UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS - UNIPAC
BACHARELADO EM DIREITO

BRUNA D' ANGELO ALVES

O NOVO DIVÓRCIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Juiz de Fora – MG
2010

BRUNA D' ANGELO ALVES

O NOVO DIVÓRCIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profª. Me. Joseane Pepino de Oliveira.

Juiz de Fora – MG

2010

FOLHA DE APROVAÇÃO

Bruna D'Angelo Alves

Aluno

O novo divórcio no ordenamento jurídico brasileiro

Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Aprovada em 27 / 10 / 2010.

Dedico este trabalho a Deus, pela constante companhia e apoio em todos os momentos de minha vida.

AGRADECIMENTOS

O Ato de agradecer é sempre sublime pelo gesto de reconhecimento de não sermos capazes de fazermos nada sozinhos.

Por esta razão, agradeço primeiramente a Deus, por ter me permitido chegar até aqui.

À minha família, por entender a minha ausência e por ser o meu porto seguro.

À minha mãe, pelo incentivo e principalmente por sempre ter acreditado em mim.

Ao meu pai, pelo carinho e preocupação.

Ao meu padrasto, pelo apoio de sempre.

À minha irmã, a quem eu sempre quis ser o exemplo.

Ao Leandro, pelas e palavras de apoio quando da elaboração desta monografia.

À minha orientadora, professora Joseane, pela compreensão e paciência no decorrer deste trabalho e pelos momentos inesquecíveis no Núcleo de Prática Jurídica.

À Regina, pela amizade demonstrada.

Aos verdadeiros amigos, por estarem presentes em todos os momentos.

Por fim, agradeço a todos que fizeram parte de mais esta conquista. E que venham outras!

RESUMO

Versa a presente monografia sobre as inovações trazidas pela Emenda Constitucional nº. 66/2010, que baniu o instituto da separação judicial do ordenamento jurídico brasileiro, o que representa um grande avanço no direito pátrio, mais precisamente no direito de família. O instituto da separação judicial não acompanhava a realidade da sociedade brasileira, uma vez que ao interpor o processo de separação não se era possível por termo ao casamento, deixando apenas de existir alguns direitos e deveres conjugais. Desta forma, para melhor compreensão do tema foi realizado um breve histórico sobre o casamento no Brasil, bem como foi realizado um panorama dos institutos da separação e do divórcio desde a sua implementação no direito brasileiro. Ressalta-se, por fim, que a metodologia utilizada foi à pesquisa bibliográfica, realizada em livros de doutrinadores na área do direito civil, com ênfase no direito de família, além materiais disponibilizados no meio eletrônico (internet).

Palavras-chave: Casamento. Separação. Divórcio. Emenda Constitucional 66.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 7

2 CASAMENTO 8

2.1 Breve histórico do casamento no Brasil 8
2.2 Conceito e natureza jurídica 9
2.3 Caracteres e finalidades do casamento 10
2.4 Efeitos 11

3 DAS FORMAS DE DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO 16

3.1 Histórico da dissolução do casamento no Brasil 16
3.2 Divórcio e Separação pela via extrajudicial – Lei 11.441/07 18
3.3 A separação – Antes do advento da EC 66/2010 19
3.4 O divórcio – Antes do advento da EC 66/2010 22

4 O NOVO DIVÓRCIO NO BRASIL 25

4.1 Um pouco da história da Emenda Constitucional nº 66 de 13 de julho de 2010 25
4.2 Extinção do instituto da separação judicial 27
4.3 Aspectos processuais do novo divórcio 30
4.4 Dos efeitos do divórcio após EC 66/201010 32
4.5 Divórcio extrajudicial 34

5 CONCLUSÃO 35

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 36

1 INTRODUÇÃO

O instituto do casamento, desde os tempos mais remotos, sofreu grande influência da Igreja, principalmente a Católica, sendo considerado, por muito tempo, indissolúvel, de tal maneira que àqueles que contraiam núpcias ficavam impossibilitados de desvincular-se.

No Brasil, o Código Civil de 1916 trouxe em seu bojo o instituto do desquite, que apenas fazia terminar a sociedade conjugal, mantendo-se íntegro o vínculo, considerando, assim, o casamento como indissolúvel.

Em 1977, o Direito de Família sofreu um avanço que foi de extrema importância, isto porque, foi promulgada a Emenda Constitucional nº. 09 que aboliu a indissolubilidade do casamento, sendo tal emenda, posteriormente, e no mesmo ano, regulamentada pela Lei 6.515, lei esta que passou a dispor sobre os casos de dissolução da sociedade e do vínculo conjugal, sendo denominada de Lei do Divórcio.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, novos avanços foram trazidos, uma vez que a Carta Magna reduziu os prazos para a concessão do divórcio que eram disciplinados pela Lei 6.515/77.

Em 2002, com o advento do Código Civil, o legislador desperdiçou uma excelente oportunidade de extinguir o instituto da separação judicial do nosso ordenamento jurídico, uma vez que esta não acompanhava e nem acompanha a evolução da sociedade brasileira.

Em 04 de janeiro de 2007, a Lei 11.441 acrescentou ao Código de Processo Civil o artigo 1.124-A, o qual passou a admitir que as separações e os divórcios pudessem ser realizados via administrativa, isto é, pelo cartório, desde que fossem consensuais e não houvesse filhos menores ou incapazes, o que certamente foi mais um avanço trazido para o Direito de Família, uma vez que simplificou tais processos, evitando-se o desgaste da demora no judiciário.

A tão almejada abolição do instituto da separação judicial ou extrajudicial, somente se deu em 13 de julho de 2010, com a promulgação da Emenda Constitucional nº. 66, que percorreu um árduo caminho e enfrentou duras críticas, e será objeto de estudo no terceiro capítulo desta monografia.

2 CASAMENTO

2.1 Breve histórico do casamento no Brasil

No Brasil Império, apenas era conhecido o casamento católico, religião oficial do Estado, o qual era regulado pelas normas do Concílio de Trento e Constituições do Arcebispado da Bahia.

Contudo, com o crescente aumento populacional, dado inclusive pela imigração, aumentou-se o número de acatólicos, o que fez com que fosse editada a Lei 1.144 de 11 de setembro de 1861, a qual foi regulamentada pelo Decreto 3.069 de 17 de abril de 1863, passando a ser permitido o casamento dos não católicos, obedecendo às regras de suas religiões, havendo, portanto, três tipos de ato nupcial: o católico, fundado nas normas do Concílio de Trento e das Constituições do Arcebispado baiano; o misto, realizado entre católicos e não católicos, regido pelo direito canônico; e o acatólico, que unia pessoas de crenças diversas.

Como é sabido, a partir do advento da República o Estado brasileiro tornou-se laico, em virtude do Decreto 119-A, de 07 de janeiro de 1890, que determinou a separação entre a Igreja e o Estado.

Sendo assim, no dia 24 de janeiro de 1890, foi promulgado o Decreto nº. 181, que instituiu o casamento civil, único ato válido para a celebração do casamento, uma vez que em seu art. 108, não mais era atribuído valor ao casamento religioso.

Posição esta foi acatada pela Constituição Federal de 1891, ao constar no seu art. 72, § 4º, que "a república só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita".

"O Código Civil de 1916 consolidou e regulamentou o casamento civil, sem fazer qualquer menção ao religioso, que, na seara juscivilística, é inexistente juridicamente, sendo as relações entre os participantes desse vínculo mero concubinato", explica Diniz (2004, p. 54).

Já na Carta Magna de 1934, fora atribuído efeitos civis ao casamento religioso, surgindo, posteriormente a Lei nº. 1.110/50, que regulou o reconhecimento dos efeitos civis ao casamento religioso, bem como a Lei 6.015/73, que tratou, entre outras matérias, sobre o registro do casamento religioso para efeitos civis.

Atualmente, sob a égide da Constituição Federal de 1988, o casamento religioso continua surtindo efeitos civis, se cumpridas às exigências previstas em lei, sendo o vigente Código Civil responsável por estabelecer tais formalidades.

2.2 Conceito e natureza jurídica

Inúmeras são as definições para casamento, não havendo na doutrina e na jurisprudência um conceito pacífico.

Para Diniz (2004, p. 39) "o casamento é o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa o auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família".

Portalis (apud GONÇALVES, 2006, p. 22), pretendendo ser objetivo, assim definiu o casamento: "É a sociedade do homem e da mulher, que se unem para perpetuar a espécie, para ajudar-se mediante socorros mútuos a carregar o peso da vida, e compartilhar seu comum destino".

