

**CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR REINALDO RAMOS - CESREI
FACULDADE REINALDO RAMOS - FARR
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

LUDMILA TÂMARA MACÊDO DE CASTRO

**CONSIDERAÇÕES SOBRE A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010 NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Campina Grande – PB

2016

LUDMILA TÂMARA MACÊDO DE CASTRO

**CONSIDERAÇÕES SOBRE A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010 NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Trabalho Monográfico apresentado à
Coordenação do Curso de Direito da
Faculdade Reinaldo Ramos – FARR,
como requisito parcial para a obtenção do
grau de Bacharel em Direito pela referida
instituição.

Orientadora: Professora MSc. Alcione
Vieira Pordeus

Campina Grande – PB

2016

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA DA CESREI

C355c Castro, Ludmila Tâmara Macêdo de.

Considerações sobre a emenda constitucional n. 66/2010 no ordenamento jurídico brasileiro / Ludmila Tâmara Macêdo de Castro. – Campina Grande, 2016.

53 f.

Monografia (Graduação em Direito) Faculdade Reinaldo Ramos-FAAR - Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos-CESREI.

Orientadora: Profa. Ma. Alcione Vieira Pordeus.

1. Direito de Família – Divórcio. 2. Divórcio – Ordenamento Jurídico Brasileiro. I. Pordeus, Alcione Vieira. II. Título.

CDU 347.627.2(043)

LUDMILA TÂMARA MACÊDO DE CASTRO

**CONSIDERAÇÕES SOBRE A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010 NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Aprovada em: ____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

Professora MSc. Alcione Vieira Pordeus
Faculdade Reinaldo Ramos – FARR
(Professora Orientadora)

Professora Esp. Renata Villarim Mendoza
Faculdade Reinaldo Ramos – FARR
(1ª Examinadora)

Professor Esp. Gustavo Giorgio Fonseca Mendoza
Faculdade Reinaldo Ramos – FARR
(2º Examinador)

Dedico este trabalho aos meus amados pais Alcione Macêdo e Alexandre Castro, que com muito carinho sempre me apoiaram nos meus estudos, e não mediram esforços para que eu chegasse até esta etapa da minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a pessoa que, desde o início do curso sempre me incentivou, por todos esses anos de companheirismo em todos os aspectos da minha vida, pelo apoio fosse nos maus ou bons momentos, pelo estímulo que sempre injetou na minha vida, minha maravilhosa mãe.

A meu pai pelo ensinamento de que estudo é importante e pelo apoio incondicional. Ao meu irmão Alexandre, minha irmã Isabel, obrigada por contribuírem com tantos ensinamentos, tanto conhecimento.

A minha família, especialmente a meu tio Lassie, que fosse com palavras de apoio, histórias de superação, me serviram de profunda inspiração.

A minha orientadora Alcione pelo suporte no pouco tempo que lhe coube, pela paciência na orientação e incentivo que tornaram possível a conclusão desta monografia.

A todos os professores do curso, que foram tão importantes na minha vida acadêmica e no desenvolvimento desta monografia.

Agradeço a Deus, aquele que permite que todas as coisas se concretizem, por renovar a cada dia minha força e disposição e pelo discernimento concedido ao longo dessa jornada.

E a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação e deram sua contribuição para que esse sonho tornasse realidade, o mais sincero agradecimento.

“O fruto de um trabalho de amor atinge sua plenitude na colheita, e esta chega sempre no seu tempo certo.”

Autor Desconhecido

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem como objetivo demonstrar a relevante importância e o avanço trazido pela Emenda Constitucional nº 66 de 2010 ao ordenamento jurídico brasileiro. Devido a uma forte influência religiosa, a legislação brasileira, por um vasto período de tempo, não admitiu a possibilidade da dissolução do vínculo conjugal, por ser a família consagrada como instituição sagrada, devendo ficar a encargo do Estado os cuidados pela moral e os bons costumes, estes que seriam contrariados nos casos em que houvesse permissão do divórcio ou separação judicial. Com o passar do tempo e as decorrentes evoluções sociais, passou a ser admitido o desquite, logo após a separação judicial e o divórcio, dependendo de prévio preenchimento de diversos requisitos para a sua efetiva concessão. Destarte, percebe-se uma intensa atividade estatal para intervir na dissolução conjugal, ferindo a liberdade de decisão da vida privada do indivíduo, bem como o princípio da dignidade da pessoa humana. A separação judicial mostrou-se, por muito tempo, inútil, pois não extinguiu o vínculo conjugal, sendo necessária uma outra demanda judicial para resolver tal situação, o divórcio, restando clara a caracterização da duplicidade de procedimentos e seus prejuízos, além da comprovação da culpa, o que gerou muito constrangimento e mal-estar entre os cônjuges, fazendo com que a situação ficasse ainda mais embaraçosa diante do momento vivido. A temática abordada surge de uma fundamentação bibliográfica baseada em estudos doutrinários e legislação específica, além de alguns posicionamentos dos Tribunais pátrios. Para conseguir alcançar o principal objetivo desta monografia, foi realizada inicialmente uma abordagem histórica do divórcio no ordenamento jurídico brasileiro, posteriormente, após o conhecimento de tais aspectos, uma análise sobre a Emenda Constitucional nº 66/2010 no contexto em que está inserida, sua aplicação e reflexos no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive no que se refere ao Novo Código de Processo Civil.

Palavras-chave: Separação Judicial. Divórcio. EC nº 66 de 2010.

ABSTRACT

This monographic study aims to demonstrate the great importance and the progress brought by Constitutional Amendment No. 66, 2010 the Brazilian legal system. Due to a strong religious influence, Brazilian law for a long period of time, did not admit the possibility of the dissolution of the marriage bond, being the family enshrined as a sacred institution, and must be the state's responsibility to care for the moral and good customs, those that would be counteracted where there permission of divorce or legal separation. With the passage of time and the resulting social changes, is now admitted a divorce, after legal separation and divorce, depending on prior completion of several requirements for its effective concession. Thus, we perceive an intense state activity to intervene in marital dissolution, injuring the discretion of the private life of the individual and the principle of human dignity. Legal separation proved, long, useless, because not extinguished the marital bond, requiring another lawsuit to resolve the situation, divorce, leaving clear characterization of duplicative and their losses, as well as proof of fault, which caused much embarrassment and unease between spouses, causing the situation to become even more embarrassing in front of the living moment. The theme addressed arises from a literature foundation based on doctrinal studies and specific legislation, and some positions of patriotic Courts. To achieve the main objective of this paper was initially held a historical approach of divorce in the Brazilian legal system, later, after knowledge of such aspects, an analysis of the Constitutional Amendment No. 66/2010 in the context in which it operates, its application and reflections on the Brazilian legal system, including with regard to the New Civil Procedure Code.

Keywords: Constitutional Amendment No. 66 of 2010. Divorce. Judicial separation.

LISTA DE ABREVIATURA E SIGLAS

Art. – Artigo

CC – Código Civil

CF– Constituição Federal

CPC – Código de Processo Civil

EC – Emenda Constitucional

IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

NCPC – Novo Código de Processo Civil

PEC – Proposta de Emenda à Constituição

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJ – Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 BREVE RELATO HISTÓRICO ACERCA DO DIVÓRCIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	14
1.1 IDEIAS INTRODUTÓRIAS DE CASAMENTO E DISSOLUÇÃO DO VÍNCULO CONJUGAL	17
1.2 A INDISSOLUBILIDADE DO CASAMENTO	17
1.3 CONCESSÃO DO DIVÓRCIO COM PRÉVIA SEPARAÇÃO JUDICIAL	21
1.4 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O DIVÓRCIO	23
1.5 DIVÓRCIO POTESTATIVO	25
2 DISSOLUÇÃO DO VÍNCULO CONJUGAL NO ATUAL ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	27
2.1 TEORIAS SOBRE A DISSOLUÇÃO DO VÍNCULO MATRIMONIAL.....	27
2.1.1 Abolicionista	28
2.1.2 Racionalista	29
2.1.3 Eclética	30
2.2 APLICABILIDADE IMEDIATA DA EMENDA DO DIVÓRCIO.....	31
2.3 A TEMÁTICA DE ACORDO COM O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	32
2.4 QUANTO A AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO NA AÇÃO DE DIVÓRCIO DIRETO CONSENSUAL.....	33
3 A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66 DE 2010	35
3.1 A EC 66/2010 E SEUS OBJETIVOS	36
3.2 A ALTERAÇÃO CONSTITUCIONAL E SEUS REFLEXOS	38
3.3 SEPARAÇÃO JUDICIAL APÓS A EC 66/2010.....	40
3.4 PRAZO DE SEPARAÇÃO PARA O DIVÓRCIO APÓS A EC 66/2010	42
3.5 EFEITOS DA ALTERAÇÃO CONSTITUCIONAL	43
3.5.1 Impossibilidade de atribuir culpa	43

3.5.2 Estado civil	44
3.5.3 Reconciliação não forçada	45
3.5.4 Sucessão	46
3.5.5 Cláusula de dureza.....	47
CONSIDERAÇÕES FINAIS	49
REFERÊNCIAS.....	51

INTRODUÇÃO

O direito que trata sobre as questões familiares é considerado como o ramo do direito que mais está ligado ao cotidiano das pessoas. Os indivíduos convivem em uma estrutura familiar mantendo vínculos durante grande parte da vida, inclusive nos casos em que são constituídas novas famílias.

O desenvolvimento dos costumes e, sobretudo, a revolução feminista, causaram impactos essenciais para a transformação da “atual” estrutura familiar, garantindo novas referências e as mais variadas formas de famílias que passam a vislumbrar.

Daí que o afeto, principal elemento da estrutura familiar, demonstra-se como o responsável pela união dos integrantes da família e também motivador das mudanças ocorridas no Direito de Famílias. Motivo pelo qual afasta a ideia de que a família é oriunda apenas do casamento. Passando a admitir suas diversas formas que por muito tempo foram desprezadas no Direito, devido aos costumes e preconceitos criados pela sociedade.

Contudo, as mudanças sociais não foram suficientes, porque a legislação brasileira, inclusive a própria Constituição Federal, criava obstáculos para resolver os conflitos decorrentes da falta de afeto.

A dissolução do casamento por muito tempo foi causa de dificultosa concessão, pois o Estado agia com a intenção de impedir que o vínculo conjugal fosse desfeito alegando que a família constitui a “base da sociedade”.

