

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE

BÁRBARA REIS CUNHA BOLATI

DIVÓRCIO E A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº66/2010

Aracaju

2013

BÁRBARA REIS CUNHA BOLATI

DIVÓRCIO E A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº66/2010

Monografia apresentada à Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe-FANESE, como pré-requisito para obtenção de grau de Bacharel em Direito.

ORIENTADOR:

Prof. Me. Vítor Condorelli dos Santos

Aracaju

2013

BÁRBARA REIS CUNHA BOLATI
DIVÓRCIO E A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº66/2010

Monografia apresentada como exigência parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito à Comissão Julgadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe-FANESE.

Aprovada em ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Vitor Condorelli dos Santos
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe-FANESE

Prof. Esp. José Carlos Santos
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe-FANESE

Prof. Esp. André Paixão
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe-FANESE

A meus pais, meu porto seguro, sempre ao meu lado em todos os momentos da minha vida. A meu namorado Austeclinio, companheiro e incentivador do conhecimento. Essa conquista é para vocês meus grandes amores

AGRADECIMENTOS

A meus pais, **Miroslau e Elielba**, pelo e apoio de todos os dias, por tolerar os meus arroubos de preocupação, por acreditar na realização deste sonho tão antigo e ao mesmo tempo tão presente em minha vida. Por sonhar comigo, e não me deixar desistir nos momentos mais angustiantes desta minha jornada. Amo muito vocês.

A **Austeclinio**, meu grande amor. Companheiro, amigo, incentivador. Por compreender as minhas ausências, meus momentos de solidão, pelas palavras certas nos momentos certos: "**SANGUE NO OLHO LINDA**", essa frase é nossa!!!!

Ao meu irmão **Jan**. Meu maior admirador, aquele que vê em mim uma grande operadora do direito.

Ao professor **Vitor Condorelli**. Mais que orientador, professor, um Mestre, amigo. Por ter aceitado meu pedido de orientação e muito me ajudou na elaboração desta pesquisa.

A professora **Hortência**. Sempre tão paciente e delicada comigo, que me acompanhou não só na realização deste sonho, mais também na graduação de outrora.

Ao professor **Eduardo Oliva**. Por seus grandes ensinamentos que muito contribuíram para que eu pudesse entender a ciência do direito e saber fazer justiça.

Ao professor **José Carlos**. O Mestre amigo, sempre dedicado e comprometido com seus alunos, por todos os ensinamentos e as palavras amigas. A quem Deus conferiu o dom de lecionar.

A **Lu**. Por toda compreensão e paciência para comigo, que sempre me ajudou em todos os momentos no Núcleo de Prática Jurídica.

A todos os professores que tive na **FANESE**. Todos sempre comprometidos com o aprendizado dos alunos.

As grandes amigas e excelentes advogadas **Denise Coelho E Deise Coelho**. Pela inspiração e incentivo para seguir a carreira advocatícia, e pela verdadeira amizade. As amigas de todos os momentos,

Aos amigos que fiz: **Dione, Luciana, Karla, Carlos Alberto, João Carlos, Radamés, Antônio Genivaldo, Ana Luisa, Bristown**. Pela sincera amizade, por compartilhar as alegrias e as tristezas, por toda cooperação e parceria. Sem a ajuda de vocês eu não teria conseguido. Vocês foram um belo encontro e tenho a certeza que sempre estarão presentes em todas as minhas conquistas, pois a nossa amizade será eterna.

A todos os **colegas** que estiveram juntos nesta caminhada, pois todos aqueles que passam em nossa vida sempre deixa um pouco de si. Aprendi com todos vocês.

Luta-te dever é lutar pelo direito; Porém, quando encontrares o direito em conflito com a justiça, luta pela justiça.

Eduardo Couture

RESUMO

A presente pesquisa tem por objeto analisar minuciosamente o instituto do divórcio e os efeitos jurídicos trazidos pela promulgação da Emenda Constitucional Nº 66/2010. Com maior enfoque para alterações do texto Constitucional, destacando os efeitos jurídicos, dentre eles o fim da separação judicial, revogação tácita dos dispositivos infraconstitucionais contrários ao novo texto, eliminação da perquirição da culpa, o fim do divórcio conversão. Também foram observados os debates doutrinários e jurisprudenciais sobre as alterações constitucionais, bem como as divergências dos Tribunais pátrios sobre o tema em estudo. Para melhor percepção da pesquisa fez-se necessária uma análise concisa sobre o histórico do casamento no Brasil, bem como sobre sua dissolução, pontuando a evolução legislativa da dissolução do casamento no ordenamento jurídico pátrio. Nos questionamentos sobre direito intertemporal, as ações em curso quando da vigência da Emenda Constitucional, foram analisadas, abordando os procedimentos jurídicos para solucioná-las. Foi utilizada metodologia descritiva e qualitativa, empregando-se vasta pesquisa bibliográfica, artigos científicos, doutrinas, legislação, jurisprudências, periódicos especializados e bibliografia online. Toda a pesquisa esta atrelada com tema-objeto do estudo.

PALAVRAS-CHAVE: divórcio; emenda constitucional Nº 66/2010; separação judicial; efeitos jurídicos.

RESUMEN

Esta búsqueda tiene por finalidad examinar a fondo el instituto de divorcio y los efectos legales presentada por la enmienda constitucional nº 66/2010. Com enfoque más para modificaciones del texto constitucional ,destacando los efectos legales, entre ellos el fin de separación legal, revocación tácita de los dispositivos ley contradice la Constitución, la eliminación de la investigación de la culpa, el final de la divorcio por conversión. También se observaron las discusiones doctrinal y jurisprudencial de los cambios Constitucionales, sino también las diferencias de los Tribunales brasileños sobre el tema objeto de estudio. Para una mejor comprensión de la investigación era necesario un breve análisis sobre la historia del matrimonio en Brasil, así como su disolución, puntuando las novedades legislativas en la disolución del matrimonio en el sistema jurídico nacional. En preguntas sobre el derecho intertemporal, las acciones en espera de juicio en el momento de vigencia de la Enmienda Constitucional, analizado, frente a los procedimientos legales para resolverlos. Se utilizó metodología descriptiva y cualitativa, empleando extensa búsqueda en la literatura, artículo científico, doctrinas, legislación, jurisprudencias, revistas, bibliografía, en línea. Toda la investigación está relacionada con el tema objeto de estudio.

PALABRAS-CLAVE: divorcio; enmienda constitucional Nº 66/2010; separación legal; efectos jurídicos.

LISTA
LISTA DE ABREVIATURA

Art.— Artigo.

CC— Código Civil.

CRFB— Constituição da República Federativa do Brasil.

EC— Emenda Constitucional.

PEC— Projeto de Emenda a Constituição.

IBGE— Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	11
2	CASAMENTO NO BRASIL.....	13
	2.1 Evolução Histórica do Casamento Civil no Brasil.....	13
	2.2 Conceito e Natureza Jurídica.....	15
	2.3 Efeitos Jurídicos.....	17
3	HISTÓRICO DA DISSOLUÇÃO CONJUGAL NO BRASIL.....	19
4	SEPARAÇÃO JUDICIAL.....	21
	4.1 EFEITOS JURÍDICOS.....	23
5	DIVÓRCIO.....	26
	5.1 Espécies.....	27
	5.2 Efeitos Jurídicos.....	30
6	EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010.....	32
	6.1 Divergências Doutrinárias Sobre a Separação Judicial e Extra Judicial.....	33
	6.2 O Divórcio Após A Emenda Constitucional Nº 66/2010.....	36
	6.3 Efeitos da Emenda Constitucional Nº 66/2010.....	37
	6.4 O Fim da Culpa.....	38
7	OS PROCESSOS EM CURSO NO ADVENTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº66/2010.....	40
8	DIVERGÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS.....	42
9	CONCLUSÃO.....	46
	REFERÊNCIAS.....	48

1 INTRODUÇÃO

O diploma legal do divórcio ingressou no ordenamento jurídico pátrio com a promulgação da Emenda Constitucional Nº 09/1977, possibilitando a ruptura dos laços matrimoniais. Tal Emenda ensejou a instituição da Lei Nº 6.515/1977, denominada de Lei do Divórcio, regulamentando o instituto do casamento e as hipóteses da sua dissolução.

A Constituição de 1988 diminuiu os obstáculos para concessão do divórcio, porém, ainda limitando as hipóteses legalmente estabelecidas e aos lapsos temporais.

Com o advento da Emenda Constitucional Nº 66/2010 o texto da atual Constituição Federal eliminou, os prazos e limites, bem como a prévia separação.

Diante da nova redação Constitucional sobreveio uma essencial modificação no instituto jurídico do direito de família, condizentes com os direitos e garantias tão bem albergados e protegidos pela Lei Maior.

O estudo em questão é de grande importância, pois desfaz os laços conjugais. Surgindo assim, certa instabilidade ao instituto do casamento com reflexos no eixo da sociedade: a instituição familiar.

Tentaremos dirimir a insegurança supracitada, demonstrando que a evolução do referido diploma legal não desencadeia a extinção do núcleo familiar, ao contrário, reforça, pois, confere ao afeto o singular motivo para a permanência da união conjugal.

A presente pesquisa inicia no capítulo dois com o histórico do casamento no Brasil, abordando o domínio religioso, bem como o reconhecimento civil ao instituto. Analisando a natureza e os feitos jurídicos do casamento.

O capítulo seguinte trata da história da ruptura do vínculo conjugal, desde a sua total indissolubilidade, até a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Os capítulos quatro e cinco abordam as espécies de dissolução do vínculo conjugal legitimadas pelo ordenamento jurídico pátrio antes da edição da Emenda Constitucional Nº 66/2010, e seus efeitos jurídicos.

O capítulo sexto examina o contexto social que deu ensejo à publicação da Emenda Constitucional Nº 66/2010.

Entrementes, florescem questionamentos a cerca do novo texto Constitucional, tais indagações serão abordadas e esclarecidas no capítulo sexto

desta pesquisa. Destarte serão explorados os efeitos de seu ingresso no ordenamento jurídico com status Constitucional, a revogação tácita dos dispositivos contrários ao novo texto, bem como. A extinção da separação judicial e do divórcio conversão. O divórcio e os efeitos jurídicos conforme a nova redação advinda com a edição da emenda. O fim da culpa na perquirição dos motivos que ensejam o rompimento do casamento.

O capítulo sete esclarece quais os procedimentos jurídicos adotados para solucionar os conflitos temporais dos processos ainda pendentes de julgamento quando da edição da nova redação Constitucional.

