

EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 66/2010: NOVA INTERPRETAÇÃO DO DIVÓRCIO E PRINCIPAIS CONSEQUÊNCIAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Ana Paula Bezerra Costa¹

Luciana Flávia Nunes Casimiro²

RESUMO

Analisa-se, de forma dialética, a mudança e os reflexos jurídicos advindos com a Emenda Constitucional nº 66, promulgada no dia 13 de julho de 2010, responsável pela modificação do artigo 226, § 6º da Carta Magna: a desnecessidade da prévia separação judicial ou fática ao divórcio, alterando assim, de forma significativa o processo de extinção do vínculo matrimonial brasileiro. Para tanto, foi realizado um breve histórico sobre o casamento no Brasil, bem como dos institutos da separação e do divórcio no ordenamento jurídico pátrio. Ressalta-se, que a metodologia utilizada foi à pesquisa bibliográfica em livros de doutrinadores e juristas na área do Direito Civil, em especial no Direito de Família, além de materiais disponibilizados no meio eletrônico (internet). Expõe-se o posicionamento doutrinário, e com base nisso, conclui-se que o instituto da separação judicial ainda existe, não sendo mais requisito necessário à decretação do divórcio.

Palavras-Chaves: Direito Civil. Separação judicial. Divórcio. Emenda Constitucional nº 66/2010. Artigo 226, § 6º da CF.

ABSTRACT

Is analyzed, in a dialectic way, change and reflection legal arising Constitutional Amendment No. 66, promulgated on 13 July 2010, responsible for the modification of Article 226, § 6 of the Constitution: the unnecessary institute of separation court to obtain the divorce, thus changing significantly the process of extinction of marriage in Brazil. To that end, we conducted a brief history of marriage in Brazil, as well as institutes of separation and divorce in the legal parental rights. It should be noted that the methodology used was the bibliographical research in books by scholars in the area of civil law, with emphasis in family law as well as materials available in electronic (internet). It explains the doctrinal position, and with this he concludes that the institution of legal separation still exists, however, is no longer necessary requirement that there be a decree of divorce.

Key Words: Civil Law. Legal separation. Divorce. Constitutional Amendment nº. 66/2010. Article 226, § 6 of the Constitution.

¹ Discente do Curso de Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte – FARN. E-mail: bc.anapaula@hotmail.com.

² Docente Curso de Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte. E-mail: casimioluciana@yahoo.com.br.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Emenda Constitucional n.º 66, que foi publicada no dia 14 de julho de 2010 provocou uma significativa mudança no Direito de Família brasileiro, a qual está inserida não só no mundo jurídico, mas também no cotidiano de diversas pessoas.

A nova norma constitucional alterou o §6º do artigo 226 da Constituição da República Federativa do Brasil (SARAIVA, 2011) que passou a vigorar a redação a seguir: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”. Antes da alteração o referido parágrafo 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”.

Nesse contexto inovador as pessoas que escolherem se divorciar não precisarão se preocupar com requisito da prévia separação judicial por mais de um ano ou comprovar a separação de fato por no mínimo dois anos.

Neste diapasão, pode-se dizer que a promulgação da nova Emenda à Constituição trouxe alguns aspectos relevantes e significativos à sociedade, além de possibilitar a “descongestionamento” do Poder Judiciário, já que será reduzido o tempo de tramitação das ações porventura ajuizadas. Todavia, embora a mudança tenha trazido um grande avanço no direito familiar, também acarretou discussões atinentes à religião e à intervenção mínima do Estado na vida particular dos indivíduos.

Dessa forma, é importante salientar que o presente artigo se propôs a sintetizar as principais conseqüências jurídicas no ordenamento jurídico brasileiro da aplicação do novo procedimento do divórcio em detrimento do processo de separação judicial.

Nesse trabalho foram abordadas as principais modificações sobre a temática proposta, ilustrando a análise dos efeitos jurídicos patrimoniais e pessoais, como a guarda de filhos ou a definição dos alimentos, bem como se ainda há aquelas pessoas interessadas em apenas se separar judicialmente ao invés de se divorciar em virtude da dependência econômico-financeira.

É importante dizer, que em alguns Tribunais as separações já estão sendo convertidas diretamente em divórcio, desde que haja a anuência dos cônjuges e que não existam interesses de incapazes envolvidos.

A conversão da separação em um divórcio direto traz benefícios não só ao casal, como também ao próprio Poder Judiciário, em virtude da celeridade processual propiciada

pela mudança. Não será mais necessário ficar “preso” por laços matrimoniais a uma pessoa com a qual não se tem mais nenhuma afinidade. Demais disso, essa mudança acarreta a busca das pessoas pela felicidade, ao possibilitar que elas possam se casar novamente.

