



UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

CURSO DE DIREITO

LÍVIA MARIA RAMOS PEREIRA DE ARAÚJO

**A NOVA EMENDA CONSTITUCIONAL DO DIVÓRCIO:
BREVES CONSIDERAÇÕES**

Campina Grande - PB

2010

LÍVIA MARIA RAMOS PEREIRA DE ARAÚJO

**A NOVA EMENDA CONSTITUCIONAL DO DIVÓRCIO:
BREVES CONSIDERAÇÕES**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Estadual da Paraíba, como um dos pré-requisitos para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ms.: Cláudio Simão de Lucena Neto

Campina Grande - PB

2010

A663n Araújo, Lívia Maria Ramos Pereira de.

A Nova Emenda Constitucional do Divórcio
[manuscrito]: Breves Considerações / Lívia Maria Ramos
Pereira de Araújo. – 2010.

53 f.

Digitado.

Trabalho Acadêmico Orientado (Graduação em Direito)
– Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências
Jurídicas, 2010.

“Orientação: Prof. Me. Cláudio Simão de Lucena Neto,
Departamento de Direito Privado”.

1. Divórcio 2. Emenda constitucional nº 66/2010 I.
Título.

21. ed. CDD 346.016.6

LÍVIA MARIA RAMOS PEREIRA DE ARAÚJO

**A NOVA EMENDA CONSTITUCIONAL DO DIVÓRCIO:
BREVES CONSIDERAÇÕES**

Aprovada em: 09 de dezembro de 2010.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ms. Cláudio Simão de Lucena Neto

UEPB/ CCJ/ Curso de Direito

Prof. Esp. Jaime Clementino de Araújo

UEPB/ CCJ/ Curso de Direito

Prof. Laplace Guedes Alcoforado de Carvalho

UEPB/ CCJ/ Curso de Direito

A Deus.

Aos meus pais.

À tia Leu.

Aos que não têm medo de amar.

*O amor, para permanecer o mesmo, deve
mudar sempre.”*

Platão

AGRADECIMENTOS

Apesar de este trabalho monográfico requerer dedicação individual, sem algumas pessoas não seria possível conseguir ter força e paciência para prosseguir.

Agradeço à mainha, pela paciência, preocupação e dedicação, principalmente nesta fase tão conturbada e cheia de afazeres.

A papai, por sempre acreditar em mim, me incentivar nos estudos, por não medir esforços para me ver crescer profissionalmente.

À minha irmã, que apesar das desavenças, sei que posso contar em todos os momentos, em todas as circunstâncias.

A Renan, por sempre acreditar no meu potencial, por me apoiar nos momentos que mais precisei, por não me deixar desistir.

Aos meus queridos amigos que o CCJ me presenteou - Talita, Nayara, Filipe e Romulo - pelas risadas, estudos, conversas, programas furados, receitas, lanches... Enfim, pelo elo de amizade que construímos.

Ao professor Cláudio Lucena, pelo auxílio e paciência na elaboração deste trabalho acadêmico.

À Procuradoria da Fazenda Nacional, pela experiência essencial ao meu conhecimento jurídico; a Dr. Augusto, pelo apoio e amizade; aos estagiários e amigos que fiz nesses dois anos e seis meses de convivência.

RESUMO

A presente monografia objetiva demonstrar a relevância e o grande avanço que a promulgação da Emenda Constitucional n. 66/2010 trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro. Por forte influência religiosa, a legislação brasileira por muito tempo não admitiu a possibilidade de dissolução do vínculo conjugal, por ser a família instituição sagrada, devendo o Estado prezar pela moral e os bons costumes, que restariam abalados com a permissão do divórcio ou separação judicial. Com o passar do tempo, passa a se admitir a figura do desquite, e posteriormente a separação judicial e o divórcio, com o preenchimento prévio de inúmeros requisitos para as suas concessões. Mostra-se uma intensa atividade estatal para intervir na dissolução do casamento, desrespeitando a liberdade de decisões na sua vida privada, bem como ofendendo o princípio da dignidade da pessoa humana. A separação judicial mostrava-se inútil, pois não extinguiu o vínculo conjugal, sendo necessária uma nova demanda judicial (divórcio), caracterizando a duplicidade de procedimentos e seus prejuízos, bem como se exigindo a averiguação de culpa, o que ocasionava constrangimento e arrestos entre os cônjuges, deixando mais doloroso o momento vivido por estes. O tema em comento foi enfrentado a partir dos métodos de pesquisa explicativo, bibliográfico e documental, tendo como base exames doutrinários e legais. Para alcançar o objetivo primordial deste trabalho acadêmico, realizou-se, inicialmente, uma abordagem histórica do divórcio no nosso ordenamento jurídico. Conhecendo tais aspectos, passamos a uma análise da Emenda Constitucional n. 66/2010, o contexto em que está inserida, e seus reflexos. Por fim, partimos para o exame das questões intertemporais, onde veremos como serão solucionadas as principais questões transitórias trazidas pela Emenda.

Palavras-chave: Emenda Constitucional n. 66/2010; Separação Judicial e Divórcio; Interferência mínima do Estado.

ABSTRACT

The present monograph has the objective of demonstrate the relevance and the great advance that the enactment of Constitutional amendment number 66/2010 brought to the Brazilian legal system. For strong religious influence, the Brazilian legislation for a long period of time did not admit the possibility of the dissolution of the marriage tie, due to the fact that the family is a sacred institution, being the State responsible for the guardianship of the moral and good behavior, that would remain shaken with the permission of divorce or judicial separation. As time goes by, an old version of the judicial separation, known as “desquite”, is admitted, later on the judicial separation per say and the divorce, with the previous fulfillment of innumerable requisites for they be granted. It is shown an intense state activity to intervene in the marriage dissolution, disrespecting the liberty of decisions in the private life, as well as offending the principle of dignity of the human being. The judicial separation was showing itself as useless, because there was no marriage tie, being necessary a new legal demand (divorce), featuring the duplicity of procedures and their losses, as well as requiring the inquiry of guilt, what used to cause constraint and foreclosures between the spouses, causing more pain during that moment in which they are living. The theme in concern was faced upon explicative research methods, bibliographic and documental, having as basis legal and doctrinaire exams. To search the primordial objective of this academic paper, it was carried out, initially, a historic approach of divorce in our legal system. Knowing such aspects, it was analyzed the Constitutional amendment number 66/2010, the context in which it is inserted, and its reflections. Finally, it was done the exam of inter temporal questions, where it will be possible to see how the most important questions, that were brought by the amendment, are resolved.

Key-words: Constitutional amendment number 66/2010; Judicial Separation and Divorce; Minimum State Intervene.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. ANÁLISE HISTÓRICA DO DIVÓRCIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	13
1.1 A Família	13
1.2 Noções preliminares de casamento e desconstituição do vínculo conjugal	14
1.3 Indissolubilidade absoluta	15
1.3 Possibilidade do divórcio com anterior separação judicial	19
1.4 Divórcio direto e indireto na Constituição Federal de 1988	21
1.5 Divórcio como direito potestativo	23
2. A EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010	25
2.1 Dados acerca do divórcio no Brasil.....	25
2.2 Histórico e objetivos da EC 66/2010	26
2.2 Resistências à alteração constitucional	29
2.3 Extinção da Separação Judicial.....	32
2.3 Extinção do prazo de separação de fato para o divórcio	34
2.3 Principais efeitos diretos vindos da modificação constitucional	35
2.3.1 O afastamento da culpa.....	35
2.3.2 O estado civil	36
2.3.4 O fim da reconciliação.....	37
2.3.5 Sucessão	38
2.3.6. A cláusula de dureza	39
3. QUESTÕES DE DIREITO INTERTEMPORAL	42
3.1 Considerações prévias	42
3.2 Divórcio judicial.....	43
3.3 Divórcio e separação extrajudiciais	43

3.3 Separação judicial	44
3.4 Conversão da separação em divórcio	45
3.5 Estado civil	46
3.6 Nome	46
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	48
REFERÊNCIAS	50

_Toc279325360

INTRODUÇÃO

O Direito de Família é o ramo do direito mais intimamente ligado ao nosso cotidiano, ao nosso dia a dia. As pessoas convivem em uma estrutura familiar, mantendo vínculos com a mesma durante toda sua vida, mesmo após construir uma nova família (GONÇALVES, 2005).

A evolução dos costumes e, principalmente, a revolução feminista, foram essenciais para a grande transformação da estrutura familiar, deixando de ser a tríade - casamento, sexo e procriação -, passando a ter um novo referencial para explicar as incontáveis formas que a família passa a vislumbrar.

Eis que o mais importante elemento da estrutura familiar se ressalta: o afeto. Foi este elo o responsável por profundas mudanças no Direito de Família, afastando-se o conceito de família ser a oriunda apenas de um casamento, passando a se admitir os mais variados formatos, que por tanto tempo foram desprezadas pelo Direito e sujeitas a preconceitos da sociedade.

Mas esta mudança de pensamento não bastava. A nossa legislação, inclusive a própria Constituição Federal, possuíam obstáculos para a resolução de conflitos onde o cerne estava justamente na falta de afeto. A dissolução do casamento sempre foi direito de difícil concessão, onde o Estado atuava de forma latente para impedir que “a base da sociedade” fosse desfeita, exigindo preenchimento de requisitos, transcurso de prazos e, ainda, seria possível não conceder a separação ou o divórcio, caso entendesse haver prejuízo para os filhos ou o outro cônjuge.

Demorou a se enxergar que a separação judicial era um instituto inútil, medida inócua, que na grande maioria dos casos não alcançava seu intento, que era possibilitar uma possível reconciliação do casal. Além de desnecessária, a separação judicial geraria uma duplicidade de procedimentos (separação judicial e posterior divórcio), custas pagas duas vezes, constrangimentos sofridos em dobro.

Os avanços legislativos foram discretos, mas com a Emenda Constitucional n. 66/2010 foi consagrada o desejo de grande parte dos doutrinadores e aplicadores do direito: a extinção da separação judicial e a facilitação do divórcio, que não precisa preencher nenhum requisito específico, apenas a vontade de não permanecer casado.

A Emenda Constitucional n. 66/2010 não significa apenas uma mudança procedimental, mas o resultado de uma luta pela concretização dos princípios da

liberdade, da dignidade da pessoa humana, e da interferência mínima do Estado nas relações familiares. Preserva-se a vida privada, pois as razões motivadoras de um casal se separar não devem ser sujeitadas ao conhecimento público e do Estado, pois são desvestidas de interesse público (LÔBO, 2010).

