda compartilhada, quando não há acordo entre os pais. A instituição desse modelo ocorre muitas vezes em famílias que não tem condições de estabelecer uma guarda conjunta, principalmente pelo fato de viverem em intenso conflito e as consequências atingem principalmente a criança que passa a viver em um ambiente de constantes desentendimentos.

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Analisando-se o instituto da guarda compartilhada através da presente revisão de literatura, e tecido suas principais considerações para alcançar o objetivo almejado, chegou-se a conclusão importante quanto à aplicação dessa modalidade na relação entre a prole e seus genitores, concernente ao poder familiar.

Pode-se concluir que a Lei 13.058/2014 traz consequências positivas, pois a guarda compartilhada será aplicada em um maior número de casos e conseqüentemente haverá a divisão igualitária da convivência com os pais, desse modo, beneficiando a prole que continuará a viver sob a influência de ambos os genitores. Ocorre que, em determinados casos poderá ser desfavorável, pois se esta modalidade de guarda for submetida a um casal que vive em conflito constante poderá trazer más consequências aos filhos.

No que tange as vantagens, tendo por base o estudo bibliográfico realizado, foi possível perceber que a guarda compartilhada é considerada pela doutrina e pela jurisprudência como instituto com características mais benéficas do que malélicas, pois prioriza o melhor interesse da criança que é o bem maior que visa ser tutelado com a aplicação da guarda.

Quanto às desvantagens inerentes ao modelo compartilhado da guarda, o principal foco tratado pela doutrina são os casos em que existam mágoas e ressentimentos entre o casal, causas estas que tem como consequência conflitos e brigas constantes dificultando o exercício em conjunto das decisões a serem tomadas. Outro ponto tido como desvantajoso é o que diz respeito às crianças de pouca idade, devido a dificuldade destas de se adaptarem a viver sob a guarda de ambos os pais. Destarte, pode-se concluir que a guarda compartilhada também é alvo de desfavores e a simples imposição da mesma em alguns casos poderá trazer consequências imensuráveis à pessoa dos filhos.

## **REFERÊNCIAS**

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1428596 RS 2013/0376172-9. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgamento: 03/06/2014. Órgão Julgador: T3 - Terceira Turma. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=GUARDA+COMPARTILHADA>. Acesso em: 29/04/2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AGI Nº 70006449912. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Sétima Câmara Cível, Julgado em 20/08/2003. Disponível em: [http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/539/3/20779628\\_Priscila%20Santos.pdf](http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/539/3/20779628_Priscila%20Santos.pdf). Acesso em: 30/04/2015.

BRASÍLIA. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Lex:** Vade Mecum. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 261-263.

BRASÍLIA. Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato20072010/2008/Lei/L11698.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20072010/2008/Lei/L11698.htm). Acesso em: 10/11/2014.

BRASÍLIA. Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm). Acesso em: 21/03/2015.

CANEZIN. C.C. **Da guarda compartilhada em oposição à guarda unilateral.** s/a. Disponível em: [www.professorchristiano.com.br/ArtigosLeis/artigo\\_claudete\\_guarda.pdf](http://www.professorchristiano.com.br/ArtigosLeis/artigo_claudete_guarda.pdf). Acesso em: 02/03/2015.

DIAS, M. B. **Guarda compartilhada, uma novidade bem vinda!** s/a. Disponível em: <http://mariaberenice.com.br/uploads/1> -

[\\_guarda\\_compartilhada%2C\\_uma\\_novidade\\_bem-vinda.pdf](#). Acesso em: 13/04/2015.

GALVÃO, J.S.G. Guarda compartilhada: Uma análise de compatibilidade frente ao princípio da proteção integral. **Revista digital FAPAM**, Pará de Minas, V.3, n.3, p. 86-98, abr. 2012.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRISARD FILHO, W. **Guarda compartilhada**: Um novo modelo da responsabilidade parental. 7. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014.

MAXIMOVITZ, K.S. **Guarda Compartilhada**. Curitiba: 2013. Disponível em: <http://tcconline.utp.br/wp-content/uploads//2014/02/GUARDA-COMPARTILHADA.pdf>. Acesso em: 20/02/2015.

MESSIAS, F.N. Aspectos pontuais da guarda compartilhada. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, V. 12, n. 47, p.131-156, 2009.

NADER, P. **Curso de Direito Civil**: direito de família. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

RIZZARDO, A. **Direito de família**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ROCHA, S. O. **Guarda Compartilhada**. Rio de Janeiro: 2009. Disponível em: <https://www.uva.br/sites/all/themes/uva/files/pdf/guarda-compartilhada.pdf>. Acesso em: 02/03/2015.

