



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DE BARBACENA/FADI
CURSO DE DIREITO

TÂNIA APARECIDA LEITE

AS NOVAS DIMENSÕES DO DIVÓRCIO APÓS A VIGÊNCIA DA
EMENDA 66/2010: aspectos controversos

BARBACENA

2011

TÂNIA APARECIDA LEITE

**AS NOVAS DIMENSÕES DO DIVÓRCIO APÓS A VIGÊNCIA DA
EMENDA 66/2010: aspectos controversos**

Monografia apresentada ao curso de Direito da
Universidade Presidente Antônio Carlos –
UNIPAC, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. David Gorini da
Fonseca

BARBACENA

2011

Tânia Aparecida Leite

AS NOVAS DIMENSÕES DO DIVÓRCIO APÓS A VIGÊNCIA DA EMENDA

66/2010: aspectos controversos

Monografia apresentada ao curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. David Gorini da Fonseca
Universidade Presidente Antônio Carlos

Prof. Esp. Fernando Antônio Mont'Alvão do Prado
Universidade Presidente Antônio Carlos

Prof. Me. Ana Cristina Silva Iatarola
Universidade Presidente Antônio Carlos

Aprovada em ____/____/_____.

Dedico este trabalho, às minhas filhas Sofia e Cecília, aos meus familiares e a Deus por oportunizar a conclusão de mais essa etapa da minha vida.

AGRADECIMENTO

Agradeço a Deus, por ser luz ao meu espírito e conduzir-me ao caminho do bem, pela vida, por tudo que vi, ouvi e aprendi, em especial a minha querida mãezinha, pelo incentivo, ensinamentos, dedicação, compreensão, fé e orações.

Agradeço a todos os mestres, que sempre me mostraram o caminho do conhecimento e da sabedoria, em especial ao professor e orientador David Gorini, e as professoras Débora Maria Gomes Messias Amaral e Rosy Mara Oliveira, que me ajudaram neste trabalho.

Obrigada a todos!

“O Direito das Famílias é o mais humano de todos os direitos. Acolhe o ser humano desde antes do nascimento, por ele zela durante a vida e cuida de suas coisas até depois de sua morte.”

Maria Berenice Dias

RESUMO

Hodiernamente, o divórcio é um dos institutos jurídicos mais discutidos nas Ações que tramitam pelas inúmeras comarcas espalhadas pelo país, fundadas pela depressão, situação econômica do casal, alienação parental, drogas ou alcoolismo. Na história do direito brasileiro, a legislação anterior a 1977, certamente sob a influência de práticas religiosas, em especial a judaico-cristã, instituiu o casamento em meio a inúmeros procedimentos de ordem sacra, obstando por um longo período sua dissolução. Esta indissolubilidade possuía esboço constitucional, verdade facilmente verificável no confronto das Constituições da República de 1934, 1937, 1946 e 1967. O instituto foi introduzido no sistema legiferante por intermédio da Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, produto do trabalho de Nelson Carneiro, que enfrentou a oposição da igreja e da classe mais conservadora contrárias a seu projeto. Assim sendo, a Emenda Constitucional nº 9/77 alterou o parágrafo 1º do artigo 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” (CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1967/69). Na esteira da Emenda Constitucional 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. A Constituição da República de 1988, 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, em determinados casos. Finalmente, a Emenda Constitucional 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”. E é sob esta visão circunjacente esposada, que se desenvolverá o presente projeto, cujo alvo finalístico é desenvolver um material de estudo de

cunho expositivo acerca das divergências doutrinárias que circundam o tema divórcio com enfoque na Emenda Constitucional 66/2010.

Palavras chave: Divórcio. Separação Judicial. Emenda Constitucional 66/2010.

ABSTRACT

In actuality, divorce is one of the institutes of law most recurrent in the lawsuits that move allayed by numerous counties across the country, motivated by the economic situation of the couple, parental alienation, depression, drug addiction or alcoholism. Historically, in Brazil, the constitutional legislator certainly heavily influenced by Judeo-Christian tradition, he erected an altar in the wedding of sacredness, prohibiting for a long time its dissolution. Indissolubility had a constitutional nature, easily verifiable truth in the comparison of the Brazilian Constitutions, 1934, 1937, 1946 and 1967. The admission of divorce in the Brazilian legislation was only possible by means of Constitutional Amendment No. 9 (Amendment No. 9), June 28, 1977, a product of hard work and dogged Nelson Carneiro, who faced stiff opposition from church and class contrary to his more conservative design. Enacted, the Constitutional Amendment No. 9/77 (Amendment No. 9) amended paragraph 1 of Article 175 of the Constitution then in effect, admitting that the marriage "could be dissolved in the cases contemplated by law, provided there is prior legal separation for more than three years "(CONSTITUTION OF THE FEDERAL REPUBLIC OF BRAZIL 1967/69). In the wake of the Constitutional Amendment No. 9, came to Law No. 6515 of December 26, 1977, nicknamed the Divorce Act, which regulated the cases of dissolution of the marriage and wedding, their effects and their processes, based on the permissive constitutional. The Constitution of 1988 in its article 226, § 6, advanced in the legal treatment, stating that "civil marriage can be dissolved by divorce, after prior legal separation for more than a year in the cases contemplated by law, or established separation in fact for over two years. "To bring coherence, legislation was changed to adapt to the new constitutional principles. Law 11441 of 04 January 2007, although it is not standard of substantive law amends provisions of Law 5,869, of January 11, 1973 - Code of Civil Procedure, allowing for consensual divorce by administrative action, in some cases. Finally, Constitutional Amendment No. 66 departed from the constitutional text to the reference periods for divorce, and no longer referred to as separation requirement for divorce, reducing the diction of that § 6 of Art. 226 for the simple term "civil marriage may be dissolved by divorce". And it is about surrounding this vision espoused, which will develop this project, whose aim is to develop a finalistic mark study material about illuminating the controversies brought by the Amendment to 66/2010 jurists, especially for the militants in the area of family.

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

LISTA DE ABREVIATURAS

CC	Código Civil
CPC	Código de Processo Civil
CNBB	Conferência Nacional dos Bispos do Brasil
EC	Emenda Constitucional
PEC	Proposta de Emenda Constitucional
IBDFAM	Instituto Brasileiro de Direito de Família
IASP	Instituto dos Advogados de São Paulo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 DIVÓRCIO: aspectos conceituais e modalidades de extinção do vínculo conjugal.....	14
2.1 O Divórcio como causa de extinção do vínculo conjugal.....	15
2.2 A morte como causa de extinção do vínculo conjugal.....	16
2.2 A nulidade do casamento como causa de extinção do vínculo conjugal.....	17
3 ASPECTOS HISTÓRICOS DO DIVÓRCIO NO BRASIL.....	18
4 O INSTITUTO DO DIVÓRCIO NA PERSPECTIVA DA EC 66/2010.....	24
5 CONTROVÉRSIAS ACERCA DA EXTINÇÃO DO INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL.....	27
5.1- Entendimento da doutrina a respeito da eliminação dos prazos para a deflagração do divórcio.....	29
5.2 A situação dos processos de separação judicial em andamento.....	30
5.3 Da situação dos separados judicialmente.....	32
6 CONCLUSÃO.....	33
REFERÊNCIAS	35
ANEXO - EMENDA CONSTITUCIONAL 66.....	38

1 INTRODUÇÃO

Hodiernamente, encontramos na mídia muitas notícias que mostram inúmeras reportagens e dados estatísticos em diversos países que já admitiram o divórcio e onde já é possível contar com uma geração intitulada "filhos do divórcio".

O divórcio implica que indivíduos vinculados juridicamente uns aos outros possam por fim a esse vínculo por vontade de apenas um dos cônjuges, mesmo afetando os direitos de terceiros, como por exemplo, os dos filhos, os quais sofrerão de qualquer forma com todo o processo.

Os motivos que levam ao divórcio são os mais variados, bem como as suas consequências que podem ser jurídicas e sociais, mas, a busca por esse instituto tornou-se muito comum nos dias atuais. O fato real se concentra na possibilidade de por fim a um matrimônio de mais de 30 anos, com mais facilidade do que terminar um contrato de trabalho de poucos meses.

