



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS - UNIPAC
BACHARELADO EM DIREITO

AMANDA APARECIDA FERREIRA DOS SANTOS

A NOVA LEI DO DIVÓRCIO

Juiz de Fora

2011

AMANDA APARECIDA FERREIRA DOS SANTOS

A NOVA LEI DO DIVÓRCIO

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

Orientadora: Prof^a. Me. Joseane Pepino de Oliveira.

Juiz de Fora

2011

FOLHA DE APROVAÇÃO

AMANDA APARECIDA FERREIRA DOS SANTOS

A NOVA LEI DO DIVÓRCIO

Monografia de Conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos, como exigência para obtenção do título de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Joseane Pepino de Oliveira
Orientadora

Professor (a) Convidado 1

Professor (a) Convidado 2

Aprovado em: ___/___/___.

As Tias do Jardim de Infância
Aos Professores do Colégio
Aos Mestres e Doutores da Faculdade

Porque educação é tudo.

AGRADECIMENTOS

À minha mãe, Maria Lucia, fonte de amor e sabedoria. Eterno exemplo de força e justiça.

À toda minha família por andarmos juntos.

À minha querida Mestra e Professora Joseane Pepino, pela dedicação e paciência com que me orientou neste trabalho, pelo exemplo de profissionalismo e pela excelência nas matérias lecionadas.

“Honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere”.

Eneo Domitius Ulpianus

RESUMO

O divórcio foi aceito de forma gradativa pela sociedade, bem como pelo sistema jurídico brasileiro, inicialmente, pela manutenção da separação judicial, instituto que, em que pese suas particularidades, não extingue de fato o matrimônio. Desta forma e frente às alterações implementadas pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002, bem como, pela nova realidade da sociedade brasileira, nota-se uma crescente importância atribuída ao instituto do divórcio e, de conseqüência, a desnecessidade da separação judicial. Neste sentido, a desnecessidade de submissão as partes a dois processos judiciais, causando mais gastos, desgaste emocional e aumento das demandas judiciais, já que atualmente, com a EC 66/2010, existe a possibilidade de dissolução do matrimônio diretamente através do divórcio.

PALAVRAS-CHAVE: divórcio; casamento; EC 66/10.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2- O INÍCIO: CASAMENTO	9
2.1. Breve histórico do casamento	9
2.2. Conceito, natureza jurídica e efeitos.....	10
3- FORMAS DE DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO.....	14
3.1. Considerações Iniciais	14
3.2. A Separação judicial e o divórcio antes da EC 66/2010.....	16
4. A NOVA LEI DO DIVÓRCIO	19
4.1. A Emenda Constitucional nº 66/2010.....	19
4.2- Aspectos processuais	26
4.3. Efeitos do divórcio.....	29
CONCLUSÃO.....	32
BIBLIOGRAFIA	34

1 INTRODUÇÃO

A Emenda Constitucional 66/2010 elaborada pelo poder constituinte traz, em poucas palavras, a seguinte redação: “*O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio*”. A implementação desta, aparentemente, sutil alteração textual, promoveu, no ordenamento jurídico pátrio, discussões com consequências impactantes, que consagrariam o fim do sistema dualista (revogação do instituto da separação), bem como dos prazos exigidos pela Lei Civil para a dissolução do vínculo matrimonial.

Ocorre que esta nova realidade tem gerado grande divergência doutrinária, provocando profunda reflexão acerca do assunto ao exigir uma aplicação hermenêutica da constituição, tendo em vista que o divórcio, agora mais do que nunca, passa a ser o simples exercício de um direito potestativo, sem requisitos temporais ou de fundamentação vinculada.

Neste contexto, diante do aparente silêncio invocado pela nova norma Constitucional, inevitável seria o surgimento de uma série de correntes doutrinárias dispostas a enfrentar o árduo desafio de interpretá-la, tendo em vista, além de tudo, a premente necessidade de sua imediata aplicação prática nos Tribunais, Cartórios e Varas de Família

O objetivo deste é buscar a devida interpretação da nova Emenda Constitucional diante do seu impacto sobre o sistema dissolutório do casamento, vale dizer, verificar se a separação judicial deixa de existir, se ainda há prazo para o divórcio, os efeitos, e ainda, qual o posicionamento jurídico em relação àqueles que se encontram separados.

Para tanto, importante se faz estudar, inicialmente, o instituto do casamento, abordando sua concepção histórica, seu efeitos, sua natureza jurídica, bem como o seu conceito. Após, passa-se a examinar as formas de dissolução do casamento, estudando a figura do desquite, a separação judicial e o divórcio, a fim de se observar o contexto social e a evolução sofrida por esses institutos. Por fim, no ultimo capítulo, apresenta-se a Emenda Constitucional 66/2010, questionando a sua interpretação, a aplicabilidade, os efeitos gerados com a sua promulgação, bem como seus aspectos processuais.

2- O INÍCIO: CASAMENTO

2.1. Breve histórico do casamento

O instituto do casamento, originariamente, no que tange sua concepção jurídica, surgiu no Império Romano. Com a queda do Império e o surgimento do Cristianismo, a Igreja, passou a exercer, por muito tempo, grande influência no matrimônio, que passou a ser considerado como indissolúvel.

No Brasil Império, apenas se conhecia o casamento religioso, no caso, o casamento Católico, vez que era o Catolicismo a religião oficial do Estado. Com o crescimento populacional dado, principalmente, pela crescente imigração, o casamento foi tomando formas e se adaptando para que melhor se adequasse as necessidades e a realidade social daquela época, passando a admitir os casamentos religiosos não católicos.

Com a proclamação da República em 1889, foi instaurada a separação do estado e da igreja. Neste momento, o Brasil foi declarado um Estado laico, consagrando a liberdade de crença e cultos religiosos. Sendo assim, deixou de se atribuir valor ao casamento religioso, instituindo o casamento civil, sendo este o único ato valido para a celebração do matrimônio.

Apenas no período republicano é introduzido o casamento civil obrigatório, pelo Decreto nº 181, de 24-1-1890, como consequência da separação da Igreja do Estado, situação consolidada pela promulgação do Código Civil. Houve dificuldade de assimilação do sistema pelo clero e pela população maioria católica na época. Com isso, generalizou-se no país o costume do duplo casamento, civil e religioso, que persiste até hoje (VENOSA, 2010, p. 31).

O Código Civil de 1916 consagrou e regulamentou o casamento civil sem fazer qualquer menção ao casamento religioso. Considerou, também, a união sem casamento, ou seja, a família ilegítima, fenômeno estranho ao direito de família; ainda fez surgir o instituto do desquite, contudo, este findava apenas a sociedade conjugal, mantendo-se o casamento indissolúvel ao considerar íntegro o vínculo matrimonial.

Na Carta Magna de 1934 foi atribuído ao casamento religioso efeitos civis, surgindo, posteriormente, as Leis 1.110/50 e 6.015/73 regulamentando, respectivamente, o reconhecimento e o registro dos casamentos religiosos pra efeitos civis. Nesse sentido, Pereira apud Venosa (2010, p. 42) diz que “válido o matrimônio oficiado por ministro de confissão religiosa reconhecida (católico, protestante, muçulmano, israelita). Não se admite, todavia, o que se realiza em terreiro de macumba, centros de baixo espiritismo, seitas

umbandistas, ou outras formas de credices populares, que não tragam a configuração de seita religiosa reconhecida como tal”.