VENOSA, S. S. **Direito civil**: direito de família. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

**A POSSIBILIDADE DE BAIXA DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE COM A DISPENSA DA APRESENTAÇÃO DAS CERTIDÕES DE REGULARIDADE FISCAL E SUA IMPLICAÇÃO PRÁTICA: UMA ANÁLISE À LUZ DA LEI COMPLEMENTAR Nº 147/2014**

**CAROLINA DORNELES PISANI:** formada no curso de Direito Noturno na Universidade Federal de Santa Maria (UFSM) em janeiro de 2009; Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Anhanguera - Uniderp; Pós-graduada em Direito Processual Tributário pela Universidade Anhanguera - Uniderp;

**RESUMO:** O presente trabalho tem por objetivo apresentar uma visão acerca das alterações trazidas pela Lei Complementar nº 147/2014 à Lei Complementar nº 123/2006, especialmente no que tange à dispensa da apresentação da certidão de regularidade fiscal para a baixa das microempresas e empresas de pequenas porte constituídas a qualquer tempo. Analisar-se-á a implicação desta alteração legislativa na responsabilidade dos débitos deixados pelas empresas e os contornos resultantes perante as Execuções Fiscais.

**Palavras-chave:** microempresa, empresa de pequeno porte, baixa, certidão de regularidade fiscal e responsabilidade.

---

## **INTRODUÇÃO**

Segundo reza o artigo 3º, da Lei Complementar nº 123/2006, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada, e o empresário individual, devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, passam a



ser consideradas microempresas se auferirem, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior R\$ 360.000,00, e empresa de pequeno porte se a receita bruta alcançada no ano-calendário for superior a R\$ 360.000,00 e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00.

Trata-se portanto de pequenas empresas que possuem, por vezes, estruturas simples, com fluxo de caixa mensal reduzido, já que suas receitas brutas anuais não ultrapassam a R\$ 360.000,00, se microempresa, ou R\$ 3.600.000,00, se empresa de pequeno porte.

Contudo, em que pese a singeleza destas pessoas jurídicas, elas influem diretamente na economia brasileira, produzindo mais de  $\frac{1}{4}$  do PIB Nacional.

As microempresas e empresas de pequeno porte possuem proteção constitucional, sendo que o tratamento favorecido a tais pessoas jurídicas figura como princípio regulador da atividade econômica no país. Dando concretude à norma constitucional, a citada Lei Complementar nº 123/2006 instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, prevendo, dentre outras questões, a possibilidade de recolhimento simplificado de tributos de todas as esferas da Federação.

O objetivo deste trabalho é tratar acerca das alterações trazidas à Lei Complementar nº 123/2006 pela Lei Complementar nº 147/2014, em especial pela novel possibilidade de baixa da pessoa jurídica com a dispensa da apresentação de certidões de regularidade fiscal e o impacto que tal medida traz à cobrança do crédito tributário devido.

## 1. DA IMPORTÂNCIA DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE

O número de micro e pequenas empresas registradas no país praticamente dobrou nos últimos anos, representando hoje cerca de 84,9% de todas as companhias criadas no país[1]. Além de figurarem como a maioria das pessoas jurídicas constituídas, as micro e pequenas empresas possuem também papel crucial no contexto da economia brasileira, já que produzem cerca de 27% do PIB nacional.

Assim, em que pese não possuam estruturas empresariais complexas, tais tipos de pessoas jurídicas participam significativamente das relações econômicas travadas no cenário nacional, correspondendo a 53,4% de toda a riqueza gerada no âmbito do comércio, principal setor em que atuam. Tal levantamento, capitaneado pelo SEBRAE e produzido pela Fundação Getúlio Vargas[2], demonstra a relevância das micro e pequenas empresas para a produção de riquezas no âmbito do território nacional, em especial em momentos de crise econômica.

Deve-se destacar que a Constituição Federal não se omitiu quanto à importância deste setor, tanto que trouxe como um dos princípios gerais da atividade econômica o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede e administração no país, conforme se denota de seu artigo 170, inciso IX. Ademais, o artigo 179 traz a seguinte determinação:

Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei,

tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

Seguindo o disposto na Magna Carta, a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, dando aplicabilidade e efetividade aos preceitos constitucionais, o que possibilitou o crescimento da participação de tais pessoas jurídicas na âmbito da economia brasileira.

Em matéria tributária, a principal medida trazida pela referida Lei Complementar foi o aperfeiçoamento do regime diferenciado de tributação, conhecido como Simples Nacional, que se apresenta de forma simplificada e favorecida. Através deste sistema, que é de adesão facultativa, permite-se o recolhimento de uma série de tributos, federais, estadual e municipal, de forma unificada, por guia única (DAS).

Dessa forma, possibilita-se que o micro e pequeno empresário, por documento único de arrecadação, promova o recolhimento da maioria dos tributos devidos pelo exercício de sua atividade econômica, simplificando o controle e pagamento da carga tributária. E cerca de 39% das micro e pequenas empresas utilizam-se do Simples Nacional, o que representa um universo de 4,8 milhões de pessoas jurídicas adotando este regime tributário simplificado[3].