Por fim, o capítulo oito ilustra as divergências jurisprudenciais no que tange os efeitos jurídicos da Emenda Constitucional Nº 66/2010.

Assim, frente a tais quesitos, demonstra-se o perfil da presente pesquisa que tem objetivo a análise do diploma da evolução do divórcio no ordenamento jurídico brasileiro e as alterações trazidas pela Emenda Constitucional Nº 66/2010.

A presente pesquisa desenvolvida segue a modalidade descritiva e qualitativa. Para tanto foi empregada uma vasta pesquisa bibliográfica, dentre os quais, artigos, doutrinas, periódicos especializados, jurisprudências, legislação e pesquisa online, sem a jactância de exaurir o assunto.

2 CASAMENTO NO BRASIL

2.1 Evolução Histórica do Casamento Civil no Brasil

No Brasil Império a Igreja católica possuía o direito matrimonial, só eram legítimos os casamentos celebrados sobre a égide de tal instituto.

O catolicismo era a religião oficial regulada pelo Concílio de Trento que exigia a obrigatoriedade e firmava pela indissolubilidade do casamento. Conforme preleciona Cahali:

Com a proclamação da Independência, instaurada a monarquia, nosso direito permaneceu sobre a influência direta e decisiva da igreja, em matéria de casamento. Assim o Decreto Nº 03.11.1827 estatuiu a obrigatoriedade das disposições do Concílio de Trento e da Constituição do Arcebispo da Bahia, reconhecida e firmada deste modo à jurisdição eclesiástica, nas questões matrimoniais. O casamento, na sua origem, formação e constituição, sobrepairava as normas estatais. Ato em cuja elaboração não intervinha o poder civil, este o recebia perfeito e acabado das mãos da igreja e, tomando-o como fato consumado, apenas lhe marcava os efeitos jurídicos na sociedade temporal¹.

O grande número de imigrantes que desembarcavam nos portos brasileiros trouxeram, além de sua mão-de-obra, suas crenças religiosas e outras celebrações do casamento, que por não se coadunarem com os preceitos de celebração do Brasil não eram válidos. Para normatizar tais situações, em 1861 foi editada uma Lei permitindo o casamento entre os que não profetizavam o catolicismo.

A partir do Decreto Nº 3.069 despontam três espécies de casamento, o católico, o misto e o não católico. É a primeira flexibilização do Estado que enseja dirimir os poderes religiosos no que tange a celebração do matrimônio.

O rompimento da ligação entre o Estado e a Igreja teve como marco o Decreto Nº 181. Editado pelo então Chefe do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, Marechal Deodoro da Fonseca em de janeiro de 1890.

Até a edição desta lei algumas normas do Estado Papal eram aplicadas no País, desde que houvesse consentimento do Imperador. Portanto foi com tal norma que nasce o casamento civil no Brasil. O Decreto estabelecia no caput do artigo 108: “Esta lei começará a ter execução desde o dia 24 de maio de 1890, e desta data por

¹ CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e separação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.40.

de ante só serão considerados válidos os casamentos celebrados no Brasil [sic], si [sic], o forem de acordo com as suas disposições”².

Muitas foram as tentativas de retirar o casamento do domínio da igreja católica e translada-lo para a seara civil. Com a proclamação da República o instituto deixou de pertencer à ordem religiosa.

A Constituição de 1891 confirmou o Decreto e trouxe em seu texto o reconhecimento do casamento civil e a gratuidade de sua celebração.

O casamento religioso então perde o caráter oficial e passa a ser apenas celebrado por interesse religioso dos cônjuges.

O próprio Codex de 1916 regulamentou o casamento civil. Por este o casamento religioso no Brasil era inexistente, a união válida era aquela celebrada sobre a égide do direito civil, na medida em que o Código não fez referência à união matrimonial religiosa. Estava consolidado o casamento no âmbito civil, restando à escolha dos nubentes, paralelamente realizar celebração religiosa.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 reconheceu os efeitos civis a casamentos religiosos, desde que o rito não contrariasse a ordem pública ou dos bons costumes, celebrado perante autoridade civil, com os nubentes habilitados conforme a norma, os impedimentos devidamente verificados e que fosse registrado civilmente.

A Lei Nº 1.110/1950 estabeleceu regramento para o reconhecimento civil do casamento religioso, já a Lei Nº 6.015/1973 tratou da obrigatoriedade do registro do casamento religioso para obter efeitos civis.

As demais Constituições que sucederam a de 1934 mantiveram os efeitos civis ao casamento religioso, bem como a atual Carta Magna confere tal efeito aos casamentos religiosos.

O atual Código Civil preleciona que o casamento religioso que atender as exigências normativas para a validade do casamento civil, equipara-se a este, desde que registrado no registro próprio, produzindo efeitos a partir de sua celebração. É o que preleciona o artigo 1.515: “O casamento religioso, que atender as exigências da

² BRASIL. **Decreto 181, de 24 de janeiro de 1890**. Promulga a Lei sobre o casamento civil. Disponível em: <<http://www.legislação.planalto.gov/legislação>>. Acesso em 24 abr. 20013.

lei para a validade do casamento civil, equipara-se a este, desde que registrado no registro próprio, produzindo efeitos a partir da data de sua celebração.”³.

2.2 Conceito e Natureza jurídica

Inúmeras são as divergências doutrinárias para a conceituação de casamento, por ser um instituto complexo, envolve patrimônio, comunhão de vida, afeto, constituição familiar, gera direitos e deveres morais e sociais.

No conceito de Maria Helena Diniz:

O casamento é um vínculo jurídico entre um homem e uma mulher, livres, que se unem, segundo as formalidades legais, para obter o auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica, e a constituição de uma família⁴.

Já Beviláquia assim define:

O casamento é um contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolavelmente, legitimando por ele suas relações sexuais; estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses, e comprometendo-se a educar e a criar a prole que de ambos nascer.⁵

Portanto o casamento é um contrato proveniente da vontade livre de um homem e de uma mulher, que devidamente submetidos às hipóteses previstas na lei se unem com o intuito de constituir família. O conceito de casamento não é estático, acompanha a evolução e anseios da sociedade, evolui com a mesma, sendo diferente a cada época, dinâmico e histórico.

Reveste-se de características para ter validade, portando a de ser ato solene, realizado conforme a lei, exigindo a diversidade de sexo dos nubentes.

Com o mesmo pensamento aduz Pereira:

É obvio que a noção conceitual de casamento não pode ser imutável. As ideias que convinhavam ao povo hebreu do Velho Testamento, que satisfaziam o grego, que agradavam aos romanos, que vigiam na Idade Média, e mesmo as que predominavam no Século XX- já não atendem as exigências da nossa geração, que assiste a uma profunda transformação social, do político e do econômico. E sendo a família um organismo em lenta, mas constante mutação, o casamento que a legitima há de afeiçoar-se as condições ambientais e contemporâneas⁶.

³ Código Civil, op. cit., nota 2.

⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito de família. São Paulo: Saraiva 2004, p. 39.

⁵ PEREIRA, Caio Mário, apud Beviláquia. **Instituição de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 52-53.

⁶ Id. Ibid., p. 32.

A natureza jurídica é algo bastante debatido em nossa doutrina, havendo correntes que afirmam que o casamento tem natureza jurídica de contrato, sendo válido e eficaz somente com o consentimento e a vontade livre dos noivos; já para a corrente que defende ser a natureza jurídica do casamento uma instituição afirmam que este é constituído por uma série de regramentos estabelecidos pelo legislador e os futuros consortes têm a faculdade de aderir. Tais divergências surgem pelo resquício da religião sobre o casamento, é um impasse entre os doutrinadores.

Preleciona Gonçalves:

O casamento, na concepção clássica, também chamada de individualista, é uma relação puramente contratual, resultante de um acordo de vontades, como acontece nos contratos em geral. A doutrina institucionalista, também denominada supraindividualista, sustenta que o casamento é uma grande instituição social. A ela aderindo os que casam. A terceira corrente, a eclética, constitui a fusão das anteriores, pois considera o casamento um ato complexo: um contrato especial, do direito de família, mediante o qual os nubentes aderem a uma instituição pré-organizada, alcançando o estado matrimonial⁷.

As divergências sobre a natureza jurídica do casamento levou a uma nova posição, que nos parece ser a mais correta, pois o casamento é algo complexo, se reveste de características de contrato e instituição.

Venosa entende ser o casamento um negócio jurídico, preleciona:

O casamento, negócio jurídico que dá margem a família legítima, é ato pessoal e solene. É pessoal, pois cabe unicamente aos nubentes manifestar sua vontade, embora se admita casamento por procuração. Não é admitido, como ainda em muitas sociedades, que os pais escolham os noivos e obriguem o casamento. Ato sob essa óptica, no direito brasileiro, padece de vício. Tratando-se igualmente de negócio puro e simples, não admite termo ou condição. Trata-se, também, ao lado do testamento, do ato mais solene do direito brasileiro e assim é na maioria das legislações. A lei o reveste de uma série de formalidades perante autoridade do Estado que são de sua própria essência para garantir a publicidade, outorgando com isso garantia de validade ao ato. A solenidade inicia-se com os editais, desenvolve-se na própria cerimônia de realização e prossegue em sua inscrição em registro público⁸.

Portanto, casamento na esfera do direito de família é um contrato celebrado de acordo com os ditames da lei, e em seu conteúdo é considerado instituição; é um ato complexo de natureza híbrida, pois nele estão contidos os elementos: volitivo e o institucional.

⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 14.

⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito de família**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 26.

2.3 Efeitos Jurídicos

O casamento gera consequências na vida dos cônjuges que se refletem no âmbito social, no patrimônio, gera direitos e deveres recíprocos, na constituição da família legítima.

Conforme Carlos Roberto Gonçalves:

O primeiro e o principal efeito do casamento é a constituição da família legítima [...], o segundo consiste na mútua assunção, pelo casal, da condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família. [...] O terceiro é a imposição de deveres aos cônjuges, que passam a vigor a partir da celebração. O quarto efeito jurídico do casamento é a imediata vigência, na data da celebração, do regime de bens, que em princípio é irrevogável, só podendo ser alterado mediante judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros⁹.

Ressaltasse que a Constituição Federal de 1988 confere a união estável status de entidade familiar.

O matrimônio tem o condão de emancipar o menor, conferindo capacidade plena para os atos da vida civil e, também confere o estado de casados para os cônjuges, bem como o direito de adotar o nome do outro, se assim quiser. Conforme artigo 1.564 do Codex Civil:

Pelo casamento homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelo encargo da família.
§1º Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescer ao seu sobrenome do outro¹⁰.

