



UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS I – CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

ANA SORAYA AGRA DE MELLO LAIME

DA EFICÁCIA E DO ALCANCE DA EC Nº 66/2010

CAMPINA GRANDE-PB
2011

ANA SORAYA AGRA DE MELLO LAIME

DA EFICÁCIA E DO ALCANCE DA EC Nº 66/2010

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial para a obtenção de grau de bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Maria do Socorro Bezerra Agra

CAMPINA GRANDE - PB
2011

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL – UEPB

L185e Laime, Ana Soraya Agra de Mello.
Da eficácia e do alcance da EC nº 66/2010
[manuscrito] / Ana Soraya Agra de Mello Laime.–
2011.
49 f.

Digitado.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em
Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Centro de
Ciências Jurídicas, 2011.
“Orientação: Profa. Me. Maria do Socorro Bezerra
Agra, Departamento de Direito Privado”.

1. Divórcio. 2. Direito familiar. 3. Problema familiar.
I. Título.

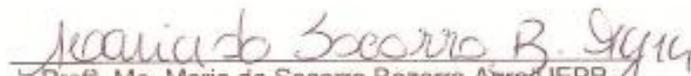
21. ed. CDD 346.016 6

ANA SORAYA AGRA DE MELLO LAIME

DA EFICÁCIA E DO ALCANCE DA EC Nº 66/2010

Aprovada em 17, 6 / 2011.

COMISSÃO EXAMINADORA:


Prof.^a Me. Maria do Socorro Bezerra Agra/UEPB
Orientadora


Prof.^o Hamilton de França/UEPB
Examinador


Prof.^o Hélio Santa Cruz Almeida Júnior/UEPB
Examinador

Dedico este trabalho ao meu Pai, Amadeu Alves de Mello (in memoriam), fonte inspiradora do sonho que ora realizo; à minha mãe, Cremildes da Costa Agra de Mello, vencedora na vida, exemplo de mulher, propulsora de todas as minhas conquistas; ao meu esposo, Eduardo Laime Filho, aos meus filhos, Eduardo de Mello Laime e Inayana Agra de Mello Laime, pela força prestada ao longo do curso através da compreensão a ausência noturna e aos meus irmãos, sem dúvida, a melhor caracterização das palavras “união”, “amizade” e “fraternidade”. Enfim, à minha família inteira, que de qualquer forma aplaudiu os caminhos que me propus a seguir.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, meu companheiro fiel, guia espiritual de minha vida, que me mostrou os caminhos a serem seguidos, amparando-me quando necessário e proporcionando-me saúde e disposição para nunca desistir.

Ao meu pai, meu eterno herói, exemplo de coragem, que com suas ações ensinou-me a seguir o bem, a ter caráter, a ser digna e buscar na vida momentos melhores e que mesmo estando junto a Deus não se encontra distante, pois através dos seus ensinamentos e amor aos filhos, faz-me senti-lo sempre junto a mim.

À minha mãe, grande matriarca, exemplo de garra, vitória e perseverança, que mantém serenidade nas horas necessárias e ama incondicionalmente todos os seus filhos, comemorando com eles a cada conquista, sem deixar de demonstrar seu amor por todos que a rodeiam e que está ao meu lado em todos os momentos.

Ao meu esposo Eduardo Laime Filho, pelas vezes que também ocupou o lugar de mãe, aos meus filhos Eduardo de Mello Laime e Inayana Agra de Mello Laime pelo entendimento em face de minhas ausências.

Aos meus irmãos, Manassés, Efraim, Miriam, João Baptista, Metuzelá, Javá e Assuã, com quem certamente posso ter apoio nas horas em que porventura eu possa precisar.

Aos que foram devolvidos ao Pai: Mãe Augusta, Pai Nestor, Mamã Ana e Papai Agra (amados avós); Cacá, Juriu, Eutália, Aurea (inesquecíveis tias); Aristóteles Agra (marcante cunhado); Iêda, Dr. Wallene e Ledeni (eternos amigos), que certamente estariam comigo se aqui estivessem.

Às minhas amigas e amigos, irmãos de alma que pude escolher, companheiros de graduação, dentre eles encontram-se Diego (o sempre anjo da guarda), Maryjanne, minha Merynha, (amo como uma filha), Rayssa, Jonas, Clauberta (com quem podia trocar idéias) e a todos que de alguma forma recepcionou-me e acolheu-me quando na sala cheguei pela primeira vez, não teria concluído sem vocês.

A Socorro Agra, além de professora, orientadora, pelos momentos dispensados a esta monografia e pelo carinho com que me tratou.

Aos meus queridos professores, sem exceção, pelos ensinamentos e paciência para com a turma.

"O direito não é uma simples idéia, é uma força viva. Por isso a justiça sustenta numa das mãos a balança com que pesa o direito, enquanto na outra segura a espada por meio da qual o defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada, a impotência do direito. Uma completa a outra, e o verdadeiro estado de direito só pode existir quando a justiça sabe brandir a espada com a mesma habilidade com que manipula a balança".

Ihering

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo estudar as modificações produzidas no ordenamento jurídico de família pela EC nº 66/2010, que implantou o verdadeiro divórcio direto no Brasil, seus benefícios e desvantagens, se for o caso, expostas pelos estudiosos e aplicadores do direito, uma vez que se pretende atuar profissionalmente nesta área com maior eficácia, tanto do ponto de vista jurídico como humanístico, agindo corretamente quanto ao cumprimento de normas materiais e processuais no atendimento àqueles que, por razões de foro íntimo, resolvem colocar um ponto final num casamento que não os torna felizes. Mas não só por isso, senão também para se prestar, ainda que modestamente, alguma contribuição no debate sobre os reflexos causados por tais alterações, que se irradiam no atual conceito de família. Para tal, se fez necessário estudar a evolução do divórcio no Brasil, trazendo à tona suas modificações, o obscurantismo da separação jurídica, notadamente quanto à injustificável apuração de culpa pela falência do casamento, assim como os trâmites e aplicação do divórcio antes da mencionada reforma, para só então se adentrar no fulcro do objeto desta monografia, chegando a conclusões que poderão não estar de acordo com o pensamento majoritário, mas que não deixam de merecer respeito, até porque não se trata, necessariamente, de uma visão solitária, outros também podem comungar do mesmo ponto de vista.

Palavras-Chave: Emenda Constitucional nº 66/2010. Separação. Divórcio.

ABSTRACT

This study aims to examine the existing modifications due to the enactment of EC 66/2010, its benefits and disadvantages exhibited by scholars and enforcers of the law, which aims to better understand the latest Law of Divorce in order to better develop his work with the Forum Alfonso Campos, in this region of Campina Grande-Pb, as well as act correctly on the fulfillment of orders and processes of care for those who decided to end the marriage. To this end, it was necessary to study the evolution of Divorce in Brazil and bring out your changes, unable to go unnoticed by the then defunct Institute of Separation and Divorce Separation conversion, as well as observe the procedure and application of Divorce before promulgation of the EC 66/2010 and then enter the subject of this monograph, reaching conclusions that may not conform to the majority thought, but it still deserves respect because there is understanding that others also had it.

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

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIVÓRCIO NO BRASIL	11
2 NOÇÕES PRÉVIAS E NECESSÁRIAS AO ENTENDIMENTO DO TEMA	14
2.1 Noções sobre casamento	14
2.2 Noções sobre separação jurídica	17
2.2.1 Tipos de separação jurídica.....	18
2.3 Noções sobre divórcio	20
3 FASES DO DIVÓRCIO NO BRASIL	23
3.1 Indissolubilidade do vínculo conjugal	23
3.2 Divórcio com limitação numérica e dissolução da sociedade conjugal (Sistema Dual)	25
3.3 Divórcio regulamentado pela CF/88 antes da EC nº 66/2010	27
3.4 Divórcio extraconjugal	29
4 DIVÓRCIO DA EC Nº 66/2010	32
4.1 Considerações gerais	32
4.2 Aplicabilidade do divórcio	33
4.3 Direito intertemporal	37
5 SISTEMA DUAL – CRÍTICA E DEFESA	39
CONSIDERAÇÕES FINAIS	46
REFERÊNCIAS	48

INTRODUÇÃO

O tema do presente trabalho foi escolhido em razão da intimidade que a autora, acadêmica de Direito, tem com o direito material e processual de Família, uma vez que o assunto faz parte do dia a dia na jornada de trabalho que desenvolve no cartório da 1ª Vara de Família desta comarca de Campina Grande-PB. A metodologia aplicada foi a de consultas bibliográficas, dentre eles, doutrina, inclusive advinda de artigos publicados em sites confiáveis, jurisprudência e normas pertinentes ao caso.

O assunto é da maior relevância, porque a Emenda Constitucional nº 66/2010 trouxe nova redação ao art. 226, parágrafo 6º, da Constituição Federal, resultando em radicais e pertinentes mudanças quanto à forma de dissolução do casamento e quanto à derrogação da separação jurídica. A mencionada Emenda retirou do Estado o poder de impor óbices para o término da sociedade conjugal, como também defenestrou o retrógrado e ineficaz dualismo, que consistia na manutenção de uma separação jurídica que punha fim à sociedade conjugal, mas mantinha o casamento, ainda que casamento fictício, e do divórcio, que extinguiu o casamento de modo direto ou indireto, a depender da escolha do casal. Se a opção primeira fosse pela separação jurídica, posteriormente, o divórcio seria indireto, ou seja, por conversão da separação em divórcio. Caso contrário, os cônjuges podiam decidir pela separação de fato, para, ao depois, cumprido o prazo de dois anos, pleitearem o então chamado divórcio direto.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 66/2010, segundo a doutrina, consagra-se o princípio da autonomia da vontade aplicado às relações conjugais, uma vez que o vínculo se origina da vontade das partes, assim, nada mais justo que sua dissolução também seja em razão da vontade delas.

Na presente monografia, não há a pretensão de se exaurir o assunto abordado, mesmo porque não seria possível em face do momento de transição e, por isso mesmo, da carência de elementos teóricos e práticos, mas o desejo de se conhecer melhor sobre o assunto e tecer algumas considerações, desde as modificações acontecidas em razão da EC nº 66/2010 até a análise das opiniões jurídicas favoráveis ou contrárias à revogação da separação jurídica, a qual

fomentava o cultivo do sistema dual. Do estudo, a autora tirará suas próprias conclusões a respeito, no intuito de apurar se a separação jurídica (separação judicial e extrajudicial) estaria mesmo extinta em virtude da EC 66/2010.

Para se chegar a uma resposta sobre dita indagação, fez-se um levantamento histórico sobre a introdução do divórcio no Brasil, sobre as fases de dissolução da sociedade e do vínculo conjugal, sobre os tipos de separações previstas em lei e realizaram-se reflexões sobre a extinção da separação jurídica com o advento da Emenda Constitucional 66/210. Por fim, cuidou-se de se fazer uma abordagem sobre vantagens e desvantagens das mudanças promovidas no Direito de Família pela Emenda Constitucional nº 66/2010.