Este trabalho monográfico vislumbra uma breve análise das mudanças trazidas pela promulgação da Emenda Constitucional n. 66, de 13 de julho de 2010, traçando a evolução do conceito de família, o panorama histórico da dissolução conjugal na legislação constitucional e infraconstitucional. Em uma segunda oportunidade será discutido o momento da promulgação da Emenda, o projeto de lei que lhe deu origem, bem como seus principais efeitos. Por fim, debateremos a questão do direito intertemporal, questionando acerca das demandas judiciais em trâmite quando da promulgação da Emenda, mostrando as melhores soluções que se adéquam aos casos analisados.

1. ANÁLISE HISTÓRICA DO DIVÓRCIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

1.1 A Família

O direito de família, como assevera Luiz Carlos de Assis Jr (2010), tido como ramo do Direito Privado, é o que mais se aproxima do Direito Público, pois o interesse do indivíduo está em segundo plano, diferentemente do que ocorrem nos demais ramos daquele.

A família, por muito tempo, foi considerada a base de um Estado, o seu sustentáculo, motivos estes para os interesses públicos sobreporem às vontades individuais dos familiares.

Contudo, principalmente após a Constituição Federal de 1988, o homem individualizadamente considerado passa a ocupar lugar de destaque no ordenamento jurídico e, conseqüentemente, suas vontades, pensamentos, desejos.

Assis Jr (2010), em explanação neste sentido, assegura:

A sociedade não é formada por seres homogêneos, por fantoches ou seres autômatos cuja existência pressuponha a satisfação do Estado. O Estado é que deve existir para a satisfação do indivíduo e a família é um dos meios para que cada ser humano possa trilhar o seu próprio caminho, buscar sua própria felicidade. (ASSIS JR, 2010, p. 01)

Logo, em respeito à individualização do ser humano, cabe a ele decidir o momento oportuno e a necessidade de tomar certas decisões as quais o Estado, de forma latente, insiste em intervir, tais como a separação e o divórcio. Para a concessão de ambos, seria necessário o preenchimento de inúmeros requisitos, sem fundamento lógico, desconsiderando a vontade do indivíduo, ficando este sujeito ao poder Estatal.

Em tempos passados, a família era vista apenas como um núcleo econômico, formada por pessoas ligadas pelo casamento ou parentesco, de forma que se prevaleciam os interesses diretamente financeiros e patrimoniais. Hoje, a visão de família mudou, sobressaindo-se os vínculos afetivos, os laços de amor construídos, das formas mais diversas que se possa imaginar.

O modelo familiar patriarcalista, fundada em uma suposta superioridade masculina, começa a se abalar com o avanço das reivindicações femininas, buscando

não mais se sujeitarem à autoridade dos pais ou maridos. Eis que surgem os fortes movimentos feministas, os quais lutavam pela igualdade de direitos com os homens, por uma nova organização da família (PEREIRA, 2010).

Fato é que a família mudou. Como bem elucida Rodrigo da Cunha Pereira (2010, p. 14), os papéis do homem e da mulher se misturaram, a mulher se tornou independente, os costumes mudaram. Para muitos, esta nova forma de se enxergar a entidade familiar significa seu fracasso, desprezar os valores anteriormente construídos e enraizados no ideal das pessoas, perdendo o *status* de célula essencial de formação da sociedade.

Sejam monoparentais, mães criando seus filhos na ausência dos pais, casais sem filhos, filhos sem pais, famílias recompostas, casais com filhos dos casamentos anteriores e seus novos filhos, casais homossexuais, inseminação artificial etc., teria a família perdido seu valor de base de uma sociedade (PEREIRA, 2010)?

Estas novas modalidades de formação familiar, inicialmente, podem assustar os desavisados e desacostumados. Ocorre que a árvore ganhou mais galhos, estando estes cada vez mais intrincados, estando a família em constante mutação, buscando superar os valores apregoados no passado, seguindo por caminho contrário ao da infelicidade (CUNHA, 2003).

A mutação da estrutura familiar trouxe como uma de suas conseqüências a possibilidade de dissolução do casamento, como adiante será exposto. Foi disseminado o entendimento que o vínculo conjugal deveria se sustentar por um elo de amor, afeto e companheirismo, deixando-se de lado o viés econômico e reprodutor que possuía a relação conjugal.

Por este posicionamento, foi possível se admitir, mesmo com a falta de apoio das forças religiosas, a separação judicial e o divórcio. Esta possibilidade traz à tona a prevalência da liberdade de decisão do indivíduo sobre a insolvência de um casamento, dando destaque, desta forma, ao sujeito como pessoa humana.

1.2 Noções preliminares de casamento e desconstituição do vínculo conjugal

Conforme afirma Washington de Barros Monteiro (2005 apud GONÇALVES, 2005, p. 21), não há no direito privado instituto mais discutido que o casamento. Para

muitos, é o fundamento da sociedade, a base da moralidade pública e privada. Outros. Como o filósofo alemão Arthur Schopenhauer (2005 apud GONÇALVES, 2005, p. 21), o casamento seria perder metade de seus direitos e duplicar seus deveres.

Muitas são as definições de casamento. Na visão cristã, como frisa Caio Mario da Silva Pereira (2004, p. 52), o casamento é tão valorado que é um sacramento do catolicismo, mediante o qual “um homem e uma mulher selam sua união sob as bênçãos do céu, transformando-se numa só entidade física e espiritual (uma só carne), e de maneira indissolúvel (*O que Deus uniu, o homem não separa*)”.

Numa visão mais técnica, tomando por base os dispositivos pertinentes à matéria no Código Civil, principalmente os artigos 1.511¹ e 1.514², podemos conceituar casamento como sendo a comunhão de vidas entre homem e mulher, tendo por base a igualdade de direitos e deveres, manifestam, perante a autoridade estatal, neste caso representada pelo magistrado, a vontade de estabelecer o vínculo conjugal.

Já a desconstituição do vínculo conjugal se dá pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, previsto nos artigos 1.571 e seguintes, do Código Civil.

Em se tratando de extinção do vínculo conjugal houve muita resistência na sua concessão, e, quando passou a ser possível, o Estado atuava de forma consistente, estabelecendo requisitos a serem cumpridos pelos particulares, sob pena de não ser concedido o divórcio.

Nota-se que a regulamentação da dissolução do casamento passa por diversas fases, amoldando-se conforme o momento histórico vivido, mas sempre com forte participação estatal, sempre frisando seu poder de império, como será adiante discutido.

1.3 Indissolubilidade absoluta

Fato é que o casamento sempre sofreu influência religiosa, independente de qual seja. Todavia, a Igreja Católica sempre é lembrada especialmente em se tratando de casamento e divórcio.

¹ Art. 1.511 do Código Civil: O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

² Art. 1.514 do Código Civil: O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.

De início, em face da forte influência da Igreja Católica no mundo ocidental, inclusive no Brasil, havia forte resistência jurídica em se admitir a extinção do vínculo conjugal, aceitando-se apenas nos casos de morte de um dos cônjuges ou pelo reconhecimento de nulidade do matrimônio (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010).

Todavia, também era interesse do Estado manter indissolúvel o casamento, como forma de manter a “sagrada instituição familiar”, considerada a base de uma sociedade que preze pela moral e bons costumes.

A Bíblia Sagrada e o Direito Canônico não prevêm a existência do divórcio e a conseqüente solvência do vínculo conjugal. Por ser algo considerado “divino”, criado por Deus, o casamento é sagrado, não podendo ser destituído pelo homem.

Eis o disposto no Evangelho de São Mateus, 19, 3-6:

Então chegaram ao pé dele os fariseus, tentando-o, e dizendo-lhe: É lícito ao homem repudiar sua mulher por qualquer motivo?
 Ele, porém, respondendo, disse-lhes: Não tendes lido que aquele que os fez no princípio macho e fêmea os fez.
 E disse: Portanto, deixará o homem pai e mãe, e se unirá a sua mulher, e serão dois numa só carne?
Assim não são mais dois, mais uma só carne. Portanto, o que Deus ajuntou não o separe o homem. (GRIFOS NOSSOS)

Ratificando este entendimento, impende destacar alguns dispositivos do Código de Direito Canônico, *in verbis*:

Cân. 1055 §1. O pacto matrimonial, pela qual o homem e mulher constituem entre si o consórcio **de toda a vida**, por sua índole natural ordenado ao bem dos cônjuges e à geração e educação da prole, entre batizados foi por Cristo Senhor elevado à dignidade de sacramento.

(...)

Cân. 1056 As propriedades essenciais do matrimônio são a **unidade e a indissolubilidade que, no matrimônio cristão, recebem firmeza especial em virtude do sacramento.**

Cân. 1141 O matrimônio ratificado e consumado **não pode ser dissolvido por nenhum poder humano nem por nenhuma causa, exceto a morte.**

Cân. 1151 Os cônjuges têm o dever e o direito de manter a convivência conjugal, a não ser que uma causa legítima os escuse.

Cân. 1152 §1. **Embora se recomende vivamente que o cônjuge, movido pela caridade cristã e pela sua solicitude do bem da família, não negue o perdão ao outro cônjuge adúltero e não interrompa a vida conjugal; no entanto, se não tiver expressa ou tacitamente perdoado sua culpa, tem o direito de dissolver a convivência conjugal, a não ser que tenha consentido no adultério, lhe tenha dado causa ou tenha também cometido adultério.** (GRIFOS NOSSOS)

Os dispositivos supramencionados são apenas alguns dos inúmeros contidos no Código de Direito Canônico, que de forma expressa supervalorizam o instituto do casamento, podendo admitir, em algumas situações, a interrupção da vida conjugal, mas nunca do vínculo conjugal, salvo nos casos de nulidade ou de morte.

De forma evidente, os dogmas católicos impediam que por vontade dos interessados pudesse se destituir o casamento.

A Igreja Católica já possuiu poder de intervir nas relações particulares dos indivíduos. Todavia, nos dias de hoje, este domínio já se encontra bastante fragmentando, mas ainda existe.

Frisa-se que, mesmo com a evolução do direito de família neste aspecto, onde passa a aceitar o divórcio (conforme será analisado nos tópicos seguintes), o Direito Canônico ainda condena este instituto, sendo válidos os dispositivos supracitados.

O Código de Direito Canônico regulamentou as relações matrimoniais até a Proclamação da República em 1889. Com a Constituição Republicana de 1891 passou a ficar exposto o afastamento daquele conjunto de leis ao direito de família e, conseqüentemente, no que diz respeito ao matrimônio (CARVALHO NETO apud ASSIS JR, 2010).

No artigo 72, §4º da Constituição Federal de 1891, temos a seguinte disposição:

Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§4º A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.

Desta feita, por expressa previsão constitucional, para produzir efeitos jurídicos, o casamento deverá ser o civil, não o religioso, como era o entendimento seguido do Código Canônico.

