

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA

CURSO DE DIREITO

ADRIANO LUÍS DA CUNHA

Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

NOVA LEI DO DIVÓRCIO: AVANÇO OU RETROCESSO

RUBIATABA-GO

2011

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA

CURSO DE DIREITO



ADRIANO LUÍS DA CUNHA

Associação Educativa Evangélica
BIBLIOTECA

NOVA LEI DO DIVÓRCIO: AVANÇO OU RETROCESSO

Monografia apresentada à FACER – Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito sob a orientação do Professor Especialista em Direito Privado Samuel Balduino Pires da Silva

S-35063

Tombo n.º	18350
Classif.:
Ex.:	1
Origem:	d
Data:	30-08-11

RUBIATABA-GO

2011

FOLHA DE APROVAÇÃO

ADRIANO LUÍS DA CUNHA

NOVA LEI DO DIVÓRCIO: AVANÇO OU RETROCESSO

COMISSÃO JULGADORA

**MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO TÍTULO DE BACHAREL EM DIREITO PELA
FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA**

RESULTADO: APROVADO

Samuel Balduino Pires da Silva
Especialista em Direito Privado.
Orientador

Valtercino Eufrásio Leal
Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento
Examinador 1

Afiz de Carmo Zeitzum
Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento
Examinador 2

Rubiataba, 2011.

**Dedico primeiramente a Deus, senhor dos céus e da terra,
o grande responsável por todas as minhas conquistas.**

**Dedico também a toda minha família, especialmente para
meu pai, minha mãe e minha irmã, pois são pessoas de
grande importância em minha vida.**

De fato, tenho muitas pessoas a agradecer, mas, com medo de cometer injustiças, prefiro resumir meus agradecimentos, primeiramente a Deus, aos meus familiares, a minha namorada pela compreensão dos momentos que estive ausente, aos meus amigos, professores e a todos aqueles colegas de sala, que foram pessoas essenciais para esta conquista.

Obrigado.

**“Quanto mais nos elevamos, menores parecemos aos
olhos daqueles que não sabem voar.”**

Friedrich Nietzsche

RESUMO: A emenda constitucional nº 66 que entrou em vigor no dia 14 de Julho de 2010 deu nova redação ao § 6,º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, trazendo consigo diversas discussões, para alguns, uma grande evolução jurídica, e para outros, um fator de desarmonia familiar. Para abordar a amplitude desta mudança, faz-se necessário um estudo profundo colhendo a interpretação de vários doutrinadores para avaliar quais foram os benefícios. Assim, o objetivo deste estudo é compreender as alterações introduzidas no divórcio, pela emenda, identificando os seus pressupostos e as suas conseqüências, contribuindo com os estudantes e operadores do direito na busca do conhecimento sobre esta novidade bem como sua aplicabilidade.

Palavras-chaves: divórcio, separação, novo, judicial, emenda, constituição.

ABSTRACT: The constitutional amendment No. 66 which entered into force on 14 July 2010 gave new wording to § 6 of art. 226 of the Constitution, which provides for the dissolubility of civil marriage by divorce, bringing many discussions, for some, a major legal developments, and for others, a factor of family disharmony. To address the extent of this change, it is necessary a deep study reaping the interpretation of several scholars to assess what were the benefits. The objective of this study is to understand the changes in divorce, by amendment, identifying their assumptions and their consequences, contributing to students and law professionals in the pursuit of knowledge about this news as well as its applicability.

Keywords: divorce, separation, new, order, amendment, constitution.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 EVOLUÇÕES HISTÓRICAS DO DIVÓRCIO.....	14
1.1 Nas civilizações antigas.....	14
1.2 Evolução do divórcio no Direito brasileiro.....	17
2 O NOVO DIVÓRCIO BRASILEIRO.....	25
2.1 A sua nova concepção.....	25
2.2 Emenda 66/10.....	27
2.3 Aspectos processuais do novo divórcio.....	31
2.3.1 Competência.....	32
2.3.2 Legitimidade.....	34
2.3.3 Petição inicial e documentos.....	34
2.3.4 Rito processual.....	35
2.3.5 Tentativa de conciliação.....	35
2.3.6 Partilha de bens.....	36
2.3.7 Efeitos jurídicos da reconciliação pós-ajuizamento do pedido de divórcio.....	36
3 . QUESTÕES PRÁTICAS E POLÊMICAS.....	37
3.1 Quanto aos processos de separação já existentes.....	37
3.2 Quanto à dissolução do casamento e ações cumuladas.....	39
3.2.1 Alimentos.....	39
3.2.2 Nome.....	41
3.3.3 Guarda dos filhos.....	42
3.3 Quanto a constitucionalidade da Emenda.....	43
4 ALCANCES COM A MUDANÇA.....	45
4.1 Resistências.....	45
4.2 Avanço ou Retrocesso.....	50
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	54
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	56



LISTA DE ABREVIATURAS

Art. – Artigo

p. – Página

Vol. – Volume

Ed. – Edição

CF. – Constituição Federal

CPC. – Código de Processo Civil Brasileiro

LISTA DE SÍMBOLOS/SIGLAS

§ – Parágrafo

Nº. – Número

CF – Constituição Federal

CPC – Código de Processo Civil

INTRODUÇÃO

A presente monografia visa estudar a Emenda Constitucional nº 66 publicada no dia 14 de julho de 2010 que deu nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, eliminando o instituto da separação e produzindo para alguns a mais importante alteração no direito das Famílias. Sequer o código civil, em vigor desde 2003, provocou tal alcance. Como se limitou a copiar a lei anterior, que era do início do século passado, ele pouco ou quase nada mudou.

Com o propósito de entender os alcances desta mudança, iremos ao longo deste trabalho estudar a história do divórcio desde a antiguidade até as recentes modificações, a fim de verificar como a questão foi abordada nos diversos períodos históricos; compreender os diversos posicionamentos dos operadores do direito, face à mudança introduzida pela Lei do divórcio; analisar aspectos processuais do novo divórcio e mostrar quais foram os fatores positivos e os negativos introduzidos no ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional n.º 66.

Para uns, a Emenda Constitucional foi tida como um avanço, de maneira positiva, sendo até mesmo chamada de "Emenda do amor", para outros, verificou-se uma banalização da família dizendo ser um retrocesso.

A modificação veio no sentido de suprimir o requisito de prévia separação judicial por mais de 01 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 02 (dois) anos.

Observa-se, conseqüentemente, como a nova redação ao art. 226, § 6.º da Constituição Federal, que, na opinião de alguns doutrinadores, desapareceu o instituto da separação, seja judicial ou extrajudicial, e que o novo divórcio poderá ser proposto por qualquer um dos cônjuges sem necessidade de se declinar causas ou motivos.

O certo é que deixou uma grande dúvida acerca da persistência ou não do instituto da separação judicial, já que o texto da emenda não abarcou a questão, não sendo mencionado nada a respeito da separação.

Devido às alterações, observa-se que há divergência de opiniões acerca das reais modificações, já que a modificação não suprimiu explicitamente todas as questões envolvidas, necessitando, dessa forma, de interpretações, enquanto não houver jurisprudência pátria para resolver tal dúvida.

Nota-se que, para alguns, foi uma grande evolução jurídica e, para outros, a nova redação veio prejudicar a harmonia familiar, constituindo um grande risco por fazer com que os indivíduos tomem decisões emotivas, impensadas e precipitadas.

No primeiro capítulo estudaremos as evoluções históricas do divórcio desde as civilizações antigas até o momento atual não só no Brasil mais em vários países.

No segundo, abordaremos a emenda 66/10 de uma maneira geral, como, aspectos processuais do divórcio, ou seja, como ficou a questão da competência, legitimidade, como deverá ser feita a petição inicial, quais documentos que deverão ser juntados a ela, partilha de bens e por fim os efeitos jurídicos pós ajuizamento do pedido do divórcio.

Já no terceiro, vamos trazer as questões práticas e polêmicas, assuntos que geraram e ainda geram discussões pós a Emenda, como, o que fazer com os processos de separação existentes, e também sobre a dissolução e ações cumuladas, como alimentos, nome, guarda dos filhos, e neste capítulo abordaremos o que mais gera polêmica desde a publicação da Emenda que é quanto a sua constitucionalidade, um assunto onde se tem varias posições de doutrinadores com várias opiniões diferentes.

No quarto abordaremos os focos de resistência, pessoas que dizem ser contra a mudança, alegando inconstitucionalidade e que ainda existe no nosso ordenamento o instituto da separação, e depois vem a análise se realmente a Emenda foi um avanço ou retrocesso no direito brasileiro.

Com efeito, tal trabalho propõe um estudo detalhado, a fim de demonstrar quais foram os avanços introduzidos com a nova lei. Realmente foi um avanço ou um retrocesso? Nesse sentido, analisar-se-á todas as modificações introduzidas no sistema, sejam elas explícitas ou implícitas, que provocaram entendimentos diversos e algumas vezes conflitantes entre os operadores do direito.

Este trabalho foi elaborado através da pesquisa bibliográfica realizada por meio de análises de doutrinas ligadas ao tema. Na formalização do trabalho procurou-se, tanto quanto possível obedecer às normas da ABNT, e ainda, complementarmente, aquelas aprovadas pelo Manual de Apresentação de Trabalhos Acadêmicos da Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba.

1. EVOLUÇÕES HISTÓRICAS DO DIVÓRCIO

1.1 Nas civilizações antigas

Segundo Leme *apud* Cahali (1995, pg. 23) nas civilizações antigas, antes do cristianismo a disciplina da indissolubilidade ainda não existia, senão em alguns casos excepcionais. O Código de Manu admitia o repúdio se a mulher fosse estéril durante oito anos, se o filho morresse ao nascer durante dez anos, e se durante onze anos só nascessem filhas. Observa-se então que o Código de Manu considerava necessário ter um filho varão. Na Grécia, a princípio, só se admitia o divórcio por esterilidade da mulher; posteriormente, também por vontade do marido, por vontade da mulher e pelo mútuo consentimento. Na Babilônia, o repúdio era livre para o homem e limitado para a mulher, com a faculdade de se casar novamente, quando seviciada ou abandonada. Já os habitantes da ilha Adaman e da Nova Guiné já conheciam a indissolubilidade do casamento. E entre os Astecas o casamento só podia ser dissolvido por sentença.