Atualmente, sob a égide da Constituição Federal de 1988, o casamento religioso continua surtindo efeito civil, devendo, para tanto, serem cumpridos os requisitos e as exigências previstas em Lei, sendo o Código Civil de 2002 o responsável por estabelecer tais formalidades.

2.2. Conceito, natureza jurídica e efeitos

São inúmeras as definições para casamento, não havendo, portanto, uma conceituação pacífica na doutrina ou na jurisprudência.

Paulo Nader (2006, p.45) define o 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 interesse e de vida”.

Para Venosa (2010), o casamento é considerado o mais importante de todas as instituições do direito privado, vez que se tornou o centro do direito de família, tendo por finalidade a instituição da família.

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

Entre as várias definições de casamento surge a ideia de relação familiar. Tem-se que, a família se inicia com o casamento, sendo assim foi consagrada como base da sociedade, tendo especial proteção do Estado, conforme o disposto no artigo 226 da Constituição Federal de 1988. Contudo, a palavra família deve ser interpretada no sentido amplo, abrangendo não apenas a família fundada no casamento, como também a união de fato, a família natural assente na procriação e a família adotiva.

Verifica-se na legislação atual, que a união estável foi reconhecida como entidade familiar, entretanto, o casamento é largamente incentivado, ao deixar claro que as famílias originadas do matrimônio continuam a ser as cédulas bases da sociedade.

Por fim, o casamento é decorrente da livre manifestação de vontade dos nubentes, e mesmo sendo esta uma condição para o matrimônio, deve se ajustar as formalidades exigidas

na lei. Cabe ressaltar, ainda, que o conceito de casamento é mutável e acompanha a evolução da sociedade, variando de acordo com a realidade vivida.

Nesse diapasão:

Evidentemente, a conceituação de casamento não pode ser imutável. No passado, por exemplo, quando inexistente o divórcio entre nós, cabível nas definições a referência à indissolubilidade do Vínculo. Destarte, a noção de casamento não pode ser imutável, como sói acontecer com a compreensão de todos os fenômenos sociais que se modificam no tempo e no espaço” (Venosa, 2010, p. 25).

No tocante a natureza jurídica do casamento, devido a falta de conceituação da legislação brasileira para este instituto, existe uma grande discussão, fazendo surgir três correntes doutrinárias: a contratualista, a institucionalista e, por fim, a mista.

A corrente contratualista entende ser o casamento um contrato, vez que a sua validade e eficácia dependem do consentimento e da vontade inequívoca e consciente dos nubentes, sendo este elemento mais importante.

Cabe citar a lição de Pereira (2004, p. 57), “o casamento é um contrato, tendo em vista a indispensável declaração convergentes de vontades manifestadas e tendentes a obtenção de finalidades jurídicas”.

Ainda, na concepção contratualista, Gonçalves (2006, p.25) aduz, que, “aplicavam-se aos casamentos as regras comuns a todos os contratos. Assim, o consentimento dos contraentes constituía elemento essencial a sua celebração...”.

Em oposição a corrente contratualista, surgiu a institucionalista, na qual o casamento é uma instituição, sendo constituído por um conjunto de regras impostas pelo Estado, as quais as partes possuem a faculdade de aderir, não bastando a simples manifestação de vontade.

Para Diniz (2006, p.43), “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”.

Sendo assim o casamento como uma instituição em que é necessário seguir algumas regras, o elemento volitivo não é livre totalmente para modular o instituto já que não têm os consortes liberdade de alterarem as normas referentes ao matrimônio.

Já a teoria mista argumenta que o casamento em alguns momentos seria contrato e em outra, instituição. Na sua formação, teria o casamento natureza de um contrato e na sua existência, seria uma instituição.

Segundo Venosa (2010, p.26) “em uma síntese das doutrinas, pode-se afirmar que o casamento-ato é um negócio jurídico; e o casamento-estado é uma instituição.

Tratar-se o casamento como instituto, devido às singularidades com este conceito.

O instituto do casamento possui diversas características, entre elas, ser ato pessoal e solene, disciplinado por normas de ordem pública, sendo imprescindível que o mesmo seja celebrado nos moldes da lei e ser manifestação livre e consciente dos nubentes, sendo permanente, até que o casamento seja dissolvido, e exclusivo, ou seja, monogâmico; é negócio eminentemente civil, não tendo mais natureza religiosa; é dissolúvel nas formas previstas na lei; etc.

Para Venosa outra característica fundamental “é a diversidade de sexos”, aduzindo que:

Não há casamento se não na união de duas pessoas de sexo oposto. Cuida-se de elemento natural do matrimônio. A sociedade de duas pessoas do mesmo sexo não forma uma união de direito de família; se direitos gerar, serão do campo obrigacional. Ainda que se defenda mais recentemente a proteção à relação afetiva de pessoas do mesmo sexo, a relação homoafetiva, qualquer legislação nesse sentido deve alterar o preceito constitucional, o qual tanto para o casamento, quanto para a união estável, estabelece a diversidade de sexos (art. 226, § 3º). De qualquer modo, tudo é no sentido de que haverá um momento histórico no futuro no qual essa modalidade de relacionamento receberá um tratamento legislativo (2010, p. 27).

Quanto às finalidades do casamento, estas são descritas por diversos autores e, segundo Gonçalves (2006, p. 29) “variam conforme a concepção filosófica, sociológica, jurídica ou religiosa que são encaradas”.

De forma genérica tem-se como finalidades do casamento, o estabelecimento de uma comunhão plena de vida, a constituição de uma família matrimonial, a legalização das relações sexuais, a prestação de auxílio mútuo entre os cônjuges, o estabelecimento dos deveres patrimoniais, a procriação de filhos, com a conseqüente finalidade de educá-los.

No tocante aos efeitos jurídicos produzido pelo casamento tem-se que são conseqüências que se projetam no ambiente social, nas relações pessoais e patrimoniais entre pais e filhos, dando origem a direitos e deveres próprios e recíprocos, disciplinados por normas jurídicas.

Os efeitos sociais são aqueles que refletem em toda a sociedade, sendo o principal a constituição da família legítima; também estabelecem o vínculo de afinidade entre cada cônjuge e os parentes do outro, além de emancipar o consorte menor de idade.

Com relação a estes efeitos, Maria Helena Diniz (2004), aduz:

Devido à sua grande importância o casamento gera efeitos que atingem toda a sociedade, sendo o principal deles a constituição da família matrimonial (CRFB/88, artigo 226, §§ 1º e 2º). E a concepção presumida da filiação na Constancia do casamento é estabelecida em função do termo inicial da convivência conjugal e financeira da dissolução da sociedade conjugal.

Os efeitos pessoais gerados são os deveres e direitos próprios e recíprocos entre os cônjuges e dos pais em relação aos filhos que não permitem auferir valor econômico, sendo, fidelidade recíproca, vida em comum no domicílio conjugal, mútua assistência, sustento, guarda e educação dos filhos. Os efeitos pessoais estão elencados no artigo 1566 do Código Civil de 2002.

Já os efeitos patrimoniais estão diretamente relacionados a fatores econômicos, como por exemplo, a obrigação de alimentar, a instituição do bem de família, o termo inicial da vigência do regime de bens, etc.

3- FORMAS DE DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO

3.1. Considerações Iniciais

Sob o amparo de uma sociedade conservadora, influenciada pela igreja Católica, o casamento foi considerado por muito tempo indissolúvel. Com o advento do Código Civil de 1916, que trouxe em seus artigos 315 a 328 o instituto do desquite, o casamento passou a ser dissolúvel. Contudo, o referido instituto apenas findava a sociedade conjugal, mantendo íntegro o vínculo, que somente terminava com a morte de um dos cônjuges.