Apesar de alguns doutrinadores acharem que a Emenda Constitucional n.º66/10 poderá acabar com a estrutura da entidade familiar, por possibilitar o desfazimento definitivo do vínculo matrimonial, sabe-se que isso não é verídico por si só, uma vez que a família, hoje em dia, é formada até por uma só pessoa. O divórcio, não quer dizer que os genitores esqueçam os seus respectivos papéis em relação aos filhos, existindo, portanto, ex-cônjuge e não ex-pai ou ex-mãe.

2. A INSTITUIÇÃO DO CASAMENTO: Conceito e natureza jurídica

O instituto do casamento é conceituado por inúmeros doutrinadores do Brasil. O doutrinador Flávio Tartuce conceitua o matrimônio como sendo “a união de pessoas de sexos distintos, reconhecida e regulamentada pelo Estado, formada com o objetivo de constituição de uma família e baseado em um vínculo de afeto” (TARTUCE, 2010, p.59).

Já a professora Maria Helena Diniz (DINIZ, 2005) dispõe que: “O casamento é o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa o auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família”.

Ainda acerca do assunto Paulo Lobo (LOBO, 2008) traz que o “casamento é um ato jurídico negocial, solene, público e complexo, mediante o qual um homem e uma mulher constituem família por livre manifestação de vontade e pelo reconhecimento do Estado”.

Paulo Nader (NADER, 2006, p. 45), por fim, define casamento como “negócio jurídico bilateral que oficializa, solenemente, a união exclusiva e por tempo indeterminado de duas pessoas de sexo distinto, para uma plena comunhão de interesses e de vida”.

Então, cumpre-se dizer que o matrimônio consiste numa livre manifestação da vontade do casal em contrair núpcias perante o Estado e à sociedade, cuja finalidade é o estabelecimento de uma entidade familiar ligada pelos laços de afetividade, mas com direitos e deveres recíprocos.

Reportando-se à natureza jurídica do instituto, há correntes doutrinárias divergentes, visto que alguns são adeptos da concepção clássica, também denominada **contratualista ou individualista**, de que o casamento é um contrato, cuja eficácia e validade dependeriam exclusivamente da manifestação da vontade das partes. Enquanto que outros estudiosos

defendem a concepção **institucionalista**, também chamada de supra-individualista, pela qual a natureza jurídica do casamento é de uma instituição social, constituindo-se por normas impostas pelo Estado.

Concebendo o casamento como um contrato, Caio Mário da Silva Pereira (PEREIRA, 2004) considera “o casamento é um contrato, tendo em vista a indispensável declaração convergente de vontades manifestadas e tendentes à obtenção de finalidades jurídicas”.

No mesmo sentido:

Tal concepção representava uma reação à idéia de caráter religioso que vislumbrava no casamento um sacramento. Segundo os seus adeptos, aplicavam-se aos casamentos as regras comuns a todos os contratos. Assim, o consentimento dos contraentes constituía o elemento essencial de sua celebração e, sendo contrato, certamente poderia dissolver-se por um distrato. A sua dissolução ficaria, destarte, apenas da dependência do mútuo consentimento (GONÇALVES, 2004, p. 24/25).

Para contrariar a teoria de que a aludida instituição familiar seria um contrato surgiu a Teoria Institucionalista, na qual “o casamento é tido como uma grande instituição social, refletindo uma situação jurídica que surge da vontade dos contraentes, mas cujas normas, efeitos e forma encontram-se preenchidos pela lei” (DINIZ, 2004, p. 43).

É o escólio de Orlando Gomes citado por Maria Helena Diniz:

O estado matrimonial é, portanto, um estatuto imperativo preestabelecido, ao qual os nubentes aderem. Convém explicar que este ato de adesão dos que contraem matrimônio não é um contrato, uma vez que, na realidade, é a aceitação de um estatuto tal como ele é, sem qualquer liberdade de adotar outras norma. (GOMES apud DINIZ, 2004, p. 43-44).

Com a evolução da sociedade e das divergências entre os estudiosos do Direito, emergiu uma nova concepção de natureza mista, na qual passou a considerar o casamento como contrato (formação) e como instituição (conteúdo) ao mesmo tempo. Tratando-se de um contrato especial, ou seja, um contrato de Direito de Família.

Filiando-se a essa nova corrente Pontes de Miranda (MIRANDA, 1947, p. 94) pontua:

Por outro lado, por meio de contrato faz-se o casamento, mas contrato de direito de família; no caso de celebração confessional, conforme a concepção do seu direito matrimonial. Mas o registro civil é quem em verdade lhe dá existência jurídica e os efeitos civis; e tais efeitos não são, de regra, contratuais – resultam do instituto mesmo.

Saliente-se que, atualmente, a terceira corrente é a majoritária, isso porque quando alguém se casa não busca unicamente estabelecer um negócio jurídico no qual se determina todos os deveres e direitos do casal, mas sim um intuito afetivo, para estabelecer uma família, buscar a felicidade, logo, a visão contratual perde força além de que aos nubentes não é um dever imposto pelo Estado, mas sim a livre autonomia da vontade.