Já Paulo Nader (2006, p. 45) define casamento como "negócio jurídico bilateral que oficializa, solenemente, a união exclusiva e por tempo indeterminado de duas pessoas de sexo distinto, para uma plena comunhão de interesses e de vida".

Cabe dizer, por fim, que o casamento decorre do livre acordo de vontade entre os nubentes, e que mesmo esta sendo uma condição para o matrimônio, deve se adequar as formalidades previstas na lei. Além do mais, o conceito de casamento é um conceito imutável que deve variar de acordo com a evolução da sociedade.

Quanto a análise da natureza jurídica do casamento este é um assunto muito controvertido na doutrina brasileira, isto porque alguns doutrinadores o consideram como contrato, cuja validade e eficácia dependem do consentimento e da vontade dos nubentes, e outros defendem que o casamento é uma instituição, sendo constituído por um conjunto de regras impostas pelo Estado, as quais as partes têm a faculdade de aderir.

No tocante a natureza jurídica do casamento como contrato, cabe citar a lição de Pereira (2004, p.57): "o casamento é um contrato, tendo em vista a indispensável declaração convergente de vontades manifestadas e tendentes a obtenção de finalidades jurídicas".

Ainda, na concepção contratualista, Gonçalves (2006, p. 24-25) aduz:

> Tal concepção representava uma reação à idéia de caráter religioso que vislumbrava no casamento um sacramento. Segundo os seus adeptos, aplicavam-se aos casamentos as regras comuns a todos os contratos. Assim, o consentimento dos contraentes constituía o elemento essencial de sua celebração e, sendo contrato, certamente poderia dissolver-se por um distrato. A sua dissolução ficaria, destarte, apenas da dependência do mútuo consentimento.

Em oposição à teoria contratualista do casamento, surgiu à teoria institucionalista, na qual "o casamento é tido como uma grande instituição social, refletindo uma situação jurídica que surge da vontade dos contraentes, mas cujas normas, efeitos e forma encontram-se preenchidos pela lei". (DINIZ, 2004, p. 43).

Orlando Gomes (apud DINIZ, 2004, p. 43-44), assim resume a teoria institucionalista:

> O estado matrimonial é, portanto, um estatuto imperativo preestabelecido, ao qual os nubentes aderem. Convém explicar que este ato de adesão dos que contraem matrimônio não é um contrato, uma vez que, na realidade, é a aceitação de um estatuto tal como ele é, sem qualquer liberdade de adotar outras norma.

Devido a esta polêmica, surgiu uma terceira corrente, de natureza eclética ou mista, que considera o casamento como contrato na sua formação e como instituição no seu conteúdo.

2.3 Caracteres e finalidades do casamento

O casamento é revestido de alguns caracteres, a saber: é ato eminentemente solene, sendo imprescindível que o mesmo seja celebrado nos moldes da lei que o rege; além do mais, as normas que o regulamenta são de ordem pública, estando acima de qualquer convenção entre os nubentes; e por fim, o casamento representa uma união permanente e exclusiva entre os cônjuges, baseada da liberdade de escolha e também na igualdade de direitos e deveres.

Já as finalidades do casamento são descritas por diversos autores e "variam conforme a visão filosófica, sociológica, jurídica ou religiosa como são encaradas." (GONÇALVES, 2006, p.29).

Diniz (2004, p. 40-42), elenca as seguintes finalidades do casamento:

> *a)* A *instituição da família matrimonial*, que é, segundo a expressão de Besselaar, uma unidade originada pelo casamento e pelas inter-relações existentes entre marido e mulher e entre pais e filhos (CC, art. 1.513).
> *b)* A *procriação dos filhos*, que é uma conseqüência lógico-natural e não essencial do matrimônio (CF/88, art. 226, §7º; Lei n. 9.263/96). A falta de filhos não afeta o casamento, uma vez que não são raros os casais sem filhos. A lei permite união de pessoas que, pela idade avançada ou por questões de saúde, não têm condições de procriar. Se aceitar a procriação como fim essencial do casamento, ter-se-á de anular todos os matrimônios de que não advenha prole, o que perturbaria a estabilidade e a segurança do lar. Mas, esclarece Orlando Gomes, a norma, por outro lado, requer a aptidão física dos nubentes, já que só permite o casamento dos púberes e admite sua anulação se um dos cônjuges for impotente para a prática do ato sexual.
> *c)* A *legalização das relações sexuais* entre os cônjuges, pois dentro do casamento a satisfação do desejo sexual, que é normal e inerente à natureza humana, apazigua a concupiscência; a aproximação dos sexos e o convívio natural entre o homem e mulher desenvolvem sentimentos afetivos recíprocos. Com muita propriedade, pondera Domingos Sávio Brandão Lima, a comunicação sexual dos cônjuges é o prazer, na com participação, prólogo e seguimento de uma vida a dois, plenificação suprema de dois seres que se necessitam, interação dinâmica entre marido e mulher, pois casamento é o amor.
> *d)* A *prestação do auxílio mútuo*, que é o corolário do convívio entre os cônjuges. O matrimônio é uma união entre marido e mulher para enfrentar a realidade e as expectativas da vida em constante mutação; há, então, um complemento de duas personalidades reciprocamente atraídas pela força do sentimento e do instinto que se ajudam mutuamente, estabelecendo-se entre elas uma comunhão de vida e de interesses tanto na dor como na alegria.
> *e)* O *estabelecimento de deveres* patrimoniais ou não entre os cônjuges, como conseqüência necessária desse auxílio mútuo e recíproco. P. ex.: o dever legal de caráter patrimonial que têm os cônjuges de prover na proporção dos rendimentos do seu trabalho e de seus bens a manutenção da família (CC, art. 1.568) e o não patrimonial, que eles têm de fidelidade recíproca, respeito e consideração mútuos (CC, art. 1.566, I e V).
> *f)* A *educação da prole*, pois no matrimônio não existe apenas o dever de gerar filhos, mas também de criá-los e educá-los para a vida, impondo aos pais a obrigação de lhes dar assistência (CC, art. 1.634, e Lei n. 8.069/90, art. 22).
> *g)* A *atribuição do nome* ao cônjuge (CC, art. 1.565 § 1º) e aos filhos; a *reparação de erros do passado* recente ou não; a *regularização de relações econômicas*; a *legalização de estados de fato*.

Sendo assim, extrai-se das finalidades acima elencadas que o mais importante é estabelecer uma comunhão plena de vida, baseada e construída principalmente pelo amor existente entre o casal.

2.4 Efeitos

O casamento gera conseqüências que refletem no ambiente social, nas relações pessoais e econômicas entre os consortes, e nas relações pessoais e patrimoniais entre pais e

filhos, acarretando a origem de direitos e deveres que são disciplinados por normas jurídicas, conforme preceitua Diniz (2004, p. 122).

Tais direitos e deveres constituem os efeitos do casamento, os quais a doutrina os dividiu em três classes: social, pessoal e patrimonial.

Os efeitos sociais do casamento são aqueles que refletem em toda a sociedade, sendo o principal a constituição da família legítima, conforme insculpido no art. 226, §§ 1º e 2º da Constituição Federal (CF) e no art. 1.513 do Código Civil (CC). Esses efeitos também estabelecem o vínculo de afinidade entre cada cônjuge ou companheiro e os parentes do outro, de acordo com o art. 1.595, §§ 1º e 2º do CC, além de produzir a emancipação do cônjuge menor de idade, e ainda constituir o estado de casado.

Com relação aos efeitos pessoais do casamento, estes são relativos aos direitos e deveres recíprocos entre os cônjuges e destes para com a sua prole, conforme disposto no art. 1.566 do CC, que são: fidelidade recíproca; vida em comum no domicílio conjugal; mútua assistência; sustento; guarda e educação dos filhos; respeito e consideração mútuos.

Diniz (2004, p. 125) aduz que "o dever moral e jurídico de fidelidade mútua decorre do caráter monogâmico do casamento e dos interesses superiores da sociedade, pois constitui um dos alicerces da vida conjugal e da família matrimonial".

O dever de fidelidade é um dos pilares da relação matrimonial, estando representado pela monogamia, e se quebrado configura grave violação dos deveres conjugais, seja qual for a justificativa.

O casamento tem como dever a coabitação, que se traduz na vida em comum no domicílio conjugal.

Para Rocha (2004, p. 98) "a coabitação tem dois significados. O primeiro, a convivência sexual entre marido e mulher [...]. O segundo, a vida em comum no domicílio conjugal".

No entanto, a convivência sexual entre marido e mulher não é elemento essencial, uma vez que por fatores alheios a vontade de uns dos cônjuges ou dos dois, esta coabitação física pode não vir a ocorrer.