Alguns entendem que o divórcio deixou de ser uma decisão pessoal e passou a ser uma questão de saúde pública, devido aos variados efeitos negativos que recaem sobre as pessoas e a própria sociedade, tais como as doenças psicológicas, como depressão, a ingestão em excesso de bebida alcoólica etc.

O Código Civil de 2002 revolucionou a família como instituição, uma vez que até então o Estado oferecia sua proteção e manutenção sem dar importância ao bem estar dos seus componentes. No entanto, o atual Código Civil trouxe uma assistência direcionada à concretização da personalidade e da dignidade dos seus integrantes, atendendo aos princípios constitucionais relativos à pessoa humana.

Mas, com a promulgação da proposta da Emenda Constitucional 28/2009 que facilitaria a dissolução do casamento pelo divórcio, mais conhecida como "PEC do amor" ou então "PEC do divórcio" houve uma sucessiva rede de debates calorosos acerca de suas consequências jurídicas. Essa Emenda Constitucional trouxe de volta discussões sobre a relevância ou não da culpa pelo fim da união.

A emenda alterou substancialmente o sistema outrora vigente para a dissolução do casamento, deixando muitas dúvidas aos operadores do direito.

Com o advento da Emenda Constitucional 66 em 13 de julho de 2010 algumas questões começaram a surgir, como a persistência do instituto da separação judicial, haja vista que o texto da mencionada Emenda é deveras sucinto e não abarcou a questão. Outro ponto de

dissidência é a respeito dos processos de separação judicial em andamento e a situação daqueles que se encontram separados judicialmente.

O objetivo geral deste trabalho é realizar um estudo de caráter expositivo acerca das divergências doutrinárias que circundam o tema divórcio com enfoque na Emenda Constitucional 66/2010.

Através do levantamento bibliográfico, buscou-se adquirir subsídios os quais embasassem o assunto de forma científica, utilizando questionamentos junto a teóricos conhecedores do divórcio, como Maria Helena Diniz, Yussef Said Cahali, Pablo Stolze, Maria Berenice Dias, entre outros, a fim de criar o viés norteador deste trabalho. Neste trabalho insta destacar, ainda, os conceitos de alguns autores sobre o divórcio, bem como as modalidades de extinção do vínculo conjugal, que pode ser tanto pelo divórcio quanto pela morte e pela anulação e nulidade, e estes assuntos serão tratados no primeiro capítulo deste estudo.

No terceiro capítulo, busca-se tratar dos aspectos históricos do divórcio no Brasil, instituto que sofreu muita resistência dos conservadores e da igreja católica, esta, até os dias de hoje. Ressaltam-se, sobremaneira, os institutos da separação judicial e de fato, como pré-requisitos para se ingressar com o divórcio, lembrando que há menção a esses aspectos históricos no segundo capítulo, em conformidade com o Ordenamento Jurídico Brasileiro anterior à promulgação de Emenda Constitucional 66/2010.

Inserido no campo dos objetivos específicos do presente estudo, e dentro do quarto capítulo, salientaremos o instituto do divórcio na perspectiva da Emenda Constitucional 66/2010.

E, finalmente, o quinto capítulo trata das controvérsias acerca da extinção do instituto da separação judicial, bem como a situação da subsistência dos prazos para a deflagração do divórcio a partir da separação de fato e, ainda, a situação dos processos judiciais de separação em andamento, pois com surgimento da Emenda Constitucional 66 de 2010, foi extinto o complemento que previa separação e prazos como requisitos para o divórcio no texto primitivo do § 6º do artigo 226 da Constituição da República Federativa do Brasil.

Essa aparente simplicidade da Emenda 66/2010, reduzindo o texto outrora vigente e extirpando as expressões que limitavam o alcance da norma, desencadeou a libertação das amarras históricas do instituto do divórcio, aguilhoando uma mudança de paradigma, cuja compreensão em sua totalidade pode chegar a ser agressiva para aqueles conformados com os princípios então vigentes.

Desta feita, o presente estudo busca contribuir para o entendimento do novo paradigma de forma técnica, incitando o debate e oferecendo conclusões sobre o tema proposto.

2 DIVÓRCIO: aspectos conceituais e modalidades de extinção do vínculo conjugal.

Na dicção do artigo 1.571, IV § 1º do Código Civil, divórcio é a dissolução do casamento válido, ou seja, extinção do vínculo matrimonial que produz seus efeitos mediante sentença judicial, ou pela via administrativa, através da Lei 11. 441 de 05 de janeiro de 2007, habilitando as pessoas a contrair novas núpcias. Desta feita, torna-se imprescindível a lição:

[...] a) existência de casamento válido; b) pronunciamento da sentença do divórcio em vida dos consortes, pois só estes poderão requerê-lo, entendendo essa legitimação, apenas excepcionalmente, em caso de incapacidade mental de um deles, [...] em hipótese alguma poderá o juiz comunicar *ex officio* o divórcio; c) a intervenção judicial; d) o lapso temporal de um ano do trânsito em julgado da sentença que decretou a separação judicial ou a decisão concessiva de medida cautelar de separação de corpos, para a conversão daquela separação em divórcio; e) o requerimento por um ou ambos os ex-consortes para a conversão da separação judicial em divórcio, visto que a decretação do divórcio não se dá *ope legis* pelo simples decurso do lapso temporal previsto em lei; f) a verificação de um motivo legal, se precedido de separação judicial; e g) a separação de fato por mais de dois anos. (DINIZ, 2008, p. 330)

Para Gagliano e Pamplona Filho (2010), o divórcio é a medida dissolutória do vínculo matrimonial válido, importando, por consequência, a extinção de deveres conjugais.

Sobre o tema temos o conceito:

Costuma-se conceituar o divórcio como o modo de dissolução de um casamento válido, pronunciado em vida dos cônjuges, por força de decisão judicial (ou escritura pública), em decorrência de um acordo de vontades, conversão de separação jurídica, ou alguma outra causa taxativamente prevista em lei. (GAMA, 2008, p. 295)

Neste afã, cumpre dizer que, cuida-se no divórcio, de uma autorização jurídica proposta aos cônjuges, entretanto, nenhuma cláusula colocada em pacto antenupcial, na qual os consortes assumam o compromisso de nunca se divorciarem terá efeito.

2.1 O divórcio como causa de extinção do vínculo conjugal

No ordenamento jurídico brasileiro vigente, quando um ou ambos os cônjuges expõem a vontade de não quererem mais continuar com a sociedade conjugal e nem manterem o vínculo do matrimônio, sem que haja causa específica, surgirá, então, a figura do divórcio o qual permitirá a constituição de novos vínculos matrimoniais.

No que tange às suas modalidades, o divórcio pode ser divórcio judicial consensual ou litigioso subdivididos em direto ou indireto, bem como o consensual administrativo, sendo que neste, a aplicação será recusada naquilo que contrariar a Constituição Federal e quando houver interesses de menores ou incapazes.

Sobre o assunto leciona também:

O divórcio indireto pode apresentar-se como: 1) Divórcio consensual indireto, pois o direito brasileiro adotou o sistema que autoriza o pedido de conversão da prévia separação judicial consensual ou litigiosa em divórcio, feito por ambos ou por qualquer um dos cônjuges (CF, art. 226, § 6º; CC, art. 4.580 e § 1º; Lei n. 6.515, arts. 35, 36, I e II, e 47; Portaria n. 02/91 do Poder Judiciário de São Paulo; RT, 534:178, 553:238, 526:178), com o consenso do outro. Resulta, portanto, do livre consentimento do casal, que se encontra separado judicialmente, pretendendo divorciar-se. Percebe-se, então, que, nesta hipótese, a conversão em divórcio é admitida indiretamente, uma vez que entre separação judicial e o divórcio há a certeza jurídica de uma separação judicialmente reconhecida; 2) divórcio litigioso indireto é o obtido mediante uma sentença judicial proferida em, processo de jurisdição contenciosa, onde um dos consortes, judicialmente separado há um ano, havendo dissenso ou recusa do outro em consentir no divórcio, pede ao magistrado que converta a separação judicial (consensual ou litigiosa) em divórcio, pondo fim ao matrimônio e aos efeitos que produzia (DINIZ, 2008, p. 334).

Lado outro, a Lei nº 11.441, de 05 de janeiro de 2007, tornou possível a realização da separação, divórcio e inventário por escritura pública. No tocante à separação e ao divórcio consensuais, desde que não haja filhos menores ou incapazes, os mesmos poderão ser realizados pela via administrativa conforme preconiza o art. 1.124 do Código de Processo Civil inserido pela reforma, na forma disposta a seguir:

Art. 1124-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 de seu casamento.