1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIVÓRCIO NO BRASIL

Também para um melhor entendimento da emenda constitucional nº 66, de 14/07/2010, se faz necessário conhecer um pouco da trajetória do divórcio no Brasil e sua evolução no ordenamento jurídico nacional. O escorço histórico dá testemunho da luta, do esforço, das forças contrárias, da determinação e da demora da conquista obtida pelos que trabalharam para as edições das emendas constitucionais nºs 9, de 1977, que introduziu o divórcio no país, e 66, de 2010, que modificou a maneira brasileira de conceber a dissolução jurídica do casamento.

Na época do Império, quando a religião oficial do Estado era a Católica Apostólica Romana, o casamento mantinha-se disciplinado pela Igreja Católica e regulado pelas normas do Concílio de Trento, também conhecido como concílio da contra-reforma. Foi o 19º concílio ecumênico, realizado de 1545 a 1563, com o intuito de assegurar a unidade da fé e a disciplina eclesiástica no contexto da reforma da Igreja Católica, vindo a modificar-se apenas em 1861, com a Lei 1.144, de 11 de setembro do mesmo ano, permitindo o casamento dos não católicos, mas as relações familiares continuavam sob a competência do Direito Canônico.

Antes da citada lei, os não-católicos viam-se obrigados a casar pelos ritos da Igreja, o matrimônio era apenas o eclesiástico, não havia o matrimônio de natureza civil, pelo qual se unissem as pessoas pertencentes a seitas dissidentes. Contudo, como resultado da constante imigração, novas crenças foram introduzidas no Brasil. Por isso, o senador Francisco Diogo Pereira de Vasconcelos (que também foi juiz de direito e ministro da Justiça, entre outros cargos), propôs projeto de lei para estabelecer que os casamentos entre não-católicos fossem realizados segundo os ritos prescritos pelas religiões dos nubentes (projeto que se converteu na Lei nº 1.144).

A transformação promovida pela Lei nº 1.144, regulamentada pelo Decreto nº 3.069, de 17 de abril de 1863, permitiu que os casamentos entre pessoas que não comungassem da fé católica tivessem efeitos civis, desde que fossem registrados de modo devido e que o culto não fosse contrário aos bons costumes e à ordem pública. Para possibilitar o registro desses matrimônios, foi criado o registro civil, utilizado também, a partir do decreto 3.069, de 17 de abril de 1863, para registrar

nascimentos e óbitos de acatólicos. Desde então, possibilitou-se aos noivos casarem na religião que professassem.

Dessa forma, três modalidades de núpcias passaram a ser praticadas:

1ª) *Casamento católico* – casamento religioso católico oficial do Estado, celebrado segundo as normas do Concílio de Trento, de 1563, e da Constituição do Arcebispado da Bahia;

2ª) *Casamento misto* – realizado entre católico e não católico (por exemplo, pessoa que professava religião dissidente), sob a disciplina do Direito Canônico;

3ª) *Casamento acatólico* – que unia pessoas de outras religiões, ou seja, entre pessoas pertencentes às seitas dissidentes, celebrando-se de conformidade com os preceitos das respectivas crenças religiosas (tais casamentos foram autorizados a partir de 1861).

Com a Proclamação da República, em 1889, deu-se a separação entre a Igreja e o Estado (oficialmente, o Brasil tornou-se laico), reconhecendo-se a necessidade de regulamentar o casamento, para retirá-lo definitivamente do monopólio da Igreja e, por conseguinte, do direito canônico, o que foi feito pelo Decreto nº 181, de 24/01/1890. Todavia, o Decreto nº 119, de 07/01/1890, portanto, anterior ao Decreto nº 181, já havia garantido a liberdade de culto, em seu art. 2: “*A todas as confissões religiosas pertence por igual a faculdade de exercerem o seu culto, regerem-se segundo a sua fé e não serem contrariadas nos actos particulares ou públicos, que interessem o exercício deste decreto*”.

Com o Decreto nº 181/1890, do Governo Provisório, o casamento perdeu de vez o seu caráter confessional, pois se estabeleceu o casamento civil obrigatório (o Estado assumiu o monopólio do casamento). Como o art. 108 deixava claro que não mais era atribuído qualquer valor jurídico ao casamento religioso, foi editada circular do Ministério da Justiça, em 11-6-1890, determinando que:

[...] nenhuma solenidade religiosa, ainda que sob a forma de sacramento do matrimônio, celebrada nos Estados Unidos do Brasil, constituiria, perante a lei civil, vínculo conjugal ou impedimento para livremente casarem com outra pessoa os que houverem daquela data em diante recebido esse ou outro sacramento, enquanto não fosse celebrado o casamento civil.

Ainda não satisfeito, o governo editou o Decreto nº 521, de 26/6/1890, estabelecendo a precedência do casamento civil e prevendo punição aos infratores, nos seguintes termos:

O casamento civil, único válido nos termos do artigo 108 do Decreto 181, de 24 de janeiro último, precederá sempre as cerimônias religiosas de qualquer culto, com que desejam solenizá-lo os nubentes. O ministro de qualquer confissão, que celebrar as cerimônias religiosas do casamento antes do ato civil, será punido com seis meses de prisão e multa da metade do tempo. No caso de reincidência será aplicado o duplo das mesmas penas.

Com a primeira Constituição Republicana, a de 1891, o Estado assume o monopólio da celebração do casamento, proclamando no art.72, § 4º: “A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita”.

O Decreto nº 181/1890 dispunha sobre divórcio. No entanto, conforme seu Capítulo IX, dito divórcio, previsto nas modalidades consensual e litigioso, não dissolvia o vínculo matrimonial, não, mas somente o regime de bens e autorizava a separação de corpos, daí por que era conhecido como o “divórcio de cama e mesa”. Aliás, nesse sentido, dito divórcio se assemelhava à separação jurídica extinta pela EC nº66/2010, pois extinguiu apenas a sociedade conjugal. O então divorciado não podia casar-se novamente. Silvio Rodrigues, em nota de rodapé, diz que:

No Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, o capítulo que se encetava com o art. 80 se denominava ‘Do Divórcio’. E seu art. 88 dispunha: ‘O divórcio não dissolve o vínculo conjugal, mas autoriza a separação indefinida de corpos e faz cessar o regime de bens, como se o casamento fosse dissolvido.

A Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, art. 1º, pôs fim à indissolubilidade do casamento civil, modificando a CF de 1969 nos seguintes termos: “O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja separação judicial por mais de três anos”. A lei aí referida é a Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977 (conhecida como Lei do Divórcio), que, com o advento do atual Código Civil, passou a surtir efeito apenas quanto às questões processuais que contém, visto que o direito material se encontra regulamentado no Código vigente.

2 NOÇÕES PRÉVIAS E NECESSÁRIAS AO ENTENDIMENTO DO TEMA

Primeiramente, antes da abordagem do tema em si mesmo, três considerações/noções se fazem necessárias para uma melhor compreensão do assunto: casamento, separação jurídica e divórcio.

Não bastaria conceituar pura e simplesmente a separação ou o divórcio, uma vez que não se separa algo sem que antes tenha existido uma união, identificando-se o tipo de união firmada. Pelo contrário, a união, o viver bem, são valores hedonistas muito prestigiados na atualidade. Por isso, começa-se a abordagem pela noção de casamento.

2.1 Noções sobre casamento

Desde os primórdios, que no ciclo da existência humana casais se unem em busca de uma vida em comum, sendo um para o outro símbolo de força, de razão de viver e de prosperidade. O casamento é uma tradição milenar, cujos relatos antecedem à era de Cristo.

No sentido bíblico, o relato do primeiro casamento (primeiro livro da Bíblia, o Gênesis, do Antigo Testamento) dá conta de que houve a primeira união entre um homem e uma mulher, Adão e Eva, que foram colocados, por Deus, no jardim do Éden com a finalidade de procriar e povoar a Terra.

Assim cresceu a humanidade, em busca do companheiro ou companheira ideal, da cara-metade.

A família e o Direito de Família têm passado por muitas e freqüentes transformações, transformações essas cujas causas e manifestações já foram sobejamente abordadas em inúmeros trabalhos, não cabendo aqui voltar ao assunto.

De acordo com o cânon da Igreja, o qual, embora o Estado brasileiro seja laico, monopolizou as relações sociais durante o período de “império” da família

patriarcal, fase essa em que predominou a visão matrimonializada da família, o casamento era indissolúvel e tinha as seguintes funções: legalizar as relações sexuais, permitir a procriação, exercitar o dever de mútua assistência e a criação dos filhos.

Na maior parte das sociedades, só é reconhecido o casamento entre um homem e uma mulher, embora em outras já se admita o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, tal como Portugal, Argentina, Holanda etc.

No Brasil, o ordenamento não reconhece o casamento entre pessoas do mesmo sexo, mas já se aceita como união estável (a depender do preenchimento de requisitos básicos, como constituição de família etc.) a parceria entre duas pessoas do sexo masculino ou do sexo feminino, cujo sexo psicológico não coincide com o biológico. A respeito, recentemente o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar e, como tal, desencadeadora de efeitos jurídicos.¹

Costumeiramente, o casamento acontece entre duas pessoas, porém, algumas sociedades admitem que o mesmo homem (ou, mais raramente, a mesma mulher) esteja casado com várias mulheres (ou homens, respectivamente). Embora muito raros, há algumas situações de sociedades em que mais do que duas pessoas se casam umas com as outras num grupo tido como coeso. Por tais motivos, classifica-se o casamento em:

- a) casamento aberto (ou liberal): em que é permitido aos cônjuges ter outros parceiros sexuais por consentimento mútuo;
- b) casamento branco ou celibatário: sem relações sexuais;
- c) casamento arranjado: celebrado antes do envolvimento afetivo dos contraentes e normalmente combinado por terceiros (pais, irmãos);
- d) casamento civil: celebrado sob os princípios da legislação vigente em determinado Estado (nacional ou subnacional);
- e) casamento misto: entre pessoas de distinta origem (racial, religiosa, étnica etc.);
- f) casamento morganático: entre duas pessoas de estratos sociais diferentes no qual o cônjuge de posição considerada inferior não recebe os direitos

¹ Decisão do STF no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, em 05/5/2011.