Recentemente, em 2014, a Lei Complementar nº 147 trouxe alterações à Lei Complementar nº 123, as quais objetivam reforçar o tratamento diferenciado conferido pelo legislador constitucional originário às microempresas e empresas de pequeno porte, e que serão melhores detalhadas no tópico a seguir.

## **2. DAS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LC Nº 147/2014**

A Lei Complementar nº 147, de 07 de agosto de 2014, trouxe uma série de inovações ao Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte. Dentre as alterações aplicáveis ao contexto tributário, destaca-se a inclusão de novas atividades e setores passíveis de adesão ao Simples Nacional, o que representa cerca de 140 novas categorias beneficiadas, englobando 450 mil empresas de prestação de serviços na área intelectual e de profissionais liberais de profissões regulamentadas [4].

Além do mais, foi instituída a possibilidade de baixa da pessoa jurídica, a qualquer tempo, com a dispensa da apresentação de certidões de regularidade fiscal, sem prejuízo das responsabilidades do empresário, dos titulares, dos sócios ou dos administradores por tais obrigações, apuradas antes ou após o ato de extinção, conforme se detalhará no próximo item.

## **3. DA DISPENSA DA APRESENTAÇÃO DE CERTIDÕES DE REGULARIDADE FISCAL NA BAIXA DE MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE**

Regra geral, para a baixa de uma pessoa jurídica junto aos cadastros públicos, em especial perante a Receita Federal do Brasil, é

necessária a apresentação de certidão de regularidade fiscal, já que, existindo qualquer débito perante o Fisco Federal, seja exigível, seja com a exigibilidade suspensa, o pedido será negado. Assim, grande parte das empresas que encerram suas atividades, a maioria por problemas econômicos, acaba por não promover a devida baixa, diante da existência de dívidas tributárias, permanecendo aquela pessoa jurídica formalmente ativa, em que pese faticamente dissolvida.

Ocorre que a Lei Complementar nº 147/2014, estabeleceu um novo regramento jurídico para baixa das pessoas jurídicas, o qual, contudo, limita-se às micro e pequenas empresas.

Com efeito, ao alterar a Lei Complementar nº 123, em especial seu artigo 9º, a novel legislação passou a permitir que o micro e pequeno empresário, independentemente de seu tempo de constituição, promova a baixa da empresa sem a apresentação das certidões de regularidade fiscal, consolidando o tratamento privilegiado estabelecido constitucionalmente a tais pessoas jurídicas.

Entretanto, deve-se destacar que tal possibilidade não representa uma despreocupação do Fisco com o recolhimento fiscal de tais empresas, até como uma forma de evitar fraudes, na medida em que há previsão legal de que os débitos tributários da pessoa jurídica, acaso existentes, serão transferidos às pessoas físicas relacionadas à empresa baixada.

Veamos o artigo 9º, da Lei Complementar nº 123, com as alterações dadas pela Lei Complementar nº 147:

Art. 9º O registro dos atos constitutivos, de suas alterações e extinções (baixas), referentes a empresários e pessoas jurídicas em qualquer órgão dos 3 (três) âmbitos de governo ocorrerá independentemente da regularidade de obrigações tributárias, previdenciárias ou trabalhistas, principais ou acessórias, do empresário, da sociedade, dos sócios, dos administradores ou de empresas de que participem, sem prejuízo das responsabilidades do empresário, dos titulares, dos sócios ou dos administradores por tais obrigações, apuradas antes ou após o ato de extinção. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

§ 1º O arquivamento, nos órgãos de registro, dos atos constitutivos de empresários, de sociedades empresárias e de demais equiparados que se enquadrarem como microempresa ou empresa de pequeno porte bem como o arquivamento de suas alterações são dispensados das seguintes exigências:

I - certidão de inexistência de condenação criminal, que será substituída por declaração do titular ou administrador, firmada sob as penas da lei, de não estar impedido de exercer atividade

mercantil ou a administração de sociedade, em virtude de condenação criminal;

II - prova de quitação, regularidade ou inexistência de débito referente a tributo ou contribuição de qualquer natureza.

§ 2º Não se aplica às microempresas e às empresas de pequeno porte o disposto no § 2o do art. 1o da Lei no 8.906, de 4 de julho de 1994.

§ 3º (Revogado). (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

§ 4º A baixa do empresário ou da pessoa jurídica não impede que, posteriormente, sejam lançados ou cobrados tributos, contribuições e respectivas penalidades, decorrentes da falta do cumprimento de obrigações ou da prática comprovada e apurada em processo administrativo ou judicial de outras irregularidades praticadas pelos empresários, pelas pessoas jurídicas ou por seus titulares, sócios ou administradores. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

§ 5º A solicitação de baixa do empresário ou da pessoa jurídica importa responsabilidade solidária dos empresários, dos titulares, dos sócios e dos administradores no período da ocorrência dos

respectivos fatos geradores. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

§ 6º Os órgãos referidos no caput deste artigo terão o prazo de 60 (sessenta) dias para efetivar a baixa nos respectivos cadastros.