Os deveres dos cônjuges estão previstos no artigo 1.566 do Código Civil brasileiro assim são: fidelidade recíproca, vida em comum no domicílio conjugal, mútua assistência, sustento guarda e educação dos filhos, respeito e consideração mútuos.

Fidelidade recíproca que seria exclusividade nos laços sexuais, abster-se de tais práticas com terceiros. Este dever acompanhar toda a vida de casado, sob pena de ensejar a dissolução do casamento.

A vida em comum no domicílio conjugal, que não é uma hipótese absoluta, pois não é defeso a um dos cônjuges morar em cidades diferentes e, muito menos por acordo entre os consortes habitar em domicílios distintos. Portanto a coabitação

⁹ GONÇALVES, ob. cit., nota 7, p. 63.

¹⁰ BRASIL. **Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituição/Emendas/Em/em66.htm> em: 24 abr. 2013.

é o direito sexual é parte do casamento dos consortes o direito ao sexo. Este dever pode ser dirimido devido à avançada idade ou por enfermidades que impeçam os cônjuges de cumpri-lo.

A mútua assistência é a moral e material. O casamento forma uma comunhão plena de vidas, com o apoio mútuo nas adversidades que outrora possam ocorrer nesta vivência em comum. Este direito persiste mesmo com o fim da união, visto que existe a figura dos alimentos na norma que disciplina o casamento.

O sustento guarda e educação dos filhos é dever de ambos os consortes, que quando descumpridos implica responsabilidades na esfera civil e na penal tipificada por crime de abandono material e intelectual. Extingue-se com a maioridade da prole.

Respeito e consideração mútuos não constavam no Código Civil de 1916. Respeito e consideração são conceitos indeterminados a ser definidos pelo magistrado no caso concreto. Tais deveres são corolários do princípio da dignidade humana.

O efeito jurídico patrimonial alude ao regime matrimonial de bens. Consiste em regramentos normativos que disciplinam as relações patrimoniais entre os cônjuges. Há liberdade de escolha dos nubentes sobre qual regime de bens dispostos no Código Civil irão adotar. Sendo lícito que os mesmos optem por fazer pacto antenupcial, caso adotem regime matrimonial diverso do legal.

3 HISTÓRICO DA DISSOLUÇÃO CONJUGAL NO BRASIL

A indissolubilidade do vínculo do matrimônio no Brasil foi enraizada pelo catolicismo. Para os católicos o casamento é eterno, divino. A família só poderia ser constituída por laços matrimoniais eternos subordinados aos preceitos do Direito Natural.

Mesmo com a Proclamação da República em 1889, e o conseqüente rompimento entre Estado e Igreja, só em 1916 com o Codex de Beviláquia surge a figura do desquite. Permitindo a dissolução da sociedade conjugal, porém o vínculo permanecia, visto que, era defeso aos cônjuges contrair novas núpcias.

A Constituição de 1934 elevou o desquite à norma Constitucional, legitimando o fim da sociedade conjugal. No entanto, se absteve de conferir o direito aos cidadãos de construir nova família. Neste interim surgiam famílias diversas dos preceitos religiosos, chamadas de clandestinas. Sem nenhuma proteção do Estado.

As Constituições de 1937, 1946 e 1967 seguiram sem a previsão da dissolubilidade do vínculo matrimonial.

Somente em 1977 foi apresentada pelo Senador Nelson Carneiro a Emenda Constitucional Nº 09 que instituiu o divórcio no ordenamento jurídico pátrio. Tal emenda foi regulamentada pela Lei Nº 6.515/1977, trazendo em seu bojo a ruptura do vínculo conjugal, bem como permitiu novas núpcias, revogou os dispositivos do Codex de 1916, trazendo o divórcio e eliminando a figura do desquite.

Segundo Silvio de Sávio Venosa:

A Lei Nº 6.515/77, que regulamentou o divórcio, revogou os artigos 325 a 328 do Código Civil de 1916, que cuidava da dissolução do casamento, passando a denominar separação judicial ao instituto que o Código rotulava como desquite¹¹.

Tal norma foi denominada como Lei do Divórcio que cuidava da dissolução do vínculo conjugal bem como do casamento, autorizando novas núpcias. Estavam em fim os consortes legitimados a romper definitivamente o vínculo matrimonial.

Porém, a lei delimitava as hipóteses legais a cerca do divórcio, somente seriam beneficiados os consortes separados judicialmente (desquitados) por lapso temporal maior que três anos ininterruptos.

¹¹ VENOSA, ob. cit., nota 8, p. 192.

Também autorizou o divórcio direto se os cônjuges estivessem separados de fato antes da data de 28 de julho de 1977, portanto antes da promulgação do diploma legal. Ressalta-se que o pedido do divórcio só poderia ser requerido por uma única vez.

A promulgação da Lei Maior de 1988 propiciou várias modificações ao instituto do divórcio. Diminuiu o prazo de conversão da separação judicial para divórcio, fixando em um ano. Alterou o lapso temporal da separação de fato para dois anos.

Esclarece Farias:

Na ótica do moderno constitucionalismo, então, a dissolução do enlace matrimonial há de ser compreendida como um verdadeiro direito da pessoa humana à vida digna, por conta da liberdade de autodeterminação, que há de ser compreendida inclusive pelo prisma afetivo. Dessa maneira, encerrados os projetos e anseios comuns – que servem como base de sustentação para o casamento – exsurge a dissolução do matrimônio como consequência natural, consubstanciando um direito exercitável pelas simples vontade do indivíduo¹².

Em 1989 foi editada a Lei Nº 7.814 esta retirou o caractere da culpa na separação, estabelecendo então a separação de fato de dois anos como único requisito para que os consortes pudessem requerer o divórcio.

O atual Código Civil não inovou sobre tal diploma segundo Gonçalves:

O novo Código Civil limitava-se a proclamar que o divórcio é uma das causas que ensejam o término da sociedade conjugal, tendo o condão de dissolver o casamento válido (artigo 1.571, IV e § 1º). O artigo 1.579 reproduz o texto do artigo 27 da lei do divórcio, retirando a inalterabilidade dos direitos e deveres dos pais em relação aos filhos, em decorrência quer do divórcio quer do novo casamento, de qualquer deles. Além disso, regula a conversão de separação em divórcio (artigo 1580), dispensa partilha (artigo 1581) e menciona as pessoas legitimadas a propor a ação (artigo 1.582). Não há nenhuma sanção para o cônjuge que tiver a iniciativa de ajuizá-la¹³.

Seguindo os avanços legislativos pátrios no ano de 2007 foi editada a Lei Nº 11.441 esta trouxe em seu texto profundas alterações que acompanham a sociedade moderna. Regulou o divórcio e a separação extrajudiciais mediante escritura pública lavrada em cartório de notas

¹² FARIAS Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Jures: 2009. p. 319.

¹³ GONÇALVES, ob. cit., nota 7, p. 74-75.

4 SEPARAÇÃO JUDICIAL

De início faz-se importante distinguir sociedade conjugal de vínculo matrimonial. Ambos advêm do casamento, este disciplina a vida dos cônjuges, seu relacionamento, obrigações, direitos e deveres. Já aquele regula apenas os efeitos patrimoniais, ou seja, o regime matrimonial dos bens pertencentes ao casal, os lucros civis provenientes do labor.

O antigo desquite foi substituído pela separação judicial e separação consensual, conforme assevera Orlando Gomes:

Quanto à nomenclatura, a própria lei dispõe que as expressões desquite por mútuo consentimento, dequite e desquite litigioso devem ser substituída por separação consensual e separação judicial. Serve a última para designar o gênero e a espécie, gerando confusão. Para distinguir a separação consensual e da separação judicial *tout court* a que o juiz pronuncia pondo termo ao litígio entre cônjuges pode-se chamá-la separação litigiosa. A separação de corpos preparatória do desquite passou, por sua vez, a chamar-se separação cautelar. Tanto a separação litigiosa como a consensual dependem de sentença do juiz. Podem ser chamadas, portanto, genericamente, separação judicial¹⁴.

A separação judicial põe fim à sociedade conjugal, permanecendo o vínculo matrimonial, sendo defeso aos consortes convolar novas núpcias. É uma medida prévia a ação do divórcio (divórcio conversão).

A separação judicial consensual é considerada negócio jurídico, bilateral porque é proveniente da autonomia da vontade dos consortes, de caráter personalíssimo e a intervenção do magistrado tem o intuito de gerar eficácia a este contrato com a sua homologação pelo juiz, depois de ouvido o Ministério Público.

Os motivos que levaram a separação são irrelevantes, o que legitima tal instituto é não haver contenção e a união matrimonial tenha pelo menos um ano de existência.

A regra é que os separados judicialmente não têm deveres conjugais, porém não estão autorizados a convolar novas núpcias, esta dependerá da conversão em divórcio.

O procedimento é simples, os consortes devem requerer a separação em petição inicial assinadas pelos cônjuges e por seus advogados, formalizando ao juiz a intenção de se separarem, mediante acordo, demonstrando os termos da dissolução da sociedade conjugal.

¹⁴ GOMES, Orlando. **Direito de família**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 203-204.

A petição deverá ser instruída com a descrição dos bens do casal e a respectiva partilha, o acordo firmado em relação à guarda dos filhos menores, a contribuição destinada à criação e a educação da prole, a pensão alimentícia ao cônjuge que dela necessite para sua manutenção, e do pacto antenupcial se houver, a certidão de casamento e procuração dos advogados ou do advogado se comum aos consortes.

A separação judicial litigiosa ocorre quando não há um consenso dos cônjuges. Para melhor entendimento doutrinariamente é dividida em separação sanção fundamentada na conduta desonrosa de um dos cônjuges ou por violação de alguns deveres conjugais; remédio que decorre de grave doença mental que tenha acometido um dos consortes após o casamento e que passado dois anos é comprovadamente incurável; falência que como o próprio nome já conceitua a total ruptura dos laços que uniam o casal por mais de um ano.

Conduta desonrosa possui conceito subjetivo, o que dificulta sua caracterização, obrigando juízos e Tribunais analisar cada caso concretamente para diagnosticá-la. A jurisprudência tem entendido como conduta desonrosa o uso de entorpecentes, ociosidade, embriaguez, habitualidade em jogar, prática de crimes sexuais, demonstração de sentimentos perversos, a recusa do cônjuge em saldar os débitos familiares.

Quanto a grave violação dos deveres conjugais, recorre-se aos deveres matrimoniais contidos no artigo 1.566 do Código Civil.