Para regulamentar as relações privadas, eis que surge o Código Civil de 1916, primeiro diploma cível do nosso ordenamento jurídico. Contudo, tal conjunto legal não alterou o entendimento adotado anteriormente, permanecendo a indissolubilidade do vínculo conjugal.

O CC-16, da mesma forma que o Código Canônico, previa apenas o fim da sociedade conjugal, mas não do seu vínculo, sendo este desfeito (caso validamente

constituído), apenas pela morte de um dos cônjuges, conforme prevê o parágrafo único, do artigo 315, *in verbis*:

Art. 315. A sociedade conjugal termina:

(...)

Parágrafo único. **O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges**, não se lhe aplicando a presunção estabelecida neste Código, art. 10, segunda parte. (GRIFOS NOSSOS).

A novidade trazia pelo CC-16 é o desquite, previsto nos artigos 316 e seguintes. Na elaboração do diploma cível, muito se foi debatido acerca da possível previsão do divórcio ou do desquite. No entanto, tais discussões não levaram a nenhum avanço legislativo neste aspecto, continuando a prevalecer o entendimento cristão, com a indissolubilidade do vínculo matrimonial, admitindo-se apenas o desquite (CAHALI, 1995).

O desquite era de restrita possibilidade, sendo cabível apenas nas seguintes situações: adultério; tentativa de morte; sevícia, ou injúria grave; abandono voluntário do lar conjugal, durante dois anos contínuos. Todavia, o desquite permitia apenas a extinção da sociedade conjugal, nunca do vínculo, o que impedia a contração de novas núpcias.

Esta situação influenciava o fato de os cônjuges procurassem outros parceiros, gerando o crescimento das chamadas famílias ilegais, clandestinas, pois o Estado não as reconheciam, sendo alvos de preconceito e rejeição pela sociedade (DIAS, 2010).

Mesmo com a possibilidade do desquite, sua concessão era deveras difícil, porque, mesmo que de forma amigável, dependia de decisão judicial, sujeita a recurso de ofício, pois a sentença precisava ser ratificada pelo competente Tribunal de Justiça. Frisa-se que o recurso possuía efeito suspensivo, fazendo com que o desquite fosse deferido apenas com o trânsito em julgado do acórdão (DIAS, 2010).

O dogma cristão referente ao vínculo conjugal e sua indissolubilidade, permaneceu até a penúltima Constituição Federal. Senão, vejamos:

a) Constituição Federal de 1934:

Art. 144 - **A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado.**

Parágrafo único - A lei civil determinará os casos de desquite e de anulação de casamento, havendo sempre recurso ex officio, com efeito suspensivo. (GRIFOS NOSSOS)

b) Constituição Federal de 1937:

Art. 124 - A família, **constituída pelo casamento indissolúvel**, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos. (GRIFOS NOSSOS)

c) Constituição Federal de 1946:

Art. 163 - **A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel** e terá direito à proteção especial do Estado. (GRIFOS NOSSOS)

d) Constituição Federal de 1967:

Art. 167 - A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.
 § 1º - **O casamento é indissolúvel.** (..) (GRIFOS NOSSOS)

No entanto, com os avanços das famílias fora do casamento, fruto da impossibilidade do divórcio para contração de novas núpcias, o Judiciário passou a ser provocado freqüentemente para reconhecer estas novas relações formadas.

Sobre o tema, trata Maria Berenice Dias (2010):

Os juízes não conseguiram conviver com a invisibilidade a que estavam condenadas as uniões extramatrimoniais. Para evitar o enriquecimento sem causa, distinguiram companheiros de concubinos para driblar as restrições legais. Primeiro, timidamente, ditas uniões foram admitidas como relações de emprego. Via-se amor onde existia amor. Depois, como meras sociedades de fato e não sociedades de afeto. Tais avanços acabaram por forçar o fim da hipocrisia. (DIAS, 2010, p.p. 18-19).

Eis que, a partir de então, surge o movimento no intuito de abolir a indissolubilidade do casamento, que passa a partir da Emenda Constitucional n. 9, de 28 de junho de 1977, a ter a regulamentação do divórcio, como será a seguir demonstrada.

1.3 Possibilidade do divórcio com anterior separação judicial

A Emenda Constitucional n. 9 do senador Nelson Carneiro foi aprovada pelo Congresso Nacional em 28/06/1977, após muitas controvérsias e discórdias semeadas, e uma luta de vinte e sete anos.

Neste período, o Brasil era governado por militares, e o então presidente Ernesto Geisel colaborou para a implementação do divórcio. Ele não era católico, o que poderia explicar o fato de não ratificar o entendimento da poderosa Igreja Católica.

A Constituição Federal da época (a conhecida Emenda Constitucional nº 1, de 1969) passou a prever em seu bojo a possibilidade do divórcio, tendo a seguinte redação:

Art. 175. A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.

§ 1º - O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 9, de 1977 \(GRIFOS NOSSOS\)\)](#)

O dispositivo constitucional supra passa a ser regulamentado pela Lei n. 6.515/77, a chamada “Lei do Divórcio”. Todavia, para que fosse aprovada, foram necessárias algumas concessões, dificultando a possibilidade de divórcio: só podia se divorciar uma vez, sendo necessário o transcurso de cinco anos da separação de fato para o divórcio direto e três anos para o indireto (PEREIRA, 2010).

Eis a necessidade de não desagradar os seguidores do catolicismo, pois estes não poderiam se divorciar, sob pena de afrontar os mandamentos da Igreja e da Bíblia. Também não se pode olvidar da forte influência que a Igreja Católica ainda exercia, justificando, assim, a existência de mecanismos que dificultavam o divórcio.

Mesmo pecando em alguns aspectos como acima citados, a Lei 6.515/77 foi um grande avanço para a transformação de uma sociedade aberta e compreensiva, não podendo mais conviver com a omissão legislativa de uma solução compatível para problemas conjugais irreversíveis (PEREIRA, 2008).

Este lapso temporal exigido pela legislação possuía a finalidade de permitir uma possível reconciliação entre os cônjuges, antes que fosse considerado findo o vínculo conjugal.

Os contrários ao divórcio alegavam que estaria regulamentando e contribuindo o fim da família e a banalização do casamento. A verdade é que o moralismo era tamanho que era preferível manter uma relação falida, regada de hipocrisia.

Neste mesmo período, passa a ser previsto o divórcio direto, que seria aquele independente de separação judicial prévia, conforme o artigo 40 da Lei de Divórcio vigente na época, *in verbis*:

Art. 40. No caso de separação de fato, com início anterior a 28 de junho de 1977, e desde que completados cinco anos, poderá ser promovida ação de divórcio, na qual deverão provar o decurso do tempo da separação e sua causa.

Esta previsão é muito “tímida”, porque o instituto, embora tivesse expressa previsão legal, ainda não estava incorporado culturalmente na sociedade brasileira, além de que os requisitos exigidos pela literalidade do dispositivo supramencionado não eram simples. Logo, a entrave para a concessão do divórcio ainda permanecia. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010).

Apenas com a Constituição Federal de 1988 o divórcio passa a ser facilitado, passando a prever em seu bojo, inclusive, a possibilidade do divórcio direto.

1.4 Divórcio direto e indireto na Constituição Federal de 1988

As mudanças na forma de visualizar a instituição familiar e seus avanços foram sobremaneira relevantes para que a Constituição Federal de 1988 passasse a institucionalizar a figura do divórcio direto.

Para sua concessão, o prazo foi reduzido para dois anos da separação de fato, conforme a antiga redação do §6º, do artigo 226, da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos. (GRIFOS NOSSOS)

Fato é que a Carta Republicana trouxe significativas mudanças referentes ao Direito de Família amplamente considerado. Com sua promulgação, as várias espécies de entidades familiares passam a ser reconhecidas (artigo 226, §4º, da Constituição Federal), mesmo que diferentes do modelo tradicional (pai, mãe e filhos), como as monoparentais, que são constituídas por apenas um dos pais e os filhos. Os laços de afeto passam a prevalecer no âmbito familiar.

Certamente, a previsão constitucional da possibilidade da separação e do divórcio foi um grande avanço proporcionado. Até então, a única norma permissiva do

divórcio era o artigo 40, da Lei 6.515/77, anteriormente mencionado. Os prazos para suas concessões também foram alterados (ASSIS JR, 2010).

A Constituição de 1988 traz em seu bojo novos basilares os quais deveriam se erguer a República Federativa do Brasil, e um deles é o princípio da dignidade da pessoa humana. Desta feita, indivíduo passou a ser o centro do ordenamento jurídico, devendo toda a legislação se coadunar com este princípio máximo, também no que se refere ao Direito de Família.

É sabido que uma das grandes entraves para se admitir a concessão do divórcio era no que se dizia a respeito ao patrimônio e sua divisão. Uma demanda desta natureza reflete nos bens do casal e, de certo, uma separação ou divórcio acarretaria prejuízos financeiros.

Todavia, após a Constituição Federal de 1988, o indivíduo passa a ser mais importante que seu próprio patrimônio, sendo assim eliminado o caráter obstaculizador da separação, deixando ela de ser necessária para a obtenção do divórcio e perdendo significativamente sua relevância no ordenamento jurídico, já que passou a não ser elemento obrigatório para se dissolver a sociedade e o vínculo conjugal (LARA, 2010).

Observa-se que o legislador constitucional passa a ver mais profundamente o princípio anteriormente aludido, bem como valoriza a liberdade de escolha e diminuindo a interferência estatal em causas tão particulares, possibilitando ao interessado a ter um pouco mais de liberdade para terminar seu vínculo conjugal. No entanto, não quer dizer que estaria afastada a interferência estatal neste âmbito.

Permaneceu a figura da separação, ficando demonstrada ainda a influência da religião no ordenamento jurídico pátrio e nas relações privadas, mesmo quando a própria CRFB traz o Estado laico, sem interferências religiosas.

A separação judicial trazia uma situação, no mínimo, curiosa. O indivíduo não estava mais casado, mas ainda estaria preso ao vínculo conjugal que ainda não estaria dissolvido, mesmo com a sentença que decretasse a separação judicial. Desta forma, o “separado” não poderia contrair novas núpcias, para tanto sendo necessário o divórcio (ASSIS, 2010).

A separação nada mais era que uma entrave, um obstáculo previsto legalmente, para futuramente o antigo casal ter que enfrentar outra demanda judicial, causando um constrangimento desnecessário, reavivando mágoas e rancores de uma relação fracassada.

Apenas após um ano de casamento poderia ser concedida a separação judicial, mesmo que consensual. Quando litigiosa, se fazia necessária a averiguação da culpa, e apenas o “inocente” poderia intentar a demanda. Mas, será que há culpados e inocentes numa relação que não possui condições de prosseguir? Seria um juiz capaz de decidir uma questão tão subjetiva e particular? Este ponto merece reflexão.