Entres os Hebreus, o divórcio, inicialmente, provinha da exclusiva vontade do marido. Quando ocorria o adultério da esposa, o repúdio ia além da pessoa de seu consorte, transformando-se num problema coletivo, de direito e de religião. E ele se via coagido a tomar uma providência, caso não manifestasse a sua repulsa. Também a esterilidade feminina foi sério motivo de dissolução conjugal, quando observada durante dez anos. Posteriormente, tornou-se um direito facultativo do marido. No mesmo caso estavam: o defloramento, quando ignorado pelo esposo, a presença de enfermidades contagiosas, a falta de deveres conjugais, a sevícia, tudo isso justificava a dissolução do vínculo conjugal.¹

¹ Disponível em <http://instituicaodivina.blogspot.com/2010/02/divorcio-breve-historico.html> acesso em 25. Nov. 2010, às 15 horas.

Observa-se que, nas civilizações antigas e nas sociedades primitivas, era muito comum a situação de inferioridade feminina. Exatamente por isso a forma mais usada na época para a separação do casal era o repúdio da mulher pelo homem, ou seja, a dissolução da sociedade conjugal era feita pela vontade unilateral do marido, que terminava o casamento, com o abandono ou expulsão da mulher do lar conjugal.

Em Roma utilizava-se um meio mais liberal pois naquela época o casamento era nitidamente consensual, e sua dissolução se dava com o simples desaparecimento da intenção de manter a união conjugal. Autorizava-se indiscriminadamente o divórcio, a princípio mesmo sem a autorização do juiz. No período quiritário², o divórcio era exercido pelo marido, em caso de repúdio, se a culpa fosse da mulher por adultério ou por outras faltas graves. Já no direito clássico, além do repúdio, existia o *divortium bona gratia*, ou seja, por mútua vontade dos cônjuges. Cada um dos cônjuges ou ambos podiam promover o divórcio, independentemente de qualquer formalidade ou justificativa, uma vez que o desacordo dissolve o que o consentimento havia unido. Durante esse período não se chegou a estabelecer causas permissivas ou proibitivas do divórcio. Apenas uma constituição de Diocleciano assinala a primeira intervenção do estado no divórcio: na hipótese de indignidade de um dos cônjuges, o magistrado decide a quem confiar a guarda dos filhos. Augusto foi o primeiro a tomar providências contra o *repudium*. A *Lex Julia de Adulteris* exigiu a presença de sete testemunhas, unicamente, para o caso de adultério. Somente no Império Cristão e que se iniciam as tentativas de combate a restrição ao divórcio (CAHALI, 1995, pg.24).

Devido à liberalidade do divórcio daquela época e ao seu abuso, entre os romanos, o cristianismo empreendeu cerrada campanha contra o divórcio, recebendo o apoio dos imperadores adeptos da nova religião. Assim, procuraram dificultá-lo o máximo possível, criando obstáculos, através de leis severas. Exemplos: deportavam a mulher que provocava o divórcio sem justa

² O período quiritário foi o período entre a fundação de Roma e a codificação da Lei das XII Tábuas neste período os direitos civis tinham um caráter lendário, consuetudinário e exclusivo dos cidadãos.

causa; também, ao homem que procedia injustamente, a fim de consegui-lo, tiravam-lhe o direito de casar-se novamente.³

No Direito Canônico, ao longo da história são encontradas divergências a respeito do divórcio. Embora se saiba que o divórcio tivesse sido largamente tolerado e consentido nos primeiros séculos do cristianismo, é certo que a igreja desde logo reagiu contra a dissolubilidade do vínculo, tomando como ponto de partida a parábola de Cristo “não separe o homem o que Deus uniu”. A respeito dela, contudo, existe remarcada divergência entre os evangelistas, cujo os textos se mostram de tal forma obscuros, que, como nenhum outro, terão provocado tantos comentários conflitantes. Isso porque o evangelho de São Mateus admite uma dupla interpretação, parecendo para uns que, no caso de adultério da mulher, seria permitido ao marido um verdadeiro e próprio divórcio, com o rompimento do vínculo matrimonial; e para outros que, nesse caso, se permitiria ao homem apenas afastar-se dela, com a separação conjugal, sem admitir o rompimento do vínculo e a liberação para novas núpcias. Já no Evangelho de São Marcos e de São Lucas o divórcio é sumariamente condenado (CAHALI,1995, pg. 25).

Em virtude dessas divergências, por muitos séculos, vários doutores da igreja autorizaram o divórcio em conformidade com o texto de São Mateus, mas a tese da indissolubilidade absoluta fora defendida e proclamada nos concílios, sobretudo a partir do século VIII: e que, a partir do século XII, Graciano e Pedro Lombardo decidem que o divórcio é proibido. Finalmente, o concílio Tridentino (1545-1563), convocado para dar resposta oficial à reforma⁴, quando, então, elevada definição dogmática a natureza sacramental do casamento, condenou-se a dissolubilidade do vínculo cortando-se a controvérsia com a doutrina (CAHALI,1995, pg. 25).

³ Disponível em <http://instituicaodivina.blogspot.com/2010/02/divorcio-breve-historico.html> acesso em 25. Nov. 2010. às 15:20 horas.

⁴ Se refere a reforma realizada na igreja católica pelo Papa Paulo III, em resposta a reforma protestante em curso na época.

Vale observar que nas outras igrejas no século XV, a reforma provocou vivo o movimento favorável ao divórcio, que foi estabelecido em vários países protestantes, ultrapassando assim o texto do Evangelho, para admitir o divórcio não só em razão do adultério, como também por diversas outras causas como abandono voluntário, maus tratos e recusa ao *debitum conjugale* (CAHALI,1995, pg. 27).

Já os mulçumanos reconhecem ao homem a supremacia quase absoluta, permitindo o repúdio a mulher. Mais ensinam que é contrário à vontade de Deus, quando proveniente da leviandade ou de meros caprichos (CAHALI,1995, pg. 28).

1.2 Evolução do divórcio no Direito brasileiro

Antes de qualquer coisa para entendermos efetivamente a sistemática do divórcio na atualidade, principalmente com o advento da Emenda constitucional nº66 que alterou a sua disciplina, é necessário primeiramente entender como se deu sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro.

O divórcio no nosso país sempre foi um assunto que causou e até hoje causa uma certa celeuma, e isso talvez seja por nossas raízes cristãs que pregam o casamento indissolúvel, por certo que a luta pela dissolução do casamento civil não é nova. (BOTTEGA, 2010, pg. 22).

O Brasil nos primeiros séculos, a igreja foi titular quase que absoluta dos direitos sobre a instituição matrimonial; os princípios do Direito Canônico representavam a fonte do direito positivo. Com a proclamação da independência, instaurada a monarquia, nosso direito permaneceu sob influência direta e incisiva do direito da igreja em matéria de casamento. (CAHALI,1995, pg. 09).

Obseva-se que de fato foi um longo caminho percorrido para ao ponto que estamos. Podemos começar em 1827 onde a influência da Igreja era quase absoluta e o casamento era de certo modo "indissolúvel", não existindo qualquer possibilidade de eventual dissolução civil do matrimônio naquela época. Logo após no Brasil Império, precisamente em 1861, surgiu a primeira evidenciada flexibilização do matrimônio no Brasil, pois o Decreto 1.144 (11/09/1861) possibilitou o casamento de pessoas de religiões e credos diferentes, desde que obedecendo aos requisitos de sua religião ou ainda pessoas não católicas (sem credo), pois, até então somente as pessoas católicas poderiam se casar. Este Decreto foi aperfeiçoado com o Decreto 3.069 (17/03/1863) que possibilitou três formas de casamentos sendo elas: o casamento católico; o misto; e o não católico. Somente em 15 de novembro de 1889 foi Proclamada a República, e assim houve definitivamente uma sensível separação entre o Estado e a Igreja, e com isso era necessário, agora, que o Estado passasse a regular a questão dos casamentos (BOTTEGA, 2010, pg.10).

O Decreto nº 119-A (17/01/1890) estabeleceu a definitiva separação entre a Igreja e o Estado, tornando o Brasil um país laico e não confessional. Nessa mesma esteira de acontecimentos, Rui Barbosa, através do Decreto 181 (24/01/1890), dispôs que no Brasil somente o casamento civil teria validade, determinando, após o Decreto 521 (26/06/1890), que o casamento civil deveria preceder o casamento religioso de qualquer credo. Uma curiosidade desse Decreto 521 é que nele se estabelecia a pena de prisão ao ministro de qualquer religião que celebrasse o casamento religioso antes do casamento civil (BOTTEGA, 2010, pg. 11).

No ano de 1893 surge através do deputado Érico Marinho, a primeira proposição divorcista, proposta esta que foi renovada em 1896 e 1899, porém sem sucesso. Em 1900 o deputado Martinho Garcez ofereceu, no Senado, projeto de divórcio vincular, renovando a proposta divorcista, que também foi rejeitada (CAHALI, 1995, pg. 42).

No ano seguinte Clóvis Beviláqua apresenta seu anteprojeto de Código Civil, que fora duramente criticado e debatido, tendo sido alvo de várias alterações e mudanças, sendo aprovado 15 anos depois em 1916, consolidando assim, na época, o direito ao “desquite” no Brasil, lembrando que o desquite não autorizava novo casamento, mas tão-somente autorizava a separação dos cônjuges e o encerramento do regime de bens, restando porém, incólume o vínculo matrimonial (BOTTEGA, 2010, pg. 11).

Segundo Cahali (1995 pg. 42) a enumeração taxativa das causas de desquite foi igualmente repetida: adultério, tentativa de morte, sevícia ou injúria grave e abandono voluntário do lar conjugal, durante dois anos contínuos (art. 317). Nas mesmas condições, foi mantido o desquite por mútuo consentimento dos cônjuges (art.318).

Nessa fase, há apenas o desquite, instituto de influência religiosa que gerava somente a dissolução da sociedade conjugal, com a manutenção do vínculo conjugal e a impossibilidade jurídica de contrair formalmente novas núpcias, o que gerava tão só “famílias clandestinas”, destinatárias do preconceito e da rejeição social. Com o passar dos anos a Constituição de 1934 apresentou dispositivo constitucional acerca da indissolubilidade do casamento no Brasil, conforme previsão no artigo 144 (BOTTEGA, 2010 pg. 12).

