

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ROSSANA PAZ BEZERRA

A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº. 66, DE 13 DE JULHO DE 2010 E A
FIGURA DA SEPARAÇÃO

FORTALEZA

2011

ROSSANA PAZ BEZERRA

**A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº. 66, DE 13 DE JULHO DE 2010 E A
FIGURA DA SEPARAÇÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso
submetido à Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Ceará, como
requisito parcial para obtenção do grau
de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Civil.

Orientador: Prof. Dr. Regnoberto
Marques de Melo Júnior.

FORTALEZA

2011

ROSSANA PAZ BEZERRA

**A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº. 66, DE 13 DE JULHO DE 2010 E A FIGURA
DA SEPARAÇÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso submetido à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito em conformidade com os atos normativos do MEC e com o Regulamento de Monografia Jurídica aprovado pelo Conselho Departamental da Faculdade de Direito da UFC. Área de concentração: Direito Civil.

Aprovada em: 16/11/2011.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Regnoberto Marques de Melo Júnior (Orientador)
Universidade Federal do Ceará - UFC

Prof^ª. Maria José Fontenelle Barreira Araújo
Universidade Federal do Ceará - UFC

Prof^ª. Dr^ª. Tarin Cristino Frota Mont'alverne
Universidade Federal do Ceará - UFC

Aos meus pais, que nunca mediram esforços para a realização dos meus sonhos, que me ensinaram a fazer as melhores escolhas, que sempre acreditaram em mim.

Às minhas irmãs, que sempre estiveram ao meu lado e nunca mediram esforços para me ajudar.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus que me iluminou e me deu forças para que eu não fraquejasse frente aos obstáculos encontrados no percurso trilhado.

Agradeço aos meus pais e às minhas irmãs, pela confiança e motivação. Por sempre estarem ao meu lado, nos bons e maus momentos, cobrindo-me de carinho e compreensão. Tanto quanto eu, vocês fazem parte dessa trajetória.

Agradeço ao meu namorado Victor pelo companheirismo, pela paciência, pelo apoio incondicional e por me acalmar sempre que o desespero se apossava de mim.

Agradeço aos meus amigos que sempre se mostraram solícitos, auxiliando-me e incentivando-me. Sem eles, o caminho seria bem mais árduo.

Agradeço ao professor Regnoberto Marques de Melo Júnior, pela disponibilidade, dedicação e respeito empregados na orientação desse Trabalho de Conclusão de Curso. Pelo incentivo, pela confiança e por acreditar na minha capacidade.

Agradeço às professoras Maria José Fontenelle Barreira e Tarin Cristino Frota Mont'alverne por prontamente terem aceitado o convite para comporem a ilustre banca examinadora desse trabalho de conclusão de curso.

Agradeço aos demais professores da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará que contribuíram, sobremaneira, para o meu crescimento pessoal e acadêmico.

Agradeço a todos que direta ou indiretamente contribuíram para que eu chegasse até aqui.

Obrigada!

“Precisamos dar um sentido humano às nossas construções. E, quando o amor ao dinheiro, ao sucesso nos estiver deixando cegos, saibamos fazer pausas para olhar os lírios do campo e as aves do céu.”

(Érico Veríssimo)

RESUMO

Com a entrada em vigor da Emenda Constitucional n.º 66, de 13 de julho de 2010, o § 6º do artigo 226 da Constituição da República Federativa do Brasil passou a ter a seguinte redação: “Art. 226 (*omissis*) § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.” Constata-se, portanto, que a alteração suprimiu o requisito da prévia separação judicial por mais de um ano ou comprovada separação de fato por mais de dois anos. Essa modificação ocasionou divergências, principalmente com relação à subsistência ou não do instituto da separação judicial. Alguns autores, como Maria Berenice Dias e Pablo Stolze Gagliano, defendem que a figura da separação judicial teria sido extirpada do nosso ordenamento jurídico, tendo em vista o princípio da dignidade humana e da autonomia privada, bem como a sustentação de que a mudança instituída se refere à norma constitucional de eficácia plena, tendo, portanto, aplicação imediata. Em uma via contrária de pensamento, outros autores, como Luiz Felipe Brasil, acreditam que ainda é válida a separação, ainda que não mais seja requisito para o divórcio. A par das divergências apontadas, percebe-se que a Emenda Constitucional em comento inovou, uma vez que torna a dissolução do casamento mais acessível e menos burocrática, trazendo muitos benefícios para a sociedade brasileira.

Palavras- Chave: Emenda Constitucional 66/2010. Casamento. Divórcio. Separação.

ABSTRACT

With the implementation of the Constitutional Amendment number 66, July 13, 2010, § 6 of Article 226 of the Constitution of the Federative Republic of Brazil had the following wording: "Article 226 (omissis) § 6°. The civil marriage may be dissolved by divorce." There is, therefore, that the amendment removed the requirement of prior legal separation for more than a year or proven de facto separation for more than two years. This change resulted in divergences, particularly with respect to conservation or not of judicial separation. Some authors, such as Maria Berenice Dias and Pablo Stolze Gagliano, argue that the figure of the legal separation would have been cut off from our legal system, bearing in mind the principle of human dignity and autonomy, as well as sustaining that change refers to the established constitutional rule of full effectiveness, and therefore has immediate application. In a contrary way of thinking, other authors such as Luiz Felipe Brazil believe that the separation is still valid, although it is no longer a requirement for divorce. In addition to the differences noted, it is clear that the Constitutional Amendment in comment innovated since the dissolution of marriage becomes more accessible and less bureaucratic, bringing many benefits to Brazilian society.

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

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| 1 INTRODUÇÃO | 9 |
| 2 ASPECTOS HISTÓRICOS | 12 |
| 3 SISTEMA BINÁRIO DE DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE E VÍNCULO CONJUGAL (ANTERIOR A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº. 66, DE 13 DE JULHO DE 2010) | 17 |
| 3.1 Divórcio | 18 |
| 3.2 Separação | 21 |
| 3.3 Divórcio e separação extrajudiciais | 26 |
| 4 A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº. 66, DE 13 DE JULHO DE 2010 E A FIGURA DA SEPARAÇÃO | 28 |
| 4.1 Objeto da emenda | 28 |
| 4.2 Correntes doutrinárias | 30 |
| 4.2.1 Da manutenção do instituto da separação..... | 30 |
| 4.2.2 Do banimento do instituto da separação..... | 34 |
| 4.3 Análise crítica | 37 |
| 5 REFLEXOS DA ALTERAÇÃO CONSTITUCIONAL INTRODUZIDA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº. 66, DE 13 DE JULHO DE 2010 | 45 |
| 5.1 O fim da culpa e suas repercussões | 46 |
| 5.2 Aspectos processuais do “novel” divórcio | 49 |
| 5.3 Direito intertemporal | 52 |
| 5.3.1 A situação jurídica das pessoas separadas judicialmente quando da promulgação da Emenda Constitucional nº.66 de 13 de julho de 2010..... | 53 |
| 5.3.2 Processos de separação judicial em curso, sem prolação de sentença..... | 53 |
| CONCLUSÃO | 55 |
| BIBLIOGRAFIA | 58 |
| ANEXOS | 62 |

1 INTRODUÇÃO

Com a edição da Emenda Constitucional n.º. 66, de 13 de julho de 2010, que modificou a redação do § 6º do art. 226 da Constituição Federal de 1988, o divórcio ficou desvinculado de qualquer termo ou condição.

Dessa feita, não há mais falar em decurso de tempo de separação de fato e perquirição das causas que levaram à dissolução da sociedade conjugal, que envolviam aspectos íntimos ao seio familiar, expondo muitas vezes a vida de todos os componentes da família.

Antes da EC n.º 66/2010, o § 6º do art. 226 da CF/1988 dispunha que para o casamento civil ser dissolvido pelo divórcio era necessária a prévia separação judicial por mais de um ano, nos casos expressos em lei, ou a comprovada separação de fato por mais de dois anos. Assim, o casal que quisesse dissolver o seu vínculo matrimonial poderia escolher dentre dois caminhos, quais sejam, aguardar o prazo de dois anos de separação de fato e requerer o divórcio direto ou propor ação de separação judicial e solicitar sua conversão em divórcio quando transcorrido um ano do trânsito em julgado da decisão.

O § 6º do art. 226 da CF/1988 passou a ter a seguinte dicção com a modificação, *in verbis*: “o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio”¹. A nova redação retirou as exigências procedimentais anteriores.

Ressalte-se, por oportuno, que a mudança instituída decorre dos anseios da sociedade brasileira, fazendo com que seja ratificado o abandono da antiga noção de indissolubilidade do casamento, elevando-se o princípio da dignidade humana como pilar fundamental de todo um ordenamento jurídico.

Tem-se, com a modificação, uma conquista social dentro do atual contexto em que estamos inseridos, uma vez que há aqui uma primazia pelos princípios da dignidade humana e da autonomia privada. Além disso, a alteração constitucional acabou com a intervenção desmedida do Estado na vida íntima das pessoas.

¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 46. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Da análise comparativa do disposto no § 6º do art. 226 da CF/1988 antes e depois da EC nº. 66/2010, constata-se que, o constituinte, formalmente, apenas retirou os requisitos anteriormente exigidos para a concessão do divórcio. No entanto, seus efeitos materiais são de suma importância, haja vista seus reflexos em todo o ordenamento jurídico, em especial no âmbito do Direito de Família.

Em face da alteração constitucional introduzida, cumpre enfrentar algumas questões, quais sejam, qual o destino da figura da separação judicial? O que acontecerá com os processos em andamento? Pode-se discutir a culpa em sede de dissolução do vínculo conjugal?

No entanto, a resolução desses questionamentos não se mostra tarefa fácil, haja vista a existência de divergências doutrinárias quanto àqueles.

Tratarei, no presente trabalho, com um maior destaque sobre a questão da subsistência ou não do instituto da separação judicial no ordenamento pátrio. Apontando, de um lado, aqueles autores que visualizam a separação judicial como um instituto anacrônico, defendendo que a EC nº. 66/2010 teria abolido a possibilidade de opção pela separação judicial, e, de outro, aqueles que apoiam a manutenção do referido instituto, limitando o poder de escolha dos casais em permanecer ou não unidos pelo laço do matrimônio.

Assim, o presente trabalho tem como escopo primordial demarcar o alcance do “novel” art. 226, § 6º da CF/1988, alterado pela EC nº. 66/2010, dando um maior enfoque à figura da separação judicial.

Além disso, o trabalho proposto tem como fito outro fazer considerações acerca dos reflexos dessa alteração no ordenamento jurídico, analisando para tanto a noção de culpa no âmbito da dissolução do vínculo conjugal, bem como procedendo na análise dos institutos da separação e do divórcio, *per si*.

Para tanto, será realizada, inicialmente, uma breve retrospectiva, abordando a evolução histórica do processo de dissolução do vínculo conjugal, que culminou com a edição da EC nº. 66/2010. Posteriormente, discutiremos a pluralidade de entendimentos quanto ao instituto da separação, analisando, de maneira crítica, as posições doutrinárias formadas com o advento da supramencionada emenda. E, por fim, abordaremos alguns dos reflexos ocasionados pela alteração constitucional no ordenamento jurídico brasileiro.

Tem-se bastante pertinente, na seara acadêmica, o estudo proporcionado pelo tema, haja vista tratar-se de assunto relativamente novo, que comporta como já mencionado posições doutrinárias diversas.

Dessa forma, a relevância doutrinária do tema proposto mostra-se patente, uma vez que, em face de sua relativa novidade, poucas são as teses dissecando esse tema de suma importância.

Já quanto à relevância social do tema iniciado, esta reside na necessidade de assegurar à sociedade os seus anseios, os quais, constantemente, em virtude da dinamicidade da coletividade, transfiguram-se.

Mais imperiosa ainda quando aqueles (os anseios) se afiguram em matéria de família, a qual nos dizeres da Constituição é a base da sociedade.

Insta destacar que, a par das diversas questões que ensejam divergências doutrinárias, não tem o presente trabalho a pretensão de esgotar o tema, mas tão somente de promover uma análise crítica de alguns quesitos postos em cheque pela edição da EC nº. 66/2010.

Observe-se, por oportuno, que todo o exame legal, jurisprudencial e doutrinário será feito levando em consideração o processo hermenêutico, uma vez que é por meio deste que se exprime o que é válido e o que não é; o que é razoável e o que não é; o que corresponde à dignidade humana e aquilo que a ignora.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS

Para apreender as dimensões da mudança proporcionada pela alteração constitucional do art. 226, § 6º da CF/1988, inserta pela EC nº. 66/2010, deve-se fazer uma breve análise histórica sobre a dissolubilidade do casamento civil *inter vivos*.

Amparado pela influência da Igreja Católica, fundando-se em ideias patriarcais e patrimonialistas, o casamento, regulado pelo Código Civil de 1916, era dito indissolúvel.

Sob a égide daquele diploma civil, apenas por meio do casamento é que se poderia constituir uma família, as demais uniões extramatrimoniais não eram reconhecidas, não produzindo, por isso, os efeitos típicos do casamento.

A família, até hoje considerada a base da sociedade, conforme dicção do *caput* do art. 226 da CF/1988, era conceituada por Clóvis Beviláqua como sendo:

Um conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consanguinidade, cuja eficácia se estende, ora mais larga, ora mais restritamente, segundo as várias legislações. Outras vezes, porém, designam-se, por família, somente os cônjuges e a respectiva progênie.²

Tem-se, portanto, que o casamento era considerado como a única forma para a constituição de uma família legítima, tendo como primado a sua indissolubilidade, haja vista a intervenção marcante da Igreja Católica nas relações conjugais, pregando o eterno matrimônio.