Razão pela qual eram exigidos requisitos mínimos – como prazos, por exemplo – e ainda corriam o risco de não terem o divórcio ou separação judicial concedidos nos casos em que o juiz interpretasse como resultados danosos para os filhos ou o outro cônjuge.

Entender que a separação judicial na maioria dos casos não atingia seu objetivo demorou a acontecer. Sendo apresentado por muitos como um instituto inútil, onde na maioria dos casos não alcançava seu objetivo, que era de facilitar uma possível reconciliação do casal.

Além de dispensável, a separação judicial ocasionava uma dualidade de procedimentos (separação judicial e, posteriormente, divórcio), custas maiores e um

constrangimento maçante decorrente de uma situação dolorosa como a da dissolução conjugal.

O avanço normativo foi discreto, mas a Emenda Constitucional nº 66 de 13 de julho de 2010 consagrou o desejo da grande parte dos estudiosos do Direito de Famílias. Pois tal emenda cessou a separação judicial e facilitou o divórcio, que a partir de então não precisaria mais preencher nenhum requisito específico, senão a vontade das partes em não permanecerem casados.

A EC (Emenda Constitucional) 66 de 2010 não foi apenas uma mudança nos procedimentos, mas também o resultado de uma batalha pela concretização dos princípios da liberdade, da dignidade da pessoa humana, e da interferência mínima do Estado nas relações familiares. Preservando a vida privada dos indivíduos, visto que as razões que levam os casais a se separarem não devem estar ligadas ao conhecimento coletivo ou Estatal, pois não constitui interesse público. Cabendo apenas àqueles que compõem a relação.

Este trabalho tem como objetivo a realização de uma breve análise das mudanças decorrentes da promulgação da Emenda Constitucional nº 66 de 2010, abordando sobre temas relevantes da evolução do conceito de família e o contexto histórico da dissolução conjugal na legislação brasileira. Envolve ainda uma abordagem sobre o momento da promulgação da EC 66/2010, o projeto que lhe deu origem e seus principais efeitos. Por fim será tratado os aspectos do direito intertemporal e no que a Emenda Constitucional tratada implicou no Novo Código de Processo Civil, levantando questionamentos quanto as melhores soluções que se adequam aos casos analisados.

1 BREVE RELATO HISTÓRICO ACERCA DO DIVÓRCIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O contexto histórico do Divórcio é compreendido a partir dos povos primitivos, estes que, segundo Carlos Roberto Gonçalves (2013), admitiam a possibilidade do término conjugal, exceto quando houvesse exceções.

Gonçalves (2013) retrata o assunto, da seguinte forma:

Em Roma, nos primeiros tempos, não se praticava o divórcio. No império, à medida que a opulência romana foi suscitando a dissolução dos costumes, o divórcio generalizou-se e atingiu todas as classes. No início, somente o marido tinha a faculdade de repudiar a mulher. Depois, admitiu-se que o divórcio tivesse lugar pelo mútuo consenso, ou pela vontade de um só dos cônjuges. (GONÇALVES, 2013, p. 265).

Importa mencionar que o citado “repúdio a mulher”, não era a única causa para o fim do vínculo conjugal entre os povos da antiguidade, nesse contexto se enquadrava a morte de um dos companheiros, a perda da capacidade e o fim da *affectio maritalis*, ou seja, da falta de desejo em continuar casado. Nesta mesma conjuntura Sílvio de Salvo Venosa (2013) explica que:

Os povos da Antiguidade, babilônios, egípcios, hebreus admitiam o divórcio com maior ou menor extensão. No Direito Romano, o casamento dissolvia-se pela morte de um dos cônjuges, pela perda da capacidade e pela perda da *affectio maritalis*. Desse modo, a perda da afeição matrimonial era, mais do que um conceito de separação, uma consequência do casamento romano. Desaparecendo a *affectio*, desaparecia um dos elementos do casamento. Belluscio (1987, v. 1:356) aponta que, embora de início o divórcio fosse raro na prática, na época clássica, no contato com a civilização grega, houve modificação dos costumes primitivos e enfraquecimento da organização e estabilidade familiar. Por outro lado, o desaparecimento do casamento cum manu também contribuiu para facilitar o divórcio. (VENOSA, 2013, p.147).

Contudo, no Brasil o Direito de Família é entendido por muitos como o ramo do Direito Privado que mais se assemelha ao Direito Público, porque o interesse do sujeito está em segundo plano, o que não acontece nos demais ramos daquele.

A família durante um longo período de tempo foi considerada como o elemento mais essencial do Estado, e ainda hoje há na legislação pátria o entendimento de que se institui como base para este, porém, outrora se evidenciava

claramente que o interesse era meramente público e ficavam sobrepostos aos propósitos da individualidade dos componentes das famílias.

No entanto, especialmente após a CF/88 (Constituição Federal de 1988), a individualidade do homem passou a ganhar uma posição mais privilegiada no ordenamento jurídico brasileiro e suas vontades, pensamentos e desejos começaram a ser respeitados. Conforme expressa determinação constitucional:

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

§7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre definição do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte das instituições oficiais e privadas. (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

E ainda:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

Em decorrência desse respeito à individualização do ser humano, passa a caber somente a ele o poder de decidir o momento mais adequado e a necessidade de causa para tomar suas decisões, estas que o Estado insiste em intervir, como o caso da separação e do divórcio. Situações em que, para que fossem concedidas, seria indispensável o preenchimento de vários requisitos, sem embasamento lógico e desacatando a vontade do sujeito, ficando este submisso ao poder do Estado.

Em tempos remotos, a família era tida apenas como uma fonte econômica, constituída por pessoas interligadas pelo casamento ou laços de sangue, de maneira a auxiliar nos interesses financeiros e patrimoniais. Atualmente, a visão de família é outra, dando-se ênfase aos vínculos afetivos construídos das mais diversas formas. Conforme a explanação de Flávio Tartuce (2014):

Os valores hoje dominantes não reputam importante para a manutenção da sociedade conjugal esse dever, que faz do casamento não uma comunhão de afetos e interesses maiores de companheirismo e colaboração, mas um instrumento de repressão sexual e de represália de um contra o outro, quando o relacionamento chega ao fim. (TARTUCE, 2014, p. 120).

O modelo patriarcal de família, fundado sobre uma suposta superioridade do homem sobre a mulher, começa a dar impulso aos avanços das reivindicações femininas, pleiteando não se sujeitarem mais ao autoritarismo dos maridos e pais. Daí então surge os movimentos feministas que lutavam pela igualdade de direitos e uma nova organização familiar.

Acontece que a família realmente mudou e os papéis do homem e da mulher ficaram equiparados, esta tornou-se independente e os costumes mudaram. Alguns acreditam que o “novo” formato de entidade familiar consiste num fracasso e desfavorece os valores anteriormente construídos e radicados no ideal das pessoas, afastando o conceito de base fundamental da formação da sociedade.

Para muitos surge a indagação quanto aos valores da base da sociedade, pois inicia-se um ciclo de grande mudança nas famílias, eis que surgem as monoparentais (aquelas onde mães criam os filhos sem a presença dos pais), os casais que fogem da regra de ter filhos, os filhos que não possuem pais, as famílias refeitas, casais com filhos de outros casamentos, casais homossexuais, inseminação artificial, enfim, para os desabituaados a mudança realmente gera um grande questionamento quando ao valor social ocasionado pelas variadas mudanças.

A transformação da estrutura familiar originou, conseqüentemente, a possibilidade de desfazer o casamento, conforme será tratado adiante, difundindo o entendimento de que a união conjugal deve ser sustentada por amor, respeito, e companheirismo, afastando o interesse econômico que antes era tido pelo Estado sobre o vínculo matrimonial.

Através desta linha de raciocínio foi possível admitir, ainda que sem o apoio da igreja, a separação judicial e o divórcio. Tal possibilidade remete a um conceito de respeito com a liberdade do indivíduo sobre o casamento, envaidecendo-o como pessoa humana.

1.1 IDEIAS INTRODUTÓRIAS DE CASAMENTO E DISSOLUÇÃO DO VÍNCULO CONJUGAL

Há muitas definições de casamento. No aspecto cristão, o casamento tem um valor moral muito relevante, sendo um sacramento do catolicismo, onde o casal sela uma união sob as bênçãos de Deus, fazendo do casamento uma única entidade física e espiritual, de maneira indissolúvel, remetendo à frase “O que Deus uniu, o homem não separa”.

Em uma visão mais teórica, tendo como base os dispositivos pertinentes ao que trata o Código Civil, principalmente em seus artigos 1.511 e seguintes, conceitua-se o casamento como a comunhão de vidas entre homem e mulher, tendo por alicerce “a igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges”, que manifestam perante a autoridade estatal, através do magistrado, a pretensão de estabelecer o vínculo matrimonial. Já a dissolução do vínculo conjugal ocorre com a morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, conforme prévia disposição dos artigos 1.571 e seguintes, do Código Civil.

Quanto a extinção do vínculo conjugal, houve muita resistência na sua permissão e quando passou a ser admissível o Estado atuou de forma consistente, impondo requisitos para serem cumpridos, sob pena de não ser possível a efetivação do divórcio.

1.2 A INDISSOLUBILIDADE DO CASAMENTO

A união conjugal sofreu e ainda sofre influência religiosa, sendo a Igreja Católica sempre lembrada principalmente por sua postura diante do casamento e do divórcio. A priori, devido a forte influência da Igreja no mundo, inclusive no Brasil, existia uma intensa resistência jurídica quanto a admissão e extinção do vínculo conjugal, sendo aceitos apenas nos casos de morte de um dos cônjuges ou pela constatação da nulidade do matrimônio.

Sobre as extinções do casamento anteriormente relatadas, Paulo Lôbo (2011) assevera que:

[...] meio voluntário de dissolução do casamento. O meio não voluntário é a morte de um ou de ambos os cônjuges. O divórcio tem fundamento constitucional que o assegura, facultando duas modalidades, cada uma a partir de uma causa objetiva:

- a) o divórcio direto, para o qual a causa é a separação de fato dos cônjuges há mais de dois anos;
- b) o divórcio por conversão, cuja causa é exclusivamente o transcurso do prazo de um ano do trânsito em julgado da sentença da separação judicial ou da decisão judicial de separação de corpos. (LOBO, 2011, p, 128).

Contudo, também havia interesse do Estado em manter o casamento indissolúvel, como modo de preservar a “sagrada instituição familiar”, entendida como a base de uma sociedade valorizada pela moral e bons costumes.