A Constituição de 1937 manteve a indissolubilidade do casamento sem qualquer grande mudança, sendo seguida pelas Constituições de 1946 e 1967. Durante a vigência da Constituição de 1946 fora apresentado um projeto para retirar a expressão “vínculo indissolúvel” do texto legal, porém tal projeto sequer fora apreciado. Em 1967 o casamento no Brasil de então segundo a Constituição federal vigente em seu art. 175 § único, era indissolúvel. A Constituição de 1969 determinou que qualquer projeto de divórcio somente poderia ser aprovado através de emenda constitucional. Em 1975 foi apresentada a Emenda Constitucional nº 5, de 12/03/1975, que permitia a dissolução do vínculo conjugal após cinco anos de desquite ou sete anos de

separação de fato. Essa emenda não foi aprovada em razão da não-obtenção do quorum mínimo exigido (BOTTEGA, 2010, pg. 12).

A resistência positivada ao divórcio era de tal ordem que até mesmo os textos constitucionais traziam previsão da indissolubilidade do casamento, o que perdurou até a nossa última Constituição. Essa diretriz começou a mudar em 1977, com o advento da lei nº 6.515, de 26 de dezembro, amparada pela Emenda Constitucional nº 9 de 28 de junho de 1977, que deu nova redação ao § 1º do art. 175 da Constituição Federal vigente na época para admitir que “ o casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos”. (BOTTEGA, 2010, pg. 12).

Segundo Venosa (2001, pg. 45) a lei 6.515 de 6 de dezembro de 1977 revogou os arts. 315 a 328 do código civil, que tratavam da dissolução da sociedade conjugal, deixando de existir o instituto que o Código rotulava como desquite passando então a se chamar separação judicial. Essa lei regulamentou não apenas o divórcio e a separação judicial mas também estabeleceram outros princípios de Direito de Família e de sucessões, derogando outros artigos do Código Civil. Dizem que na época foi muito ruim a técnica legislativa, pois diziam que a nova lei dilacerou nosso código civil quando poderia ter simplesmente substituído seus dispositivos, como fizeram outras legislações ao introduzir o divórcio, como por exemplo na Argentina.

A separação judicial ou desquite dissolvia a sociedade conjugal sem que fosse desfeito o vínculo. Os desquitados prosseguiram com o vínculo, embora a sociedade conjugal tivesse sido dissolvida. Desaparecendo assim vários efeitos do casamento ou em outros seu conteúdo modificado. Ela também importaria na separação de corpos e na partilha de bens. Vale ressaltar que a separação judicial, não rompia completamente o vínculo matrimonial, simplesmente antecedia o que iria ocorrer posteriormente que era a sua conversão em divórcio (VENOSA, 2001, pg. 45).

Ao observarmos o art. 315 do Código notamos que ele foi basicamente repetido pelo parágrafo único do art. 2º da lei nº 6.615/77, segundo o qual “o casamento válido somente era dissolvido pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio”. O termo válido no dispositivo se referia aos casos de nulidade absoluta ou relativa do casamento. A sentença que decretava a separação judicial não impedia que se questionasse a nulidade ou anulação do casamento, pois persistia o interesse jurídico para essa pretensão. Nada impedia que se cumulassem o pedido de anulação ou de nulidade com o de separação, como pedidos sucessivos (VENOSA, 2001, pg. 46).

Assim ficava bem claro que a separação judicial fazia terminar a sociedade conjugal, mas o vínculo do casamento somente se dissolvia pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio. Até a introdução do divórcio em nossa legislação, a separação ou desquite era a única modalidade jurídica de rompimento da sociedade conjugal, ficando obstado aos desquitados contraírem novo matrimônio. A separação se diferenciava do divórcio porque apenas dispensava os cônjuges de certos deveres do matrimônio, como já foi dito, sem ocasionar o rompimento do vínculo conjugal (VENOSA, 2001, pg. 47).

Observamos que, originalmente, na Emenda nº 9/77 e na lei nº 6.515/77, a separação judicial e o divórcio tinham o caráter de sucessividade. Isto é, pela regra geral, somente seria atingido pelo casal o estágio de divórcio após ter sido obtida a separação judicial. A Emenda nº 9/77 dispunha que o casamento somente poderia ser dissolvido com prévia separação judicial por mais de três anos. Desse modo, não se admitia, como regra geral, a ação direta de divórcio sem prévia separação com o lapso temporal exigido. Existia, contudo, no ordenamento jurídico que introduziu o divórcio, a possibilidade de ação direta, todavia em caráter excepcional, de acordo com o exposto no art. 40 da Lei nº 6.515/77 (VENOSA, 2001, pg. 47).

Ao contrário da maioria das legislações, que relega o tema para a legislação ordinária, o divórcio no Direito brasileiro tem suas linhas mestras tratadas no plano constitucional. A constituição de 1988 trouxe profunda modificação ao instituto, dispondo o 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.”

Desse modo, tornava-se possível o divórcio direto, sem necessidade de separação judicial anterior, tão-só com a comprovação da separação de fato por mais de dois anos. Assim sendo, o divórcio direto tinha deixado de ser uma exceção no sistema. Por outro lado, uma vez obtida a separação dentro dos pressupostos legais, após um ano desta, também podia ser requerido o divórcio. Salientamos que se estivessem presentes os pressupostos tanto da separação quanto do divórcio (separação de fato por mais de dois anos), os cônjuges teriam a faculdade de escolher por uma outra saída jurídica para o desenlace de seu matrimônio (VENOSA, 2001, pg. 48).

É claro que, na prática, falido o casamento, era escolhido na maioria das vezes o divórcio direto, mas tal não significaria que não podia persistir para alguns o interesse pela separação, a qual propiciava a retomada do casamento no futuro, após uma possível reconciliação. Ao contrário do divórcio pois uma vez decretado, se acaso houvesse reconciliação, somente poderiam se unir novamente com o novo casamento. De outra face, com a separação de fato por mais de dois anos era possível o pedido de divórcio, apenas provando-se o lapso temporal exigido pela lei (VENOSA, 2001, pg. 48).

Foi a Constituição Federal de 1988 que instituiu o divórcio sem limitação numérica, mais precisamente no seu art. 226, § 6º. A Lei nº 7.841 (17/10/1989) revogou o art. 38 da antiga lei do Divórcio, excluindo assim a restrição numérica do pedido de divórcio. O fato é que a separação judicial foi instituída como uma fase intermediária para a dissolução definitiva do casamento, como se fosse um estágio para saber se realmente era essa a vontade dos ex-cônjuges. O Código Civil de 2002 manteve o mesmo sentido da Constituição Federal de 1988, prevendo a questão da separação judicial ou separação de fato como requisito para o pedido de divórcio (BOTTEGA, 2010, pg. 12).

Em 2007 surge uma nova lei para facilitar ainda mais os pedidos de divórcio, possibilitando o divórcio cartorário, ou seja, extrajudicial, quando a extinção do vínculo matrimonial for consensual e preenchidos certos requisitos, conforme a Lei nº 11.441 (04/01/2007). É possível verificar pelo breve histórico apresentado que a evolução da forma de dissolução da sociedade conjugal e do vínculo matrimonial se deu de forma lenta e conforme as mudanças sociais. Ocorre que ainda temos algumas “velharias jurídicas” em nosso ordenamento jurídico que precisam ser, urgentemente, corrigidas (BOTTEGA, 2010, pg. 13).

Depois de tantos anos utilizando um sistema, já ultrapassado, da culpa na dissolução da sociedade conjugal, surge então, como uma novidade de necessidade óbvia, a Proposta de Emenda Constitucional nº 28/2009, sugerida pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), com o intuito de alterar a redação do § 6º do artigo 226 da atual Constituição Federal, para extinguir de vez o instituto da separação judicial, facilitando a dissolução do vínculo conjugal (BOTTEGA, 2010, pg. 13).

A nova redação do dispositivo em referência somente faria menção ao divórcio como a única forma de dissolução do casamento, definitivamente extinguindo de vez a separação judicial, anteriormente denominada de “desquite”. Com parecer favorável da Comissão Especial da Câmara dos Deputados e votação encerrada nessa casa legislativa nos dois turnos, a PEC seguiu para o Senado Federal. Na Câmara dos Deputados a PEC foi votada em 20 de maio de 2009 em primeiro turno e em 02 de junho do mesmo ano em segundo turno, obtendo o número de votos suficientes para encaminhamento da proposta ao Senado Federal. No Senado Federal a PEC recebeu o nº 28/2009, tendo obtido parecer positivo da Comissão de Constituição e Justiça – CCJ. (BOTTEGA, 2010, pg. 13).

Surge assim o Divórcio como um simples exercício de direito, com a promulgação da “PEC do Divórcio” e com isso a separação judicial deixou de ser contemplada na Constituição federal. Vale ressaltar também que desapareceu o requisito temporal que até então muito protestado por todos

acabando de vez com a espera desagradável, passando assim a ser exclusivamente direto, tanto por de forma consensual quanto no litigioso. Podemos dizer que houve uma mudança completa no paradigma sobre o divórcio, em que o Estado busca afastar-se da intimidade do casal, reconhecendo a autonomia que cada um tem como bem entende de dar fim a sociedade conjugal, pela sua livre vontade, sem necessidade de requisitos temporais ou de motivação vinculante. (GAGLIANO, 2010, pg. 26).

2- O DIVÓRCIO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

2.1- A sua nova concepção

Antes de abordarmos aos aspectos processuais do novo divórcio, vejamos mais a fundo como se deu a inovadora mudança da dissolução da sociedade conjugal.

Em 5 de dezembro de 2002, o Superior Tribunal de Justiça julgou o Recurso Especial nº 467.184, de São Paulo, em que atuou como relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, tendo assentado que, em sede de separação, “evidenciada a insuportabilidade da vida comum, e manifestado por ambos os cônjuges, pela ação e reconvenção, o propósito de se separarem, o mais conveniente é reconhecer esse fato e decretar a separação, sem imputação da causa a qualquer das partes”. O interessante é que esse acórdão, proferido em uma época em que nem se quer estava em vigor o novo código civil e com isso sempre nos chamou a atenção. Exatamente porque, como se pode notar, os ministros decretam a separação do casal desconsiderando a exigência legal no sentido de se imputar causa para o fim da sociedade conjugal (violação de dever conjugal ou cometimento de conduta desonrosa), atendendo-se, simplesmente, ao desamor para o fim de dissolver a sociedade conjugal. (GAGLIANO & FILHO, 2010, pg. 48).