- normalmente atribuídos por lei (exemplo, entre um membro de uma casa real e uma mulher da baixa nobreza);
- g) casamento nuncupativo: realizado oralmente e sem as formalidades de praxe;
 - h) casamento putativo: contraído de boa-fé mas passível de anulação por motivos legais;
 - i) casamento religioso: celebrado perante uma autoridade religiosa;
 - j) casamento poligâmico: realizado entre um homem e várias mulheres (o termo também é usado coloquialmente para qualquer situação de união entre múltiplas pessoas);
 - k) casamento poliândrico: realizado entre uma mulher e vários homens, ocorre em certas partes do himalaia;
 - l) casamento homossexual ou casamento *gay*: realizado entre duas pessoas do mesmo sexo;
 - m) casamento de conveniência: que é realizado primariamente por motivos econômicos ou sociais.

Atualmente, com a retração da família patriarcal, que cedeu lugar à família pós-moderna, vive-se o fenômeno da repersonalização do direito. Isso quer dizer que o direito deixa de girar em torno do patrimônio para gravitar em torno da pessoa humana. O indivíduo não existe tendo por finalidade primeira a de formar família para procriar e constituir patrimônio, não. As pessoas buscam a sua felicidade, sua realização pessoal e nesse contexto a família se insere como instrumento para efetivação desse intento. E aqui entra o casamento como uma das modalidades de constituição de família.

Por outro lado, hoje, diante do afrouxamento dos costumes, das mutações sociais e do desenvolvimento científicos, não é mais preciso casar para procriar. Casando-se, a pessoa não é obrigada a ter filhos (o planejamento familiar é de livre iniciativa do casal – CF, art. 226, § 7º). Aliás, nem ter relações sexuais é mais condição *sine qua non* para procriar, pois a reprodução humana medicamente assistida substitui a fórmula clássica de se conceber um filho. Fora o casamento, a pessoa tem ao seu alcance outras alternativas para constituir família (união estável etc.).

Diante do exposto, pode-se dizer que, no momento atual, se vive em busca da concretização do hedonismo: a vida é um bem incalculável, daí por que ela deve dar prazer, satisfação, conforto, bem-estar. Ninguém se casa, ou se consorcia com alguém por outra modalidade, para ser infeliz. Pode até haver infelicidade, mas não é o que se procura.

Nessa direção, o art. 1.511 do Código Civil parece ressaltar a função por excelência do casamento: “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”. O afeto, o amor, é o grande catalisador das relações humanas, em qualquer de suas instâncias. Não poderia ser diferente no casamento: as pessoas se casam movidas pelo afeto e desejam estabelecer uma plena comunhão de vida. Assim, a plena comunhão de vida é o maior e o mais importante efeito de qualquer consórcio afetivo, entre eles, o casamento.

2.2 Noções sobre separação jurídica

É comum, sobretudo entre as mulheres, o sonho de se casar, entrando na igreja decorada com flores, vestidas de branco e ser entregues ao seu amado, idealizado como um “lindo príncipe encantado”.

A vida a dois, todavia, não é fácil e por mais que se busque uma convivência harmoniosa, o dia a dia revela a personalidade das pessoas, tornando-as quase que transparentes aos olhos dos que com elas convivem, em especial dos consortes, aqueles que partilham da mesma sorte. Ao caírem as máscaras, o que resta são seres magoados, decepcionados e tantas vezes arrependidos do passo tomado, mesmo que aqui não se tenha a intenção de generalizar, vez que ainda existem os chamados casais “bem casados”. Contudo, não há como não enxergar o mundo atual e deixar de deparar-se com casamentos e casamentos desfeitos, até mesmo quando o casal ainda está sob o mesmo teto, tentando camuflar a realidade.

As separações e as reorganizações familiares se multiplicam, daí por que a cada dia fica mais destituída de concretude a velha expressão "até que a morte os separe", utilizada nas cerimônias de casamento religioso, porque há muito tempo

não se coaduna com a realidade. Aquela aura de perpetuidade, que envolvia o casamento indissolúvel alimentado apenas pelo sentimento religioso, porque considerado um sacramento, cedeu diante das mutações por que tem passado a família e o Direito de Família.

Com a quebra do monopólio do casamento, uma vez que, desde a edição da Constituição Federal de 1988 consideram-se igualmente válidas e legítimas outras modalidades de formação de família, não alcança maior repercussão o argumento de que o matrimônio “está em baixa”.

Família e casamento são realidades diferentes. Não se deve confundi-los. O casamento é apenas uma das alternativas para a constituição e manutenção da família, ao lado, por exemplo, da união estável e de outras entidades familiares. De fato, o que se pode constatar é que a família continua no centro das atenções e cada vez mais é prestigiada e desejada. A maneira de constituí-la é que vem mudando, mas agora com bases bem mais sólidas do que antes, posto que atualmente ela se funda no afeto, na comunhão de vidas, não mais no patrimônio ou em outro interesse de menor estatura na escala de valores.

Quando o casal se separava à luz das regras da LDI ou, depois, pelas normas do Código Civil de 2002 e da Lei nº 11.441/2007, dissolvia-se a sociedade conjugal, cessando os deveres de coabitação e fidelidade recíproca, remanescendo apenas os deveres de mútua assistência, na forma de pensão de alimentos, quando necessária, e o de guarda, sustento e educação dos filhos menores. A separação ainda punha fim ao regime de bens entre os cônjuges (aliás, mesmo a separação de fato também produz esse efeito).

As pessoas cujo status é o de separadas juridicamente, não podem casar. No máximo, podem constituir união estável (CC, art. 1.723, § 1º, 2ª parte).

2.2.1 Tipos de separação jurídica

No ordenamento jurídico brasileiro, distinguiam-se as seguintes modalidades de separação:

a) separação jurídica, que admitia as seguintes modalidades: judicial (separação litigiosa e separação por mútuo consentimento, ambas intentadas por ação judicial) e extrajudicial (somente por mútuo consentimento e realizada por escritura pública perante o Tabelião de Notas). Tais modalidades tiveram previsão no Código Civil, arts. 1.571 a 1.578 e 1.580, *caput*, 1ª parte (separação judicial) e na Lei nº 11.441/2077 (separação extrajudicial);

b) separação de fato;

c) separação de corpos.

Com a EC nº 9/1977, emenda do divórcio, a separação judicial era requisito para a concessão do divórcio, aguardando-se o prazo de três anos para porque não havia divórcio direto.

A partir da CF/1988, a separação judicial deixou de ser requisito para o divórcio. O casal, ou um dos cônjuges, requeria a separação se quisesse, era uma faculdade, e tinha duas finalidades: a primeira era a de ser convertida em divórcio, decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que a concedera e a segunda, permitir, se fosse o caso, o restabelecimento da sociedade conjugal, se o casal se reconciliasse.

Após a edição da EC nº 66/2010, que deu nova redação ao § 6º do art. 226 da CF/88, deixou de existir a separação jurídica no ordenamento (tanto a separação judicial como a extrajudicial). Embora ainda não haja consenso, existe forte entendimento majoritário, de juristas expressivos, no sentido de que se encontram revogadas, entre outras, as seguintes normas do Código Civil, com efeitos *ex nunc*: a) art. 1.571, *caput* e § 2º, que menciona o divórcio conversão (não mais existente); b) arts. 1.572 e 1.573; c) arts. 1.574 a 1.576; d) art. 1.578; e) art. 1.580; f) arts. 1.702 e 1.704, que considera a culpa, do necessitado, pela falência do casamento como fato impeditivo para concessão de alimentos.

Hoje, remanescem somente a separação de fato (CC, art. 1.562), ocorrida na hipótese de o casal se separar sem pleitear o divórcio (ou somente procurando-o depois de algum tempo), e a separação de corpos (esta última bastante utilizada quando há ameaça ou consumação de violência física, psicológica ou social de um dos cônjuges contra o outro ou contra filhos). A separação de fato produz dois efeitos jurídicos: faz cessar os deveres conjugais (constitui pressuposto para a

constituição da união estável – CC, art. 1.723, § 1º) e põe fim ao regime de bens do casamento (os bens adquiridos após a separação de fato, não se comunicam).

2.3 Noções sobre divórcio

Enquanto a separação jurídica extinguiu apenas a sociedade conjugal, sujeitando as partes à condição fictícia de casados, porquanto não dissolvia o vínculo do casamento, o divórcio põe fim à sociedade conjugal e ao próprio casamento. Os separados podiam constituir união estável, mas não podiam casar porque ainda eram considerados “oficialmente casados”. Os divorciados podiam e podem se casar novamente porque o divórcio extinguiu e extingue o vínculo firmado pelo matrimônio anterior.

Assim, o divórcio representa a extinção completa da sociedade e do vínculo matrimonial, constituindo, juntamente com a morte de um dos cônjuges, os dois únicos modos legais de dissolução do casamento válido. Somente pelo divórcio ou pela morte de um dos cônjuges o outro readquire a aptidão para novo casamento.

Desse modo, se, depois do casamento, for descoberto que a celebração se deu mediante consentimento viciado por erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge, o fato pode ser utilizado como fundamentador para ação de anulação, mas não para obtenção de divórcio. Não há espaço no pedido de divórcio para qualquer discussão sobre causa subjetiva ou objetiva. Os divorciandos devem guardar para si o que os levou a perder o amor pelo outro cônjuge, porquanto a lei não admite perquirição a respeito. O divórcio independe de causas e de prazos, resulta apenas da vontade de um ou de ambos os cônjuges. Não há barreira de tempo a limitar o querer nem responsável pela ruptura da vida em comum.

Trata-se de um direito potestativo que, diante da EC nº 66/2010, não admite mais adjectivação, ou seja, não cabe mais querer qualificá-lo como divórcio direto e divórcio indireto, pois, agora, todo ele é direto. Por constituir direito potestativo, uma das partes não depende da autorização da outra para se ver livre de um casamento que não a satisfaz mais. Basta sua própria vontade para que se rompa o vínculo.

Atualmente, em face do comando trazido ao ordenamento pela EC nº 66/2010, o direito brasileiro abriga as seguintes modalidades de divórcio:

a) divórcio judicial litigioso (caracteriza-se pela ausência de acordo entre as partes sobre, por exemplo, partilha de bens, alimentos, guarda de filhos);

b) divórcio judicial consensual, admitido como via para os que não desejam a alternativa extrajudicial (embora, como abordado nesta monografia, exista quem discorde, na hipótese, sobre a existência de interesse de agir);

c) divórcio extrajudicial (via que só conhece e aceita a consensualidade), a qual produz efeitos imediatamente na data da lavratura da escritura pública, considerando-se que independe de homologação judicial.

Em suma, em qualquer destas modalidades acima, exige-se apenas a certidão de casamento e que todas as questões básicas fiquem decididas (guarda de filho menor ou incapaz, proteção dos filhos, manutenção ou não do sobrenome de casado, alimentos e partilha de bens, embora esta última possa ser realizada depois, quando o divórcio é judicial).