A extinção do direito ao divórcio ocorrerá, nas seguintes situações vejamos:

O direito ao divórcio poderá se extinguir quando:

a) For exercido, ou seja, houver dissolução de sociedade conjugal por sentença que homologa, decreta ou nega o divórcio; b) Pelo perdão, antes da propositura da ação de divórcio, sendo que é necessário a prova de que o cônjuge ofendido aceita continuar a vida em comum; c) Pela renúncia, ou seja, a desistência da ação do divórcio; d) Pelo decurso do tempo, explicado pelo professor Orlando Gomes, onde, se o cônjuge não agisse em tempo razoável a partir do momento em que teve ciência da causa legal que o justificava, não mais poderia arguí-lo. Percebe-se que o prazo “tempo razoável” não esclarece qualquer dúvida perante o lapso temporal que deverá percorrer para que se tenha a extinção do direito.e) Pela morte de um dos cônjuges, que por si só já termina com a sociedade conjugal, conforme artigo 2º, § 1º da Lei 6.515/77. (DINIZ, 2008, p.437).

2.2 A morte como causa de extinção do vínculo conjugal

Não há que se olvidar que a morte também é causa de extinção do vínculo conjugal e permite ao consorte que sobreviveu a possibilidade de convolação de novas núpcias.

O cônjuge sobrevivente (supérstite) terá com a morte do outro consorte seu registro alterado, ou seja, passará de casado a viúvo(a), sendo que a morte, como é cediço, extingue por definitivo a personalidade jurídica, conseqüentemente desfaz o vínculo matrimonial.

Neste afã, urge gizar que além da morte real estabelecida por meio de exame médico do cadáver, a morte presumida poderá também ser causa para a dissolução do vínculo matrimonial. No entanto vale ressaltar que o Novo Código Civil de 2002 em seu art. 6º, acolhe a morte presumida, quanto aos ausentes somente naqueles casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva, sendo omissa no que diz respeito a dissolução do vínculo matrimonial.

Recorrente ao tema se manifestou Cahali (2009, p. 187):

Entende-se assim que, no sistema ora implantado em nosso direito, a declaração judicial da ausência de um dos cônjuges produz efeitos de morte real do mesmo no sentido de tornar irreversível a dissolução da sociedade conjugal; o seu retorno a qualquer tempo em nada interfere no novo casamento do outro cônjuge, que tem preservada, assim, a sua plena validade.

2.3 A nulidade do casamento como causa de extinção do vínculo conjugal

Quando o matrimônio é realizado com observância dos requisitos legais suscita os efeitos previstos na lei, geralmente os desejados pelos nubentes. Entretanto, existe a possibilidade do casamento ser portador de algum vício de maior ou menor gravidade, o que pode gerar a nulidade absoluta do matrimônio, ou possibilitar a declaração de sua anulação.

Contudo, o casamento considerado inválido ou passível de nulidades, de forma alguma será acatado, pois, trata-se de um objeto impossível, ferindo um dos requisitos imprescindíveis para a realização de um contrato bem como de um casamento.

Sobre o assunto assevera Gama (2008, p. 330):

Devido a importância e à significação social do casamento, o Código Civil se preocupou em tratar de modo especial as questões relacionadas à sua invalidade com algum defeito grave a contaminar sua higidez. Registra-se que comum é que o casamento seja realizado com o estrito cumprimento de todos os requisitos e consoante todas as formalidades previstas em lei e, desse modo, sendo negócio válido, devendo produzir todos os efeitos jurídicos nas esferas patrimonial e existencial.

A nulidade ou anulação têm o condão de romper o vínculo matrimonial e, conseqüentemente, extinguir a sociedade conjugal, criando então, a possibilidade de contrair novas núpcias. Referente ao assunto entendem os doutrinadores Gagliano e Pamplona Filho (2010, p. 31):

Se o casamento é inválido, o pedido formulado em juízo deve dirigir-se ao reconhecimento do vício que macula o matrimônio (nulidade absoluta ou nulidade relativa/anulabilidade), não havendo óbice, outrossim, a que a parte interessada cumule pedidos (anulação/nulidade e divórcio), afim de que o juiz, não acatado o primeiro, possa admitir o segundo (cumulação eventual de pedidos).

Sendo assim, não há possibilidade de haver o acatamento de dois pedidos de forma simultânea, visto que assim, suscitaria uma incompatibilidade absoluta.

O Código Civil de 2002 enumerou os casos de nulidades do casamento em seu art. 1.548, pelo “enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil” e, “por infringência de impedimento”.

O mesmo Diploma Legal elencou também os casos de anulação nos arts. 1.550, 1.556 e 1.558 do Código Civil de 2002.

A nulidade do casamento não é necessariamente uma presunção do desfazimento do vínculo conjugal, mas, como ensinam Gagliano e Pamplona Filho (2010), é uma extinção *ab initio*, embora, pelas peculiaridades do casamento, haja o reconhecimento da produção de alguns efeitos.

Há decisões no Supremo Tribunal Federal pertinente a admissibilidade, através de via reconvenção, de pedido de separação judicial em ação anulatória de casamento ou o oposto. É mister lembrar que a anulação do casamento não se configura como uma forma de divórcio, seja no plano religioso ou no civil, independentemente do motivo causador do matrimônio inválido, uma vez reconhecida a nulidade, concretiza a inexistência do que nunca sequer existiu.

3 ASPECTOS HISTÓRICOS DO DIVÓRCIO NO BRASIL

Os primeiros indícios que levaram ao surgimento do divórcio no Brasil tiveram início basicamente na segunda metade do século XIX, como ressaltado:

Contratado em 1855 pelo governo Imperial para corrigir e classificar toda a legislação pátria e consolidar a civil, o festejado Bacharel Augusto Teixeira de Freitas, homem de seu tempo, observou tais premissas, ficando assim redigidos, por exemplo, os artigos 95 e 158 do texto final consolidado, que vigorou verdadeiramente entre 1858 e 1917, sendo posteriormente apontado por BEVILÁCQUA (1917) como sendo o nosso primeiro Código Civil: Art. 95. As disposições do Concílio Tridentino e da Constituição do Arcebispo da Bahia, á respeito do matrimônio, ficam em efetiva observância em todos os Bispados, e Freguesias do Império. Art. 158. As questões de divórcio ou sobre nulidade do matrimonio, ou sobre separação temporária ou perpetua dos cônjuges, pertencem ao Juízo Eclesiástico. A respeito delas nenhuma ingerência pode ter a jurisdição secular. As primeiras reações ao Princípio da Indissolubilidade do Matrimônio no Brasil surgiram após a Proclamação da República, momento em que o novo Governo, determinando a Separação entre Estado e Igreja, instituiu o Registro Civil e o Casamento Civil. Vale destacar também que, à época, os juristas brasileiros já se ocupavam em estudos de Direito Comparado, tendo muitos, estudado fora do País e sofrido influências do Direito Civil legislado além das nossas fronteiras. (MOLD, 2000, p. 504)

Segundo a lição de Hemétrio (2008, p. 115):

O surgimento do divórcio no Brasil foi fruto de persistente e calorosa luta na esfera legislativa, em vista da tradição antiodivorcista da igreja católica, que de

tudo fez para impedi-lo, sob o argumento de que, sendo o casamento um sacramento, é indissolúvel. Havia ainda outra dificuldade: a indissolubilidade do matrimônio pertencia à ordem constitucional, o que exigia uma Emenda Constitucional. Se hoje temos a alternativa do divórcio, devemos-la ao Senador baiano então radicado no Rio de Janeiro, Nelson Carneiro, que dedicou três décadas de seus mandatos à sua introdução em nossa legislação. O divórcio foi agregado ao nosso ordenamento jurídico com a promulgação da Emenda nº. 9, de 28/06/1977, que foi regulamentada pela Lei nº. 6.515, de 26/12/1977. Para que tal instituto fosse admitido, várias concessões foram feitas aos antídorcionistas, como é o caso da regra do art. 38 da Lei nº. 6.515/77, segundo a qual o divórcio só poderia ser concedido uma única vez, dispositivo que só foi REVOGADO 12 (doze) anos depois, pela Lei nº. 7.841, de 17/10/1989. Ao contrário do que apregoavam os antídorcionistas, a família brasileira não foi destruída.