O que não pode haver é a recusa injustificada a satisfação do débito conjugal, isto porque, acarretaria descumprimento ao dever de coabitação.

Ressalta-se que as ausências temporárias ou fundadas em interesses relevantes, como por exemplo, as decorrentes do exercício da profissão não se qualificam como quebra do dever de coabitação.

Outro dever do casamento é a mútua assistência que tem como escopo a prestação mútua de auxílio material e moral no decorrer do matrimônio.

E ainda, os deveres de respeito e consideração mútuos, os quais são a base para felicidade do casal, uma vez que "quando desaparecem esses requisitos, é evidente que periclita a união conjugal." (VENOSA, 2009, p. 147).

No tocante a tal dever, estão proibidos os maus-tratos, as humilhações, a inviolabilidade a liberdade e a intimidade do outro cônjuge, impondo, desta forma, prestações positivas, tais como sinceridade, zelo e integridade física e psíquica, entre outras.

Ainda dentro dos direitos pessoais do casamento, tem-se a igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges, conforme preceitua a Carta Magna em seu art. 226, § 5º e o Código Civil em seu art. 1.567.

Sendo assim, não se pode fazer discriminação aos direitos e deveres do marido em relação aos da mulher e vice-versa, isto porque os direitos e deveres que fazem referência a sociedade conjugal são exercidos de forma igualitária entre marido e mulher.

Enneccerus, Kipp e Wolf (apud DINIZ, 2004, p. 132) ensinam

> que entre os poderes de direção da sociedade conjugal não estão incluídos os de intervir nos assuntos particulares do cônjuge, sendo vedado a qualquer deles, por exemplo, não só impor ao outro certas leituras, vestimentas, penteados, bem como proibi-lo de visitar seus parentes, de fumar ou, ainda, abrir-lhe a correspondência. Os poderes dos cônjuges não são discricionários; a lei os prescreve e regulamenta.

Verifica-se que o marido, atualmente, não mais exerce sozinho a direção da família e a mulher não mais é considerada subalterna como insculpia o Código Civil de 1916 (CC/16).

Ressalta-se que o domicílio conjugal será escolhido por ambos os cônjuges, e caso não haja acordo concernente a esta questão, os mesmos poderão recorrer ao judiciário.

O art. 1.570 do CC disciplina que se qualquer dos cônjuges estiver em local remoto ou não sabido ou preso por mais de 180 dias, interditado judicialmente ou privado, episodicamente, de consciência, em razão de enfermidade ou de acidente, caberá ao outro, com exclusividade a direção da família, inclusive no tocante a administração dos bens.

Importante salientar que cabe aos cônjuges a manutenção da família e educação da prole, na proporção dos seus rendimentos do trabalho e de seus bens, independentemente do regime de bens. É o que preceitua o art. 1.568 do CC.

E ainda, respondem solidariamente pelas dívidas contraídas em benefício da família, conforme se depreende nos arts. 1.643 e 1.644 do CC.

Oportuno dizer que qualquer dos consortes tem a liberdade de acrescer ao seu o sobrenome do outro, isto é, o cônjuge pode optar por adotar o sobrenome do outro, como também, se preferir, pode optar por permanecer com o seu nome de solteiro, de acordo com o parágrafo único do art. 1.565 do CC.

Importante dizer que "com o matrimônio não perde a mulher sua nacionalidade, conseqüentemente não adquire a de seu marido, mas em seu beneficio, [...]. O marido também terá igual direito". (DINIZ, 2004, p.138).

No tocante aos direitos e deveres dos pais para com os filhos explica Diniz (2004, p. 140):

> Com o casamento surge a família matrimonial; conseqüentemente um dos principais efeitos do matrimônio é o *dever dos pais de sustentar, guardar e educar os filhos* (CC, art. 1.566, IV), preparando-os para a vida de acordo com suas possibilidades. Têm, portanto, o dever de assistir, criar e educar os filhos menores (CF, arts. 227 e 229; CC, arts. 1.566, IV, e 1.568; e Lei n. 8.069/90, arts. 19 e 22), responsabilizando-se pelos atos lesivos por eles praticados (CC, arts. 932, I, 933, 934 e 942, parágrafo único).

Desta forma, conclui-se que cabe aos pais, conjuntamente, zelar pelo bem estar da prole, bem como garantir a criação e a educação dos mesmos até que eles adquiram a sua independência e maioridade, sob pena de destituição do poder familiar e aplicação das penalidades previstas no Código Penal.

Cabe aqui explicitar os efeitos do casamento na esfera patrimonial, os quais dependerão do regime de bens ou do pacto antenupcial adotado pelos consortes.

Entretanto, alguns efeitos não dependem do regime de bens ou do pacto antenupcial adotado, como é o caso da administração dos bens comuns e de certos bens particulares. E, quando um dos cônjuges não puder exercer a administração dos bens que lhe incumbe, caberá ao outro consorte administrá-los, podendo inclusive alienar os bens móveis comuns, bem como os bens imóveis comuns e os móveis e imóveis do cônjuge através de autorização judicial, conforme estabelece o art. 1.651, incisos I, II e III do CC.

O Código Civil brasileiro estabelece certas restrições patrimoniais às ações dos cônjuges, tendo como intuito preservar o patrimônio familiar.

Estas restrições patrimoniais serão aplicadas independentemente do regime de bens adotado pelo casal, exceto quando se tratar do regime da separação absoluta, sendo assim, para que sejam válidas dependerão de outorga uxória ou marital, sob pena de anulabilidade, se não suprida tal autorização pelo juiz.

Desta forma, conforme preceitua o art. 1.647 do CC, dependem da autorização do outro cônjuge, exceto no regime da separação absoluta, a alienação ou gravação de ônus real a bens imóveis; litigar, como autor ou réu, em ações que versem sobre bens ou direitos imobiliários; prestar fiança ou aval; e fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns ou dos que possam integrar futura meação.

Cabe ressaltar que a autorização de um cônjuge ao outro deve ser escrita.

Além do mais, poderá o outro cônjuge negar tal autorização, devendo o outro consorte recorrer ao judiciário, para que o Juiz supra a outorga, caso comprove que a recusa não se deu por motivo justo ou que seja impossível concedê-la, conforme dispõe o art. 1.648 do CC.

Outro efeito patrimonial concernente aos cônjuges é o dever de socorro, o qual estabelece a cada consorte o dever de ajudar economicamente o outro.

Conforme determinação dos arts. 1.565, 1.568 e 1.688 do CC, são de ambos os cônjuges a responsabilidade pelos encargos da família, devendo cada um contribuir com o rendimento de seu trabalho e de seus bens, salvo determinação em contrário no pacto antenupcial.

Por fim, ainda dentro dos efeitos patrimoniais, importante esclarecer que os pais deverão sustentar os seus filhos até que estes atinjam a maioridade. Além do mais, é dever os pais a administração dos bens dos filhos menores, devendo prestar contas de sua gerência quando a prole for emancipada ou atingir a maioridade, e ainda, enquanto os filhos permanecerem sob o poder familiar, o pais terão direito ao usufruto dos bens.

3 DAS FORMAS DE DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO

Sob o amparo de uma sociedade conservadora e influenciada pela Igreja, principalmente a Católica, o casamento foi considerado por muito tempo indissolúvel, o que impossibilitava àqueles que contraiam núpcias a possibilidade de desfazer a união, que era considera eterna.

3.1 Histórico da dissolução do casamento no Brasil

No Brasil, o instituto que primeiro tratou da dissolução do casamento foi o desquite, seja ele consensual ou litigioso, que se encontrava regulamentado basicamente nos artigos 315 a 328 do CC/16.

Contudo, tal instituto admitia somente o término da sociedade conjugal, mantendo-se íntegro o vínculo, o que impossibilitava aos cônjuges contrair novas núpcias isto porque, naquela época, o vínculo conjugal, se válido, somente terminava com a morte de um dos cônjuges, conforme preceituava o art. 315:

> Art. 315. A sociedade conjugal termina:
> [...]
> III. Pelo desquite, amigável ou judicial.
> Parágrafo único. O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges, não se lhe aplicando a presunção estabelecida neste código, art. 10, segunda parte.

Nesse sentido leciona Stolze (2010, p. 39):

> Nessa 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 do preconceito e da rejeição social.

Verifica-se, portanto, que o Código Civil de 1916, considerava o casamento indissolúvel, uma vez que permitia apenas a dissolução da sociedade conjugal, mantendo-se o vínculo.

A indissolubilidade do casamento possuía também previsão constitucional, conforme se pode verificar nas Constituições Brasileiras de 1934, 1937, 1946 e 1967.