Nesse sentido lecionam Gagliano e Pamplona Filho, “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 de contrair formalmente novas núpcias, o que gerava tão só “famílias clandestinas”, destinatárias do preconceito e de rejeição social. (2010, p. 39)

Verifica-se, portanto, que o Código Civil de 1916, assim com as Constituições de 1934, 1937, 1946 e 1967, considerava o vínculo conjugal do casamento indissolúvel, admitindo, apenas, a dissolução da sociedade conjugal.

Somente em 1977, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 09 e da Lei 6.515 (Lei do Divórcio), respectivamente, o casamento deixou de ser indissolúvel e os casos de dissolução da sociedade e do vínculo conjugal passaram a ser regulamentados.

A Lei do Divórcio manteve o instituto do desquite, com a fundamental característica, dissolver apenas da sociedade conjugal, alterando sua nomenclatura, para separação. A Lei trouxe ainda, a possibilidade de dissolução de todo o vínculo conjugal, através do divórcio, possibilitando, inclusive, novo casamento. Contudo, o instituto apenas autorizava que o pedido fosse formulado uma única vez, o que só foi alterado mais tarde pela Lei 7.841/89, quando o divórcio pode ser requerido quantas vezes fossem necessárias.

Nesse contexto, a Lei autorizou que as pessoas separadas judicialmente há mais de três anos, requeressem a sua conversão a qualquer tempo, em divórcio; e que aquelas que estavam separadas de fato há mais de cinco anos, requeressem de forma direta o divórcio. Diz o texto da “Lei 6.515/77. Art. 25. A conversão em divórcio da separação judicial dos cônjuges existente há mais de um ano, contada da data da decisão ou da que concedeu a medida cautelar correspondente (art. 8º), será decretada por sentença, da qual não constará referência à causa que a determinou. (Redação dada pela Lei nº 8.408, de 1992)”.

A Constituição Federal de 1988 também contribuiu com a questão da dissolução conjugal, ao reduzir de três para um ano o prazo para conversão da separação judicial em divórcio, bem como, nos casos de separação de fato, de cinco para dois anos, para o requerimento do divórcio direto:

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

O atual Código Civil não trouxe nenhum avanço em relação ao tema, mantendo, como não poderia deixar de ser, o disposto na Constituição:

Art.1580. Decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, qualquer das partes poderá requerer sua conversão em 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.

Nesse sentido leciona Venosa

Desse modo, é aferido que se torna possível o divórcio direto, sem necessidade de separação judicial anterior, tão só com a comprovação da separação de fato por mais de dois anos. Assim sendo, o divórcio direto deixou de ser uma exceção no sistema. Por outro lado, uma vez obtida a separação judicial dentro dos pressupostos legais, após um ano desta, também pode ser requerido o divórcio (2010, p. 163/164).

Com o advento da Lei 11.441 de 04 de janeiro de 2007, novas mudanças foram trazidas a fim de evitar o desgaste no judiciário e buscando simplificar os processos. A mencionada Lei passou a admitir a realização da separação e do divórcio pela via administrativa, através dos cartórios, desde que fosse consensual e não houvesse filhos menores e nem incapazes.

Por fim, importante ressaltar, que a tendência legislativa nesse momento, era a de eliminação da separação judicial, uma vez que já não mais fazia sentido a sua manutenção juntamente com o divórcio.

3.2. A Separação judicial e o divórcio antes da EC 66/2010

A separação judicial é umas das formas de dissolução do casamento. Contudo, como já mencionado anteriormente, extingue apenas a sociedade conjugal. Sendo assim, mesmo após a separação o casamento continuar a existir.

Pereira ensina que:

Tratando-se de separação judicial 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. Somente a morte ou o divórcio rompem o vínculo, autorizando os ex-cônjuges a contrair novas núpcias (2005, p. 249).

Contudo, a separação judicial extingue alguns efeitos do casamento, quais sejam: o regime de bens, os deveres de fidelidade recíproca e coabitação.

O Código Civil de 2002, antes da Emenda Constitucional dispunha em seu artigo 1571: “A sociedade Conjugal termina: (...) III- pela separação judicial”.

Ainda segundo o corrente Código Civil, existem duas formas de separação judicial, sendo, a consensual e a litigiosa. A consensual, também conhecida como amigável ou mútuo consentimento, ocorre quando os cônjuges de comum acordo decidem por fim a sociedade conjugal.

No art. 1574 do Código Civil/02 tem-se que: “Dar-se-á 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 homologada a conversão”; o que faz concluir que na separação consensual não há a necessidade de demonstrar os motivos que levaram os cônjuges a querer se separar, devendo apenas, ter mútuo consentimento e o casamento ter durado mais de um ano.

Ocorre a separação litigiosa, mediante processo contencioso, quando somente um dos cônjuges quer por fim a sociedade conjugal, imputando ao outro qualquer ato de grave violação dos deveres conjugais ou que torne insuportável a vida em comum, conforme o disposto no art. 1572 do Código Civil.

Vale ressaltar que o Código Civil dispõe em seu art. 1573 alguns motivos que caracterizam a impossibilidade da vida em comum, como por exemplo, o adultério, abandono do lar, injúria grave, etc.

Quanto aos efeitos da separação judicial o art. 1576 do CC/02 dispõe o seguinte: “A separação judicial põe termo aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca e ao regime de

bens”. Conclui-se que os efeitos não irão incidir apenas sobre a pessoa de cônjuge, como também incidirão na pessoa dos filhos e em relação aos bens.

A separação produzirá efeitos na pessoa dos filhos, principalmente, no tocante a guarda destes, que poderá ser livremente decidida, nos casos de separação consensual, ou, em caso de litígio, quando for conferida aos que tiver melhor condição de exerce – lá, ou ainda, compartilhada.

Quanto aos efeitos produzidos em relação aos bens, tem-se como principal, a extinção do regime de bens, que acarretará na liquidação e partilha do patrimônio, observando o regime de bens adotado pelos cônjuges.

Por fim, concluí-se que com separação o casamento continua existindo, uma vez que a separação apenas cessa a sociedade conjugal, não permitindo aos ex-cônjuges contrair novo casamento, sendo necessário para isso o rompimento do vínculo, o que só ocorre, como já visto, pela morte, anulação ou o divórcio.

No tocante ao divórcio, tem-se que este instituto torna o divorciado livre, rompendo por completo a sociedade e o vínculo conjugal.

Nesse sentido ensina Diniz (2001, p.216): “O divórcio é a dissolução de um casamento válido, ou seja, a extinção do vínculo matrimonial, que se opera diante de sentença judicial, habilitando as pessoas a convolar novas núpcias”.

Ainda, Carvalho Neto (2000, p. 556): “O divórcio é a única forma (afora a morte de um dos cônjuges) de se dissolver um vínculo conjugal válido, conforme dispõe o parágrafo único do art. 2º da Lei 6.515/77”.

São duas as modalidades de divórcio existentes, quais sejam o divórcio direto e o indireto. O divórcio direto não depende de prévia separação judicial, bastando a comprovação de separação de fato há mais de dois anos. O indireto, ou o por conversão, somente será realizado após um ano do trânsito em julgado da sentença judicial que decretou ou homologou a separação. Vale ressaltar, que ambas as modalidades, assim como a separação, o divórcio poderá ser consensual ou litigioso, conforme o caso.