Um extenso caminho foi percorrido para que abrangêssemos o divórcio neste atual patamar arregimentado pela Emenda Constitucional 66 de 2010, neste ínterim muitas mudanças ocorreram na sociedade e os legisladores as acompanharam na medida do possível adaptando o nosso Ordenamento Jurídico a essas transformações.

Oficialmente o divórcio foi instituído no Brasil através da Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, regulamentada pela Lei nº 6.515 de 26 de dezembro do mesmo ano.

Podemos vislumbrar de forma clara as quatro fases acerca da evolução histórica do divórcio como preceitua Gagliano e Pamplona Filho (2010, p.33):

a) Indissolubilidade absoluta do vínculo conjugal (ausência de divórcio); b) Possibilidade jurídica do divórcio, com imprescindibilidade da separação judicial como requisito prévio; c) Ampliação da possibilidade do divórcio, seja pela conversão da separação judicial, seja pelo seu exercício direto; d) O divórcio como o simples exercício de um direito potestativo.

Inicialmente houve uma enorme resistência jurídica para a extinção do vínculo conjugal, uma vez que os legisladores sofriam forte influencia da igreja que oferecia muita oposição, principalmente a católica. Até então a extinção do vínculo só era permitida através da morte ou reconhecimento de nulidade do casamento.

A igreja católica influenciou e muito a sociedade brasileira, ela considerava a indissolubilidade do casamento como um dogma, ou seja, que era imutável e esse entendimento continua até hoje positivado no Código Canônico, sendo assim, destaca Gagliano e Pamplona Filho (2010, p. 39):

[...] o sistema canônico mantinha e mantém a diretriz da indissolubilidade do matrimônio, consagrado a figura da separação com permanência do vínculo,

o denominado desquite. E, nesse diapasão, percebe-se a forte influência dos cânones romanos no sistema normatizado brasileiro. Com efeito, se um dos primeiros atos, com a Proclamação da República em 1889, foi a subtração da competência do Direito Canônico sobre as relações familiares, especialmente o matrimônio, não há como rejeitar que nosso primeiro Código Civil, publicado em 1916 (mas concebido originariamente no século XIX), incorporou concepções do sistema religioso até então predominante.

No entanto, acabou prevalecendo a orientação dada pela tradição cristã:

Tal como no direito anterior, permita-se tão somente o término da sociedade conjugal por via do desquite, amigável ou judicial; a sentença do desquite apenas autorizava a separação dos cônjuges, pondo termo ao regime de bens, como se o casamento fosse dissolvido, restando, porém, incólume o vínculo matrimonial. A enumeração taxativa das causas de desquite foi igualmente repetida: adultério, tentativa de morte, sevícia ou injúria grave e abandono voluntário do lar conjugal (art. 317). Foi mantido o desquite por mútuo consentimento (art. 318). A palavra desquite foi inserida pela legislação civil, quando identificava a simples separação de corpos, substituindo o velho divórcio *quoad thorum et mensam* atribuído pelo direito canônico. (CAHALI, 2005, p. 39).

Gagliano e Pamplona Filho (2010, p. 39), explicam que:

Nesta fase, há apenas o desquite, instituto de influência religiosa que gerava somente a dissolução da sociedade conjugal, com a manutenção do vínculo conjugal e a impossibilidade jurídica de contrair formalmente novas núpcias, o que gerava tão só, “famílias clandestinas”, destinatárias de preconceito e rejeição social.

Até a criação da sexta Constituição Brasileira, de 24 de janeiro de 1967 havia uma resistência muito grande por parte dos legisladores, uma vez que indissolubilidade do casamento ainda estava muito arraigada na sociedade brasileira, em previsões constitucionais até então vigentes.

Mas, essa realidade teve uma considerável mudança com a publicação da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, que sendo amparada pela Emenda Constitucional n. 9, de 28 de junho de 1977, deu nova redação ao art. 175 da então Constituição Federal vigente da época, em seu §1º, o qual passou a admitir que, só se dará a dissolução do casamento, naqueles casos previstos com prévia separação judicial por mais de três anos.

Com a efetiva regulamentação do divórcio no Brasil, resultado da promulgação da Lei do Divórcio, como ficou mais conhecida popularmente, esta conviveu atrelada ainda com o Código Civil de 1916 até a entrada em vigor do Novo Código Civil de 2002.

Mas nada foi em vão, pois, no tempo em que essa situação permaneceu, a sociedade foi se modificando, exigindo-se então, a criação de um novo dispositivo que estivesse de acordo com tais transformações, então o Código de 1916 exerceu basilar papel para a criação do Novo Código Civil.

Nesse entendimento defendem a importância do Código Civil de 1916:

Sua relevância foi tão grande que, definitivamente, não é fácil ter acesso, ainda que pela internet, ao texto original do Código Civil de 1916, na parte aqui já transcrita, pois foi revogada justamente pela “Lei do Divórcio”. Além disso, tal diploma determinou expressamente que, no Código Civil, todas as disposições relativas ao antigo “desquite” fossem substituídas pelo regramento da “separação judicial”. Por isso, no sistema anterior, onde se lia “desquite por mútuo consentimento” e “desquite”, passou-se a ler “separação consensual”, e onde se lia “desquite litigioso”, passou-se a ler “separação Judicial. (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2010, p. 40)

O instituto da separação judicial é a solução mais viável e simples de que o casal dispõe para que se possa dissolver a sociedade conjugal. Ela pode ser consensual, ou litigiosa. Sendo consensual, as duas partes devem estar de acordo com os termos da separação.

É válido lembrar que a Ação de Separação é *in persona*, portanto não admite que terceiros dela compartilhem, até mesmo os filhos do casal separando. O cônjuge responsável pela guarda dos filhos poderá simultaneamente, ou até em caráter preparatório, solicitar alimentos para estes, mas vedada está a interferência de qualquer terceiro na Ação de Separação, até mesmo os filhos e pais dos separandos.

Somente no caso de incapacidade, quando o cônjuge não tem condições legais para dispor sobre os atos da vida civil, poderá ser representado por curador, ascendente ou irmão.

A separação judicial pode ser homologada pelo Juiz apenas com base na vontade das partes, entretanto, para o decreto de divórcio, não satisfaz que os cônjuges assim o queiram, para o casamento ser dissolvido é imperativo de que o Estado compartilhe, consinta, estude o processo e compare se os requisitos legais estão acolhidos, só então, transcorrido o prazo instituído pela lei, será conferido o divórcio.

De acordo com os preceitos da “Lei do Divórcio”, a separação judicial é pré-requisito para o chamado divórcio indireto ou divórcio por conversão, sendo necessário esperar o prazo

de um ano da ação de separação para ser requerida a conversão, só aí então o vínculo matrimonial estaria dissolvido, o que não acontecia somente com a separação judicial que dissolve apenas a sociedade conjugal. Daí se entende ser imperiosa a seguinte lição:

A idéia de exigência do decurso de um lapso temporal entre a separação judicial – extinguindo o consórcio entre os cônjuges – e o efeito divórcio – extinguindo, definitivamente, o casamento – tinha suposta finalidade de permitir e instar os separados a uma reconciliação antes que dessem o passo definitivo para o fim do vínculo matrimonial. (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2010, p. 41).

Sobre o assunto leciona com propriedade Gonçalves (2009, p. 192):

No sistema inaugurado pela Emenda Constitucional n. 9/77 e pela Lei do Divórcio, a regra era o divórcio-conversão, reservando-se os divórcios diretos, excepcionalmente, aos casais que se encontrassem separados de fato havia mais de cinco anos, desde que iniciada essa separação anteriormente a 28 de junho de 1977. A Constituição de 1988 e a Lei n. 7.841/89 possibilitaram a escolha pelos cônjuges da via de separação judicial e sua conversão em divórcio após um ano, ou o divórcio direto após dois anos de separação de fato, iniciada a qualquer tempo. Essa alternativa, a critério dos interessados, foi mantida no Código Civil de 2008 (art. 1.580, §§ 1º e 2º), remanescendo as modalidades de separação judicial consensual ou por mútuo consentimento e a separação judicial litigiosa, pedida por um cônjuge contra o outro.