A infração ao dever matrimonial não surte efeitos para o término da sociedade conjugal quando o outro consorte comunga da mesma conduta.

No que se refere à impossibilidade de convivência o artigo 1.573 do atual Código Civil enumera as possibilidades são elas: adultério, tentativa de morte, sevícia ou injúria grave, abandono voluntário do lar durante um ano contínuo, condenação por crime infamante, conduta desonrosa.

A ação de separação litigiosa se submete ao rito ordinário e deve ser precedida de medida cautelar de separação de corpos, a não ser que os cônjuges já se encontrem separados.

A petição deve ser assinada pelo consorte autor e seu advogado, sendo instruída com a certidão de casamento, bem como com os motivos que o levou a requerer a separação. Caso o juiz não verificar a comprovação da culpa, julgará a

ação improcedente. As partes só poderão renovar o pedido por causas supervenientes.

A propositura da ação contenciosa é personalíssima. Após a formalização há possibilidade da reconciliação do casal, porém resguarda o direito de terceiros adquiridos antes ou no curso da separação. O processo corre em segredo de justiça, a intervenção do Ministério Público é obrigatória.

A sentença que determina a separação produz efeitos a partir da data do trânsito em julgado ou, da decisão que tiver concedido separação cautelar.

Com a publicação da Lei Federal Nº 11.441/2007, tornou-se possível, mediante escritura pública, separação judicial, desde que o casal não possua filhos menores ou incapazes, e que a decisão seja consensual.

O procedimento é rápido e simplificado. As partes, devidamente assistidas por seus advogados, deverão apresentar perante os Tabeliães munidos da certidão de casamento e pacto nupcial, se houver, carteira de identidade, CPF, comprovante de residência e cópias autenticadas de todos os bens móveis ou imóveis.

Todos os bens pertencentes ao casal devem ser descritos minuciosamente na partilha. O valor da pensão alimentícia deve estar devidamente ajustado, bem como a forma de pagamento, a atualização e a duração da prestação.

Na escritura pública as partes devem declarar não possuir filhos menores ou incapazes, caso tenham filhos maiores e capazes citar cada um e apresentar as certidões de nascimento de cada filho. O objetivo deste procedimento minucioso é afastar qualquer impedimento à realização da escritura. Esta poderá ser lavrada em qualquer Tabelionato de Nota, não depende de homologação judicial e, constitui título hábil para o registro civil e o registro de imóveis.

4.1 Efeitos Jurídicos

A Lei Nº 6.515/1977 em seu artigo 3º estabelece quais são os efeitos jurídicos da separação judicial. Os efeitos limitam-se aos cônjuges, os bens e a prole.

A sentença que decreta a separação judicial tem eficácia desconstitutiva negativa.

Põe fim aos deveres de vida em comum. Destarte rompe as obrigações de coabitação, fidelidade e assistência imaterial. Separando materialmente os consortes que, em consequência, deixam de residir na mesma casa, readquirindo os

ex cônjuges o direito de fixarem sozinhos seu domicílio. Autoriza a constituição de união estável aos separados judicialmente.

Impede o cônjuge de continuar a usar o nome do outro, se declarado culpado pela separação litigiosa. Deste modo, voltará a usar o sobrenome de solteiro, desde que isso seja expressamente requerido pelo vencedor, e não cause prejuízo para sua identificação; impossibilite distinção entre seu nome de família e de sua prole havidos do matrimônio ou origine dano grave reconhecido em juízo.

Não rompe o vínculo matrimonial, é defeso a realização de novas núpcias. Os cônjuges separados ostentam o status de separados judicialmente, esta expressão não identifica o estado civil, mas sim, a condição jurídica de que não está mais casado.

Se pretenderem constituir novo matrimônio há de se converter a separação em divórcio, desde que transcorra um ano do trânsito em julgado da sentença declaratória da separação judicial. Para tanto o processo da separação tem que ser desarquivado, pois o pedido deve ser requerido nos mesmos autos e ao juiz cabe homologar o pedido.

Impede que a sentença que decretar ou homologar a separação judicial de empresário e o ato de reconciliação sejam impostos a terceiros, antes arquivados e averbados no Registro Público de Empresas Mercantis.

Põe termo ao regime de bens. Todo o patrimônio pertencente ao casal sejam móveis ou imóveis, devem ser objeto da partilha.

Possibilita a reconciliação do casal, independente do lapso temporal da separação e dos motivos que acarretaram a mesma.

Autoriza ao cônjuge decretado culpado pelo fim da sociedade conjugal pleitear ação de alimentos, desde que não haja parentes próximos que possam prover suas necessidades ou, não tenha capacidade para o labor.

Em relação à prole, a separação judicial não legitimam os separados dispor livremente sobre a guarda ou pensão. Os filhos recebem proteção do Estado. Sempre que possível e se a separação for consensual, a guarda deverá ser exercida de forma compartilhada com o intuito de garantir o melhor interesse dos menores.

Caso a separação seja litigiosa, a guarda pode ser requerida por um dos cônjuges e cabe ao juiz atribuir a qual consorte caberá a guarda da prole menor ou incapaz. Sempre considerando o melhor interesse da prole.

Nos casos de separação judicial, sua decretação proporciona ao cônjuge inocente a reparação por perdas e danos sofridos.

No que tange ao direito sucessório, se o falecimento ocorreu até dois anos da separação do casal o viúvo faz jus ao direito sucessório, sem mesmo ter a necessidade de comprovar que não foi culpado pelo fim da união.

5 DIVÓRCIO

A Lei Nº 6.515/1977 em seu artigo 21 definiu o instituto que põe fim ao casamento e aos efeitos civis do matrimônio religioso.

A doutrina também se encarregou de conceituar o divórcio.

Divórcio é a completa ruptura da sociedade conjugal e do vínculo matrimonial, que torna o divorciado livre para a celebração de novo casamento civil¹⁵.

Maria Helena Diniz entende ser a dissolução de um casamento válido, ou seja, extinção de um vínculo matrimonial, que se opera mediante sentença judicial, habilitando pessoas a convolar novas núpcias¹⁶.

Conceitua Venosa:

O divórcio é um dos institutos jurídicos que levantou mais questões polêmicas em todas as legislações nas quais foi admitido, tratando-se não apenas de uma questão jurídico-social, mas de um problema global que atinge as esferas da religião e da política. As diversas legislações atuais, como regra geral, admitem-no com maior ou menos plenitude¹⁷.

Portanto o divórcio é o diploma legal que põe termo ao vínculo matrimonial e aos efeitos civis provenientes, legitimando aos divorciados convolar novo matrimônio. A separação judicial e o divórcio são institutos jurídicos entrelaçados, porém somente o divórcio tem o condão de dissolver o casamento, o que antes da Lei do divórcio só a morte tinha este poder.

Em seu entendimento acerca de tal diploma legal acertadamente dispõe Luz:

O divórcio, a semelhança do desquite, é antes de tudo remédio e remédio excepcional. Os valores cultivados por nossa sociedade dotam a família com uma legislação de longo alcance e eficiente proteção. A dissolução da vida conjugal é exceção. A regra é a família estável. Mas as exceções precisam ser reguladas conforme os padrões sociais, sem arroubos românticos. Permitir que um ser humano que não foi feliz no matrimônio reconstitua o lar conjugal não é, de maneira alguma, estimulá-lo a destruir o lar que já possui. O lar feliz e sadio não se desfaz¹⁸.

O divórcio não estremece a célula familiar, muito menos estimula os casais a dissolver o vínculo que os une. Somente quando os cônjuges que não encontram no

¹⁵ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**: direito de família e das sucessões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 181.

¹⁶ DINIZ, ob. cit., nota 4, p. 241.

¹⁷ VENOSA, ob. cit., nota. 8, p. 148.

¹⁸ LUZ, Aramy Dornellses da. **O divórcio no Brasil**: ensaio de sistematização e comentários a lei de regulamentação. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 40.

casamento o equilíbrio e a felicidade na comunhão plena de vida recorre à tutela do Estado a fim de romper o vínculo matrimonial.

5.1 Espécies

A Emenda Constitucional Nº 09/1977 trouxe o divórcio para o ordenamento jurídico pátrio. Modificou o texto do §1º, artigo 175 da Constituição de 1969. Eliminou o princípio da indissolubilidade do vínculo matrimonial e estabeleceu quais os parâmetros da dissolução.

Somente com Lei Nº 6.515/1977, denominada Lei do divórcio, que regulamentou a Emenda Constitucional supracitada, autorizando o divórcio vincular, aquele dissolve o vínculo anteriormente firmado e permite um novo casamento.

O diploma legal trazia duas formas de divórcio, o chamado de divórcio conversão e o direto, este com peculiaridades previstas no artigo 40 das Disposições Transitórias, neste somente os cônjuges separados por lapso temporal superior a cinco anos em 28 de junho de 1977.

Dispõe Venosa:

A Constituição de 1988 admitiu o divórcio direto como modalidade ordinária possibilitando-o a qualquer tempo, após dois anos de separação de fato. Nesse diapasão, a Lei nº 6.525/77 deu nova redação ao mencionado artigo 40, dispondo que nos casos de separação de fato e desde que completados dois anos consecutivos, poderá ser promovida a ação de divórcio, na qual deverá ser comprovado decurso do tempo de separação¹⁹. (VENOSA 2007, p. 192)

O ordenamento jurídico pátrio admite três modalidades de divórcio, o direto, conversão e o realizado administrativamente também denominado de extrajudicial introduzido na legislação pátria através da Lei Nº 11.441/2007.

Assevera Carlos Roberto Gonçalves:

O único requisito para o divórcio direto, passou a ser, assim, a comprovação da separação de fato por mais de dois anos”. Portanto não é exigido que se demonstrasse quais as causas que levaram a separação, ressalta-se que o lapso temporal de dois anos tem que ser contados ininterruptos²⁰.

Admite-se o divórcio direto nas formas consensual e litigiosa. Naquela serão observado e seguido os procedimentos contidos no § 2º do art. 40 da Lei do Divórcio

¹⁹ VENOSA, ob. cit., nota 17, p. 192.

²⁰ Ob. cit., nota 7, p. 93, 2011.

onde estabelece os mesmos procedimentos do Código de Processo Civil, artigos 1.220-1.224.

A petição deve ser instruída com a certidão de casamento, a pensão alimentícia do cônjuge que necessite deve ser fixada e informando de que forma cumprirá a obrigação alimentar, conterà a partilha de bens.

O Códex Civil em seu artigo 1581 estabelece ser indispensável anterior partilha dos bens. O procedimento para o divórcio consensual não exige, estando conforme inteligência da Súmula 197 do Superior Tribunal de Justiça.