Quanto aos efeitos produzidos pelo divórcio: dissolve definitivamente o vínculo matrimonial civil e faz cessar os efeitos civis do casamento religioso, que estiver transcrito no Registro Público; põe fim aos deveres conjugais recíprocos dos cônjuges; possibilita novo casamento; extingue o regime patrimonial de bens, após a partilha; cessa os direitos sucessórios; etc.

Igualmente, cabe mencionar o art. 1579 do Código Civil de 2002 :

O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos.
Parágrafo único. Novo casamento de qualquer dos pais, ou de ambos, não poderá importar em restrições aos direitos e deveres previstos neste artigo.

E ainda, o art. 1581 do CC/02, autoriza a concessão do divórcio sem ter havido a previa partilha de bens.

Por fim, feitas as devidas considerações, tem-se que o divórcio é a única maneira legal de dissolução do vínculo conjugal. Vale dizer, ainda, que tanto o divórcio quanto a separação judicial, só produzirão efeitos legais, quando, devidamente, levados à Registro Público.

4. A NOVA LEI DO DIVÓRCIO

4.1. A Emenda Constitucional nº 66/2010

A Emenda Constitucional nº 66 de 13 de julho 2010 (PEC 28, 2009), pretendendo facilitar a implementação do divórcio no Brasil, modificou o disposto no § 6º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988 ao eliminar toda e qualquer exigência de “prévia separação”, ao prescrever a seguinte redação: “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

Nesse sentido, o objetivo da EC 66 foi estabelecer que a dissolução do casamento pode ser feita pelo divórcio, na forma da lei, suprimido o requisito de prévia separação judicial por mais de um ano ou comprovada separação de fato por mais de dois anos, agilizando desta forma o procedimento submetido aos cônjuges que já não mais possuem interesse na vida comum.

Gagliano e Pamplona Filho 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 de fato ou de qualquer outra circunstância indicativa da falência da vida em comum (2011, p. 60).

Verifica-se que a Emenda Constitucional 66 causou uma significativa evolução no direito brasileiro, mais especificamente, no Direito de Família. E esta resultou da iniciativa dos juristas do Instituto Brasileiro de Direito de Família, abraçada pelo Deputado Antônio Carlos Biscaia (PEC 413/2005), sendo posteriormente representada pelo Deputado Sergio Barradas Carneiros (PEC 33/2007).

Vale citar a justificativa apresentada por um dos Deputados quando da exposição da PEC, a fim de se ter idéia das razões de sua propositura, contexto social e histórico da sua apresentação:

A presente Proposta de Emenda Constitucional é uma antiga reivindicação não só da sociedade, assim como do 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 conflitos, e também abraçada pelo nobre Deputado Antônio Carlos Biscaia (Rio de Janeiro). Não mais se justifica a sobrevivência da separação judicial que converteu o antigo desquite. Criou-se, desde 1977, com o advento da legislação do divórcio, uma duplicidade artificial entre dissolução da sociedade conjugal e dissolução do casamento, como solução de compromisso entre divorcistas e antidivorcistas, o que não mais se sustenta. Impõe 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 despesa para o casal, além de prolongar sofrimentos

evitáveis. Por outro lado, essa providência salutar, de acordo com os valores da sociedade brasileira atual, evitará que a intimidade e a vida privada dos cônjuges e de suas famílias sejam reveladas e trazidas ao espaço público dos tribunais, com todo o caudal de constrangimentos que provocam, contribuindo para o agravamento de suas crises, 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 julgamento 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 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, Dep. Sérgio Barradas Carneiro). (Gagliano e Pamplona Filho, 2011, p. 51).

A mencionada proposta de Emenda Constitucional (PEC) possuía a seguinte redação: “Art. 226. (...) §6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio consensual ou litigioso, na forma da lei”.

No Senado Federal a PEC, sob o nº 28 de 2009, recebeu parecer favorável da Comissão de Constituição e Justiça. Ao ser aprovado, suprimiu a expressão “na forma da lei”, passando a apresentar a simples redação: “o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio”. Vale expor o pronunciamento favorável do Senador Demóstenes Torres:

A análise da PEC não revela improbidade de natureza inconstitucional, jurídica, regimental ou de técnica legislativa, o que comporta a sua admissibilidade e remete ao exame de mérito. A data que serve de base para a contagem do prazo para ajuizamento da ação do divórcio – denominada *dies a quo* – é a do trânsito em julgado da separação judicial. No caso da separação de fato, por abandono unilateral ou recíproco, o prazo é de dois anos. Por construção jurisprudencial, mais tarde assimilada pela lei, a data a partir da qual se conta o prazo para requerer o divórcio pode retroagir à data da separação cautelar de corpos, medida que, geralmente, precede a ação principal de separação judicial. Como se vê, a regra não é rígida, sobretudo porque existem uniões estáveis, elevadas ao patamar do casamento civil e que podem ser desfeita ao alvedrio dos companheiros. Além disso, o interesse no fim da união matrimonial assume características variadas, sujeitas ao teor dos conflitos – ou a sua existência -, a extensão patrimonial, às questões ligadas à prole, em especial a fixação de alimentos, o que não pode se resolver pela simples dilatação do prazo compreendido entre a separação formal ou informal e o divórcio. Observa-se também que, passados mais de trinta anos da edição da Emenda Constitucional nº 9. de 1977, perdeu completamente o sentido manter os pré-requisitos, temporais de separação judicial e de fato para que se conceda o divórcio. Saliente-se que, no casamento, dois institutos se superpõem: a sociedade conjugal, que decorre da simples vida em comum, na condição de marido e mulher, com a intenção de constituir família, e o vínculo conjugal, que nasce na interferência do próprio Estado, mediante a solenização do ato, na presença de testemunhas, com portas abertas e outras condições estabelecidas em lei. A sociedade conjugal, fruto das iniciativas dos cônjuges, pode ser por eles desfeita, formal ou informalmente, ao seu arbítrio, mas o vínculo conjugal para ser desfeito pelo divórcio, depende de nova

interferência do Estado. Ora, o Estado atual é bem menos tutelar que o de trinta anos atrás, e, quanto à sociedade hodierna, as dúvidas e temores que acometeram diversos segmentos dos anos 70 do século passado, estão hoje, todos dissipados, inclusive o de que, ‘no dia seguinte à aprovação do divórcio, não restaria, no País, um só casamento’. O que se observa é que a sociedade brasileira é madura para decidir a própria vida, e as pessoas não se separam ou divorciam apenas porque possuem estes institutos. Portanto, não é a existência do instituto divórcio que desfaz casamentos, nem a imposição de prazos ou separações intermediárias que o impedirá. Acrescente-se que a exigência do prazo e a imposição de condição para realização do divórcio desatendem ao princípio da proporcionalidade, que recomenda não cause a lei ao jurisdicionado ônus impróprio ou desnecessário. Ora, o prazo para a concessão do divórcio não é peremptório, tanto que pode retroagir a data da separação cautelar de corpos, e a condição não é essencial, porquanto a sociedade conjugal pode ser desfeita pelo casal, indiferente ao Estado. “Logo, as duas variáveis, sem nenhum prejuízo para o disciplinamento do tema, podem ser retiradas da norma, conforme preconiza a proposta de emenda. (Gagliano e Pamplona Filho, 2011, p. 53).

Assim sendo, com o advento da EC 66, o melhor e mais ágil meio de dissolução do casamento é através do divórcio, seja de forma consensual ou litigiosa, sem a imposição de prazos, vez que estes foram suprimidos.