2.1 A INSTITUIÇÃO DO CASAMENTO NO BRASIL

O instituto do casamento existe desde os tempos mais remotos, onde o seu acontecimento podia ser considerado um fato natural e ordinário através do impulso que sempre uniu o homem à mulher. No Brasil, o casamento é datado da época do Império, sendo regulado pela Igreja católica, religião oficial do Estado.

Sabe-se que tal instituição possuía fins sociais e políticos, constituindo um forte instrumento de socialização. De modo que, a indissolubilidade do casamento não tinha importância só para o Estado, mas também à Igreja, que pregava a preservação da família, considerada a base da sociedade.

A lei da época buscava a proteção do patrimônio dos cônjuges, mesmo que isso prejudicasse a tão sonhada felicidade do casal. Assim, os indivíduos não tinham a liberdade de escolher se permaneciam ou não vinculados ao casamento. Porém, sabe-se que muitas pessoas não obedeciam aos regramentos da época e acabavam se relacionando com outras por fora, dando origem ao que chamamos de concubinato.

Com o surgimento da República, o Brasil transformou-se em um Estado laico, pelo Decreto nº 119-A, de 07 de janeiro de 1890, no qual determinou a cisão entre o Estado e a Igreja. Este Decreto determinava em seu artigo 3º³ que a Igreja, assim como as associações e

³ Art. 3º do Decreto 119-A - A liberdade aqui instituída abrange não só os indivíduos nos actos individuaes, senão também as igrejas, associações e institutos em que se acharem agremiados; cabendo a todos o pleno direito de se constituírem e viverem coletivamente, segundo o seu credo e a sua disciplina, sem intervenção do poder publico.

os institutos passaram a ter total liberdade e pleno direito de constituição, segundo a disciplina e credo que escolhessem, sem qualquer intervenção do Estado.

Para as pessoas que seguiam a religião católica, o único casamento válido era o religioso. Essa visão perdurou até o surgimento da República. Só em 1861 adveio a possibilidade de realização do casamento civil para aquelas pessoas não católicas. A cisão entre a Igreja e o Estado contribuiu para que o Governo Provisório, mediante o Decreto n. 181, de 1890, admitisse como válido apenas o casamento civil.

A Constituição de 1891 afirmava nos termos do seu artigo 72, parágrafo 4º⁴, que a República reconhecia somente o casamento civil, de forma a considerar que o religioso, passava a ser opcional para aqueles que acreditavam na crença.

Durante o período de 1890 a 1937, apenas o civil era reconhecido pela então legislação brasileira. Com o advento do Decreto - Lei n. 3.200⁵, de 19 de abril de 1941, houve a permissão do casamento religioso com efeitos civis.

O Código Civil de 1916 consolidou e regulamentou o casamento civil, sem fazer qualquer menção ao religioso, que, na seara juscivilística, é inexistente juridicamente, sendo as relações entre os participantes desse vínculo mero concubinato (DINIZ, 2004).

Hoje, sob o amparo da Constituição Federal de 1988, o casamento religioso surte efeitos civis, desde que sejam cumpridas as exigências previstas em lei, sendo disciplinado no artigo 226, tendo a seguinte redação:

Art. 226. (...)

§1º O casamento é civil e gratuita a sua celebração.

§2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

⁴ Art. 72 da Constituição Federal de 1891 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

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

⁵ Art. 4º do Decreto - Lei n. 3.200 - São adotadas as modificações seguintes no texto da lei n. 379, de 16 de janeiro de 1937:

I. A ementa passa a ser esta:

“Regula o reconhecimento de efeitos civis ao casamento religioso”.

A instituição também encontra respaldo tanto na Lei de Registros Públicos – Lei 6.015/73 - em seus artigos 71 a 75 como também no Código Civil de 2002 (RIDEEL, 2010), o responsável por estabelecer tais formalidades constantes em seus artigos. 1.511 a 1.570.

É como último avanço legal, o Superior Tribunal de Justiça⁶ manifestou-se favoravelmente pela possibilidade do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, alargando, portanto, a estrutura da família, que também poderão se divorciar, sem necessidade de submissão ao lapso temporal da separação judicial.

3. EXTINÇÃO DO VÍNCULO CONJUGAL

O casamento foi considerado, durante muitos anos, como indissolúvel diante da sociedade conservadora e sob forte influência da Igreja Católica brasileira. Isso de certa maneira trazia obstáculos à possibilidade de desfazer a união, que era considerada eterna. Acabava por forçar o casal a manter um vínculo e viver apenas da aparência, sem levar em conta se estavam ou não felizes na constância do casamento.

O primeiro instituto que extinguiu o casamento no Brasil foi o chamado desquite, que foi regulado basicamente nos artigos 315⁷ a 328 do antigo Código Civil de 1916.