Todavia, a Emenda Constitucional (EC) nº. 09 de 28 de junho de 1977 deu nova redação ao art. 167, § 1º da Constituição Federal de 1967, e pôs termo a indissolubilidade do vínculo, nos seguintes termos: "o casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos".

De autoria do Deputado Nelson Carneiro, tal emenda enfrentou dura oposição da igreja e da classe mais conservadora.

Coelho (2006, p. 96) assim define esta fase:

> Até 1977, o Brasil era o único país do mundo a adotar, na Constituição, a regra da indissolubilidade do vínculo matrimonial. O prestígio desfrutado por esse princípio devia-se, em grande parte, à forte penetração do Catolicismo na sociedade brasileira. Naquele ano, no meio a intenso debate, aprovou-se a emenda constitucional introduzindo o divórcio.

Na esteira da Emenda Constitucional nº. 09/1977 foi editada a Lei 6.515 de 26 de dezembro de 1977, que regulamentou, em sede infraconstitucional, o divórcio, razão pela qual é conhecida como Lei do Divórcio.

Essa lei passou a regular os casos de dissolução da sociedade e do vínculo conjugal, revogando as disposições contidas no Código Civil de 1916.

Ressalta-se que para que fosse aprovada a Lei do Divórcio, necessário se fez manter o desquite previsto no Código Civil de 1916, porém com a sua nomenclatura alterada para separação, seja ela consensual ou litigiosa, mantendo-se a mesma característica: dissolução apenas da sociedade conjugal.

Contudo, a referida lei foi além, uma vez que em seu bojo autorizou a dissolução de todo o vínculo conjugal através do divórcio, isto é, colocou termo a todos os direitos e deveres recíprocos entre os cônjuges, autorizando, inclusive, novo casamento.

Sendo assim, àquelas pessoas que se encontravam separadas judicialmente (antigo desquite) por mais de três anos, poderiam requerer a qualquer tempo a sua conversão em divórcio, uma vez que esta permissiva encontrava-se amparada no art. 25 da Lei 6.515/77. Tal lei ainda autorizou o divórcio direto se as partes estivessem separadas de fato, com início anterior a 28 de junho de 1977, desde que completados cinco anos, conforme redação dada pelo art. 40.

Cumpre esclarecer que apesar da lei em comento ter previsto a possibilidade dos cônjuges se divorciarem, tal pedido só poderia ser formulado uma única vez, conforme redação do art. 38, o que mais tarde foi revogado pela Lei 7.841/89, sendo permitido o divórcio sem limitação de quantidade, ou seja, quantas vezes fossem necessárias.

A Constituição Federal de 1988, em muito contribuiu para o Direito de Família, principalmente no tocante a dissolução do casamento, uma vez que em seu art. 226, § 6º reduziu o lapso temporal da conversão da separação em divórcio de três para um ano, e, além disso, estabeleceu a possibilidade do divórcio direto, se comprovada à separação de fato por mais de dois anos:

> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado
> (...)
> § 6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

Desta forma, a CF/88

> preservou a obrigatoriedade de haver separação judicial entre o casamento e o divórcio, mas não só reduziu o prazo para um ano, como, além disso, permitiu que fosse possível passar de um ao outro sem o estágio intermediário da separação judicial. Nesse caso, bastava ao casal que comprovasse estar separado de fato há mais de dois anos. (ASSIS, 2010).

O Código Civil de 2002 não trouxe nenhum avanço significativo com relação ao tema, desperdiçando o legislador uma excelente oportunidade de extinguir a separação judicial, que não mais se justificava e nem se justifica no atual estágio da sociedade.

3.2 Divórcio e Separação pela via extrajudicial – Lei 11.441/07

A Lei 11.441 de 04 de janeiro de 2007 acrescentou o art. 1.124-A ao Código de Processo Civil e possibilitou, além de outros, a realização da separação e do divórcio, via administrativa, ou seja, pelo cartório através de escritura pública, sem que haja homologação judicial, o que representa um avanço no Direito de Família.

Pinto (apud STOLZE; GAGLIANO, 2010, p. 66) explica que “a nova legislação trouxe agilidade e economia [...], facilitando o procedimento”.

Desta forma, alguns requisitos devem ser observados para que as partes possam usufruir desse novo sistema. O primeiro deles é a presença obrigatória de advogado.

Além do mais, tanto o processo de separação quanto o de divórcio devem ser consensuais, devendo ambas as partes recusar a reconciliação.

Um ponto crucial para decretação da separação e do divórcio extrajudiciais é a ausência de filhos menores ou incapazes, uma vez que, nestes casos, é imprescindível a intervenção do Ministério Público.

Ressalta-se que a presença das partes neste procedimento é dispensável, podendo as mesmas se fazer representar por mandatário constituído, através de instrumento público com poderes especiais.

No tocante a separação, é licito as partes o restabelecimento da sociedade conjugal, mesmo que a separação tenha se dado judicialmente.

E ainda, poderá a separação ser convertida em divórcio, obedecido os requisitos legais, inclusive se tal conversão decorrer de sentença judicial.

Já com referência ao divórcio, desde que observadas às exigências previstas na lei, poderá o mesmo ser decretado.

Importante ressaltar que “se já proposta a ação judicial, os cônjuges podem a qualquer momento optar pela escritura, podendo suspender o processo por trinta dias ou desistir da via judicial [...].” (VENOSA, 2009, p. 170).

Desta forma, conclui-se que a finalidade da Lei 11.441/07 é simplificar os processos de separações e divórcios, evitando desnecessária intervenção judicial, uma vez que as partes estão em total acordo.

3.3 A separação – Antes do advento da EC 66/2010

A separação judicial é uma medida preparatória para o divórcio e tem o condão de apenas dissolver a sociedade conjugal, mantendo o vínculo matrimonial, o que impede novo casamento.

Por esta razão, necessário se faz, antes de adentrar no mérito da discussão, apresentar a diferença entre dissolução da sociedade conjugal e do vínculo conjugal, para melhor compreensão do tema.

Pereira (2004, p. 249) assim esclarece: “A extinção da sociedade conjugal não pressupõe o desfecho do vínculo matrimonial; ela põe termo às relações do casamento, mas mantém intacto o vínculo, o que impede os cônjuges de contrair novas núpcias”.

E ainda, Diniz (2004, p. 230): “Percebe-se que pode haver dissolução da sociedade conjugal sem a do vínculo matrimonial, mas todo rompimento do vínculo acarreta, obrigatoriamente, o da sociedade conjugal”.

Em outras palavras, com o processo de separação judicial apenas desaparece a sociedade conjugal, terminando os deveres de fidelidade recíproca, coabitação e o regime de bens, permanecendo o óbice de convolar novas núpcias, o que será possível apenas com a dissolução do vínculo conjugal.

De acordo com o vigente Código Civil, duas são as formas de separação judicial: Consensual e Litigiosa.

A separação consensual, também conhecida como amigável ou por mútuo consentimento ocorre quando os cônjuges decidem, de comum acordo, dar fim a sociedade conjugal.

O procedimento judicial da separação judicial está disciplinado no Código de Processo Civil (CPC), nos arts. 1.120 a 1.124-A, devendo o mesmo ser observado, sob pena de nulidade.

Oportuno citar o art. 1.574 do CC: “Dar-se-à a separação judicial por mútuo consentimento dos cônjuges se forem casados por mais de um ano e o manifestarem perante o juiz, sendo por ele devidamente homologada a conversão”, que faz concluir que o único requisito para concessão da separação judicial consensual, além do mútuo consentimento é que os separandos estejam casados por mais de um ano.

Conclui-se que nesta modalidade de separação não há a necessidade de demonstrar os motivos que levaram o casal a querer se separar, bastando apenas à duração de um ano do casamento e é claro, conforme já dito, o mútuo consentimento.

Vale ressaltar que, conforme exposto acima, a separação consensual poderá ser realizada via administrativa, desde que não haja filhos menores ou incapazes.

Já a separação judicial litigiosa ocorre quando apenas um dos cônjuges formula o pedido, imputando ao outro grave violação dos deveres conjugais ou a insuportabilidade da vida em comum, é o que dispõe o art. 1.572 do CC.

Diniz (2004, p. 268) aduz: “Permite o art. 1.572 do Código Civil a separação judicial a pedido de um dos cônjuges, mediante processo contencioso, qualquer que seja o tempo de casamento, estando presentes hipóteses legais, que tornam insuportável a vida em comum”.

A doutrina criou três espécies de separação litigiosa, quais sejam: separação sanção, separação falência e separação remédio.