Sobre o nome de casado, como não se pode discutir culpa, a manutenção ou não do sobrenome adquirido com o casamento também constitui uma questão de direito potestativo. O nome representa um direito de personalidade. Assim, o cônjuge que, ao se casar, modificou o seu nome para acrescentar o sobrenome do outro é quem vai decidir se permanecerá se assinando dessa forma ou se quer retornar ao uso do nome de solteiro. Nesta hipótese, é admissível a alteração do sobrenome no registro de nascimento dos filhos.

A sentença definitiva do divórcio judicial (consensual ou litigioso), ou seja, transitada em julgado, somente produzirá efeitos depois de registrada no registro público competente (Lei do Divórcio, art. 32). Do mesmo modo, o traslado extraído da escritura pública do divórcio extrajudicial é o instrumento hábil para averbação no registro público do casamento e para o registro de imóveis, se houver.

Afora isso, os separados judicial ou extrajudicialmente que não providenciaram antes a conversão em divórcio, evidentemente, não ficarão prejudicados. Agora, como não mais existe o divórcio por conversão, podem, segundo dicção de Paulo Lôbo (2011, p. 164), promover o divórcio (judicial ou extrajudicial),

[...] reproduzindo todas as condições estipuladas ou decididas na separação judicial, como se esta não tivesse existido, se assim desejarem os cônjuges separados, ou alterá-las livremente, porque a *ratio* da mudança constitucional foi conferir plenitude de autonomia aos divorciandos. respeitando todas as condições previstas e decididas na separação jurídica.

Portanto, não há o que questionar, aqueles que pretendem por termo ao casamento não há de se imaginarem adentrando com um processo de separação, mas sim de divórcio e aqueles que em algum tempo teve sua sociedade conjugal desfeita através do instituto da separação deverá promover o divórcio, se assim pretenderem, mesmo que em sua certidão de casamento encontre averbação anterior, pois já não existe mais a conversão da separação em divórcio.

3 FASES DO DIVÓRCIO NO BRASIL

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2010, p. 18) reportam-se a quatro fases da evolução histórica do divórcio no Brasil. Todavia, neste trabalho optou-se por considerar cinco fases.

Como o elemento histórico do divórcio foi abordado em capítulo anterior, vamos enfocá-las pelo viés de suas próprias características.

As fases são as seguintes:

- a) *indissolubilidade absoluta do vínculo conjugal*;
- b) *dissolubilidade única do vínculo conjugal* (o pedido de divórcio, em qualquer dos seus casos, somente poderia ser formulado uma vez) e *dissolução da sociedade conjugal*, em ações distintas (porquanto se valorizava um sistema dual);
- c) *possibilidade de divórcio sem limitação numérica* de vezes para formulação (vigente ainda o sistema dual) e *divórcio direto* (pelo exercício do direito potestativo).

3.1 Indissolubilidade do vínculo conjugal

O divórcio previsto no Decreto nº 181/1890, como já foi reportado, não dissolvia o casamento, regulamentava uma mera separação do casal. Nessa concepção, foi assimilada pelo Código Civil de 1916, mudando-se apenas a denominação para desquite, exatamente em razão do significado que carregava a expressão divórcio, visto lá fora como extinção do vínculo do casamento.

Percebe-se, assim, a resistência ao desfazimento do vínculo conjugal, que tinha como mola mestra a força da Igreja que influenciava de maneira muito ativa a vida dos brasileiros, quer isolados, quer em sociedade, admitindo que a extinção do vínculo conjugal se desse apenas em razão da morte de um dos cônjuges, ou, quando muito, pela nulidade ou anulação do casamento. Isso porque, para a Igreja, o casamento é um sacramento, daí o “até que a morte os separe”.

O então desquite, amigável ou judicial, segundo o texto original do art. 315 do CC 1916 (revogado pela Lei nº 6.515, de 26/12/1977), extinguiu apenas a sociedade conjugal, não o vínculo matrimonial, conforme abaixo transcrito:

Art. 315. A sociedade conjugal termina:

I. Pela morte de um dos cônjuges.

II. Pela nulidade ou anulação do casamento.

III. Pelo desquite, amigável ou judicial.

Parágrafo único. O casamento valido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges, não se lhe aplicando a presunção estabelecida neste Código, art. 10, segunda parte.

A Igreja fazia com que o casamento fosse submetido às regras não do direito positivo, mas do Direito Natural que era fruto do comando divino, encontrando-se descrito no Código Canônico, onde se mantém intacto até os dias atuais, tratando da Separação dos Cônjuges e da Separação com permanência do vínculo (o denominado Desquite).

O que é então o desquite eclesiástico permitido pela Igreja? Para a Igreja, ainda hoje, é a simples separação de corpos entre um homem e uma mulher cristãos, casados entre si (casamento que só é permitido aos que são batizados), concedido pela constatação de graves situações de conflito entre os cônjuges, motivadas, por exemplo, pela infidelidade contumaz (adultério), abandono definitivo do lar, agressões físicas ou morais etc. Os filhos normalmente devem ficar com a parte inocente. Portanto, a Igreja admite esse desquite de modo semelhante ao previsto no Código Civil de 1916, não permitindo novo casamento ao desquitado. Em ambos os casos – desquite eclesiástico e divórcio – o vínculo matrimonial não se rompe, e qualquer nova união constitui pecado grave.

A dissolução da Sociedade conjugal passou a ser matéria constitucional com a promulgação da Constituição de 1934, quando esta atribuiu efeitos civis ao casamento religioso e contemplou o desquite, mostrando, mais uma vez, a resistência ao divórcio, como está expresso no artigo que se segue:

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.

3.2 Divórcio com limitação numérica e dissolução da sociedade conjugal (Sistema Dual)

Enquanto os não divorcistas defendiam a não extinção do matrimônio, argumentando que o divórcio enfraqueceria a família, posto que seguidores dos preceitos da Igreja Católica, para os quais o casamento é um sacramento, a indissolubilidade do casamento não desanimou aqueles que defendiam o divórcio.

Após muita resistência e negociações, que duraram quase cem anos,² considerando-se que, expressamente por texto legal, desde o Decreto nº 181/1890 manifestou-se a intenção de se implantar o divórcio no Brasil, conforme abordado antes, embora apenas com a Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, que deu nova redação ao § 1º do art. 175 da Constituição Federal de 1967, ele foi admitido no ordenamento jurídico nacional como instrumento dissolutório do matrimônio civil. Ainda assim, foram opostas muitas dificuldades pelos que não o admitiam, tais como a aprovação mediante prazos excessivos e, de quebra, a assunção do criticado sistema dualista, em que se fazia necessária a prévia separação judicial para concessão posterior do divórcio, de acordo com a redação da própria emenda:

Art. 1º. O § 1º do artigo 175 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 175

§ 1º - O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos.

Art. 2º A separação, de que trata o § 1º do artigo 175 da Constituição, poderá ser de fato, devidamente comprovada em Juízo, e pelo prazo de cinco anos, se for anterior à data desta emenda.

² Na verdade, embora a luta pelo divórcio no Brasil tenha se iniciado com a Constituinte de 1891, ela só se tornou um exemplo de determinação na defesa de um objetivo com Nelson Carneiro (1910-1996), advogado baiano que em meio século na política exerceu três mandatos de deputado federal e três de senador. Em 1950, Nelson Carneiro, então deputado federal pela Bahia, iniciou a luta pelo divórcio, nela prosseguindo até 1977, quando viu seu esforço, juntamente com o do também senador Accioly Filho, ser proclamado vitorioso pela edição da Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, que alterou o § 1º do art. 175 da Constituição Federal de 1967, pondo fim à indissolubilidade do casamento no Brasil.

Era necessária a comprovação de cinco anos de separação de fato para obter-se o divórcio direto, devendo este tempo ter decorrido até a promulgação da EC nº 09/1977. Com o advento da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, conhecida como Lei do Divórcio (LDi), porque foi editada para regulamentá-lo, fica esclarecida tal regra, visto que o art. 40 da citada lei dispôs que:

Art. 40 - No caso de separação de fato, com início anterior a 28 de junho de 1977, e desde que completados 5 (cinco) anos, poderá ser promovida ação de divórcio, na qual se deverão provar o decurso do tempo da separação e a sua causa.

Depois, o referido artigo teve sua redação modificada pela Lei nº 7.841, de 17.10.1989, passando a dispor que: “No caso de separação de fato, e desde que completados 2 (dois) anos consecutivos, poderá ser promovida ação de divórcio, na qual deverá ser comprovado decurso do tempo da separação”.

Como foi dito, a Lei nº 6.515/1977 veio regular material e processualmente os pedidos de separação e divórcio, inclusive dispondo sanções a fim de possibilitar a discussão e a apuração de culpa pela falência do casamento (tanto para concessão da separação como para a do divórcio), limitando também o número de divórcios, como já foi aludido, de acordo com o então art. 38: “O pedido de divórcio, em qualquer dos seus casos, somente poderá ser formulado uma vez”. (Revogado pela Lei nº 7.841, de 17.10.1989).

Assim, pela citada norma, se uma pessoa solteira se casasse com uma pessoa divorciada e o casamento não desse certo, não poderia ser concedida a dissolução do vínculo matrimonial, uma vez que já existia uma averbação de divórcio, ainda que relativa a consórcio anterior e com pessoa diversa. Aquele cônjuge que, ao se casar pela primeira vez, desfrutava do *status* de solteiro, ficava prejudicado, não podendo, legalmente, reconstituir sua vida sentimental com outrem.

A Lei do Divórcio, que é o grande marco dessa fase, revogou as normas que tratavam da matéria no Código Civil de 1916. Desse modo, o que era conhecido como desquite, passou a se denominar separação judicial, iniciando-se o sistema dual (separação e divórcio), tão criticado e somente afastado do Direito de Família pela EC nº 66/2010.

O ordenamento contemplava a separação (consensual ou litigiosa) e o divórcio (consensual ou litigioso). O divórcio podia ser por conversão (conversão da

separação em divórcio) ou direto (após prévia separação de fato por, no mínimo, dois anos).

A separação passou a ser um pré-requisito para o divórcio indireto, ou seja, o resultante da conversão da separação em divórcio. Para tanto, se fazia necessário aguardar o prazo de três anos de efetiva separação judicial (LDi, art. 36, parágrafo único, I, posteriormente modificado pela Lei nº 7.841/1989). Como o divórcio põe fim ao vínculo matrimonial, tal prazo foi concebido com o intuito de possibilitar aos casais repensarem a decisão e optarem por uma reconciliação. Também com referência à separação consensual, a LDi limitava a decisão ao cumprimento do prazo de dois anos de casamento, a saber: “Art. 4º - Dar-se-á a separação judicial por mútuo consentimento dos cônjuges, se forem casados há mais de 2 (dois) anos, manifestado perante o juiz e devidamente homologado”.