Ratificando essa ideia, Pontes de Miranda define o instituto como sendo:

Contrato solene, pelo qual duas pessoas de sexo diferente e capazes, conforme a lei, se unem com o intuito de conviver toda a existência, legalizando por ele, a título de indissolubilidade do vínculo, as suas relações sexuais, estabelecendo para seus bens, à sua escolha ou por imposição legal, um dos regimes regulados pelo Código Civil, e comprometendo-se a criar e a educar a prole que de ambos nascer.³

² BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de família**. Campinas: Red livros, 2001, p. 16.

³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito de família**. 3ª. ed. São Paulo: Max Limonad, 1947, p. 70. v. I.

Ressalte-se, por oportuno, que o Estado também preconizava a indissolubilidade do casamento, tendo em vista que uma das características inerentes ao sistema jurídico pátrio era o patrimonialismo.⁴

Dessa forma, o Estado imiscuía-se na vida íntima do casal, na tentativa de manter o casamento intacto, uma vez que este dava segurança jurídica aos bens dos cônjuges.

Percebe-se, portanto, que a Constituição vigente a esta época colocava o patrimônio acima do indivíduo e da relação afetiva entre o casal.

Em face desse contexto, aqueles que não mais queriam conviver em matrimônio deveriam recorrer ao desquite, sofrendo forte estigma social.

O desquite, que se calcava na separação dos cônjuges, no entanto, não dissolvia o vínculo matrimonial, o qual era mantido até a morte, não podendo, portanto, nenhum dos cônjuges contrair um novo matrimônio.

À época, as relações extramatrimoniais não eram reconhecidas na seara jurídica. Recebiam o nome de concubinato, o qual se manifestava sob duas formas. Existia o concubinato dito puro, que correspondia às relações que hoje atendem pelo nome de União Estável e o classificado como impuro, que englobava todas as relações que se concretizavam e eram mantidas na constância do casamento.

No primeiro caso, os casais que mantiam relações sem a guarida do casamento conseguiram certa aceitação social, passando, por isso, a demandar proteção no âmbito jurídico.⁵

Os magistrados passaram a reconhecer tais relações como sociedades de fato, dando ensejo a um movimento com o intento de acabar com a indissolubilidade do casamento, que era um preceito considerado sagrado pela Constituição Federal.⁶

Foi através desse movimento que, em 1977, com o advento da Emenda Constitucional nº. 9, que concedeu nova redação ao art. 175, § 1º da Constituição Federal de

⁴ DIAS, Maria Berenice. **Divórcio Já**: comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010, cit., p. 17.

⁵ *Ibidem*, p. 18.

⁶ *Ibidem*, p. 19.

1967, surgiu o divórcio, regulamentado pela Lei n.º 6.515/77, que realizou diversas mudanças, como as a seguir expostas.

Segundo aquela emenda, para que um casamento fosse dissolvido, era condição *sine qua non* a separação judicial. Só se concebia o “divórcio-direto” à época, em casos excepcionais. De acordo com o disposto no art. 40 da Lei n.º. 6.515/1977, apenas nos casos de separação de fato, iniciadas antes do advento da emenda em comento e desde que completados 5 (cinco) anos, é que se poderia promover a dita ação. Devendo, ainda, nessa ocasião, provar o decurso do prazo e a sua causa.

Conforme entendimento de Maria Berenice Dias⁷, o desquite foi mantido com a aprovação da Lei do Divórcio, tendo apenas mudado de nome, passando a se denominar separação. Nada obstante essa alteração terminológica, continuava apresentando as mesmas características, isto é, tinha a força de acabar com a sociedade conjugal, sem, no entanto, dissolver o vínculo matrimonial, o qual só se dava com a morte ou com o divórcio.

Com a modificação instalada no ordenamento jurídico brasileiro, surgiu um sistema binário de dissolução da sociedade e vínculo conjugal, segundo o qual inicialmente ocorria a dissolução da sociedade conjugal para depois se ter a sua conversão em divórcio⁸.

De acordo com o disposto no art. 38 da Lei n.º. 6.515/1977, o pedido de divórcio, independentemente do caso, só poderia ser requerido uma única vez.

Verifica-se, portanto, nesse sistema dual uma série de limitações. Os arts. 38 e 40 da Lei do Divórcio foram revogados pela Lei n.º. 7.841, de 17 de outubro de 1989.

Com a Constituição Federal de 1988, o constituinte e o legislador infraconstitucional adotaram medidas que prezavam cada vez mais pelo divórcio, isto é, pela possibilidade de dissolubilidade do casamento.

Com a mudança desse contexto social e com a instituição de um novo paradigma no âmbito do Direito de Família, outras formas que não apenas os casamentos passaram a gozar de uma tímida proteção. Assim, novas formas de família como a monoparental, a constituída pela união estável e a homoafetiva ganharam reconhecimento e guarida.

⁷ DIAS, Maria Berenice. **Divórcio Já!** Comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010, cit., p. 19.

⁸ LARA, Paula Maria Tecles. **Comentários à Emenda Constitucional n.º 66/2010**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=649>. Acesso em 11.10.2011.

Isso decorreu, sobretudo, da percepção da verdadeira função social das famílias, qual seja, propiciar os meios de realização da dignidade humana de seus integrantes⁹.

Apesar de ainda querer desestimular o fim do casamento, a Constituição Federal de 1988 procurou diminuir os entraves anteriormente impostos para a dissolução do casamento. Para tanto, diminuiu o lapso temporal para a conversão da separação em divórcio, reduziu o prazo de separação judicial para somente 1 (um) ano, segundo o seu antigo art. 226, § 6º, e previu a possibilidade do “divórcio-direto”, o qual poderia ser concedido independentemente de prévia separação, exigindo-se apenas um lapso temporal de 2 (dois) anos de separação de fato.

A Constituição Federal de 1988, segundo Paula Maria Tecles Lara¹⁰, aboliu o caráter patrimonialista da separação, possibilitando o “divórcio-direto”, com base nos princípios da autodeterminação e deterioração factual.

Dessa forma, perceptível o avanço social de modo a adaptar o Direito de Família às necessidades fáticas existentes no contexto social em que está inserido, isto é, com os anseios da sociedade à época.

Ressalte-se, por oportuno, que a Constituição de 1988 abandona a antiga noção de indissolubilidade do casamento, elevando o princípio da dignidade humana como pilar fundamental de todo um ordenamento jurídico (art. 1º, inciso III, CF/1988).

Conforme Gustavo Tepedino:

A milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos.¹¹

Com o passar do tempo, foi sendo firmado o entendimento de que nada mais além do cumprimento do lapso temporal poderia ser exigido no divórcio, por se tratar de direito assegurado constitucionalmente. Dessa forma, o descumprimento das obrigações assumidas

⁹ LÔBO, **Direito civil**: famílias, cit., p. 22.

¹⁰ LARA, Paula Maria Tecles. **Comentários à Emenda Constitucional nº 66/2010**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=649>. Acesso em 11.10.2011.

¹¹ TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: **A nova família**: problemas e perspectivas. Coordenação de Vicente Barreto. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 48.

na separação judicial, o não pagamento de alimentos, a divisão de bens e outros temas correlatos, se não houvesse acordo entre o casal, deveriam ser objeto de ação própria.

Em 2007, em virtude do advento da Lei nº. 11.441, surge a opção de formalizar a separação e o divórcio por escritura pública, tendo como requisitos a inexistência de filhos menores ou incapazes e o consenso entre os cônjuges.

Seguindo essa tendência, advém a edição da EC nº. 66/2010, que passa a prever o divórcio livre de qualquer amarra, tendo o divórcio, agora, como único requisito a vontade do cônjuge interessado.

Essa alteração revela que estamos diante de um processo que visa ao mínimo intervencionismo do Estado, tornando o indivíduo condutor de sua própria vida, permitindo a todos a autonomia para tomar as próprias decisões.

Dessume-se, portanto, ser em um cenário marcadamente liberalista que advém a EC nº. 66/2010 com o intento de, em prol dos princípios da dignidade humana e da autonomia privada, sempre que possível, afastar o Estado dos embates desenvolvidos na seara íntima do casal, na tentativa de evitar prejuízos e desgastes ainda maiores aos que passam por um processo de separação.

3 SISTEMA BINÁRIO DE DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE E VÍNCULO CONJUGAL (ANTERIOR A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº. 66, DE 13 DE JULHO DE 2010)

Até 13 de julho de 2010, data em que promulgada a EC nº. 66/2010, o ordenamento jurídico brasileiro era dito dual, haja vista apresentar duas modalidades capazes de pôr fim à sociedade conjugal, quais sejam, o divórcio, que extinguiu completamente a relação jurídica conjugal e a separação judicial, que acabava parcialmente com aquela, mantendo ainda o vínculo matrimonial formal.

Em decorrência disso, a distinção entre a separação e o divórcio em termos práticos se dava em face da forma de retomada da vida conjugal, caso houvesse interesse por parte dos interessados. No primeiro caso, essa poderia ser concretizada por simples petição dirigida ao juiz ou tabelião, enquanto no segundo, para ser ter um restabelecimento da vida comum, dever-se-ia realizar um novo casamento.

Durante esse sistema dual, observou-se que a figura da separação judicial perdia muito do respaldo que possuía, uma vez que antes, quando o “divórcio-direto” era tido como exceção, era requisito indispensável para a concessão do “divórcio-conversão”, que era a regra. Porém, o “divórcio-direto” passou a gozar da predileção daqueles que pretendiam dissolver o vínculo que os unia.¹²

Já à luz do ordenamento pós-CF/1988, a exigência da prévia separação judicial se encontrava desprestigiada, sendo, inclusive, vista apenas como uma “antecâmara”¹³ que tinha por fito maior a sua posterior conversão em divórcio.

Neste capítulo, tratarei desses dois institutos – divórcio e separação. Suas definições e principais aspectos à época do ordenamento anterior à EC nº. 66/2010.

¹² LARA, Paula Maria Tecles. **Comentários à Emenda Constitucional nº 66/2010**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=649>. Acesso em 11.10.2011.

¹³ BRASIL. Parecer à Proposta de Emenda à Constituição de 1988, nº 22-A. Brasília: Senado, 2007. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_pareceres_substitutivos_votos?idProposicao=14271. Acesso em 12.10.2011

3.1 Divórcio

O instituto do divórcio só foi estabelecido no ordenamento jurídico brasileiro em 1977, por meio da EC nº. 9.

Para regulamentar essa figura institucional foi editada no mesmo ano a Lei nº. 6.515.

No entanto, é apenas com o advento da Constituição Federal de 1988 que essa espécie de dissolução de vínculo conjugal ganha mais força, uma vez que para ser concedida fica vinculada apenas a um requisito objetivo, qual seja, o decurso do tempo.

Dessa forma, como bem assevera Sílvio Rodrigues:

O legislador constituinte foi muito mais audaz que seu antecessor, pois declarou que dar-se-á o divórcio em caso de comprovada separação de fato por mais de dois anos. Note-se que no texto não há qualquer restrição, não se exige prova de causa de separação, nem discussão sobre a culpa de qualquer dos cônjuges.¹⁴

Tem-se, portanto, que, em uma linha mais facilitadora para o reconhecimento da dissolução do vínculo conjugal, não se admite discussão de controvérsias outras que não o lapso temporal. Outras questões podem vir a ser decididas nesta ocasião, contudo, não podem exigir para tanto uma maior dilação probatória, isto é, os autos já devem trazer em seu bojo elementos suficientes para a resolução destas.¹⁵

Cristalizando esse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 197, *in verbis*: “o divórcio direto pode ser concedido sem que haja prévia partilha dos bens”. Ratificando o mesmo entendimento, o art. 1.581 do CC/2002 expressamente permite a concessão de divórcio, sem que haja uma partilha de bens prévia.

Vislumbrando esses aspectos, cumpre conceituar e destacar algumas considerações pertinentes a essa espécie.

¹⁴ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: Direito de Família**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 269.

¹⁵ FARIAS; ROSENVALD, **Direito das famílias**, cit., p. 358-359.

Segundo Maria Helena Diniz, o divórcio corresponde a uma forma de dissolução de um casamento válido, permitindo que os ex-consortes possam contrair novo matrimônio, haja vista extinguir o vínculo matrimonial.¹⁶

Ressalte-se, por oportuno, o caráter personalíssimo desse instituto. Dessa forma, é medida jurídica que compete aos próprios cônjuges, conclusão a que se chega pela leitura do disposto no art. 1.582 do CC/2002. Ademais, tem-se que a ação de divórcio não é compatível com a intervenção de terceiros.

Os efeitos do divórcio são produzidos a partir do trânsito em julgado da sentença, no entanto, no que se refere aos efeitos patrimoniais entre o casal, retroage à data da propositura da ação. Em relação a sua oponibilidade em face de terceiros, o divórcio somente produzirá efeitos quando do registro do divórcio em cartório.¹⁷

Tem-se, portanto, que o efeito dissolutivo decorrente da decretação do divórcio não abarca o período em que as partes estavam apenas separadas, independentemente da forma como esta se produziu.

À estrutura constitucional anterior à EC nº. 66/2010 vislumbrávamos duas espécies de divórcio, quais sejam, o “divórcio-conversão” e o “divórcio-direto”.

Segundo o art. 1.580, § 1º do CC/2002, após um ano de trânsito em julgado da sentença que decretou a separação judicial ou da decisão que concedeu medida cautelar de separação de corpos, qualquer dos cônjuges pode requerer a sua conversão em divórcio. Esse artigo trata do “divórcio-conversão”, também conhecido por indireto.