Ainda sobre o tema, vale menciona Dias (2010, p. 77), que aduz:

Após a Emenda Constitucional 66/2010, o divórcio pode ser requerido a qualquer tempo. No mesmo dia ou no dia seguinte ao casamento. Acabou desarrazoado prazo de espera, pois nada justifica impor que as pessoas fiquem dentro de uma relação quando já rompido o vínculo afetivo.

Cabe mencionar que alguns doutrinadores, entendem que a EC 66 não fez desaparecer a figura da separação, apenas a eliminou como condição do divórcio, no plano constitucional. Portanto, também não revogou nenhum dispositivo do Código Civil de 2002, permanecendo, o mesmo em vigor. Esta corrente foi denominada racionalista.

Tais doutrinadores se embasam no fato de que a referida Emenda precisa de regulamentação em sede infraconstitucional, permanecendo, o instituto da separação judicial ou litigiosa até promulgação de lei específica. Além disso, sustentam que a separação continua a existir, tendo em vista que no disposto constitucional foi mantida a palavra “pode”, dando aos cônjuges, a possibilidade de optarem pela separação judicial.

O Tribunal de justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) já se manifestou por algumas ocasiões, prevalecendo aplicação da corrente racionalista.

SEPARAÇÃO JUDICIAL. VIABILIDADE DO PEDIDO. NÃO OBRIGATORIEDADE DO DIVÓRCIO PARA EXTINGUIR A SOCIEDADE

CONJUGAL. 1. A Emenda Constitucional nº 66 limitou-se a admitir a possibilidade de concessão de divórcio direto para dissolver o casamento, afastando a exigência, no plano constitucional, da prévia separação judicial e do requisito temporal de separação fática. 2. Essa disposição constitucional evidentemente não retirou do ordenamento jurídico a legislação infraconstitucional que continua regulando tanto a dissolução do casamento como da sociedade conjugal e estabelecendo limites e condições, permanecendo em vigor todas as disposições legais que regulamentam a separação judicial, como sendo a única modalidade legal de extinção da sociedade conjugal, que não afeta o vínculo matrimonial. 3. Somente com a modificação da legislação infraconstitucional é que a exigência relativa aos prazos legais poderá ser afastada. Recurso provido. (AgI nº 70039285457, 7ª Câm. Cív., TJRS, R. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. em 29/10/2010)”.

APELAÇÃO CÍVEL. SEPARAÇÃO JUDICIAL. PEDIDO DE CONVERSÃO EM DIVORCIO. IMPOSSIBILIDADE. EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010. NOVA REDAÇÃO AO § 6º do art. 226 da Constituição Federal. Vigência da LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL (ART. 1.580 DO CÓDIGO CIVIL). REQUISITOS PRESERVADOS, POR ORA. 1. A aprovação da Emenda Constitucional nº 66/2010, ao dar nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, efetivamente suprimiu, do texto constitucional, o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. 2. Não houve, porém, automática revogação da legislação infraconstitucional que regulamenta a matéria. Para que isso ocorra, indispensável seja modificado o Código Civil, que, por ora, preserva em pleno vigor os dispositivos atinentes à separação judicial e ao divórcio. Inteligência do art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/42). (Ap. Cív. nº 70039476221, 8ª Câm. Cív., TJRS, R. Luiz Felipe Brasil Santos, j. em 13/01/2011)”.

Em oposição a esta corrente, surgiu a corrente abolicionista. Esta posição foi a que tomou conta da maioria dos juristas brasileiros e até mesmo da mídia veiculada no país. Para esta corrente, a nova emenda criou o divórcio sem requisitos não somente como nova forma, mas como única forma de dissolução do vínculo matrimonial. Assim, o procedimento de separação judicial estaria extinto, juntamente com suas indesejáveis peculiaridades, tal qual a aferição da culpa pelo fim da relação conjugal.

A corrente abolicionista é a corrente adotada pelos membros diretores do IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família), que foram os responsáveis pelo projeto levado adiante pelas PEC´s 33/07 e 413/05, que resultaram na EC nº 66.

Nesse sentido, seja por conta da não-recepção (entendimento do STF) ou pela inconstitucionalidade superveniente, o novo regramento trazido pela Emenda Constitucional nº 66 extinguiu do nosso ordenamento jurídico o instituto da separação judicial, subsistindo tão-somente o divórcio como forma de romper o vínculo e a sociedade conjugal. Assim, há inutilidade e desuso do instituto da separação, seja pela interpretação jurídica da Emenda (métodos interpretativos), seja pela aplicação dos princípios interpretativos da Constituição (Força normativa e máxima efetividade).

Nesse posicionamento, vale mencionar Dias (2010, p.25): “a Constituição Federal ocupa o ápice do ordenamento jurídico. Assim, a alteração superveniente do seu texto, enseja a automática revogação da legislação infraconstitucional incompatível”.

Na mesma linha, Gagliano e Pamplona Filho: “A partir da promulgação da Emenda, desapareceu de nosso sistema o instituto da separação judicial, e toda a legislação que o regulava, por consequência, sucumbiu, sem eficácia, por conta de uma não recepção. Com isso, consideramos tacitamente revogados os artigos (...) do Código Civil (...) no que tange a referência feita ao instituto da separação (2011, p. 56).

Quanto à manifestação jurisprudencial, de acordo com acórdão extraído do sítio do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJDFT), a EC/66 resultou em grande transformação do direito de família, posicionando-se o órgão *ad quem* pelo fim da separação, reiterando os argumentos até aqui utilizados por esta corrente:

CIVIL. DIVÓRCIO LITIGIOSO. EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. ARTIGO 267, INCISO VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL. EC 66/2010. SUPRESSÃO DO INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL. APLICAÇÃO IMEDIATA AOS PROCESSOS EM CURSO. A aprovação da PEC 28 de 2009, que alterou a redação do artigo 226 da Constituição Federal, resultou em grande transformação no âmbito do direito de família ao extirpar do mundo jurídico a figura da separação judicial. A nova ordem constitucional introduzida pela EC 66/2010, além de suprimir o instituto da separação judicial, também eliminou a necessidade de se aguardar o decurso de prazo como requisito para a propositura de ação de divórcio. Tratando-se de norma constitucional de eficácia plena, as alterações introduzidas pela EC 66/2010 tem aplicação imediata, refletindo sobre os feitos de separação em curso. Apelo conhecido e provido. (Apelação Cível nº 20100110642513, TJDFT, R. Ana Maria Duarte Amarante Brito, 6ª Turma Cível, j. 29/09/2010).

Neste contexto, a separação judicial não mais existe no ordenamento pátrio, isto porque, “pensar em sentindo contrário, seria prestigiar a legislação infraconstitucional, em detrimento da nova visão constitucional...” (Gagliano e Pamplona Filho, 2011, p. 59).

Por último, tem-se ainda, uma terceira corrente. Esta parte do pressuposto de que as outras duas (abolicionista e racionalista) não lograram êxito em suas interpretações, denominando-se eclética, pois não é tão rigorosa como a primeira e nem tão impetuosa e passional como a segunda.

Assim, para a corrente eclética, a EC nº 66/2010 eliminou os prazos para o divórcio, mas não eliminou a separação judicial do sistema, que permaneceu inalterado.

Nesta linha, defende-se que não mais se exige, em patamar constitucional, qualquer requisito para o divórcio. Logo, não há mais que se falar em divórcio direto ou indireto. O divórcio assumiu, portanto, única modalidade, não mais submetendo a qualquer prazo ou condição.