3.3 Divórcio regulamentado pela CF/88 antes da EC nº 66/2010

A Constituição Federal de 1988 modernizou a noção de divórcio, abrindo uma terceira fase na aplicação dessa figura jurídica, quando dispôs apenas o seguinte, no § 6º do art. 226:

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. (grifo nosso)

Portanto, erradicou toda e qualquer investigação sobre causas que determinassem a falência do casamento, ou seja, a partir daí ficou vedada a perquirição de culpa para se apurar qual dos cônjuges tinha sido responsável pelo fim do casamento. Também eliminou a limitação ao número de vezes em que as pessoas poderiam obter o divórcio, como exigia a LDi (a lei a que se refere o acima citado § 6º é a Lei nº 6.615/1977). Diante disso, foram editadas as Leis nºs 7.841, de 17/10/1989, e 8.408, de 13/02/1992, para, em cumprimento às normas constitucionais, procederem a uma espécie de limpeza no texto da LDi, limpeza essa que resultou na revogação de vários dispositivos ou na aplicação de uma nova redação a outros. Por exemplo, diminuição de prazos para solicitação judicial de

separação ou de divórcio (art. 5º, § 1º, art. 25, art. 36, Parágrafo único, I, e art. 40), abolição de limites ao número de divórcio (art. 30), eliminação de perquirição de culpa (art. 40, § 1º), entre outras alterações.

Com o advento do Código Civil de 2002 e em face do seu Capítulo X, que trata da “DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE E DO VÍNCULO CONJUGAL, a LDI passou a vigor apenas nos aspectos processuais, sendo derogada nas questões que versavam sobre direito material.

São palavras de alguns de nossos doutrinadores, entre eles Silvio de Salvo Venosa (2001, p. 151):

Em princípio, há que se entender que a Lei n.º 6.515/77 está derogada pelo vigente Código Civil em tudo que disser respeito ao direito material da separação e do divórcio, persistindo seus dispositivos de natureza processual, até que sejam devidamente adaptados ou substituídos por nova lei.

Na verdade, o Código Civil não trouxe, por ele mesmo, nenhuma inovação digna de nota sobre a referida dissolução. Pelo contrário, o seu conservadorismo revelou involução, pois manteve as ultrapassadas regras sobre culpabilidade na separação do casal, afastando a insistente invasão à intimidade alheia somente do divórcio, assim mesmo porque a CF/88 impossibilitou-o de fazê-lo, conforme termos do aludido § 6º do art. 226.

A doutrina não deixou por menos essa falta de atualização e não se cansava de criticar a “compulsão” do legislador infraconstitucional em criar a necessidade legal de determinar que, na separação litigiosa, fundamentada no *caput* do art. 1.572, a culpa fosse apurada. Mas, culpa do quê? De ter parado de amar aquela pessoa com quem se consorciou? Assim, a doutrina alegava, com lucidez, que não se podem investigar objetivamente causas subjetivas. A reserva mental a cada um pertence, que dirá a sentimental...

Por isso, em lugar da verificação de culpa, os tribunais passaram a considerar a “insuportabilidade da vida em comum” como causa idônea para a concessão da separação judicial contenciosa. A medida partiu do Superior Tribunal de Justiça (STJ), firmando jurisprudência (REsp 467.184-SP, 4ª T., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU, 17/02/2003).

3.4 Divórcio extrajudicial

Em 4 de janeiro de 2007, entrou em vigor a Lei nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007, que alterou dispositivos do Código de Processo Civil. “possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa”, como consta em sua ementa. Antes de mais nada, cabe destacar que, segundo a opinião doutrinária majoritária, com a edição da EC nº 66/2010 o ordenamento não mais comporta a separação jurídica, ou seja, agora somente o divórcio pode ser concedido.

O advento do divórcio por via administrativa ou extrajudicial representou um passo importante na direção da desjudicialização do que não é preciso judicializar ou é judicializado por exagero do Estado na efetivação da tutela à família. Ora, o vigente modelo de jurisdição não está mais conseguindo atender às expectativas sociais, porquanto o gigantesco volume das demandas individuais e sociais agravou a já contumaz demora patológica do Judiciário brasileiro na prestação jurisdicional. Então, por que complicar o “descomplicável”?

Dentro da dinâmica em que se estrutura a atual sociedade civil, cresce o entendimento de que o acesso à Justiça não se dá somente por meio do Poder Judiciário, não. Portanto, nesse sentido, a referida lei foi muito bem-vinda.

Antes da Lei nº 11.441/2007, oficialmente, a vontade do casal não era suficiente para dissolver o casamento (ou apenas a sociedade conjugal, quando a ação objetivava a separação jurídica do casal). Tal efeito somente podia ser obtido mediante um comando judicial expresso, observadas as formalidades legais (CPC, art. 1.120 e seguintes), uma vez que a terminação consentida da sociedade conjugal não se tornava eficaz, senão depois de homologado o acordo pelo juiz.

Agora, não. A situação é diferente. Facultando aos cônjuges realizar o divórcio consensual por escritura pública, a Lei atribui tão somente à vontade do casal a eficácia de extinguir o casamento, ainda que lhe imponha forma especial (escritura pública).

Assim, o casal não vai "requerer" o divórcio ao Tabelião de Notas, como se fazia antes perante o juízo (CC, arts. 1.574 e 1580; CPC, art. 1.120), mas apenas formalizar por escritura pública sua manifestação de vontade que, por sua vez,

consistirá no título de seu novo estado. Não há, pois, uma decisão judicial constitutiva de um novo estado civil do casal (divorciado), já que tal efeito decorrerá tão somente da vontade dos cônjuges, tomada pela forma pública perante o tabelião e observadas as exigências legais, conforme o caso, inclusive, agora, sem exigência de prazos, conforme prevê a EC nº 66/2010.

A Lei nº 11.441/2007 criou o art. 1.124-A no Código de Processo Civil (CPC), introduzindo a separação (não mais em vigor) e o divórcio administrativos ou extrajudiciais e suas regras.

A partir da entrada em vigor da citada lei, a doutrina passou a se referir à separação como *separação jurídica*, porque, desde então, não havia mais somente a separação judicial, mas também a extrajudicial.

Extrajudicialmente, o casal poderá obter o divórcio, desde que os seguintes requisitos sejam satisfeitos (CPC, art. 1.124-A):

- a) a medida seja consensual;
- b) não haja filhos comuns menores de idade ou incapazes;
- c) formalize-se por escritura pública, da qual constem as disposições sobre a partilha dos bens comuns (se o regime do casamento a permitir) e à pensão alimentícia, bem como a decisão sobre a questão do nome de casado(a).

Acrescente-se que, não somente em relação ao divórcio extrajudicial, mas a qualquer separação de casal que tem filhos menores, há de ficar decidido o *quantum* para o sustento e a educação desses filhos e sua guarda. Regulamentação semelhante deve ocorrer, no caso de haver filho incapaz.

Os divorciandos precisam estar assistidos por advogado comum ou de cada um deles, evidentemente habilitados para o encargo. As pessoas de pequeno poder aquisitivo, ou seja, que declararem serem pobres na forma e sob as penas da lei, deverão receber assistência de defensor público.

Há discussão doutrinária sobre a impossibilidade de divórcio extrajudicial, quando há filho menor e sobre a necessária partilha de bens. Há quem defenda que, mesmo existindo filho menor, mas se a questão do dever de sustento, guarda e educação já tiver sido decidida em outra ação (por exemplo, ação de alimentos c/c a definição da guarda, em face da separação de fato dos pais), poderá ocorrer a dissolução do casamento por escritura pública. No que diz respeito aos bens, a

mesma corrente advoga que nada obsta a que a partilha seja feita posteriormente, como é permitido quando o divórcio é judicial.

Com a modificação promovida pela EC nº 66/2010 no § 6º do art. 226 da Constituição Federal, não há mais permissão legal para a separação jurídica (judicial ou extrajudicial) nem para exigência de prazos.

Por outro lado, há doutrinadores, a exemplo de Maximiliano Roberto Ernesto Führer *apud* Juliana Gontijo, que defendem não haver mais o chamado interesse de agir, desde o advento da Lei nº 11.441/2007, para o pedido judicial do divórcio. Segundo o citado jurista:

Sabe-se que para a proposta de ação judicial, é preciso demonstrar a existência de interesse na providência desejada. É o chamado interesse de agir, que se materializa na demonstração, pelo menos em linhas gerais, de que tal providência judicial é realmente necessária. Não há interesse de agir, ou seja, não há interesse de movimentar a máquina judiciária, se a coisa pode ser obtida normalmente, sem interferência do juiz. Para se abrir a janela da própria casa, por exemplo, não há necessidade de processo, salvo demonstração em contrário. Exceto a ocorrência de circunstância anormal, as declarações unilaterais de vontade, como o testamento e, agora, o divórcio, dispensam a provocação do judiciário. Por conta disso, não é difícil perceber que ao pedido judicial de divórcio falece interesse de agir, que é uma das três condições da ação.

Percebe-se assim que a evolução alcançada por meio da Lei nº 11.441/2007 foi um prenúncio de que o Estado não devia interferir na vontade do casal e que bastava a demonstração de não querer mais a sociedade conjugal ou a vida matrimonial para por fim de uma maneira ágil e desburocratizada.

4 DIVÓRCIO DA EC Nº 66/2010

4.1 Considerações gerais

A alteração produzida no ordenamento pela Emenda Constitucional nº 66/2010 parece simples à primeira vista, mas está destinada a produzir muitos reflexos no Direito de Família.

Um paralelo entre o § 6º do art. 226 da CF/88 antes e depois da edição da citada EC demonstra melhor a mudança:

REDAÇÃO ORIGINAL	REDAÇÃO APÓS A REFORMA DA EC Nº 66/2010
Art. 226, § 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.	Art. 226, § 6º. O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

A Proposta de Emenda resultou de iniciativa de juristas do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, abraçada pelo deputado Antônio Carlos Biscaia (PEC 413/05) e reapresentada posteriormente pelo deputado Sérgio Barradas Carneiro (PEC 33/07).

Neste novo texto observam-se duas consideráveis modificações, quais sejam:

- 1- A retirada do instituto da separação jurídica (separação judicial, separação consensual e separação extrajudicial);
- 2- A falta de exigência de prazo para a dissolução do vínculo matrimonial, ou seja, o divórcio.

Sob o argumento de que seria uma súplica da sociedade brasileira e a forma esperada de desburocratizar o divórcio, assim foram feitas as fundamentações parlamentares. Afinal, como já se comentou aqui, o sistema dual era considerado inoperante e invasivo, porque a exigência de prazo para pôr fim a um casamento mal sucedido e infeliz apenas representava uma intromissão indevida do Estado na esfera privada que pertence, unicamente, à intimidade das pessoas.