A Bíblia Sagrada e o Direito Canônico não pressupõem a existência do divórcio e a conseqüente extinção do vínculo matrimonial. Por ser considerado “divino”, instituído por Deus, a união conjugal é sagrada, não podendo ser desfeito pelo homem.

O Direito Canônico normatizou as relações conjugais até a Proclamação da República. O advento da Constituição Republicana de 1891 passou a expressar o afastamento do compilado de leis do Direito de Família e, portanto, no que condiz com o vínculo matrimonial.

Carlos Roberto Gonçalves (2013), no tocante a esse posicionamento, rechaça afirmando que:

O Decreto n. 181, de 1890, que institui o casamento civil no Brasil, previa o divórcio *athoro et mensa*, que acarretava somente a separação de corpos, mas não rompia o vínculo matrimonial. O divórcio vincular ou “a vínculo”, que dissolve o vínculo e permite novo casamento, somente passou a ser aplicado no Brasil com a regulamentação da emenda constitucional pela Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977. (GONÇALVES, 2013, p. 265).

O artigo 72, parágrafo 4º da Constituição Republicana de 1891, redigiu a seguinte redação:

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

§4º A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita. (Brasil, Constituição Republicana, 1891).

A partir dessa expressa previsão constitucional, para que fossem produzidos efeitos jurídicos, o casamento deveria ser o civil, não mais o religioso, como acontecia conforme o Código Canônico.

Contudo, é válido frisar que o advento cristão que tratava sobre a indissolubilidade do vínculo matrimonial existiu até a penúltima Constituição Federal:

a) Constituição Federal de 1934:

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

Parágrafo único - A lei civil determinará os casos de desquite e de anulação de casamento, havendo sempre recurso ex officio, com efeito suspensivo. (BRASIL, Constituição Federal, 1934).

Com a promulgação dessa Constituição, passou-se a ter a indissolubilidade total do matrimônio no seu artigo 144. Situação advinda de um receio por parte do legislador que acreditava que divórcio seria introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pelos caminhos ordinários.

b) Constituição Federal de 1937:

Art. 124 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos. (BRASIL, Constituição Federal, 1937).

c) Constituição Federal de 1946:

Art. 163 - A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado. (BRASIL, Constituição Federal, 1946).

d) Constituição Federal de 1967:

Art. 167 - A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.

§ 1º - O casamento é indissolúvel. (BRASIL, Constituição Federal, 1967).

No Código Civil de 1916, o qual, na concepção de Dimas Messias de Carvalho (2014), praticamente repetiu as disposições do decreto republicano em relação ao casamento, salvo no que trata sobre a expressão desquite, que passou a ser empregada no lugar do vocábulo divórcio, que, naquela época, já existia em outros países para as causas de término do casamento.

O Código Civil de 1916, adotava apenas o fim da sociedade matrimonial, igualmente a maneira que o Código Canônico tratava, porém não dava encerramento ao vínculo, continuando este dependente da morte de um dos cônjuges ou nulidade, conforme previa o artigo 315:

Art. 315. A sociedade conjugal termina:

Parágrafo único. O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges, não se lhe aplicando a presunção estabelecida neste Código, art. 10. (BRASIL, Código Civil, 1916).

O desquite possuía possibilidade de ser realizado, mas era cabível apenas nas situações em que ocorresse adultério, atentado contra a vida, barbaridade, ou injúria grave, além do abandono voluntário do lar, durante, pelo menos, dois anos. Contudo, o mesmo permitia só a extinção da sociedade conjugal, não o vínculo, e isso impedia a contração de novas núpcias.

Tal situação influenciou na procura de outros companheiros, originando o nascimento das famílias “ilegais”, pois o Estado não podia reconhecê-las, gerando preconceitos e rejeições por intermédio da sociedade.

Mesmo com o desquite, a concessão era bastante dificultosa, porque mesmo havendo entendimento entre os cônjuges dependia de decisão judicial, sujeita a recursos, isto porque a sentença necessitava ser corrigida pelo Tribunal de Justiça. Vale ressaltar que tal recurso tinha efeito suspensivo, garantindo que o desquite fosse deferido só quando houvesse o trânsito em julgado do acórdão.

Contudo, ainda com as famílias fora do casamento, produto da impossibilidade do divórcio para a concessão de novos relacionamentos, o Poder Judiciário passou a ser incitado repetidamente para adotar as novas relações que estavam sendo constituídas.

Desde então passa a surgir um movimento objetivando eliminar a indissolubilidade do casamento. Logrando êxito e passando a ser reconhecido a

partir da EC (Emenda Constitucional) nº 09/77, possuindo a regulamentação do divórcio.

1.3 CONCESSÃO DO DIVÓRCIO COM PRÉVIA SEPARAÇÃO JUDICIAL

A EC nº 9 de 1977, foi aprovada após muitas controvérsias e discórdias espalhadas, além de uma batalha de vinte e sete anos. Nesta época o Brasil estava em um governo de militares e o presidente Ernesto Geisel contribuiu para a implantação do divórcio. O mesmo não era católico, fato que talvez pudesse esclarecer o fato de não admitir o entendimento da Igreja Católica.

Sobre esse momento, Dimas Messias de Carvalho assevera que:

A indissolubilidade do casamento prevista na constituição de 1934 e nas que se seguiram não desanimaram os divorcistas, antes minoria, capitaneados pelo Senador Nelson Carneiro. [...] A aprovação da EC nº 09/1977 exigiu muitas negociações e concessões. Para possibilitar sua aprovação foram impostas muitas dificuldades para decretação do divórcio, incluindo prazos excessivos e o famigerado sistema dualista de prévia separação judicial para posterior divórcio, impondo sofrimentos e desgastes desnecessários para as partes, em razão da longa espera e comparecimento duas vezes ao judiciário. (CARVALHO, 2014. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=675>>).

A CF daquela época passou a permitir o divórcio nos seguintes termos:

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

§ 1º - O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos. (BRASIL, Constituição Federal, 1967).

O texto constitucional tratado passou a ser regulamentado pela Lei 6.515 de 1977, dando início a famosa “Lei do Divórcio”. Contudo, para que fosse consagrada, fizeram-se necessários alguns requisitos, estes que dificultavam a possibilidade de divórcio. Dentre os critérios estavam: a possibilidade de se divorciar apenas uma vez, tendo como necessário o período de cinco anos da separação para a modalidade direta do divórcio e três anos para a indireta.

Daí então surge a necessidade de não contrariar os que defendiam o catolicismo, porque estes não teriam a possibilidade de se divorciar, devido a pena

de confrontar os dogmas da Igreja. Não se pode deixar de relatar a forte influência que a Igreja Católica ainda desempenhava, considerando, a existência de organismos que dificultavam o divórcio.

Ainda que fossem “pecados”, as disposições acima citadas, a Lei 6.515 de 1977 representou um grande avanço para a construção de uma sociedade livre e compreensiva, que não podia mais ter que conviver com uma omissão legislativa de uma situação incompatível para problemas conjugais tão dolorosos.

O tempo exigido pela norma servia como uma forma de permitir uma possível reconciliação entre o casal, anteriormente ao término do vínculo matrimonial.

Aqueles contrários ao divórcio declaravam que estariam legalizando e contribuindo para o fim da família, a vulgarização do casamento e o desrespeito à Igreja. Ocorre que o moralismo era tão grande que preferiam assegurar uma relação arruinada, cheia de hipocrisia.

Na mesma época passa a ser permitido o divórcio direto, aquele que não precisava de prévia separação judicial, contudo deveria ser comprovada a separação do casal por pelo menos cinco anos completos, conforme disposição do artigo 40 da Lei do Divórcio da época:

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

Esta disposição surge sem muita expressividade, pois o instituto, mesmo que expressamente previsto na legislação, ainda não estava ligado à cultura da sociedade brasileira, além disso os requisitos exigidos pelo texto legal do dispositivo tratado não eram simples. De modo que a dificuldade para a concessão do divórcio não deixa de existir.

Somente na CF/88 o divórcio começa a ser facilitado, passando a prever em seu contexto, a possibilidade do divórcio direto, conforme será tratado no tópico a seguir.

É importante mencionar que um dos grandes precursores para a evolução do divórcio no Brasil foi o Senador Nelson Carneiro, pois em 1977, a discussão sobre o instituto do divórcio no país dividiu a opinião da população, em face a força da Igreja Católica, interesses políticos e especulações morais.

Em 27 de dezembro de 1977, a lei aprovada no Congresso Nacional consagrou o Senador Nelson Carneiro, este que tinha tomado o divórcio como sua marca política em 1951.

Até então, havia o instituto do desquite, que dissolvia a sociedade conjugal e separava os cônjuges e seus bens, mas não rompia os vínculos matrimoniais, impossibilitando os envolvidos de constituir uma nova união.

Na verdade, não era apenas o vínculo legal ficava mantido, pois a tese da não possibilidade do fim do vínculo matrimonial era defendida pela Conferência Nacional de Bispos do Brasil.

Quando a votação do divórcio foi feita, os políticos se encontravam divididos em relação a população. Os congressistas dos lugares onde ocorriam os maiores índices de desquites votaram a favor divórcio. Por outro lado, os políticos mais conservadores eram contra.

Nelson Carneiro era baiano e mudou-se para o Rio de Janeiro objetivando concorrer às eleições e acreditando que um eleitorado mais liberal compreendesse melhor seus posicionamentos. Então foi eleito como Deputado Federal três vezes e Senador por mais três.

Com 48 anos de mandatos o ex-congressista marcou sua trajetória política, pela luta em favor das causas da família, sobretudo no tocante aos direitos da mulher. Mas, definitivamente, seu maior marco foi na luta pela instituição do divórcio no Brasil, que veio a se tornar lei em 1977, depois 26 anos de tramitação no Congresso.

1.4 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O DIVÓRCIO

As alterações na maneira de enxergar o instituto da família e seus progressos foram extremamente relevantes para que a CF de 1988 viesse a institucionalizar o divórcio direto.

Para que fosse concedido, o prazo foi diminuído para dois anos a partir da separação de fato, assim como demonstra a antiga redação do parágrafo 6º, do art. 226 da Constituição Federal de 1988:

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

§ 6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos. (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

Acontece que a Carta Magna trouxe mudanças significativas no contexto do Direito de Família, passando a ser mais considerado. Com sua promulgação, as diversas entidades familiares passaram a ser reconhecidas, conforme preceitua o artigo 226, § 4º, da CF, ainda que não contemplasse o modelo convencional, como, por exemplo, as famílias monoparentais, consolidadas por apenas um dos genitores e seus filhos. A partir disso os laços de afetivos começaram a ganhar mais respeito no aspecto familiar. Bem como explica os ilustres Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares (2012).