No tocante à dissolução da sociedade conjugal pela separação judicial temos:

A separação judicial é causa de dissolução da sociedade conjugal (CC, art. 1.571, III), não rompendo o vínculo matrimonial, de maneira que nenhum dos consortes poderá convolar novas núpcias. Assim sendo, o consórcio realizado no México ou na Bolívia por separados judicialmente não produzirá efeitos perante nossa lei. Antes do divórcio essas uniões não passam de relações concubinárias. Quando já não há uma separação de fato ente o casal, a separação judicial é uma medida preparatória da ação de divórcio. (DINIZ 2008, p. 282).

A separação judicial tanto pode ser consensual como litigiosa, sobre o assunto conceitua:

a) a consensual (CC, art. 1.574), ou por mútuo consentimento dos cônjuges casados há mais de um ano (prazo de experiência, que será retirado do art. 1.574, com a aprovação do PL n. 276/2007), cujo acordo não precisa se

apanhado de motivação, mas para ter eficácia jurídica requer homologação judicial depois de ouvido o Ministério Público. Orlando Gomes entende que se deve considerar igualmente consensual a separação requerida por uma das partes e aceita pela outra. Trata-se de separação consensual a que se opera no curso de uma separação litigiosa. É, como disse por ocasião da elaboração da lei francesa, uma espécie de “passarela jurídica”, que autoriza a conversão do processo primitivo em separação por mútuo consenso. Neste caso, os cônjuges redigem o acordo que será homologado pelo juiz de causa. Nosso direito não contém disposição legal que inclua essa forma de separação consensual, mas esta poder ser aceita sob a forma de conciliação, se levar em consideração que é também dominada pelo espírito de prioridade da repercussão dos fatos na continuação da vida conjugal; b) a litigiosa (CC. Art. 1.572), ou não consensual, efetivada por iniciativa da vontade unilateral de qualquer dos consortes, ante as causas previstas em lei. Tanto a separação consensual como a litigiosa dependem de sentença homologatória do juiz, no primeiro caso, é decisória, no segundo, por isso são denominadas, genericamente, “separação judicial. (DINIZ, 2009, p. 285)

Alguns efeitos decorrem da separação judicial; um deles é a cessação dos efeitos civis da sociedade conjugal, que ocorre de imediato, apenas em seguida, vem à aspiração da dissolução do casamento.

A lei claramente científica os efeitos jurídicos da separação judicial e ainda institui ao Juiz um dever exclusivo de tentar a reconciliação do casal, porque o amparo especial que o Estado confere ao casamento deve prescindir aos interesses particulares dos cônjuges.

Sendo assim, a separação judicial põe termo aos deveres de coabitação, fidelidade recíproca e ao regime matrimonial de bens, como se o matrimônio dissolvido fosse.

No que se refere a separação factual esta antecedia o chamado divórcio direto, ou seja, quando o casal está separado de fato por mais de dois anos, ambos ou apenas um poderia ingressar com ação de divórcio direto provando-se apenas o interstício temporal.

Neste instante, não seria mais exigido que os dois anos da separação devam ser ininterruptos, contudo, os encontros esporádicos do casal sem que tenha o ânimo de reconciliação, não tem o condão de cessar o prazo da separação de fato ensejadora do divórcio direto.

Chaves (2009) explica a possibilidade de a separação de fato poder ser entendida como um fenômeno natural pelo qual os cônjuges decidem por fim ao vínculo conjugal, sem, no entanto, recorrer aos meios legais. Funcionando, por vezes, como válvula de escape para os casais que não querem, não podem ou não se sentem preparados o bastante para se valer da separação judicial ou do divórcio.

Por motivos econômicos, morais, e principalmente religiosos uma vez que os preceitos da religião ainda estão arraigados nas famílias brasileiras de maioria católica compreende-se

então porque grande número de casais decide por fim ao vínculo conjugal sem recorrer à via judicial, simplesmente se separam, e cada um segue sua vida.

Contudo, correntemente os cônjuges se satisfazem com uma circunstância híbrida, ou seja, nem são separados judicialmente e nem muito menos casados.

Outro efeito provocado pela separação de fato trata-se da previsão pelo Código Civil de 2002, art. 1.723, §1º, de ser reconhecida a união estável daquele que se encontra separado de fato. Desse modo, ainda que um dos cônjuges esteja casado, o que apenas se configura no plano jurídico, poderá formar outra família por meio do reconhecimento da união estável com outra pessoa, pois, no plano fático não há casamento.

No ano de 2010 o Direito de Família teve o seu momento mais significativo, pois com a edição da Emenda Constitucional 66 em 13 de julho de 2010 surgiu a celeuma acerca da extinção da separação judicial e os prazos que antecedem o divórcio, de que vamos tratar no último capítulo deste trabalho.

4 O INSTITUTO DO DIVÓRCIO NA PERSPECTIVA DA EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010

Como já mencionado no início deste trabalho, é a Emenda Constitucional 66 de 2010 um divisor de águas deste assunto no Brasil, fruto da iniciativa de importantes estudiosos do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM e do comprometimento do deputado Antônio Carlos Biscaia e do deputado Sérgio Barradas Carneiro, que ao promover a alteração do artigo 226 § 6º da Constituição da República de 1988, levou a doutrina e a jurisprudência a traçarem novos rumos para o instituto do divórcio, visando facilitar a vida daqueles que não mais desejam permanecer unidos em matrimônio.

Neste ínterim, salutar é a lição de Dias (2010)¹, senão vejamos:

Acaba de entrar em vigor a Emenda Constitucional 66/2010, que dá nova redação ao art. 226, § 6º da CF extingue a separação, a perquirição de culpa para dissolver a sociedade conjugal e elimina prazos para a concessão do divórcio. Até agora a separação, ainda que consensual, só podia ser obtida depois de um ano do casamento. A separação litigiosa dependia da identificação de culpados, e somente o “inocente” tinha legitimidade para ingressar com a ação. Depois, era necessário aguardar um ano para converter a separação em divórcio. Já o divórcio direto estava condicionado ao prazo de dois anos da separação de fato. Ou seja, dependia do decurso do prazo ou de simples declaração de duas testemunhas de que o casal estava separado

¹ <http://www.ibdfam.org.br>

por este período. A partir de agora qualquer dos cônjuges pode, sem precisar declinar causas ou motivos, e a qualquer tempo, buscar o divórcio. A alteração, quando sancionada, entra imediatamente em vigor, não carecendo de regulamentação. O avanço é significativo e para lá de salutar, pois atende ao princípio da liberdade e respeita a autonomia da vontade. Afinal, se não há prazo para casar, nada justifica a imposição de prazos para o casamento acabar. Além do proveito de todos, a medida vai produzir significativo desafogo do Poder Judiciário. A mudança provoca uma revisão e paradigmas. Além de acabar com a separação e eliminar os prazos para a concessão do divórcio, espanca definitivamente a culpa do âmbito do Direito das Famílias.

Ainda em relação ao tema complementa Dias (2010)² :

A alteração é significativa e para lá de salutar, pois atende ao princípio da liberdade e respeita a autonomia da vontade. Nada, absolutamente nada justifica impor a alguém a obrigação de manter-se casado. Nem as obrigações decorrentes do poder familiar exigem que os pais vivam sob o mesmo teto, muitas vezes em um clima de tanta beligerância muito mais nocivo aos filhos. Também não se pode dizer que a salutar novidade venha a banalizar os “sagrados” laços do matrimônio. Não, ao contrário. Em face da enorme dificuldade de pôr um fio ao casamento a opção passou a ser a união estável, pois não há a necessidade da intervenção estatal nem prazos ou identificação de culpas para se dissolver. Os processos de separação, muitas vezes, se arrastavam por anos, com enormes prejuízos aos parentes e principalmente aos filhos. Previsíveis os danos emocionais e afetivos ao tomarem conhecimento que um dos seus genitores foi declarado culpado. Claro que o sabor de vitória do “vencedor” leva-o a desconstruir a imagem do outro, perante a família e a própria sociedade. Parece que ninguém se dá conta que todos perdiam. Ainda que a alteração passe a vigorar desde já, cabe preciso lembrar que o divórcio não passou a ser instantâneo, dando margem ao tão propalado período de reflexão. Afinal, mesmo que haja consenso, não existem filhos menores e seja eleita a via extrajudicial, é preciso constituir advogado. Depois o pedido é encaminhado ao tabelião que ouve os cônjuges e, inclusive, tem a possibilidade de não lavrar a escritura caso constate dúvidas ou inseguranças. De qualquer modo, mesmo que haja arrependimento, sempre existe a possibilidade da reconciliação e de um novo casamento, que tem uma simbologia muito mais romântica. Assim, muitos são os ganhos com a mudança. Além de desafogar o Poder Judiciário, acaba com prazos e elimina anos de conflitos, espancando definitivamente a culpa do âmbito do Direito das Famílias. Mas talvez o grande mérito seja aumentar a responsabilidade de quem opta pelo casamento. Afinal, o investimento de cada um tem que ser maior, pois não mais existe obrigação de sua permanência além do comprometimento .