O questionamento feito é o porquê de se esperar um ano de casado para requerer a separação e mais ainda um ano para se divorciar se ambos os cônjuges pretendem, consensualmente, a concessão de tais medidas. (ASSIS JR, 2010)

Observa-se que o legislador articulou todas as formas possíveis de impedir a dissolução do vínculo conjugal, numa supervalorização do instituto familiar, mesmo quando sem a menor condição de prosseguir. Como já afirmado anteriormente, a hipocrisia e o moralismo era mais valorado que o amor, a felicidade e a vontade íntima de cada um.

1.5 Divórcio como direito potestativo

Grande avanço deu-se na possibilidade do divórcio pela via administrativa, caso haja consenso entre os cônjuges e não tenha filhos menores ou incapazes, por meio de escritura pública, sendo observados os prazos que a lei estabelecia, com fulcro no artigo 1.124-A, do Código de Processo Civil. Tal possibilidade desafogaria sobremaneira o Judiciário, principalmente porque, havendo consenso, não haveria necessidade de intervenção estatal.

A facilitação deste procedimento, notoriamente, evitaria maiores discussões desnecessárias, e todos os transtornos que uma demanda judicial causa, bem como passaria a facilitar a vida e os interesses dos cônjuges.

O segundo grande progresso veio com a Emenda Constitucional 66/2010, popularmente conhecida como “PEC do Amor”, quando a separação judicial deixou de ser prevista no texto constitucional (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010).

A EC-66 também extinguiu a existência de prazos a serem cumpridos para a concessão do divórcio, passando, a partir de então, a ser exclusivamente da forma direta, mesmo sendo consensual ou litigioso.

Desta feita, o §6º, do artigo 226 da Constituição Federal passou a ter a seguinte redação:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010).

Frisa-se que esta EC não modificou o entendimento de sociedade conjugal, mas apenas alterou a sua forma de extinção. A sociedade conjugal e seu vínculo continuam a surgir com o casamento. Todavia, se antes era possível extinguir a sociedade conjugal e permanecer o vínculo, por meio da separação, agora o ambos se extinguem simultaneamente por meio do divórcio (SIMÃO, 2010).

A verdade é que a família não é mais um núcleo econômico, como foi vista por muito tempo. Ela passou a ser firmada por vínculos de amor e de cumplicidade, patamares estes em que o Estado não tem o condão de julgar acerca de sua possibilidade, desprendendo-se do mesmo.

Assim sendo, em face da evolução social e de pensamento que foi possível a aprovação da EC-66. É incabível que o Estado interfira diretamente na vida privada das pessoas, sendo inaceitável a estipulação de prazos e obstáculos para que duas pessoas possam deixar de ter uma vida em comum. De certa forma, estas interferências são resquícios religiosos no nosso ordenamento, apesar de que desde a Constituição de 1891 o Estado tenha se separado da Igreja (PEREIRA, 2010).

Com a alteração constitucional acerca do divórcio passamos a enxergar que se afastando a influência da religião e a interferência estatal da vida privada podemos, de fato, ter um Estado Democrático de Direito, onde as liberdades e vontades são preservadas.

É o reconhecimento do divórcio como um direito potestativo, cabendo unicamente aos interessados o gozo do mesmo, sem qualquer interferência externa.

Em face da relevância e das drásticas mudanças que a Emenda Constitucional n. 66/2010 traz para o ordenamento jurídico prático, será melhor compreendida no capítulo a seguir.

2. A EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010

2.1 Dados acerca do divórcio no Brasil

O divórcio e seu crescimento não é fenômeno exclusivo do Brasil, mas de todos os países. Ocorre que o instituto familiar passou por diversas modificações, sendo admitidas as mais variadas formas de composição, como levantado anteriormente.

Com a prevalência dos laços sentimentais, os indivíduos passam a buscar incansavelmente a felicidade, saindo de relações fracassadas e infelizes, procurando novos amores. Para conseguir tal intento, obviamente teria de haver o divórcio, para assim, não haver óbices para a contração de novas núpcias.

Este novo conceito de família, de forma inevitável, aumentou consideravelmente o número de divórcios (GAGLIANO, 2010). O Brasil também seguiu esta tendência, conforme pesquisa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010):

Em 2006, o número de separações judiciais concedidas foi 1,4% maior do que em 2005, somando um total de 101.820. Neste período, a análise por regiões mostra distribuição diferenciada com a mesma tendência de crescimento: Norte (14%), o Nordeste (5,1%), o Sul (2,6%) e o Centro-Oeste (9,9%). Somente no Sudeste houve decréscimo de 1,3%. Os divórcios concedidos tiveram acréscimo de 7,7% em relação ao ano anterior, passando de 150.714 para 162.244 em todo o país. (...) Enquanto as separações judiciais mantiverem-se estáveis em relação a 2005, com taxa de 0,9%, os divórcios cresceram 1,4%. Esse resultado revela uma gradual mudança de comportamento na sociedade brasileira, que passou a aceitar o divórcio com maior naturalidade, além da agilidade na exigência legal, que para iniciar o processo exige pelo menos um ano de separação judicial ou dois anos de separação de fato. De 1996 a 2006, a pesquisa mostrou que a separação judicial manteve o patamar mais freqüente e o divórcio atingiu a maior taxa dos últimos dez anos. Em 2006, os divórcios diretos foram 70,1% do total concedido no país. Os divórcios indiretos representaram 29,9% do total. (...)

Os dados trazidos pelo IBGE mostrando uma inegável necessidade de facilitação do divórcio, pois os conceitos de família e sua formação foram lapidados com o transcurso do tempo, onde a busca da felicidade, mesmo que seja em outro relacionamento, prevalece em face da manutenção de um casamento sem afeto, sem amor.

Esta necessidade de facilitação jurídica se materializa com a Emenda Constitucional n. 66/2010, com os devidos aprofundamentos necessários a seguir.

2.2 Histórico e objetivos da EC 66/2010

Antes de adentrar ao tema propriamente dito, convém trazer importante decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 467.184, vindo de São Paulo.

O processo de origem é uma ação de separação judicial proposta pela esposa, onde esta alega que o marido descumpriu as obrigações inerentes ao casamento. O esposo e réu contestou a ação, apresentando também reconvenção, alegando a culpa da esposa por tornar insuportável a convivência conjugal. O juiz julgou improcedente tanto a ação como a reconvenção, tendo o réu-reconvinte apelado para o TJ – SP.

No Tribunal de Justiça o recurso não foi provido, pois, segundo o Egrégio Tribunal, não havia provas satisfatórias nos autos quanto ao descumprimento do dever conjugal ou de conduta desonrosa.

Inconformado com a decisão, o esposo interpõe Recurso Especial, com fulcro no artigo 105, III, “a” e “c”, da Constituição Federal, afirmando que ambos os cônjuges demonstraram o desejo de se separarem, não podendo o Judiciário forçosamente fazer com que uma relação subsista. Por fim, requereu que fosse julgado procedente este recurso, determinando a separação judicial por culpa da esposa, ante a violação dos deveres matrimoniais.

O Ministro Relator da demanda, Ruy Rosado de Aguiar, traz em seu voto o seguinte posicionamento, tendo sido seguidos pelos demais julgadores:

Manifestando os cônjuges o propósito de obter do Juiz o decreto de separação, e não provados os motivos que eles apresentaram, **mas configurada a insuportabilidade da vida conjugal, parece que a melhor solução é decretar-se a separação do casal**, sem imputar a qualquer deles a prática da conduta descrita no art. 5º da Lei 6.515, de 26.12.77, **deixando de se constituir a sentença um decreto de separação-sanção para ser apenas uma hipótese de separação-remédio.** (GRIFOS NOSSOS)

Este acórdão foi proferido em 05/12/2002, momento este em que o Código Civil de 2002 ainda não estava em vigor e é de se chamar atenção pelo fato de não ter se

averiguado a culpa de um dos consortes para ser decretada a separação judicial, mas apenas o fato de não ser mais possível a convivência em comum foi suficiente para tanto.

A doutrina, de forma majoritária, sempre defendeu a interferência mínima do Estado nas relações privadas, em especial as concernentes ao Direito de Família. Em face da sua peculiaridade e interesses delicados envolvidos, onde, na maioria das vezes, um magistrado não teria sensibilidade e conhecimento profundo da situação para proferir uma decisão justa e suficiente para atender os reclames das partes (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010).

Apenas os cônjuges são capazes de decidirem o momento oportuno de se dissolver uma vida em comum. Como elucida Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (2009, p. 277), temos que:

Infere-se, pois, com tranqüilidade que, tendo em mira o realce na proteção avançada da pessoa humana, o ato de casar e o de não permanecer casado constituem, por certo o verso e o reverso da mesma moeda: a liberdade de auto-determinação afetiva.

Logo, não caberia ao Estado e muito menos à religião prever requisitos e estabelecer prazos para se dissolver o casamento, pois cabe apenas aos cônjuges decidir sobre o futuro da relação conjugal, cabendo ao legislativo produzir normas facilitadoras para resolver estas situações.

Frisa-se que construir um mecanismo facilitador da dissolução conjugal não significa defender o fim do casamento. Pablo Stolze (2010, p. 5) ratifica esse entendimento com a seguinte idéia:

O que estamos a defender é que o ordenamento jurídico, numa perspectiva de promoção da dignidade da pessoa humana, garanta meios diretos, eficazes e não-burocráticos para que, diante da derrocada emocional do matrimônio, os seus partícipes possam se libertar do vínculo falido, partindo para outros projetos pessoais de felicidade e de vida.

Para tanto, notório avanço foi consagrado com a aprovação da separação e do divórcio extrajudicial, previstos na Lei 11.441/2007, onde casais sem filhos menores ou incapazes, de forma consensual, pudessem lavrar a respectiva escritura pública em qualquer Tabelionato de Notas (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010).

Nota-se que a legislação brasileira passa a facilitar os mecanismos de dissolução da sociedade e vínculos conjugais, tanto os primeiros passos para a evolução da matéria,

o que embasaria sobremaneira a Emenda Constitucional n. 66/2010 que posteriormente seria promulgada.

Esta alteração constitucional teve como marco precursor a iniciativa do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, sendo proposta pelo Deputado Antônio Carlos Biscaia (PEC 413/2005), sendo reapresentada posteriormente pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro (PEC 33/2007).

Já era notório o desuso e inutilidade da separação judicial, instituto este com inúmeros requisitos para sua concessão, bem como demandava o Judiciário para, novamente, intentar uma ação de divórcio, sendo um gasto a mais de dinheiro e tempo. Seria mais vantajoso esperar o transcurso do lapso necessário para requerer o divórcio direto.