Ainda assim, o desquite admitia apenas o fim da sociedade conjugal, de maneira que o vínculo permanecia, impossibilitando aos cônjuges contrair novo casamento, pois naqueles tempos, o vínculo existente entre o casal somente terminava com o óbito de um dos cônjuges ou com o reconhecimento da nulidade do matrimônio.

Havia também previsão nas Constituições anteriores sobre a indissolubilidade do casamento, conforme se pode verificar nas seguintes Cartas Magnas: 1934, 1937, 1946 e 1967. Entretanto, a Emenda Constitucional (EC) nº. 09 de 28 de junho de 1977 trouxe uma nova redação ao artigo 167, § 1º da Constituição Federal de 1967, e pôs fim a tal indissolubilidade, nos seguintes termos: “o casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos”. A referida Emenda resistiu às oposições da Igreja e dos conservadores daquela época.

⁶ REsp 1183378/RS, STJ, Quarta Turma, Relator. Min. Luis Felipe Salomão, julgado por unanimidade em 25/10/2011.– www.stj.jus.br

⁷ 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.

Após a Emenda Constitucional nº. 09/1977 foi editada a Lei 6.515 de 26 de dezembro de 1977, que regulamentou a chamada Lei do Divórcio, em sede infraconstitucional. Esta Lei regulava a desconstituição da sociedade e do vínculo conjugal.

A referida Lei não tratou somente da dissolução do casamento, mas também, disciplinou outras matérias do Direito de Família, como a guarda dos filhos, o uso do nome, a isonomia entre os filhos e também a separação judicial.

Importante dizer que a Lei do Divórcio conviveu juntamente com o Código Civil de 1916, de forma que aquela era considerado o diploma normativo básico acerca do tema, atuando o Código apenas supletivamente. Aquela Lei determinou expressamente que as disposições que tratavam do chamado “desquite” fossem substituídas pelas regras da “separação judicial”. Por causa disso, onde se lia no Código de 1916 “desquite por mútuo consentimento” e “desquite” passou a ser “separação consensual”, e onde tinha “desquite litigioso”, passou a ser “separação judicial”⁸.

A separação judicial passou a ser requisito essencial e prévio para o pedido de divórcio, que tinha que aguardar o lapso temporal de três anos, conforme o §1º do artigo 175 da Constituição Federal vigente à época, com redação dada pela Emenda Constitucional n.º 9, de 28 de junho de 1977. A ideia do decurso do tempo tinha a suposta finalidade de possibilitar aos separados uma reconciliação antes que se divorciassem definitivamente.

O divórcio não é a única maneira de se por fim ao casamento, ou seja, o vínculo conjugal poderá ser extinto, em síntese, por três maneiras distintas, quais sejam: **pelo divórcio; pela morte de um dos cônjuges e por meio da declaração de nulidade do casamento** (o casamento deixa de existir por não ser válido).

É sabido que a morte ao por fim à pessoa física ou natural, extingue definitivamente o vínculo matrimonial. Assim, o cônjuge supérstite terá o estado civil modificado, deixará de ser casado para ser viúvo. Vale salientar que a morte presumida também promove a dissolução do matrimônio.

Com a morte, o cônjuge sobrevivente tem a possibilidade de contrair novas núpcias.

A terceira forma de extinção do vínculo é a declaração de nulidade do casamento como dito anteriormente, onde na realidade não há o casamento propriamente dito, visto que há vício de validade. De forma que podemos considerar que não seria esta uma forma de desfazimento do vínculo conjugal, mas sim de extinção *ab initio*.

⁸ Lei n.º 6.515/77 - Art. 39 – No capítulo III do Título II do Livro IV do Código de Processo Civil, as expressões ‘desquite por mútuo consentimento’, ‘desquite’ e ‘desquite litigioso’ são substituídas por ‘separação consensual’ e ‘separação judicial’.

Tecidas estas considerações, passa-se a uma análise específica acerca do divórcio, objeto do presente artigo.

4.1 DO DIVÓRCIO

Para o jurista Pablo Stolze (STOLZE, 2010, p. 26), o divórcio significa “a medida dissolutória do vínculo matrimonial válido, importando, por consequência, na extinção de deveres conjugais”.

Trata-se de uma maneira voluntária de por fim a relação conjugal, sem causa determinada, decorrente da manifestação de vontade do casal, ou até mesmo qualquer dos cônjuges.

No Brasil, o divórcio evoluiu, passando por basicamente quatro fases: a) aquela em que não havia divórcio, na qual o vínculo conjugal era absolutamente indissolúvel; b) a que havia a necessidade da separação como requisito prévio; c) a da ampliação do divórcio, seja pelo exercício direto ou por meio da separação judicial; e d) a do exercício de direito potestativo; esta última advinda da denominada “PEC do Amor” (ou PEC do Divórcio) e é que vige atualmente.

No entanto, é relevante tecer alguns comentários acerca das fases anteriores, e somente após, analisar a nova interpretação do instituto do divórcio brasileiro.