² <http://www.ibdfam.org.br>.

Outra lição que não pode passar despercebida é a do doutrinador Passarelli (2010)³, vejamos:

Em boa e já tardia hora a mudança. De fato, não se compreendia mais a razão do Estado interferir no seio da vida familiar, obrigando cônjuges que não mais queriam conviver a aguardar os prazos vigentes para o divórcio direto (um ano de separação) ou conversão da separação em divórcio (dois anos). Era uma tutela estatal sobre a vida íntima das pessoas que realmente já possuía o atributo do arcaísmo. Portanto, a partir da vigência da Emenda Constitucional 66/2010, os cônjuges que quiserem por fim à sociedade conjugal podem fazê-lo imediatamente. Não há mais que esperar prazo nenhum para tanto. Mas, neste singelo texto, o que pergunto é se, como apregoado de forma talvez um pouco açodada, isso implica realmente no fim do instituto da separação no nosso ordenamento jurídico. Isto porque, malgrado a nova redação do artigo 226, parágrafo sexto, não mais faça referência à separação, ela continua prevista no Código Civil em diversos dispositivos. O que mais interessa para a questão posta aqui é o 1.571, que preceitua que a sociedade conjugal termina, dentre outras hipóteses, pela separação (inciso III) e pelo divórcio (inciso IV).”

Se para uns, a Emenda Constitucional foi tida como um avanço, de maneira positiva, sendo até mesmo chamada de "Emenda do amor", para outros, verificou-se uma banalização da família, como é o caso da opinião da CNBB (Conferência Nacional dos Bispos do Brasil) que se posiciona sobre o tema de forma muito crítica:

A CNBB (Conferência Nacional dos Bispos do Brasil) criticou nesta quinta-feira (21) a aprovação em primeiro turno pela Câmara dos Deputados de proposta que elimina a exigência de um prazo mínimo de separação para os casais requerem o divórcio. Na opinião do vice-presidente da entidade, dom Luiz Soares Vieira, ao se facilitar o fim do casamento, ‘acaba se banalizando’ a questão. ‘Se facilitar muito, eu acho que se banaliza mais ainda o matrimônio, que já está banalizado. O único problema é esse. Daqui a pouco, a pessoa vai na frente de qualquer juiz e diz que não é mais casada e depois vai na frente de qualquer ministro de igreja e casa de novo. É banalizar demais uma coisa que é muito séria. (...) Defensores da proposta defendem que ela não estimula o divórcio, mas, sim, novos casamentos. Dom Geraldo Lyrio Rocha, presidente da CNBB, considera que isso é mero ‘jogo de palavras’. (...) ‘Isso é secundário em relação à questão fundamental. Mesmo que a legislação do país permita o divórcio, para a igreja, o divórcio não é permitido de forma alguma. A igreja reafirma a indissolubilidade e da estabilidade do matrimônio. (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2010, p. 52).

³ <http://lucianopassarelli.wordpress.com/2010/07/14/pec-do-divorcio-a-separacao-acabou-parece-que-nao/>

Assim, não obstante a aparente simplicidade na redação da referida emenda, esta trouxe questões subliminares para ser debatidas e esclarecidas, o que será ponto para ser realçado neste trabalho no próximo capítulo.

5 CONTROVÉRSIAS ACERCA DA EXTINÇÃO DO INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL

Consoante indagado em momentos posteriores, com o sintetismo do texto da emenda, a grande celeuma ainda se encontra na permanência (ou não) do instituto da separação judicial, uma vez que a mesma não fora mencionada na referida Emenda.

Para uma ala da doutrina pátria, a separação judicial teria sido extinta do nosso ordenamento jurídico. Este é o posicionamento adotado pelo presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Suas palavras foram anotadas por César de Oliveira: "Esta modalidade não existe mais, é impossível de pedi-la, e aquelas que estão em andamento podem ser convertidas diretamente para o divórcio, independentemente do período."

Entrementes, urge ressaltar também as lições Dias (2010)⁴, no mesmo sentido:

Ao ser dada nova redação ao art. 226, § 6º da Constituição Federal, desaparece a separação e eliminam-se prazos e a perquirição de culpa para dissolver a sociedade conjugal. Qualquer dos cônjuges pode, sem precisar declinar causas ou motivos, e a qualquer tempo, buscar o divórcio. A alteração, quando sancionada, entra imediatamente em vigor, não carecendo de regulamentação. Afinal, o divórcio está regrado no Código Civil, e a Lei do Divórcio manda aplicar ao divórcio consensual o procedimento da separação por mútuo consentimento (art. 40, § 2º). Assim, nada mais é preciso para implementar a nova sistemática.

Salienta Gagliano (2011)⁵, que, inclusive, as normas atinentes à separação judicial não mais seriam recepcionadas pela Magna Carta:

Em síntese, a Emenda aprovada pretende facilitar a implementação do divórcio no Brasil e apresenta dois pontos fundamentais: a) extingue a separação judicial; b) extingue a exigência de prazo de separação de fato para a dissolução do vínculo matrimonial. (...) A extinção da separação judicial é medida das mais salutares. (...) É de clareza meridiana, estimado leitor, que o divórcio é infinitamente mais vantajoso do que a simples medida de separação. Sob o prisma jurídico, com o divórcio, não apenas a sociedade conjugal é desfeita, mas o próprio vínculo matrimonial, permitindo-se novo casamento; sob o viés psicológico, evita-se a duplicidade de processos – e o

⁴ www.conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=152_Maria_Dias&ver=674

⁵ <http://jus.uol.com.br/revista/texto/16969/a-nova-emenda-do-divorcio>

strepitus fori – porquanto pode o casal partir direta e imediatamente para o divórcio; e, finalmente, até sob a ótica econômica, o fim da separação é salutar, pois, com isso, evitam-se gastos judiciais desnecessários por conta da duplicidade de procedimentos. (...) Nessa linha, a partir da promulgação da Emenda, desapareceria de nosso sistema o instituto da separação judicial e toda a legislação, que o regulava, sucumbiria, por conseqüência, sem eficácia, por conta de uma inequívoca não-recepção ou inconstitucionalidade superveniente.

Neste sentido é a opinião de Comel (2011)⁶, vejamos:

Será suprimido do ordenamento jurídico o instituto da separação judicial, permanecendo tão somente o divórcio como solução voluntária para o fim do casamento, resolvida, ainda, a dicotomia atualmente existente na dissolução do vínculo conjugal. De conseqüência, serão de se ter por revogados os artigos 1.572 a 1.578, do Código Civil, que tratam das formas de separação judicial e seus efeitos, também o artigo 1.580, que trata da conversão da separação em divórcio e do divórcio direto. A revogação dos artigos 1.572 a 1.578 é evidente, pois desaparecendo a separação judicial, não há mais que se falar nas hipóteses em que tinha cabimento, tampouco nos respectivos efeitos. No que tange ao artigo 1.580, ainda que trate do divórcio, também deve ser tido por revogado, eis que refere especificamente aos prazos para o divórcio direto e indireto (por conversão da separação judicial), estabelecidos na própria norma constitucional objeto da emenda. Suprimida a separação judicial e consolidando-se o divórcio como a única possibilidade de dissolução voluntária do casamento, deixam de existir as figuras do divórcio por conversão e do divórcio direto, não havendo, pois, que se estabelecer regras ou prazos diferenciados para uma ou outra situação.