A separação sanção ocorre quando há ocorrência de conduta culposa, encontrando-se prevista no art. 1.572 do CC, “qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum”.

Nessa linha de raciocínio, Diniz (2004, p. 169) afirma que a separação litigiosa como sanção “se dá quando um dos consortes imputar ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres matrimoniais e torne insuportável a vida em comum”.

Ressalta-se que o art. 1.573 do CC, dispõe alguns motivos que podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida, quais sejam: adultério, tentativa de morte, sevícia ou injúria grave, abandono do lar conjugal, condenação por crime infamante e conduta desonrosa, podendo o juiz considerar outras situações que tornem insuportável a vida em comum.

A separação falência se caracteriza quando um dos cônjuges comprova a ruptura da vida em comum há mais de um ano, conforme disciplina o art. 1.572, § 1º do Código Civil.

Diniz (2004, p. 275) explica que a separação litigiosa como falência

> […] se efetivava quando qualquer dos cônjuges provasse a ruptura da vida em comum há mais de um ano e a impossibilidade de sua reconstituição, não importando a razão de sua ruptura, sendo, ainda, irrelevante saber qual dos consortes foi culpado pela separação, legalizando tão-somente uma separação de fato.

Por fim, a separação remédio que se dá quando o outro cônjuge estiver acometido de doença mental grave, manifestada após o casamento, sendo improvável a sua cura e que possua mais de dois anos de duração (art 1.572, § 2º do CC).

Já com relação aos efeitos da separação, destaca-se como principal a dissolução da sociedade conjugal a partir do trânsito em julgado da sentença que a julgou (separação litigiosa) ou homologou (separação consensual), além do mais os efeitos da separação judicial irão incidir não apenas sobre a pessoa do cônjuge, mas também na pessoa dos filhos e em relação aos bens.

Sobre os efeitos da separação judicial em relação aos cônjuges, Diniz (2004, p. 282-283) explicita os principais efeitos:

> 1) Pôr termo aos deveres recíprocos do casamento, coabitação, fidelidade e assistência imaterial (CC, art. 1.576), separando, materialmente, os consortes que, em conseqüência, deixam de residir na mesma casa (CC, art. 1.575, 1ª parte), readquirindo os ex-cônjuges o direito de fixarem sozinhos seu domicílio;
> 2) Impedir o cônjuge de continuar a usar o nome do outro, se declarado culpado pela separação litigiosa [...], caso em que voltará a usar o sobrenome de solteiro, desde que isso seja expressamente requerido pelo vencedor e não se configurem os casos do art. 1.578, I a III, do Código Civil [...];
> 3) Impossibilitar a realização de novas núpcias, pois a separação judicial é relativa, já que não dissolve o vínculo. Há impedimento matrimonial, uma vez que o separado não pode casar, por ser pessoa já casada (CC, art. 1.521, VI);
> 4) Autorizar a conversão em divórcio, cumprido um ano do trânsito em julgado da sentença que decretou a separação judicial [...], ou da decisão concessiva da medida cautelar da separação de corpos [...];
> 5) Proibir que a sentença que decretar ou homologar a separação judicial de empresário e o ato de reconciliação sejam opostos a terceiros, antes arquivados e averbados no Registro Público de Empresas Mercantis (CC, art. 980).

A separação judicial também produz efeitos com relação aos filhos, principalmente no tocante a guarda destes, a qual será disciplinada livremente se for o caso de separação consensual, ou em se tratando de separação litigiosa, será conferida àquele que apresentar melhores condições de exercê-la. Além do mais, é perfeitamente aceitável que a guarda seja compartilhada. Ainda com relação à guarda dos filhos, será assegurado ao genitor que não possua esta, o direito a visitas.

Outro efeito da separação judicial perante os filhos é o dever dos genitores de garantir aos filhos menores e aos maiores inválidos o sustento, mediante o pagamento de pensão alimentícia.

No tocante aos efeitos com relação aos bens, tem-se como principal a extinção do regime de bens estabelecido pelos cônjuges, acarretando a liquidação e partilha do patrimônio comum, devendo ser observado o regime de bens adotado pelo casal.

3.4 O divórcio – Antes do advento da EC 66/2010

Nas palavras de Lisboa (2004, p. 181), “divórcio é a completa ruptura da sociedade conjugal e do vínculo matrimonial, que torna o divorciado livre para a celebração de novo casamento civil”.

São duas as modalidades de divórcio existentes no ordenamento jurídico pátrio: divórcio direto, que independe de prévia separação judicial e o divórcio indireto, também conhecido por divórcio por conversão, o qual é realizado após prévia separação judicial, ressaltando que ambas as modalidades de divórcio admitem a forma consensual ou litigiosa, conforme for o caso.

O divórcio na modalidade direta é aquele que não depende de prévia separação judicial, bastando para a sua decretação à comprovação da separação de fato por mais de dois anos. É o que dispõe o art. 1.580, § 2º do CC:

> 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 a sua conversão em divórcio.
> [...]
> § 2º O divórcio poderá ser requerido, por um ou por ambos os cônjuges, no caso de comprovada separação de fato por mais de dois anos.

Sendo assim, verifica-se que o divórcio direto pressupõe a existência de prévia separação de fato e que esta separação tenha duração superior a dois anos, não importando a causa.

Oportuno salientar que o prazo de dois anos deve ser contínuo, isto é, sem interrupções, uma vez que a cada interrupção o prazo começará a fluir novamente. Ressaltando-se que neste prazo de dois anos o casal se limitou a encontros esporádicos os quais não caracterizam reatamento, não há que se falar em interrupção do prazo.

O divórcio indireto ou por conversão poderá ser requerido por qualquer dos consortes se houver decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que decretou ou homologou a separação judicial (art. 1.580 do Código Civil), não havendo espaço para discussão da culpa.

Em sua forma consensual, basta que haja acordo de vontade entre os nubentes e que tenha decorrido o lapso temporal exigido, qual seja, um ano; e em sua forma litigiosa o único requisito a ser preenchido é a decorrência do período de um ano.

Os efeitos do divórcio, nas palavras de Diniz (2004, p. 308-312), são:

> 1) Dissolve definitivamente o vínculo matrimonial civil e faz cessar os efeitos civis do casamento religioso que estiver obviamente transcrito no Registro Público (Lei. 6.515/77, art. 24; CC, art. 1.571, § 1º);
> 2) Põe fim aos deveres recíprocos dos cônjuges;
> 3) Extingue o regime patrimonial de bens, procedendo à partilha conforme o regime [...];

> 4) Faz cessar o direito sucessório dos cônjuges, que deixam de ser herdeiros um do outro, em concorrência ou na falta de descendente e ascendente;
> 5) Possibilita novo casamento aos que se divorciam [...], observando-se o disposto no art. 1.523, III e parágrafo único, do Código Civil;
> 6) Não admite reconciliação entre os cônjuges divorciados, de modo que se quiserem restabelecer a união conjugal só poderão fazê-lo mediante novo casamento (Lei n. 6.515/77, art. 33);
> 7) Possibilita pedido de divórcio sem limitação numérica [...];
> 8) Põe termo ao regime de separação de fato se tratar de divórcio direto;
> 9) Substitui a separação judicial pelo divórcio, se indireto, alterando o estado civil das partes que de separadas passam a ser divorciadas;
> 10) Permite que os ex-cônjuges, embora divorciados, possam adotar conjuntamente criança, contanto que concordem sobre guarda e regime de visitas, desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância da sociedade conjugal (CC, art. 1.622, parágrafo único) [...];
> 11) Mantém o dever de assistência por parte do cônjuge que teve a iniciativa da ação do divórcio por ruptura da vida em comum por mais de um ano e por grave doença mental [...];
> 12) Subsiste a obrigação alimentícia para atender às necessidades de subsistência do ex-consorte [...];
> 13) Não faz perder o direito ao uso do nome do cônjuge, salvo se, no divórcio indireto, o contrário estiver disposto em sentença de separação judicial [...];
> 14) Outorga ao ex-cônjuge o direito a um terço do FGTS, na hipótese do outro ser demitido ou aposentar-se, se assegurado em sentença do divórcio [...].

Ademais, o art. 1.579 do CC esclarece que o divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos, acrescentando em seu parágrafo único que o novo casamento de qualquer dos pais, ou de ambos, não poderá importar restrições aos direitos e deveres em relação aos filhos.

E ainda, o art. 1.581 do CC dispõe que o divórcio poderá ser concedido sem que haja prévia partilha de bens.