O prazo estipulado no artigo supramencionado é peremptório, não se interrompe nem se suspende, podendo, inclusive, ser completado no decurso do processo. Percebe-se, assim, a natureza decadencial deste.

Cabe salientar que o art. 36 da Lei nº. 6.515/1977 restou não recepcionado pela Constituição de 1988, uma vez que não há falar em descumprimento das obrigações traçadas

¹⁶ DINIZ, **Curso de Direito Civil Brasileiro**, cit., p. 280. v.5 (2006).

¹⁷ DINIZ, **Curso de Direito Civil Brasileiro**, cit., p. 330. v. 5 (2005).

na ação de separação como requisito outro para a conversão desta em divórcio, a qual só exige um único requisito de ordem objetiva.¹⁸

Dessa forma, aquela alegação não tem o condão de impedir a conversão da separação em divórcio. Podendo, inclusive, ser contestada em ação própria.

O ônus da prova, que tem por objeto um único requisito, a comprovação do lapso temporal exigido, compete ao requerente.

A demonstração se dá de maneira simplória, por meio da própria certidão de casamento com a averbação da sentença de separação, de certidão de trânsito em julgado fornecida pela Vara de Família na qual tramitou o processo de separação ou de cópia de escritura pública com a separação devidamente registrada, quando perquirida na via administrativa.

O “divórcio-conversão” pode ser consensual ou litigioso. No primeiro caso, o divórcio é requerido por ambos os cônjuges, e ao juiz caberá verificar as formalidades processuais. Já no segundo caso, a petição pode ser feita por qualquer dos cônjuges e, se não houver contestação ou necessidade de dilação probatória, o juiz poderá de imediato conhecer o pedido.¹⁹

Há também a figura do “divórcio-direto” o qual decorre exclusivamente da separação de fato há mais de dois anos.

A figura do “divórcio-direto” permite o reconhecimento da ruptura do matrimônio, tendo por fundamento a manutenção de um estado fático, qual seja, a separação de fato do casal, por um determinado período de tempo.²⁰

Previsto no § 2º do art. 1.580 do CC/2002, o divórcio dito direto exigiria apenas a separação de fato do casal há mais de dois anos, ratificando a exigência constitucional do prazo bienal daquela separação.

Assim, conforme esclarece Yussef Said Cahali “não há necessidade de se aguardar a tramitação da Separação Judicial anteriormente ajuizada, pois o art. 226, § 6º, da Constituição Federal exige apenas o lapso de dois anos em caso de separação de fato”.²¹

¹⁸ FARIAS; ROSENVALD, **Direito das famílias**, cit., p. 363.

¹⁹ DINIZ, **Curso de Direito Civil Brasileiro**, cit., p. 321. v. 5 (2005).

²⁰ *Ibidem*, cit., p. 322.

Da mesma forma que ocorre no “divórcio-conversão”, o “divórcio-direto” admite as formas consensuais e litigiosas.

O consensual, decorrente da vontade de ambos os cônjuges, adotava o procedimento previsto nos arts. 1.120 a 1.124 do CPC/1973²².

Já o litigioso era requerido por só um dos cônjuges, devendo seguir o rito ordinário, conforme prescrição do art. 40, § 3º, da Lei nº. 6.515/1977.

3.2 Separação

Como ditado pelo art. 1.571 do CC/2002, a sociedade conjugal termina pela morte de um dos cônjuges, pela anulação do casamento, pela separação judicial e pelo divórcio.

Com a separação judicial, como já exposto na abertura deste capítulo, ocorre a extinção da sociedade conjugal, sem, no entanto, pôr termo ao vínculo matrimonial.

Assim, podemos dizer que a separação judicial tem por consequências: o fim da sociedade conjugal (conclusão extraída da leitura do art. 1.571, III, do CC/2002); a manutenção do vínculo matrimonial, e como corolário desta, a possibilidade de reconciliação, expressa no art. 1.577, do CC/2002; e, por fim, o impedimento para um novo casamento, mas a permissividade para a constituição de união estável. Esta última pode ser extraída da dicção a *contrario sensu* do art. 1.525, V, CC/2002, do qual não consta a sentença de separação como documento necessário para a instrução do pedido de habilitação para o casamento. Já a possibilidade de constituição de união estável se encontra expressa no art. 1.723, § 1º, do CC/2002.

Além desses efeitos, a separação judicial tem o condão de por termo aos deveres de coabitação, fidelidade recíproca e ao regime dos bens, conforme se infere do art. 1.576, do CC/2002.

²¹ CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e separação**. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 144.

²² BRASIL. Lei nº. 5.869, de 11.01.1973 institui o Código de Processo Civil. Publicado no DOU em 17.01.1973.

Sabe-se que a grande diferença entre a separação e o divórcio, em termos práticos, reside na possibilidade de uma retomada da convivência entre o casal no caso daquele. Para tanto, faz-se mister a manifestação de vontade dos cônjuges, por meio de requerimento, devendo ser assistidos, neste ato, por advogados.

Insta salientar que a separação, no entanto, não acaba com a obrigação de mútua assistência entre o casal, muito menos com o dever de sustento, guarda e educação dos filhos.

Assim como o divórcio, a separação judicial tem caráter personalíssimo. Atributo este indicado no parágrafo único do art. 1.576 do CC/2002, que diz caber apenas aos cônjuges o procedimento de separação judicial, e, no caso de incapacidade, estes poderão ser representados pelo curador, pelo ascendente ou pelo irmão.

Assim, compete apenas ao casal a iniciativa da dita ação, que é privativa e intransmissível.

A separação judicial comporta duas espécies, a amigável e a litigiosa. A primeira encerra a aceção de extinção de vínculo conjugal por consentimento mútuo entre os cônjuges. Já a outra espécie tem lugar quando não há acordo de vontades entre os cônjuges.

Prevista no art. 1.574 do CC/2002, a separação consensual exige como requisito o prazo mínimo de um ano para a sua admissibilidade.

Destarte, para requerem a separação, o casal não precisa declinar a causa (se existir) ensejadora do pedido, devendo, para tanto, apenas demonstrar o prazo legal de um ano exigido.

Para Carlos Roberto Gonçalves, a separação consensual:

É procedimento típico de jurisdição voluntária, em que o juiz administra interesses privados. Não há litígio, pois ambos os cônjuges buscam a mesma solução: a homologação judicial do acordo por eles celebrado.²³

Quando pleiteada no âmbito judicial, obedece ao procedimento especial previsto nos arts. 1.120 a 1.124 do CPC/1973.

²³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 196. v. 6.

Além da separação *per si*, outras questões deverão ser deliberadas, tais como a guarda dos filhos, as regras sobre a visitação daquele que não tiver a guarda dos filhos, os alimentos em favor da prole e os devidos entre si, os quais são irrenunciáveis, conforme estabelecido no art. 1.707, do CC/2002, podendo, ocorrer, na ocasião da separação, uma dispensa, a qual, no entanto, não desobriga o credor de, no futuro, caso perquirido, fornecer aqueles.

Quanto aos bens do casal, a indicação destes na exordial é obrigatória. No que diz respeito à partilha daqueles, é possível que seja estabelecida já na ocasião da separação, no entanto, se não houver um acordo quanto a esta, a partilha do patrimônio pode ser efetuada após o decreto da separação consensual, segundo o § 1º do art. 1.121, do CPC/1973.

Continuando o procedimento, ao receber a peça inicial, o juiz verificará o preenchimento dos requisitos impostos pela lei processual e posteriormente marcará uma audiência para ouvir os cônjuges, com o intento de saber se há concordância com a separação e com as cláusulas do acordo, e se este está livre de vícios.

Caso um dos cônjuges não compareça a supracitada audiência, o juiz mandará arquivar os autos (art. 1.122, § 2º, do CPC/1973).

Se um dos cônjuges vir a falecer antes da homologação judicial da separação, esta restará prejudicada, haja vista a ocorrência da dissolução do vínculo matrimonial. Assim, restará a esta ser extinta, sem resolução de mérito.

Sublinhe-se ainda a possibilidade de o juiz se recusar a homologar o pedido de separação consensual. Conforme o art. 1.574, § único, CC/2002, admite-se a recusa do juiz em referendar o acordo de separação, caso constate que este não preza de forma suficiente pelos interesses da prole ou do próprio casal.

Já aqui muito se discutia sobre a (in)constitucionalidade de referida cláusula, uma vez que, como se percebe, interfere, sobremaneira, na esfera privada do casal, violando, o principio da liberdade que vigora nas relações familiares.

Além da forma consensual, a separação pode ocorrer de forma litigiosa. Nesta, diferentemente do que ocorre com a primeira, apenas um dos cônjuges tem o desejo de terminar com a sociedade conjugal e, para tanto, atribui ao outro a culpa pelo fim da união.

O art. 1.572 do CC/2002 enumera taxativamente as hipóteses de dissolução da sociedade conjugal mediante separação litigiosa.

A “separação-sanção” estava prevista no *caput* do artigo 1.572 do CC/2002, *in verbis*:

Art. 1.572. 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.²⁴

Fazendo uma crítica ao entendimento empossado no supramencionado artigo, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

Outrossim, parece exigir o legislador que, além da violação a um dever matrimonial, a vida conjugal tenha se tornado insuportável, em aparente cumulação de elementos essenciais. Não deve vingar tal ideia. Com efeito, a insuportabilidade da vida conjugal tem de ser aferida, fundamentalmente, pelo próprio cônjuge, ofendido pela violação do dever conjugal. Por isso, o simples ajuizamento da ação de separação sanção implica (a nosso ver, absoluta) de impossibilidade de continuar a vida em comum.²⁵

Nesse tipo de separação, exige-se cumulativamente a conduta considerada desonrosa ou a prática de algum ato que viole os deveres do casamento e a demonstração de que, em virtude destes, a vida em comum se tornou insuportável.

Compreendia a única modalidade de separação em que se imputava a um dos cônjuges ou a ambos a culpa pelo fim do casamento, aplicando-se a este(s) sanção(ões).

As punições aos considerados culpados na ação de separação judicial eram: conforme dicção dos arts. 1.694, § 2º cumulado com 1.704, § único e 1.578, todos do CC/2002, a perda do direito a alimentos, excetuando-se aqueles indispensáveis à sobrevivência, e a perda excepcional do direito de uso do sobrenome de casado.

O legislador, compreendendo que eram inúmeras as condutas que poderiam acarretar a culpa de um dos cônjuges pelo fim do matrimônio, enumerou alguns fatos ensejadores da culpa, que tinham o condão de tornar insustentável a vida a dois e deu ao juiz a faculdade de considerar outros fatores, que não os previstos no art. 1.573 do CC/2002, o qual estabelece um rol exemplificativo: o adultério, a tentativa de morte, a sevícia ou injúria grave,

²⁴ BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Publicada no DOU de 11.01.2002.

²⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 321.

o abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo, a condenação por crime infamante e conduta desonrosa.

Além da “separação-sanção,” existiam ainda duas modalidades de separação litigiosa: a “separação-falência” e a “separação-remédio”.

A primeira está expressa no art. 1.572, § 1º, do CC/2002. Segundo este dispositivo, a separação judicial pode ser requerida caso um dos cônjuges logre comprovar a ruptura da vida em comum há mais de um ano e a impossibilidade de sua reconstituição.

Assim, esse tipo de separação decorre da quebra da vida conjugal, exigindo-se que esta tenha se dado há pelo menos um ano e que não haja possibilidade de retomada do laço matrimonial.

E, por fim, prevista no art. 1.572, § 2º, do CC/2002, a “separação-remédio”. De acordo com o mencionado dispositivo, o cônjuge pode requerer a separação judicial quando o outro estiver acometido por grave doença mental, manifestada após o casamento, desde que torne insustentável a vida conjugal e que a doença tenha sido indicada como de cura improvável, após uma duração de dois anos.

Percebe-se da dicção do supramencionado dispositivo que são requisitos para a concessão da “separação-remédio”: a existência de uma enfermidade mental grave que tenha se manifestado após o casamento e cuja manifestação dure pelo menos dois anos, tendo sido considerada de cura improvável, tornando insuportável a vida em comum.

Ressalte-se, por oportuno, que, de acordo com a legislação civilista, caso não restasse comprovada a causa da separação litigiosa, isto é, a comprovação da culpa (sanção), a ruptura da vida conjugal (falência) ou a doença mental de cura improvável (remédio), a ação seria improcedente em face da ausência da causa de pedir.

Nada obstante essa inferência, já àquela época, encontrava-se firmado o entendimento acerca da irrelevância de não se conseguir fazer prova do motivo que tinha ensejado o pedido.

Saliente-se que, seja qual for a causa da separação judicial e o modo como esta se faça, é permitido ao casal restabelecer, a qualquer tempo, a sociedade conjugal, por ato regular em juízo.

3.3 Divórcio e separação extrajudiciais

Vale, por fim, ressaltar as figuras do divórcio e da separação extrajudiciais, introduzidas no CPC pela Lei nº. 11.441, de 04 de janeiro de 2007. Esta alteração admite a possibilidade de os divórcios e as separações consensuais serem efetuados extrajudicialmente, mediante escritura pública perante o tabelião.

Assim, conforme dicção do art. 1.124-A, do CPC/1973, as demandas de separação e divórcio, desde que inexistentes filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser resolvidas na via administrativa, sem demandar a presença de um juiz ou a intervenção do Ministério Público.