O mesmo não se pode dizer em relação ao fim da separação de direito (judicial e extrajudicial), alegando doutrinadores desta corrente que o novo texto constitucional em nada conflita com a atual regulamentação infraconstitucional da separação. “Tal revogação tácita só se dará quando vislumbrarmos uma absoluta e intransponível incompatibilidade entre a novel disposição constitucional e o ordenamento infra constitucional vigente, tal como assevera o artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), o que não ocorre com relação à referida Emenda Constitucional e o atual Código Civil¹.

Na mesma linha de entendimento

não implica dizer que o direito de separação judicial ou extrajudicial foi revogado do nosso ordenamento jurídico, muito pelo contrário, a exemplo de Portugal onde vigora o sistema dualista opcional, tal emenda constitucional trouxe aos cônjuges a faculdade de separar-se ou divorciar-se judicial ou extrajudicialmente, o que se coaduna perfeitamente com o princípio da liberdade familiar.²

Segundo a jurisprudência:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E CIVIL - AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA - AGRAVO RETIDO - SEPARAÇÃO BASEADA NA CULPA – POSSIBILIDADE [...] com todo respeito, com todas as vênias, entendo que, realmente, a separação judicial não desapareceu do ordenamento jurídico brasileiro. A Emenda Constitucional é silente a respeito e há autores de renome que defendem a posição de que a separação judicial não é incompatível com o divórcio. Isso é muito simples, a meu ver e, também entendimento do Desembargador Antônio Sérvulo. O que a Constituição fez foi, simplesmente, simplificar o caminho para o divórcio. Antigamente, exigia-se uma separação prévia, hoje, não é mais necessário. Também entendo que pode ser perfeitamente do interesse do casal, ao invés de se divorciar, se separar, deixando aberta a porta para o reatamento da sociedade conjugal, sem a formalidade de um novo casamento. (Apelação Cível 1.0701.09.260001-7/003, 6ª Câm. Cív., TJMG, R. Des. Maurício Barros, j. em 07/12/2010)”.

EMENTA: SEPARAÇÃO CONSENSUAL - AJUIZAMENTO ANTERIOR À EC 66/2010 - ADAPTAÇÃO DO PEDIDO À NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL - POSSIBILIDADE - OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE, ECONOMIA, CELERIDADE E EFETIVIDADE PROCESSUAIS - INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO CPC. Neste sentido, embora a EC nº 66/2010 tenha conferido nova redação ao art. 226, § 6º, da CF, permitindo a dissolução do

¹ BORGES FILHO, Adalberto. O Novo Panorama do Divórcio no Brasil: O Fim da Separação Judicial?. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/>> Acesso em: 04/05/2011.

² Idem.

casamento a qualquer tempo, sem a exigência de prazo mínimo após a formalização do casamento, as regras contidas no artigo 40 da Lei 6.515/77 e no Código Civil continuam tendo aplicabilidade na parte em que não contradizem a nova ordem constitucional. As disposições infraconstitucionais referidas não foram revogadas pelo novo dispositivo constitucional. Assim, não há impossibilidade jurídica do pedido; a separação judicial continua tendo validade no ordenamento jurídico, não sendo facultado ao magistrado decidir a forma pela qual deve ser dissolvido o casamento. [...] não é permitido ao Judiciário interferir nessa escolha, desconsiderando a vontade do casal. Pelo menos assim o será até que legislação nova - de nível infraconstitucional, vier revogar a que hoje existe - e que permanece. (Apelação Cível 1.0011.10.000370-3/001, 7ª Câm. Cív., TJMG, R. Des. Wander Marotta, j. em 09/11/2010)”.

Em síntese, para esta corrente, é inegável o avanço trazido pela Emenda nº 66, uma vez que não mais exige os prazos para o divórcio. A mesma sorte, porém, não foi dada ao instituto da separação, vez que este não está – e nunca esteve – disciplinado no âmbito constitucional. Assim sendo, com exceção das disposições relativas a prazos, continuam recepcionadas as normas infraconstitucionais referentes a separação judicial.

Defende-se neste trabalho, o entendimento da corrente racionalista, uma vez que o fato da EC 66/10 eliminar requisitos, não significa a revogação do direito infraconstitucional. Analisar se a norma tem aplicabilidade imediata ou não, é uma discussão inócua, vez que a Emenda é norma meramente declaratória, sendo dependente, ainda, de legislação ordinária.

A eliminação da referência constitucional aos requisitos para a obtenção do divórcio não significa que aquelas condicionantes tenham sido automaticamente abolidas, mas apenas que, deixando de constar no texto da Constituição, e subsistindo exclusivamente na lei ordinária (Código Civil) - como permaneceram durante 40 anos, entre 1937 e 1977 -, está agora aberta a porta para que esta seja modificada. Tal modificação é imprescindível e, enquanto não ocorrer, **o instituto da separação judicial continua existente, bem como os requisitos para a obtenção do divórcio.** Tudo porque estão previstos em lei ordinária, que não deixou de ser constitucional ³.

Ainda nesse posicionamento, vale mencionar o regramento disposto no artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil:

Art. 2º. Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§1º. A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

§2º. A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

³ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Emenda do Divórcio: Cedo para Comemorar. IBDFAM, 21/07/2010, Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=648>> Acesso: 15 abr. 2011

Conclui-se, portanto, que a Emenda ao afastar os prazos relativos ao divórcio, fez o surgir um sistema dualista opcional – despido de prazos –, ratificando, a liberdade de casar e manter-se casado. Por fim, talvez, no futuro, caso não seja editada nova lei ordinária, o instituto da separação caia em desuso, tendo em vista a sua falta de aplicabilidade.

Outra discussão doutrinária existe com relação aos processos de separação judicial em curso.

Segundo Gagliano e Pamplona Filho

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 (...) 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...” (2011, p. 140).

De forma diversa, Dias “O jeito menos burocrático é intimar as partes para que se manifestem expressamente a discordância com a decretação do divórcio, com o alerta de que, se ficarem em silêncio, isso significará que concordam com a decretação do divórcio. Assim, quem concorda não precisa sequer se manifestar.” (2010, p. 133).

Porém, neste último caso, nada impede de o casal de forma expressa manifeste sua vontade de manter o rito da separação judicial.

Contudo, nos casos em que os cônjuges já se encontram separados judicialmente, estes deverão enfrentar novo processo judicial, vez que a Emenda 66/2010, não as considerou, automaticamente divorciados.

4.2- Aspectos processuais

No tocante a competência para o processamento da postulação do divórcio, tem-se três opções: a regra contida no art. 100 do Código de Processo Civil, segundo a qual é competente o foro da residência da mulher; a do domicílio do autor ou interessado, se incapaz ou alimentando (beneficiário do direito de alimentos), tendo em vista a sua justificável hipossuficiência; e ainda, a regra geral de foro do domicílio do réu, disposta no art. 94 do Código de Processo Civil, sendo essa não obrigatória.

Contudo, o disposto no art. 100, I do CPC, que fixa como competente o foro do domicílio da mulher, admitindo, portanto, que a mulher de tenha foro privilegiado nas ações

de separação ou na conversão desta em divórcio, é retrógrado, senão inconstitucional, tendo em vista a garantia elencada no art. 5º, I da CF/88: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza... I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

Assim, verifica-se que o que deve caracterizar a fixação do domicílio não é a condição sexual, mas sim a hipossuficiência da parte envolvida.