Em sua redação, a PEC 33/2007 dispôs que esta era uma reivindicação não apenas da sociedade brasileira, mas do IBDFAM, instituto que agrupa magistrados, promotores de justiça, advogados, psicólogos, sociólogos e uma série de outros profissionais que trabalham diretamente com o Direito de Família e suas relações.

O Deputado frisa que os valores da nossa sociedade mudaram, não devendo permanecer o posicionamento de cem anos atrás, numa supervalorização do casamento e sua indissolubilidade.

Atualmente, o direito a intimidade e vida privada, previstos constitucionalmente, possuem grande relevo no nosso meio e ordenamento jurídico, sendo preferível que tais demandas que envolvam questões entre cônjuges e suas famílias se mantenham longe do espaço público dos tribunais, bem como todo o constrangimento que estas situações trazem consigo. Agindo assim, evitar-se-ia uma dificuldade de entendimento, onde seria extremamente necessário para a melhor solução do conflito (PEC 33/2007).

Fazendo-se um levantamento dos processos de separações judiciais, observou-se que, em sua maioria, são amigáveis, sendo irrelevante a análise de culpa de algum dos cônjuges para a mesma ser decretada. No entanto, a maioria dos casais prefere o divórcio direto, preenchendo como requisito apenas o lapso necessário da separação de fato, sem uma profunda análise das causas que levaram a tomar a decisão de se divorciarem.

Paulo Luiz Netto Lôbo (2010 apud CUNHA, 2010, p. 27), grande civilista brasileiro, se manifestou contrário à existência da inútil separação judicial antes mesmo da aprovação da Emenda Constitucional n. 66/2010, sendo insustentável a manutenção conjunta desta com o divórcio:

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 seja reveladas e trazidas ao espaço público dos tribunais, com todo o caudal de constrangimento que provocam, contribuindo para o agravamento de suas crises e dificultando o entendimento necessário para a melhor solução dos problemas decorrentes da separação.

Desta forma, como o próprio texto da PEC 33/2007 traz em seu bojo, cabe à legislação apenas regular os efeitos jurídicos da separação quando não for realizada de forma amigável, guarda dos filhos, alimentos, divisão do patrimônio. Para tanto, não seria necessário dois processos judiciais, bastando apenas o divórcio, seja amigável ou litigioso.

Em suma, a alteração constitucional foi votada e promulgada, passando o §6º, do artigo 226, da Constituição Federal, a ter a seguinte redação: *“O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.”*

2.2 Resistências à alteração constitucional

As modificações no texto constitucional sempre são alvo de críticas e interpretações antagônicas. Não seria diferente com o §6º, do art. 226, da Constituição Federal, principalmente por tratar de matéria tão cotidiana, tão presente em nossas vidas, como é o casamento, a separação, o interesse familiar como um todo.

Por ser uma matéria recente (a emenda data de 13 de julho de 2010), ainda não há doutrina e jurisprudências consolidadas na matéria, tendo apenas algumas análises isoladas por autores renomados, artigos publicados na internet etc., carecendo, ainda, de uniformidade o trato da EC 66/2010.

Alguns autores entendem que a reforma não tem eficácia imediata, sendo necessária uma prévia regulamentação do assunto na legislação infraconstitucional. É o caso de Luiz Felipe Brasil dos Santos (2010 apud DIAS, 2010, p. 28).

Para ele, a abolição das condições para obtenção do divórcio no texto constitucional não significa dizer que as previstas no Código Civil estariam automaticamente abolidas. No seu posicionamento, tais previsões são constitucionais,

devendo prevalecer até que uma nova lei regulamente a matéria. Desta forma, enquanto esta lei não existe, ainda existiria a separação judicial

Santos afirma categoricamente que retirar do Texto Constitucional não significa revogação, especialmente quando a matéria está regulada no plano ordinário. E este é justamente o ponto pelo qual não se demonstra a existência de uma revogação (2010 apud DIAS, 2010, p. 28)

Sérgio Gishkow Pereira (2010 apud DIAS, 2010, p. 29) entende pela não revogação do disposto na lei ordinária, mas com outro raciocínio. Para ele, a Constituição deixou de exigir a prévia separação judicial para a concessão do divórcio, mas ainda permanece em nosso ordenamento jurídico, enquanto subsistir no Código Civil.

Em seu posicionamento, a modificação constitucional apenas traz que o casamento será dissolvido pelo divórcio, no entanto, a separação não dissolve o casamento, apenas a sociedade conjugal, sendo constitucional sua existência até uma possível revogação na legislação cível aplicada.

Parece que esses autores não atentaram para o fato de que a Constituição Federal está no cume do ordenamento jurídico pátrio. Desta forma, após uma emenda no seu texto, todas as normas incompatíveis com suas previsões ensejam a revogação automática.

Ratificando este entendimento, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 02-DF³ traz o seguinte:

A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. **Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que lei ordinária.** Reafirmação de antiga jurisprudência do STF, mais que cinquentenária. (GRIFOS NOSSOS)

Outro questionamento feito seria de que a abolição da separação judicial, bem como de prazos para a concessão do divórcio, estariam motivando a destruição das famílias, banalizando o instituto do casamento.

Nos dizeres de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona (2010, p. 34) tal conclusão é absurda, pois a motivação do legislador foi se de constituir um mecanismo menos burocrático e doloroso de extinção do casamento, permitindo aos ex-cônjuges

³ STF – ADI 02-STF (DJ 21.11.1997)

seguirem suas vidas, “*pois sem amor e felicidade não há porque se manter um casamento.*”

Outra preocupação ocasionada foi o fato de não haver mais um prazo para “reflexão antes de decidir se esta é a decisão a ser tomada” não geraria um grande de divórcios impensados, causando um futuro arrependimento. Em sua sábia explanação, Gagliano e Pamplona Filho (2010) dispõem da seguinte maneira:

Caberia uma outra pergunta: é mesmo dever do Estado estabelecer um prazo de reflexão? **Se a decisão de divórcio é estritamente do casal, não violaria o princípio da intervenção mínima do Direito de Família, o estabelecimento coercitivo de um período mínimo de separação de fato?** E que período seria este? Um ano? Por que dois? (STOLZE; PAMPLONA, 2010, p. 48) (GRIFOS NOSSOS)

Maria Berenice Dias (2010, p. 32) entende que esta resistência por parte de alguns seria uma forma de garantir ações a serem intentadas. Explicando melhor, sendo mantida a separação judicial estaria o advogado sujeito a ser contratado duas vezes, propondo duas ações judiciais, sendo lavradas duas escrituras, recebendo honorários advocatícios duas vezes.

Todavia, é de bom alvitre relembrar que nessa seara devemos fortificar e prevalecer a vontade dos interessados, quais sejam, os cônjuges que querem desfazer uma relação que não mais possuem interesse em manter, de forma mais célere e prática possível, independente de quais motivos os levaram a requerer esta medida.

No âmbito religioso, as críticas seriam previsíveis.

A Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010) afirmou para a imprensa nacional que, ao se facilitar o fim do casamento, estaria contribuindo para a banalização da questão. O vice-presidente da instituição afirma:

Daqui a pouco, a pessoa vai na frente de qualquer juiz e diz que não é mais casada e depois vai na frente de qualquer ministro da igreja e casa de novo. É banalizar demais uma coisa que é muito séria. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010, p.)52

Não há dúvidas que as religiões e crenças pessoais devam ser respeitadas. Como afirma Rodrigo Pereira (2010, p. 8), elas dão sentido a nossas vidas, impõe limites em nossas atitudes, alimentam esperanças e fé. Todavia, não se pode misturar o Direito com valores morais e religiosos, pois:

A história do Direito de Família já nos mostrou todas as injustiças provocadas por esses valores, tais como a exclusão de determinadas categorias do laço social, ilegitimando filhos, famílias, em nome de uma moral sexual civilizatória. Não podemos continuar repetindo essas injustiças. E é por isso que os argumentos de ordem moral-religiosa não podem prescrever regras jurídicas. (PEREIRA, 2010, p. 12)

A grande questão envolvida que os contrários à mudança constitucional não enxergam é que facilitar o divórcio não é permitir a destruição da família, desvalorizar o casamento, mas permitir que aqueles que não tiveram a sorte de lograr êxito em suas escolhas possam fazer outras, almejando o sucesso, de forma menos formal e extensa possível.

2.3 Extinção da Separação Judicial

A separação judicial era medida menos gravosa que o divórcio. Por meio dela, o casamento não estava dissolvido, mas apenas a sociedade conjugal, ou seja, estavam findos os deveres relativos ao casamento, tais como fidelidade recíproca, coabitação, podendo, inclusive, ser feita a partilha dos bens, como dispõe o artigo 1.576, *caput*, do Código Civil.⁴

Observa-se que a separação judicial encerra apenas a sociedade conjugal, subsistindo o vínculo matrimonial. Desta forma, o separado judicialmente não poderia se casar novamente, sendo possível apenas após a decretação do divórcio.

Como ressaltam Gagliano e Pamplona Filho (2010, p. 57), o divórcio se mostra muito mais vantajoso que a separação em diversos aspectos. Juridicamente falando, além de desfazer a sociedade conjugal, também encerra o vínculo matrimonial, evitando-se a duplicidade de processos. Sob o ponto de vista financeiro também é mais benéfico, pois se evitam gastos processuais em dobro, em face da duplicidade de processos.

Apesar de a separação judicial permitir uma possível reconciliação, que não é possível no divórcio, não o torna menos benéfico que aquela, pois os ex-cônjuges

⁴ Art. 1.576, *caput*, do Código Civil: A separação judicial põe termo aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca e ao regime de bens.

podem se casarem novamente. Em suma, as desvantagens de uma separação judicial superam a impossibilidade de reconciliação no divórcio.

Fato é que o próprio dia a dia forense demonstra que o número de reconciliações após a separação judicial é ínfimo, considerando o enorme número de separações convertidas em divórcios.

A Emenda Constitucional n. 66/2010, conforme entendimento de Maria Berenice Dias (2010, p. 104) entrou em vigor imediatamente, findando todas as ações de separação judicial, consensuais ou litigiosas, tramitando em juízo ou extrajudicialmente.

Com a EC/2010, conforme a doutrinadora, a separação judicial tornou-se juridicamente impossível, perdendo o objeto por impossibilidade jurídica do pedido. Logo, não podem prosseguir demandas que objetivam algo não mais previsto em nossa legislação, sendo incabível que o magistrado prolate sentença ratificando situação que não há mais previsão legal para tanto.