§ 7º Ultrapassado o prazo previsto no § 6º deste artigo sem manifestação do órgão competente, presumir-se-á a baixa dos registros das microempresas e a das empresas de pequeno porte.

(...)

Pela leitura dos parágrafos, constata-se que a lei, ao permitir a baixa do registro dos empresários, de sociedades empresárias e de demais equiparados que se enquadrarem como microempresa ou empresa de pequeno porte, atribuiu responsabilidade solidária dos empresários, dos titulares, dos sócios e dos administradores das pessoas jurídicas no período da ocorrência dos respectivos fatos geradores. Assim, ao mesmo tempo em que dispensa a apresentação de certidão de regularidade fiscal para baixa das microempresas e empresas de pequeno porte, o legislador atribui aos componentes daquelas pessoas jurídicas a responsabilidade dos débitos tributários de forma solidária, como forma de permitir uma futura cobrança da dívida fiscal.

#### **4. APONTAMENTOS ACERCA DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA**

A previsão legal impondo a responsabilidade solidária aos empresários, titulares, sócios e administradores das microempresas e empresas de pequeno porte baixadas sem a apresentação da certidão de



regularidade fiscal, em que pese tenha sido instituída como uma forma de possibilitar e facilitar a extinção destas pessoas jurídicas, ainda que devedoras com o Fisco, vem recebendo críticas, pois há quem entenda que a disposição acaba por atribuir às pessoas físicas a responsabilidade pelo simples inadimplemento de obrigação tributária.

Com efeito, o contraponto feito à lei baseia-se no entendimento consagrado na Súmula nº 430 do Superior Tribunal de Justiça de que “*o inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente*”. Dessa forma, somente quando constatada infração à lei, na forma do artigo 135, III, do CTN, poder-se-ia falar em responsabilização da pessoa física.

Ademais, alega-se que a atribuição de responsabilidade somente poderia se centrar nos responsáveis legais da empresa e não a todos participantes dela, que sequer possuem poder de gerência, limitando-se, ainda, àqueles diretores, gerentes ou representantes que figurassem nesta condição quando da dissolução e não à época do fato gerador.

Contudo, em que pese as críticas, entende-se que o disposto no artigo 9º, da Lei Complementar nº 123, com as alterações dadas pela Lei Complementar nº 147, é plenamente válido, já que se trata de atribuição de responsabilidade derivada de um benefício trazido pelo legislador de baixa da pessoa jurídica sem a apresentação de certidões de regularidade fiscal.

Destaca-se que o pedido de baixa é um ato facultativo da empresa, sendo que, ao não apresentar as certidões de regularidade fiscal, os empresários, titulares, sócios e administradores das pessoas

jurídicas no período da ocorrência dos respectivos fatos geradores passam a assumir a responsabilidade pelos débitos deixados pela sociedade. Caso queiram evitar tal tipo de responsabilização, já que a lei é clara e direta neste sentido, basta que apresentem a respectiva certidão negativa de débitos que estarão salvaguardados, ou promovam, se for o caso, pedido de falência.

Contudo, havendo débitos fiscais da microempresa ou empresa de pequeno porte, diante de sua baixa, não há outra medida a não ser atribuir a responsabilidade por tal dívida a outrem, já que as pessoas jurídicas deixarão de existir no mundo jurídico. Do contrário, haveria um estímulo à prática de atos fraudulentos, em especial os relativos à sonegação fiscal.

E o tratamento diferenciado às pequenas empresas, apesar de previsto constitucionalmente, não pode ir ao ponto de se admitir o não recolhimento dos tributos devidos, já que neste caso não há dispositivo de imunidade tributária, mas tão somente autorização para simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias.

Como se trata de alteração recente, a jurisprudência ainda não enfrentou a questão, sendo que em breve deveremos ter julgados estabelecendo os contornos da responsabilidade nestes casos.

Contudo, até lá, não se pode afastar a determinação legal, que trará consequências no âmbito das execuções fiscais, conforme se exporá no ponto seguinte.

## **5. IMPACTO NAS EXECUÇÕES FISCAIS**

De regra, a inscrição em dívida ativa e o ajuizamento de execução fiscal em face de empresa devedora dá-se em face da pessoa jurídica, somente admitindo a responsabilização de seus responsáveis legais acaso constatada situação de infração à lei, quando será possível postular no âmbito do processo executivo o redirecionamento do feito à pessoa jurídica.