O que desejamos e que o Direito de Família, em sua nova perspectiva, seja regido pelo princípio da intervenção mínima, desapegando-se de amarras anacrônicas do passado, para cunhar um sistema aberto e inclusivo, que facilite o reconhecimento de outras formas de arranjo familiar, incluindo-se as famílias recombinaadas (de segundas, terceiras núpcias etc.). É uma perspectiva crítica, sempre defendemos que caberia à lei somente estabelecer condições ou requisitos necessários para disciplina das relações afetadas pelo fim do casamento (guarda de filhos, uso do nome, alimentos, divisão

patrimonial etc.), pois apenas aos cônjuges, e a ninguém mais, é dada a decisão do término do vínculo conjugal. Por esse motivo, tanto para o divórcio quanto para o outrora vigente instituto da separação, a tendência deve ser sempre a sua facilitação, e não o contrário. (GAGLIANO & FILHO, 2010, pg. 48).

Essa “facilitação” que se refere Gagliano & Filho (2010, pg. 49), não quer dizer que ele é de acordo com o fim do casamento. Não é isso. O que ele quer 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 libertar-se do vínculo falido, partindo para outros projetos pessoais de felicidade e de vida, não é porque não deu certo com uma pessoa que ela não possa ser feliz com outra.

Para Gagliano & Filho (2010, pg. 49), um primeiro e importante passo já havia sido dado pela Lei nº 11.441/2007, que regulou a separação e o divórcio administrativo (extrajudiciais) no Brasil, permitindo que os casais sem filhos menores ou incapazes pudessem, consensualmente, lavrar escritura pública de separação ou divórcio em qualquer Tabelionato de Notas no País. Isso já tinha sido uma grande evolução na época. Outro significativo passo veio a ser dado agora, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010 (projeto de Emenda Constitucional nº 28, de 2009), a usualmente denominada “PEC do divórcio”, modificando o já transcrito §6º do art. 226 da CF, que passa a ter a seguinte redação: “§6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.

2.2 A Emenda 66/10

Vamos abordar um pouco mais da história da emenda constitucional nº 66/2010.

A emenda constitucional nº 66/2010 (Projeto de Emenda Constitucional nº 28, de 2009) determinou uma verdadeira revolução e causou uma verdadeira reviravolta na disciplina do divórcio no Brasil. A Referida proposta de Emenda resultou da iniciativa de juristas do Instituto Brasileiro de Direito de Família –IBDFAM, abraçada pelo Deputado Antônio Carlos Biscaia (PEC 413/2005) e reapresentada posteriormente pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro (PEC 33/2007).

O texto de sua redação original era o seguinte: “§6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio consensual ou litigioso, na forma da lei”. Com a leitura da redação, constata-se duas modificações de impacto: 1ª) fim da separação judicial (de forma que a única medida juridicamente possível para o descasamento seria o divórcio); 2ª) extinção do prazo mínimo para a dissolução do vínculo matrimonial. (eis que não há mais referência à separação de fato do casal)(GAGLIANO & FILHO, 2010, pg. 50).

O Projeto causou uma grande movimentação e com isso recebeu críticas feitas por respeitáveis integrantes da Confederação Nacional dos Bispos do Brasil:

A CNBB (Conferência Nacional dos Bispos do Brasil) criticou a aprovação em primeiro turno pela Câmara dos Deputados de proposta que elimina a exigência de um prazo mínimo de separação para os casais requererem o divórcio (CNBB *apud* GAGLIANO & FILHO, 2010, pg. 52).

Na opinião do vice presidente da entidade, dom Luiz Soares Vieira, ao se facilitar o fim do casamento, acaba-se “banalizando” a questão.

Se facilitar muito, eu acho que banaliza ainda mais o matrimônio, que está banalizado. O único problema é esse. 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 (VIEIRA *apud* GAGLIANO & FILHO, 2010, pg. 52).

Defensores da Emenda defendem que ela não estimula o divórcio, mas, sim, novos casamento. Dom Geraldo Lyrio Rocha, presidente da CNBB, considera que isso é mero “jogo de palavras” (...) “isso é secundário em relação à questão fundamental. Mesmo que a legislação de um país permita o divórcio não é permitido de forma alguma. A igreja reafirma a insolubilidade e a estabilidade do matrimônio” afirmou. Ora, se uma crise de valores existe na sociedade moderna e não ousamos discordar diante de tantos exemplos de violação aos mais básicos princípios de convivência social essa Mafaldada crise do século XXI deve ser atribuída ao homem e à sua eterna vocação antropofágica, e não ao casamento. (ROCHA *apud* GAGLIANO & FILHO, 2010, pg. 52).

Ao facilitar o divórcio, não quer dizer que estão banalizando o instituto do casamento, pelo contrário, o que se busca, em verdade, é a dissolução menos gravosa e burocrática do mau casamento, para que os integrantes da relação possam, de fato, ser felizes, ao lado de outras pessoas. Aliás, como bem apontou o mencionado Dom Geraldo Lyrio Rocha, se, no âmbito eminentemente católico, o casamento continua a ser indissolúvel, isso toca à crença de um, não se podendo, assim pretender deslocar para o âmbito jurídico de um Estado que admite a crença em Deus de diversas formas uma discussão que é eminentemente religiosa, segundo o credo de cada um (GAGLIANO & FILHO, 2010, pg. 53).

Para melhor compreendermos o novo divórcio vale à pena lermos a justificativa apresentada pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro, quando da apresentação da referida proposta, pois, assim, é possível se ter uma idéia das



razões da sua propositura, e, também, do contexto social e histórico da sua apresentação:

A presente Proposta de Emenda Constitucional é uma antiga reivindicação não só da sociedade brasileira, assim como o Instituto Brasileiro de Direito de Família, entidade que congrega magistrados, advogados, promotores de justiça, psicólogos, psicanalistas, sociólogos e outros profissionais que atuam no âmbito das relações de família e na resolução de seus conflitos, e também defendida pelo Nobre Deputado Federal Antonio Carlos Biscaia (Rio de Janeiro). Não mais se justifica a sobrevivência da separação judicial, em que se converteu o antigo desquite. Criou-se, desde 1977, com o advento da legislação do divórcio, uma duplicidade artificial entre dissolução da sociedade conjugal e dissolução do casamento, como solução de compromisso entre divorcistas e antidivorcistas, o que não mais se sustenta. Impõe-se a unificação no divórcio de todas as hipóteses de separação dos cônjuges, sejam litigiosos ou consensuais. A Submissão a dois processos judiciais (separação judicial e divórcio por conversão) resulta em acréscimos de despesas para o casal, além de prolongar sofrimentos evitáveis. Por outro lado, essa providência salutar, de acordo com valores da sociedade brasileira atual, evitará que a intimidade e a vida privada dos cônjuges e de suas famílias sejam revelados e trazidos ao espaço público dos tribunais, como todo o caudal de constrangimentos que provocam, contribuindo para o agravamento de suas crises e dificultando o entendimento necessário para a melhor solução dos problemas decorrentes da separação. Levantamentos feitos das separações judiciais demonstram que a grande maioria dos processos são iniciados ou concluídos amigavelmente, sendo insignificantes os que resultaram em julgamentos de causas culposas imputáveis ao cônjuge vencido. Por outro lado, a preferência dos casais é nitidamente para o divórcio que apenas prevê a causa objetiva da separação de fato, sem imiscuir-se nos dramas íntimos; Afinal, qual o interesse público relevante em se investigar a causa do desaparecimento do afeto ou do desamor? O que importa é que a lei regule os efeitos jurídicos da separação, quando o casal não se entender amigavelmente, máxime em relação à guarda dos filhos, aos alimentos e ao patrimônio familiar. Para tal, não é necessário que haja dois processos judiciais, bastando o divórcio amigável ou judicial (PEC 33/07. CARNEIRO, 2007).

Ressalta-se que no Senado Federal, já sob o nº 28, de 2009, a PEC recebeu parecer favorável da Comissão de Constituição e Justiça, com o pronunciamento favorável do Senador Demóstenes Torres:

A análise da PEC não revela impropriedade de natureza constitucional, jurídica, regimental ou de técnica legislativa, o que comporta a sua admissibilidade e remetente ao exame de mérito. A data que serve de base para a contagem do prazo para o ajuizamento da ação do divórcio denominada dies a quo é a do

trânsito em julgado da separação judicial. No caso da separação de fato, por abandono unilateral ou recíproco, o prazo é de dois anos. Por construção jurisprudencial, mais tarde assimilada pela lei, a data a partir da qual se conta o prazo para requerer o divórcio pode retroagir à data da separação cautelar de corpos, medida que, geralmente, precede a ação principal de separação judicial. Como se vê, a regra não é regida, sobretudo porque existem as uniões estáveis, elevadas ao patamar do casamento civil e que podem ser desfeitas ao alvedrio dos companheiros. Além disso, interesse no fim da união matrimonial assume características variadas, sujeitas ao teor dos conflitos ou a sua inexistência, à extensão patrimonial, às questões ligadas à prole, em especial a fixação de alimentos, o que não se resolve pela simples dilatação do prazo compreendido entre a separação formal ou informal e o divórcio. Observa-se também que, passados mais de trinta anos da edição da Emenda Constitucional nº9, de 1977, perdeu completamente o sentido manter os pré-requisitos temporais de separação judicial e de fato que se conceda o divórcio. Saliente-se que, no casamento, dois institutos se superpõem: a sociedade conjugal, que decorre da simples vida em comum, na condição de marido e mulher, com a intenção de constituir família, e o vínculo conjugal, que nasce da interferência do próprio Estado, mediante a solenização do ato, na presença de testemunhas, com portas abertas e outras condições estabelecidas em lei. A sociedade conjugal, fruto de iniciativa dos cônjuges, pode por eles ser desfeita, formal ou informalmente, aos seu arbítrio, mas o vínculo conjugal, para ser desfeito pelo divórcio, depende de nova interferência do Estado. Ora, o Estado atual é bem menos tutelar que o de trinta anos atrás, e, quanto à sociedade hodierna, as dúvidas e temores que acometeram diversos segmentos dos anos 70 do século passado estão, hoje, todos dissipados, inclusive o de que, no dia seguinte à aprovação do divórcio, não restaria, no País, um só casamento. O que se observa é que a sociedade brasileira é madura para decidir a própria vida, e as pessoas não se separam ou divorciam apenas porque existem esses institutos. Portanto, não é a existência do instituto divórcio que desfaz casamento, nem a imposição de prazos ou separações intermediárias que o impedirá. Acrescente-se que a exigência de prazos e a imposição de condição para a realização do divórcio desatendem ao princípio da proporcionalidade, que recomenda não cause a lei ao jurisdicionado ônus impróprio ou desnecessário. Ora, o prazo para a concessão do divórcio não é peremptório, tanto que pode retroagir à data da separação cautelar de corpos, e a condição não é essencial, porquanto a sociedade conjugal pode ser desfeita pelo casal, indiferente ao Estado. Logo, as duas variáveis, sem nenhum prejuízo para o disciplinamento do tema, podem ser retiradas da norma, conforme preconiza a proposta de emenda (TORRES *apud* GAGLIANO & FILHO, 2010, pg. 53,54).