Segundo Gagliano e Pamplona Filho:

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. Para nós, a melhor solução exige uma hermenêutica atenta às peculiaridades do caso concreto (2010, p. 132).

Nesse sentido, vale mencionar, posicionamento semelhante, em julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. HIPÓTESE DE REJEIÇÃO. COMPETÊNCIA DO FORO DO ALIMENTADO. A competência especial de que trata o inciso II do art. 100 do CPC, competência do foro do alimentado, nas ações em que se discute alimentos deve preponderar sobre a presunção *iuris tantum* prevista no inciso I do aludido dispositivo legal, é competência do foro da mulher nas ações de divórcio e separação. No caso em exame, a regra de competência do foro do menor deve prevalecer em relação ao da mulher, já que persiste o litígio tão somente no tocante à guarda e alimentos. NEGADO SEGUIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO (AgI 70024998445, TJRS 7ª Câ. Cív., Rel. André Luiz Planella Villarinho, j. em 26-6-2008).

Por fim, ressalte-se que a competência do foro é relativa, não podendo, portanto ser reconhecida de ofício pelo Juiz. Assim, é exigido que a parte interessada se manifeste, opondo a exceção de incompetência do foro.

Com relação a legitimidade, diz o disposto no art. 1582 do Código Civil de 2002: “Art. 1582. O pedido de Divórcio somente competirá aos cônjuges. Parágrafo único. Se o cônjuge for incapaz para propor a ação ou defender-se, poderá fazê-lo o curador, o ascendente ou o irmão.”

Tal determinação se dá tendo em vista o caráter personalíssimo da ação de divórcio.

Sobre o tema, Tartuce e Simão prelecionam:

Assim como a ação de separação judicial, a ação de divórcio é personalíssima, pois o seu pedido somente cabe aos cônjuges (...). Mas no caso de incapacidade do cônjuge para propor 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 a prevê neste dispositivo especial. Visando afastar essa dúvida, o PL 6.960/2002 pretende introduzir a legitimidade do Ministério Público (2007, p; 221).

Com relação aos documentos, segundo Gagliano e Pamplona Filho: “o divórcio como um simples direito potestativo não condicionado e sem causa específica, dispensa-se, em regra, outros documentos, senão a certidão de casamento” (2010, p. 135).

Contudo, caso se pretenda a realização imediata da partilha, deverá ser juntado os documentos comprobatórios da titularidade dos bens, assim com, nas pretensões realizadas em relação aos filhos, as certidões de nascimento.

Vale mencionar que os requisitos elencados no art. 282 do Código de Processo Civil, obviamente, devem ser levados em consideração.

Quanto ao rito processual o divórcio indireto será consensual, mediante pedido conjunto, observando o as regras do procedimento de jurisdição voluntária elencadas no art. 1.103 e seguintes do CPC; ou ainda, litigioso, mediante ao pedido de um dos cônjuges em face ao outro, observando a regra do procedimento ordinário elencadas no art. 282 e seguintes do CPC.

Nesse sentido, Dias aduz que:

Indispensável que na ação de divórcio – seja consensual, seja litigiosa – reste decidida a guarda dos filhos menores ou incapazes, o valor de alimentos, a guarda dos filhos menores e o regime de visitas, por aplicação análoga ao que é determinado quanto a separação (CPC, 1.121). Mesmo não existindo separação, o procedimento persiste para o divórcio (2010, p. 77).

Em relação à matéria de resposta no divórcio litigioso, segundo Gagliano e Pamplona Filho:

A resposta do divorciando, fora o suscitar de questões processuais, limitar-se-ia, no mérito, aos efeitos colaterais da separação, qual seja, como visto, a título exemplificativo, a guarda dos filhos, alimentos, uso do nome e divisão do patrimônio familiar. (...) Abstraídas tais questões, qualquer outra discussão sobre a culpa no término da relação conjugal esta fora dos limites da lide (2010, p. 136).

Quanto à partilha de bens, o art. 1581 do vigente Código Civil autoriza a concessão do divórcio sem que tenha sido realizada a prévia partilha dos bens. Logicamente, após o divórcio, não existe mais a comunhão de bens entre os cônjuges, mesmo não tendo havido partilha. Contudo, enquanto não realizada a partilha, se um dos divorciados resolver se casar, o regime adotado, será obrigatoriamente, o de separação total de bens, conforme o disposto no

art. 1523, III, do CC/02, vez que a não realização da partilha é causa de suspensão do casamento.

Por fim, sobre a reconciliação dos cônjuges após ajuizamento do pedido de divórcio, será possivelmente cabível, se o pedido ainda não tiver sido acolhido pelo Juiz, sendo mero pedido de desistência que acarretará a extinção do feito sem o julgamento do mérito.

Contudo, se já houver sentença, Gagliano e Pamplona Filho, aduzem que:

Se as partes se 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 se casar com a mesma pessoa (desde que atendidas as regras de validade do matrimônio).

4.3. Efeitos do divórcio

Com a promulgação do Código Civil de 2002 deixou de existir a possibilidade de investigação da culpa. Com o advento da emenda, tendo em vista que para decretação do divórcio basta à falência efetiva da relação, ratificou-se inteiramente ser desnecessária a análise da culpa, para o fim de se extraírem determinados efeitos judiciais pessoais ou patrimoniais, como a definição da guarda dos filhos ou a fixação dos alimentos.

Nesse sentido, é posicionamento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. CULPA. Já se encontra sedimentado o entendimento de que a caracterização da culpa na separação mostra-se descabida, porquanto seu reconhecimento não implica em nenhuma seqüela de ordem prática. Precedentes desta Corte. Alimentos. Não faz jus a alimentos a mulher que tem qualificação profissional, está inserida no mercado do trabalho há mais de vinte anos e ainda dispõe de condições de incrementar a sua renda mensal, tendo em vista o reduzido horário de trabalho – apenas quatro horas diárias. Partilha de bens. Indevida a determinação de partilha de bens na razão de 50 % para cada um dos consortes sem que antes seja realizada a avaliação do patrimônio e oportunizada as partes a formulação de pedido de quinhão. Deve-se evitar ao máximo o indesejado condomínio. Apelo parcialmente provido. Divorcio decretado. (Ap. Civ. 70021725817, TJRJ. 7ª Cam. Civ., Rel. Maria Berenice Dias, j. em 23/04/2008 – segredo de justiça).

AÇÃO DE DIVÓRCIO CUMULADA COM ALIMENTOS. BINÔMIO NECESSIDADE E POSSIBILIDADE CORRETAMENTE AFERIDO. DECISÃO CORRETA, NA FORMA E NO CONTEÚDO, QUE, INTEGRALMENTE, SE MANTÉM. O objetivo da obrigação alimentícia depende não só das necessidades de quem recebe, mas também dos recursos de quem presta (art. 1694, § 1º, do CC de 2002). Em se tratando de divórcio direto ou separação consensual, onde não cabe perquirição de culpa, os alimentos serão fixados com fiel observância do binômio possibilidade-necessidade, descabendo-se qualquer outra averiguação já que visa a sobrevivência do beneficiário. Improvimento dos Recursos (Ap. Civ.

2009.001.47997, TJRJ, 1ª Câ. Civ., Rel. Des. Maldonado de Carvalho, j. em 27/10/209).

Nesta mesma linha, Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 94): “obviamente que, com o fim do instituto da separação, desapareceram as causas objetivas e subjetivas para a dissolução da sociedade conjugal”.