Assim, a princípio, a pessoa física não constará da certidão em dívida ativa, somente sendo responsabilizada se e quando comprovado pela Fazenda Pública ato de infração à lei.

Contudo, na hipótese ora estudada, verifica-se que a própria lei confere a transferência de responsabilidade aos empresários, titulares, sócios e administradores das pessoas jurídicas no período da ocorrência dos respectivos fatos geradores quando da baixa das microempresas e pequenos de pequeno porte sem a apresentação das certidões de regularidade fiscal.

Nesse contexto, diante da expressa disposição legal, não é o caso de posterior redirecionamento da execução fiscal à pessoa física, em face do ajuizamento inicial em nome da pessoa jurídica. Na realidade, tendo em vista a própria extinção da pessoa jurídica, bem como a hipótese legal de assunção da responsabilidade solidária pelas pessoas físicas relacionadas à empresa, a inscrição em dívida ativa e o ajuizamento da cobrança judicial fiscal já se darão em nome destes responsáveis.

Destaca-se que o ajuizamento direto em face das pessoas físicas traz aspectos jurídicos importantes, na medida em que a certidão de dívida ativa possui, segundo reza o artigo 204 da Lei de Execuções Fiscais,

presunção de certeza e liquidez, somente podendo ser ilidida por prova inequívoca.

Dessa forma, o ônus da prova resta invertido no feito, cabendo ao sujeito passivo comprovar a sua não responsabilidade pelo débito, o que, de regra, deve-se dar por meio dos Embargos à Execução.

Nesse contexto, caberá o responsabilizado, a fim de ver ilidida a cobrança contra si proposta, propor ação judicial própria, a qual, nos termos do artigo 16, parágrafo primeiro, da Lei de Execuções Fiscais, exige prévia garantia do débito, como uma condição de procedibilidade dos Embargos, a não ser que suas alegações sejam passíveis de ser reconhecidas de ofício pelo Juízo, quando então está facultada a apresentação de Exceção de Pré-Executividade nos próprios autos executivos.

Não apresentados, ou julgados improcedentes os Embargos, a cobrança fiscal seguirá em face da pessoa física até a satisfação integral do débito, não havendo como se afastar de sua responsabilidade, legalmente imposta.

### **CONCLUSÃO**

Conforme visto, as microempresas e empresas de pequeno porte possuem tratamento favorecido determinado pelo legislador constitucional originário, razão pela qual uma série de benefícios legais foram criados em prol destas pessoas jurídicas.

Em recente alteração da Lei Complementar nº 123/2014, determinada pela Lei Complementar nº 147/2014, passou-se a permitir a baixa das microempresas e empresas de pequeno porte com a dispensa

de apresentação das certidões de regularidade fiscal, o que representa, indubitavelmente, um benefício legal em comparação às demais pessoas jurídicas.

Entretanto, este tratamento favorecido não representa medida de renúncia fiscal, já que o legislador determinou a assunção da responsabilidade tributária, nestes casos, pelos empresários, titulares, sócios e administradores das pessoas jurídicas no período da ocorrência dos respectivos fatos geradores.

Há quem defenda a ilegalidade desta transferência legal de responsabilidades pelos tributos devidos, na medida em que estaria em dissonância como previsto no artigo 135, inciso III, do CTN, bem como o entendimento jurisprudencial consolidado de que o inadimplemento por si só de obrigação tributária não gera responsabilidade solidária dos responsáveis legais da empresa.

No entanto, entende-se que não há qualquer mácula na responsabilidade solidária imposta, porquanto a baixa da pessoa jurídica sem a apresentação da certidão de regularidade fiscal é uma faculdade dos titulares das microempresas e empresas de pequeno porte, que, acaso exercida, deve obedecer aos comandos legais.

Do contrário, estar-se-á estimulando a sonegação fiscal e a prática de outros atos de fraudes fiscais, já que titulares poderiam abrir e fechar empresas deliberadamente, sem o recolhimento dos tributos devidos e qualquer sanção de seus atos.

Não se ignora, contudo, que a jurisprudência provavelmente delimitará os contornos desta responsabilidade, de forma a alinhá-la aos

ditames do artigo 135, III, do CTN. Todavia, por se tratar de alteração legislativa recente, tal questão ainda não foi levada ao Poder Judiciário, possuindo, portanto, plena e efetiva aplicabilidade.

Assim, uma vez baixada a pessoa jurídica sem a apresentação das certidões de regularidade fiscal, legítima está a atuação fiscal no sentido de responsabilizar os empresários, titulares, sócios e administradores das pessoas jurídicas no período da ocorrência dos respectivos fatos geradores, promovendo o lançamento do crédito devido, se for o caso, já em seus nomes. A inscrição em dívida ativa e o ajuizamento da execução fiscal, acaso não adimplido o débito, dar-se-á em nome das pessoas físicas, o que gerará a inversão do ônus da prova no âmbito da cobrança judicial, implicando na necessária garantia prévia do Juízo a fim de discutir a validade do débito e a legalidade da assunção da responsabilidade da dívida originalmente devida pela pessoa jurídica.

#### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

O GLOBO. Número de micro e pequenas empresas mais que dobrou em sete anos, mostra novo 'empresômetro'. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/numero-de-micro-pequenas-empresas-mais-que-dobrou-em-sete-anos-mostra-novo-empresometro-14592574>>. Acesso em 30/05/2015.

PORTAL BRASIL. Baixa imediata do CNPJ começa dia 8 de outubro. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2014/10/baixa-imediata-do-cnpj-comeca-dia-8-de-outubro>>. Aceso em 30/05/2015.

RIZZARDO, Arnaldo. Parte Geral do código Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SEBRAE. Micro e pequenas empresas geram 27% do PIB do Brasil. Disponível em: <<http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ufs/mt/noticias/Micro-e-pequenas-empresas-geram-27%25-do-PIB-do-Brasil>>. Acesso em 30/05/2015.

**NOTAS:**

[1] <http://oglobo.globo.com/economia/numero-de-micro-pequenas-empresas-mais-que-dobrou-em-sete-anos-mostra-novo-empresometro-14592574>. Acesso em 30/05/2015.

[2] <http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ufs/mt/noticias/Micro-e-pequenas-empresas-geram-27%25-do-PIB-do-Brasil>. Acesso em 30/05/2015.

[3] <http://oglobo.globo.com/economia/numero-de-micro-pequenas-empresas-mais-que-dobrou-em-sete-anos-mostra-novo-empresometro-14592574>. Acesso em 30/05/2015.

[4] <http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2014/10/baixa-imediata-do-cnpj-comeca-dia-8-de-outubro> . Acesso em 30/05/2015.

**A EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO DOMÉSTICO POR PRAZO DETERMINADO À LUZ DA LEI COMPLEMENTAR N° 150/2015**

**RODRIGO SILVEIRA CHUNG:** Advogado em Recife (PE). Bacharel em Direito pela Faculdade Boa Viagem. Realizou estágios na Defensoria Pública da União em Pernambuco, no escritório Queiroz Cavalcanti Advocacia, no escritório DGR Advogados (Drumond, Gadelha & Rabelo Sociedade de Advogados), na 2ª vara do trabalho de Jaboatão dos Guararapes/PE e na 5ª vara da Justiça Federal da Seção Judiciária do RN.

**Ementa:** Direito do Trabalho. Contrato de Trabalho Doméstico. Extinção da relação de trabalho antes do prazo determinado. Consequências.

---

### **Introdução**

A Lei Complementar n° 150, de 1° de junho de 2015, regulamentou o contrato de trabalho doméstico cujo tema resolve muitas questões diárias na contratação de um empregado doméstico, bem como o modo como deve ser atendido os ditames legais.

No presente trabalho, busca-se esclarecer como é regulamentada a contratação de um empregado doméstico mediante contrato de experiência ou para atender necessidades familiares de natureza transitória ou para substituição temporária de empregado doméstico com contrato de trabalho interrompido ou suspenso, bem como as consequências da resolução do contrato a partir de iniciativa do empregador ou do empregado antes do prazo determinado.



### **Contrato de trabalho doméstico**

A Constituição Federal de 1988 foi alterada pela Emenda Constitucional nº 72/2013 para dar nova redação ao parágrafo único do art. 7º assegurando alguns direitos já previstos na Constituição e estendendo-os à categoria dos trabalhadores domésticos, além de prever a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias (o Simples Doméstico).

Dentre os direitos assegurados aos trabalhadores domésticos, o artigo 7º, inciso XXI, da Constituição Federal prevê o direito ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço.

Indaga-se: o empregador ou o empregado tem direito ao aviso prévio nos contratos por prazo determinado? É devido à respectiva indenização do aviso prévio nos contratos de experiência ou para atender necessidades familiares de natureza transitória ou substituição por outro funcionário com contrato de trabalho interrompido ou suspenso?

Antes de responder os questionamentos acima, é indispensável tecer breves comentários a respeito do contrato de trabalho doméstico por prazo determinado.

O artigo 4º da Lei Complementar (LC) nº 150/2015 permite a contratação do trabalhador doméstico por prazo determinado de três formas: a) mediante contrato de experiência; b) para atender necessidades familiares de natureza transitória e; c) para substituição temporária de empregado doméstico com contrato de trabalho interrompido ou suspenso.

Deve ser ressaltado que por se tratar de um contrato formal **no qual se estipula prazo para término do prazo do contrato de trabalho** por qualquer das formas acima previstas, é recomendado que o contrato seja redigido por escrito sob pena de ser considerado contrato por prazo indeterminado e, conseqüentemente, o pagamento das verbas rescisórias com o aviso prévio e indenização compensatória do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) prevista no artigo 22 da LC 150/2015 de 3,2% (três inteiros e dois décimos por cento) sobre a remuneração do trabalhador.