Nesse ponto, observa-se que um importante aspecto, deve ser considerado. Pois o projeto aprovado no Senado suprimiu a expressão “na forma da lei” constante na parte final do dispositivo sugerido, passando, assim, a apresentar a seguinte redação: “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”. Tal expressão, aparentemente desimportante, reveste-se de grande significado jurídico. Caso fosse aprovada 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 estar contida na suprimida expressão. Vale dizer, aprovar uma Emenda simplificadora do divórcio com o adendo “na forma da lei” poderia resultar em um indevido espaço de liberdade normativa infraconstitucional, permitindo interpretações equivocadas e retrógradas, justamente o que a Emenda quer impedir. Vale dizer que a preocupação com esse termo é porque já aconteceu um erro assim na história recente do nosso Direito, e quando tratamos de erro ele jamais poderá ser repetido (GAGLIANO & FILHO, 2010, pg. 54).

Vejamos então qual erro foi esse repugnado agora pela redação do novo divórcio. Quando a anterior Constituição Federal (1967) vedou a prisão civil por dívida, ressalvando apenas a decorrente do débito de alimentos e a do depositário infiel, manteve a referida expressão (“na forma da lei”), o que fez com respeitável parcela de nossa doutrina e jurisprudência admitisse a possibilidade de a legislação infraconstitucional ampliar as hipóteses de segregação civil, justificando, assim, a prisão do devedor fiduciante, hoje já declarada reconhecidamente inconstitucional, justamente por isso, reputamos corretíssima a providência de supressão da mencionada frase, para que fossem evitados desvios de interpretação da Emenda. (GAGLIANO & FILHO, 2010, pg. 55).

2.3 Aspectos processuais do novo divórcio

Quando surge uma mudança literal na nossa legislação sempre surge dúvidas sobre os aspectos e procedimento judicial a serem tomados, dúvidas como: competência, legitimidade, como deverá ser feita a petição inicial, qual será o rito processual percorrido, como ficará a partilha de bens, cumulação do pedido de reparação de danos, e por último quais serão os efeitos jurídicos da reconciliação pós-ajuizamento do pedido de divórcio, e esse capítulo tem o

objetivo de esclarecer as dificuldade que poderão ser suscitadas a partir da Promulgação da Emenda.

2.3.1 Competência

Quando nos referimos à competência para o processamento e postulação do divórcio, reputamos, a regra inconstitucional constante no art. 100, I, do Código de Processo Civil, que nos diz que “será competente o foro da residência da mulher, para ação de separação dos cônjuges e a conversão desta em divórcio, e para a anulação do casamento”(redação dada pela Lei nº6.515, de 1977), observa-se que mesmo com o avanço justo do direito da mulher na nossa legislação, na perspectiva constitucional da isonomia, preceito normativo que pretende a fixação de foro apenas levando em conta o sexo de uma das partes e traz uma certa injustiça, neste caso, a melhor solução seria exigir uma hermenêutica atenta às peculiaridade do caso concreto.(GAGLIANO & FILHO, 2010, pg. 132).

Se acaso o autor ou interessado no pedido de conversão ser incapaz ou alimentando, aí sim justificaria a fixação de seu domicílio levando em consideração a sua hipossuficiência , e não simplesmente pela sua condição sexual. O que não se pode aceitar em hipótese nenhuma é a adoção de uma posição simplista tão somente amparada no sexo do divorciando, pois isso menospreza a própria condição jurídica da mulher.

A aplicação do art. 100, não levou em consideração o princípio da igualdade, ou da isonomia estampado na nossa Constituição Federal, sabe-se que esse princípio é autoaplicável e deve ser considerado dois aspectos o da igualdade na lei e a igualdade perante a lei.

A igualdade na lei é exigência dirigida ao legislador, que, no processo de formação da norma, não poderá incluir fatores de discriminação que

rompam com a ordem isonômica. Já a igualdade perante a lei pressupõe a lei já elaborada e dirige-se aos demais Poderes, que, ao aplicá-la, não poderá subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório.

Com isso podemos observar que, a nossa Constituição Federal colocou o homem e a mulher em pé de igualdade, sem preconceitos e, principalmente sem discriminações, e essa igualdade nos dada deve ser observada tanto no plano do direito material como no direito processual, de modo que não há que se falar em foro privilegiado.

Para Gagliano & Filho (2010, pg. 133), a incompetência do foro não poderá ser reconhecida de ofício pelo juiz, e sim será necessário que a parte interessada oponha a exceção devida, consoante já assentado pelo próprio Superior Tribunal de Justiça:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. COMPETÊNCIA RELATIVA. AÇÃO DE DIVÓRCIO. A incompetência relativa não pode ser suscitada de ofício pelo juiz (Súmula 33) (CComp 10.768/PE, 2ª Seção, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. J. em 26-10-1994, p. 32554).

Também o Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIVÓRCIO DIRETO. IMPOSSIBILIDADE DE DECLINAÇÃO DE OFÍCIO. COMPETÊNCIA RELATIVA. AGRAVO PROVIDO. UNÂNIME. A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício pelo juiz, sob pena de nulidade. Inteligência da Súmula n. 33 do col. Superior Tribunal de Justiça (Agl 20090020112634, 5ª T. Cív., Rel. Lecir Manoel da Luz, j. em 11-11-2009, DJ de 26-11-2009, pg.97)

Esse parece ser mesmo o melhor entendimento.

2.3.2 Legitimidade

O nosso código civil nos traz no art. 1.582 que o pedido de divórcio somente competirá aos cônjuges justamente porque a ação de divórcio tanto o judicial quanto o extrajudicial é uma ação personalíssima e sendo necessária sempre a presença dos cônjuges, pois de fato ninguém mais do que eles têm capacidade para compreender o ato da separação, mas para demandarem as partes precisam ser capazes, sendo assim se alguma das partes for incapaz, esta poderá se utilizar de um curador, ascendente ou irmão para propor ação ou defender seus direitos, vale ressaltar que esta incapacidade deverá ser reconhecida judicialmente por meio de processo de interdição. Em face da expressa legitimidade deferida para esse fim aos ascendentes e aos irmãos, dispensável a prévia interdição. Uma informação importante é que o Ministério Público, tem a possibilidade de desempenhar tal múnus, ainda que não tenha sido lembrado pelo legislador civil, sua legitimidade é assegurada na lei processual (DIAS, 2010, pg. 78; GAGLIANO & FILHO, 2010, pg. 135).

2.3.3 Petição inicial e documentos

A partir da Emenda que consagrou de uma vez por todas, o divórcio como simples direito potestativo não condicionado e sem causa específica, dispensa-se, em regra outros documentos, senão a certidão de casamento. Claro que se uma das partes pretende a realização imediata da partilha, será necessário também os documentos da titularidade dos bens integrantes do patrimônio comum, e se por acaso houver filhos, necessário se faz as respectivas certidões de nascimento. Isso tudo observando os requisitos do art. 282 do Código de Processo Civil. (GAGLIANO & FILHO, 2010, pg.135,136)

2.3.4 Rito processual

Segundo Gagliano & Filho (2010, pg.136) o divórcio indireto poderá ser:

1 Consensual, mediante pedido conjunto, observando as regras e procedimentos de jurisdição voluntária.

2 Litigioso, mediante pedido formulado por um dos cônjuges em face de outro, segundo as regras do procedimento ordinário.

2.3.5 Tentativa de conciliação

Mesmo não sendo uma etapa obrigatória, sob pena de nulidade, como ocorre, por exemplo no processo do trabalho, ao meu ver esta é uma medida de extrema importância pois ela resguarda o princípio de conservação da família, para que o magistrado na realização da audiência não somente certifique a idoneidade da manifestação de vontade dos divorciandos, mas, também, verifique se há alguma possibilidade de reconciliação, para ficar bem claro se a decisão que estão tomando é necessariamente a correta. E se depois da tentativa realmente for constatado a impossibilidade de retorno da vida em comum, dar-se-a o prosseguimento com o reconhecimento judicial do divórcio, uma vez que este não mais comporta requisitos temporais ou de fundamentação vinculada (GAGLIANO & FILHO, 2010, pg. 136).

2.3.6 Partilha de bens

Com a importante mudança que nos trouxe o Código Civil de 2002, o que deve ser destacado, é a revogação do art. 43 da Lei n. 6.515/76, para

admitir que o divórcio, em qualquer das suas modalidades, possa ser concedido sem que haja prévia partilha de bens. Foi uma mudança totalmente pertinente pois até então os casais não se sentiam incentivados a pedir o divórcio, mesmo falida a efetividade do casal, por causa da até então obrigatória necessidade de partilha prévia de seus bens. Com esta inovação o magistrado poderá conceder o divórcio e as partes poderão fazer a partilha num momento posterior, por via própria, que, em tese, poderá ser até mesmo uma ação de divisão. (GAGLIANO & FILHO, 2010, pg. 137)

2.3.7 Efeitos jurídicos da reconciliação pós-ajuizamento do pedido de divórcio

Para finalizarmos com o aspecto processual do novo divórcio é importante trazer algumas considerações acerca dos efeitos jurídicos da reconciliação pós-ajuizamento do pedido de divórcio.

Se acaso a postulação judicial do divórcio ainda não tiver sido acolhida pelo magistrado, a hipótese é, simplesmente, de desistência do pedido, com a extinção do processo sem resolução do mérito, porém se houver sentença, ainda não transitada em julgado não há como rever a matéria fora dos limites objetivos da lide. Lembrando que se acaso as partes se reconciliarem após o trânsito em julgado, ou seja, após o reconhecimento jurídico definitivo do divórcio, nada mais poderá ser feito senão contrair novas núpcias com o mesmo cônjuge, não havendo limites, como dito, para o ato de se casar com a mesma pessoa, desde que atendidas as regras de validade do matrimônio. (GAGLIANO & FILHO, 2010, pg. 138)

3. QUESTÕES PRÁTICAS E POLÊMICAS

3.1 Quanto aos processos de separação já existentes

Observa-se que o divórcio é mais amplo do que a separação e contém várias conseqüências jurídicas, sendo que melhor representa a vontade de um casal quando pretendem a formalização da situação fática caracterizada pela falência do afeto outrora predominante.