Esta transformação legislativa trazida pela EC 66/2010 traz a tona, constitucionalmente discutindo, de uma inconstitucionalidade superveniente das normais leis ordinárias, como nos ensina Dirley da Cunha Jr (2006 apud GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010, p.p. 57-58), ao comentar acerca do controle de constitucionalidade em sede de argüição de descumprimento de preceito fundamental:

Outra novidade suscitada pela argüição de descumprimento consiste na possibilidade de controle abstrato de constitucionalidade de atos anteriores à Constituição (ou à Emenda Constitucional nova). Nesse particular, a argüição de descumprimento veio “corrigir” um equívoco da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que não admitia a fiscalização abstrata de constitucionalidade do direito pré-constitucional, sob o argumento prático de que a questão apresentada era de simples revogação e não de inconstitucionalidade superveniente. Segundo a firme posição do Supremo, portanto, eventual colisão entre o direito pré-constitucional e a nova Constituição deveria ser solucionada segundo os princípios de direito intertemporal, haja vista que o processo abstrato de controle de constitucionalidade destina-se, exclusivamente, à aferição de constitucionalidade de normas pós-constitucionais.

O equívoco do STF residia no fato de que as questões de inconstitucionalidade não se resolvem no plano do direito intertemporal ou do critério cronológico da *lex posterior derogat lex priori*, e sim no plano do critério hierárquico ou da validade. O juízo de constitucionalidade ou inconstitucionalidade é um juízo acerca da validade de uma lei ou de um ato do poder público em face da Constituição que lhe serve de fundamento. Assim, se uma lei anterior, em face da nova Constituição, perde seu fundamento de validade, por não se compatibilizar materialmente com a nova ordem jurídico-constitucional, ela é inválida, ou seja, inconstitucional (CUNHA JR, apud GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010, p.p. 57-58).

Em suma, aplicando os ensinamentos acima expostos ao caso estudado, temos que com a nova disciplina do divórcio, perdem eficácia as normas infraconstitucionais que tratam da separação judicial, pois passa a ser extinto do ordenamento jurídico pátrio, seja por revogação tácita (conforme entendimento defendido pelo STF), ou pela inconstitucionalidade superveniente, posicionamento este defendido por Dirley da Cunha Jr., que possuem fins práticos semelhantes.

Como suscita Gagliano e Pamplona Filho (2010, p. 59), não aplicar este entendimento (prevalhecimento da norma constitucional posterior e conseqüente invalidade das normas infraconstitucionais preexistentes) é valorizar norma ordinária sob a própria Constituição Federal, o que se torna incoerente em face da primazia constitucional.

2.3 Extinção do prazo de separação de fato para o divórcio

A extinção do prazo de separação de fato para a concessão do divórcio foi outra grande mudança trazida pela Emenda Constitucional n. 66/2010. Anteriormente, era exigido o lapso de no mínimo dois anos de separação de fato para a concessão do divórcio, sem que tenha havido reconciliação entre os cônjuges.

Com a nova redação dada ao §6º, do artigo 226, da Constituição Federal, o divórcio direto passa a ser um direito potestativo, podendo ser exercido por qualquer um dos interessados, independente de tempo transcorrido, e sem prévia separação de fato.

Como levantam Gagliano e Pamplona Filho (2010, p. 60), passado um dia, uma semana, um mês ou uma década após o casamento, pouco importa, qualquer dos cônjuges, não querendo mais permanecer matrimonialmente unido ao outro, poderá requerer o divórcio.

Na Alemanha, há duas condições necessárias para a decretação do divórcio, que são: o casal estar separado de fato há pelo menos um ano, devendo haver pedido conjunto dos cônjuges ou, ainda, que se o pedido for feito por apenas um dos cônjuges, haja consentimento do outro; ou estarem os cônjuges separados de fato há, pelo menos, três anos (GAGLIANO, 2010).

Já no direito português, para que o divórcio seja concedido deverá haver separação de fato por três anos consecutivos ou separação de fato por um ano se o

divórcio for requerido por um dos cônjuges sem o consentimento do outro (GAGLIANO, 2010).

Desta feita, comparando com o direito alemão e o português, o Brasil está mais avançado em matéria de concessão de divórcio, progredindo na proteção da liberdade de decisões no âmbito familiar e valorando a interferência mínima do Estado, sendo descartada sua atuação em uma seara tão personalíssima.

2.3 Principais efeitos diretos vindos da modificação constitucional

Sobrevindo uma alteração no texto da Constituição Federal é evidente que toda a legislação infraconstitucional é afetada, devendo se compatibilizar com os ditames da Lei Maior, mesmo que tais normas sejam anteriores a Emenda Constitucional.

Não seria diferente com a nova redação dada ao §6º, do artigo 226, da Constituição Federal, podendo ser destacado de mais importantes os itens subseqüentes.

2.3.1 O afastamento da culpa

Como já suscitado anteriormente, a investigação da culpa era requisito necessário para a concessão da separação judicial. Logo, caso um dos cônjuges quisessem assim proceder antes do transcurso de um ano do fim da convivência conjugal, deveria propor a ação imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum (artigo 1.572, *caput*, do Código Civil⁵).

A posteriori, apenas depois de se passar um ano da separação judicial, poderia se intentar a ação de divórcio.

Ocorre que, além de toda a discussão acerca da desnecessidade de averiguação da culpa pelo fracasso de uma relação por não ter o Estado como intervir tão

⁵ Art. 1.572 do Código Civil: 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.

intimamente nas relações particulares, outro argumento ratifica a inutilidade desta investigação.

Primeiramente, é necessária a análise do §1º, do artigo 1.580, do Código Civil, *in verbis*:

Art. 1.580. Decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, qualquer das partes poderá requerer sua conversão em divórcio.

§ 1º A conversão em divórcio da separação judicial dos cônjuges será decretada por sentença, da qual não constará referência à causa que a determinou. (GRIFOS NOSSOS)

Ora, para a concessão do divórcio não importava saber quem era o culpado do fim da relação conjugal, como bem diz o dispositivo supracitado. Desta forma, apontar um culpado no momento da separação judicial era medida inócua, sem eficácia, pois no momento de se extinguir, de fato, a relação conjugal, a culpa não importava.

Assim, todo o constrangimento causado, bem como os sentimentos afetados nesta medida retrógrada não são levados em conta na fase seguinte. Então, que sentido faz a investigação de culpa para a separação judicial se para o divórcio, que seria medida mais “grave”, sequer constaria referência?

Nos dizeres de Paula Maria Tecles Lara (2010, p. 2), ao se retirar do ordenamento jurídico o instituto da separação judicial, não há mais entraves para manterem as pessoas presas ao casamento. Desta feita, não existe mais culpados, imposição de culpas, prazos etc. Excluindo-se a culpa, está se dando aos cônjuges a oportunidade de findar a relação de forma digna e, na maioria das vezes, de forma amigável.

2.3.2 O estado civil

O casamento é essencial para a definição do estado civil da pessoa, importante direito inerente à personalidade.

Assim sendo, aquele que nunca contraiu casamento possui como estado civil o de “solteiro”, aquele que está casado possui estado civil de “casado”, aquele que o cônjuge faleceu na constância do casamento será considerado “viúvo”, o que apenas se

separou é chamado de “separado judicialmente” e, por fim, o que se divorciou será o “divorciado”. Frisa-se que, nas oportunidades de separação por meio extrajudicial, optou-se por utilizar a expressão “separado extrajudicialmente”.

Porém, após a extinção da separação judicial, algumas considerações precisam ser feitas.

As pessoas que se separaram antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 66/2010, que data de 13 de julho de 2010, ainda serão consideradas separadas. Logo, não mudaram automaticamente para o status de divorciadas, mesmo que não mais exista a separação.

Este posicionamento se justifica por se temer uma enorme insegurança jurídica caso os separados fossem considerados divorciados automaticamente após a EC 66, sem qualquer manifestação dos interessados.

Logo, para essas pessoas, se faz necessário que intentem ação de divórcio, independentemente do tempo que estão separadas judicial ou extrajudicialmente, como forma de respeitar o ato jurídico perfeito e assegurar a segurança jurídica (GAGLIANO, 2010).

2.3.4 O fim da reconciliação

Até antes da Emenda Constitucional nº 66/2010 não era admitido o divórcio direito sem o lapso temporal de dois anos da separação de fato, ou antes de um ano contados da separação judicial.

A separação judicial sempre foi defendida como um meio de se repensar a decisão de dissolver o vínculo conjugal, pesar os motivos que causaram a insatisfação, estudar uma possibilidade de perdão entre os cônjuges, e, assim, restabelecer o casamento.

Todavia, uma possível reconciliação, como ensina Maria Berenice Dias (2010, p. 62), seria um gasto de tempo e de dinheiro, pois teria que desarquivar o antigo processo de separação judicial, a contratação de um advogado para a demanda etc.

Contudo, como a partir de então existe apenas o divórcio, caso o casal se reconcilie, para voltar a serem casados terão que se casar novamente. Este é argumento

utilizado pelos defensores da permanência da separação judicial, pois, teoricamente, estaria se dificultando a mudança de idéia do par.

Mesmo assim, a manutenção da separação judicial não se justifica, pois caso o casal queira se casar novamente basta se dirigir ao cartório de registro civil, fazer a habilitação, sendo desnecessária a presença de advogado, não realizar cerimônia etc.

Inclusive, para os que sejam pobres na forma da lei, tal procedimento será isento das despesas cartorárias. Todavia, mesmo que tivessem que pagar custas, seria muito mais em conta que os honorários advocatícios devidos no caso da reconciliação (LARA, 2010).

2.3.5 Sucessão

Em se tratando de sucessão, o Código Civil traz dispositivo de sentido, no mínimo, absurdo. No artigo 1.830, temos que o cônjuge sobrevivente, caso não estivesse separado de fato a mais de dois anos teria direito de ser herdeiro do *de cujus*. Caso a separação de fato ultrapassasse este período, seria beneficiado desde que o motivo do fim da convivência conjugal não tenha sido ocasionado por sua culpa.

Nota-se a que ponto chegou o legislador ao admitir que seja herdeiro o cônjuge separado de fato, o que nos leva a entender que a relação outrora existente não mais teria razão de ser. Ora, se não é mais possível a convivência conjugal, qual a motivação para o sobrevivente ser herdeiro?

Este dispositivo legal só demonstra mais uma vez a nítida interferência estatal no âmbito do direito de família, ramo este que tem como um dos seus princípios norteadores a interferência mínima do Estado.

O mais curioso é admitir uma possível investigação de culpa do cônjuge falecido. Como seria possível obter esta prova para fundamentar o direito de herança do sobrevivente? Não há mecanismos suficientes para tanto, ainda mais após o transcurso de no mínimo dois anos após a separação de fato.