Nessa definição, apropriada à época de sua formulação, não era referidas as outras espécies de família: a união estável e a comunidade formada pelo pai ou mãe e seus descendentes, que atualmente são reconhecidas pelas Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 226, §§ 3º e 4º. (MONTEIRO; SILVA, 2012, p. 16-17).

A previsão constitucional que permite a separação e o divórcio foi um avanço considerável porque até então a única norma que concedia o divórcio era Lei 6.515/77 em seu art. 40.

A CF/88 trouxe em seu contexto novos institutos, os quais ergueram a República Federativa do Brasil, e um dos mais importante é o princípio da dignidade da pessoa humana.

Portanto, o indivíduo passa a ser o foco principal do ordenamento jurídico, fazendo com que toda a legislação se adeque a este princípio, inclusive no que se refere ao Direito de Família.

Sabe-se que um dos grandes problemas admitir a concessão do divórcio era o patrimônio e sua divisão. Uma demanda com esse contexto reflete nos bens dos cônjuges e uma separação ou divórcio levaria, sem sobra de dúvidas, a prejuízos financeiros.

Contudo, após a promulgação da CF/88, o indivíduo passou a ser mais valioso que seu próprio patrimônio, retirando esse obstáculo do processo separatório

e deixando-a de ser critério para a concessão do divórcio, além de perder sua relevância no ordenamento jurídico, visto que não configurava elemento obrigatório para dissolver a sociedade e o vínculo conjugal.

Percebe-se ainda que o legislador constitucional começa a ver com mais clareza o princípio ora aludido, bem como aprecia a liberdade de escolha, diminuindo a interferência do Estado nas relações mais particulares, permitindo ao interessado a liberdade para decidir sobre seu vínculo matrimonial. O que não significa que estaria completamente afastada a interferência estatal neste sentido.

A figura da separação continuou a existir, por nítida influência da religião no ordenamento pátrio e nas relações privadas, ainda que a Constituição Federal determine o Estado como sendo laico.

Tal separação ocasionava uma situação curiosa, pois o indivíduo não era casado, mas continuava preso ao vínculo conjugal, o qual não estaria dissolvido, mesmo com a sentença que determinasse a separação judicial. Por isso o “separado” sequer poderia contrair novas núpcias, porque para isso era necessária a existência do divórcio.

Ou seja, a separação era que um obstáculo previsto em lei para que em um momento futuro o casal pudesse constituir nova demanda judicial, o que causava constrangimento desnecessário, devido as mágoas e rancores de uma relação fracassada.

Só depois de um ano de casamento que poderia ser conferida a separação judicial, ainda que houvesse consenso entre as partes. E ainda era necessário a comprovação da culpa, pois só o “inocente” poderia apresentar a demanda.

1.5 DIVÓRCIO POTESTATIVO

Uma evolução significativa foi conferida com a possibilidade de concessão do divórcio através da via administrativa, nas situações em que haja consenso entre as partes e que não possua filhos menores ou incapazes. Devendo ser observados os prazos estabelecidos na lei. Essa possibilidade evitaria uma sobrecarga processual no Poder Judiciário, visto que, existindo consenso, não seria necessária a

intervenção do Estado. Essa facilitação afastaria maiores discussões, bem como todos os transtornos que enseja uma demanda judicial, facilitando a vida e os interesses dos cônjuges.

Outro grande avanço se deu com a EC 66/2010, também conhecida como a PEC do Amor. Consistindo no afastamento da separação judicial do texto constitucional.

A Emenda Constitucional 66 de 2010 extinguiu ainda os prazos que deveriam ser cumpridos para que o divórcio fosse concedido, passando a ser feito de forma direta, independentemente de ser consensual ou litigioso.

Portanto, o parágrafo 6º do artigo 226 da Constituição Federal passou a ter o seguinte texto: “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] §6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.” (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

Percebe-se que a Emenda Constitucional não alterou o entendimento de sociedade conjugal, apenas modificou a forma de extinção, onde a sociedade conjugal e o vínculo permanecem com o casamento, todavia, se antes era possível dissolver a sociedade conjugal e permanecer o vínculo por meio da separação, ambos se extinguem simultaneamente através do divórcio.

Dessa forma, a partir da evolução social foi possível a admissão da Emenda Constitucional nº 66 de 2010. Confirmando que não cabe ao Estado interferir diretamente na vida privada dos indivíduos, sendo incabível a determinação de prazos e barreiras para que duas pessoas deixem de ter uma vida juntas. Isso caracteriza o divórcio como um direito potestativo, onde apenas as pessoas envolvidas na relação traçam o rumo de suas vidas.

2 DISSOLUÇÃO DO VÍNCULO CONJUGAL NO ATUAL ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A EC 66/2010, gerou uma revolução no direito de família ao atender à exigência quanto ao afastamento da prévia separação judicial e de prazos para a concessão do divórcio.

A mencionada Emenda Constitucional deu nova redação ao parágrafo 6º, do artigo 226 da CF/88, conforme quadro abaixo:

ANTES DA EC Nº 66/2010	DEPOIS DA EC Nº 66/2010
§ 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.	§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

Essa nova redação demonstra que a alteração ocorrida em sede constitucional serve para garantir a obtenção direta e imediata do divórcio, sem a que haja exigência de prazos e de separação prévia. Por outro lado, percebe-se que é conferido aos cônjuges o direito de escolher a melhor forma para prosseguir com a dissolução do matrimônio.

2.1 TEORIAS SOBRE A DISSOLUÇÃO DO VÍNCULO MATRIMONIAL

O fato da separação judicial não possuir uma previsão constitucional não implica dizer que esta não faz parte do ordenamento jurídico pátrio, bem como a grande maioria defende.

No tocante ao procedimento para a dissolução do vínculo matrimonial, três importantes doutrinas tratam a matéria de formas diferentes, sendo elas:

2.1.1 Abolicionista

Defende o fim da separação judicial, acreditando que a mesma é dispensável, seja pela eficácia da Emenda do Divórcio que é imediata, ou pela supremacia da Constituição Federal.

Carlos Roberto Gonçalves (2013) trata a matéria defendendo esse sistema da seguinte maneira:

A realidade é que a Constituição Federal eliminou de seu bojo a única referência que fazia a separação judicial. Não se limitou a suprimir os prazos, senão também o requisito obrigatório ou voluntário da prévia separação judicial ao divórcio por conversão. Ante tal constatação, é de perguntar: qual seria o objetivo de manter em vigor o instituto da separação judicial, se ela não pode mais ser convertida em divórcio? E mais: para que serve a separação judicial com imputação de culpa ao cônjuge (adultério, por exemplo) se este pode, em contrapartida, ajuizar, tornando prejudicada aquela demanda, ação de divórcio, que só poderá ser negada pelo Judiciário se o requerente não for casado, uma vez que não subsiste mais nenhum requisito objetivo ou subjetivo para a sua concessão, a não ser o mencionado estado civil? (GONÇALVES, 2013, p. 207).

No tocante a supremacia da Constituição Federal, parte da doutrina entende que a existência da separação judicial inverteria a ordem das coisas e o Código Civil passaria a ficar acima da Constituição, o que não faria sentido algum.

CIVIL. DIVÓRCIO LITIGIOSO. EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. ARTIGO 267, INCISO VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL. EC 66/2010. SUPRESSÃO DO INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL. APLICAÇÃO IMEDIATA AOS PROCESSOS EM CURSO. A aprovação da PEC 28 de 2009, que alterou a redação do artigo 226 da Constituição Federal, resultou em grande transformação no âmbito do direito de família ao extirpar do mundo jurídico a figura da separação judicial. A nova ordem constitucional introduzida pela EC 66/2010, além de suprimir o instituto da separação judicial, também eliminou a necessidade de se aguardar o decurso de prazo como requisito para a propositura de ação de divórcio. Tratando-se de norma constitucional de eficácia plena, as alterações introduzidas pela EC 66/2010 tem aplicação imediata, refletindo sobre os feitos de separação em curso. Apelo conhecido e provido. (BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal).

O tema que trata sobre a permanência da separação judicial no ordenamento jurídico brasileiro é bastante controverso, mas não há como negar que entendimentos doutrinários defendem sua extinção, bem como também existem

decisões judiciais no mesmo sentido. Como o acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal relatado anteriormente.

2.1.2 Racionalista

Ao contrário do que foi tratado anteriormente, este sistema consiste em defender o instituto da separação judicial. Os que defendem esta corrente doutrinária acreditam que a Emenda Constitucional 66 de 2010 possui natureza declaratória de eficácia mediata. Aludindo que a reforma constitucional garantiu somente a desconstitucionalização da separação judicial, mas que confere ampla liberdade para que o legislador ordinário discipline sobre a matéria.

Já que o Código Civil e a Lei do Divórcio tratam sobre a matéria, entende-se que permanecem intactas as normas que regulam a separação judicial, inclusive no que concerne aos prazos. Devendo permanecer até que uma outra norma expressamente as revoguem.

SEPARAÇÃO JUDICIAL. VIABILIDADE DO PEDIDO. NÃO OBRIGATORIEDADE DO DIVÓRCIO PARA EXTINGUIR A SOCIEDADE CONJUGAL. 1. A Emenda Constitucional nº 66 limitou-se a admitir a possibilidade de concessão de divórcio direto para dissolver o casamento, afastando a exigência, no plano constitucional, da prévia separação judicial e do requisito temporal de separação fática. 2. Essa disposição constitucional evidentemente não retirou do ordenamento jurídico a legislação infraconstitucional que continua regulando tanto a dissolução do casamento como da sociedade conjugal e estabelecendo limites e condições, permanecendo em vigor todas as disposições legais que regulamentam a separação judicial, como sendo a única modalidade legal de extinção da sociedade conjugal, que não afeta o vínculo matrimonial. 3. Somente com a modificação da legislação infraconstitucional é que a exigência relativa aos prazos legais poderá ser afastada. Recurso provido. (BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul).

Existem também decisões judiciais com fulcro no sistema racionalista, conforme ementa do acórdão proferido pelo TJRS, do Desembargador Sérgio Fernandes de Vasconcellos Chaves, conforme tratado acima.