Por fim, cabe salientar que ao ser decretado ou homologado por sentença a separação judicial ou o divórcio, ambos devem ser levados ao Registro Público competente para as devidas anotações, para que produzam os efeitos legais.

4 O NOVO DIVÓRCIO NO BRASIL

4.1 Um pouco da história da Emenda Constitucional nº 66 de 13 de julho de 2010

A Emenda Constitucional nº. 66, promulgada em 13 de julho de 2010, deu nova redação ao art. 226, § 6º da CF e suprimiu o requisito da prévia separação judicial por mais de um ano ou a exigência da separação de fato por mais de dois anos para a decretação do divórcio. Sendo assim, é cabível que um casal contraia matrimônio em um dia e se divorcie no dia seguinte (ou até mesmo nas horas seguintes).

Nesse sentido, Stolze e Gagliano (2010, p. 60) aduzem que "o divórcio passa a caracterizar-se, portanto, como um simples direito potestativo a ser exercido por qualquer dos cônjuges, independentemente da fluência de prazo de separação [...]".

Verifica-se que tal Emenda causou uma enorme revolução no direito brasileiro, mais especificamente no Direito de Família, ao extinguir o instituto da separação do ordenamento jurídico brasileiro, extinção esta que vem suscitando uma série de debates jurídicos.

A Emenda nº 66 / 2010 "resultou da iniciativa de juristas do Instituto Brasileiro de Família (IBDFAM), abraçada pelo Deputado Antônio Carlos Biscaia (PEC 413/2005) e reapresentada posteriormente pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiros (PEC 33/2007)". (STOLZE; GAGLIANO, 2010, p. 49).

As Propostas de Emenda Constitucional (PEC) possuíam a seguinte redação, no seu texto original: "Art. 226 [...] § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio consensual ou litigioso, na forma da lei. (NR)"

Stolze e Gagliano (2010, p. 50-51), em sua obra, citam as justificativas apresentadas por ambos os Deputados quando da apresentação das PEC's, para melhor compreensão do tema:

> A presente Proposta de Emenda Constitucional nos foi sugerida pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família, entidade que congrega magistrados, advogados, promotores de justiça, psicólogos, psicanalistas, sociólogos e outros profissionais que atuam no âmbito das relações de família e na resolução de seus conflitos.
> Não mais se justifica a sobrevivência da separação judicial, em que se converteu o antigo desquite. Criou-se, desde 1977, com o advento da legislação do divórcio, uma duplicidade artificial entre dissolução da sociedade conjugal e dissolução do casamento, como solução de compromisso entre divorcistas e antidivorcistas, o que não mais se sustenta.
> Impõe-se a unificação no divórcio de todas as hipóteses de separação dos cônjuges, sejam litigiosos ou consensuais. A Submissão a dois processos judiciais (separação

judicial e divórcio por conversão) resulta em acréscimos de despesas para o casal, além de prolongar sofrimentos evitáveis.
Por outro lado, essa providência salutar, de acordo com valores da sociedade brasileira atual, evitará que a intimidade e a vida privada dos cônjuges e de suas famílias sejam revelados e trazidos ao espaço público dos tribunais, como todo o caudal de constrangimentos que provocam, contribuindo para o agravamento de suas crises e dificultando o entendimento necessário para a melhor solução dos problemas decorrentes da separação.
Levantamentos feitos das separações judiciais demonstram que a grande maioria dos processos são iniciados ou concluídos amigavelmente, sendo insignificantes os que resultaram em julgamentos de causas culposas imputáveis ao cônjuge vencido. Por outro lado, a preferência dos casais é nitidamente para o divórcio que apenas prevê a causa objetiva da separação de fato, sem imiscuir-se nos dramas íntimos; Afinal, qual o interesse público relevante em se investigar a causa do desaparecimento do afeto ou do desamor?
O que importa é que a lei regule os efeitos jurídicos da separação, quando o casal não se entender amigavelmente, máxime em relação à guarda dos filhos, aos alimentos e ao patrimônio familiar. Para tal, não é necessário que haja dois processos judiciais, bastando o divórcio amigável ou judicial (PEC 413/2005, Deputado Antônio Carlos Biscaia).

Ainda sobre a justificativa da proposta apresentada:

A presente Proposta de Emenda Constitucional é uma antiga reivindicação não só da sociedade brasileira, assim como o Instituto Brasileiro de Direito de Família, entidade que congrega magistrados, advogados, promotores de justiça, psicólogos, psicanalistas, sociólogos e outros profissionais que atuam no âmbito das relações de família e na resolução de seus conflitos, e também defendida pelo Nobre Deputado Federal Antonio Carlos Biscaia (Rio de Janeiro).
Não mais se justifica a sobrevivência da separação judicial, em que se converteu o antigo desquite. Criou-se, desde 1977, com o advento da legislação do divórcio, uma duplicidade artificial entre dissolução da sociedade conjugal e dissolução do casamento, como solução de compromisso entre divorcistas e antidivorcistas, o que não mais se sustenta.
Impõe-se a unificação no divórcio de todas as hipóteses de separação dos cônjuges, sejam litigiosos ou consensuais. A Submissão a dois processos judiciais (separação judicial e divórcio por conversão) resulta em acréscimos de despesas para o casal, além de prolongar sofrimentos evitáveis.
Por outro lado, essa providência salutar, de acordo com valores da sociedade brasileira atual, evitará que a intimidade e a vida privada dos cônjuges e de suas famílias sejam revelados e trazidos ao espaço público dos tribunais, como todo o caudal de constrangimentos que provocam, contribuindo para o agravamento de suas crises e dificultando o entendimento necessário para a melhor solução dos problemas decorrentes da separação.
Levantamentos feitos das separações judiciais demonstram que a grande maioria dos processos são iniciados ou concluídos amigavelmente, sendo insignificantes os que resultaram em julgamentos de causas culposas imputáveis ao cônjuge vencido. Por outro lado, a referência dos casais é nitidamente para o divórcio que apenas prevê a causa objetiva da separação de fato, sem imiscuir-se nos dramas íntimos; Afinal, qual o interesse público relevante em se investigar a causa do desaparecimento do afeto ou do desamor?
O que importa é que a lei regule os efeitos jurídicos da separação, quando o casal não se entender amigavelmente, máxime em relação à guarda dos filhos, aos alimentos e ao patrimônio familiar. Para tal, não é necessário que haja dois processos judiciais, bastando o divórcio amigável ou judicial (PEC 33/2007, Deputado Sérgio Barradas Carneiro).

Verifica-se que por tratarem do mesmo assunto, ambas as propostas tramitaram conjuntamente.

Já no Senado Federal, receberam o número 28/2009, e tiveram a expressão "na forma da lei", constante no texto original da proposta, eliminada, para que assim não houvesse qualquer regulamentação por meio de lei ordinária, passando a apresentar a seguinte redação: "o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio".

Esta supressão foi amplamente recebida pela doutrina:

> aprovar uma Emenda simplificadora do divórcio com o adendo 'na forma da lei' poderia resultar em um indevido espaço de liberdade normativa infraconstitucional, permitindo interpretações equivocadas e retrógradas, justamente o que a Emenda quer impedir". (STOLZE; GAGLIANO, 2010, p. 54).

Sendo assim, pode-se concluir que o divórcio, a partir da EC 66/2010 poderá ser pleiteado sem a necessidade do implemento de prazos, uma vez que os mesmos, conforme redação no novo texto constitucional, foram suprimidos.

Sobre o tema, Dias (2010, p. 77) salienta que:

> Após a Emenda Constitucional 66/10, o divórcio pode ser requerido a qualquer tempo. No mesmo dia ou no dia seguinte ao casamento. Acabou o desarrazoado prazo de espera, pois nada justifica impor que as pessoas fiquem dentro de uma relação quando já rompido o vínculo afetivo.

E continua: "Agora o único modo de dissolver o casamento é por meio do divórcio, quer de forma consensual [...], quer por meio de ação litigiosa."

4.2 Extinção do instituto da separação judicial

Como se sabe, a separação judicial é medida que dissolve apenas a sociedade conjugal, isto é, põe fim apenas a determinados deveres, tais como o de fidelidade recíproca e coabitação, bem como ao regime de bens, permanecendo, contudo o vínculo conjugal, vínculo este que impede os separados de contrair novas núpcias.

Pois bem. Com a promulgação da Emenda Constitucional nº. 66/2010 a separação judicial foi banida, sendo tal pedido (de separação) juridicamente impossível. Isto porque, "não podem seguir tramitando demandas que buscam uma resposta não mais contemplada no ordenamento jurídico", afirma Dias (2010, p. 105). Além do mais, a EC 66/2010 veio para acabar com a dicotomia: dissolução da sociedade (separação) e do vínculo (divórcio) conjugal, permanecendo apenas este último.