Pode-se verificar que havia uma grande resistência jurídica para se extinguir o vínculo conjugal, que só era admitido no caso de haver a morte de um dos cônjuges ou o reconhecimento de nulidade do casamento, como dito outrora.

A Igreja Católica sempre influenciou a disciplina normativa do matrimônio, principalmente na sociedade brasileira. Assim, o casamento se submetia às regras do Direito Natural, de forma que o sistema canônico mantinha a indissolubilidade do matrimônio, o que demonstra ainda mais a forte influência dos cânones romanos no sistema normativo brasileiro.

Nosso primeiro Código Civil, o de 1916, incorporou as idéias do sistema religioso predominante da época, considerando apenas a morte e a anulação como formas de extinção do vínculo conjugal, não havendo a sua forma voluntária.

Nesse momento, o que há é o chamado desquite, instituto decorrente de forte influência religiosa, o qual acarretava apenas a término da sociedade conjugal, com a permanência do vínculo e a impossibilidade de se contrair novo casamento, o que dava ensejo ao denominado concubinato.

Antes, para se divorciarem, os casais deveriam comprovar um determinado lapso temporal de separação judicial, e, somente após essa comprovação poderiam requerer a conversão em divórcio.

O quadro de resistência ao divórcio começou a sofrer mudanças a partir de 1977, com o advento da Lei n.º 6.515, de 16 de dezembro do mesmo ano, sob o amparo da Emenda Constitucional n.º 9, de 28 de junho de 1977, a qual deu a nova redação ao §1º do artigo. 175 da Constituição Federal vigente à 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”.

Assim, surge a “segunda” fase histórica do divórcio, com a efetiva regulamentação do divórcio no Brasil, com a Lei n.º 6.515/1977, por esta Lei, a separação judicial tornou-se requisito necessário para o pedido de divórcio.

Somente com a promulgação da Constituição Federal de 1988 o divórcio direto encontrou guarida no texto constitucional, facilitando-o e obtendo o acolhimento por parte da sociedade brasileira – artigo 226, § 6º.

A separação judicial não dissolve o vínculo conjugal, apenas coloca um fim nos deveres conjugais como o da fidelidade, felicidade recíproca e o da coabitação, conforme preceituava o artigo 1.576 do Código Civil: “A separação judicial põe termo aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca e ao regime de bens”, persistindo o vínculo matrimonial.

Ademais, pessoas que estavam separadas não tinham a possibilidade de casar-se outra vez, visto que não havia se desfeito o laço do matrimônio. A não ser que um dos cônjuges viesse a óbito ou houvesse a conversão em divórcio.

A atual Carta Magna, em seu artigo 226, e antes da promulgação da Emenda n.º 66, havia diminuído o prazo para a conversão em divórcio, instituindo o lapso temporal de um ano - quando precedido de separação judicial - e estabeleceu o divórcio direto quando a separação de fato perdurasse por mais de dois anos.

O novo Código Civil proclamou apenas que o divórcio é uma das causas que ensejam o término da sociedade conjugal, tendo o condão de dissolver o casamento válido.⁹ (GONÇALVES, 2009).

⁹ Art. 1.571 - A sociedade conjugal termina:
IV - pelo divórcio.

§ 1º O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se a presunção estabelecida neste Código quanto ao ausente.

Demais disso, o *Codex* regulamenta a conversão da separação em divórcio em seu artigo 1.580:

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

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

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

Oportuno salientar que o lapso de tempo de dois anos deve ser ininterrupto, visto que se o casal tiver uma recaída e voltarem a conviverem como marido e mulher, será reiniciado a contagem do prazo – *interrupção civil*.

Conforme no mencionado artigo 1.580, qualquer um dos cônjuges poderá requerer o divórcio indireto, desde que haja transcorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que tiver homologado ou decretado a separação, sendo desnecessária a discussão sobre a culpa.

Com a promulgação da Emenda Constitucional n. 66/10, o instituto da separação judicial deixou de ser requisito fundamental para por fim ao vínculo conjugal, bastando apenas à manifestação da vontade do casal.

Cumpramos ressaltar a existência de duas formas de divórcio: a indireta, consagrada na referida Emenda n.º 09/77, na qual há a conversão da separação judicial, e o direto, de forma excepcional. Ademais, existem dois tipos de divórcio direto: o litigioso e o amigável.

Com a edição da Lei 11.441/2007, de 04 de janeiro de 2007, o divórcio passou a poder ser realizado de maneira extrajudicial, desde que não haja interesses de incapazes ou filhos menores e tenha ocorrido o prazo de dois anos de separação de fato.

Demonstradas estão as inúmeras evoluções legislativas sobre a extinção do vínculo conjugal, sendo a mais recente a Emenda Constitucional nº66/10, na qual a tratar do assunto a seguir.

4. EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 66/10: A nova interpretação do Divórcio

No dia 13 de julho de 2010, foi promulgada a Emenda Constitucional n.º 66/10 (Projeto de Emenda Constitucional n.º 28, de 2009), a chamada “PEC do Divórcio”, fonte de

uma revolução no instituto do divórcio pátrio. A referida Emenda acarretou mudanças significativas que culminou na desnecessidade do instituto da prévia separação judicial ou separação fática do casal para a obtenção do divórcio.

Desta feita, pode-se afirmar que a separação judicial ou a fática ainda existem, não sendo, todavia, elemento essencial para a concessão do divórcio.

A mudança teve aplicação imediata, uma vez que se trata de norma constitucional autoexecutável, não necessitando de qualquer norma infraconstitucional para lhe dar a eficácia. Importante dizer, que apesar da significativa alteração constitucional, não houve qualquer mudança ou revogação expressa dos artigos do Código Civil ou mesmo das Leis específicas.

A principal modificação é a “extinção” da separação judicial como requisito para o divórcio, de forma que os cônjuges poderão se divorciar no dia seguinte ao do matrimônio, se assim desejarem. Porém, há casos em que o casal prefere se submeter a um prazo de separação, por ser dependente financeiramente e um dos cônjuges ser militar, por exemplo. Apesar disso, essa decisão em nada influenciará na obtenção de um divórcio futuro, haja vista a separação ter deixado de ser requisito essencial.

Outro ponto importante é o fato de que o divórcio não possui qualquer prazo para ser concedido. De forma que estaria revogado, tacitamente, o artigo 1.580 do Código civilista.

Importante dizer que a Emenda Constitucional n.º 66 *resultou da iniciativa de juristas do Instituto Brasileiro de Família (IBDFAM), abraçada pelo Deputado Antônio Carlos Biscaia (PEC 413/2005) e reapresentada posteriormente pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiros (PEC 33/2007).* (STOLZE, 2010, p. 49).

Pablo Stolze e Gagliano (2010, p. 50-51), em sua obra *A nova Emenda do Divórcio*, mostram as justificativas trazidas pelos Deputados na apresentação das PEC's, senão vejamos:

A presente Proposta de Emenda Constitucional nos foi sugerida pelo 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.

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 413/2005, Deputado Antônio Carlos Biscaia).

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 referência 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 33/2007, Deputado Sérgio Barradas Carneiro).

Ressalte-se que ambas as propostas tratavam do mesmo conteúdo, de forma que tramitaram em conjunto e têm a idéia de ser a manifestação da própria sociedade a “descomplicação” do processo de divórcio.

Perante o Senado Federal, as propostas receberam o número 28/2009, e tiveram a expressão “na forma da lei” suprimida, para que assim não houvesse qualquer regulamentação por meio de lei ordinária, passando a apresentar a seguinte redação: *o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio*.

Esta supressão foi bastante significativa, pois se fosse a redação original poderia tornar a mudança sem efeito pela liberdade legislativa e, a jurisprudência poderia entender estar contida na expressão.

Nesse sentido, Pablo Stolze e Gagliano (2010, p. 60) trazem que “o divórcio passa a caracterizar-se, portanto, como um simples direito potestativo a ser exercido por qualquer dos cônjuges, independentemente da fluência de prazo de separação (...)”.

Todavia, há casos em que a separação judicial poderá persistir apenas por pura conveniência e vontade das partes.

4.1. A Extinção pela Separação Judicial

A separação judicial é o instituto que desfaz a sociedade conjugal, colocando fim a determinados deveres conjugais, como o dever da coabitação, fidelidade, entre outros, permanecendo o vínculo conjugal.

Assim, a partir da promulgação da Emenda Constitucional nº. 66/2010 a separação judicial tornou-se desnecessária para que haja a decretação do divórcio, isto porque, com a Emenda o divórcio pode ser concedido independentemente de qualquer prazo.

Maria Berenice Dias (DIAS 2010), diz que a Emenda Constitucional n.º 66 “entrou em vigor imediatamente, pondo fim a todas as demandas de separação judicial (...) tramitando em juízo ou requeridas extrajudicialmente”.

Ainda prelecionou, “finalmente acabou a inútil, desgastante e onerosa separação judicial” (DIAS, 2010).

Entrementes, há muitos debates acerca da extinção da separação judicial, porém o entendimento majoritário é pela revogação tácita dos dispositivos que tratam do instituto, passando a não mais existir dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, Maria Berenice Dias (DIAS, 2010) ilustra “como o tema é novo, a maioria dos textos são os publicados em jornais ou estão disponíveis na internet. Mas a grande maioria de quem escreveu sobre a novidade sustenta que acabou a separação judicial”.

Pablo Stolze (STOLZE, 2010) aduz também que “a partir da promulgação da Emenda, desapareceu de nosso sistema o instituto da separação judicial, e toda legislação que o regulava, por consequência, sucumbiu, sem eficácia, por conta de uma não recepção”.