2.1.3 Eclética

Possui entendimento oposto ao de que a separação foi extinta. Denominada como mista ou eclética. Nesta corrente defende-se que a EC 66/2010 pôs fim aos prazos, mas não ao instituto da separação judicial, o que leva a um dualismo jurídico facultativo. Ou seja, esta corrente doutrinária entende que a Emenda Constitucional 66 de 2010 acabou com os requisitos do divórcio, que agora é concedido de forma direta e imediata. Contudo, defendem que a separação judicial ainda existe, e que pode-se optar por ela, alegando que os cônjuges desejam romper apenas a sociedade conjugal, e ainda prevendo a possibilidade de reconciliação.

Essa corrente doutrinária também possui jurisprudências, como, por exemplo, a do acórdão relatado pelo Desembargador Maurício Barros, do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, a seguir transcrito:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E CIVIL - AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA - AGRAVO RETIDO - SEPARAÇÃO BASEADA NA CULPA – POSSIBILIDADE [...] com todo respeito, com todas as vênias, entendo que, realmente, a separação judicial não desapareceu do ordenamento jurídico brasileiro. A Emenda Constitucional é silente a respeito e há autores de renome que defendem a posição de que a separação judicial não é incompatível com o divórcio. Isso é muito simples, a meu ver e, também entendimento do Desembargador Antônio Sérulo. O que a Constituição fez foi, simplesmente, simplificar o caminho para o divórcio. Antigamente, exigia-se uma separação prévia, hoje, não é mais necessário. Também entendo que pode ser perfeitamente do interesse do casal, ao invés de se divorciar, se separar, deixando aberta a porta para o reatamento da sociedade conjugal, sem a formalidade de um novo casamento. (BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais).

Portanto, a doutrina é bastante polêmica e controvertida no tocante ao tema do divórcio e da separação judicial, tendo em vista que não existe um posicionamento doutrinário e jurisprudencial unânime. Muito pelo contrário, fica claro que alguns doutrinadores defendem a extinção da separação judicial, enquanto outros afirmam que permanece em vigor, por fim, ainda há aqueles que defendem que a separação judicial permanece, porém, com algumas peculiaridades.

Apesar do entendimento de que a separação judicial continua vigorando no ordenamento jurídico brasileiro, acredita-se que a mesma passou por várias transformações.

Com a retirada da separação judicial da Constituição Federal, suas disposições ficaram dependentes do legislador ordinário, passando a ser regulamentada apenas no CC/02 e na Lei do Divórcio, e enquanto não for editada uma norma que a revogue expressamente. Caso contrário a separação judicial continuará sendo válida e utilizada.

2.2 APLICABILIDADE IMEDIATA DA EMENDA DO DIVÓRCIO

O parágrafo 1º, do art. 5º da Constituição Federal de 1988 estabelece que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, não sendo preciso, portanto, que haja regulamentação para que os seus efeitos sejam produzidos.

Entende-se então, que a nova norma do parágrafo 6º, do art. 226 da Constituição Federal possui eficácia imediata, pois consiste em um direito fundamental, que possui relação com vários princípios constitucionais.

Contudo, a doutrina não é pacífica quanto esta questão, visto que há quem entenda os efeitos da EC 66/2010 somente após sua regulamentação pelo poder legislativo.

Walber de Moura Agra (2008), assevera que:

Na elaboração da conceituação de fundamentalidade material devem ser levados em consideração os valores predominantes na sociedade, que variam de acordo com os contextos sociais, influenciando diretamente os dispositivos constitucionais. Igualmente importante é a definição da substância e relevância do mandamento constitucional, determinando o conteúdo da fundamentalidade material. (AGRA, 2008, p. 39).

Não há como discutir a relevância do tema em trato, pois sempre foi algo muito frequente na sociedade. Bem como a EC nº 09/77, a Constituição Federal de 1988 e a EC nº 66/2010 regulamentam o mencionado instituto, demonstrando que o legislador vem elevando a matéria às mais importantes no contexto social, e isso dá cabimento a fundamentalidade material do divórcio.

Este conceito é tratado por Ingo Wolfgang Sarlet (2010), onde:

[...] há como sustentar, a exemplo do que tem ocorrido na doutrina, a aplicabilidade imediata (por força do art. 5º, § 1º, de nossa Lei Fundamental) de todos os direitos fundamentais constantes do Catálogo (arts. 5º a 17), bem como dos localizados em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais. Aliás, a extensão do regime material da aplicabilidade imediata aos direitos fora do Catálogo não encontra qualquer óbice no texto constitucional, harmonizando, para além disso, com a concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais consagrada, entre nós, no art. 5º, § 2º, da CF, que já foi objeto de detida análise. Ademais, a ausência de vedação expressa e a *ratio* da norma que dá amparo ao reconhecimento de direitos fora do Catálogo dão ensejo a que se recepcione, neste particular, o ponto de vista sustentado pela ampla maioria da doutrina lusitana, que justamente advoga o entendimento de que (além dos direitos sociais, econômicos e culturais, por expressamente excluídos do regime), todos os direitos, liberdades e garantias de natureza análoga, ainda que localizados fora do texto da Constituição, constituem normas diretamente aplicáveis. (SARLET, 2010, p. 115).

Portanto, não se pode deixar de reconhecer a aplicabilidade imediata da EC 66/2010. E ainda se o entendimento fosse de que esta Emenda não fosse autoaplicável, seria imediatamente aplicada, pois ela possui regulamentação desde sua origem.

2.3 A TEMÁTICA DE ACORDO COM O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Entre as novidades da Lei nº 13.105 de 2015 aparece o instituto da separação judicial, sendo tratada nos dispositivos do novo Código de Processo Civil, respectivamente nos artigos 23, inciso III; artigo 53, inciso I; artigo 189, inciso II e § 2º; artigo 693; artigo 731; artigo 732 e artigo 733.

Ocorre que, pelo fato de possuir previsão legal nos artigos do Código Civil de 2002, mesmo sendo tida por muitos como “expulsa” do ordenamento jurídico brasileiro em 2010 quando da EC 66 entrou em vigor trazendo em seu texto a supressão do requisito da prévia separação judicial.

Ainda assim, a corrente doutrinária oposta a esse tipo de separação se manifestou e aumentou ainda mais a controvérsia da temática após a publicação da Lei nº 13.105 de 2015, pois tal dispositivo menciona o instituto da separação judicial várias vezes em seu texto, conforme mencionado acima.

Devido a essas menções no Código de Processo Civil de 2015, Lenio Streck (2014) defendeu que é inconstitucional ripristinar a separação judicial, garantindo

que o Estado estaria se intrometendo na vontade do indivíduo de não permanecer casado e, ainda, estimulando a reconciliação forçada.

Conforme já relatado neste trabalho, percebe-se que esse tipo de envolvimento do Estado fere claramente a evolução social. O mesmo autor defende ainda que por ser tão objetiva a redação dada pela Emenda Constitucional nº 66 de 2010 ao parágrafo 6º da Constituição Federal, a separação estaria fora do ordenamento jurídico brasileiro, sendo um grande equívoco a previsão no novo CPC, visto que, de acordo com suas palavras: “sem chance de o novo CPC repriminizar a separação judicial (nem por escritura pública, como consta no Projeto do CPC). É inconstitucional.”

Portanto, importa frisar a análise do ilustre autor Daniel Amorim Assumpção Neves (2015, p. 381), que entende a previsão da separação judicial contida no Novo Código de Processo Civil como não repriminadora e ainda confirma que tal instituto nunca deixou de existir no sistema jurídico pátrio, o que surge com bons olhos para seu posto de vista.

Portanto, como visto em outros momentos deste trabalho, existem posições para ambos os lados, e cada um defende por diferentes vieses. O que leva a crer que no caso de não haver consenso, a questão acabará sendo definida no Supremo Tribunal Federal.

2.4 QUANTO A AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO NA AÇÃO DE DIVÓRCIO DIRETO CONSENSUAL

A ação de divórcio direto consensual permite uma imediata homologação da controvérsia, dispensando, assim, a realização da audiência de conciliação, nas situações em que o magistrado tiver possibilidade de constatar a firme disposição dos cônjuges pelo divórcio, bem como de assegurar que as demais formalidades foram atendidas, conforme o entendimento da 3ª Turma do STJ, no REsp 1.483.841-RS do Relator Ministro Moura Ribeiro, julgado em 17/3/2015.

Sendo assim, a Emenda Constitucional 66 de 2010, com seus reflexos, afastou a discussão da culpa, evitando debates sobre as causas que levaram ao

fracasso da união. Enfim, Isso não importa mais. Se as partes desejam o divórcio, não cabe ao juiz forçá-las ao contrário. Garantindo, assim, que no Direito de Família a intervenção do Estado seja mínima.

Portando, entende-se que exigir uma audiência de conciliação para concessão do divórcio direto consensual gera conflito com o entendimento acima tratado, onde não mais existe requisitos para o divórcio.

Na ação de divórcio consensual direto, nos dias de hoje, não existe causa de pedir e não há necessidade de os autores esclarecerem o embasamento do pedido, por tratar-se de um exercício de direito potestativo.

Contudo, só será designada a audiência nos casos de dúvidas sobre o verdadeiro interesse das partes em se divorciarem. Se não houver dúvidas, não há sentido na realização do ato, porque a audiência de conciliação passou a ter mero cunho formal, que não produz nada, e não infere nenhuma situação relevante de direito a ser decidida.

O Novo Código de Processo Civil segue a mesma linha de raciocínio acima exposta, não exigindo a realização de audiência antes da definição do divórcio consensual. O tema é definido nos artigos 731 a 733 do NCPC.

3 A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66 DE 2010

A evolução do divórcio se deu exclusivamente no Brasil, mas sim em todos os países. Acontece que o instituto da família passou por várias mudanças, passando a ser admitidas as mais diversas formas de composição, bem como foi tratado anteriormente.