O litigioso requerido por um dos cônjuges quando não há consenso. Nesta modalidade haverá a análise sobre os bens a ser partilhados, e questão como guarda, visita e alimentos, quando houver prole menor ou incapaz.

O procedimento segue o rito ordinário, conforme § 3º do art. 40 da Lei Nº 6.515/1977, dispensa-se a tentativa de reconciliação dos consortes e exige a comprovação do lapso temporal de dois anos consecutivos da separação de fato, que deve estar instruída na petição inicial. A partilha dos bens ficará sob a égide do juízo da execução.

O divórcio-conversão é a modalidade vinculada à separação judicial, visto que só poderá ser concedido após aquela, conforme o Código Civil estabelece em seu artigo 1.580:

Decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, qualquer das partes poderá requerer sua conversão em divórcio²¹.

Essa modalidade alinha uma situação existente na vida do casal, a separação judicial, seja consensual ou litigiosa. O requisito para requerer tal instituto é o lapso temporal da separação, conforme o diploma legal Nº 6.515/1977, seria de três anos contados da data da decisão, evoluindo com a Carta Magna de 1988 que reduziu o lapso temporal para um ano de separação judicial para enfim requerer a conversão em divórcio.

Duas são as modalidades de divórcio conversão, litigiosa e consensual. Nesta o instituto pode ser invocado por ambos os consortes e o seu rito processual é regulado pelos artigos 1.120-1.124 do Código de Processo Civil.

²¹ Lei Nº 10. 406. ob. cit., nota 2.

Já no litigioso há divergência de um dos cônjuges em concordar com o divórcio, de tal sorte envolve jurisdição contenciosa.

O divórcio extrajudicial ingressou na legislação pátria com a edição da lei Nº 11.441/2007, atendendo aos princípios da celeridade e economia processual, bem como facilitou o acesso à justiça. Está incrustrado no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, o direito a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Tal Lei veio assegurar que tais direitos elencados como Garantias Fundamentais sejam respeitados e colocados em prática.

Preceitua Diniz:

Para desafogar o Poder Judiciário, a Lei. 11.441/2007 possibilita o divórcio consensual por meio de procedimento administrativo, dando ao interessado o direito de, se quiser, optar por esse procedimento, que não requer homologação judicial nem participação do Ministério Público. Não haverá, com isso, violação a garantia constitucional do amplo acesso ao Judiciário, pois, ocorrendo conflito de interesses entre as partes, estas poderão socorrer-se da via judicial²².

Este instrumento possibilitou que separações consensuais e divórcios fossem realizados pela via administrativa sem a intervenção do judiciário, desde que presentes hipóteses legais para o exercício. Segue o rito processual dos artigos 1.120-1.124-A do Código de Processo Civil, realizado mediante escritura pública com a obrigatoriedade do patrocínio de advogado.

Estão legitimados a requerer tal diploma os casais que não possuem filhos menores ou incapazes, o respeito ao lapso temporal de dois anos de separação de fato nos casos de divórcio e o prazo de um ano da data da celebração do casamento para a separação, escritura pública lavrada pelo tabelião de notas.

Ressalta-se ainda a importância do consentimento dos consortes sobre a pensão alimentícia que será provida por um dos cônjuges ou a dispensa da mesma, o consenso a cerca da partilha de bens, bem como da conservação ou não do nome de casado.

Transcorrido um ano da data da escritura pública da separação extrajudicial, é legítimo os separados requerer nova escritura pública para converter em divórcio.

²² DINIZ, ob. cit., nota 4, p. 359.

5.2 Efeitos Jurídicos

A sentença do divórcio para produzir efeitos e ter eficácia erga omnes deve ser devidamente decretada e registrada no Registro Público.

Os efeitos do divórcio extrajudicial possuem a mesma natureza dos realizados pelo Poder Judiciário.

O divórcio tem o condão de dissolver o vínculo conjugal, cessar os efeitos civis do casamento religioso, conferir a possibilidade de contrair novas núpcias.

Põe termo aos deveres recíprocos dos cônjuges legalmente exigidos. Extingue o regime de bens e permite a realização da partilha.

Sobre o patrimônio explica Rizzardo:

No tocante ao patrimônio e a responsabilidade pelas obrigações contraídas, parece mais coadunável com a lei que o dever solidário no cumprimento cessa com o registro da sentença de divórcio [...] De modo geral, porém, os efeitos dirigem-se para o futuro, cessando todas as obrigações inerentes ao casamento²³.

Conforme o Código Civil o término do vínculo matrimonial não modifica o direitos e os deveres dos pais em relação a seus filhos, mesmo que convolem novas núpcias. Não interrompe o poder familiar, podendo ser fixado em juízo pagamento de pensão, visitas aos filhos, facultado também requerer a guarda compartilhada da prole nos termos do artigo 1.584 do Código Civil.

Não tem o poder de eliminar o direito do cônjuge de continuar a usar o nome de casado, exceto nos divórcio por conversão, no casos em que a sentença que decretou a separação judicial disponha o contrário.

Suspende o direito sucessório dos cônjuges, estes deixam de ser herdeiros um do outro. O divórcio quando decretado impede a reconciliação, caso haja o desejo todo o processo formal para convolar novas núpcias deve ser repetido.

Nos casos do divórcio direto, quando proferida a sentença põe termo ao regime de separação de fato. Substitui a separação judicial pelo divórcio, quando indireto, modificando o estado civil dos interessados, passando a ostentar o status de divorciados.

Permite a possibilidade de solicitar o pedido de divórcio sem limitação numérica.

²³ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**: Lei nº 10.406/2002. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 113.

O direito ao divórcio cessa pelo seu exercício, pela desistência de prosseguir com a ação, nos casos de morte de um dos cônjuges e pelo perdão do cônjuge ofendido que por vontade, sem a necessidade de qualquer justificativa, decida não dissolver o matrimônio.

6 A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010

A família atual alterou suas características, consortes que dissolvem o vínculo matrimonial e constroem novo relacionamento não são mais discriminados. Os casais contemporâneos não permanecem em um casamento que não corresponde a sua felicidade.

Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) a taxa de divórcio em 2010 atingiu 1,8%, ou seja, 1,8 divórcios para cada mil pessoas acima de vinte anos. Um acréscimo de 36,8% no quantitativo de divorciados em estudo comparativo a 2009. Já a taxa de separação sofreu queda, chegando a 0,5%, quer dizer, 0,5 separações para cada mil pessoas com mais de vinte anos²⁴.

Porém, houve um aumento de 45% no número de casamentos em relação ao ano de 2009. Os casamentos realizados em que pelo menos um dos consortes eram divorciados resultam 18,3% dos vínculos, e mostram que o quantitativo foi superior em 11,7% ao ano 2000²⁵.

Tais números revelam que a célula familiar não se extinguiu, muito pelo contrário, houve um recomeço, a família se pluralizou.

Diante de todos estes dados a diretoria do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) elaborou e encaminhou a proposta de Emenda Constitucional com o objetivo de adequar o ordenamento jurídico a realidade e aos anseios da sociedade moderna.

A proposta fora acolhida em 2005, pelo deputado federal Antonio Carlos Biscaia e intitulada PEC Nº 413/2005. Após dois anos foi representada pelo deputado federal Sérgio Barradas Carneiro como PEC Nº 33/2007. Conforme a redação da proposta o casamento poderia ser dissolvido pelo divórcio consensual ou litigioso, na forma da lei.

Os fundamentos da PEC

Não mais se justifica a sobrevivência da separação judicial, em que converteu o antigo desquite. Criou-se, desde 1977, com o advento da legislação do divórcio, uma duplicidade artificial entre dissolução da sociedade conjugal e a dissolução do casamento [...]. A submissão a dois processos judiciais (separação judicial e divórcio) resulta em acréscimos de despesas para o casal, além de prolongar sofrimentos evitáveis. Por outro

²⁴ DIAS, Maria Berenice. **Divórcio já:** comentários à emenda constitucional, de 13 de julho de 2020. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 14.

²⁵ Id. Ibid

lado, essa providência salutar, de acordo com os valores da sociedade brasileira atual, evitará que intimidade e a vida privada dos cônjuges e seus familiares sejam reveladas e trazidas ao espaço público dos tribunais, com todo o caudal de sofrimentos que provocam[...]. O que importa é que a lei regule os efeitos jurídicos da separação, quando o casal não se entender amigavelmente [...]. Para tal, não é necessário que haja dois processos judiciais, bastando o divórcio amigável ou judicial²⁶.

No Senado Federal, sob o Nº 28/2009, a proposta de Emenda Constitucional recebeu parecer favorável da Comissão de Constituição e Justiça, modificando o texto original suprimindo a expressão “na forma da lei”. Tal mudança na redação teve o intuito de não vinculá-la a regulamentação por lei ordinária, o que poderia limitar o alcance ou até mesmo não surtir os efeitos desejados pela demora do legislativo na edição de norma regulamentadora.

Finalmente em 14 de julho de 2010 foi publicada e entrou em vigor a Emenda Constitucional Nº 66, alterou o artigo 226, § 6º, da Lei Maior, atual redação do parágrafo: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.

6.1 Divergências Doutrinárias Sobre a Extinção da Separação Judicial e Extrajudicial

Com um texto deveras conciso, que não contempla o instituto da separação judicial. Diante de tal supressão inúmeras divergências doutrinárias floresceram. Uma parte da doutrina afirma que a modalidade persiste no ordenamento jurídico pátrio, e para outra de maiores adeptos a separação judicial foi eliminada através da edição da Emenda Constitucional N º 66/2010.

Os que defendem a permanência da separação judicial ou extrajudicial na legislação o fazem invocando interpretação literal do novo texto, que limitou-se a extinguir os prazos para requerer o divórcio, sem no entanto aludir a separação judicial. Portanto, o diploma legal não foi eliminado como requisito para dissolução do vínculo matrimonial, permanecendo no ordenamento jurídico enquanto a legislação ordinária que o regulamenta não for revogada.

Tais doutrinadores afirmam ser a nova redação imprecisa por utilizar o termo “pode”, para os estudiosos do direito de família a técnica correta seria: o casamento civil “é” dissolvido pelo divórcio.

²⁶ PAULO FILHO, Pedro; PAULO, Guiomar a. de Castro Rangel. **Nova lei do divórcio e separação**. 4. ed. São Paulo: J.H. Mizuno, 2011, p. 167-168.

Destarte, os adeptos que defendem a permanência da separação judicial afirmam que o texto da nova Emenda Constitucional não extirpou o instituto da separação judicial, podendo o casal optar qual o procedimento a adotar.