As críticas apresentadas pela Confederação Nacional dos Bispos do Brasil à PEC do Amor, como ficou conhecida a citada proposta, não foram capazes de detê-la no Senado Federal. Ainda sob o nº 28 de 2009, a PEC recebeu parecer favorável da Comissão de Constituição e Justiça. Em sua aprovação pelo Senado foi suprimida a expressão “na forma da lei”, ficando definitivamente como “O casamento Civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.

A supressão da citada expressão que, a princípio, não teria maior relevância, mereceu análise, pois se permanecesse poria em risco a concretização do objetivo que pretendeu alcançar, uma vez que deixaria espaço para interpretações equivocadas. Assim expõem Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona (2010, p. 54):

Caso fosse aprovado em sua redação original, correríamos o sério risco de minimizar a mudança pretendida ou, o que é pior, torná-la sem efeito, pelo demasiado espaço de liberdade legislativa que a jurisprudência poderia reconhecer contida na suprimida expressão.

Em suma, a EC 66/2010 não deixa de provocar olhares distintos e opiniões diferentes, o que não constitui novidade, porque, no começo, normalmente, mudança dessa categoria sempre provoca alguma incerteza e desconfiança. É o velho medo do desconhecido, natural à natureza humana, que o tempo e a transformação da teoria em prática cuidam de sanar.

4.2 Aplicabilidade do divórcio

Antes da Emenda Constitucional 66/2010, a consumação do divórcio era algo que a ordem jurídica evitava, impondo grandes dificuldades e entraves burocráticos. Uma das dificuldades era o fato de se exigir que os cônjuges estivessem separados por algum tempo.

Quando a emenda Constitucional número 9, de 28 de junho de 1977, permitiu a instauração do divórcio no Brasil e a lei nº 6.515/77 o regulamentou, o texto da lei, em seu capítulo I, art. 2º, assim dispôs:

Art. 2º - A sociedade conjugal termina:

I - pela morte de um dos cônjuges;

II - pela nulidade ou anulação do casamento;

III - pela separação judicial;

IV - pelo divórcio.

Parágrafo único - O casamento válido somente se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio.

A citada norma foi conservada no atual Código Civil, art. art. 1.571, *caput* e incisos.

Somente os cônjuges podem postular o divórcio (regra que também era seguida na separação judicial). A exceção ocorre quando um dos cônjuges é incapaz, pois tal ato pode ter como substitutos processuais curador, ascendente, pais, avós ou irmão, de acordo com o art. 1.576, parágrafo único, do Código Civil. No divórcio extrajudicial qualquer dos cônjuges pode ser representado por procurador, com poderes especiais.

O divórcio, litigioso ou consensual, podia ser direto, como era conhecido aquele decorrente da separação de fato por mais de dois anos, e indireto, resultante da conversão da separação jurídica após um ano da data do trânsito em julgado da sentença ou da decisão que concedeu a medida cautelar correspondente (separação de corpos).

Quanto à natureza da ação, que é a forma pela qual se expressa o pleito na petição inicial, podia ser consensual, (o consensualismo manifestava-se na ação decorrente de petição conjunta dos cônjuges, ou quando o promovido não apresentava irrisignação no prazo da contestação) ou litigiosa, se na ação os cônjuges ocupavam pólos diferentes, como autor e réu, apresentando pontos controvertidos.

Analisando-se os procedimentos processuais nas ações de Divórcio tem-se que:

a) se judicial o divórcio, o pedido tramita em segredo de justiça, se extrajudicial, não, porque formalizado por escritura pública;

b) a petição é assinada pelas partes (se não puderem ou não souberem escrever, as assinaturas serão a rogo, conforme § 1º do art. 1.120 do CPC) e também pelos advogados ou pelo advogado escolhido de comum acordo, com as devidas firmas reconhecidas, se as assinaturas não forem exaradas na presença do juiz (CPC, ar t. 1.120, § 2º);

c) quando o divórcio era requerido na mesma comarca onde se processou a separação judicial, se ela tivesse havido, o divórcio seria por conversão e o pedido apensado aos autos anteriores, com distribuição feita por dependência;

d) se litigioso, na resposta do requerido somente caberia contestação se não tivesse havido o cumprimento de prazos (em se tratando de conversão, prazo de um ano do trânsito em julgado da sentença de separação judicial ou de um ano da lavratura da escritura pública, se extrajudicial, e prazo de dois anos de separação de fato, para o divórcio chamado direto), não se admitindo reconvenção. Agora, em face da EC nº 66/2010, não há mais prazo a ser exigido (após o casamento, o divórcio pode ser realizado a qualquer momento). Deixou de existir o divórcio por conversão;

e) na conversão de separação judicial em divórcio consensual, o juiz poderia reconhecer o pedido sem prévia audiência, quando preenchidos os requisitos legais, em face da inexistência de pontos controvertidos e de prova a ser produzida;

f) a sentença também poderia consignar que o cônjuge voltasse a usar o nome de solteiro (a), a pedido do próprio interessado ou do outro cônjuge, mas nesse caso se houvesse declaração de culpa e a situação não se enquadrasse nas hipóteses do art. 1.578 do Código Civil. No atual divórcio consensual inexistente audiência dos cônjuges perante o juiz, porque não se exige seja feita tentativa de conciliação do casal. A exigência vigora só para o divórcio litigioso.

Quanto aos efeitos jurídicos do divórcio, o principal é a dissolução da sociedade e do vínculo conjugal. Outro efeito importante é o da extinção do regime de bens, o que enseja a partilha, havendo bens comuns, mas ela pode ser providenciada posteriormente. Nada muda, quanto aos deveres dos pais para com os filhos menores e incapazes. Quando ao nome de casado, como não existe mais apuração de culpa, o portador é quem decide se quer continuar a usá-lo ou se deseja voltar ao de solteiro.

A sentença definitiva do divórcio judicial (consensual ou litigioso) apenas produzirá efeitos depois de registrada no registro público competente (Lei nº 6.515/1977, art. 32). Na modalidade extrajudicial, os efeitos passam a ser produzidos após o traslado da escritura pública do divórcio.

Na vigência da separação jurídica, os cônjuges podiam restabelecer a sociedade conjugal, nos mesmos termos em que havia sido constituída, porque o

casamento não havia sido dissolvido, fazendo-o apenas com uma simples petição nos próprios autos da separação. Hoje, como foi revogada a separação jurídica, se houver reconciliação do casal depois do divórcio, só um novo casamento pode restabelecer o consórcio.

Tratando-se de tutela jurisdicional à família, na Justiça não prevalecem as normas do direito processual, tal e qual estão postas no Código, sempre deve haver certa flexibilização, porque o interesse a ser protegido sempre será maior do que meras exigências burocráticas.

Sempre houve interesse do Estado em defesa do casamento, em defesa da família, como célula maior da sociedade. Embora família e casamento sejam realidades diferentes e a despeito de não poder haver discriminação em relação a qualquer das modalidades de constituição de família, o legislador continua sinalizando sua preferência, ainda que subliminar, pelo casamento, porque o Estado legiferante tanto não economiza esforço para que o casal se case, como procura dificultar a dissolução do casamento. Somente com a EC nº 66/2010 é que essa moldura começa a ser modificada.

O Ministério Público é o responsável pela fiscalização do cumprimento da lei, notadamente nas ações de estado, como é o normal em ações tuteladas pelo Direito de Família, a exemplo de divórcios e outras que envolvem interesses de menores ou incapazes.

Por tal razão, não era suficiente que os cônjuges tivessem o desejo de se divorciar e declarassem em juízo que se encontravam separados há mais de dois anos. Era necessário, ainda, que provassem, por, no mínimo, duas testemunhas que dito prazo havia sido cumprido, a fim de o Ministério Público poder cumprir seu múnus e o juiz firmar o seu livre convencimento (art. 40 da LDi e arts. 82 e 246 do CPC). A prova da separação de fato podia ser corroborada também por outros meios, até mesmo pelo deferimento de medida cautelar de separação de corpos, ação de alimentos ou quaisquer outras provas em direito admitidas.

Quanto às formalidades, no divórcio consensual — judicial ou extrajudicial — as providências devem obedecer ao previsto nos arts. 1.120 a 1.124-A do CPC, no que couber a cada uma dessas citadas modalidade e respeitadas as mudanças promovidas pela EC nº 66/2010.

4.3 Direito intertemporal

Para os que se separaram juridicamente antes do advento da EC nº 66/2010, não cabe mais pedido de divórcio por conversão, porque este deixou de existir, mas petição de divórcio (se for judicial) ou escritura pública de divórcio (se for extrajudicial).

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

A respeito, Newton Teixeira Carvalho (2010) assim se pronuncia:

- a) com relação às separações em andamento, o juiz ou o Tribunal deverá facultar às partes, no prazo de 10 (dez) dias, requerer, nos próprios autos, a conversão da separação em divórcio, inclusive se já prolatada sentença, porém sem o trânsito em julgado. Caso não modificado o pedido, de separação para divórcio, aos autos deverão ser extintos, por impossibilidade jurídica do pedido. Não há que se falar em direito adquirido contra a Constituição Federal, mesmo em se tratando de emenda Constitucional. Evidentemente que, se existirem pedidos cumulados, a ação prosseguirá, normalmente, com relação aos pedidos remanescentes e independentes, como por exemplo, alimentos, guarda etc.;
- b) no que tange às separações já decretadas, com sentença transitada em julgado, a qualquer momento o divórcio poderá ser pleiteado, em apenso. Enquanto não pleiteado o divórcio, o estado destas pessoas continua como de separado;
- c) caso, a partir de hoje, haja pedido de separação, os autos deverão, de plano, ser extintos, por impossibilidade jurídica do pedido, eis que não mais há separação no direito brasileiro.

Na mesma direção, o entendimento de Pablo Stolze Gagliano (2010):

E o que dizer dos processos judiciais de separação em curso, ainda sem prolação de sentença?

Neste caso, a solução, em nosso sentir, é simples.

Deverá o juiz oportunizar à parte autora (no procedimento contencioso) ou aos interessados (no procedimento de jurisdição voluntária), mediante concessão de prazo, a adaptação do seu pedido ao novo sistema constitucional, convertendo-o em requerimento de divórcio.

Nesse particular, não deverá incidir a vedação constante no art. 264 do CPC, segundo o qual, “feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei. Parágrafo único. A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo.

Isso porque não se trata de uma simples inovação de pedido ou da causa de pedir no curso do processo, em desrespeito aos princípios da boa-fé objetiva e da cooperatividade, que impedem seja uma das partes colhida de surpresa ao longo da demanda.

De modo algum.

O que sucede, em verdade, é uma alteração da base normativa do direito material discutido, por força de modificação constitucional, exigindo-se, com isso, adaptação ao novo sistema, sob pena de afronta ao próprio princípio do devido processo civil constitucional.