Os novos conceitos de família, inevitavelmente, aumentaram o número de divórcios. No Brasil não foi diferente, pois Pablo Stolze demonstra os índices da pesquisa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) em uma de suas obras da seguinte maneira:

Em 2006, o número de separações judiciais concedidas foi 1,4% maior do que em 2005, somando um total de 101.820. Neste período, a análise por regiões mostra distribuição diferenciada com a mesma tendência de crescimento: Norte (14%), o Nordeste (5,1%), o Sul (2,6%) e o Centro-Oeste (9,9%). Somente no Sudeste houve decréscimo de 1,3%. Os divórcios concedidos tiveram acréscimo de 7,7% em relação ao ano anterior, passando de 150.714 para 162.244 em todo o país. O comportamento dos divórcios mostrou tendência de crescimento em todas as regiões, sendo de 16,6% para o Norte, 5,3% para o Nordeste, 6,5% para o Sudeste, 10,4% para o Sul e 9,3%, no Centro-Oeste. Em 2006, as taxas gerais de separações judiciais e de divórcios, medidas para a população com 20 anos ou mais de idade, tiveram comportamentos diferenciados. Enquanto as separações judiciais mantiveram-se estáveis em relação a 2005, com taxa de 0,9%, os divórcios cresceram 1,4%. Esse resultado revela uma gradual mudança de comportamento na sociedade brasileira, que passou a aceitar o divórcio com maior naturalidade, além da agilidade na exigência legal, que para iniciar o processo exige pelo menos um ano de separação judicial ou dois anos de separação de fato. De 1996 a 2006, a pesquisa mostrou que a separação judicial manteve o patamar mais frequente e o divórcio atingiu a maior taxa dos últimos dez anos. Em 2006, os divórcios diretos foram 70,1% do total concedido no país. Os divórcios indiretos representaram 29,9% do total. As regiões Norte e Nordeste, com 86,4% e 87,4%, foram as que obtiveram maiores percentuais de divórcios diretos. As informações da pesquisa de Registro Civil referente à faixa etária dos casais nas separações judiciais e nos divórcios mostram que as médias de idade eram mais altas para os divórcios. Para os homens, as idades médias foram de 38,6 anos, na separação judicial, e de 43,1 anos, no divórcio. As idades médias das mulheres foram de 35,2 e 39,8 anos, respectivamente, na separação e no divórcio. A análise das dissoluções dos casamentos, por divórcio, segundo o tipo de família, mostrou que, em 2006, a proporção dos casais que tinham somente filhos menores de 18 anos de idade foi de 38,8%, seguida dos casais sem filhos com 31,1%. (STOLZE, 2010, p. 1).

Os dados apresentados pelo IBGE apontam uma clara necessidade de facilitação do divórcio, porque os conceitos de família e sua formação foram

aperfeiçoados com o passar do tempo, visto que a busca pela felicidade, ainda que em outro relacionamento, é superior em relação ao mantimento de um casamento fracassado.

A mencionada necessidade de facilitação foi consolidada pela EC nº 66/2010, com os devidos aprofundamentos, os quais serão apontados a seguir.

3.1 A EC 66/2010 E SEUS OBJETIVOS

A doutrina majoritariamente defendeu a interferência mínima do Estado nas relações privadas, principalmente no tocante ao Direito de Família. Em virtude da sua peculiaridade e interesses particulares envolvidos que, na maioria das vezes, não era pertinente ao magistrado ter a sensibilidade e conhecimento profundo da situação para dar uma decisão plausível para atender as demandas das partes envolvidas.

Apenas os cônjuges são capazes de decidir o momento mais adequado para dissolver uma relação matrimonial. Bem como ensina Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald:

Infere-se, pois, com tranquilidade que, tendo em mira o realce na proteção avançada da pessoa humana, o ato de casar e o de não permanecer casado constituem, por certo o verso e o reverso da mesma moeda: a liberdade de autodeterminação afetiva. (CHAVES; ROSENVALD, 2009, p. 277).

Portanto, não cabe ao Estado e muito menos a religião dispor de requisitos e estabelecer prazos para a dissolução do casamento, pois apenas os cônjuges decidem sobre o futuro de vossas relações, ficando a critério do legislativo produzir normas que facilitem tais situações.

Construir um mecanismo que possibilite de maneira facilitada a dissolução conjugal não implica defender o fim do matrimônio. Conforme Pablo Stolze:

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

falido, partindo para outros projetos pessoais de felicidade e de vida. (STOLZE, 2010, p. 5).

Contudo, um grande avanço foi consagrado com a aprovação da separação e do divórcio extrajudicial, dispostos pela Lei 11.441 de 2007, onde casais sem filhos menores ou incapazes, de forma consensual, tinham a capacidade de lavrar a respectiva escritura pública em qualquer Tabelionato de Notas.

Percebe-se que a legislação brasileira começa a facilitar os mecanismos de dissolução dos vínculos conjugais, dando os primeiros passos para a evolução da questão, o que serviria de base para a EC 66/2010 que, logo após fora promulgada.

Tal alteração na Constituição Federal teve como marco principal a iniciativa do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), apresentada pelo Deputado Antônio Carlos Biscaia na PEC 413 de 2005, e posteriormente reapresentada pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro na PEC 33 de 2007.

Já era pertinente a inutilidade da separação judicial, que dotava de vários requisitos para sua concessão, bem como sobrecarregava o Judiciário de demandas juntamente com a ação de divórcio, gerando um gasto de tempo e financeiro a mais. Sendo mais conveniente esperar o curso do tempo necessário para requerer o divórcio direto.

Na redação da PEC 33 de 2007 estava disposto que esta era uma reivindicação da sociedade brasileira e também do IBDFAM, que consiste em um instituto especializado que dota de vários profissionais capacitados para reivindicar e dar pareceres sobre a matéria.

Frisou-se a evolução dos valores da nossa sociedade que mudaram, não podendo continuar com o posicionamento de tempos passados, que supervalorizava o casamento e não se tinha atento ao bem-estar dos envolvidos na relação.

Hoje em dia o direito a intimidade e vida privada, previstos na CF/88, possuem grande relevância no nosso ordenamento jurídico, sendo mais vantajoso que as demandas que envolvem assuntos entre cônjuges e suas famílias fiquem cada vez mais distante dos espaços públicos e dos tribunais, bem como todo o constrangimento que estas situações retratam.

Paulo Luiz Netto Lôbo demonstrou contrariedade à existência da separação judicial antes mesmo da aprovação da Emenda Constitucional nº 66 de 2010, enfatizando ser insustentável a manutenção conjunta desta com o divórcio:

A superação do dualismo legal repercute os valores da sociedade brasileira atual. Evitando que a intimidade e a vida privada dos cônjuges e de suas famílias sejam reveladas e trazidas ao espaço público dos tribunais, com todo o causal de constrangimento que provocam, contribuindo para o agravamento de suas crises e dificultando o entendimento necessário para a melhor solução dos problemas decorrentes da separação. (LOBO, 2010, p. 27).

Para tanto, como o próprio texto da PEC 33 de 2007 traz em seu contexto, caberá a legislação apenas regular os efeitos jurídicos da separação quando não for realizada de forma amigável ou houver guarda dos filhos, alimentos e divisão do patrimônio. Portanto, não seria necessário a existência de dois processos judiciais, bastando apenas o divórcio amigável ou o litigioso.

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

3.2 A ALTERAÇÃO CONSTITUCIONAL E SEUS REFLEXOS

As mudanças no texto constitucional sempre foram alvos de críticas e interpretações antagônicas. Não seria diferente com o parágrafo sexto do artigo 226 da CF/88, especialmente por tratar de uma matéria tão corriqueira e presente em nossas vidas, como é o caso do casamento e da separação, bem como o interesse familiar em aspecto geral.

Algumas considerações e posicionamentos são importantes, por exemplo, Santos (2010, p. 28) afirma categoricamente que retirar a matéria do Texto Constitucional não significa expressamente uma revogação, principalmente quando a matéria está regulada no plano ordinário, e este é justamente o ponto pelo qual não se demonstra a existência de uma revogação.

Há ainda o entendimento de que dispõe pela não revogação do disposto na lei ordinária, mas com outro raciocínio. Portanto, a Constituição deixou de exigir a prévia separação judicial para a concessão do divórcio, mas ainda permanece em nosso ordenamento jurídico, enquanto subsistir no Código Civil. Neste aspecto, a

modificação na CF/88 apenas traz que o casamento será dissolvido pelo divórcio, contudo, a separação não dissolve o casamento, apenas a sociedade conjugal, sendo constitucional sua existência até uma possível revogação na legislação cível aplicada.

Em contrapartida o entendimento o Supremo Tribunal Federal isola o disposto constitucional da seguinte maneira:

A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que lei ordinária. Reafirmação de antiga jurisprudência do STF, mais que cinquentenária. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 02-STF. DJ 21.11.1997).

Outra indagação é feita no tocante a abolição da separação judicial, bem como de prazos para a concessão do divórcio, estaria motivando a destruição das famílias, banalizando o instituto do casamento.

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2010, p. 34) entendem que essa conclusão é absurda, porque a intenção do legislador foi de constituir um mecanismo menos burocrático e doloroso para a extinção do casamento, permitindo aos ex-cônjuges a possibilidade de darem continuidade a suas vidas, *“pois sem amor e felicidade não há porque se manter um casamento.”*

Outro questionamento ocorreu pelo fato de não haver mais um prazo para “reflexão” antes de decidir sobre a decisão tomada, e se isso não geraria grande quantidade de divórcios sem fundamentos, provocando um futuro arrependimento. Nas sábias palavras de Stolze e Pamplona (2010, p. 48) foi relatado o seguinte:

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

Maria Berenice Dias (2010, p. 32), por sua vez, entende que tal resistência por parte de alguns seria uma forma de conceder ações a serem tomadas. Ou seja, sendo mantida a separação judicial estaria o advogado sujeito a ser contratado duas

vezes, propondo duas ações judiciais, sendo lavradas duas escrituras, recebendo honorários advocatícios duas vezes.

Todavia, é importante lembrar que nesse sentido devemos fortalecer e prevalecer a vontade dos interessados, que buscam desfazer uma relação que não têm interesse em manter, da forma mais célere e prática possível, independentemente dos motivos os levaram a requerer esta medida.

A Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) chegou a afirmar para a imprensa nacional que, ao se facilitar o fim do casamento, estaria contribuindo para a banalização da questão. O vice-presidente da instituição dispôs assim:

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

Não resta dúvidas que as religiões e crenças pessoais devam ser respeitadas, pois elas dão sentido a nossas vidas, impõe limites em nossas atitudes, alimentam esperanças e fé. Contudo, não se pode misturar o Direito com valores morais e religiosos.

O que os contrários à mudança constitucional não enxergam é que facilitar o divórcio não é permitir a destruição da família ou desvalorizar o casamento, e sim permitir que aqueles que não tiveram êxito em suas escolhas possam buscar outras alternativas de forma menos formal e extensa possível.