Ressalte-se, por oportuno, que este procedimento é facultativo. Conseqüentemente, o juiz não pode se recusar a proceder com o feito, quando for escolhida pelo casal a via judicial. No entanto, prefere-se aquele a este, uma vez que todos os efeitos pretendidos podem ser obtidos em ambos, tendo a primeira a vantagem de acarretar menores gastos econômicos, bem como evitar desgastes emocionais desnecessários.

Observe-se ainda que, nada obstante a lei processual exigir que já conste da escritura pública de dissolução do casamento acordo referente à partilha do patrimônio, ao uso do sobrenome de casado e ao dever de prestar alimentos entre si, a falta de qualquer um destes não tem a capacidade de invalidar aquele negócio.

Isso porque, quanto à partilha, a lei civil permite expressamente, em seu art. 1.581, que haja dissolução do casamento sem prévia partilha de bens; quanto à falta de regramento acerca do uso do sobrenome, presume-se a sua manutenção e, quanto a não regulamentação dos alimentos frente ao dever de mútua assistência, afere-se não serem necessários pelo menos naquele momento.

Como indica o § 1º do art. 1.124-A, do CPC, a escritura pública independe de homologação judicial e constitui título idôneo para o registro civil e de imóveis. Como corolário primeiro dessa disposição legal, tem-se que a separação, bem como o divórcio,

quando consensuais e realizados na esfera administrativa, produzem seus efeitos imediatamente com a lavratura da respectiva escritura.

Com o intento de disciplinar a Lei nº. 11.441/2007, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº. 35, de 24 de abril de 2007.

Segundo o art. 33 dessa Resolução, para a lavratura da escritura pública de separação e de divórcio consensuais, exigem-se a apresentação da certidão de casamento, do documento de identidade oficial e CPF/MF, do pacto antenupcial, se houver, da certidão de nascimento ou outro documento de identidade oficial dos filhos absolutamente capazes, se houver, da certidão de propriedade de bens imóveis e direitos a eles relativos e dos documentos necessários à comprovação da titularidade dos bens móveis e direitos, caso existentes.

Além disso, o art. 36 da mesma Resolução dispensa o comparecimento pessoal das partes à lavratura da escritura pública de separação ou divórcio consensuais, permitindo aos consortes que sejam representados por mandatário constituído, desde que dotados de instrumento público com poderes especiais.

Dessume-se, portanto, que o advento da Lei nº. 11.441/2007 promoveu um significativo avanço legislativo, haja vista contribuir, sobremaneira, com a celeridade processual, bem como com um desafogamento do Poder Judiciário.

4 A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº. 66, DE 13 DE JULHO DE 2010 E A FIGURA DA SEPARAÇÃO

A EC nº 66, de 13 de julho de 2010, alterou a redação do § 6º do art. 226 da CF/1988.

Com a referida emenda, o dispositivo constitucional que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil passou a ter uma nova redação, autorizando a extinção do vínculo matrimonial independentemente do requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos.

O antigo sistema dual, que vislumbrava a existência dos institutos da separação e do divórcio, não tem mais fundamento no ordenamento jurídico pátrio.

Seguindo uma tendência doutrinária e jurisprudencial que valoriza cada vez mais a mínima interferência possível do Estado na vida dos cidadãos, com o advento da EC n.º 66/2010, temos um sistema jurídico que preza pela autonomia da vontade das partes envolvidas que pretendem se divorciar.

Feita essa breve exposição, pertinente é delinear os aspectos mais relevantes da referida emenda.

Abordarei neste capítulo as divergentes posições adotadas pela doutrina e pela jurisprudência quanto ao destino da figura da separação, com a vigência da citada alteração constitucional, e após realizarei uma análise crítica.

4.1 Objeto da emenda

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, de acordo com o mandamento do art. 60, § 3º, da CF/1988, promulgaram a emenda que determina a

possibilidade de dissolução do casamento pelo divórcio sem a observância de um prazo prévio de separação judicial.

A EC n.º 66/2010, conhecida informalmente como a “PEC do Amor”, há muito já se encontrava em discussão, tendo início com a PEC n.º 22/1999, de iniciativa do Deputado Enio Bacci, cujo intuito era a autorização do divórcio após 1 (um) ano de separação de fato ou de direito, além de dar outras providências. Ademais, foram propostas as PEC’s 413/2005 e 33/2007. Estas, no entanto, tinham como meta acabar com o requisito objetivo para a concessão do divórcio, ou seja, propunham a alteração do art. 226, § 6º da CF/1988 com o fito de acabar com o antes necessário lapso de tempo para extinção do vínculo conjugal.

Como essas PEC’s tratavam de matéria idêntica, foram apensadas e analisadas conjuntamente culminando na edição da EC n.º. 66/2010, que surge com o objetivo de retirar do texto constitucional os requisitos - o lapso temporal e a prévia separação judicial – para a concessão do divórcio.

Assim, o ordenamento jurídico brasileiro passou a permitir o rompimento do vínculo conjugal por meio de um divórcio imediato, independente de culpa, motivação ou da separação prévia, exigindo-se, para tanto, apenas a manifestação de vontade de qualquer dos cônjuges.

A aprovação da referida emenda é fruto de uma evolução legislativa, conforme já indicado na introdução do presente trabalho, uma vez que representa os anseios da sociedade brasileira.

Sabe-se que todo ordenamento jurídico deve ser coeso, guardando harmonia, principalmente, com a sua Constituição, cerne do regramento jurídico de um Estado. Em virtude disso, o Direito de Família (como todos os ramos do Direito) deve ser analisado à luz da Constituição da República Federativa do Brasil.

Pertinente lembrar que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui direito fundamental máximo que rege a nossa Carta Magna. Corroborando esse entendimento, Ingo Wolfgang Sarlet conceitua a dignidade humana:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de

cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.²⁶

Assim, dando atenção especial ao supramencionado princípio, a emenda constitucional ora estudada proporcionou uma mudança significativa em toda a legislação pertinente à ordem familiar, haja vista a necessária concordância desta com a norma constitucional atualmente em vigor, a fim de manter a coerência de todo um sistema jurídico.

Como consequência imediata da introdução da EC nº. 66/2010, é notável uma efetiva redução da interferência do Estado na vida íntima do casal, permitindo a este a possibilidade de decidir por termo a uma relação fadada ao insucesso que só traz infelicidade para todos os integrantes do núcleo familiar.

4.2 Correntes doutrinárias

Com a promulgação e publicação da multimencionada emenda, surgiu uma grande controvérsia quanto à permanência do instituto da separação judicial no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse tópico, abordarei as principais teorias que tratam da questão proposta e, ao final, tecerei uma análise crítica com o fito de me posicionar de acordo com uma das correntes doutrinárias esmiuçadas a seguir.

4.2.1 Da manutenção do instituto da separação

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

Alguns doutrinadores acreditam que a EC nº. 66/2010 não teve o condão de revogar, ainda que tacitamente, a separação. A fim de justificar tal tese, esses autores se valem do disposto nos §§ 1º e 2º, do art. 2º, da LICC²⁷. Segundo tais dispositivos, para que uma lei seja revogada, faz-se mister que alguma dessas hipóteses esteja presente: a nova lei expressamente declare que a anterior fora revogada; a lei posterior seja incompatível com a anterior ou a nova lei regule inteiramente a matéria anteriormente tratada pela lei antiga. Além disso, caso uma lei nova venha dispor sobre alguma matéria que não a da lei antiga, esta não é revogada nem modificada.

Para eles, tais dispositivos legais também se aplicam para as modificações constitucionais. Aqui, no entanto, deveria ser feito um juízo de recepção e não de revogação do instituto.

Sustentando essa ideia, Luiz Felipe Brasil Santos²⁸ acredita que os artigos que tratam da separação e do divórcio na legislação infraconstitucional permanecem tais quais expressos. Para que sejam modificados ou ainda excluídos do ordenamento jurídico, exige-se que sejam objeto de reforma de lei própria, uma vez que não existe incompatibilidade alguma entre o texto inserto, mediante a EC nº. 66/2010, e os dispositivos que tratam da separação e do divórcio na esfera infraconstitucional.

Os doutrinadores que defendem esse posicionamento, qual seja, a subsistência da separação no nosso ordenamento jurídico, subdividem-se entre aqueles mais legalistas e aqueles mais ecléticos. Enquanto os primeiros pregam que, para a alteração constitucional surtir efeitos, é necessário que haja a modificação da legislação infraconstitucional pertinente, não tendo, portanto, a mudança aplicação direta; os últimos entendem que a separação persiste tal qual tratada na legislação infraconstitucional para aqueles que facultarem por esta, em virtude da liberdade de escolha do casal, no entanto, no que se refere ao divórcio, existe a aplicação imediata, podendo o casal que optar por este o requerer a qualquer tempo.

A guisa de exemplo, pode-se mencionar o entendimento doutrinário de Gilberto Schäfer²⁹, segundo o qual a parte da emenda que trata do divórcio tem efetividade mediata,

²⁷ BRASIL. Decreto-Lei nº. 4.657, de 04.09.1942, publicado no DOU de 09.09.1942, institui a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, redação dada pela Lei nº. 12.376, de 30.12.2010.

²⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº. 70039476221, 8ª Câmara Cível - Relator Luiz Felipe Brasil Santos – Julgado em 13.01.2011.

²⁹ SCHÄFER, Gilberto. **A Emenda Constitucional nº 66 e o divórcio no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2591, 5 ago.2010. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/17125>. Acesso em: 07.10. 2011.

dependendo, portanto, de legislação infraconstitucional. Defende que a EC n.º. 66/2010 apenas retirou a matéria do trato constitucional, deixando a nossa Constituição de tratar do instituto da separação.

Para defender sua posição, o autor lembra que o divórcio, instituto previsto na Constituição, exige regulamentação infraconstitucional, requerendo, por isso, a análise do Código Civil para compreendermos, por exemplo, o conceito e as modalidades daquele. Assim, o simples fato de a emenda em comento ter retirado os requisitos para a possibilidade do divórcio, não significa *per si* a revogação da legislação infraconstitucional que abordava o tema. Com a EC n.º 66/2010, ocorreu a extinção dos requisitos para o divórcio, dando ao legislador liberdade para abordar, não no texto constitucional, mas na seara infraconstitucional, o instituto do divórcio.

Rematando a questão, diz o supracitado autor que:

A separação, enquanto não abolida pelo legislador, pode ser utilizada por todas as pessoas que não queiram se divorciar por motivos religiosos, por esperança de voltar a conviver juntos, porque ela admite restabelecimento da sociedade conjugal.³⁰

Compartilhando do mesmo ensinamento de Gilberto Schäfer, Luiz Guilherme Loureiro³¹ acredita que o fato de a Constituição não mais exigir a separação judicial como condição para o pedido de divórcio não tem por consequência o banimento deste do nosso Direito, uma vez que não cabe à Carta Magna regular todas as hipóteses de término do matrimônio, ficando este encargo para a legislação infraconstitucional.

No mesmo sentido, Luiz Felipe Brasil Santos sustenta que “a Emenda do divórcio tem efetividade mediata, dependendo de uma mediação infraconstitucional do Direito Civil e do Direito Processual Civil”³².

Como já muito aludido no presente trabalho, a separação judicial, diferentemente do divórcio, não põe fim ao casamento, só finaliza a sociedade conjugal. Por conta disso, o ex-casal a qualquer momento poderia restabelecer o casamento.

³⁰ SCHÄFER, Gilberto. **A Emenda Constitucional nº 66 e o divórcio no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2591, 5 ago.2010. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/17125>. Acesso em: 07.10. 2011.

³¹ LOUREIRO, **Registros públicos**: teoria e prática, cit., p. 135.

³² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n.º 70039476221, 8ª Câmara Cível - Relator Luiz Felipe Brasil Santos – Julgado em 13.01.2011.

Assim, acreditam esses autores que a alteração constitucional apenas eliminou a separação e o decurso de tempo necessário para o divórcio. O que aconteceu, portanto, foi a eliminação de pré-requisitos para a concessão do divórcio, sem, no entanto, ocorrer o rechaçamento do instituto da separação judicial, persistindo, para o casal que assim o desejar, a possibilidade de apenas se separar, mantendo, portanto, o vínculo matrimonial e consequentemente a possibilidade de reconciliação.

Na mesma toada, Regina Beatriz Tavares da Silva³³ leciona que o art. 226, § 6º da CF/1988 tem natureza formal, necessitando, portanto, de regulamentação em normas infraconstitucionais. Acrescenta, ainda, que a própria Carta Magna, em virtude do direito fundamental à liberdade, justifica a manutenção do instituto da separação no nosso ordenamento. Fundamentando tal entendimento, sustenta que o casal tem livre arbítrio para escolher entre o divórcio e a separação, uma vez que estas modalidades têm diferentes consequências.

Dessa forma, em face da liberdade de escolha, corolário do princípio da autonomia da vontade dos cônjuges, cabe a estes optarem pela separação judicial ou pelo divórcio.

Ratificando esse posicionamento – a manutenção do instituto da separação no nosso ordenamento - existem algumas decisões jurisprudenciais, como as transcritas abaixo.

DIVÓRCIO DIRETO - Viabilidade do pedido - Não obrigatoriedade do Requisito Temporal 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 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 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. Com ressalva do entendimento pessoal de que somente com a modificação da legislação infraconstitucional é que a exigência relativa aos prazos legais poderia ser afastada, estou acompanhando o entendimento jurisprudencial dominante neste Tribunal de Justiça e admitindo abrandar a questão relativa aos prazos legais. Recurso provido.³⁴

³³ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *In*: Consultor Jurídico, 05/05/2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-05/pos-ec-662010-culpa-decretada-separacao-divorcio>>. Acesso em: 09.10.2011.

³⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº 70044725653, 7ª Câmara Cível - Relator Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves – Julgado em 31.08.2011 – Publicado no DJ/RJ em 02.09.2011.

SEPARAÇÃO JUDICIAL - Ação litigiosa - Possibilidade jurídica do pedido - Ocorrência - Advento da EC 66/2010 no ordenamento jurídico pátrio que não mais exige os requisitos temporais do divórcio - Emenda que nada interfere na previsão infraconstitucional da separação, nem é com ela incompatível - Inteligência do art. 226, § 6.º, da CF/1988. Agravo de instrumento. 1) Ação de separação litigiosa c/c alimentos. Proposta ministerial de extinção sem resolução de mérito. Suposta impossibilidade jurídica do pedido. 2) Advento da EC 66/2010. Ausência de manifestação dos tribunais. Cizânia doutrinária. Leading case. 3) Legislador constituinte. Retirada do palco constitucional dos requisitos imprescindíveis à separação. Antigo anseio dos estudiosos. Separação judicial não suprimida do ordenamento. 4) Legislação infraconstitucional. Compatibilidade com a nova redação da Constituição Federal de 1988. Dissolução da sociedade conjugal e do casamento civil. Distinção. 5) Liberdade ao legislador ordinário. 6) Exposição de motivos. Ausência de força normativa. Recurso improvido.³⁵

4.2.2 Do banimento do instituto da separação

Por outro lado, existe uma posição doutrinária que defende a extirpação do instituto da separação judicial do nosso ordenamento jurídico. Para essa corrente, o novel dispositivo, introduzido na nossa Constituição Federal com o advento da EC nº. 66/2010, encerra em si uma norma de eficácia imediata, isto é, de aplicação direta. Assim, quer por revogação tácita, quer por não recepção dos dispositivos infraconstitucionais que abordam o tema tratado, não há mais falar em permanência do instituto no sistema jurídico vigente, haja vista a incompatibilidade entre o divórcio direto, livre das amarras da separação prévia, e a figura da separação judicial, regulamentada na norma infraconstitucional.

Nesse sentido, dispõe Maria Berenice Dias³⁶ que, como a Constituição Federal se encontra no topo do ordenamento jurídico, quando da alteração do seu texto, como no caso em comento, tem-se a revogação tácita das normas incompatíveis com aquela.

Na mesma via de pensamento, Paulo Lôbo³⁷ constata não existir mais qualquer norma infraconstitucional que regule apenas a dissolução da sociedade conjugal, devido à incompatibilidade desta com a nova redação dada ao § 6º do art. 226, da CF/1988, uma vez

³⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Espírito Santo – Agravo de Instrumento nº. 24100917921 - 3.ª Câmara Cível – julgado em 30/11/2010. - relatora ELIANA JUNQUEIRA MUNHOS FERREIRA – Publicado no DJ/ES em 7.12.2010.

³⁶ DIAS, **Divórcio Já!** Comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010, cit., p. 30.

³⁷ LÔBO, **Direito Civil:** famílias, cit., p. 152.

que este novo texto extinguiu a separação judicial e com ela a única forma que existia de dissolução da sociedade conjugal sem promover a ruptura do vínculo conjugal.

Outro argumento a favor da derrocada da figura da separação judicial refere-se à intenção do legislador ao editar uma nova lei, devendo, quando da interpretação, ser verificada a *ratio legis*. Caso conferida a exposição dos motivos da EC nº. 66/2010, averiguar-se-á que o objetivo do legislador era acabar não só com os prazos, mas também a própria separação judicial, senão vejamos:

Como corolário do sistema jurídico vigente, constata-se que o instituto da separação judicial perdeu muito da sua relevância, pois deixou de ser a antecâmara e o prelúdio necessário para a sua conversão em divórcio; a opção pelo divórcio direto possível revela-se natural para os cônjuges desavindos, inclusive sob o aspecto econômico, na medida em que lhes resolve em definitivo a sociedade e o vínculo conjugal.³⁸

Dessa forma, pode-se constatar que a separação era, na grande maioria das vezes, uma etapa intermediária, imposta pelo Estado ao casal, na qual este refletiria sobre a escolha tomada. Em um contexto em que todas as normas devem ser interpretadas sob o prelúdio das normas e princípios constitucionais, há de se cogitar, nas relações familiares, o princípio da mínima intervenção do Estado. Sob esse ponto de vista, infere-se inútil a figura da separação, haja vista que cada pessoa tem o livre-arbítrio para decidir sobre a sua vida, cabendo a esta a escolha ou não pelo fim do vínculo conjugal que antes a ligava a outrem.

Defendendo essa posição, Rolf Madaleno³⁹ argumenta que não tinha sentido que pessoas separadas de fato ou mesmo de direito não pudessem contrair novas núpcias, mas pudessem constituir uma união estável, tanto que há no CC/2002, em seu parágrafo único do art. 1.723, o permissivo de constituição de uma entidade familiar, que não por meio do casamento, onde um ou ambos ainda estejam casados, no entanto, separados fática ou legalmente.

Ora, se aos consortes era imposto um período para avaliar a sua escolha com o intento de salvar a instituição do casamento daqueles, por que dar a estes a possibilidade de constituir uma união estável, que assim como o casamento também é capaz de construir uma entidade familiar protegida constitucionalmente, sem, no entanto, permitir aos mesmos contrair um novo matrimônio?

³⁸ BRASIL. Parecer à Proposta de Emenda à Constituição de 1988, nº 22-A. Brasília: Senado, 2007. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_pareceres_substitutivos_votos?idProposicao=14271. Acesso em 12.10.2011

³⁹ MADALENO, **Curso de Direito de Família**, 2011, cit., p. 196.

A decisão que culmina com a ruptura do enlace matrimonial passa por uma série de reflexões pelo casal, não é preciso, para tanto, que o Estado imponha a este um período obrigatório para que possa repensar sua decisão.

No mesmo sentido, Pablo Stolze defende que “a decisão de divórcio insere-se em uma seara personalíssima, de penetração vedada por parte do Estado, ao qual não cabe determinar tempo algum de reflexão.”⁴⁰

Abordando o tema de forma vanguardista, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald⁴¹ já diziam que com a Constituição de 1988, que consagrou em seu texto valores humanitários e preocupados com a dignidade das pessoas, a afetividade passou a calcar todas as relações familiares. Em decorrência disso, não cabia mais falar em manutenção de uma relação quando não mais fundada na afetividade.

Assim, como única razão para ruptura do vínculo conjugal, tem-se o fim da afeição.

Ratificando essa corrente doutrinária, vejamos os seguintes julgados:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DIVÓRCIO DIRETO. AUDIÊNCIA DE RATIFICAÇÃO. DESNECESSIDADE. SEPARAÇÃO DE FATO COMPROVADA POR PROVA DOCUMENTAL. DECLARAÇÃO DE TESTEMUNHAS (COM FIRMA RECONHECIDA EM CARTÓRIO) EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/10. APLICAÇÃO IMEDIATA.

1. Não se mostra necessária a realização de audiência de ratificação em ação de divórcio direto quando os elementos de convicção produzidos nos autos, notadamente a declaração de testemunhas (com firma reconhecida em cartório) evidenciam de forma clara a separação de fato do casal pelo lapso temporal exigido na lei, agregados ao fato de que os interessados, categoricamente, manifestam-se pela dissolução do vínculo matrimonial. 1.1. Ao demais, com a promulgação da emenda constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010, que alterou § 6º do artigo 226, da carta magna, restou abolida a prévia separação como requisito para o divórcio, e ao mesmo tempo eliminado qualquer prazo para se requerer o divórcio, seja judicial ou administrativo (lei nº 11.441/07). 1.2. Mesmo que a ação tenha sido proposta antes do início da vigência do citado diploma constitucional, nada obsta sua aplicação, na medida em que a norma constitucional tem eficácia imediata, sendo certo que os processos em curso devem se adaptar à novel realidade constitucional. 2. Recurso conhecido e desprovido.⁴²

Apelação Cível. Ação de Divórcio Direto Consensual. Prova colhida perante central de conciliação. Contagem do lapso de separação de fato. Emenda Constitucional nº

⁴⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze. **A nova emenda do divórcio**. Primeiras reflexões. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2568, 13 jul. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/16969>>. Acesso em: 13 out. 2011

⁴¹ FARIAS; ROSENVALD, **Direito das famílias**, cit., p. 283.

⁴² BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação n.º 238837120098070007, 5ª Turma Cível – Relator: Angelo Passareli – Julgado em 14.04.2011. Publicado em 13.05.2011 no DJe, p. 129.

66/2010. Aplicação imediata e eficácia plena. Ausência superveniente de interesse recursal. Recurso não conhecido. A Emenda Constitucional nº 66/2010 é norma de eficácia plena e de aplicabilidade direta, imediata e integral, que regulamenta, inclusive, os processos em curso, como 'in casu'. Diante do fato de que a prova questionada se prestaria única e exclusivamente à aferição do lapso entre a separação de fato e o pedido de divórcio direto, com o advento da nova norma constitucional, pela qual o divórcio passou a independer de restrição temporal ou causal, tornando-se o simples exercício de um direito potestativo das partes, a controvérsia resta esvaziada de interesse recursal. (...)⁴³

4.3 Análise crítica

Depois da exposição das principais correntes doutrinárias que abordam o destino do instituto da separação após a promulgação da EC nº. 66/2010, realizarei uma análise sobre aquelas, indicando a prelação por um dos pensamentos doutrinários e jurisprudenciais explanados acima.

Data venia, coaduno com o entendimento que defende a supressão da possibilidade da separação no nosso ordenamento jurídico, consagrando o divórcio como a única forma *inter vivos* de dissolver o casamento válido. Vejamos o porquê desse entendimento.

Cumprе ressaltar que, da análise histórica feita no início deste trabalho, concluímos que o antigo sistema dual – separação e divórcio – que vigorava no nosso ordenamento tinha um forte cunho religioso. No entanto, com o passar do tempo e em virtude dos apelos sociais, essa realidade mudou. Não mais se admite, que em um Estado laico, haja essa ampla interferência religiosa na vida privada de seus cidadãos.

Pode-se dizer que aquele sistema, vigente até o advento da EC nº. 66/2010, tinha por fundamento uma errônea ideia de que a imposição de empecilhos para a concessão do divórcio teria força para impossibilitar a dissolução do vínculo conjugal e, assim, preservar a família.

⁴³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação cível nº. 0616652-46.2009.8.13.0210 - 8ª Câmara Cível – Relator: Desembargador Vieira de Brito – julgado em 21.10.2010.

Atualmente vivemos em uma sociedade, que deixando para trás valores patriarcais e patrimoniais na seara do Direito de Família, preza pelos princípios, dentre outros consagrados na nossa Carta Magna, da dignidade da pessoa humana, da solidariedade familiar e da afetividade.

A dignidade da pessoa humana corresponde a um núcleo existencial que é comum a todas as pessoas, tendo este cerne de ser respeitado e protegido, traduzindo a fundamentação da nossa Constituição, correspondendo, ainda, ao princípio que rege todos os direitos fundamentais.

Esse princípio vem sendo muito empregado pela jurisprudência pátria no âmbito das relações familiares, senão vejamos:

INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNO-FILIAL – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE. A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana.⁴⁴

Já a solidariedade, prevista expressamente como um dos objetivos fundamentais da República Brasileira, no art. 3º, I, CF/1988, também deve, como vem sendo, ser empregada nas relações familiares.

A título de exemplo, pode-se considerar o dever de prestar alimentos como corolário desse princípio, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

ALIMENTOS x UNIÃO ESTÁVEL ROMPIDA ANTERIORMENTE AO ADVENTO DA LEI Nº 8.971, DE 29.12.94. A união duradoura entre homem e mulher, com o propósito de estabelecer uma vida em comum, pode determinar a obrigação de prestar alimentos ao companheiro necessitado, uma vez que o dever de solidariedade não decorre exclusivamente do casamento, mas também da realidade do laço familiar. [grifo nosso] Precedente da Quarta Turma⁴⁵

Saliente-se que esse princípio não é exclusivo da esfera patrimonial, repercutindo também na esfera afetiva das relações familiares.

⁴⁴ BRASIL. Tribunal de Alçada de Minas Gerais. Apelação Cível nº. 408.555-5 – 7ª Câmara de Direito Privado - relator: Unias Silva – julgado em 01.04.2004.

⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 102.819/RJ. Quarta Turma. Relator: Ministro Barros Monteiro – julgado em 23.11.1988. Publicado no DJ de 12.04.1999, p. 154.

Como corolário dos princípios supramencionados, tem-se o princípio da afetividade. Segundo este, o afeto deve ser o responsável pelas relações familiares, estando presente tanto entre pais e filhos, entre filhos e filhos e entre o casal.

Dessume-se, portanto, que, com o advento da Constituição Federal de 1988, que consagrou esses princípios dentre tantos outros, faz-se mister fazer uma interpretação de todas as normas pertinentes ao Direito de Família sob à luz daqueles princípios.

Nesse sentido, a manutenção do sistema binário, calcado em dois processos judiciais não mais se sustentava, haja vista ferir os supramencionados princípios.

Ratificando esse nosso entendimento, já dizia o professor Paulo Lôbo:

A superação do dualismo legal repercute os valores da sociedade brasileira atual, evitando 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 e dificultando o entendimento necessário para a melhor solução dos problemas decorrentes da separação.⁴⁶

Dessa forma, não se pode olvidar que toda e qualquer norma exige uma interpretação contextualizada. Assim, o advento de uma nova norma no sistema jurídico requer não apenas uma leitura literal, mas sim integralizada com o contexto histórico em que inserida, a fim de que se encontrem elementos suficientes para se averiguar de toda a razão de ser daquela nova norma jurídica.