Assim, como forma de evitar maiores discussões na via judicial trabalhista, quando ocorrer alguma das hipóteses do artigo 4º da LC 150/2015, deve constar no objeto do contrato a natureza ou a finalidade para a qual se está contratando o empregado doméstico, isto é, se o empregado doméstico será contratado na hipótese do inciso I ou II do art. 4º.

No caso de contratação mediante **contrato de experiência não pode exceder o prazo de 90 (noventa) dias**, podendo ser **prorrogado por uma única vez** desde que soma dos dois períodos não ultrapasse os (90) noventa dias. É bom lembrar que a Lei prevê o prazo em dias e não mês a mês, de modo que devem ser contados os prazos em dia. Se não houver a extinção ou ruptura antes do término do prazo previsto no contrato e havendo continuidade do serviço ou que ultrapassar o período de 90 (noventa) dias passará a vigorar o contrato de trabalho por prazo indeterminado, preservando as demais cláusulas contratuais.

Na segunda e terceira hipóteses previstas no art. 4º, inciso II, da LC nº 150/2015, admite-se também a contratação por prazo determinado para atender necessidades familiares de natureza transitória e para substituição temporária de empregado doméstico com contrato de trabalho interrompido ou suspenso, por exemplos, férias de um empregado doméstico ou gozo de licença maternidade. Importa ressaltar que a duração do contrato de trabalho é limitada ao término do evento que motivou a contratação, obedecido ao limite máximo de 02 (dois) anos.

Após os esclarecimentos acima, a Lei Complementar nº 150/2015 expõe, em seus artigos 6º e 7º, acerca da ruptura antes dos prazos previstos no contrato nos seguintes termos:

Art. 6º Durante a vigência dos contratos previstos nos incisos I e II do art. 4º, o empregador que, sem justa causa, despedir o empregado **é obrigado a pagar-lhe, a título de indenização, metade da remuneração a que teria direito até o termo do contrato.**

Art. 7º Durante a vigência dos contratos previstos nos incisos I e II do art. 4º, **o empregado não poderá se desligar do contrato sem justa causa, sob pena de ser obrigado a indenizar o empregador dos prejuízos que desse fato lhe resultarem.**

Parágrafo único. **A indenização não poderá exceder aquela a que teria direito o empregado em idênticas condições.**

Logo, as respostas dos questionamentos no início do texto estão nos mencionados artigos acima. Em outras palavras, **não é devido o aviso prévio nos contratos por prazo determinado previstos no artigo 4º da LC nº 150/2015**, lembrando que o aviso prévio é o direito de uma das partes de ser avisado sobre a resolução do contrato com uma antecedência mínima de 30 dias e proporcional ao tempo de serviços conforme artigo 23 e parágrafos da Lei Complementar. Se as partes já sabem o termo final do contrato não há que se falar em aviso prévio.

Assim, nos contratos por prazo indeterminado ou que houve a prorrogação do contrato de experiência, caso não haja o aviso prévio por parte do empregador dá ao empregado o direito aos salários correspondentes ao prazo do aviso, conforme art. 23, parágrafo 3º da LC. Da mesma forma, ocorre com o empregado que deixa de avisar previamente ao seu empregador possibilitando o direito de descontar os salários correspondentes ao prazo respectivo na forma do art. 23, parágrafo 4º da LC.

No entanto, se durante as hipóteses previstas no artigo 4º, o empregador ou o empregado rescindirem o contrato **antes do término do prazo** previsto no contrato de trabalho, **será descontado a, a título de indenização, metade da remuneração a que teria direito até o termo do contrato**. Exemplo, se um empregado foi contratado por prazo determinado mediante experiência por 45 dias e tendo sido renovado por mais 45 dias, poderá qualquer das partes requerer a extinção, sendo por iniciativa do empregador faltando 30 (trinta) dias para o término, este será obrigado a pagar indenização da metade dos dias que faltam,

ou seja, 15 dias. Já se o empregado pedir demissão, o empregador irá descontar a indenização a metade dos dias que faltam, devendo ser respeitado o limite máximo a que teria direito se fosse o inverso. Contudo, entende-se que, nesta hipótese, na verdade seria uma faculdade quanto ao dever do empregador descontar a indenização a que teria direito, pois o patrão deveria provar os “prejuízos que desse fato lhe resultarem” o que na prática pode não ser tão simples.

Quanto às hipóteses de justa causa previstas nos artigos 27 e 28 da LC nº 150/2015, apesar de não haver previsão expressa, entende-se que podem ser aplicadas às hipóteses previstas no art. 4º de contratação por prazo determinado.