Em relação ao uso do nome, tendo em vista, não se ter mais a necessidade de se discutir a culpa, 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”.

Em oposição ao mencionado, Gagliano e Pamplona Filho, defendem que:

A partir da Emenda, portanto, o uso do nome, no divórcio, deverá observar as seguintes regras:

- a) Se o divórcio for consensual (judicial ou administrativo), o acordo firmado deverá regular o respectivo direito;
- b) Se o divórcio for litigioso, a regra é no sentido da perda do nome de casado, mantendo-se, todavia o patronímico, se algumas das hipóteses do art. 1578 se configurar (2011, p. 110).

Vale ainda, mencionar que a qualquer momento, o cônjuge, mediante procedimento judicial, pode retomar o seu nome de solteiro.

Outro efeito originado com o fim da culpa, é em relação a fixação de alimentos, passando esta ser feita, apenas, com amparo na necessidade do consorte credor, na justa medida das condições econômicas do consorte devedor.

Nesse sentido, segundo Gagliano e Pamplona Filho “não é recomendável, pois, que se fundamente o pleito de alimentos, na conduta desonrosa do outro cônjuge ou em qualquer outro ato culposos que traduza violação dos deveres conjugais” (2011, p. 113).

Vale observar que o regramento da prisão civil decorrente do inadimplemento de pensão alimentícia, continua vigente, tendo em vista a natureza cogente dos alimentos devidos.

Sobre o efeito gerado sobre a guarda dos filhos, esta passa a ser concedida ao cônjuge que apresentar melhores condições exercê-la.

Segundo Gagliano e Pamplona Filho “para a fixação da guarda de 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”.

Quanto ao artigo 1.579 do Código Civil de 2002, este continua vigente não importando se o divórcio será judicial ou administrativo, litigioso ou consensual, ou seja, “o divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos”.

Por fim, no tocante a procedimentos extrajudiciais foi promulgada a Lei 11.441 de 4 janeiro de 2007 que estabeleceu normas disciplinadoras da separação, divórcio e inventário por escritura pública, objetivando a desburocratização de procedimentos.

Segundo Gagliano e Pamplona Filho: “Indubitavelmente, consiste a referida lei em um marco na busca de soluções extrajudiciais para a prática de atos jurídicos em que não há litigiosidade” (2011, p. 68).

São requisitos para o exercício do divórcio extrajudicial ou administrativo: a livre autonomia de vontade dos cônjuges, a inexistência de filhos menores ou incapazes, a especificação de como deve se dar a partilha dos bens comuns e se haverá pensão alimentícia, e ainda, a opção entre uso do nome de solteiro ou a manutenção do nome adotado quando se deu o casamento. Todas essas especificações devem estar escritas de forma claras e detalhadas.

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).

Nesse sentido, ainda, vale citar Gagliano e Pamplona Filho: “Se, por equívoco ou desconhecimento, após o advento da nova Emenda, um tabelião lavrar escritura de separação, esta não terá validade jurídica, por conta da supressão do instituto em nosso ordenamento, configurando nítida hipótese de nulidade absoluta do acordo por impossibilidade jurídica do objeto”. (2011, p.70)

Ainda sobre o tema:

Faculta-se, outrossim, lavrarem atos de conversão de separação em divórcio, nos termos da mencionada resolução nº 35 do Conselho Nacional de Justiça: Art. 52. A Lei nº 11.441/2007 permite, na forma extrajudicial, tanto o divórcio direto como a conversão da separação em divórcio. Neste caso, é dispensável a apresentação de certidão atualizada do processo judicial, bastando a certidão de averbação da separação no assento de casamento (idem).

CONCLUSÃO

O instituto do casamento foi influenciado pela Igreja, que durante séculos manteve indissolúvel o matrimônio, passando esta indissolubilidade ser prevista expressamente em sede Constitucional. Com as transformações da sociedade, esta realidade foi aos poucos modificada, se adaptando a realidade vivida.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 66/2010, objetivando simplificar a dissolução conjugal, foi provocado uma indiscutível transformação no ordenamento jurídico pátrio, ao permitir que o casamento civil seja dissolvido pelo divórcio, sem exigir prévia separação judicial há mais de um ano ou comprovada separação de fato há mais de dois anos.

A mencionada Emenda alterou o disposto no art. 226, § 6º da Constituição Federal de 1988, que passou a ter a seguinte redação: “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.

Apesar dos reflexos diretos desta emenda, ainda percorrem um vasto debate interpretativo doutrinário e jurisprudencial. Nesse sentido, foi apresentado três correntes, a abolicionista (fim dos prazos para o divórcio e extinção da separação); a racionalista (manutenção tanto dos prazos para o divórcio quanto da separação); e a eclética (fim dos prazos, subsistindo a separação).

Nesse trabalho foi defendido a tese racionalista. Sendo assim, acredita-se que a EC 66/2010, ao eliminar os prazos para o divórcio, permitiu um processo mais célere e ágil, com menos desgaste emocional dos consortes e com um menor custo, tendo em vista os tramites reduzidos.

Acredita-se ainda, que a nova emenda criou o divórcio sem requisitos, somente como nova forma, e não como única forma de dissolução do vínculo matrimonial. Assim, o procedimento de separação judicial não estaria extinto, menos ainda, as suas peculiaridades.

Neste sentido, a separação continua a existir, argumentando que no disposto constitucional foi mantida a palavra “pode”, dando aos cônjuges, a possibilidade de optarem pela separação judicial.

Outro argumento defendido é o regramento disposto na Lei de Introdução ao Código Civil, onde “a lei nova que estabelece disposições gerais a par das existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”.

Logo, a referida Emenda precisa de regulamentação em sede infraconstitucional, permanecendo, o instituto da separação judicial ou litigiosa até promulgação de lei específica.

Contudo, tendo em vista a maturidade do tema, encontram-se diferentes entendimentos jurisprudenciais acerca da devida aplicação da EC nº66. Logo, percebe-se que a solução amadurecida pelos tribunais está longe de ser uniformizada, havendo, conforme foi demonstrado, julgados recentes que abarcam as três correntes analisadas. Sendo assim, somente no decorrer do tempo, a doutrina e a jurisprudência serão capazes de solucionar e pacificar as questões e os impasses gerados com esse novo regramento.

BIBLIOGRAFIA

Agência Senado. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/noticias/verNoticia.aspx?codNoticia=104999&codAplicativo=29&metros=cpc>>. Acesso em: 06/07/2011.

BORGES FILHO, Adalberto. O Novo Panorama do Divórcio no Brasil: O Fim da Separação Judicial?. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/>> Acesso em: 04/05/2011.

BRASIL. Vade Mecum. 10. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

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

COSTA, Alexandre Araújo. **Hermenêutica Jurídica**. Disponível em <<http://www.arcos.org.br/livros/hermeneutica-juridica/>> Acesso em: 16/07/2011.

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**. 1ªed. 4ª tiragem, Saraiva, 2011.

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

MACHADO, Antônio Costa. *O novo divórcio e a emenda 66/2010*. 08/08/2010. Disponível em: <<http://www.professorcostamachado.com/?p=262>> Acesso em: 05/05/11

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**, Vol. 2, São Paulo: Saraiva, 39ª Ed., 2009, p.319

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.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Emenda do Divórcio: Cedo para Comemorar. IBDFAM, 21/07/2010, Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=648>> Acesso: 15 abr. 2011.

TARTUCE, Flavio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: direito de família**, 2 ed. São Paulo: Método, 2007, v. 5.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010. V. 6.