Muitos doutrinadores trazem a Lei de Introdução às normas do direito brasileiro para afirmar que a separação judicial ainda continua vigente na legislação. Recorrem ao artigo 2º, § 1º da Lei supracitada, estabelece:

Art. 2º Não se destinando a vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou a revogue.
 §1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior²⁷.

O argumento é que a nova redação da Emenda a Constituição não manifesta claramente que a lei ordinária normalizadora da separação judicial e extrajudicial, não é incompatível e não regula a matéria anterior.

Diante das afirmações supracitadas, acertadamente preleciona Paulo Lôbo:

Não se pode esquecer da antiga lição de, na dúvida, prevalecer a interpretação que melhor assegure os efeitos da norma, e não a que os suprima. Isso além da sua finalidade, que, no caso da EC 66, é a de retirar a tutela do Estado sobre a decisão tomada pelo casal²⁸.

A doutrina majoritária defende a extinção da separação judicial, dos prazos e a perquirição da culpa. Invocam outros métodos hermenêuticos para verificar o sentido e alcance da norma, bem como do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a interpretação meramente literal deve ceder passo quando colidente com outros métodos de maior robustez e cientificidade.

Em sua brilhante interpretação sobre a motivação que ensejou elaboração do anteprojeto, bem como a análise das justificativas do relator da proposta da Emenda Constitucional Nº 66/2010, discorre Paulo Lôbo:

Uma interpretação histórica, plausível diante da atualidade da mudança, apoiada nos pareceres e relatórios que levaram a aprovação da proposta de emenda a Constituição, revela que os argumentos utilizados são justamente a maturidade da sociedade brasileira para decidir sobre sua própria vida e o princípio da proporcionalidade. Ou seja, a finalidade era suprimir o requisito da separação como condição para o divórcio, o que na prática implica redução de custos e facilidade para os cônjuges que não mais desejam manter o vínculo matrimonial²⁹.

²⁷ Lei de introdução às normas do direito brasileiro, ob. cit., nota 2.

²⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Separação era instituto anacrônico**. Disponível em: <www.ibdam.com.br>. Acesso em: 02 de maio de 2013.

²⁹ LÔBO, Ob cit., nota 26. **Alteração Constitucional e suas consequências**. Disponível em: <www.editoramagister.com.br> Acesso em: 06 de maio de 2013.

É o que afirma Carlos Alberto Gonçalves: “Indubitavelmente, os métodos histórico, lógico ou racional, sistemático e teleológico, atuando conjuntamente, poderão contribuir mais eficientemente para a descoberta do sentido e alcance da norma em apreço.”³⁰.

Para dirimir as divergências a de se recorrer ao auxílio da hermenêutica, investigar quais as circunstâncias guiaram a formação, em que contexto social se deu a sua elaboração, isto facilita compreender qual a intenção do legislador e o objetivo da norma. Tentar buscar o sentido e o alcance do texto normativo e adaptá-la a realidade atual, adequando a redação aos desejos veemente da sociedade.

Conforme a Lei de introdução às normas do direito brasileiro, o sentido da norma deve ser interpretado considerando-se os fins sociais a que ela se destina e objetivar o bem estar social. Não pode ser esquecido o revolucionário pensamento de Montesquieu em sua obra “O Espírito das Leis”, que nos ensina ser a lei direcionada aos jurisdicionados e comungar com a realidade social e com seus anseios. Afinal as normas destinam-se a sociedade.

Ademais, A Constituição Federal é a lei suprema, a alteração de texto constitucional tem o poder de revogar normas infraconstitucionais com ela incompatíveis. O texto Constitucional alterado assegura um direito fundamental e como tal deve produzir efeitos imediatos.

Pode-se depreender com a modificação do texto da Carta Magna, através da Emenda Constitucional Nº 66/2010, a eliminação do procedimento dualista, ou seja, a dissolução da sociedade conjugal e a cessação do vínculo matrimonial operem em um sistema jurídico unitário, o divórcio. Portanto a separação judicial está elidida do sistema jurídico pátrio.

Conforme Maria Berenice Dias:

Atualmente o sistema jurídico conta com uma única forma de dissolução do casamento: o divórcio. O instituto da separação judicial simplesmente desapareceu. Com o fim da separação toda a teoria da culpa para o decreto do fim do casamento esvaiu-se, e não mais é possível trazer para o âmbito da justiça qualquer controvérsia sobre a postura dos cônjuges durante o casamento. [...] Iguamente desapareceu o desarrazoado período de tempo em que as pessoas não são mais casadas, mas não podem casar novamente. O casamento estava rompido, mas não tinha acabado, apesar de não mais persistirem os deveres matrimoniais [...]³¹.

³⁰ GONÇALVES, ob. cit., nota 13, p. 205.

³¹ DIAS, ob. cit., nota 24, p. 24.27-28.

O novo texto Constitucional trouxe grandes progressos ao direito de família na medida em que elimina a separação judicial, extingue os prazos para a concessão do divórcio, elidiu o instituto da culpa que a muito causava desconforto aos consortes em ver sua privacidade desvendada nos tribunais. Acelera o curso do processo beneficiando o Poder Judiciário, abarrotado de demandas, assim como proporciona aos cônjuges dirimir os desgastes emocionais advindos com o fim do casamento.

6.2 O Divórcio Após a Emenda Constitucional Nº 66/2010

O ingresso da nova lei do divórcio no ordenamento jurídico eliminou a figura da separação judicial, extrajudicial e, o instituto do divórcio por conversão. Agora o único procedimento capaz de dissolver o casamento é o divórcio em suas três modalidades: consensual, litigioso e extrajudicial.

O divórcio judicial litigioso ocorre quando a discordância das partes sobre a separação ou, a questões correlatas como a partilha dos bens, guarda dos filhos, prestação de alimentos. Por ser o divórcio direito potestativo não há o que se dirimir questões sobre o pedido.

O divórcio consensual ocorre por livre vontade das partes, que por outras situações, por exemplo, presença de filhos menores não se submete ao divórcio extrajudicial.

O instituto do divórcio extrajudicial persiste, com os mesmos requisitos: ausência de prole menor ou incapaz e se os consortes concordam com os termos do divórcio. Salienta-se a exigência de patrocínio advocatício no acompanhamento do feito, o que é dispensável são as testemunhas, pois não há mais que se provar lapso temporal para que esta modalidade de dissolução matrimonial seja concedida e lavrada em escritura pública.

Nas ações de divórcio não há necessidade de prévia partilha, assunto já pacificado pela Sumula Nº 197 do Superior Tribunal de Justiça.

Desde a edição da Emenda Constitucional são estas modalidades de dissolução do vínculo matrimonial que vigoram na legislação pátria.

6.3 Efeitos da Emenda Constitucional nº 66/2010

Com o advento do novo texto Constitucional houve a eliminação dos prazos como requisito para ajuizar ação de divórcio. Suprimiu o instituto da separação judicial, extrajudicial, o divórcio conversão, bem como extirpou a perquirição da culpa pela dissolução da união. Sendo a certidão de casamento o único documento necessário para requer o divórcio.

De tal forma, artigos da legislação infraconstitucional que estiverem incompatíveis com o texto Constitucional devem ser revogados. A Lei Maior é suprema, e em um conflito entre normas de diferentes níveis, a de nível superior, qualquer que seja a disposição cronológica, terá predileção em relação à de patamar inferior.

As normas não conflitantes com a nova Constituição permanecem no ordenamento jurídico. Pois reforma Constitucional ou inserção de uma nova Constituição não torna obrigatória a revogação de todas as normas do regime anterior, porém, quando incompatíveis com a nova ordem estarão revogadas, ainda que não tenham cláusulas expressas de revogação.

O artigo 1.571, que estabelece as causas que ensejam a separação, a extinção da sociedade conjugal, no inciso III está a separação judicial e o parágrafo segundo que aludi a separação judicial e ao divórcio conversão.

Os artigos 1.572 e 1.573, ambos normatizam as causas de separação judicial.

Os artigos que dispõem sobre as espécies e efeitos da separação judicial, respectivamente 1.574 e 1.576, também foram revogados tacitamente.

O artigo 1.577 que permite a reconciliação a qualquer tempo dos casais separados judicialmente. O dispositivo 1.578 que pune o cônjuge culpado, com a perda do sobrenome, pelo fim do casamento.

O dispositivo 1.580 que vincula prazos para a conversão da separação em divórcio.

Os artigos 1.702 e 1.704 que estabelece sobre os alimentos devidos por um cônjuge a outro, em razão da culpa pela separação judicial.

Pelo entendimento da maioria da doutrina os artigos, então expostos, encontram-se revogados por absoluta incompatibilidade com o novo texto Constitucional introduzidos com a aprovação da nova emenda.

Em relação aos artigos: 10, I; 25; 27, I; 792; 793; 980; 1.562; 1.583; 1.597, II; 1.683; 1.721; 1.775 e 1.893, estão subordinados as regras de hermenêutica jurídica. Para nova interpretação, os termos separação judicial são substituídos pela expressão divórcio. Respeitando sempre os processos julgados antes da edição do novo texto Constitucional. Vejamos: “Artigo 1755, *caput*. Na dissolução do regime de bens por separação judicial ou por divórcio, verificar-se-á o montante dos aquestos a data em que cessou a convivência.”³².

A nova interpretação do dispositivo: na dissolução do regime de bens por divórcio, verificar-se-á o montante dos aquestos a data em que cessou a convivência.

Produzem celeridade processual ao contemplar procedimento único, e desafoga o poder judiciário. Conforme os princípios da economia e celeridade processual.

Diminui a intervenção do Estado nas decisões e vida particular do cidadão, que pode casar-se e separar-se a qualquer tempo. A escolha a cerca da manutenção do vínculo matrimonial é dos cônjuges, respeitando o principio da autonomia da vontade das partes.

6.4 O Fim da Culpa

O instituto da culpa como requisito para dissolução do vínculo conjugal não persiste mais em nosso ordenamento jurídico, foi tacitamente revogado, no que diz respeito à ação de divórcio, pela Emenda Constitucional Nº 66/2010.

Anteriormente a edição da emenda para que um dos consortes obtivesse a separação, sem a espera do prazo de um ano de casados impostos pelo Estado teria que comprovar alguma conduta desonrosa ou, que violasse os deveres matrimoniais dispostos nos artigos 1.573 e 1.566 do Código Civil.

Ademais, haveria o constrangimento de comprovar procedimentos moral do consorte “culpado” capaz de tornar a convivência matrimonial insuportável. Era o antigo instituto jurídico denominado de divórcio-sanção.