Dias (2010, p.105), sendo categórica afirma que a EC 66/10 "entrou em vigor imediatamente, pondo fim a todas as demandas de separação judicial [...] tramitando em juízo ou requeridas extrajudicialmente".

"Finalmente acabou a inútil, desgastante e onerosa separação judicial" (DIAS, 2010, p. 14).

Cabe ressaltar que, conforme já mencionado, a extinção do instituto da separação vem causando grandes debates, porém a corrente majoritária vem sustentando que a separação judicial foi extinta do ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, Dias (2010, p. 27) afirma que "como o tema é novo, a maioria dos textos são os publicados em jornais ou estão disponíveis na internet. Mas a grande maioria de quem escreveu sobre a novidade sustenta que acabou a separação judicial".

Stolze e Gagliano (2010, p. 56) aduzem que "a partir da promulgação da Emenda, desapareceu de nosso sistema o instituto da separação judicial, e toda legislação que o regulava, por conseqüência, sucumbiu, sem eficácia, por conta de uma não recepção".

Na mesma linha de pensamento, Dias (2010, p. 25): "atualmente o sistema jurídico conta com uma única forma de dissolução do casamento: o divórcio. O instituto da separação judicial simplesmente desapareceu".

Oportuno esclarecer que a maioria dos autores que sustentam a permanência do instituto da separação, seja ela judicial ou extrajudicial, se embasam no fato de que a Emenda Constitucional precisa ter regulamentação em sede infraconstitucional.

Todavia, "bom não esquecer que a Constituição Federal ocupa o ápice do ordenamento jurídico. Assim, a alteração superveniente de seu texto enseja a automática revogação da legislação infraconstitucional incompatível". (DIAS, 2010, p. 30).

Além do mais, como no bojo do texto constitucional foi mantida a palavra "pode", há autores que sustentam que a separação ainda persiste, não sendo extinta, podendo as partes optarem por este caminho (da separação). "A conclusão é para lá de absurda". (DIAS, 2010, p. 30).

Conclui-se, portanto, que a separação judicial não mais existe no direito brasileiro, isto porque, "pensar e sentido contrário seria prestigiar a legislação infraconstitucional, em detrimento da nova visão constitucional, [...]." (SLTOZE; GAGLIANO, 2010, p. 59).

Stolze e Gagliano (2010, p. 56) analisam a extinção do instituto da separação judicial sob três primas:

> Sob o prisma **jurídico**, com o divórcio, não apenas a sociedade conjugal é desfeita, mas também o próprio vínculo matrimonial, permitindo-se novo casamento; sob o viés **psicológico**, evita-se a duplicidade de processos – e o *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, já que, com isso, evitam-se gastos judiciais desnecessários por conta da duplicidade de procedimentos.

Com relação aos processos de separação judicial em curso, em que não tenha havido prolação de sentença, deverá o juiz oportunizar aos interessados, no caso de separação judicial consensual, ou à parte autora, no caso de separação judicial litigiosa, mediante a concessão de prazo, a adaptação ao disposto no §6º do art. 226 da Constituição Federal, e no caso de recusa ou inércia, o feito será extinto sem resolução do mérito, conforme entendimento de Stolze e Gagliano (2010, p.140).

Entendimento diverso é o de Dias (2010, p.133)

> o jeito menos burocrático é intimar as partes para que manifestem expressamente a discordância com a decretação do divórcio, com a alerta de que, se ficarem em silêncio, isso significará que concordam com o decreto do divórcio. Assim, quem concorda não precisa sequer se manifestar.

Percebe-se, que em ambos os entendimentos, não há como prosseguir com a ação de separação, seja ela consensual ou litigiosa, devendo o procedimento se adequar ao novo texto constitucional.

No caso das pessoas já separadas judicialmente, estas deverão enfrentar novo processo judicial, uma vez que apesar da Emenda Constitucional nº. 66 / 2010 ter banido a separação, não se pode, automaticamente, considerá-las divorciadas.

Stolze e Gagliano (2010, p. 139) explicam que entender o contrário, geraria grave insegurança jurídica, o que não é permitido, uma vez que não se pode "modificar uma situação jurídica consolidada segundo as normas vigentes à época da sua constituição, sem que tivesse havido manifestação de qualquer das partes envolvidas".

Importante salientar que a comissão de senadores que analisa o projeto de reforma do CPC, cogita a possibilidade de retirar do novo texto os dispositivos concernentes a separação, para que o novo código se adéqüe a EC 66/2010, estabelecendo o mesmo para o Código Civil.

"O relator-geral da PLS 166/10, senador Valter Pereira (PMDB-MS), está preocupado em adequar os dois códigos à EC 66, informou o seu assessor [...]. Segundo ele, o Ministério da Justiça já sugeriu essa reformulação."[1]

Dias (2010, p. 119), dispõe duas alternativas possíveis aqueles que não quiserem optar pelo divórcio, preferindo seguir a antiga forma paulatina de rompimento do matrimônio, "tanto a mera separação de fato como a separação de corpos têm os mesmos efeitos da antiga separação judicial. Ambas rompem a sociedade conjugal, fazendo cessar os deveres de coabitação e fidelidade recíproca, bem como acabam o regime de bens, ensejando incomunicabilidade patrimonial".

A separação de fato e a separação de corpos são medidas que não se confundem, isto porque a primeira se constitui pela cessação da vida em comum, enquanto a segunda recebe a chancela estatal.

"Assim, quando o casal tiver dúvidas sobre se deseja se divorciar ou não, a separação de fato ou de corpos produz todos os efeitos da extinta separação judicial". (DIAS, 2010, p. 120).

4.3 Aspectos processuais do novo divórcio

O art. 100, I do Código de Processo Civil determina que o foro competente para ação de separação ou da conversão desta em divórcio é o do domicílio da mulher, dispondo, portanto, a mulher de foro privilegiado.

Contudo, "com o justo avanço dos direitos da mulher em nosso país, na perspectiva constitucional da isonomia, preceito normativo que pretenda a fixação de foro apenas levando em conta o sexo de uma das partes é anacrônico, injusto, senão surreal", defendem Stolze e Gagliano (2010, p. 132).

Verifica-se que o que deve caracterizar a fixação do domicílio é a hipossuficiência e não a condição sexual.

---

[1] Agência Senado. Disponível em <http://www.senado.gov.br/noticias/verNoticia.aspx?codNoticia=104999&codAplicativo=2&parametros=cpc>. Acesso em: 29/10/2010.

Desta forma, não há que se falar em foro privilegiado da mulher, havendo "[...] de se observar a regra geral de foro de domicílio do réu (art. 94 do CPC) [...]." (STOLZE; GAGLIANO, 2010, p. 132).

Oportuno salientar que a incompetência em razão do foro não pode ser reconhecida de ofício pelo juiz, por se tratar de competência relativa. Assim, caberá a parte interessada se manifestar.

No tocante a legitimidade, o art. 1.582 do CC determina que o pedido de divórcio somente competirá aos cônjuges. Essa determinação se dá em virtude do caráter personalíssimo da ação de divórcio.

No parágrafo único do mesmo dispositivo, é autorizado ao curador, ao ascendente e ao irmão tal legitimidade, desde que o cônjuge seja considerado incapaz.

Muito discutida é a legitimidade do Ministério Público, defendendo Dias (2010, p. 79) que é perfeitamente aceitável, isto porque "ainda que não tenha sido lembrada pelo legislador civil, sua legitimidade é assegurada na lei processual (CPC 82 I e II)".

Flávio Tartuce e José Fernando Simão (apud STOLZE; GAGLIANO, 2010, p. 135), explicam muito bem o tema:

> Assim como a ação de separação judicial, a ação de divórcio é personalíssima, pois o seu pedido somente cabe aos cônjuges (art. 1.582 do CC). Mas no caso de incapacidade do cônjuge para propor a ação (exemplo: cônjuge interditado), a lei prevê a legitimidade do curador do ascendente ou do irmão. Discute-se a legitimidade do MP em casos tais, já que a lei não prevê nesse dispositivo especial. Visando afastar essa dúvida, o PL 6.960/2002 pretende introduzir a legitimidade do Ministério Público.

Em relação aos documentos e provas com a simplificação do procedimento, isto é, com a não mais exigência de prazos para concessão do divórcio, o único documento a ser juntado é a Certidão de Casamento.

Por óbvio, caso as partes pretendam realizar a partilha e resolver assuntos relacionados aos filhos, deverão juntar os documentos comprobatórios do patrimônio comum e a Certidão de Nascimento, respectivamente.