Em face dessa necessária interpretação sistêmica, ainda que haja a resistência de alguns, a meu ver, não há mais que falar em separação no nosso ordenamento.

Além do contexto histórico, podemos ainda nos valer da superioridade normativa da Constituição para embasar esse posicionamento.

Na tentativa de embasar a corrente que prega a manutenção do instituto da separação no nosso ordenamento, alguns doutrinadores dizem que a nova norma constitucional não tem eficácia imediata, cabendo à legislação infraconstitucional regulamentar esse instituto, dizem que a Constituição Federal apenas retirou da sua esfera a separação, deixando para as leis infraconstitucionais o encargo de regulamentar as hipóteses de ruptura do casamento.

⁴⁶ LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 150-151.

Com todo o respeito, discordo dessa ideia, uma vez que a Constituição deixou de tutelar a separação judicial, haja vista a supressão desta como requisito para a concessão do divórcio.

Partindo da premissa de que a nossa Carta Magna se encontra no ápice do ordenamento jurídico, todas as demais normas devem, em face do princípio da primazia da Constituição, bem como da harmonização jurídica, ser coerentes e harmônicas com aquela.

Ora, se a própria Constituição deixou de prever a figura da separação como pode esta, ainda que prevista no âmbito infraconstitucional, permanecer no nosso ordenamento jurídico, já que este tem por fundamento maior a Constituição?

Assim, a meu ver, pode-se dizer que, com o advento da EC nº. 66/2010, a figura da separação, assim como toda a legislação infraconstitucional pertinente a ela, restaram não recepcionadas pela nova ordem constitucional vigente, uma vez que incompatíveis com este.

De acordo com o entendimento do STF⁴⁷, quando uma norma infraconstitucional não é recepcionada por um novo parâmetro constitucional, diz-se que aquela resta revogada por esta, uma vez que há uma “incompatibilidade vertical superveniente”, levando-se em conta que, como a Constituição traduz norma hierarquicamente superior, por estar no topo do ordenamento jurídico, revoga lei inferior que com ela incompatível.

Percebe-se, da análise histórica dos institutos da separação e do divórcio, que aquele tinha por fito maior a sua posterior conversão neste.

Assim, com a alteração constitucional que tornou o divórcio livre de amarras, transformando-o em um direito potestativo, não há mais por que se falar na figura da separação.

Dessa forma, ao suprimir a menção a separação judicial, não existe razão para que sejam mantidos os artigos infraconstitucionais que a regulavam.

Pode-se, ainda, falar da intenção da lei ao ser editada. Como já expresse na exposição da corrente doutrinária que defende a extirpação da separação judicial, falamos da *intentio legis*, inclusive, citando um enxerto inserto na exposição dos motivos da EC nº.

⁴⁷ BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade-7/DF. Relator: Ministro. Celso de Mello. Publicado no DJ em 04.09.1992, p. 14087, Ementa. Volume: 01674-01 p. 1.

66/2010. Sendo esta fruto de um forte movimento que prega a mínima intervenção do Estado nas relações particulares, infere-se que a intenção da nova norma constitucional era banir do ordenamento a figura da separação, uma vez que esta há muito tempo vem sendo cada vez mais desprestigiada.

Outro ponto utilizado como defesa da tese acolhedora da manutenção da figura da separação contempla a ideia de que, ao contrário do divórcio, a separação tem o condão de acabar apenas com a sociedade conjugal, tendo como efeito a possibilidade de reconciliação a qualquer tempo, se for da vontade conjunta. Assim, caso o casal não tivesse certeza da escolha tomada, poderiam retomar a sociedade conjugal, sem ter de recorrer a um novo casamento.

A meu ver, tal argumento não deve prosperar por dois motivos.

Primus, ao tomar a decisão de romper o vínculo matrimonial, o casal deve maturar com responsabilidade essa deliberação. Além disso, em virtude de nos encontrarmos hoje em uma sociedade que preza cada vez mais pela redução da interferência estatal na autonomia privada, tanto que previsto no CC/2002, em seu art. 1.513, a vedação à interferência do Estado nas relações familiares, não me parece coerente que ao Estado seja concedida a incumbência de impor um lapso temporal para que os consortes reflitam sobre as suas escolhas.

Assim, na minha concepção, a escolha pelo divórcio tem caráter personalíssimo, cabendo esta apenas aos consortes, uma vez que só eles podem dizer quando não mais existe o fundamento para a continuação da vida conjugal, isto é, quando não existe o afeto que antes os unia. Não pode, portanto, o Estado querer se intrometer na relação daqueles, sob a justificativa de proteção da unidade familiar, a qual hoje se encontra pautada nas ideias de afetividade e pluralidade, haja vista que o casamento não é mais a única forma legítima capaz de compor uma família constitucionalmente protegida.

Dessa forma, deve ser concedida aos cônjuges – sem a imposição de prazos - a possibilidade de saírem de uma relação malsucedida, sem afeto e felicidade, a fim de buscarem em outra relação a tão sonhada felicidade.

Secundus, caso o casal não tenha a certeza necessária para romper o vínculo conjugal, pode recorrer às figuras da separação de fato e da separação de corpos.

Com o advento da EC nº. 66/2010, ocorreu a supressão do prazo de separação de fato para fins de concessão do divórcio dito direto. Segundo o professor Paulo Lôbo⁴⁸, o que desapareceu foi a função da separação de fato como requisito para o divórcio, no entanto, foram mantidos outros efeitos jurídicos decorrentes daquela situação fática, quais sejam, fim dos deveres conjugais e a interrupção do regime de bens. Assim, o tempo de reflexão em caso de dúvida na manutenção da relação pode ser dado através da separação de fato e da separação de corpos, as quais têm o condão de interromper, desde logo, a comunicabilidade de bens, gerando os mesmos efeitos da separação judicial, com a vantagem de, em caso de reconciliação, não ser necessária a formalização do restabelecimento da sociedade conjugal.

Ressalte-se que, caso o casal se divorcie e depois se reconcilie, não há nada que os impeça de contrair novas núpcias, bastando, para tanto, a realização de novo processo de habilitação, que dispensa a presença de advogados, e a realização do ato notarial, o qual quando se trata de pessoas pobres, na forma da lei, é gratuito.

Ao contrário, o processo de reconciliação encerra tarefa mais árdua, uma vez que, apesar de poder ocorrer a qualquer tempo, a pedido dos cônjuges, exige que as partes, através de um advogado, peticionem ao Juízo que decretou a separação, dando-lhe ciência deste fato. E, na via administrativa, tal ato deve ser feito perante o tabelião, mediante escritura pública, exigindo-se ainda a presença de advogado, devendo o casal pagar as despesas decorrentes do procedimento (quando não pobres, na forma da lei), bem como com os honorários advocatícios.

Por fim, na tentativa de defender a continuação da separação judicial, existem aqueles doutrinadores que acreditam que a exclusão daquele instituto do nosso ordenamento jurídico teria o condão de banalizar o “descasamento”.

No meu entendimento, não procede a afirmação de que a mudança introduzida no nosso ordenamento espalharia e inculcaria nos casais e futuros casais um sentimento de vulgarização do instituto do divórcio, fazendo com que surgisse uma onda de divórcios em face da facilidade para a sua aferição.

Isso porque o fato de um casal querer romper os laços que os unem não tem conexão alguma com a maneira como esta se realiza. Esse desejo se sobressai quando a

⁴⁸ LÔBO, **Direito civil**: famílias, cit., p. 167.

relação não mais permite a união entre as pessoas, isto é, quando não é mais possível ser feliz com o seu par.

É certo que a conservação do meio familiar deve ser buscada de todas as formas possíveis, só se recorrendo à ruptura do vínculo que une o casal após todas as tentativas terem sido experimentadas. Qualquer ruptura (mesmo a separação) deve ser o último recurso, quando verificado que não há mais possibilidade de recuperação daquele vínculo que antes unia o casal.

Sabe-se, como bem informa a nossa Constituição Pátria, em seu art. 226, que a família é a base da sociedade, devendo, portanto, ser protegida de todas as formas, inclusive tendo proteção especial do Estado. Ressalte-se, no entanto, que, diferentemente do que ocorria sob a égide da CF/1977, a única forma de se constituir uma família se dava por meio do casamento. Atualmente, além dessa, existem outras maneiras de se construir uma família, como a família monoparental, a constituída mediante uma união estável e as famílias homoafetivas.

A EC nº. 66/2010 logrou promover uma facilitação no procedimento de ruptura do vínculo matrimonial, retirando obstáculos irracionais para a sua consecução.

Ora, acredita-se, realmente, que a colocação de empecilhos em um processo separatório irá fazer com que o casal disposto a se separar volte atrás e não mais peça o divórcio? Se sim, será saudável se manter em uma relação fundando-se unicamente na dificuldade de propor uma ação de separação/divórcio?

Observe-se, por oportuno, que o antigo sistema binário exigia a realização de dois procedimentos distintos para que o vínculo matrimonial restasse definitivamente rompido, tornando possível aos cônjuges a contração de novas núpcias. Essa necessidade, além de proporcionar maiores gastos ao casal, também prolongava desnecessariamente o sofrimento, inerente a qualquer separação.

Sem falar no já citado entendimento de Rolf Madaleno⁴⁹ que indicava a incoerência de se permitir ao separado que constituísse união estável, sem, no entanto, autorizar novas núpcias. Em virtude disso, aquele que estivesse separado judicialmente, caso

⁴⁹ MADALENO, *Curso de Direito de Família*, 2011, cit., p. 196.

desejasse contrair um novo casamento, deveria esperar um lapso temporal para poder formalizá-lo.

Ademais, cumpre ressaltar que, sob o ponto de vista econômico, mostra-se mais vantajosa a corrente doutrinária segundo a qual não há mais falar em separação judicial, haja vista que as partes arcam apenas com as despesas relacionadas ao divórcio.

Dessume-se, portanto, que não há razão de ser na figura da separação judicial, uma vez que esta, como estágio intermediário para a consecução do divórcio, não é mais exigida em âmbito constitucional. Demonstra-se, assim, que a manutenção da separação só teria o condão de dificultar o rompimento definitivo do vínculo matrimonial, fazendo com que todos os envolvidos sofressem mais do que o necessário nesse processo já difícil de ruptura.

5 REFLEXOS DA ALTERAÇÃO CONSTITUCIONAL INTRODUZIDA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº. 66, DE 13 DE JULHO DE 2010

Como amplamente discutido no decorrer do presente trabalho, a EC nº. 66/2010 acabou com os pré-requisitos para o pleito do divórcio, tendo por consequência uma alteração significativa sobre o modo de se dissolver um casamento.

Além disso, caminhando lado a lado com a sociedade, o ordenamento jurídico deve ser interpretado de forma a constituir um espelho dos anseios visualizados no meio social. Ademais, deve-se prezar nas relações familiares por princípios consagrados na nossa Carta Magna, em especial pelos princípios da dignidade da pessoa humana, solidariedade familiar e afetividade.

Dessa forma, como já indicada pela maior parte da doutrina e da jurisprudência (ainda antes do advento da modificação constitucional), não há mais falar em discussão de culpa na esfera familiar.

Em face dessa nova realidade, surgiram também inúmeras dúvidas a respeito da situação jurídica daqueles que já se encontravam separados judicialmente (ou extrajudicialmente) ao tempo da entrada em vigor da Emenda, bem como em relação às ações de separação judicial em curso.

Neste capítulo, abordarei os principais reflexos da alteração constitucional no âmbito do Direito de Família, tendo em mente a existência de situações singulares que devem ser analisadas de forma que o princípio da segurança jurídica não seja ignorado, uma vez que situações jurídicas já consolidadas à época em que vigente determinada lei não podem ser desfeitas pelo advento de uma nova lei⁵⁰.

Insta lembrar que as alterações impostas pela EC nº. 66/2010 podem ser verificadas a partir da entrada daquela em vigor, uma vez que o novo dispositivo constitucional tem eficácia imediata.

⁵⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O novo divórcio**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 139.

5.1 O fim da culpa no divórcio e suas repercussões

O Código Civil, no *caput* do art. 1.572, previu a única modalidade de dissolução da sociedade conjugal – a extinta (a nosso ver) “separação-sanção” – em que era permitida a perquirição da culpa pelo fracasso do casamento. Assim, caso algum dos cônjuges violasse os deveres do casamento ou praticasse alguma conduta desonrosa, seria considerado culpado, devendo arcar com as consequências da sua “culpa”.

O cônjuge declarado culpado sofreria algumas “sanções”, quais sejam, a perda do direito de requerer alimentos, a não ser que não tivesse condições de trabalhar ou que estivesse necessitado e não tivesse mais ninguém a recorrer (art. 1.704, do CC/2002), e a perda do direito de continuar a usar o sobrenome do outro, podendo mantê-lo nos casos em que a alteração pudesse acarretar prejuízo evidente para a sua identificação, manifesta distinção entre o seu nome e dos filhos da união dissolvida ou ainda dano grave reconhecido na decisão judicial (art. 1.578, do CC/2002).

Conforme explanado no capítulo anterior, apesar das divergências doutrinárias e jurisprudências pertinentes a figura da separação judicial pós-EC nº. 66/2010, adotei, neste trabalho, a corrente que defende a extinção do instituto da separação judicial do nosso ordenamento. Em face do fim da separação, não há razão para que a culpa seja discutida na demanda do divórcio.