O instituto da culpa como requisito para dissolução do vínculo conjugal não persiste mais em nosso ordenamento jurídico. Visto que, tais dispositivos conforme

³² Lei Nº 10.406. ob. cit., nota 21.

citado anteriormente, foi tacitamente revogado pela Emenda Constitucional Nº 66/2010.

Conforme lições de Pablo Stolze resta claro que o único fundamento para a decretação do divórcio é a falência afetiva da relação, afigura-se inteiramente desnecessária a análise da culpa³³.

Com a extinção da perquirição resultou em reflexos significativos no direito de família. O cônjuge que alterou o nome ao casar pode continuar com o mesmo sem justificativas.

Quanto à pensão alimentícia, o cônjuge culpado só fazia jus ao direito quando não pudesse, por qualquer motivo, capacidade de trabalhar e não dispusesse de parentes próximos para suprir a demanda alimentícia. Hoje, os alimentos dependem da necessidade do alimentado, possibilidade do alimentante, bem como obedecem ao requisito da proporcionalidade.

Em relação à prole, esta não fica desamparada pelo rompimento do vínculo conjugal. O divórcio não rompe os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos. No instituto da separação judicial, já revogada, o cônjuge imputado como culpado perdia o direito a guarda dos filhos. O que hoje seria impossível devido ao princípio do melhor interesse da criança. Em conformidade com tal princípio, sempre que possível, deve-se privilegiar a guarda compartilhada, instituto previsto no artigo 1.584 do Código Civil.

Também não se discute a culpa no direito sucessório, os motivos que sucederam o fim do matrimônio são irrelevantes.

A nova emenda retirou a culpa na seara do direito de família, transladando para o instituto da responsabilidade civil. Legitimando a um dos cônjuges propor ação indenizatória devido a ofensas físicas, morais, agressões ao seu direito de personalidade. O cônjuge vítima tem o direito à indenização cabal, em conformidade com o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, que dispõe: “A lei não exclua do Poder Judiciária lesão ou ameaça a direito”.

³³ GAGLIANO, Pablo Stolze; Pamplona FILHO, Rodolfo. **O novo divórcio**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.90.

7 OS PROCESSOS EM CURSO NO ADVENTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010

Com a extinção da separação judicial e extrajudicial pela nova emenda constitucional, os processos em curso perderam o objeto por impossibilidade jurídica do pedido. Se o instituto da separação judicial (seja consensual ou litigiosa, separação de corpos ou extrajudicial) foi expurgado do ordenamento jurídico, não há mais que requerer a tutela Estatal para situações não previstas na legislação.

Seria não fazer justiça aos cidadãos que tinham processos em curso quando da edição da emenda extingui-los sem resolução de mérito. Impondo aos mesmos propor uma nova ação para requerer o divórcio. Portanto, mister é aproveitar tais procedimentos com amparo no princípio da fungibilidade.

A solução para estes casos seria o juiz dar ciência sobre a alteração legislativa ao réu, nos casos de procedimento contencioso, ou as partes nos processos de jurisdição voluntária. Deferir um prazo para que possam se manifestar e, para adequar o pedido de separação a nova redação Constitucional, convertendo o requerimento da separação em divórcio.

Se não houver concordância ou, se o prazo transcorrer sem manifestação das partes cabe ao magistrado extinguir o feito sem resolução do mérito. Porém se apenas um dos cônjuges discordar com a conversão do pedido, não impedirá que o divórcio seja outorgado.

Quando da edição da emenda Constitucional os consortes que se encontravam separados de fato, devem pleitear o divórcio direto, não há mais que esperar o decurso do tempo. De toda sorte, se a ação cautelar de separação de corpos já estava em prosseguimento o divórcio pode ser decretado, um único requisito para a concessão é a anuência de um dos separandos.

Casos as partes concordem com a alteração do pedido, este será devidamente processado e ao final o divórcio será decretado, portanto dissolvido o vínculo matrimonial.

Nas separações extrajudiciais em curso o notário deve certificar as partes sobre a impossibilidade de lavrar a escritura. Caso haja discordância com o divórcio a escritura não poderá ser lavrada, pois neste caso o ato é nulo de pleno direito.

Cabe ressaltar que a alteração do pedido se perfaz somente nos casos de processos em curso quando da edição da norma. Aqueles processos de separação

concedidos anteriormente ao ingresso da norma no ordenamento jurídico não podem ser afetados, há de se cumprir o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, em respeito à segurança jurídica.

8 DIVERGÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

As divergências sobre a aplicação imediata do novo texto Constitucional e seus efeitos na ruptura do vínculo conjugal também floresceram em nossos Tribunais.

O Desembargador Luiz Felipe Brasil, integrante da 8ª Câmara especializada em direito de família do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul afirma que a Emenda Constitucional apenas desconstitucionalizou a matéria, permanecendo a separação com seus prazos, limites e condições, como a única espécie legal da eliminação da sociedade conjugal, não afetando o vínculo. Para o douto Desembargador as mudanças trazidas pela Emenda Constitucional Nº 66/2010 dependem de regulamentação, enquanto não implementadas subsistem os lapsos temporais para o divórcio bem como o instituto da separação judicial.

Com o mesmo entendimento o Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, afirma que a nova disposição Constitucional não retirou do ordenamento jurídico a legislação infraconstitucional. Portanto, esta permanece e segue disciplinando a sociedade conjugal, sua dissolução, prazos, requisitos. Vejamos:

SEPARAÇÃO JUDICIAL. VIABILIDADE DO PEDIDO. NÃO OBRIGATORIEDADE DO DIVÓRCIO PARA EXTINGUIR A SOCIEDADE CONJUGAL. 1. A Emenda Constitucional nº66 limitou-se a admitir a possibilidade de concessão de divórcio direto para dissolver o casamento, afastando a exigência, no plano constitucional, da prévia separação judicial e do requisito temporal de separação fática. 2. Essa disposição constitucional evidentemente não retirou do ordenamento jurídico a legislação infraconstitucional que continua regulando tanto a dissolução do casamento como da sociedade conjugal, que não afeta o vínculo matrimonial. 3. Somente com a modificação da legislação infraconstitucional é que a exigência relativa aos prazos legais poderá ser afastada. Recurso provido. (Agravo de instrumento Nº 70041298191, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julgado em 18/02/2011)³⁴.

Diverso é o entendimento do Desembargador Ricardo Moreira Lins Pastl, este é o julgado:

Número: 70051323541 Tribunal de Justiça do RS Seção: CIVEL Tipo de Processo: Apelação Cível. Órgão Julgador: Oitava Câmara Cível. Decisão:

³⁴BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento nº 70041298191-Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves**. Data do julgamento: 18/02/2011, publicado no DJ/RS 25/03/2011. Disponível em:<http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php>. Acesso em: 13 de maio de 2013.

Monocrática. Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl. Comarca de Origem: Comarca de Barra do Ribeiro. APELAÇÃO CÍVEL. DIVÓRCIO DIRETO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010. NOVA REDAÇÃO DADA AO ART. 226, § 6º, DA CF/88 QUE ELIMINA OS REQUISITOS À SUA DECRETAÇÃO ANTERIORMENTE PREVISTOS. COMPOSIÇÃO DA DIVERGÊNCIA. EXTINÇÃO DO FEITO. DESCONSTITUIÇÃO DA SENTENÇA. Com o advento da EC nº 66/2010 não mais subsistem os pressupostos da separação de fato por mais de dois anos ou da separação judicial por mais de um ano para a decretação do divórcio. Entendimento pacificado no 4º Grupo Cível. APELAÇÃO PROVIDA, EM MONOCRÁTICA. Apelação Cível Nº 70051323541, Oitava Câmara Cível Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl. Ementa: Recebo o recurso, porque atendido aos pressupostos a sua admissão, entendo que a matéria pode ser solucionada conforme a previsão do art. 557, §1º, - A, do CPC, eis que todos os componentes desta 8ª Câmara Cível, assim como os demais do 4º Grupo Cível, possuem compreensão idêntica a seu respeito, porquanto, na sessão de julgamento realizada no âmbito do 4º Grupo Cível, no dia 16.09.2011, pacificou-se o entendimento de que pela entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 66, não há mais necessidade de prévia separação ou decurso de prazo para a decretação do divórcio direto [...] Como já tive a oportunidade de assinalar quando em julgamento de casos análogos [...] a nova redação dada ao §6º do artigo 226 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 66/2010, no mínimo, tem o escopo de extirpar do ordenamento jurídico pátrio, eliminando, portanto, a necessidade do transcurso pré-estabelecido ou de providência judicial anterior para a decretação do divórcio (separação fática do casal por mais de dois anos ou após ano da separação judicial).³⁵

Neste mesmo sentido o Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe se posiciona:

DIVÓRCIO CONSENSUAL PROC.: 201288400774 TRATA-SE DE AÇÃO DE DIVÓRCIO CONSENSUAL MOVIDA [...] Asseverando, em síntese, que estão separados de fato a aproximadamente cinco anos, não possuem filhos e não há bens a partilhar. Requerendo, dessa forma, o divórcio. Assistidos pela Defensoria Pública instruíram a exordial com os documentos anexados (fls. 07/11 do processo materializado). Instado a se manifestar o representante do Ministério Público Estadual, pugnou-se pela procedência do pedido autoral com a consequente resolução do mérito, nos moldes do art. 299, I, do CPC. É O BREVE RELATO DECIDIDO. É imperioso esclarecer que a EC66 /2010 suprimiu o requisito de prévia separação judicial, por mais de 01 (um) ano, ou de comprovada separação de fato, por mais de 02 (dois) anos, conforme preconizava o artigo 226 da Constituição Federal [...] Não mais exige a indicação da causa de pedir. Eventuais controvérsias referentes a causa, culpa ou prazo deixa de integrar o objeto da demanda. Dito isto entendo necessário o julgamento antecipado da lide dispensável a audiência de instrução e julgamento, posto que para a decretação do divórcio só se faz necessário a vontade livre e consciente das partes com essa finalidade, sendo, portanto, a questão de mérito unicamente de direito [...] ³⁶.

³⁵BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70051323541-Rel. Des. Ricardo Moreira Lins Pastl.** Data do julgamento: 26/10/2012, publicado no DJ/RS 30/10/2012. Disponível em <<http://.tony.adv.br/251195>> Acesso em: 13 de maio de 2013.