Mas ao analisar a nova lei percebe-se de plano que a separação não foi recepcionada, ocasionando a extinção dos processos de separação judicial ou o impedimento à separação extrajudicial (Lei nº 11.441/2007)? E a separação judicial ainda existe? O que fazer com os processos de separação já existentes?

Com o advento da nova lei, a separação judicial desapareceu do nosso ordenamento jurídico, ainda que permaneçam no Código Civil os dispositivos que regiam o instituto (CC 11.571 a 1.578), tal não significa que persista a possibilidade de alguém buscar somente o "término" do casamento, quer judicial quer extrajudicialmente. E com isso fica claro que agora só é possível pleitear o divórcio.

Mas se a pessoa não quiser de forma alguma se divorciar, ainda há uma saída que seria a separação de corpos, que põe fim aos deveres do casamento, rompe o regime patrimonial, mas mantém rígida a sociedade conjugal. O pedido pode ser levado a efeito de modo consensual ou por iniciativa de somente um dos cônjuges, ou seja, por mútuo acordo ou não se trata de uma medida cautelar, mas de procedimento de jurisdição voluntária. Não havendo filhos menores ou incapazes, a separação de corpos pode inclusive ser levada a efeito através de escritura pública.

Já os processos já existentes para alguns, seria o caso de extinção de todos os processos de separação, pois essa forma de término da sociedade conjugal não teria mais razão de existir, e há quem entenda que o juiz poderá, de ofício, converter a demanda de separação em divórcio ou extingui-las por carência de ação, ante a superveniência de impossibilidade jurídica do pedido.

Dias, (2010, pag.105) entende que todos os processos de separação existentes perderam o objeto por impossibilidade jurídica do pedido (CPC 267 VI), e que eles não podem seguir tramitando demandas que buscam uma resposta não mais contemplada no nosso ordenamento jurídico, uma vez que o pedido de separação tornou-se juridicamente impossível, ocorreu a superveniência de fato extintivo ao direito objeto da ação, que deve ser reconhecido de ofício (CPC 462).

E já Gagliano & Filho (2010 pg.97) e Silva (2011 pg.15) dizem que o juiz deverá intimar as partes para que manifestem sua vontade de converter a separação judicial em divórcio, dando oportunidade à parte autora seja no procedimento contencioso ou no voluntário, uma concessão de um prazo, para a adaptação do seu pedido ao novo sistema constitucional, convertendo-o em requerimento de divórcio. Segundo eles o juiz não tem o poder de extinguir o feito porque as partes não concordam com a conversão da separação em divórcio, cabendo mandado de segurança nesse caso, mesmo diante da existência de recurso de apelação como o recurso adequado com duplo efeito, devolutivo e suspensivo, por tratar-se de decisão teratológica, que coloca em risco os direitos e interesses das partes.

Observa-se que a melhor forma de lidar com a situação seria realmente a de o magistrado dar uma oportunidade para que seja feita a conversão dos processos já existentes, e se dentro do prazo concedido, as partes realizarem a devida adaptação do pedido, o processo deverá seguir 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, pois com isso evitariam prejuízos das pessoas que já estão há anos com o processo de separação, já que com a extinção do

processo as partes teriam que começar do “zero” novamente e com isso a perda seria com certeza muito maior. Mais se acaso as partes se recusarem ou deixarem transcorrer o prazo concedido, aí sim deve o magistrado extinguir o processo, sem enfrentamento do mérito, por perda de interesse processual superveniente, utilizando-se do art. 264, VI do CPC.

3.2 Quanto à dissolução do casamento e ações cumuladas

Quando se fala em colocar fim em uma sociedade conjugal, entra em cena um emaranhado de relações jurídicas a serem solucionadas, sendo algumas delas inclusive obrigatórias, por exemplo, quando existem filhos menores ou incapazes, para pôr fim ao casamento é indispensável ser discutida como ficará a questão dos alimentos e o direito de convivência, isto tanto nas ações consensuais quanto nas litigiosas. Já os temas que estão ligados diretamente ao casal não necessariamente precisam ser discutidos na ação principal, por exemplo a partilha de bens.

Mas no que diz respeito ao nome e aos alimentos entre os cônjuges precisam ser definidos, apesar de haver possibilidade de serem revistos em momento posterior. Vale ressaltar que o caso dos alimentos, a doutrina majoritária sustenta que, dispensados na separação não era possível buscá-lo posteriormente, ou seja depois do divórcio não poderia se fazer mais nada (DIAS, 2010, pg.95).

3.2.1 Alimentos

A nossa legislação impõe o dever de mútua assistência de forma recíproca, daí a obrigação alimentar entre os cônjuges, mesmo depois de finda a união. Essa é uma garantia a quem merece alimentos, sendo assegurado o

direito de viver de modo compatível com a condição social, inclusive para atender a necessidade de educação. A identificação dos obrigados a pagar alimentos obedece uma ordem. A primeira referência é aos parentes e depois aos cônjuges, porém, tal não significa que a responsabilidade dos parentes seja preferencial a obrigação dos cônjuges, isto porque, o dever dos parentes tem origem no dever de solidariedade, e a obrigação alimentar entre os cônjuges têm natureza no dever de assistência, por isso, ao contrário da ordem legal, o primeiro obrigado é o cônjuge (DIAS, 2010 pg.96).

Antes ao analisar como ficaria a questão dos alimentos, era necessário ser considerada a quem se deu a culpa pelo fim da sociedade conjugal sendo que este perderia o direito à prestação alimentar tanto no divórcio pronunciado por sua culpa exclusiva como aquele decretado por culpa recíproca. Mas com o advento da EC 66/2010 houve um fim na aferição da culpa e com isso, a fixação dos alimentos devidos deverá ser feita com amparo na necessidade e na vulnerabilidade do credor, na justa medida das condições econômicas do devedor, ou seja para a determinação dos alimentos, não há mais que se perquirir culpa alguma (SILVA, 2011, pg.36).

Diante disso observa-se que com o fim da separação judicial e a eliminação do instituto da culpa, levou de arrasto os arts. 1.702 e 1.704 da lei civil. E estes dispositivos foram banidos justamente por fazerem expressa referência à culpa pela dissolução do casamento que não tem mais relevância jurídica (DIAS, 2010, pg. 96).

Já quando nos referimos a alimentos aos filhos, este é obrigatório, independente a postura dos filhos, pois a estes não se afasta o dever de dirigi- lhes a criação e educação, sendo assim mesmo que os filhos se afastem do convívio familiar, os pais não podem se eximir da prestação alimentícia (DIAS, 2010, pg.97).

3.2.2 Nome

Quando ocorre o casamento tanto o homem quanto a mulher poderá adotar o sobrenome do cônjuge, e com a dissolução do casamento não há nenhuma imposição para que estes retornem a usar o nome de solteiro, ou seja quem, ao se casar, adotou o sobrenome do outro pode livremente escolher entre a exclusão e a permanência do nome eleito. Tais alterações dependem da livre vontade de quem alterou o seu nome ao se casar. Pode mantê-lo quando da dissolução do casamento e, posteriormente, a qualquer tempo, abandoná-lo. Uma observação importante é que nada impede que, mesmo depois do divórcio, ocorra a volta ao nome de casado, para isso concordarem os ex-cônjuges (DIAS, 2010, pg. 98).

A questão do uso do nome era tratada da mesma forma que a dos alimentos, pois antes da atual ordem constitucional, o culpado pelo fim do casamento também estava sujeito a perder a própria identidade, pois o uso do nome dependia da benemerência do “inocente” que sequer precisava justificar o motivo para pedir a exclusão do nome do outro, tratava-se de verdadeiro direito protestativo. Neste caso a única possibilidade de o “culpado” continuar com o nome que havia adotado era provar que a mudança poderia acarretar-lhe evidente prejuízo para sua identificação ou algum dano grave reconhecido pelo juiz (DIAS, 2010. Pg.98).

Simão diz que o cônjuge culpado não perde o direito de usar o “sobrenome do outro”, porque, na realidade, segundo ele, o sobrenome é seu mesmo, já que passou a integrar seu nome quando do casamento. Trata-se de nome próprio e não de terceiros. A perda do nome em decorrência da culpa é anacronismo, que revela afronta ao direito da personalidade, e que chegará ao fim em boa hora. Sendo assim a questão do sobrenome não será obstáculo ao fim do debate da culpa em ação de extinção de vínculo conjugal (DIAS, 2010. Pg.99).

Diante disso é importante ressaltar que o nome não é propriedade de ninguém, e só pelo fato de identificar a ascendência familiar, não o torna exclusivo de quem o adquiriu ao nascer, sendo assim a quem adotou um novo nome ao se casar, automaticamente o nome passa a ser seu, e não mais exclusivamente do outro. Com isso fica claro que quando do fim do casamento, nada justifica submetê-lo aos caprichos dos ex cônjuges mesmo que persistam na lei civil os arts. 1.571, §2º e 1.578, que são agora letra morta (DIAS, 2010 pg.100).

3.2.3 Guarda dos filhos

Diante a não existência de culpa no nosso ordenamento jurídico, entendemos que ela deixou de ser referência, também, no âmbito da fixação da guarda dos filhos. Aliás, após a promulgação da Constituição de 1988, esta linha de raciocínio já vinha sendo adotada, visto que não havia sentido algum em determinar a guarda em favor de um suposto "inocente" no fim do enlace conjugal, e isso era reconhecido até mesmo por aqueles que adotavam a linha de pensamento de relevância da culpa do fim da sociedade conjugal, dizendo que era totalmente desnecessário analisar a culpa na guarda dos filhos. Isto porque o que interessa, tão somente, é a busca do interesse existencial da criança ou adolescente pouco importando quem fora o culpado no divórcio (GAGLIANO & FILHO, 2010, pg.102).

Então nota-se que quando o magistrado for determinar a quem ele vai atribuir a guarda, ele deverá analisar tão somente qual dos genitores têm melhores condições para o exercício dela, deixando de lado a questão da culpa, que agora não tem mais relevância nenhuma no nosso ordenamento jurídico.