Consignando com esse entendimento, Rodrigo da Cunha Pereira defende que:

Tendo suprimido tais prazos e o requisito da prévia separação para o divórcio, a Constituição joga por terra aquilo que a melhor doutrina e a mais consistente jurisprudência já vinha reafirmando há muitos anos, a discussão da culpa pelo fim do casamento, aliás, um grande sinal de atraso do ordenamento jurídico brasileiro.⁵¹

Antes mesmo do advento da supramencionada emenda, a jurisprudência pátria já considerava desnecessário, para o deslinde da ação, a identificação de conduta culposa por parte dos cônjuges, senão vejamos:

⁵¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A Emenda Constitucional nº. 66/2010: semelhanças, diferenças e inutilidades entre separação e divórcio e o Direito Intertemporal.** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=647>. Acesso em 12.10. 2011.

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 de trabalho há mais de vinte anos e ainda dispõe de condições de incrementar 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 às partes a formulação de pedido de quinhão. Deve-se evitar ao máximo o indesejado condomínio. Apelo parcialmente provido. Divórcio decretado.⁵²

A extirpação da perquirição da culpa em sede de discussão do vínculo conjugal encontra respaldo nos princípios da dignidade da pessoa humana e do livre-arbítrio e no direito à vida privada, uma vez que os cônjuges têm plena liberdade para decidir sobre a extinção do vínculo que lhes une, sem ter que expor a sua vida íntima na esfera judicial, bem como sem a necessidade de declinar alguma causa para tanto.

Dessume-se, portanto, que a discussão da culpa nessa esfera é de todo desnecessária, uma vez que, conforme evidencia Maria Berenice Dias⁵³, é muito difícil atribuir a apenas um dos cônjuges o fardo do fracasso do casamento, bem como pelo fato de não ser sustentável a interferência do Estado na vida íntima do casal.

Dessa forma, uma vez que não se fala mais em culpa (nem em lapso temporal) nas ações de divórcio, estas se fundamentam exclusivamente no colapso da relação afetiva que unia o casal, ou seja, a relação em que não é mais possível ser feliz teve um fim.

Como dito na abertura desse tópico, o reconhecimento da culpa na esfera judicial ensejava dois efeitos: a possibilidade de perda do uso do sobrenome de casado e a possibilidade de perda do direito de pleitear alimentos.

No que pertine à perda do sobrenome de casado, deve-se ter em mente que, conforme ensinamento de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal⁵⁴, uma vez que o consorte passa a adotar o sobrenome do outro, este passa a incorporar a personalidade daquele, passando a gozar de proteção legal (direitos de personalidade).

⁵² BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação cível nº. 70021725817 – 7ª Câmara cível – Relatora: Maria Berenice Dias – julgado em 23. 04.2008.

⁵³ DIAS, **Divórcio Já!** Comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010, cit., p. 49.

⁵⁴ FARIAS; ROSENTHAL, **Direito das famílias**, cit., p. 327.

Em respeito aos direitos de personalidade (nome é um direito personalíssimo), não há que se falar em perseguição da culpa a fim de obrigar que um consorte deixe de adotar o sobrenome do outro. Cabe ao cônjuge a escolha, quer pela manutenção, quer pelo retorno ao nome de solteiro.

Na prática forense, já se verificava a inutilidade do reconhecimento da culpa quanto a este efeito, senão veja-se:

DIREITO DE FAMÍLIA. CONVERSÃO DE SEPARAÇÃO EM DIVÓRCIO. DIREITO DO CÔNJUGE VIRAGO A MANTER O NOME DE CASADA. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA. Artigo 1.578, § 2º e 1.571, § 2º, do Código Civil. Recurso conhecido e desprovido⁵⁵

Já no que se refere à possibilidade de alteração da natureza dos alimentos para a extinta figura do culpado pela separação do casal, pertinente o entendimento de Rolf Madaleno⁵⁶. Segundo o autor, os alimentos têm por fito prover a subsistência do consorte que não tem condições de arcar com a sua sustentação, não podendo, portanto, este ser tido como um dever indenizatório em virtude da quebra culposa do vínculo matrimonial.

Assim, o direito aos alimentos deve ser compreendido à luz do princípio da solidariedade e não da culpabilidade.

No mesmo sentido, já se posicionavam os tribunais:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. SEPARAÇÃO LITIGIOSA. ALIMENTOS. CULPA. No que respeita à culpa, é entendimento pacífico deste órgão fracionário que se mostra irrelevante e um retrocesso sua imputação a um dos cônjuges. Em verdade, a contenda acerca dos alimentos deve ser analisada à luz do binômio necessidade-possibilidade. Mantida a fixação dos alimentos em favor da separanda, face à enfermidade de um dos filhos dos litigantes. Reduzido o percentual da obrigação alimentar devida aos menores, diante do princípio da proporcionalidade. Deram parcial provimento à apelação. Unânime.⁵⁷

Apesar de não mais existir a culpa em sede de divórcio, ela ainda persiste no nosso ordenamento nas ações indenizatórias.

A título de esclarecimento, pode-se observar que, enquanto a perquirição da culpa na separação judicial podia ser verificada quando do descumprimento de algum dever

⁵⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação cível nº. 2005.001.32859 – Relator: João Carlos Guimarães – julgado em 31.01.2006.

⁵⁶ MADALENO, **Curso de Direito de Família**, 2009, cit., p.287.

⁵⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação cível nº. 70010807840 – 7ª Câmara Cível – Relatora: Walda Maria Melo Pierro – julgado em 15.06.2005.

conjugal, na esfera da reparação de danos, exige-se, para tanto, que exista uma conduta capaz de, nos termos do art. 186, do CC/2002, violar direito ou causar dano a outra pessoa, podendo este ser inclusive de caráter moral.

Assim, o cônjuge pode violar um dever matrimonial sem ensejar, no entanto, a obrigação de reparar ao outro, bem como pode cometer algum ato que não enseje violação dos deveres do casamento, mas tenha o condão de impor a obrigação de ressarcir os danos de qualquer natureza, desde que comprovados a conduta, o dano e o nexo causal.

Conclui-se, portanto, que totalmente descabida a discussão da culpa na esfera de dissolução do casamento, uma vez que, com o advento da EC nº. 66/2010, o único fundamento para a ruptura da vida em comum corresponde à impossibilidade de se continuar em uma relação fadada ao fracasso.

Além disso, nos dizeres de José Fernando Simão⁵⁸, a controvérsia em torno da culpa tem o condão de impedir a ruptura célere do vínculo conjugal, bem como impor aos cônjuges uma desnecessária e dolorosa dilação probatória.

5.2 Aspectos processuais do novel divórcio

Nesse tópico, abordaremos as novas características do divórcio, tratando, ainda, das questões pertinentes ao procedimento do mesmo.

Inicialmente, cumpre conceituar o divórcio no ordenamento brasileiro vigente (surgido com o advento da EC nº. 66/2010). Com maestria, os professores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho indicam esse instituto como sendo uma “forma voluntária de extinção da relação conjugal, sem causa específica, decorrente de simples

⁵⁸ SIMÃO, José Fernando. **A PEC do divórcio e a culpa: impossibilidade**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=627>. Acesso em 11 de outubro de 2011.

manifestação de vontade de um ou de ambos os cônjuges apta a permitir, conseqüentemente, a constituição de novos vínculos matrimoniais.”⁵⁹

Para esses doutrinadores⁶⁰, a Emenda Constitucional supracitada fez com que o divórcio fosse reconhecido como o mero exercício de um direito potestativo.

O novo divórcio tem por efeitos a dissolução da sociedade e do vínculo conjugal, bem como o fim do regime de bens entre o casal.

Assim, livre de qualquer obstáculo imposto pelo legislador, o divórcio pode ser requerido a qualquer tempo.

Em face da extinção do regime de bens, impõe-se a efetuação da partilha. No entanto, esta pode ser feita durante ou depois da demanda do divórcio.

Atualmente, não existem, no ordenamento, os antigos divórcios diretos e indiretos. Isso se dá porque, com a mudança introduzida no sistema jurídico vigente, todo divórcio será direto, podendo ser extrajudicial ou judicial.

O divórcio extrajudicial encerra a possibilidade de um processo sem a presença de juízes e membros do Ministério Público, podendo ser concedido pela via administrativa.

Saliente-se, por oportuno, que, para o casal optar por essa alternativa, faz-se mister que sejam obedecidos os requisitos impostos pela Lei n°. 11.441, de 2007.

Assim, para que seja possível optar pelo divórcio extrajudicial, mediante escritura pública lavrada por notário, é necessário que: exista o consenso entre as partes envolvidas; não haja filhos menores ou incapazes havidos na relação matrimonial e haja a assistência por advogado ou defensor público, que podem ser comuns ou não para os cônjuges.

Essa faculdade resulta dos desejos da sociedade brasileira, que busca cada vez mais pela simplificação dos processos, haja vista o enorme número de procedimentos que tramitam pela Justiça brasileira, tornando-a, por vezes, muito lenta e burocrática.

⁵⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O novo divórcio**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 26.

⁶⁰ *Ibidem*, cit., p. 43.

Já o divórcio judicial divide-se, como antes, em litigioso e amigável. O primeiro diz respeito àqueles casos em que não exista concordância entre o ex-casal quanto a algum dos efeitos da ruptura do vínculo (guarda dos filhos, alimentos, uso do nome, etc.).

Observe-se que, apesar de não se exigirem mais causas objetivas e subjetivas para a decretação do divórcio, outras questões devem ser acordadas, podendo, quanto a estas, não existir consenso entre os consortes, daí porque falar em divórcio judicial litigioso.

Feitas essas considerações preliminares, passemos a analisar os aspectos procedimentais do novo divórcio.

Sabe-se que a demanda de divórcio é personalíssima, assim, apenas os cônjuges podem requerê-la, judicialmente ou extrajudicialmente. Nada obstante, nos casos em que verificada a incapacidade de um dos cônjuges, este poderá ser representado pelo curador, pelos ascendentes ou ainda pelos irmãos, tendo estes legitimidade para pedir o divórcio ou para apresentar defesa.

Em todos os tipos atuais de divórcio, conforme dizeres do professor Paulo Lôbo⁶¹, exige-se, para a sua concessão, apenas a certidão de casamento e a definição das questões essenciais, quais sejam, a guarda dos filhos (se existirem), sobrenome dos cônjuges e partilha dos bens.

Lembrando que, quanto a este último, pode ser decidido em momento posterior.

Quanto ao rito a ser seguido, prelecionam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho⁶² que o consensual deve seguir as regras do procedimento de jurisdição voluntária, disposto nos arts 1.103 e seguintes do CPC/1973, enquanto o litigioso deve obedecer ao procedimento ordinário, previsto nos arts. 282 e seguintes do CPC/1973.

No que diz respeito à defesa a ser alegada pelo outro cônjuge nos casos de divórcio litigioso, indicam os professores mencionados acima⁶³ que cabe àquele, além de suscitar questões processuais (alguma nulidade ou inexistência do vínculo conjugal, por exemplo), manifestar-se sobre os efeitos jurídicos determinados com o fim do vínculo conjugal.

⁶¹ LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 154-155.

⁶² GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, **O novo divórcio**, cit., p. 136.

⁶³ *Ibidem*, cit., p. 136-137

Arrematando as questões procedimentais, pertinente falar sobre a possibilidade de reconciliação do casal após o pedido de divórcio formulado.

Discorrendo sobre o tema, Gagliano e Pamplona Filho⁶⁴ ensinam que, caso a ação tenha sido intentada sem, no entanto, ter sido acolhida pelo juiz, o casal que deseja se reconciliar deve pedir a desistência da ação, fazendo com que o processo seja extinto, sem resolução de mérito. Se, no entanto, as partes se reconciliarem após a decretação da sentença, não resta outra solução senão contrair, caso queiram, novas núpcias.

Insta salientar que, para produzir efeitos, é necessário que a sentença definitiva do divórcio judicial, consensual ou litigiosa, seja registrada no registro público competente de acordo com a exigência do artigo 32 da Lei nº. 6.515/1977.

5.3 Direito intertemporal

Conforme se depreende do art. 5º, XXXVI, da CF/1988, devem ser preservados o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, corolários da tão estimada segurança jurídica. Na tentativa de se ver respeitado esse princípio, algumas situações peculiares surgiram com o advento da EC nº. 66/2010, uma vez que esta tem eficácia imediata, em virtude da supremacia do nosso texto constitucional.

Dessa forma, com o advento da modificação constitucional, surgiram algumas situações ditas transitórias, quais sejam: a posição daqueles que já estavam separados judicialmente ou extrajudicialmente na data da entrada em vigor da EC nº 66/2010 e o arranjo dos processos de separação judicial que estão em curso, sem ter ainda uma sentença.

Abordaremos essas duas questões a seguir.

⁶⁴GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, **O novo divórcio**, cit., p. 138.

5.3.1 A situação jurídica das pessoas separadas judicialmente quando da promulgação da Emenda Constitucional nº. 66, de 13 de julho de 2010

Segundo entendimento do professor Paulo Lôbo⁶⁵, aqueles que estão separados judicialmente ou extrajudicialmente continuam com esse *status*, devendo sustentar as condições do acordo feito consensualmente ou impostas judicialmente.

Compartilhando do mesmo entendimento, Maria Berenice Dias, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho.

Dessume-se, portanto, que as pessoas separadas não podem, instantaneamente, com o advento da emenda, serem consideradas divorciadas. Para tanto, exige-se que um ou ambos os cônjuges peçam o divórcio, o qual não está vinculado a quaisquer restrições de ordem objetiva ou subjetiva.