No entanto, outra parcela de estudiosos defende que a separação judicial persiste em nosso sistema, haja vista que o Estado não poderia retirar o direito dos casais de se separarem. Nesta seara elucida Doretto e Cardoso (2011):

É de se indagar se a separação judicial foi, deveras, extirpada do ordenamento jurídico pela superveniência constitucional. A novel norma constitucional preceitua que o casamento será extinto pelo divórcio, silenciando-se quanto à separação; nada diz, nada prescreve. Lança-se, nesse contexto, outra indagação retórica: o casal que passe por crise familiar, querendo buscar um respiradouro, deverá divorciar-se açodadamente ou viver em ligeira ilegalidade, que constrange socialmente muitos, uma vez que presente ainda o dever de fidelidade recíproca? (...) Há que se respeitar a vontade dos indivíduos, ainda incertos quanto ao futuro, mas decididos quanto ao presente. Há que se viabilizar e reconhecer a persistência da separação consensual em nosso sistema. Nem se venha redargüir que serão esses casos poucos ou mesmo raros, porque o direito, em sua modernidade, também tutela e promove a felicidade de minorias.

⁶ <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13194>

Também diverge da primeira ala, Regina Beatriz Tavares da Silva, presidente da Comissão de Direito de Família do Instituto dos Advogados de São Paulo (Iasp), que também afirma que não se pode concluir simplesmente pela extinção da separação judicial. Seus ensinamentos foram transcritos por Oliveira (2010)⁷, em seu texto "Nova lei do divórcio acaba com a separação judicial":

Da forma como foi proposta, sem contemplar algumas modalidades de separação que consideramos importantes, a emenda cria insegurança jurídica. Bastaria ter acrescentado essas situações no texto, e acabaria com problemas de interpretação.

A discussão é importante, mas ainda se encontra pré-matura, o que tem gerado, inclusive, insegurança quanto à aplicação das novas regras, principalmente nos cartórios. Caberá à jurisprudência pátria indicar os caminhos de interpretação da nova e lacunosa norma.

Mas, como sempre, a respeito de temas polêmicos como este, existem os prós e os contra, alguns doutrinadores vem adotando o entendimento de que a sustentação da separação no ordenamento não refletiria uma boa interpretação teleológica da EC n° 66/2010, cuja justificativa prévia deixa claro que a intenção do legislador foi, sim, pôr fim ao instituto da separação, trazendo o Direito de Família brasileiro para a modernidade.

5.1 Entendimento da doutrina a respeito da eliminação dos prazos para a deflagração do divórcio.

O segundo ponto atingido pela Emenda Constitucional 66/2010, foi a supressão do prazo da separação para efeito de decretação do divórcio, pois consistia num dos pré-requisitos indispensáveis.

Com a novel emenda, desnecessário se faz provar em juízo ou administrativamente, o lapso temporal de um ano da separação judicial, ou de dois anos, no qual o casal se encontra separado de fato.

⁷ www.conjur.com.br/2010-jul-17/lei-divorcio-acaba-possibilidade-separacao-judicial.

Surgindo assim, um direito potestativo, o qual poderá ser exercido por qualquer um dos cônjuges, independentemente de prazo ou qualquer circunstância indicativa da ruptura da vida em comum.

Não faz mais sentido a expressão 'divórcio direto', com a extinção da separação judicial, desnecessário se faz distingui-lo das modalidades indireta ou por conversão.

Assim toda e qualquer discussão acerca do lapso temporal para o divórcio restou não recepcionada pela nova disposição constitucional, e enfim, qualquer pessoa casada poderá ingressar com pedido de divórcio consensual ou litigioso independentemente do tempo de separação judicial ou de fato. Além do mais, as pessoas que já se separaram podem ingressar, imediatamente, com o pedido de divórcio.

5.2 A situação dos processos de separação judicial em andamento.

Outra dúvida, deveras pertinente, seria com relação aos processos de separação judicial em andamento, vez que ainda que a Emenda Constitucional tenha entrado em vigor na data de sua promulgação, a doutrina também se divide no que tange à aplicação da nova norma aos processos pendentes.

Num segundo momento, em se admitindo que tais regras seriam aplicáveis aos processos pendentes, as partes seriam obrigadas a converter o processo de separação judicial em divórcio.

Segundo Nascimento e Cardozo (2010), as partes litigantes poderiam optar pela continuidade da demanda de separação, tendo em vista que esta não teria sido extinta do ordenamento jurídico. Para aqueles que preferissem o divórcio direto, seria suficiente "sua conversão para o procedimento do divórcio, sem maiores questionamentos ou complicações".

Para Dias (2010)⁸, com relação aos processos pendentes, caberia ao juiz dar ciência às partes da conversão da demanda de separação em divórcio e, na hipótese de eventual discordância, o processo seria extinto por impossibilidade jurídica do pedido:

Cabe ao juiz dar ciência às partes da conversão da demanda de separação em divórcio. Caso os cônjuges silenciem, tal significa concordância que a ação prossiga com a concessão do divórcio. A divergência do autor enseja a extinção do processo por impossibilidade jurídica do pedido, pois não há como o juiz proferir sentença chancelando direito não mais previsto na lei. Já o eventual inconformismo do réu é inócuo. Afinal, não é preciso a sua anuência para a demanda ter seguimento. E, como para a concessão do

⁸ http://www.conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=152_Maria_Dias&ver=674

divórcio não cabe a identificação de culpados, não haverá mais necessidade da produção de provas e inquirição de testemunhas. As demandas se limitarão a definir eventual obrigação alimentar entre os cônjuges e a questão do nome, caso algum deles tenha adotado o sobrenome do outro.

Esse desfecho é parecido àquele exibido por GAGLIANO (2010, p. 234). Para este, o magistrado deverá dar chance à parte autora de adaptar seu pedido à Constituição Federal, não incorrendo a proibição conjecturada no artigo 264 do Código de Processo Civil. No caso de recusa ou inércia da parte requerente, a demanda seria extinta, sem julgamento de mérito, por perda do interesse processual superveniente. *In verbis*:

Deverá o juiz oportunizar à parte autora (no procedimento contencioso) ou aos interessados (no procedimento de jurisdição voluntária), mediante concessão de prazo, a adaptação do seu pedido ao novo sistema constitucional, convertendo-o em requerimento de divórcio. Nesse particular, não deverá incidir a vedação constante no art. 264 do CPC, segundo o qual, "feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei. Parágrafo único. A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo". Isso porque não se trata de uma simples inovação de pedido ou da causa de pedir no curso do processo, em desrespeito aos princípios da boa-fé objetiva e da cooperatividade, que impedem seja uma das partes colhida de surpresa ao longo da demanda. De modo algum. O que sucede, em verdade, é uma alteração da base normativa do direito material discutido, por força de modificação constitucional, exigindo-se, com isso, adaptação ao novo sistema, sob pena de afronta ao próprio princípio do devido processo civil constitucional. Caso se recusem, ou deixem transcorrer o prazo concedido in albis, deverá o magistrado extinguir o processo, sem enfrentamento do mérito, por perda de interesse processual superveniente (art. 264, VI, CPC). Se, entretanto, dentro no prazo concedido, realizarem a devida adaptação do pedido, recategorizando-o, à luz do princípio da conversibilidade, como de divórcio, o processo seguirá o seu rumo normal, com vistas à decretação do fim do próprio vínculo matrimonial, na forma do novo sistema constitucional inaugurado a partir da promulgação da Emenda".

Nesta circunstância, será indispensável o posicionamento da jurisprudência pátria. A atitude dos magistrados dependerá, obviamente, da corrente doutrinária e jurisprudencial acerca da subsistência ou não do instituto da separação judicial diante da omissão legislativa.

5.3 Da situação dos separados judicialmente

Embora haja uma celeuma doutrinária acerca da extinção da separação judicial pela Emenda Constitucional nº 66, no que pertine à situação dos separados judicialmente, parece não haver muita complicação.

Mesmo aqueles que entendem extirpada a separação judicial, compreendem que o estado civil "separado judicialmente" não deixou de existir. Não há qualquer lógica em simplesmente transformar, de modo automático, os separados judicialmente em divorciados. Afinal, houve um regular processo de separação judicial e não de divórcio.