Por ter sido abolida a separação judicial e sua conseqüente investigação de culpa para a concessão do divórcio, é entendível que, em se tratando de direitos sucessórios, não há mais motivação idônea para averiguação de culpabilidade do cônjuge falecido.

Eis a doutrina de José Fernando Simão (2010, p. 4) acerca da matéria:

Com a emenda constitucional, a culpa é abolida também no debate sucessório, pois se é irrelevante o motivo que levou o casamento acabar, e tal motivo sequer pode ser abordado para impedir o fim do vínculo, motivos não há para sua discussão após a morte de um dos cônjuges. Da mesma forma, a norma exigia uma separação de fato por mais de dois anos para que o cônjuge perdesse a qualidade de herdeiro. Buscando-se a teleologia da regra, resta claro que tal prazo mantinha estreita relação com o prazo necessário ao divórcio direto (art. 1.580, §2º). Quem podia se divorciar em razão da separação de fato, perderia qualidade de herdeiro. **A partir de agora, basta que tenha havido a separação de fato para que possa ocorrer o divórcio e, portanto, qualquer debate de prazos ou de culpa perdeu o objeto em matéria sucessória.** (GRIFOS NOSSOS)

Assim, a partir da Emenda Constitucional nº 66/2010, como conforma de se compatibilizar com a Constituição Federal, em se tratando de verificar culpa do *de cujos*, estaria a norma revogada neste aspecto.

2.3.6. A cláusula de dureza

Para a concessão da separação e do divórcio, o Estado impunha mecanismos para dificultar aos cônjuges adquirir estes direitos. Estipulação de prazos, preenchimento de requisitos específicos etc., são apenas alguma das formas encontradas para tornar a demanda dificultosa.

Porém, além do preenchimento dos requisitos legais, poderia ainda o magistrado se recusar a homologação da separação ou do divórcio, caso entenda não estarem protegidos direitos dos filhos ou de um dos cônjuges, conforme dispõe o parágrafo único, do artigo 1.574, do Código Civil⁶, também previsto no artigo 34, §2º, da Lei 6.15/77⁷ (Lei do Divórcio).

Deprendendo-se do disposto na legislação, podemos ter como cláusula de dureza esta margem de discricionariedade concedida ao juiz, que poderá afrontar a vontade dos cônjuges que pretendem desfazer o casamento. Apesar de o parágrafo

⁶ Art. 1.574, parágrafo único, do Código Civil: O juiz pode recusar a homologação e não decretar a separação judicial se apurar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges.

⁷ Art. 34, §2º, da Lei 6.15/77: O juiz pode recusar a homologação e não decretar a separação judicial, se comprovar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges.

único, do artigo 1.574, do Código Civil, falar apenas em separação judicial entende-se que esta cláusula é aplicada também para o instituto do divórcio.

Alguns autores, como Maria Berenice Dias (2010, p. 63), entendem que a cláusula de dureza é flagrantemente inconstitucional, pois afronta diretamente o princípio da liberdade que deve prevalecer nas relações acobertadas pelo Direito de Família, não podendo o direito de dissolver a relação conjugal ser obstaculizado pela justiça.

Tal princípio, como assevera Gonçalves (2005, p. 9), preza pela ampla liberdade de constituir uma vida familiar, seja por casamento ou união estável, bem como a valorização da livre conduta, desde que sejam respeitadas a integridade física e moral dos integrantes da família. Logo, não é admissível que qualquer pessoa de direito público ou privado faça qualquer restrição ou imponha qualquer condição nas relações familiares, conforme dispõe o artigo 1.513, do Código Civil.⁸

Outros autores defendem a constitucionalidade da cláusula de dureza, como é o caso de Inácio de Carvalho Neto (2007, p. 3). Para ele, não há afronta ao princípio da liberdade, pois não se pode interpretá-lo de forma ampla o suficiente que impeça a proteção do Estado à estabilidade da família e à preservação dos cônjuges e filhos. Deve o magistrado ter cautela em se utilizar deste poder discricionário, mas não se pode afastar o amparo que o Estado dá à família, base da sociedade.

É complicado observar alguma situação que faria com que o magistrado negasse a homologação da separação ou divórcio por haver prejuízo para um dos cônjuges os filhos, mantendo-se o vínculo matrimonial. Difícil identificar quais seriam os interesses que merecem ser preservados, a ponto de casamentos sem condições de manutenção não serem homologados pelo Estado (DIAS, 2010).

Não é a manutenção de um casamento que fará com que, por exemplo, os filhos havidos na relação tenham seus interesses preservados. Provavelmente, a convivência com pais que não se entendem, que não possuem mais os mesmos interesses, não têm pretensão de manterem a conjuntura familiar, não trará benefícios para uma criança.

⁸ Art. 1.513, do Código Civil: É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.

Frisa-se que o divórcio não rompe a unidade familiar. O poder familiar não se finda com o término do casamento, que permanece sendo exercido por ambos os pais sendo o único elo rompido o vínculo conjugal.

Maria Berenice Dias (2010, p. 65), afirma que, em se tratando dos filhos, as cláusulas referentes à guarda, regime de visitação ou verba alimentar, caso não satisfaçam os interesses da prole, poderão sofrer interferência do judiciário, mas não seria motivo suficiente para impedir a decretação do divórcio dos pais; as demandas relacionadas permaneceriam, sendo avaliadas em procedimento próprio, após a concessão do divórcio.

Assim sendo, em face da explanação supra, podemos concluir que não há mais aplicação da cláusula de dureza em nosso ordenamento jurídico, por ir de encontro com preceitos constitucionais vigentes e, também, por não existir nenhuma previsão constitucional que permita esta cláusula obstaculizadora.

3. QUESTÕES DE DIREITO INTERTEMPORAL

3.1 Considerações prévias

O artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal⁹, assegura a proteção ao ato jurídico perfeito¹⁰, o direito adquirido¹¹ e a coisa julgada¹². Desta forma, qualquer alteração legislativa, inclusive constitucional, deverá assegurar a proteção destes institutos no intuito de salvaguardar a segurança jurídica, que ficaria fragilizada com a possibilidade de mudança de uma situação já apreciada pelo judiciário e incorporada ao patrimônio do sujeito.

Com já anteriormente levantado, é sabido que as normas constitucionais possuem eficácia imediata e a ineficácia de normas infraconstitucionais preexistentes a nova redação da Constituição Federal, inclusive com manifestação do Supremo Tribunal Federal ditando que tais normas carecem de validade, sendo revogadas tacitamente. Caso não fosse assim o entendimento, seriam as normas constitucionais meros enunciados e estariam despidas de seu conteúdo propositivo e de eficácia plena (PEREIRA, 2010).

Acerca do tema, suscita Rodrigo da Cunha Pereira (2010, p. 160):

Por se tratar de uma nova redação da Constituição que eliminou expressamente prazos para o divórcio e instalou novas concepções sobre dissolução do vínculo conjugal, é necessário examinarmos algumas situações especiais e transitórias, em nome da segurança jurídica consolidada pelas leis vigentes à época. Isso seria o mesmo que instalar a obrigatoriedade de submissão às leis que ainda não existem, isto é, tornar caótico o sistema jurídico (PEREIRA, 2010, p. 160).

⁹ Art. 5º, XXXVI, CF: A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

¹⁰ Art. 6º, §1º, da LICC: Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

¹¹ Art. 6º, §2º, da LICC: Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

¹² Art. 6º, §3º, da LICC: Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.

Com as retiradas da separação judicial e do prazo para concessão do divórcio, tornam as regras previstas no Código Civil incompatíveis com a Constituição Federal. No entanto, algumas situações deverão ser analisadas com cautela, principalmente do que se refere às demandas em andamento, como veremos a seguir.

3.2 Divórcio judicial

Com a Emenda Constitucional n. 66/2010 e a conseqüente extinção da separação no ordenamento jurídico, aqueles ainda casados, separados de fato, judicialmente ou extrajudicialmente podem requerer imediatamente o divórcio, sem necessidade de aguardar qualquer lapso temporal anteriormente exigido. Não há mais qualquer obstáculo temporal para a decretação do divórcio.

Na modalidade judicial, nenhuma circunstância precisa ser levantada, tais como averiguação de culpa, prévia separação de fato etc., bem como não necessita de produção de prova testemunhal com fito de comprovar o transcurso de dois anos da separação de fato, como comumente era feito, nos termos do artigo 1.580, §2º, do Código Civil¹³.

Não havendo filhos menores ou incapazes na constância do casamento, não é necessária a audiência de conciliação, pois, fora a ofensa de direitos destes, não há obstáculo suficiente que impossibilite a homologação do divórcio pelo magistrado, como já discutido anteriormente em se tratando da cláusula de dureza.

Por fim, os separados judicialmente podem pleitear o divórcio, mesmo antes do lapso de um ano após a separação judicial, não mais se justificando requerer a conversão da separação em divórcio (DIAS, 2010).

3.3 Divórcio e separação extrajudiciais

¹³ Art. 1.580, §2º, do CC: O divórcio poderá ser requerido, por um ou por ambos os cônjuges, no caso de comprovada separação de fato por mais de dois anos

Na existência de filhos menores ou incapazes, como sabido, não poderá o casal fazer uso da via administrativa para obter o divórcio.

Caso o procedimento de separação extrajudicial esteja em trâmite quando da promulgação da Emenda, o tabelião deverá cientificar as partes da impossibilidade de decretação da separação judicial, pois tal instituto não mais persiste na legislação brasileira, informando da possibilidade de conversão em ação de divórcio. Não entrando em acordo o casal acerca do divórcio, não poderá o notário lavrar a escritura pública de separação judicial, sob pena de ser considerado ato nulo (DIAS, 132).

3.3 Separação judicial

Estando em curso processo de separação judicial ainda pendente de sentença, a solução nos parece simples.

Primeiramente, o juiz deverá intimar as partes interessadas, concedendo prazo razoável, para, querendo, adaptar o pedido com fim de se compatibilizar a nova redação constitucional, convertendo o antigo pedido de separação em divórcio (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010).

Nesta situação, deve-se ignorar o disposto no artigo 264, do Código de Processo Civil, que dispõe:

Art. 264. Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei.

Parágrafo único. A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo.

No caso em análise, não estamos tratando de uma simples modificação de pedido ou causa de pedir. Trata-se de uma mudança na base constitucional acerca do tema, com a conseqüente modificação do direito material correspondente, exigindo-se, assim, uma adaptação aos novos preceitos, sob pena de ferir o princípio do devido processo civil constitucional (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010).

Caso as partes, após a intimação, ficarem silentes, há divergências sobre qual o procedimento deverá ser adotado pelo juiz.

Para Maria Berenice Dias (2010, p. 133), o silêncio importará concordância com o decreto do divórcio. Logo, quem queira adaptar o antigo pedido de separação judicial para o de divórcio não precisará se manifestar.