Desse modo, essas pessoas que se encontram separadas, quer judicial, quer extrajudicialmente, ainda possuem um vínculo matrimonial. Como consequência dessa situação, podem restabelecer a sociedade conjugal anteriormente rompida.

5.3.2 Processos de separação judicial em curso, sem prolação de sentença

Segundo entendimento dos professores Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho⁶⁶, as ações de separação que se encontram tramitando devem ser suspensas para que o magistrado dê ciência às partes ou aos interessados da impossibilidade do pedido, concedendo-lhes prazo para adaptarem o seu pedido, solicitando o divórcio, e não a separação. Não há falar aqui na restrição imposta no art. 264 do CPC, uma vez que estamos frente à superveniência de uma nova ordem jurídica que não mais sustenta o pedido anteriormente feito (de separação).

⁶⁵ LÔBO, **Direito civil: famílias**, cit., p. 164.

⁶⁶ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, **O novo divórcio**, cit., p. 140-141.

Caso as partes, após intimação para se manifestarem, permanecerem inertes, deixando transcorrer *in albis* o prazo, o juiz deverá extinguir o processo, sem resolução de mérito, em virtude da perda de interesse processual superveniente.

Dessume-se, portanto, que os processos que tratam da separação, judicial ou extrajudicial, deverão alterar o seu objeto, tornando-os compatíveis com o ordenamento vigente.

CONCLUSÕES

Ante o exposto, conclui-se que:

01 – O divórcio passou, no Brasil, por quatro fases, quais sejam:

1.1 – Indissolubilidade absoluta do vínculo conjugal, marcada pela forte influência da Igreja Católica (para ela, o casamento é um sacramento indissolúvel). Perdurou até o advento da EC nº. 9/1977. Durante essa fase, havia apenas a figura do desquite, que tinha o condão de encerrar a sociedade conjugal, sem, no entanto, dissolver o vínculo matrimonial, não permitindo, portanto, que as pessoas desquitadas contraíssem novas núpcias;

1.2 – Possibilidade do divórcio, porém com a exigência de um pressuposto: separação judicial prévia. A previsão ditada pela EC nº. 9/1977 serviu de substrato para a edição da Lei nº. 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Esta, por sua vez, regulamentou o divórcio no Brasil, além de regular a figura da separação judicial, antigo desquite. Assim, nessa fase, era possível o pedido do divórcio, entretanto era necessária a prévia separação judicial por um período de três anos, conforme previsão constitucional;

1.3 – Alargamento da possibilidade do divórcio. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, surgiu a figura do “divórcio-direto” no nosso sistema jurídico. Além do divórcio que exigia, para a sua concretização, a separação prévia, agora por apenas um ano, existia o divórcio que só exigia como requisito o decurso do lapso temporal de mais de dois anos de separação de fato;

1.4 – Possibilidade de divórcio, livre de pressupostos. Com o advento da EC nº. 66/2010, o divórcio passou a ser uma prerrogativa de qualquer cidadão, podendo este, se assim o quiser, requerê-lo.

02 – A EC nº. 66/2010 consagrou o divórcio como um direito potestativo, isto é, um direito subjetivo desvinculado de qualquer requisito (prévia separação judicial ou decurso de tempo de separação de fato), exigindo-se apenas a manifestação da vontade do(s) cônjuges(s).

03 – A norma constitucional instituída pela supramencionada emenda tem aplicação direta e imediata.

04 - Da evolução histórica e social do casamento e sua dissolução, bem como tendo em mente a intenção do legislador, que consagra os anseios da sociedade, tem-se que as normas infraconstitucionais pertinentes à separação restaram não recepcionadas pela nova ordem instituída, que extirpou do diploma constitucional a figura da separação.

05 – Como consequência da aplicação dos princípios da primazia da Constituição e da interpretação conforme a Constituição, faz-se necessária a aplicação das normas consagradas por este diploma em todos os ramos do Direito, não sendo diferente para o Direito de Família. Assim, as normas infraconstitucionais devem guardar coerência com a Carta Magna, considerada o ápice do ordenamento jurídico, sob pena de desarmonizar todo o sistema jurídico.

06 – Como corolários dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, os consortes devem poder, caso não mais presente o *amor inter coniuges*, se divorciar, sem ter de observar prazos antigamente impostos pelo intervencionismo estatal.

07 – Ainda como prolongamentos daqueles princípios, devem ser rechaçadas do nosso ordenamento as regras de caráter essencialmente patrimonialista, que prezam mais pelos bens, em detrimento do indivíduo *per si*.

08 – A análise de uma alteração constitucional deve ser feita observando-se as mudanças sociais e a evolução da sociedade, de forma a captar verdadeiramente os anseios desta.

09 – A EC n.º 66/2010 extirpou a separação do direito brasileiro, instituindo o divórcio direto, sem prazo estabelecido ou formalidades desnecessárias, trazendo uma mudança significativa no Direito de Família.

10 – O fim da figura da separação no nosso ordenamento traz vantagens do ponto de vista econômico e social, uma vez que, com a EC n.º. 66/2010, evita-se a duplicidade de processos para romper de forma definitiva o vínculo matrimonial que antes unia o casal, bem como torna mais rápido um inevitável processo de ruptura, causando menos danos emocionais aos envolvidos.

11 - Desse modo, demonstrou-se a pertinência do entendimento daqueles que defendem a exclusão da figura da separação do nosso ordenamento jurídico.

12 - Na atual composição da sociedade e da família brasileira (plural e igualitária), a consideração do princípio da culpa não se revela mais possível. Isso porque, quando se admite a perquirição da culpa nos processos de dissoluções matrimoniais, se atenta, sem dúvida, a valores consagrados na nossa Constituição, como o princípio da dignidade das pessoas, o direito à vida privada e o direito à solidariedade.

13 - O fim do casamento tem por fundamento o fim do afeto que antes unia o casal, não se pode determinar a culpa a um dos consortes de forma objetiva, uma vez que trata de questão complexa e essencialmente subjetiva.

14 – Dessa feita, a supracitada EC nº. 66/2010 teve o condão de banir do sistema jurídico a necessidade de averiguação da culpa para fins de divórcio, consolidando o que a doutrina e a jurisprudência já vinham mitigando há tempos.

15 – No que se refere à situação dos separados judicialmente e ainda não divorciados, não podemos dizer que, com o advento da emenda, estes foram automaticamente convertidos em divorciados, em atenção ao princípio da segurança jurídica. Estes vão continuar com o *status* de antes, isto é, separados judicialmente, podendo, se assim o quiserem, reconciliar-se ou pedir a decretação do divórcio.

16 – Quanto aos processos de separação que se encontram em trâmite, sem terem ainda sentença, concorda-se com o entendimento que encerra a necessidade de paralisação desses para que as partes, devidamente cientes, possam, querendo, alterar o pedido. Caso não o façam ou deixem transcorrer o prazo concedido, o processo deve ser extinto, sem resolução de mérito.

17 - Em que pese, conforme demonstrado, a existência de posicionamentos diversos e muitas vezes opostos em relação a alguns assuntos, que reclamam uma consolidação por parte da doutrina, pode-se deduzir, por fim, que a EC nº. 66/2010 constitui um progresso na seara do Direito de Família, estando em harmonia com a nossa Carta Magna, que consagra o princípio da dignidade da pessoa humana como o fundamento de todos os direitos fundamentais.

BIBLIOGRAFIA

ASSIS, Arnaldo Camanho de. **Questões práticas sobre a repercussão da EC nº 66/2010 nos processos em andamento.** Disponível em: <http://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/2294034/artigo-questoes-praticas-sobre-a-repercussao-da-ec-n-66-2010-nos-processos-em-andamento-por-arnaldo-camanho-de-assis>. Acesso em 12 de outubro de 2011.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de família.** Campinas: Red Livros, 2001.

BRASIL. Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania. **Parecer nº. 863, de 24 de junho de 2009: proposta de emenda à Constituição nº. 28, 2009.** Senado Federal. Brasília. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=60852&tp=1>. Acesso em: 30 de setembro de 2011.

_____. **Parecer à Proposta de Emenda à Constituição de 1988, nº 22-A.** Brasília: Senado, 2007. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_pareceres_substitutivos_votos?idProposicao=14271. Acesso em 12 de outubro de 2011.

CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e separação.** 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

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

_____. **Manual de Direito das Famílias.** 5.ed.rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Nova lei do divórcio acaba com a separação judicial.** Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/pt/nova-lei-do-divorcio-acaba-com-a-separacao-judicial.cont>. Acesso em 16 de setembro de 2011.

_____. **Separação e divórcio: uma inútil duplicidade.** Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/3_-_separa%E7%E3o_e_div%F3rcio_uma_in%FAtil_duplicidade.pdf. Acesso em 16 de setembro de 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 20. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 5.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 21. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 5.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 26. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 5.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **A nova emenda do divórcio**. Primeiras reflexões. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2568, 13 jul. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/16969>>. Acesso em: 13 de outubro de 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O Novo Divórcio**. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

LAGRASTA, Caetano. **Divórcio — O Fim da Separação e da Culpa?** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=690>. Acesso em 30 de agosto de 2011.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros Públicos: teoria e prática**. São Paulo: Método, 2010.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. **Curso de Direito de Família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito de família**. 3.ed. São Paulo: Max Limonand, 1947. v. I.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de Direito Civil**. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. V. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PAIVA, João Pedro Lamana Paiva; BITTENCOURT, Ana Paula Gaviloli. **As novas dimensões do Divórcio e a Emenda Constitucional nº 66/2010: uma interpretação sistemática**. Disponível em http://www.anoreg.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=15540:artigo-as-novas-dimensoes-do-divorcio-e-a-emenda-constitucional-no-662010-uma-interpretacao-sistemica-por-joao-pedro-lamana-paiva-e-ana-paula-gavioli-bittencourt-&catid=32:artigos&Itemid=12. Acesso em 05 de outubro de 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 5.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

RABELO, César Leandro de Almeida. **Separação e divórcio: aspectos constitucionais atuais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2886, 27 maio 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19202>>. Acesso em: 22 de setembro de 2011.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Parte Geral**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. **Emenda do Divórcio: Cedo para comemorar**. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=648>. Acesso em 16 de setembro de 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais: Na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHÄFER, Gilberto. **A Emenda Constitucional nº 66 e o divórcio no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2591, 5 ago. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17125>>. Acesso em: 7 de outubro de 2011.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Nova lei do divórcio não protege a família.** Informativo do Colégio Notarial do Brasil. Seção: São Paulo – Ano XII – Nº. 138 Nov/Dez – 2010. Páginas 22 e 23.

Culpa deve ser decretada na separação e divórcio.

Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-mai-05/pos-ec-662010-culpa-decretada-se>. Acesso em 09 de outubro de 2011.

SIMÃO, José Fernando. **A PEC do Divórcio - A Revolução do Século em Matéria de Direito de Família.** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=652>. Acesso em 30 de agosto de 2011.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: **A nova família: problemas e perspectivas.** Coordenação de Vicente Barreto. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil.** 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 6.

ANEXO A – Emenda Constitucional N. 66, de 13 de julho de 2010 (Publicada no Diário Oficial da União de 14 de julho de 2010).

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

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

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

Art. 226.

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

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

Brasília, em 13 de julho de 2010.

Mesa da Câmara dos Deputados

Deputado MICHEL TEMER

Presidente

Mesa do Senado Federal

Senador JOSÉ SARNEY

Presidente

ANEXO B – Parecer Nº. 863, de 2009.

Da COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA, sobre a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n.º 28, de 2009 (n.º 413, de 2005, na origem), que dá nova redação ao § 6.º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos.

RELATOR: Senador DEMÓSTENES TORRES

I - RELATÓRIO

A proposta de Emenda à Constituição (PEC) n.º 28, de 2009, originária da Câmara dos Deputados, onde foi registrada sob o n.º 413, de 2005, direciona-se ao § 6.º do art. 226 da Constituição Federal, do qual pretende suprimir os requisitos relativos ao lapso temporal de um ano, contado da separação judicial, e de dois anos, contados da data da separação de fato, para a obtenção do divórcio.

A proposta é lastreada por exposição das condições sociais que culminaram, em 1977, com a Emenda Constitucional n.º 9, que admitiu o divórcio no Brasil.

Não foram apresentadas emendas.

II – ANÁLISE

A análise da PEC não revela impropriedade de natureza constitucional, 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 o 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 da separação cautelar, medida que, geralmente, precede a ação principal de separação judicial.

Como se vê, a regra não é rígida, sobretudo porque existem as uniões estáveis, elevadas ao patamar do casamento civil e que podem ser desfeitas ao alvedrio dos companheiros.

Além disso, o interesse no fim da união matrimonial assume características variadas, sujeitas ao teor dos conflitos – ou a sua inexistência –, à extensão patrimonial, às questões ligadas à prole, em especial a fixação de alimentos, o que não se resolve 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 n.º 9, de 1977, perdeu completamente o sentido manter os pré-requisitos temporais da 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 da 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 da iniciativa dos cônjuges, pode por eles ser 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 existem esses 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 de prazo e a imposição de condição para a realização do divórcio desatendem ao princípio da proporcionalidade, que recomenda não cause a lei ao jurisdicionado ônus improprio ou desnecessário. Ora, o prazo para a concessão do divórcio não é peremptório, tanto que pode retroagir à 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.

III - VOTO

Diante das considerações expendidas, o voto é pela aprovação da PEC nº. 28, 2009.

Sala da Comissão, 24 de junho de 2009.

Senador JAYME CAMPOS, Presidente em exercício.

Senador DEMÓSTENES TORRES, Relator.