É importante lembrar que no divórcio administrativo, como sabemos, não há espaço para esse tipo de discussão, pois havendo filhos menores ou

incapazes, torna-se obrigatório o processo judicial, com a imprescindível intervenção do Ministério Público. Mas se acaso os direitos dos filhos menores ou incapazes estiverem resguardados, por meio de anterior sentença que regulou guarda e alimentos, por exemplo, e o casal em cartório pretende apenas a decretação do divórcio consensual, é discutível essa vedação anteriormente mencionada, pois aí não haverá mais litígio e os interesses estarão preservados.

3.3 Quanto à constitucionalidade da Emenda.

Para o Senador Demóstenes Torres a Emenda Constitucional elimina os requisitos temporais do divórcio, sendo esta a única modificação que a EC n. 66/2010 operou, inclusive diante da *mens legis* (vontade da lei), regida por valores e princípios em interpretação sistemática, que sempre supera a *mens legislatoris* (vontade do legislador), por ser esta última munida de desconsiderável subjetivismo, ele nos diz também que a constitucionalidade da referida Emenda depende diretamente de como vier a ser interpretada, já que, se entendida como eliminatória das espécies dissolutórias, antes apontadas, essa emenda poderá ser havida como inconstitucional (SILVA, 2011, pg.66).

A primeira análise que deve ser feita na EC n. 66/2010 concerne à sua coerência com o restante da Constituição Federal, pois, não só as normas infraconstitucionais devem ser examinadas em sua constitucionalidade, como também as normas constitucionais posteriores.

Para Silva (2011, pg. 67) a nossa Constituição Federal, de uma maneira geral deve manter a sua coerência e unidade, assim como todo ordenamento jurídico. Não pode uma norma nova contrariar o sistema da Constituição, pois não há nova ordem sendo instituída. Por isso, não pode vigorar uma norma colidente com os preceitos constitucionais, ou, vigorando, deve ser dada a ela uma interpretação coerente com todo corpo constitucional.

Diante disso podemos dizer que para a EC n.66/2010 ser havida como constitucional, ela deve receber interpretação que a faça coerente com a unidade do texto da Constituição, e também deve ser analisado o tipo da norma constitucional constante nela, e sua eficácia, assim como devem ser cuidadosamente verificados os efeitos possíveis em cada caso (SILVA, 2011, pg. 77).

4. ALCANCES COM A MUDANÇA

4.1 Resistências

Por ser um tema inovador, fato que por si só já assusta, o novo divórcio foi muito comentado e criticado. Surgiram então diversos fundamentos favoráveis e contrários a tal mudança.

Por se tratar de um tema relativamente recente, ainda existem divergências em relação às suas consequências. Por esta razão, vale à pena analisar cada posicionamento, ainda que não dominante, para verificarmos a plausibilidade de cada um.

Verificamos que existem correntes que sustentam não ser a mudança autoaplicável, havendo a necessidade de regulamentação por lei ordinária para ser efetivamente implementada. Neste sentido, o Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos sustenta que a reforma em questão não possui eficácia imediata (DIAS, 2010, pg. 28).

Para ele, enquanto não houver regulamentação em sede infraconstitucional, a Emenda n. 66/2010 é apenas uma "lei constitucional". Isto porque, apesar de estar contida na Constituição Federal, não é uma norma materialmente constitucional. Vejamos:

Atente-se que qualquer norma será formalmente constitucional pelo só fato de constar na Constituição Federal. Porém, nem todas as normas formalmente constitucionais são também materialmente constitucionais. Os dispositivos apenas formalmente constitucional são denominados por alguns autores de lei constitucional. São regras que, por sua natureza, não precisariam constar na Constituição, mas lá são colocadas por razões de simples conveniência política. E como se fosse uma lei inserida no corpo da Constituição. Uma lei travestida de Constituição. É esse exatamente o caso do texto modificado pela EC n° 66/2010 (SANTOS *apud* DIAS, 2010, pg. 28).

O referido Desembargador ainda sustenta não ter desaparecido o instituto da separação judicial, visto tratar-se de lei ordinária que não deixou de ser constitucional após a Emenda n. 66/2010, *in verbis*:

A eliminação da referência constitucional aos requisitos para 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. Gilberto Schafer se posiciona no mesmo sentido: 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 (SANTOS *apud* DIAS, 2010, pg. 28).

Neste mesmo sentido, Dias (2010 pg. 30) argumenta que:

Pelo jeito, somente a separação consensual sobreviveria, a litigiosa não. Ainda assim o instituto da culpa se esvairia. Por outro lado, há quem reconhece o fim da separação, mas de forma paradoxal sustenta que remanesce a possibilidade de perquirição da culpa, que migrou para o divórcio. E há autores que afastam a identificação da culpa para a dissolução do casamento, mas que persistiria a identificação de culpados para autorizar a exclusão do nome.

E ainda, corroborando do mesmo entendimento, Sérgio Gischkow Pereira assevera que a separação judicial ainda persiste e, mais ainda, que não é um instituto inútil, podendo ser utilizada em razão da religião dos cônjuges. Vejamos:

A Constituição Federal não tratava da separação judicial, mas somente do divórcio. A separação judicial apenas elidida como exigência para o divórcio, mas permanece no sistema brasileiro, enquanto não revogado o Código Civil. Muitos pensam assim. A Constituição fala que o casamento é dissolvido pelo divórcio; ora, a separação não dissolve casamento, mas sim a sociedade conjugal. Alguns asseveram que ela é inútil. Não é bem assim. Desde que não

atrapalhe o divórcio, pode continuar no Código Civil. A verdade é que pode ser o único caminho para aqueles cuja religião não admite o divórcio (PEREIRA apud DIAS, 2010, pg. 29).

Sabemos que a Constituição Federal ocupa o ápice do ordenamento jurídico, razão pela qual a alteração superveniente de seu texto enseja a automática revogação da legislação infraconstitucional incompatível. Neste sentido já se manifestou o Supremo Tribunal Federal:

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 da antiga jurisprudência do STF, mais de cinquentatênária (DIAS, 2010, pg.30).

Existem autores que sustentam não ter desaparecido o instituto da separação judicial somente pelo fato de ser mantido no texto constitucional o verbo "pode" (O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio). Para eles persistiria a possibilidade de os cônjuges buscarem sua concessão pelo simples fato de continuar na lei civil os dispositivos que a regulam.

Ora, percebe-se que a conclusão não é plausível. Isto porque são várias as ocorrências de casos similares sem divergências de que a Constituição Federal derogou as normas da legislação infraconstitucional. Como exemplo a igualdade entre homem e a mulher (arts. 5º, I e 226, §5.º) e a proibição de designações discriminatórias relativas à filiação (art. 227, §6º).

Nestes casos não restaram dúvidas de que as normas que admitiam a anulação do casamento pelo desvirginamento desconhecido do marido estavam derogadas. Também ninguém duvidou de que havia acabado o tratamento diferenciado concedido aos filhos ilegítimos pela lei civil. E até o advento do Código Civil de 2002 muitos dispositivos da legislação infraconstitucional permaneceram sem qualquer eficácia, pois encontravam-se esvaziados de sentido pela nova ordem constitucional.

Há também quem argumente que a extinção da separação judicial e a facilitação do divórcio direto estaria fragilizando a família e banalizando o casamento. A esta observação assevera Gagliano:

E não se conclua, a partir disso, que se esteja fortalecendo uma política inconseqüentemente de banalização do casamento. De forma alguma. O que se quis, em verdade, por meio da aprovação da recente Emenda do Divórcio, é permitir a obtenção menos burocrática da dissolução do casamento, facultando, assim, que outros arranjos familiares fossem formados, na perspectiva da felicidade de cada um. Pois sem amor e felicidade não há porque manter um casamento (GAGLIANO *apud* DIAS, 2010, pg. 28).

Embora não descartemos a hipótese, não podemos acreditar que alguém se case por estar mais fácil se separar e nem que se divorcie somente porque o procedimento é mais simples e rápido. Ao contrário, precisamos crer que irão aumentar o número de casamentos, de pessoas interessadas em oficializar suas uniões, pois não existem mais entraves legais à sua dissolução.

Na tentativa de afirmar a permanência do instituto da separação judicial, encontramos o argumento de que, no caso de arrependimento posterior, haveria a necessidade de novo casamento. Isto obrigaria a partilha dos bens do casamento anterior sob pena de ser imposto o regime de separação obrigatória (CC, arts. 1.523, III e 1.641, I). Para esses doutrinadores tal burocracia acabaria por dificultar a reconciliação do casal e a restauração da família. (DIAS, 2010, pg. 32).

Para os adeptos dessa corrente, deve ser assegurado aos cônjuges um tempo de reflexão antes de extinguirem completamente o vínculo, visto que o não estabelecimento de prazos conduziria a divórcios impensados, o que impossibilitaria o casal retomar o casamento.

Pablo Stoze Gagliano, por sua vez, questiona este posicionamento afirmando que não é dever do Estado estabelecer prazo de reflexão. Vejamos:

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? (GAGLIANO *apud* DIAS, 2010, pg.33).

Sabemos que não é dever do Estado estabelecer prazo de reflexão, mas é dever sim velar pela família, buscando assegurar os cuidados necessários para a manutenção e zelo de tal entidade.

Contudo, também temos conhecimento que existe uma vã tentativa de alguns profissionais do direito de garantir o mercado de trabalho, pois, mantida a separação, persistiria a necessidade da dupla contratação de advogado, a propositura de dois procedimentos judiciais ou lavratura de duas escrituras. Neste caso, há de se considerar, primeiramente, o interesse das partes. A nova modalidade de divórcio significa maior economia de tempo, dinheiro e desgaste emocional.

Alguns autores ainda sustentam a necessidade do reconhecimento da culpa para o decreto da separação, visto que a quantificação do valor dos alimentos está condicionada à culpa de quem os pleiteia (CC 1.694, §2º). Contudo, até mesmo estes autores reconhecem que tal redutor está restrito ao âmbito dos alimentos, estando revogados os arts. 1.702 e 1.704 da lei civil. (DIAS, 2010, pg. 34).

Mas, a tendência é que em curto prazo se reconheça de forma unânime que não é necessário o reconhecimento da culpa para que seja decretado o fim do vínculo matrimonial. É forçoso reconhecer, no entanto, a possibilidade de questionar “porquês” em sede de anulação de casamento e na quantificação dos alimentos. Em qualquer dessas hipóteses, porém, o que se discute não é a postura adotada pelos cônjuges durante a vida matrimonial. Na anulação do casamento questiona-se é a boa-fé antes da celebração das núpcias. Já nos alimentos, cabe identificar eventual responsabilidade pela situação de necessidade.