³⁶BRASIL. Diário de Justiça do Estado de Sergipe. **Ação de Divórcio Consensual nº 201288400774.** Data de julgamento: 31/08/2012, publicado no DJ/SE 08/10/2012. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/41250504/08_10_2012_p_333>. Acesso em: 13 de maio de 2013.

Brilhante a manifestação da Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro, através de sua assessoria jurídica, defende a aplicação imediata da Emenda Constitucional Nº 66/2010:

[...] A EC 66/2010, provocou a revogação tácita dos artigos 1.571, *caput*, 1572, 1573, 1574, 1575, 1576, 1578, 1580, 1702 e 1704, todos da Lei 10406/02, em decorrência da sua não recepção pelo poder constituinte derivado, não sendo mais possível juridicamente o exercício da pretensão de separação judicial, devendo os Defensores Públicos em atuação perante os Núcleos de Primeiro Atendimento optar pela deflagração da pretensão de divórcio, sequer mais havendo necessidade da separação de fato ocorrer pelo período de dois anos, como até então prescrevia a redação primitiva do § 6º do art. 226 da CRFB. Além disso, não subsiste a possibilidade de discussão a cerca do elemento culpa pelo rompimento do casamento, havendo, por conta disso, a supressão da pretensão ao achatamento do valor dos alimentos ao cônjuge considerado culpado, bem como a da pretensão de lhe impor a perda do direito ao uso do sobrenome do cônjuge reputado inocente. [...]³⁷.

De igual importância foi a Resolução Nº 120/2010 emitida pelo Conselho Nacional de Justiça revogando os artigos 52 e 53 da Resolução Nº 35/2007, com o intuito de dirimir dúvidas a cerca do novo texto Constitucional³⁸.

O posicionamento inovador do Superior Tribunal de Justiça ao julgar o recurso especial nº467184, em 2002. Atitude visionária e conforme a realidade social e judiciária que decretou a separação sem a perquirição da culpa pelo fim da união, não poderia deixar de ser destacada e enaltecida. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar.

STJ-Recurso Especial Resp.467812 2002/0106811-7(STJ)

Ementa: Separação. Ação e Reconvenção. Improcedência de ambos os pedidos. Possibilidade da decretação da separação. Evidenciada a insuportabilidade da vida em comum, e manifestado por ambos os cônjuges, pela ação e reconvenção, o propósito de se separarem, o mais conveniente é reconhecer esse fato e decretar a separação sem imputação de causa a qualquer uma das partes. Recurso conhecido e provido em parte. CABIMENTO, DECRETAÇÃO, SEPARAÇÃO JUDICIAL, CASAL, INDEPENDENCIA, JUÍZO A QUO, IMPROCEDENCIA, SEP [...]³⁹ (jus brasil)

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais foi um dos pioneiros a reconhecer a implementação imediata da Emenda Constitucional Nº 66/2010, propugnou pela extinção da separação judicial, mediante julgamento do processo Nº 03155694-

³⁷ ASSEJUR. **Nota sobre EC 66**. Disponível em <[http://www.forumjuridico.com.br/dissolução casamento emenda 66 13 07](http://www.forumjuridico.com.br/dissolução_casamento_emenda_66_13_07)> Acesso em 12 de maio de 2013.

³⁸ BRASIL. **Resolução nº120/2010 CNJ**. Disponível em:< <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resoluções/12151>>. Acesso em: 12 de maio de 2013.

³⁹ BRASIL-Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 467812 2002/0106811-7-Rel. Des. Dídimo Inocêncio de Paula**. Disponível em <<http://www.jsbrasil.com.br/jurisprudência/busca>> Acesso em: 13 de maio de 2013.

50.2010.8.13.0000, publicado em 12/11/2010, relatado pelo Desembargador Dídimo Inocêncio de Paula.

A dificuldade que insiste em permanecer nas decisões de nossos Tribunais está em clara oposição aos avanços ocorridos ao afastar-se a interferência do Estado juiz. Não há mais justificativas para manter o instituto da separação, pelo fato de que não está mais contemplada pela Lei Maior. Qualquer entendimento contrário a atual interpretação normativa do divórcio está fora da seara legislativa, sendo questões de ordem pessoal do julgador.

Historicamente a sociedade brasileira sofreu com a confusão da ciência do direito e a religião. Famílias formadas fora dos preceitos religiosos, filhos advindos de relação extraconjugais não tinham proteção do Estado. Constitucionalmente o País é laico, preceitos morais, religiosos não se coadunam com o processo legislativo.

9 CONCLUSÃO

Dado o exposto, percebe-se que historicamente o casamento sofreu grande influência da religião católica que pregava pela indissolubilidade do matrimônio. O instituto do divórcio no Brasil é consequência de árduas batalhas sociais e religiosas.

Foi a Emenda Constitucional Nº 09/1977 que instituiu o divórcio no ordenamento jurídico brasileiro, sendo posteriormente regulamentado através da edição da Lei Nº 6.515/1977.

Com promulgação da Constituição Federal de 1988 o instituto do divórcio sofreu alterações, diminuição dos prazos temporais para concessão do divórcio, mas ainda era exigida a prévia separação.

Foi a Lei Nº 11.441/2007 que inovou, autorizando que a separação judicial e o divórcio, desde que consensuais, pudessem ser realizados extrajudicialmente. Esta Lei foi um grande avanço no direito de família.

Neste interim a sociedade também se transformou, seu conceito em relação ao divórcio modificou. Migrar de um relacionamento para outro não causa mais repulsa social. Tornou-se imperioso adequar a legislação a atual realidade da família contemporânea.

Desta forma, foi promulgada a Emenda Constitucional Nº 66/2010, com profundas alterações constitucionais a cerca do divórcio. Quis o legislador facilitar sua concessão, eliminando a separação judicial do ordenamento jurídico, bem como os lapsos temporais.

Tal emenda não depende de regulamentação, com aplicabilidade imediata, tendo o poder de revogar os dispositivos infraconstitucionais contrários ao novo texto. Ademais, a existência de prazos e condições para decretação do divórcio estão em descompasso com os princípios da celeridade e proporcionalidade, visto que a lei impõe um encargo desnecessário ao jurisdicionado.

Em suma a Emenda Constitucional Nº 66/2010 modificou o procedimento da dissolução conjugal, conferiu ao divórcio a única forma de romper o vínculo do matrimônio, pois eliminou a figura da separação judicial e toda a teoria da culpa para decretá-lo. Desta forma, concluiu o ciclo evolutivo iniciado com a Lei Nº 6.515/1977.

Depreende-se que o fim do casamento não é consequência da precipitação, mas sim remate do desgaste continuado ou, do equívoco na escolha do cônjuge, prolongar essa amargura imposta pelo Estado é algo sem propósito. Ademais, não é

a existência do divórcio que desfaz casamentos, muito menos a obrigação de obedecer a prazos ou separações intermediárias que o impedirá.

REFERÊNCIAS

ASSEJUR. **Nota sobre EC 66.** Disponível em: <[http://www.forumjuridico.com.br/dissolucao/casamento/emenda 66 13 07](http://www.forumjuridico.com.br/dissolucao/casamento/emenda_66_13_07)> Acesso em: 12/05/2013.

CAHALI, Youseff Said. **Divórcio e separação.** De acordo com o novo código civil. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. **Decreto 181, de 24 de janeiro de 1890.** Promulga a Lei sobre o casamento civil. Disponível: em: <[http://www.legislação.planalto.gov/legislação](http://www.legislação.planalto.gov.br/legislação)>. Acesso em: 24 de abril de 2013.

_____. Diário de Justiça do Estado de Sergipe. **Ação de Divórcio Consensual nº 201288400774.** Data de julgamento: 31/08/2012, publicado no DJ/SE 08/10/2012. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/41250504/08_10_2012_p_333>. Acessado em: 13/05/2013.

_____. **Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Em/em66.htm>. Acesso em: 24 de abril de 2013.

_____. **Lei Nº 12.376, de 2010.** Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível: em http://www.planalto.gov.br/ccivio_03/decreto_lei/Del4657.htm> Acesso em: 24/02/2013.

_____. **Resolução nº120/2010 CNJ.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12151>> Acesso em: 12/05/2013.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento nº 70041298191-Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves.** Data do julgamento: 18/02/2011, publicado no DJ/RS 25/03/2011. Disponível em:<http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php>. Acesso em: 13/05/2013.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70051323541-Rel. Des. Ricardo Moreira Lins Pastl.** Data do julgamento: 26/10/2012, publicado no DJ/RS 30/10/2012. Disponível em: <<http://.tony.adv.br/251195>> Acesso em: 13/05/2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 467812 2002/0106811-7-Rel. Des. Dídimo Inocêncio de Paula.** Disponível em: <<http://www.jsbrasil.com.br/jurisprudencia/busca>> Acesso em: 13/05/2013

DIAS, Maria Berenice. **Divórcio já!**: comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro:** direito de família. 19. ed. revisada e atualizada, de acordo com o novo código civil (Lei nº 10.406, de 10-01-202) e Projetos da Lei nº 6.690/2002. São Paulo: Saraiva, 2004. v.5

_____. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família.** 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.5.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; Pamplona FILHO, Rodolfo. **O novo divórcio.** São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Direito de Família: novo curso de direito civil.** 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOMES, Orlando. **Direito de Família.** 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v.5.

_____. **Direito civil brasileiro: direito de família.** 15. ed. v.2. São Paulo: Saraiva, 2011. (coleção sinopses jurídicas).

_____. **Direito civil brasileiro: direito de família.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v.5.

GUEDES, Gabriel de Castro. **A Emenda Constitucional Nº 66-“Novo divórcio.”** Presidente Prudente/SP: Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, 2011. Disponível em: <<http://www.intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/juridica>> Acesso em: 12/03/2012.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil: direito de família e das sucessões.** 3. Ed. ver. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v.5.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Separação era instituto anacrônico.** Disponível em www.ibdafam.org.br. Acesso em: 02/05/2013.

_____. Divórcio: **Alteração Constitucional e suas consequências.** Disponível em www.editoramagister.com.br. Acesso em 06/05/2013.

LUZ, Aramy Dornellses da. **O divórcio no Brasil: ensaio de sistematização e comentários a lei de regulamentação.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1978.

PAULO FILHO, Pedro; PAULO, Guiomar a. de Castro Rangel. **Nova lei do divórcio e separação.** 4. ed. São Paulo: J.H. Mizuno, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família.** 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v.5.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família: Lei nº 10.406/2002.** 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

VENOSA, Sílvio de Savo. **Direito Civil: direito de família**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____ **Extinção da separação judicial.** Disponível em:
<<http://www.silvovenosa.com.br>>. Acesso em: 04/03 2013.