3.3 SEPARAÇÃO JUDICIAL APÓS A EC 66/2010

A separação judicial consistia em uma medida menos danosa que o divórcio, pois através dela o casamento não seria dissolvido, sendo apenas a sociedade conjugal, ou seja, seria o fim dos deveres relativos ao casamento, como fidelidade recíproca e coabitação, podendo inclusive ser feita a partilha dos bens, conforme disposição do artigo 1.576, caput, do Código Civil.

Percebe-se assim que a separação judicial encerra apenas a sociedade conjugal, de modo que o separado judicialmente não pudesse se casar novamente, tornando possível apenas após a decretação do divórcio.

Stolze e Pamplona (2010, p. 57) asseveram que o divórcio é muito mais vantajoso que a separação por diversos motivos. Juridicamente falando, além de desfazer a sociedade conjugal, também põe fim no vínculo matrimonial, evitando a duplicidade de processos.

No aspecto financeiro também é mais benéfico, pois são evitados gastos processuais dobrados em face da referida duplicidade de processos.

Mesmo com a separação judicial permitindo uma possível reconciliação, o que não é possível no divórcio, não o faz menos benéfico que aquela, porque os ex-cônjuges podem se casar novamente. Sendo assim, as desvantagens de uma separação judicial superam a impossibilidade de reconciliação no divórcio.

A Emenda Constitucional nº 66 de 2010, segundo o entendimento de Maria Berenice Dias (2010, p. 104) entrou em vigor imediatamente, pondo fim a todas as ações de separação judicial consensuais ou litigiosas que tramitavam judicial ou extrajudicialmente.

Com a EC 66 de 2010, a separação judicial tornou-se juridicamente impossível, perdendo o objeto por impossibilidade jurídica do pedido. Sendo assim, não se pode dar seguimento a demandas que objetivam algo que não é mais previsto em nossa legislação, sendo incabível ao magistrado sentenciar ratificando situação que não possui mais previsão legal para tanto.

Tal transformação legislativa trazida pela EC 66 de 2010 traz à tona, constitucionalmente falando, uma inconstitucionalidade superveniente das leis ordinárias, bem como ensina Stolze e Pamplona, ao tratar acerca do controle de constitucionalidade em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental:

Outra novidade suscitada pela arguição de descumprimento consiste na possibilidade de controle abstrato de constitucionalidade de atos anteriores à Constituição (ou à Emenda Constitucional nova). Nesse particular, a arguição de descumprimento veio “corrigir” um equívoco da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que não admitia a fiscalização abstrata de constitucionalidade do direito pré-constitucional, sob o argumento prático de que a questão apresentada era de simples revogação e não de inconstitucionalidade superveniente. Segundo a firme posição do Supremo, portanto, eventual colisão entre o direito pré-constitucional e a nova

Constituição deveria ser solucionada segundo os princípios de direito intertemporal, haja vista que o processo abstrato de controle de constitucionalidade destina-se, exclusivamente, à aferição de constitucionalidade de normas pós-constitucionais.

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

Portanto, tais ensinamentos expostos ao caso concreto, percebe-se que com a nova disciplina do divórcio, as normas infraconstitucionais perdem eficácia, pois tratam da separação judicial, onde esta começa a ser extinta do ordenamento jurídico brasileiro, seja por revogação tácita ou através da inconstitucionalidade superveniente, conforme o posicionamento defendido por Dirley da Cunha Júnior.

Não aplicar tal entendimento configura uma valorização da norma ordinária em face da própria Constituição Federal, o que não é coerente em se tratando da primazia constitucional.

3.4 PRAZO DE SEPARAÇÃO PARA O DIVÓRCIO APÓS A EC 66/2010

A extinção do prazo de separação foi outra grande mudança trazida pela EC nº 66 de 2010, porque antes era exigido no mínimo dois anos de separação de fato para a concessão do divórcio, sem que houvesse existência de reconciliação entre os cônjuges.

Com a nova redação dada ao parágrafo sexto do artigo 226 da Constituição Federal, o divórcio direto passou a ser um direito potestativo, podendo ser exercido por qualquer interessado, independentemente do tempo transcorrido e sem prévia separação judicial.

Gagliano e Pamplona (2010, p. 60) asseveram que, se passar um dia, uma semana, um mês ou uma década após o casamento, não há relevância, visto que

qualquer dos cônjuges, não querendo mais permanecer unido ao outro através do matrimônio, poderá requerer o divórcio.

3.5 EFEITOS DA ALTERAÇÃO CONSTITUCIONAL

Com uma alteração no texto da Constituição Federal fica claro que toda a legislação infraconstitucional é afetada, devendo se adequar com os ditames da norma constitucional, ainda que tais normas sejam anteriores a Emenda Constitucional.

Não seria diferente com a nova redação dada ao parágrafo sexto do artigo 226 da Constituição Federal, destacando-se como mais importantes os seguintes pontos.

3.5.1 Impossibilidade de atribuir culpa

Conforme já mencionado anteriormente neste trabalho, a investigação da culpa consistia em um requisito para a concessão da separação judicial. Para tanto, caso um dos cônjuges quisessem proceder antes do prazo de um ano do fim da convivência, deveria propor uma ação contra o outro, sob um ato que reportasse violação dos deveres do casamento e que impossibilitasse a vida em conjunto, assim como dispõe o artigo 1.572 do Código Civil.

Após essa constatação e depois de se passar um ano da separação judicial, poderia ser intentada a ação de divórcio.

Contudo, além das discussões acerca da desnecessidade de averiguação da culpa pelo fracasso de uma relação, por não ter, o Estado, como intervir intimamente nas relações individuais, outro argumento demonstra a inutilidade desta investigação.

Primeiramente, é preciso que se analise do parágrafo primeiro do artigo 1.580 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 1.580. Decorrido um ano o 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. (BRASIL, Código Civil, 2002).

Para a concessão do divórcio não implicava saber quem era o culpado do término da relação conjugal, bem como demonstra o dispositivo acima. Deste modo, determinar um culpado no momento da separação judicial era medida sem eficácia, pois no ato de extinção de fato da relação matrimonial a culpa não importava. Todo o constrangimento ocasionado e os sentimentos afetados com esta medida inócua não são levados em conta na fase posterior.

Retirando do ordenamento jurídico pátrio a separação judicial, não existem mais dificuldades para manter as pessoas unidas ao casamento. Desta feita, não existem mais culpados e prazo. Portanto, excluindo a imposição da culpa, dá-se aos cônjuges a oportunidade de romper a relação de forma digna e, quase sempre, de forma amigável.

3.5.2 Estado civil

O casamento é requisito fundamental para a definição do estado civil de um indivíduo, onde este configura importante direito inerente à personalidade. É válido mencionar que no caso da separação extrajudicial optou-se por utilizar a expressão “separado extrajudicialmente”.

As pessoas que se separaram antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 66 de 13 de julho de 2010, ainda serão consideradas separadas. Contudo, não mudaram imediatamente para o status de divorciadas.

Tal situação é justificada por se temer uma possível insegurança jurídica, caso os separados fossem considerados divorciados automaticamente após a EC nº 66 de 2010, sem qualquer aparecimento dos interessados.

Por isso, para essas pessoas, fez-se necessário a ação de divórcio, independentemente do período que estiveram separadas judicial ou extrajudicialmente, como forma de respeito ao ato jurídico perfeito e a segurança jurídica.

3.5.3 Reconciliação não forçada

A separação judicial sempre foi tida como uma maneira para repensar a decisão de dissolver o vínculo conjugal, analisar os motivos que geraram insatisfação, e estudar a possibilidade de perdão entre os cônjuges, para, desse modo, restabelecer o casamento.

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

Contudo, com apenas o divórcio, caso o casal consiga se reconciliar, para serem casados novamente, terão que se casar outra vez. Sento este o argumento utilizado pelos defensores da permanência da separação judicial, visto que, teoricamente, estaria criando uma dificuldade para a mudança de ideia do par.

Mas ocorre que a manutenção da separação judicial não é justificada, pois caso o casal queira casar-se novamente só é preciso dirigir-se ao cartório de registro civil e fazer a habilitação, sendo desnecessária a presença de advogado.

Inclusive, para os que são pobres na forma da lei, tal procedimento é isento das despesas cartorárias. Contudo, ainda que tenham que pagar custas, seria muito mais em conta do que honorários advocatícios devidos em caso de reconciliação (LARA, 2010).

3.5.4 Sucessão

No caso de sucessão, o Código Civil dispõe de uma maneira, no mínimo, absurda em seu artigo 1.830, pois temos que o cônjuge sobrevivente, caso não estivesse separado de fato a mais de dois anos, possui direito de ser herdeiro do *de cujus* e, caso a separação de fato ultrapassasse este período, seria favorecido desde que o motivo do término da convivência conjugal não tenha sido causado por sua culpa.

Percebe-se claramente que o legislador não teve nenhuma acepção da realidade tratando sobre matéria que garante herança ao cônjuge separado de fato, o que leva a indagação para entender o que a relação existente naquele momento significava para o sobrevivente ser herdeiro.

O artigo tratado só apresenta mais uma nítida interferência do Estado no direito de família, ramo este que tem como um dos seus precursores a interferência mínima do Estado.

Mais inacreditável ainda é ter que admitir uma investigação de culpa do *de cujos*. Pois não existem mecanismos suficientes para isso, quem dirá após o período de no mínimo dois anos após a separação de fato.

Ainda através da EC 66/2010 e seu reflexo no afastamento da separação judicial, garantiu o término da investigação de culpa para a concessão do divórcio, é possível perceber que, em se tratando de direitos sucessórios, não existe mais motivação idônea para verificação de culpabilidade do cônjuge falecido.

Senão vejamos o que diz na doutrina de José Fernando Simão (2010) sobre a matéria:

Com a emenda constitucional, a culpa é abolida também no debate sucessório, pois se é irrelevante o motivo que levou o casamento acabar, e tal motivo sequer pode ser abordado para impedir o fim do vínculo, motivos não há para sua discussão após a morte de um dos cônjuges. Da mesma forma, a norma exigia uma separação de fato por mais de dois anos para que o cônjuge perdesse a qualidade de herdeiro. Buscando-se a teleologia da regra, resta claro que tal prazo mantinha estreita relação com o prazo necessário ao divórcio direto (art. 1.580, §2º). Quem podia se divorciar em razão da separação de fato, perderia qualidade de herdeiro. A partir de agora, basta que tenha havido a separação de fato para que possa ocorrer o divórcio e, portanto, qualquer debate de prazos ou de culpa perdeu o objeto em matéria sucessória. (SIMÃO, 2010, p. 4).