Logo, não prosperam as infundadas justificativas de tentar de manter o instituto da separação judicial. Até porque, em caso de arrependimento após o divórcio, é possível casar-se novamente, o que é mais prático e mais barato, já que a celebração é gratuita (CF 226, §1º).

Assim sendo, caíram por terra todas as tentativas da lei de amarrar as pessoas dentro do casamento, não havendo mais a exigência de identificação das causas, a imposição de culpas ou a espera do decurso de prazos.

4.2 Avanço ou Retrocesso

A Emenda constitucional 66/10, que deu nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, ensejou várias interpretações sendo uns a favor dizendo que foi um grande avanço, outros criticando, pessoas dizendo que foi um retrocesso alegando inconstitucionalidade e que ainda existe a separação. Posições favoráveis e contrárias floresceram. Há opiniões para todos os lados. Conclusão, ninguém sabe bem o que fazer! Os notários e registradores estão temerosos de aplicar novas regras por receio de descumprirem a lei. Os juízes, no entanto, estão ávidos para acabar com processos que tramitam a longos anos e que não têm resultado prático algum, a não ser atender ao desejo de vingança de um do par.

Apesar de algumas resistências, não é possível deixar de ler o novo texto constitucional sem atentar ao que antes estava escrito. A redação anterior do art. 226, § 6º, da Constituição dizia: "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."

Observe-se que eram impostas restrições temporais à concessão do divórcio:

- (a) ter ocorrido a separação judicial há mais de um ano; ou

(b) estarem os cônjuges separados de fato há pelo menos dois anos.

Essas restrições temporais só serviam para tumultuar processos no judiciário, fazendo com que os processos se arrastem por anos discutindo culpa, e subsistindo por um único motivo vingança emocional um afim de punir o outro.

Uma vantagem muito grande com a mudança foi a celeridade processual e até mesmo a economia às partes pela promoção de um só procedimento, sendo necessário contratação de advogado por uma única vez para um único procedimento, desta forma observa-se que privilegia-se o princípio da liberdade e o da autonomia da vontade e diminui o sofrimento dos cônjuges e filhos pelo fim do casamento. Quanto as questões patrimoniais podem ser discutidas, mas não precisam necessariamente serem definidas nesse momento, já que é possível a obtenção do divórcio sem o prévio acertamento econômico entre partes.

Uma coisa importante e que deve ser observado pelos cônjuges, são os efeitos irreversíveis da decisão, alertando que uma vez obtido o divórcio direto por meio de uma sentença, não será possível a reconciliação, sendo necessário neste caso novo casamento.

A PEC do divórcio surgiu em uma boa hora permitindo que os cônjuges alcancem suas finalidades com muito mais vantagem, pois ela expurgou os procedimentos desnecessário, acompanhou o real momento vivido pela sociedade, fugindo dos velhos dogmas enraizados e o mais importante consagrando o princípio da liberdade e da autonomia da vontade que devem estar presentes tanto na constituição como na dissolução das relações conjugais.

O certo é que para a felicidade de uns e a revolta de outros, a Emenda Constitucional nº 66, que facilita a dissolução do casamento válido, com o divórcio direto imediato, foi promulgada e se encontra em vigor desde 14 de julho de 2010.

Apesar dos protestos, de pessoas contra a mudança, especialmente o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) e religiosos, a Emenda representou a evolução da sociedade e, de certa forma, abreviará os sofrimentos das partes. Não nos cabe mais discutir se é louvável a norma.

Nada justifica a permanência de modalidades diversas para acabar com o período de vida comum, até mesmo porque a separação e divórcio sempre serviram a um só propósito que é o de romper o casamento. Nunca foi aceita a opção do legislador de manter regras próprias para a separação judicial (instituindo sistema fechado, rígido e com causas específicas, discutindo culpa, saúde mental e falência do amor) e admitir o divórcio submetido a um único requisito objetivo que é o tempo. E mesmo vivendo a sociedade novo momento histórico, tão bem apreendido pela nossa Constituição Federal, que assegurou a liberdade e o respeito à dignidade, o certo é que sempre se questionou a legitimidade do Estado para estabelecer restrições à vontade de romper o casamento.

O problema encontrado seria quanto a possível existência ou não da separação judicial, onde parte de doutrinadores entende que ainda persisti tal instituto, e outra parte que por sinal é a maioria, nos diz que ao entrar em vigor a emenda automaticamente já desapareceu a separação. Mas mesmo aqueles que entendem extirpada a separação judicial, compreendem que o estado civil "separado judicialmente" não deixou de existir. Até mesmo porque não há qualquer lógica em simplesmente transformar, de modo automático, os separados judicialmente em divorciados. Afinal, houve um regular processo de separação judicial e não de divórcio não sendo discutido neste caso coisas pertinentes para se divorciar.

Todavia, ainda subsistem questões de alta importância que cabe-nos ressaltar. Diante do caráter resumido da Emenda, que se limitou a alterar o § 6º do artigo 226 da Lei Fundamental, sem mencionar o instituto da separação judicial ou as regras acerca de sua (não) recepção, gerando grandes dúvidas, a doutrina diverge quanto à subsistência de tal modalidade de dissolução da

sociedade conjugal. O problema é será que poderiam ainda os casais optar pela separação ou seriam obrigados a se divorciar?

E no que pertine aos processos de separação judicial pendentes o que fazer com eles? Poderiam as partes adequar o procedimento e o pedido de divórcio sob pena de extinção do processo sem julgamento de mérito?

E com relação àqueles já separados judicialmente? Subsistiria o estado civil "separado judicialmente"?

Acontece que a maioria dos operadores do direito e os cartórios não sabem exatamente como proceder diante das lacunas deixadas pela norma. E diante da intensa divergência doutrinária, caberá neste caso a nossa jurisprudência nos indicar um caminho a ser seguido diante de tantas dúvidas e "brechas" deixada pela emenda. Somente assim, poder-se-á usufruir, efetivamente, dos novos dispostos constitucionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para felicidade de uns e para tristeza de outros a partir do dia 14 de julho de 2010 passou a vigorar a mais inovadora mudança já alcançada no direito de família, entrando em vigor da Emenda Constitucional 66, que deu nova redação ao §6º do art. 226 da CF, passando assim a ser a única forma de se colocar fim na sociedade conjugal, fazendo desaparecer de vez o instituto da separação de nosso ordenamento jurídico, tanto de modo consensual quanto no litigioso.

As amarras que antes eram encontradas como a necessidade de declinar as causas do rompimento do vínculo afetivo como pressuposto para propositura da ação, a punição de quem abandonava o lar, o lapso temporal exigido, enfim todas as punições antes encontradas sendo elas não só de ordem patrimonial, com a inovação do divórcio já não mais existem, sendo uma verdadeira evolução para as partes.

Mesmo que haja pessoas que discordem, que sustentam que com o advento da Emenda Constitucional nada mudou, devendo aguardar-se regulamentação infraconstitucional, a maioria das pessoas que já se manifestaram sobre o tema, não só os doutrinadores mais também o Poder Judiciário professam a aplicabilidade do preceito constitucional. Alguns juízes estão intimando as partes que já estão com processo de separação em curso e decretando o divórcio.

Quanto aos processos de separação em curso, não devem prosseguir, sendo necessário que sejam transformadas em divórcio, é não extinguir sem a resolução do mérito como estavam fazendo na comarca de Rubiataba, pois com isso acaba acarretando um desgaste ainda maior para as partes, devendo começar tudo do zero já que o que foi feito anteriormente não terá mais valor. O que deveria ser feito era se acaso os cônjuges manifestarem de forma expressa a rejeição do decreto do divórcio, aí sim seria necessária a extinção

do processo, acontece que não eram consultadas as partes sobre o interesse ou não das separações se transformarem em divórcio, sendo decretada de imediato pelo juiz.

Quem já se encontrava separado judicialmente antes da mudança, mantém o seu estado civil, preservando assim aos ex-cônjuges a possibilidade de restabelecerem o casamento. E se acaso eles optarem pelo divórcio, não se faz necessário a espera do lapso temporal exigido podendo requererem de imediato, mais não por conversão como era anteriormente e sim por divórcio direto.

Com o advento da nova ordem constitucional nada afetou a possibilidade do uso da via administrativa para a decretação do divórcio por escritura pública, desde que o casal não tenha filhos menores ou incapazes, pois se tiverem se torna indispensável à propositura da ação de divórcio, pois se faz necessária a intervenção do Ministério Público.

Como visto, apesar dos protestos, especialmente religiosos, a Emenda surgiu em uma boa hora retirando os procedimentos desnecessários representando uma evolução da sociedade e, de certa forma, abreviando os sofrimentos das partes, acompanhando o real momento vivido da sociedade e o mais importante consagrando o princípio da liberdade e da autonomia da vontade dos cônjuges. Também não podemos deixar de falar quanto a celeridade processual e até mesmo a economia às partes pela promoção de um só procedimento, sendo necessária contratação de advogado por uma única vez para um único procedimento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOTTEGA, Clarissa. *A evolução do divórcio no direito brasileiro e as novas tendências da dissolução matrimonial*. Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá, Cuiabá. v. 12. n.1. p. 31/36. jan/jun. 2010.

BRASIL. *Constituição* (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1988.

BRASIL. *Código civil*. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2002.

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

DIAS, Maria Berenice. *Divórcio já!*, São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais.
GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O novo divórcio*. Saraiva, 2010.

TAVARES SILVA, Regina Beatriz. *A emenda constitucional do divórcio*, São Paulo: Saraiva 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo, *Direito Civil: direito de família*, São Paulo: Editora Atlas, 2001.

ENDEREÇOS ELETRÔNICOS

CARNEIRO, Sergio Barradas. *Projeto de Emenda Constitucional Nº 33/07. 2007*. Disponível em:

<http://www.ibdfam.org.br/img/artigos/PEC%20332007%20Div%C3%B3rcio.pdf> acesso em: 06 de Nov. de 2010 às 15:30.

CHAVES, Marianna. *"PEC do Divórcio - Consagração da autonomia da vontade"*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=591> . Acesso em: 31/08/2010.

GRISARD FILHO, Waldyr. *"Divórcio Express: Uma mudança de vanguarda"*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=626> Acesso em: 02/09/2010

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *"Divórcio: Alteração constitucional e suas conseqüências"*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=629>. Acesso em: 01/09/2010.