Além do mais, afirma Dias (2010, p. 77), que é

> indispensável que na ação de divórcio – seja consensual, seja litigiosa – reste decidida a guarda dos filhos menores ou incapazes, o valor dos alimentos e o regime de visitas, por aplicação analógica ao que é determinado quanto a separação (CPC, 1.121). Mesmo não existindo a separação, o procedimento persiste para o divórcio.

"Tudo isso, obviamente, sem deixar de levar em consideração os requisitos do art. 282 do vigente Código de Processo Civil." (STOLZE; GAGLIANO, 2010, p. 136).

Conforme disciplina o art. 1.581 do CC, o divórcio poderá ser concedido sem que haja prévia partilha de bens.

Contudo, enquanto não houver a partilha de bens entre os divorciados, e um deles ou ambos resolvam se casar, o regime obrigatório a ser adotado é o regime da separação total de bens, uma vez que a não realização da partilha constitui suspensão para o casamento, conforme se depreende nos arts. 1.523, III e 1.641 do CC.

Sobre a reconciliação do casal após o ajuizamento da ação de divórcio, será perfeitamente cabível, se a sentença não tiver sido prolatada, mediante a desistência do pedido, que acarretará a extinção do processo sem resolução do mérito.

Entretanto, Stolze e Gagliano (2010, p. 138) explicam que:

> se as partes reconciliarem após o trânsito em julgado, ou seja, após o reconhecimento jurídico definitivo do divórcio, nada mais poderá ser feito senão contrair novas núpcias com o mesmo cônjuge, não havendo limites, como dito, para o ato de casar com a mesma pessoa (desde que atendidas as regras de validade do matrimônio).

No tocante ao rito processual, o divórcio atenderá as regras do procedimento de jurisdição voluntária, conforme arts. 1.103 e seguintes do CPC, se consensual. Caso o divórcio seja litigioso, obedecerá as regras do procedimento ordinário, previstas nos arts. 282 e seguintes do CPC.

4.4 Dos efeitos do divórcio após EC 66/201010

Com relação ao uso do nome a partir da EC 66/2010, Dias (2010, p. 133) defende que "com o fim da separação também acabou a odiosa prerrogativa de o titular do nome impor que o cônjuge que o adotou seja condenado a abandoná-lo. Não mais continuam em vigor os artigos 1571,§ 2º e 1.578 do Código Civil", isto porque não há mais espaço para se discutir a culpa.

Já Stolze e Gagliano (2010, p. 110) adotam um posicionamento diferenciado do citado, ao afirmar que o uso do nome só não será perdido caso as partes convencionarem, isto

porque no caso de divórcio litigioso a regra será no sentido de que haverá a perda, salvo se alguma das hipóteses do art.1.578 se configurar.

Deste modo, por ser um tema novo, a jurisprudência irá tratar de disciplinar tal assunto no decorrer dos anos.

Concernente a guarda dos filhos, "há de se levar em conta o interesse existencial da prole, e não a suposta responsabilidade daquele que teria dado causa ao fim do casamento." (STOLZE; GAGLIANO, 2010, p. 103).

Desta forma, a guarda dos filhos será concedida ao cônjuge que apresentar melhores condições exercê-la.

Sobre o efeito gerado sobre a prestação alimentícia diz Stolze e Gagliano (2010, p. 111), "se não existe fundamento para discussão da culpa em sede de separação e divórcio, as regras do Código Civil atinentes ao pagamento de pensão alimentícia, que levem em conta esse elemento subjetivo, deverão sofrer o impacto da emenda".

E prosseguem, afirmando que "com o fim da aferição da culpa na seara do descasamento, a fixação dos alimentos devidos será feita com amparo na necessidade ou vulnerabilidade do credor, na justa medida das condições econômicas do devedor".

Constata-se que mesmo anteriormente ao advento da EC 66/2010, os alimentos já eram fixados com base no binômio possibilidade/necessidade, não estando embasados na constatação ou não da culpa.

Um aspecto importante a ser citado é a questão da tipologia do divórcio, após a edição da Emenda, único meio de se dissolver o casamento. Isto porque, "não remanescem, [...] as expressões 'divórcio direto' e 'divórcio indireto', uma vez que todo divórcio passou a ser direto, com a extinta separação [...]". (STOLZE; GAGLIANO, 2010, p. 64).

Além do mais, "até a utilização da expressão 'divórcio direto', [...], soa redundante, por não mais remanescer a tipologia do antigo divórcio indireto", explicam Stolze e Gagliano (2010, p. 64).

Sendo assim, o ordenamento jurídico, passou a contar apenas com o divórcio, seja ele consensual ou litigioso, podendo ainda, ser judicial ou extrajudicial, conforme for o caso.

É de bom alvitre explicitar que com o desaparecimento do instituto da separação, acabou-se também a possibilidade de sua conversão em divórcio, cabendo somente a decretação do divórcio.

"Encontrando-se em andamento o procedimento de conversão da separação em divórcio, em vez da extinção de plano do processo, cabe ao juiz, simplesmente decretar o divórcio", explica Dias (2010, p. 134).

4.5 Divórcio extrajudicial

"De fato, extinta a figura da 'separação' (em qualquer modalidade, seja litigiosa ou consensual), não há falar mais, também, em separação extrajudicial", explicitam Stolze e Gagliano (2010, p. 69).

Sendo assim, a Lei 11.441/07 agora apenas trata, com referência a dissolução do casamento, sobre o divórcio.

Deve-se observar que, "estando em andamento o procedimento extrajudicial da separação, cabe ao notário certificar as partes da impossibilidade de ser lavrada a escritura". (DIAS, 2010, p. 132).

Caso não haja concordância dos cônjuges no tocante ao divórcio, "não pode o tabelião elaborar a escritura de separação. O ato é nulo", explica Dias (2010, p. 132).

Além do mais, conforme já citado, como não mais existe a separação, não há que se falar em sua conversão em divórcio, razão pela qual "em vez de ser lavrada escritura de conversão, impositivo que o ato notarial seja de divórcio", elucida Dias (2010, p. 134).

Importante destacar que a EC 66/2010 em nada alterou as questões de natureza procedimental, devendo, portanto, serem observadas as mesmas regras.

5 CONCLUSÃO

Conclui-se, portanto, que com o advento da Emenda Constitucional nº. 66 de 13 de julho de 2010, que alterou o art. 226, § 6º da CF e instituiu o divórcio como única forma da dissolução do casamento civil, isto é, unificou os dois processos – separação (extra) judicial e divórcio, que as partes terão menos desgastes emocionais, bem como terão os custos com os tramites reduzidos, além de alcançar a finalidade pretendida de forma mais célere e justa.

Sendo assim, não há mais que se falar na dicotomia: dissolução da sociedade e do vínculo conjugal, permanecendo apenas esta última, isto porque, conforme explanado, o divórcio é a única forma de dissolução do casamento, uma vez que o instituto da separação foi excluído do nosso direito.

A separação (extra) judicial não acompanhava a realidade da sociedade brasileira, sendo inoportuno estabelecer duas vias para dar término a um relacionamento.

Verifica-se, portanto, que as inovações trazidas foram significativas para o ordenamento jurídico brasileiro e que só agora, após mais de 30 anos, o estado laico chegou ao casamento, trazendo a liberdade de constituir e desconstituir o casamento.

Finalmente, por se tratar de um tema recente, no decorrer do tempo, a doutrina e a jurisprudência irão tratar de solucionar impasses que eventualmente forem gerados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Agência Senado. Disponível em <http://www.senado.gov.br/noticias/verNoticia.aspx?codNoticia=104999&codAplicativo=2&parametros=cpc>. Acesso em: 29/10/2010.

ASSIS, Arnoldo Camanho de. **EC nº 66/10: A Emenda Constitucional do casamento**. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=644>. Acesso em 20/10/2010.

BRASIL. **Vade Mecum**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2006. v.5.

DIAS, Maria Berenice. **Divórcio Já!** Comentários à emenda constitucional 66 de 13 de julho de 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro:** direito de família. 19. ed. rev., aum. e atual. de acordo com o novo código civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002) e Projeto de Lei n. 6.690/2002. São Paulo: Saraiva, 2004. v.5.

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

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** direito de família. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. v.6.

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

NADER, Paulo. Curso de direito civil: direito de família. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v.5.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil:** direito de família. 14. ed. rev. e atual. por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v.5.

ROCHA, Sílvio Luiz Ferreira. **Introdução ao direito de família.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** direito de família. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. v.6.