No mesmo raciocínio, Maria Berenice Dias (DIAS, 2010) “atualmente o sistema jurídico conta com uma única forma de dissolução do casamento: o divórcio. O instituto da separação judicial simplesmente desapareceu”.

É relevante frisar que existem doutrinadores e estudiosos que afirmam a permanência do instituto da separação, sob o argumento de que a Emenda do divórcio necessitaria ser regulamentada em sede infraconstitucional. Porém, “bom não esquecer que a Constituição Federal ocupa o ápice do ordenamento jurídico. Assim, a alteração superveniente de seu texto enseja a automática revogação da legislação infraconstitucional incompatível”. (DIAS, 2010, p. 30).

Isto porque, os cônjuges podem manter, caso queiram, o estado de casados, e permanecerem apenas separados de fato ou de corpos. Segundo Maria Berenice Dias (DIAS, 2010):

A simples cessação da vida em comum termina com a sociedade conjugal, sem a necessidade de ser buscado tal efeito em juízo. Mas, para quem deseja cancelar o fim da união, mas não quer dissolver o casamento, a separação de corpos é a alternativa.

Este também é o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

APELAÇÃO CÍVEL. DIVÓRCIO DIRETO CONSENSUAL. DETERMINAÇÃO PARA QUE FOSSE APRESENTADA A DECLARAÇÃO DE DUAS TESTEMUNHAS ACERCA DO LAPSO TEMPORAL DA SEPARAÇÃO. PARALISAÇÃO POR CINCO ANOS. EXTINÇÃO POR ABANDONO. META 2. O ART.226 §6 DA CRFB, COM REDAÇÃO ALTERADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010, NÃO TRAZ MAIS NENHUM REQUISITO TEMPORAL PARA A DECRETAÇÃO DO DIVÓRCIO, QUE PODERÁ SER OBTIDO A

QUALQUER TEMPO. ASSIM, AS EXIGÊNCIAS NÃO MAIS SUBSISTEM PARA A CONCESSÃO DO DIVÓRCIO. ANULAÇÃO DA SENTENÇA PARA PROSSEGUIMENTO DO FEITO. PROVIMENTO DO RECURSO (0002282-97.2003.8.19.0067-APELACAO- TERCEIRA TURMA, REL.DES. HELENA CANDIDA LISBOA GAEDE – Julgamento EM: 27/08/2010).

Pablo Stolze analisa a extinção do instituto da separação judicial sob três primas:

Sob o prisma **jurídico**, com o divórcio, não apenas a sociedade conjugal é desfeita, mas também o próprio vínculo matrimonial, permitindo-se novo casamento; sob o viés **psicológico**, evita-se a duplicidade de processos – e o *strepitus fori* – porquanto pode o casal partir direta e imediatamente para o divórcio; e, finalmente, até sob a ótica **econômica**, o fim da separação é salutar, já que, com isso, evitam-se gastos judiciais desnecessários por conta da duplicidade de procedimentos. (STOLZE, 2010, p.56)

Em relação à extinção do instituto da separação judicial, a Comissão de Direito de Família e das Sucessões, na V Jornada de Direito Civil, em evento realizado pelo Centro de Estudos Judiciários (CEJ) do Conselho da Justiça Federal (CJF), afirmou: “A questão da dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio trazida pela EC 66 tem gerado polêmica, que vem se traduzindo em interpretações discordantes sobre o tema”. E o entendimento na referida Comissão é que “A interpretação de que a Emenda Constitucional n.º 66 não acabou com o instituto da separação dentro do Direito de Família vai, com certeza, servir de guia para a doutrina e, até mesmo, para futuras sentenças e acórdãos”¹⁰.

Assim, percebe-se que não se pode afirmar que a separação judicial deixou de existir. Ela apenas deixou de ser um requisito necessário e prévio para a declaração do divórcio.

No que tange aos processos de separação judicial em andamento, em que ainda não houve decisão, o magistrado já poderá perguntar às partes se elas desejam a conversão da ação de separação em ação de divórcio direto, nos termos do § 6º do art. 226 da Constituição Federal.

Entendimento diverso é o da doutrinadora Maria Berenice Dias (DIAS, 2010, p.133)

O jeito menos burocrático é intimar as partes para que manifestem expressamente a discordância com a decretação do divórcio, com a alerta de que, se ficarem em silêncio, isso significará que concordam com o decreto do divórcio. Assim, quem concorda não precisa sequer se manifestar.

¹⁰ www.cjf.jus.br – Notícia do dia 10/11/2011 às 16:20h.

Observa-se, que nos entendimentos acima mencionados, o procedimento deverá se adequar ao novo texto constitucional, sem a possibilidade de continuar com a ação de separação judicial.

Em relação àquelas pessoas que se encontram separadas judicialmente, é importante dizer que, elas deverão se submeter a um novo processo judicial, o de divórcio, visto que, apesar de ter sido extinta a separação como requisito, o divórcio dependerá da manifestação da vontade de pelo menos uma das partes.