Caso se recusem, ou deixem transcorrer o prazo concedido in albis, deverá o magistrado extinguir o processo, sem enfrentamento do mérito, por perda de interesse processual superveniente (art. 264, VI, CPC).

Se, entretanto, dentro no prazo concedido, realizarem a devida adaptação do pedido, recategorizando-o, à luz do princípio da conversibilidade, como de divórcio, o processo seguirá o seu rumo normal, com vistas à decretação do fim do próprio vínculo matrimonial, na forma do novo sistema constitucional inaugurado a partir da promulgação da Emenda.

Embora as citações acima façam entender que a passagem dos trâmites processuais que a época da entrada em vigor da EC 66/2010, poderiam ser simplória, na verdade não foi tão automático assim, uma vez que os juízes determinavam a intimação dos subscritores das iniciais para que os mesmos fizessem a devida adaptação, pois uma vez não o fazendo, as ações seriam arquivadas por impossibilidade jurídica do pedido.

5 SISTEMA DUAL – CRÍTICA E DEFESA

Como se pode perceber, durante muitos anos perdurou o sistema dual nos rompimentos dos casamentos, prolongando a infelicidade conjugal dos que não mais apostavam na sua vida conjugal. Pelos caminhos da lei, insensível à expectativa dos que desejavam, quanto antes, solucionar problema tão desconfortável, tanto os cônjuges deveriam se submeter, no início de sua vigência, aos dois procedimentos (separação e divórcio), como a norma ainda ensejava a investigação de culpa e, com ela, a fomentação de situações vexatórias e incabíveis, durante a tramitação dos processos judiciais. Depois, os casais puderam optar entre submeterem-se (litigiosa ou consensualmente), primeiro à separação e, posteriormente, à conversão em divórcio (permitida pós-cumprimento de um ano do trânsito em julgado da sentença de dissolução da sociedade conjugal), ou, então, partirem logo para o divórcio, após comprovada separação de fato de mais de dois anos.

Este sistema, também conhecido como binário, perdurou até a edição da Emenda Constitucional nº 66/10. Pode-se dizer que a implantação e a tão demorada vigência desse sistema constituiu um dos aspectos mais criticados do Direito de Família, de modo majoritário, pela doutrina mais qualificada da pós-modernidade. Apesar disso, como era de se esperar, há os que apontam argumentos que reputam importantes e favoráveis ao sistema binário revogado e criticam a mudança.

Há alguns entendimentos. Duas correntes bem definidas foram formadas na doutrina e na jurisprudência, havendo, no presente momento, visões majoritárias que sustentam a extinção do instituto da separação, e neste caso o termo separação é utilizado em sentido amplo, englobando tanto a separação judicial quanto a separação extrajudicial.

Os que seguem a corrente em defesa da ocorrida quebra do sistema dual, o fazem sob os seguintes argumentos:

Pois bem, como primeiro argumento pelo fim da separação de direito pode ser invocado o princípio da máxima efetividade ou da eficiência do texto constitucional, pelo qual, segundo Canotilho "a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo

invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)". Ora, manter-se a burocracia de exigência da prévia separação de direito, para o fim do casamento, com a concepção de um modelo bifásico (separação + divórcio), não traz a citada eficácia pretendida. Em outras palavras, como sustentam vários juristas, caso de Paulo Lôbo e Zeno Veloso, se mantido o instituto da separação de direito, o trabalho do reformador constituinte terá sido totalmente inútil e desnecessário". (TARTUCE, 2011).

O mesmo autor, no mesmo artigo, assim prossegue:

[...] Sabe-se que a finalidade da separação de direito sempre foi a de pôr fim ao casamento, não se justificando a manutenção da categoria se a Norma Superior traz como conteúdo apenas o divórcio, sem maior burocracia ou prazo mínimo. Não se sustenta mais a exigência de uma primeira etapa de dissolução, se o Texto Maior trata apenas de uma outrora segunda etapa. A tese da manutenção da separação de direito remete a um Direito Civil burocrático, distante da Constituição Federal, muito formal e pouco material; muito teórico e pouco efetivo. Ademais, há um alinhamento à forma de interpretar o Código Civil segundo ele mesmo, desprezando-se o caminho sem volta da visão civil-constitucional do sistema jurídico.

Doutrinadores, a exemplo de Caetano Lagrasta Neto (2010), que argumentam em defesa da perpetuidade do instituto da separação (geralmente, motivados por questões religiosas), sustentam que ele continua a existir no ordenamento jurídico, porque a separação não foi revogada no Código Civil e, para tanto, precisaria sê-lo por lei infraconstitucional.

A propósito, Pereira contra-argumenta, dizendo que:

Outro falso dilema reside no aspecto religioso eis que, na afirmação de Pereira (2010), não mais se pode misturar Direito com valores morais particulares e religiosos. Ademais, o novo texto do § 6º, do artigo 226 da CF, ao retirar de seu corpo a expressão separação judicial, permite ao mesmo doutrinador questionar: como mantê-la na legislação infraconstitucional?

A inexistência de causas objetivas - decurso de prazo - alegado para repensar a decisão do casal não mais poderá prevalecer. O dogma religioso: a união é indissolúvel, não cabendo ao Homem separar o que Deus uniu, não passa de hipocrisia, a partir do momento em que a própria religião admitiu a separação, tornando evidente que o vínculo permaneceria tão-só para resguardar a aparência de moralidade. E, para aqueles que pretendem um momento a mais de reflexão existe a possibilidade da separação de corpos, de caráter

satisfativo, até que, pelo menos um dos separandos, pretenda convertê-la em divórcio.

Ainda seguindo o caminho da contestação, apareceram algumas opiniões, respeitáveis, mas minoritárias, dando uma extensão bem menor e uma eficácia muito limitada à mudança operada no art. 226, § 6º, da CF/88, pela EC nº 66/2010, com pensamentos semelhantes ao abaixo transcrito como exemplificação:

[...] Por aí se vê que a eliminação da referência constitucional aos requisitos para a obtenção do divórcio não significa que aquelas condicionantes tenham sido automaticamente abolidas, mas apenas que, deixando de constar no texto da Constituição, e subsistindo exclusivamente na lei ordinária (Código Civil) - como permaneceram durante 40 anos, entre 1937 e 1977 -, está agora aberta a porta para que esta seja modificada.

Tal modificação é imprescindível e, enquanto não ocorrer, o instituto da separação judicial continua existente, bem como os requisitos para a obtenção do divórcio. Tudo porque estão previstos em lei ordinária, que não deixou de ser constitucional. E isso basta! (SANTOS, 2010).

Pode-se facilmente perceber que o processo de divórcio vai muito além de uma decisão judicial. O Divórcio é um dos acontecimentos mais estressantes na vida de um casal, uma vez que produz mudanças, até mesmo radicais, na família e no relacionamento familiar. Isso se manifesta na convivência com os filhos, na comunicação entre os ex-cônjuges, na decepção e no sofrimento pelo fracasso do casamento, enfim, pelo receio de ter de enfrentar as alterações advindas do descasamento, as quais repercutem no padrão de vida emocional, econômico e social. Assim, pode haver desdobramentos negativos no ciclo de amizades e no dia a dia com parentes consangüíneos e afins, sobretudo com estes últimos.

Claro que muitas das situações acima mencionadas dependem da forma como as pessoas envolvidas no problema interpretam a situação pela qual estão passando, embora sejam poucos os casais (apenas alguns) que conseguem passar pelo processo de divórcio com a maturidade e a estratégia necessárias às circunstâncias, deixando a situação menos estressante, trazendo menos abalo aos filhos, aos amigos e ao próprio ex-casal, diminuindo, portanto, o tempo do luto (expressão usada pelos especialistas para designar o período que se leva para atingir a fase de recuperação pós processo de divórcio).

Para o presente trabalho, não importa definir as razões que levam um casal a tomar a decisão de se divorciar. Estas razões são geralmente diferentes para os homens e para as mulheres, mas nunca é demais deixar registradas as várias conseqüências do divórcio para os filhos, tais como sentimentos freqüentes de rejeição, de abandono, de culpa, medo, tristeza, insegurança, confusão, raiva, perda de confiança nos outros e baixa auto-estima.

Pode-se dizer que divórcio é a legalização da dissolução de um vínculo conjugal, e não apenas da vida em comum - como acontecia na separação judicial – mediante o qual os divorciados ficam livres para contrair novas núpcias, se quiserem.

Numa visão espírita, Sérgio Biagi Gregório, na página portal do espírito, citando Alan Kardec, assim define o divórcio:

O divórcio é uma lei humana que tem por fim separar legalmente o que está separado de fato; não é condenável perante Deus, pois, ele trata de legitimar o que já está separado, isto é, regular separações onde não há amor, mas somente a união dos sexos ou de interesses materiais. (Kardec, 1984, cap. XXII).

De acordo com Pablo Stolze Gagliano (2010, p. 26),

O divórcio é a medida dissolutória do vínculo matrimonial válido, importando, por conseqüência, na extinção de deveres conjugais. Trata-se, no vigente ordenamento jurídico brasileiro, de uma forma voluntária de extinção da relação conjugal, sem causa específica, decorrente de simples manifestação de vontade de um ou de ambos os cônjuges, apta a permitir, conseqüentemente, a constituição de novos vínculos matrimoniais”.

A crítica ao posicionamento majoritário é baseado em razão de que, embora os críticos a esta corrente aceitem a idéia de que a Emenda Constitucional nº 66/2010 tenha eliminado a obrigatoriedade da separação judicial, extrajudicial ou de fato ser requisito para o divórcio, uma vez que dita Emenda demonstra que os cônjuges em comum ou isoladamente podem requerer o divórcio em razão da autonomia privada, ela também não revogou, expressa ou tacitamente, o que consta na lei infraconstitucional, quais sejam, o Código Civil e o Código de Processo Civil, que em seus textos continuam a autorizar os pedidos de separação de qualquer tipo,

em outras palavras, o que se pode constatar, após a Emenda Constitucional nº 66/10, é a ausência atual de sua previsão expressa na Constituição, fator que não retira do ordenamento sua previsão e funcionamento facultativo, ao menos enquanto não forem revogados os preceitos que a regem no Código Civil e no Código de Processo Civil. Assim, segundo esta corrente, os cônjuges, por opção, podem ajuizar o pedido de separação, mesmo que extrajudicialmente, com o intuito apenas de colar um fim na sociedade conjugal, sem que para tanto, tenha que extinguir o casamento, fazendo com que os cônjuges tornem-se legisladores de seus interesses.

Certamente para a maioria das pessoas, não faz sentido passar por uma ação de separação quando podem “cortar caminho” e requerer tão somente o divórcio sem prazos ou provas, mas por respeito à minoria, bem como em razão do estado democrático de direito, o constituinte pode ter pensado em soluções intermediárias antes de por fim ao casamento, mesmo porque não traz prejuízo a ninguém o fato da separação judicial e extrajudicial permanecer no ordenamento jurídico brasileiro, sem a obrigatoriedade.