Por fim, sem aprofundar sobre o tema do recolhimento do fundo de garantia, importa esclarecer que a Lei Complementar previu o recolhimento por parte do empregador doméstico a importância de 3,2% (três inteiros e dois décimos por cento) sobre a remuneração devida, no mês anterior, a cada empregado, destinada ao pagamento da **indenização compensatória da perda do emprego, sem justa causa ou por culpa do empregador**. Assim, compreende-se que também seria devido à respectiva indenização na hipótese de rescisão do contrato de trabalho do doméstico antes do prazo determinado já que há previsão final do término do prazo e a iniciativa da extinção antecipada do contrato ocorreu pelo empregador.

Por outro lado, há de se ressaltar que nas hipóteses de dispensa por justa causa ou a pedido, de término do contrato de trabalho por prazo determinado, de aposentadoria e de falecimento do empregado

doméstico, os valores recolhidos de 3,2% sobre a remuneração do empregado serão movimentados pelo empregador, isto é, **o empregado não terá direito a referida indenização compensatória**. Assim, se o empregado pedir o seu desligamento antes do prazo determinado em contrato de trabalho, ele não fará jus a indenização compensatória. Se ocorrer culpa recíproca do empregador e do empregado, metade dos valores previstos da indenização será movimentada pelo empregado, enquanto a outra metade será movimentada pelo empregador.

### **Conclusões**

A regulamentação da relação de trabalho dos domésticos põe fim a diversas questões vivenciadas nos lares da sociedade brasileira. Foi um importante avanço, mas que irá requerer ainda muita parcimônia até a adequação da nova realidade e dos direitos assegurados aos empregados domésticos. No texto apresentado, se buscou analisar um dos quesitos que pode haver questionamentos e dúvidas sobre a nova Lei Complementar nº 150/2015, esperando que o leitor possa compreender um pouco mais sobre o instituto da dispensa antes do término do prazo determinado na qual se exige adaptação tanto do empregado ao emprego quanto do empregador ao empregado de forma que seja construída uma relação saudável entre as partes já cientes das novas regras do jogo.

Assim, podem-se chegar as seguintes conclusões:

- 1) O contrato por prazo determinado é uma faculdade das partes, devendo a contratação ser por escrito, sob pena de ser considerado por prazo indeterminado;

- 2) Não é devido o aviso prévio seja por parte do empregador seja por parte do empregado antes do término do prazo previsto no contrato;
- 3) Se o empregador dispensar o empregado antes do prazo previsto no contrato de trabalho doméstico, ensejará no direito de indenização da metade da remuneração a que teria direito até o termo do contrato, bem como a indenização recolhida durante o período de 3,2% sobre a remuneração devida;
- 4) Se o empregado pedir demissão antes do prazo previsto no contrato de trabalho doméstico, poderá o empregador descontar indenização da metade da remuneração a que o empregador teria direito até o termo do contrato, bem como o empregador poderá levantar a quantia recolhida de indenização compensatória;
- 5) O contrato de experiência poderá ser de até 90 (noventa) dias, podendo ser prorrogado por uma única vez desde que soma dos dois períodos não ultrapasse os (90) noventa dias;
- 6) Na hipótese de contratação para atender necessidades familiares de natureza transitória e para substituição temporária de empregado doméstico com contrato de trabalho interrompido ou suspenso, o prazo é limitado ao término do evento que motivou a contratação e não poderá ser superior a 02 (dois) anos.

Portanto, com o advento da Lei Complementar nº 150, de 1º de junho de 2015, os direitos trabalhistas dos empregados domésticos foram regulamentados. No caso em discussão, foi abordado um tema específico sobre a denúncia do contrato de trabalho doméstico por iniciativa do empregador e do empregado antes do término do prazo previamente determinado pelas partes e suas consequências.

### **Referências**

BRASIL. Lei Complementar nº 150, de 1º de junho de 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp150.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp150.htm). Acesso em 08/06/2015.



**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: Profº. 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

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>2 DO CASAMENTO .....</b>	<b>9</b>
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
<b>3 DA SEPARAÇÃO .....</b>	<b>18</b>
3.1 Suas modalidades e peculiaridades.....	18
<b>4 A INSTITUIÇÃO DO DIVÓRCIO NO BRASIL .....</b>	<b>20</b>
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
<b>5 O DIVÓRCIO ANTES DA EC 66/2010 DE 13 DE JULHO DE 2010 .....</b>	<b>26</b>
5.1 Modalidades e requisitos.....	26
<b>6 O DIVÓRCIO APÓS A EC 66/2010 DE 13 DE JULHO DE 2010.....</b>	<b>28</b>
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
<b>7 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>41</b>
<b>8 REFERÊNCIAS .....</b>	<b>43</b>

## 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 personalidade 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 exterminativas 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 cuius* (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](http://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.](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 n° 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 n° 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&noticia=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](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](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](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.