Gagliano e Pamplona Filho (2010, p. 139) asseveram que, no silêncio das partes das partes, deverá o magistrado extinguir o feito sem julgamento do mérito, por perda do interesse processual superveniente, com fulcro no artigo 264, VI, do Código de Processo Civil.

Havendo discordância das partes para a conversão do pedido de separação para o de divórcio, também teremos posicionamentos diferentes para resolver a situação.

Seguindo o mesmo entendimento anterior, Gagliano e Pamplona Filho (2010, p. 139) acordam que, nestas circunstâncias, deverá o juiz extinguir o feito sem julgamento do mérito, pelo mesmo fundamento de perda de interesse processual superveniente.

Já Maria Berenice Dias (2010, p. 133) entende que, havendo discordância de apenas um dos cônjuges, não fica impedida a decretação do divórcio, pois ninguém será obrigado a permanecer casado contra sua vontade, seja ele autor ou réu. Desta forma, havendo discordância de qualquer um dos cônjuges, não será obstáculo para a decretação do divórcio.

Em caso de os interessados manifestarem interesse na adaptação do pedido, convertendo-se, assim, para ação de divórcio, o processo seguirá normalmente, como ratificam Gagliano e Pamplona Filho (2010, p. 139), com vistas à decretação do fim do próprio vínculo matrimonial, na forma do novo sistema constitucional trazido pela promulgação da Emenda Constitucional n. 66/2010.

3.4 Conversão da separação em divórcio

Estando em trâmite ação de conversão de separação judicial em divórcio, a resolução é das mais simples, devendo o juiz decretar de plano o divórcio dos litigantes.

Não há interesse em averiguar se o pedido é consensual ou litigioso, pois havendo procura do Judiciário por um dos interessados para obter a decretação do divórcio, não existe motivo para impedir sua concessão.

3.5 Estado civil

Conforme anteriormente tratado, o estado civil daqueles que já eram separados judicialmente na promulgação da Emenda Constitucional n 66/2010 assim permanece, não sendo possível transformá-los em divorciados.

Querendo transformar o estado civil de separado para divorciado, deverá ser intentada ação de conversão de separação em divórcio, ou propor ação de divórcio, tendo resultados práticos semelhantes.

Esta cautela se justifica, como nos ensina Rodrigo Pereira (2010, p. 161), para compatibilizar com o respeito aos princípios constitucionais da coisa julgada e do ato jurídico perfeito. Seguindo esta mesma orientação, poderia ser utilizada a faculdade revista no artigo 1.577, *caput*, do Código Civil¹⁴, isto é, restabelecendo a sociedade conjugal.

3.6 Nome

Os artigos 1.571, §2º, e o 1.578, ambos do Código Civil, dispõem acerca da possibilidade de o cônjuge culpado perder o direito de utilizar o sobrenome do outro cônjuge que lhe foi acrescentado na ocasião do casamento.

No entanto, foi afastada a discussão da culpa após a Emenda Constitucional n. 66/2010, não sendo mais possível requerer a exclusão do nome de quem “cedeu” ao outro quando do casamento.

Para as ações de separação ainda em curso quando da promulgação da Emenda, caso houvesse requerimento de um dos cônjuges para que o outro considerado culpado deixasse de utilizar o nome daquele, entende a nobre civilista Maria Berenice Dias (2010 p. 134) que tal pedido resta incabível, pois não há mais averiguação de culpa na

¹⁴ Art. 1.577, *caput*, do Código Civil: Seja qual for a causa da separação judicial e o modo como esta se faça, é lícito aos cônjuges restabelecer, a todo tempo, a sociedade conjugal, por ato regular em juízo.

dissolução do vínculo conjugal. Assim, a pretensão não possui amparo legal, podendo o outro cônjuge permanecer utilizando o nome do outro sem interferências.

Também entende Maria Berenice Dias (2010, p. 135) que, após a separação judicial, o cônjuge culpado tenha perdido o direito de utilizar o nome do outro, poderá intentar o restabelecimento do nome que possuía ao se casar, com fulcro no afastamento da análise de culpa na dissolução do casamento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 66/2010, que deu uma nova redação ao §6º, do artigo 226, da Constituição Federal, temos o divórcio como única forma de pôr fim ao casamento. Esta mutação constitucional retirou definitivamente a análise de culpa, das causas que originaram a falência do casamento, onde não há culpados pelo fim do amor.

Apesar de algumas posições contrárias a aplicabilidade imediata da Emenda Constitucional, devendo aguarda-se regulamentação específica na legislação cível, a grande maioria dos doutrinadores e magistrados têm se manifestado na autoaplicabilidade do dispositivo (DIAS, 2010).

Em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º, III, da Constituição Federal), o Direito de Família deve ser um dos instrumentos a elevar o sujeito ao cume do nosso ordenamento jurídico, devendo ser considerada inconstitucional qualquer norma que proteja o patrimônio em detrimento da pessoa, nas questões de ordem familiar. Nesta diapasão, a imposição de obstáculos pelo Estado com fim de fazer permanecer uma relação fracassada, é desrespeitar o indivíduo como ser humano, desprezando sua liberdade de decisão sobre os atos da sua vida privada.

Para aqueles que estavam litigando pela separação judicial ao tempo da promulgação da Emenda, poderão modificar o pedido inicial e converter para uma ação de divórcio, tendo em vista não ser mais exigido preenchimento de requisitos e transcurso de tempo para dissolução do vínculo conjugal. No entanto, as pessoas que se encontravam separadas judicialmente quando da entrada da Emenda Constitucional n. 66/2010 não podem ser tidas como divorciadas, sendo impossível esta mudança de estado civil automaticamente, sendo necessária ação de divórcio

A extinção do instituto da separação judicial trouxe apenas benefícios para a sociedade, pois retira a esdrúxula aferição de culpa pelo fim do casamento, que submetia o casal a uma desnecessária exposição de sua intimidade, gerando discórdias, ânimos alterados, e apontava como culpado alguém que não é responsável pelo desamor. Enfim, era uma situação constrangedora e ineficaz, pois de nada adiantaria encontrar um culpado, posto que não há benefícios, não há ganhos.

A nova estrutura do divórcio significa uma vitória do princípio da liberdade dos sujeitos de dirigirem a própria vida sem a intervenção do Estado. Isto não significa a destruição da família, como vem pregando os conservadores e membros da Igreja. A família é indestrutível e continuará sendo um dos fortes pilares em que se erguem a sociedade. O divórcio é apenas o fim da conjugalidade (PEREIRA, 2010).

A Emenda Constitucional n. 66/2010 vislumbra o fim de uma legislação arcaica, que dava ênfase a posicionamentos religiosos descabidos de razão. Sair de um relacionamento fracassado é um direito dos cônjuges, não podendo o Estado intervir tão intimamente na vida das pessoas, sobrepondo sua vontade a dos interessados. A alteração constitucional nos traz o alívio de ver respeitada a dignidade da pessoa humana, e o direito de se buscar a real felicidade.

REFERÊNCIAS

ASSIS JR, Luiz Carlos de. **A inviabilidade da manutenção da separação como requisito para o divórcio frente à autonomia privada.** Disponível em: http://api.ning.com/files/FmH-9f9RDxOm5rq9-RQmtHaNSVC3goLFdodnPU*x0yYuT54JjabV7rkfQwt2OFuGkTMBNXQdkttjej-GJw1zBFLNwt6WG29Z/AInviabilidadedaManutenodaSeparaocomoRequisitoparaoDivorciofrenteaaAutonomiaPrivada.pdf Acesso em 17 nov. 2010.

BÍBLIA, Português. **Bíblia Sagrada.** Tradução de Padre Antônio Pereira de Figueiredo. Rio de Janeiro: Encyclopaedia Britannica, 1980, Edição Ecumênica.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 02/DF.** Relator. Ministro Paulo Brossard. Publicado em 21.11.1997. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 30 nov. 2010.

_____. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em 29 nov. 2010.

_____. **Constituição Federal de 1967.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm Acesso em 29 nov. 2010.

_____. **Constituição Federal de 1946.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm Acesso em 29 nov. 2010.

_____. **Constituição Federal de 1937.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm> Acesso em 29 nov. 2010.

_____. **Constituição Federal de 1934.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm Acesso em 29 nov. 2010.

_____. **Código de Processo Civil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm Acesso em 01 dez. 2010.

_____. **Lei nº 6.515 de 26 de dezembro de 1977.** Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras

providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 dez. de 1977. Disponível em: Acesso em 15 nov. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 467.184/SP**. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Publicado em 17/02/2003. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=\(\('RESP'.clap.+ou+'RESP'.clas.\)+e+@num='467184'\)+ou+\('RESP'+adj+'467184'.suce.\)](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=(('RESP'.clap.+ou+'RESP'.clas.)+e+@num='467184')+ou+('RESP'+adj+'467184'.suce.)) Acesso em 20 nov. 2010.

_____. **Código Civil de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm> Acesso em 19 nov. 2010.

_____. **Código Civil de 1916**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L3071.htm> Acesso em 13 nov. 2010.

CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e Separação**. Tomo 1. 8ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995

CARVALHO NETO, Inácio de. **Separação extrajudicial: da possibilidade de recusa da realização da escritura pelo tabelião**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 39, 31/03/2007[Internet]. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1727 Acesso em 02/12/2010.

CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CUNHA, João Paulo. “**Quanto menos família melhor**”. Boletim do IBDFAM, nº 24, p. 5, jan./fev. 2004.

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

_____, **EC 66/10 – e agora?** Disponível desde 23/07/2010 em [http://www.mariaberenice.com.br/uploads/ec_66_-_e_agora\(1\).pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/ec_66_-_e_agora(1).pdf) Acesso em: 02 nov. 2010.

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

GAGLIANO, Pablo Stolze. **A Nova Emenda do Divórcio: Primeiras Reflexões**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=635> Acesso em 17 nov. 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Vol. VI. São Paulo: Saraiva, 2005.

LARA, Paula Maria Tecles. **Comentários à Emenda Constitucional nº 66/2010**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=649> Acesso em 17 nov. 2010.

LÔBO, Paulo. **A PEC do Divórcio: conseqüências jurídicas imediatas**. In Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, vol. 11, p. 05-17, Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte: IBDFAM, p. 8, ago./set. 2009.

_____, **Divórcio: Alteração constitucional e suas conseqüências**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=629> Acesso em 17 nov. 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do Direito Civil**. Vol. 5. São Paulo: Editora Forense, 2009.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio: teoria e prática**. 2ª edição. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

_____, 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 17 nov. 2010.

SANTOS, Ozéias J. **Divórcio Constitucional**. Rio de Janeiro: Syslook Editora, 2010.

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 17 nov. 2010.