Outro ponto muito forte e não desprezível é a questão da culpa na dissolução do vínculo conjugal, esta é uma grande dúvida existente nas inovações que a EC/2010 deixou. A possibilidade da discussão da manutenção da culpa como cauda para a dissolução do casamento? Tal fato era discutido na ação de separação (art. 1.572, caput, do CC), terá sido importada essa discussão para o divórcio?

Há aqueles que reconhecem e opinam no sentido de que a separação judicial chegou ao fim, não tem o mesmo pensamento em relação à culpa, assim discorre Gladys Salles (2010):

[...] reputamos prematura a interpretação de alguns renomados juristas que afirmam que com a PEC do divórcio nunca mais se poderá discutir a culpa na ruptura da vida em comum. No nosso entender, a vedação da discussão da culpa no divórcio se aplica apenas aos casos de conversão de separação, judicial ou não, em divórcio. Nos casos de divórcio direto defendemos ser possível, sim, examinar a culpa e todos os demais temas próprios da separação, tais como alimentos, guarda de filhos, partilha, etc.

Ainda há a palavra daqueles que defendem a extinção da culpa junto com o fim da separação:

Com a mudança constitucional e o desaparecimento do instituto da separação de direito, o divórcio será, ao lado da morte e da invalidez, a forma de se chegar ao fim do casamento (o que inclui o vínculo e a sociedade conjugal) e ele se dará de duas possíveis formas: divórcio consensual ou litigioso. Na realidade, deve-se esclarecer que quando da extinção do casamento por divórcio será inadmissível o debate de culpa. Sim, inadmissível o debate de culpa por ser algo que apenas gera uma injustificada demora processual em se colocar fim ao vínculo. O debate em torno da culpa impede a extinção célere do vínculo e sujeita, desnecessariamente, os cônjuges a uma dilação probatória das mais lentas e sofridas. (SIMÃO, 2010).

Ao ser dada nova redação ao art. 226, § 6º da Constituição Federal, desaparece a separação e eliminam-se prazos e a perquirição de culpa para dissolver a sociedade conjugal. Qualquer dos cônjuges pode, sem precisar declinar causas ou motivos, e a qualquer tempo, buscar o divórcio. (DIAS, 2010).

A nova redação da norma constitucional tem a virtude de por cobro à exigência de comprovação da culpa do outro cônjuge e de tempo mínimo. O divórcio, em que se convertia a separação judicial litigiosa, contaminava-se dos azedumes e ressentimentos decorrentes da imputação de culpa ao outro cônjuge, o que comprometia inevitavelmente o relacionamento pós-conjugal, em detrimento sobretudo da formação dos filhos comuns. (LÓBO, 2010)

Após todos os comentários aqui tecidos, o que está estabelecido na realidade prática na comarca de Campina Grande, após o advento da Emenda Constitucional 66/2010, inclusive por entendimentos e instrução do IBDFAM aos magistrados, é que as ações de separação judicial ou extrajudicial em curso foram transformadas em divórcio, não de forma automática, mas, através do advogado subscritor das ações que peticionaram de forma a adequar o pedido, aqueles que assim não o fizeram tiveram os processos sentenciados sem resolução do mérito, os que atenderam aos despachos proferidos nas ações de separação, independente de prazo ou declarações testemunhais, tiveram a decretação do divórcio, sem que para tal fosse levantada a questão da culpa, comungando com o pensamento majoritário, deixou de existir a possibilidade do pedido de separação judicial, consensual ou litigiosa, bem como a extrajudicial, sendo estendida tal impossibilidade para as ações de conversão de separação em divórcio.

Se houve vantagens ou desvantagens em tais procedimentos? A resposta dependerá do que cada pessoa almeja. Se a questão era celeridade processual, não houve tanto progresso, basta que sejam observadas as estatísticas diárias processuais, quanto ao número de ações distribuídas e quanto ao número de

processos arquivados. Para resolução da morosidade no judiciário a solução não está na promulgação de lei que modifica um instituto. O problema é mais complexo, segundo a Associação de Magistrados da Paraíba (AMPB), em pesquisa realizada entre 9 de abril e 4 de maio do corrente ano. A pesquisa apurou que 65,75% dos Juízes da Paraíba acumulam funções, atuando em mais de uma vara, em razão do número de juízes não ser o suficiente para atender toda a demanda de processos. Além disso, há um déficit de 30% no número de servidores do Poder Judiciário, Entre os juízes, 84,93% não têm auxiliar judiciário nas varas onde atuam. Para tanto, há que se requerer maior número de funcionários no judiciário, maior número de magistrados, maior condição de trabalho e criação de mais varas de família.

Para quem almejava a desburocratização em seus pedidos de ruptura do casamento legal, este intento, foi alcançado, pois os casais não terão mais que passar por todos os entraves de uma ação de separação judicial, mesmo que fosse consensual, passando a alcançar o objetivo. Para aqueles que imaginaram em apenas ter um tempo, legalmente reconhecido, distante um dos outros na intenção de repensar suas atitudes ou mesmo os seus desejos, decepcionaram-se, pois com a nova lei do divórcio o retorno a vida conjugal em comum só se dará mediante novo casamento e para tal, terá que passar por todos os tramites legais do casamento, inclusive onerosamente.

No entanto, isso é bem menos desgastante e nocivo do que um processo em que se apurava culpa, submetendo as partes, não raro, a situações bastante vexatórias e socialmente humilhantes, inviabilizando acordos e decisões sensatas por parte do casal, a essa altura, movido pelo rancor e outras emoções conflitantes.

Ainda com referência à demora no atendimento em juízo, como há uma tendência atual à consensualidade, muitos casais podem evitá-la recorrendo à via administrativa ou extrajudicial, se não tiverem filhos menores, onde o atendimento é mais rápido.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que a Emenda Constitucional 66/2010, sem dúvidas, trouxe um grande e importante avanço em nosso sistema jurídico, mas a ausência de legislação infraconstitucional mais detalhada ainda deixa, para alguns juristas, lacunas quanto à interpretação de que o instituto da separação judicial deixou de existir; com a ressalva de que sempre será possível a separação de fato.

A despeito das minoritárias opiniões contrárias, a mencionada emenda constitucional está sendo aplicada nos Fóruns das Comarcas brasileiras de forma a desconsiderar o instituto da Separação Judicial, em razão de ser este o entendimento majoritário, inclusive do IBDFAN, a instituição que melhor representa o direito de família no Brasil. Não só por isso, mas em razão de corresponder ao que demonstra a interpretação histórica do nascimento da citada emenda constitucional.

Com esta aplicação, a questão da culpa não é mais requisito básico para a dissolução do casamento, isto é, não pode mais ser investigada; o divórcio não se classifica mais como divórcio indireto (divórcio por conversão) ou como divórcio direto (que, na verdade, não era direto, porquanto resultava da conversão da separação de fato). Desse modo, agora, a dissolução do vínculo do casamento é, realmente, um direito potestativo mais genuíno do que antes, porque não depende mais de prazos do Estado, mas somente do querer do cônjuge para o qual o casamento acabou.

De acordo com o que foi pesquisado para a confecção do presente Trabalho de Conclusão de Curso, entre os que defendem que o instituto da separação jurídica continua a existir, uns não a entendem mais como etapa obrigatória para obtenção do divórcio, mas como opção, pois assim, realmente, estar-se-ia concretizando o princípio da autonomia da vontade, requisito básico ao divórcio.

Além do mais, do ponto de vista de celeridade processual, não haveria prejuízos se assim fosse aplicado, porque, como dito antes, tão pouco se pode falar que com a atual aplicação da EC nº 66/2010 esteja havendo desafogamento no judiciário. O problema no judiciário – a rapidez e qualidade da prestação jurisdicional – não será resolvido apenas com mudança na legislação. Faz-se necessária uma mudança estrutural de fôlego, que concretize uma eficiente modernização no

Judiciário brasileiro, aumentando o número de magistrados e serventuários, instalando câmaras de mediação familiar e implantando melhores e maiores condições de trabalho, o que implica, também, na criação de novas varas de família e em outras áreas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Texto consolidado até a Emenda Constitucional nº 66 de 13 de julho de 2010.

_____. Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010. Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Legislativo, Brasília, DF, 14 jul. 2010.

CARVALHO, Dimas Messias. CASO CONCRETO: Emenda do Divórcio (EC nº 66/2010) e Separação Judicial em andamento — Parecer do Ministério Público. IBDFAM, 15 jul. 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=675>>. Acesso em: 26 mai. 2011.

CARVALHO, Newton Teixeira. O fim da separação no ordenamento jurídico brasileiro. IBDFAM, 15 jul. 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=631>>. Acesso em: 26 mai. 2011.

CLÓVIS Beviláquia apud Yussef Said Cahali. Divórcio e Separação. 2ª ed. São Paulo: RT, 1981

DIAS, Maria Berenice. Divórcio já! IBDFAM, 09 jul. 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=628>>. Acesso em: 26 mai. 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze. A Nova Emenda do Divórcio: Primeiras Reflexões. IBDFAM, 14 set. 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=635>>. Acesso em: 26 mai. 2011.

_____. O novo Divórcio/ Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho – São Paulo: Saraiva, 2010.

LAGRASTA, Caetano. Divórcio – O Fim da Separação e da Culpa?. IBDFAM, 26 out. 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=690>>. Acesso em: 28 mai. 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Divórcio: Alteração constitucional e suas conseqüências. IBDFAM... Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos>>. Acesso em: 28 mai. 2011.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. Direito de Família, vol. 2, 37 ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. Novo Código Civil e legislação extravagante anotados. São Paulo: RT, 2002.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil, Direito de família – vol. 6, 28. ed. Saraiva: São Paulo, 2004.

SALLES, Gladys Maluf Chamma Amaral. A PEC do divórcio e a discussão da culpa. IBDFAM, 09 jul. 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=624>>. Acesso em: 26 mai. 2011.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Emenda do Divórcio: Cedo para Comemorar. IBDFAM, 21 jul. 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=648>>. Acesso em: 26 mai. 2011.

SIMÃO, José Fernando. A PEC do Divórcio e a Culpa: Impossibilidade. IBDFAM, 09 jul. 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=627>>. Acesso em: 28 mai. 2011.

TARTUCE, Flávio. Argumentos Constitucionais pelo Fim da Separação de Direito. IBDFAM, 28 mar. 2011. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=718>>. Acesso em: 28 mai. 2011.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. A emenda Constitucional do Divórcio / Regina Beatriz Tavares da Silva –São Paulo : Saraiva, 2011.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito de Família. Direito Civil. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.