Entender o contrário pode gerar grave insegurança jurídica, uma vez que não se pode modificar uma situação jurídica consolidada segundo as normas vigentes à época da sua constituição, sem que tivesse havido manifestação de qualquer das partes envolvidas. (STOLZE, 2010)

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O divórcio é uma das formas da extinção do vínculo conjugal, mas não é a única, visto que poderá ser desfeito pela morte de um dos cônjuges ou a declaração de nulidade do casamento.

No Brasil, o divórcio evoluiu, passando por algumas fases até chegar à atual - a do exercício do direito potestativo -, na qual basta a declaração da vontade de pelo menos uma das partes para a decretação.

Isso se deve à promulgação da Emenda Constitucional nº. 66 de 13 de julho de 2010, que alterou o art. 226, § 6º, da Constituição Federal de 1988, que instituiu o divórcio como única forma da dissolução do casamento civil, ou seja, tornou desnecessária a comprovação do lapso temporal de separação judicial.

Desta feita, pode-se dizer que a separação judicial ainda existe, não sendo, todavia, elemento essencial para a concessão do divórcio. Tanto é que, a Comissão de Direito de Família e das Sucessões, na V Jornada de Direito Civil, como já ressaltado no corpo do presente artigo, discutiu acerca da interpretação de que a Emenda do Divórcio não acabou com o instituto da separação dentro do Direito Brasileiro.

Observa-se, portanto, que a inovação decorrente da nova norma constitucional é bastante significativa para o ordenamento jurídico, uma vez que, além de possibilitar ao casal a liberdade de escolha do futuro, poderá tornar mais célere os processos judiciais de divórcio.

6. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código civil**. Vade Mecum Universitário de Direito Rideel. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Anne Joyce Angher. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e separação**. 11. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. CJF. Disponível em www.cjf.jus.br. Notícias do dia 10/11/2011 às 16:20 h. Acesso em 24 de novembro de 2011.

CARVALHO, Nelson Teixeira. **O fim da separação no ordenamento jurídico brasileiro**. IBDFAM, Belo Horizonte, 15 jul. 2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=631>>. Acesso em: 20 out. 2011.

CHAVES, Cristiano e ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. Rio de Janeiro: Lumén Juris, 2009.

CRUZ, Maria Luiza Póvoa. **Separação, divórcio e inventário por via administrativa: implicações das alterações no CPC promovidas pela Lei 11.441/2007**. 2.ed. Maria Luiza Póvoa Cruz. –Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

DIAS, Maria Berenice, **Manual de direito das famílias**, 6 ed., São Paulo: RT, 2010.

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

DIAS, Maria Berenice. **Emenda 66/10 – E agora?** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=653>>. Acesso em: 20 out. 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro:** direito de família. 19. ed. rev., aum. e atual. de acordo com o novo código civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002) e Projeto de Lei n. 6.690/2002. São Paulo: Saraiva, 2004. v.5.

FERRARI NETO, Luiz Antonio. **Apontamentos sobre a EC 66/2010 que autoriza o divórcio independentemente de separação judicial anterior.** Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2571, 16 jul. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/16998>>. Acesso em: 18 jul. 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto . **Direito civil brasileiro. Direito de Família**, 6ª ed., São Paulo:Saraiva, 2009.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil:** direito de família e das sucessões. 3. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v.5.

LOBO, Paulo. **Direito civil:** Famílias. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil:** direito de família. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v.5.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil:** direito de família. 14. ed. rev. e atual. por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v.5.

PIRES, Adelino Augusto Pinheiro. **A inutilidade da Emenda Constitucional nº 66/2010.** Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2625, 8 set.2010. Disponível em:<<http://jus.uol.com.br/revista/texto:17355>. Acesso em: 16 nov. 2010.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito de família.** 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1947. V.I a III.

RODRIGUES, Décio Luiz José. **Primeiras interpretações sobre a Emenda Constitucional 66.** Disponível em:<<http://www.conjur.com.br/2010-ago-17/primeiras-interpretacoes> e. Acesso em: 16 nov. 2010.

SCHAFER, Gilberto. **A Emenda Constitucional nº 66 e o divórcio no Brasil.** Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2591, 5 ago.2010. Disponível em:<<http://jus.uol.com.br/revista/texto:17125>. Acesso em: 16 nov. 2010.

STOLZE, Pablo . **O Novo divórcio.** São Paulo, Saraiva, 1ª edição. 2010.

STOLZE, Pablo. **A nova emenda do divórcio**. Primeiras reflexões. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2568, 13 jul. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/16969>>. Acesso em: 18 jul. 2011.

_____. STJ. Disponível em www.stj.jus.br. Acesso em: 24 de novembro de 2011.

TARTUCE, Flávio e SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil** – Direito de Família, 2. Ed. São Paulo: Método, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.