Assim, pertinentes as explicações de Gagliano (2010)⁹, para quem o ato jurídico perfeito deve ser respeitado:

A alteração da norma constitucional não teria o condão de modificar uma situação jurídica perfeitamente consolidada segundo as regras vigentes ao tempo de sua constituição, sob pena de se gerar, como dito, perigosa e indesejável insegurança jurídica. Em outras palavras: a partir da entrada em vigor da Emenda Constitucional, as pessoas judicialmente separadas (por meio de sentença proferida ou escritura pública lavrada) não se tornariam imediatamente divorciadas, exigindo-se-lhes o necessário pedido de decretação do divórcio para o que, por óbvio, não haveria mais a necessidade de cômputo de qualquer prazo. Respeita-se, com isso, o próprio ato jurídico perfeito.

Logicamente, os atualmente separados judicialmente poderiam pedir o divórcio de imediato. Não existe a necessidade de esperar nenhum decurso de prazo. Ora, não haveria razão para que obedecessem aos antigos prazos, tendo em vista que a Emenda Constitucional entrou em vigor de imediato.

Ainda de acordo com Dias (2010):

As pessoas separadas judicialmente ou separadas de corpos, por decisão judicial, podem pedir a conversão da separação em divórcio sem haver a necessidade de aguardar o decurso de qualquer prazo. Enquanto isso, elas devem continuar a se qualificarem como separados, apesar do estado civil que as identifica não mais existir.

⁹ <http://jus.uol.com.br/revista/texto/16969/a-nova-emenda-do-divorcio>

6 CONCLUSÃO

Pode-se observar no decorrer deste trabalho a importante progressão lógica e sistemática, desde a Constituição da República de 1934, a partir da qual todas assumiram em seu texto as hipóteses de dissolução da sociedade e depois do vínculo conjugal. A partir da indissolubilidade do casamento (CF, 1934) o legislador constitucional evoluiu sistematicamente para introduzir e depois facilitar o divórcio, até excluir a separação judicial e permitir o divórcio sem causa e prazos com a Emenda Constitucional nº 66/2010, dando nova redação ao artigo 226, § 6º da Constituição da República.

A proposta original de emenda constitucional proveio das ilações do plenário no Congresso do IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, realizado na capital mineira, no ano de 2005. Apresentada inicialmente pelo deputado Antônio Carlos Biscaia (PEC 413/05), foi reapresentada em 2009, pelo deputado Sérgio Barradas Carneiro (PEC 28/09); neste momento nota-se que a justificativa da proposta de emenda constitucional consta que não mais se justifica a sobrevivência da separação judicial, em que se converteu o antigo desquite.

Embora as consideráveis opiniões divergentes que sustentam a permanência da anacrônica separação judicial, aplicando-se a legislação infraconstitucional, com todo respeito aos autores, não se sustentam diante da interpretação histórica e lógico-sistemática já demonstrada.

É normal que em temas polêmicos como este existam os prós e os contra, mas sustentar a separação, não reflete uma boa interpretação teleológica da EC/66, cuja justificativa prévia deixa claro que a intenção do legislador foi, sim, pôr fim ao instituto da separação.

Mesmo que a regulamentação do divórcio não seja matéria constitucional, o certo é que a tradição jurídica e legislativa em nosso país o elevou, por conveniência política ou importância da matéria, a norma de interesse constitucional, tanto que sempre foi regulado constitucionalmente, sem exceção.

Desta feita, podemos instar a inequívoca auto-aplicabilidade da Emenda Constitucional nº 66/2010, sem necessidade de legislação ordinária, como ocorreu ao longo da história com a Emenda Constitucional nº 09/1977 e a Constituição da República de 1988, bem como duas inovações constitucionais resultantes da referida emenda, quais sejam, a primeira, a exclusão da separação judicial do ordenamento brasileiro, a segunda, a inexigibilidade de lapso temporal ou causas para decretação do divórcio.

Pode-se afirmar então que a alusão à legislação ordinária foi extirpada do texto da emenda constitucional com o intuito de eliminar a separação judicial, trazendo o direito de família brasileira para a modernidade.

A Emenda constitucional nº 66/2010 é um divisor de águas deste assunto no Brasil, e esta mudança é muito significativa, porque atende ao princípio da liberdade e respeita a autonomia da vontade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. **Código Civil Brasileiro**. Lei n. 10.406/02. Brasília: Senado Federal, 2002.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Divórcio Judicial e Administrativo de acordo com a EC 66/2010**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CARVALHO, Newton Teixeira de. Citado em CARVALHO, Dimas Messias de. **Divórcio Judicial e Administrativo de acordo com a EC 66/2010**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

CHAVES, Luís Claudio da Silva. **A separação de fatos e seus efeitos**. 2010. Disponível em: <<http://www.domtotal.com/>>. Acesso em: 12 maio 2011.

CRUZ, Maria Luíza Póvoa. Juízes e Cartórios têm três interpretações para emenda do divórcio. **Folha de São Paulo**. Disponível em: <www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 09 maio 2011.

CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e separação**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002.

COMEL, Damo Comel. **Divórcio imediato e normas remanescentes**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13194>>. Acesso em 22 abr. 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Divórcio Já!** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Divórcio Já!** Conteúdo Jurídico, 10 jul. 2010, Disponível em: <www.conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=152_Maria_Dias&ver=674>. Acesso em: 22 maio 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Enfim, o fim da separação!** 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em: 01 mar. 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Pec do Casamento**, 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em: 15 mar. 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito Civil Brasileiro**: Direito de Família, 24 ed. , São Paulo: Saraiva, 2009.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda Ferreira – **Dicionário Aurélio Eletrônico Século XXI** - versão 3.0: Cidade Nova Fronteira, 1999.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **A Nova Emenda do Divórcio**: Primeiras Reflexões. Disponível em: < www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 12 maio 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze . **A nova emenda do divórcio**. Disponível em: < <http://jus.uol.com.br/revista/texto/16969/a-nova-emenda-do-divorcio>>. Acesso em: 22 abr. 2011.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Direito Civil**: Família. São Paulo: Atlas, 2008.

GONÇALVES, Roberto Carlos. **Direito Civi Brasileiro**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

HEMÉTRIO, José Leonardo. **O divórcio no ordenamento jurídico brasileiro**. 29 abr. 2008. Disponível em:< <http://aprendendoprocessocivil.blogspot.com/2008/04/o-divrcio-no-ordenamento-juridico.html>>. Acesso em: 17 jun. 2011.

MOLD, Cristian Fetter. **Divórcio**: passado, presente e futuro de um instituto em constante transformação. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

OLIVEIRA, César de. Nova lei do divórcio acaba com a separação judicial. São Paulo: **Revista Consultor Jurídico**, 17 jul. 2010. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2010-jul-17/lei-divorcio-acaba-possibilidade-separacao-judicial>>. Acesso em: 25 fev. 2011.

NASCIMENTO, Jose Moacyr Doretto; CARDOZO, Gustavo Gonçalves. **A emenda do divórcio**: singelas reflexões. Disponível em: < <http://jus.uol.com.br/revista/texto/17011/a-emenda-do-divorciosingelas-reflexoes>>. Acesso em: 22 abr. 2011.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. **Emenda do divórcio**: Cedo para comemorar. Disponível em: <www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 20 maio 2011.

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

PASSARELLI, Luciano. **Pec do divórcio: a separação acabou? Parece que não.** 14 jul. 2010. Disponível em: <<http://lucianopassarelli.wordpress.com/2010/07/14/pec-do-divorcio-a-separacao-acabou-parece-que-nao/>>. Acesso em: 06 maio 2011.

CHAVES, Luís Claudio da Silva. **A separação de fatos e seus efeitos.** 2010. Disponível em: <<http://www.domtotal.com/>>. Acesso em: 12 maio 2011.

ANEXO



Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66, DE 13 DE JULHO DE 2010

Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º O § 6º do art. 226 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 226.

.....

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio."(NR)

Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, em 13 de julho de 2010.

Mesa da Câmara dos Deputados

Deputado MICHEL TEMER
 Presidente

Deputado MARCO MAIA
 1º Vice-Presidente

Deputado RAFAEL GUERRA
 1º Secretário

Deputado NELSON MARQUEZELLI
 4º Secretário

Deputado MARCELO ORTIZ
 1º Suplente

Mesa do Senado Federal

Senador JOSÉ SARNEY
 Presidente

Senador HERÁCLITO FORTES
 1º Secretário

Senador JOÃO VICENTE CLAUDINO
 2º Secretário

Senador MÃO SANTA
 3º Secretário

Senador GERSON CAMATA
 4º Suplente