Portanto, a partir da Emenda Constitucional nº 66 de 2010, como forma de se adequar a Constituição Federal, nos casos de averiguação de culpa do *de cujos*, estaria a norma revogada neste sentido.

3.5.5 Cláusula de dureza

Para a concessão da separação e do divórcio, o Estado determina mecanismos para dificultar o acesso a estes direitos, estabelecendo prazos e outros requisitos específicos como formas encontradas para tornar a demanda difícil.

Além do preenchimento desses requisitos, o magistrado poderia ainda recusar a separação ou o divórcio, caso entendesse que não estariam protegidos os direitos dos filhos ou de uma das partes da relação, conforme disposição do parágrafo único do artigo 1.574 do Código Civil, e também previsto no artigo 34, parágrafo segundo da Lei 6.515/77 (Lei do Divórcio). Ainda que o parágrafo único do artigo 1.574 do Código Civil fale apenas em separação judicial entende-se que esta cláusula é aplicada também para o divórcio.

Portanto, entende-se como cláusula de dureza esta margem de discricionariedade do magistrado, que pode afrontar o interesse dos cônjuges interessados em desfazer a união.

Maria Berenice Dias (2010, p. 63) entende que a cláusula de dureza é inconstitucional porque afronta diretamente o princípio da liberdade que deve prevalecer nas relações que englobam o Direito de Família, não podendo o direito de dissolver a relação conjugal ser dificultada pela justiça.

Gonçalves (2005, p. 9) assevera que este princípio protege a ampla liberdade de constituir uma família, seja ela por casamento ou união estável, e ainda a valorização da livre conduta, desde que sejam observados a integridade física e moral dos seus membros.

Portanto, não se admite que qualquer pessoa crie restrição ou imponha alguma condição nas relações familiares, bem como dispõe o artigo 1.513 do Código Civil.

Outros autores protegem a constitucionalidade da cláusula de dureza, como Inácio de Carvalho Neto (2007, p. 3), por exemplo. Para ele não há ofensa ao princípio da liberdade, pois não há como interpretá-lo de forma ampla o suficiente para impedir a proteção do Estado a preservação dos cônjuges e filhos. Devendo, o juiz, ter cautela quando fizer uso do poder discricionário, mas não afastar o amparo que o Estado dá a família.

É difícil observar alguma situação que faça com que o magistrado negue a homologação da separação ou divórcio por haver prejuízo para um dos cônjuges ou filhos. Complicado também identificar os interesses que devem ser preservados, a ponto de casamentos frustrados não serem homologados.

Não é a manutenção de um casamento que fará com que os filhos advindos da relação tenham seus interesses preservados. Possivelmente, a convivência com os pais que não se entendem e que não possuem mais os mesmos interesses, não obstaculizem a família. Por isso não trará benefício nenhum para uma criança, conviver com pais unidos por uma relação conflitante.

Como o divórcio não rompe a unidade da família, o poder familiar não se rompe com o término do casamento, pois permanece sendo exercido por ambos os pais, sendo rompido apenas o vínculo matrimonial.

Maria Berenice Dias (2010, p. 65) entende que, em se tratando de filhos, as cláusulas que tratam sobre a guarda, regime de visitas ou alimentos, caso não atendam os interesses da prole, poderão sofrer interferência do judiciário. O que não é suficiente para impedir a decretação do divórcio dos pais. As demandas mencionadas permanecem e são avaliadas em procedimentos específicos, após a concessão do divórcio.

Dessa forma podemos concluir que não existe mais aplicação da cláusula de dureza no ordenamento jurídico brasileiro, pelo fato de ir de encontro com princípios constitucionais e, também, por não existir nenhuma previsão constitucional que permita esta cláusula dificultosa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A publicação da EC 66/2010, que deu uma nova redação ao parágrafo 6º, do artigo 226, da CF, garantiu o divórcio como única maneira de finalizar o casamento. Esta alteração constitucional eliminou a verificação da culpa e causas que levavam o casamento ao fracasso.

Mesmo com alguns posicionamentos contrários a aplicabilidade imediata da referida Emenda Constitucional, a grande maioria dos doutrinadores e magistrados mostram-se a favor da autoaplicabilidade do dispositivo.

No tocante ao princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da Constituição Federal de 1988, o Direito de Família aparece como um dos instrumentos que eleve os sujeitos ao ápice ordenamento jurídico pátrio, tratando como inconstitucional as normas que protejam o patrimônio em vez da pessoa. Neste sentido, o impedimento por parte de Estado com intuito de sustentar uma relação desgastada consiste em um desrespeito ao ser humano, menosprezando sua liberdade de decidir sobre os atos da própria vida.

Aqueles que litigavam pela separação judicial no tempo da promulgação da EC 66/2010, têm a possibilidade de alterar o pedido inicial e converter para uma ação de divórcio, visto que não é exigido o preenchimento de requisitos ou sequer transcurso de tempo para dissolução do vínculo matrimonial. Contudo, aos já estavam separados judicialmente no momento da publicação da Emenda, não são tidas como pessoas divorciadas, pois não possível esta mudança de estado civil de maneira automática, sendo necessária ação de divórcio.

O afastamento da separação judicial trouxe boas novidades para a sociedade, pois elimina a análise da culpa pelo término do casamento, o que causava uma desnecessária exposição de sua intimidade, ocasionando discórdias e apontava como culpado alguém que não seria responsável pela falta de harmonia.

A estrutura do divórcio trazida pela Emenda Constitucional nº 66 de 2010, significou uma vitória para o princípio da liberdade dos indivíduos de reger a própria vida sem a interferência do Estado. Porém, isto não alude a ideia da destruição da família, como alguns conservadores e membros da Igreja afirmam, porque a família é indestrutível e permanece sendo um dos mais importantes pilares da sociedade, e o divórcio é apenas o fim do matrimônio fracassado.

A EC 66 de 2010 representa o fim de uma legislação ultrapassada, que priorizava posicionamentos religiosos sem nexos, pois, sair de um relacionamento frustrado é um direito que convém a qualquer parte interessada, não podendo o Estado interferir tão intimamente na vida das pessoas, priorizando sua vontade à daqueles que realmente entendem a necessidade da dissolução do vínculo matrimonial.

Importa frisar que existe uma controvérsia doutrinária forte sobre a matéria, e a existência dos sistemas dual e monista não podem ser desconsideradas. Portanto, atualmente, é conferido o direito aos cônjuges de definirem a melhor forma para buscar a extinção do vínculo conjugal, respeitando os princípios da autonomia da vontade, da liberdade e, principalmente, o princípio da própria dignidade da pessoa humana.

Desta forma, conclui-se que é possível se divorciar de forma direta e imediata em detrimento da mudança constitucional levada a efeito pela Emenda Constitucional nº 66 de 2010 e, também, separar-se judicialmente, afastando a sociedade conjugal, mas, permitindo aos cônjuges reafirmá-la posteriormente sem que haja a necessidade de formalidades legais de um novo casamento, ou ainda podendo convertê-la em divórcio, extinguindo definitivamente o casamento.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BRASIL. **Código Civil**. Brasília, Senado Federal, 2002.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Caso Concreto: Emenda do Divórcio (EC nº 66/2010) e Separação Judicial em Andamento – Parecer do Ministério Público**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=675>>. Acesso em: 15 de abril de 2016.

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

_____. **Código Civil**. Brasília, Senado Federal, 1916.

_____. **Constituição Federal**. Brasília, Senado Federal, 1934.

_____. **Constituição Federal**. Brasília, Senado Federal, 1937.

_____. **Constituição Federal**. Brasília, Senado Federal, 1946.

_____. **Constituição Federal**. Brasília, Senado Federal, 1967.

_____. **Constituição Federal**. Brasília, Senado Federal, 1988.

_____. **Decreto Lei nº 6.515 de 1977**. Brasília, Senado Federal, 1977.

_____. **Decreto Lei nº 11.441 de 2007**. Brasília, Senado Federal, 2007.

_____. **Decreto Lei nº 13.105 de 2015**. Brasília, Senado Federal, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **A nova emenda do divórcio**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2568, 13 jul. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/16969>>. Acesso em: 20 maio 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____, José Fernando. **A PEC do Divórcio: A revolução do Século em Matéria de Direito de Família**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/autor/Jos%C3%A9%20Fernando%20Sim%C3%A3o>>. Acesso em: 09 de abril de 2016.

LÔBO, Paulo. **A PEC do Divórcio: consequências jurídicas imediatas**. Porto Alegre: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, 2009.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Direito de Família**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de Direito Civil II: Direito de Família**. 42ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil: Lei 13.105/2015**. Rio de Janeiro: Forense São Paulo: Método, 2015.

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

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

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 10ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SIMÃO, José Fernando. **Tributo a Nelson Carneiro: a luta e a batalha do divórcio**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jun-15/processo-familiar-tributo-nelson-carneiro-luta-batalha-divorcio-parte>>. Acesso em: 02 de junho de 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Por que é inconstitucional reprimir a separação judicial no Brasil**. Em <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-18/lenio-streck-inconstitucional-repristin-ar-separacao-judicial>>. Acesso em: 01 de junho de 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. **REsp 1.483.841-RS**, Rel. Min. Moura Ribeiro, julgado em 17/3/2015.

_____, Supremo Tribunal Federal: **ADI 02**. Relator: Ministro Paulo Brossard. Publicado em: 21/11/1997.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil 5. Direito de Família**. 9ª ed. São Paulo: Editora Método, 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Apelação Cível nº 452.761**. Divórcio Litigioso. Supressão do Instituto da Separação Judicial. Relatora: Des. Ana Maria Duarte Amarante Brito, 29 de setembro de 2010.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Cível nº 1.0701.09.260001-7/003**. Ação de Separação Judicial Litigiosa. Agravo Retido. Separação Baseada na Culpa. Possibilidade. Relator: Des. Maurício Barros, 07 de dezembro de 2010.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento n.º 70041298191**. Separação Judicial. Viabilidade do Pedido. Não obrigatoriedade do Divórcio para Extinguir a Sociedade Conjugal. Relator: Des. Sérgio Fernando Vasconcellos Chaves, 18 de fevereiro de 2011.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil:** Direito de Família. 13ª edição. São Paulo: Atlas, 2013.