

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

CAROLINE CARNEIRO PIANCÓ

O DIVÓRCIO APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL N° 66/2010

São Luís

2015

CAROLINE CARNEIRO PIANCÓ

O DIVÓRCIO APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL N° 66/2010

Monografia de Graduação apresentada como requisito final para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão.

Orientadora: Prof^a. Esp^a. Eliana Lima Melo Rodrigues

São Luís

2015

Piancó, Caroline Carneiro

O Divórcio após a emenda constitucional n. 66/2010 / Caroline Carneiro Piancó. – São Luis, 2015.

57f.

Orientadora: Prof^a. Eliana Lima Melo Rodrigues

Monografia (Graduação) – Universidade Federal do Maranhão, Curso de Direito, 2015.

1. Separação 2. Divórcio 3. Emenda constitucional nº 66/2010 I. Título

CDU 347.627.3

CAROLINE CARNEIRO PIANCÓ

O DIVÓRCIO APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL N° 66/2010

Monografia de Graduação apresentada como requisito final para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, pela Universidade Federal do Maranhão.

Aprovada em: _____ / _____ / _____

BANCA EXAMINADORA

Eliana Lima Melo Rodrigues – Prof^a. Orientadora
Universidade Federal do Maranhão

(Examinador)
Universidade Federal do Maranhão

(Examinador)
Universidade Federal do Maranhão

A Deus, por todas as graças por ele concedidas..

A meus pais e meu irmão, por todo amor, esforço e compreensão a mim dedicados..

A todos aqueles que, de algum modo, contribuíram para que aqui eu chegasse.

*O Senhor é o meu rochedo, e o meu lugar forte,
e o meu libertador; o meu Deus, a minha
fortaleza, em quem confio; o meu escudo, a
força da minha salvação, e o meu alto refúgio.*

(Salmos 18:2)

RESUMO

O presente trabalho busca analisar o instituto do divórcio, sobretudo as consequências trazidas com a alteração constitucional proporcionada pela Emenda Constitucional nº 66/2010. Para alcançar tal intento se trouxe à baila a análise das formas de dissolução da sociedade conjugal e do vínculo matrimonial, percorrendo, portanto, o caminho do instituto do divórcio para chegar na atual configuração da dissolução do casamento. O objetivo maior foi averiguar o impacto ocasionado pela Emenda Constitucional nº 66/2010 no ordenamento jurídico brasileiro e suas consequências, como a extinção da separação judicial, o curso do processo de separação judicial já em trâmite e a possibilidade da ação de conversão de separação judicial em divórcio bem como seus efeitos sobre alimentos, nome e discussão de culpa.

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

ABSTRACT

This paper analyzes the institute of divorce, especially the consequences brought about by the constitutional change provided by the Constitutional Amendment n° 66/2010. To achieve this purpose it was made the analysis of the forms of dissolution of the conjugal society and the marriage bond, showing the path of divorce institute until the current dissolution of marriage configuration. The main objective was to investigate the impact caused by the Constitutional Amendment n° 66/2010 in the Brazilian legal system and its consequences, such as the extinction of legal separation, the course of judicial separation process already in progress and the possibility of legal separation conversion action in divorce and its effects on aliments, name and mailing of guilt.

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

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL E DO VÍNCULO MATRIMONIAL	12
2.1	Histórico do Divórcio	12
2.2	A morte como forma de dissolução do casamento	18
2.2.1	Efeitos da morte	19
2.3	A nulidade como forma de dissolução do casamento	20
2.3.1	Casamento nulo	22
2.3.2	Casamento anulável	23
3	SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO ANTES DA EMENDA CONSTITUCIONAL N° 66/2010	25
3.1	Separação antes da emenda constitucional n° 66/2010	25
3.1.1	Separação consensual	26
3.1.2	Separação litigiosa	29
3.1.2.1	<i>Separação litigiosa como sanção</i>	30
3.1.2.2	<i>Separação litigiosa como falência</i>	32
3.1.2.3	<i>Separação litigiosa como remédio</i>	33
3.2	Divórcio antes da emenda constitucional n° 66/2010	34
3.2.1	Divórcio extrajudicial consensual	34
3.2.2	Divórcio judicial indireto	35
3.2.3	Divórcio judicial direto	37
3.2.4	Efeitos do divórcio	38
4	O DIVÓRCIO APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL N° 66/2010	39
4.1	Extinção da separação judicial	41
4.2	Separados no curso da Emenda Constitucional n° 66/2010	45
4.3	Extinção das causas subjetivas e objetivas da dissolução do casamento	46
4.4	Questões atinentes	49
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	52
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	55

1 INTRODUÇÃO

O casamento sempre esteve ligado à religião, desta forma, por muito tempo, esse vínculo foi tido como indissolúvel. Isto porque os preceitos religiosos veem o casamento como o berço da família e uma vez desfeito esse ninho, a família entraria em colapso.

As alterações sofridas no seio das famílias ao longo dos anos revelaram que costumes, tradições e princípios tão arraigados eram passíveis de mudança, evidenciando a necessidade de adequar institutos a ela relacionados, como o divórcio, aos costumes hodiernos, sob pena de trazer prejuízos irreparáveis para as relações futuras.

A sociedade brasileira (bem como a mundial) passou por significativas mudanças que possibilitaram a “flexibilização de valores tradicionais tidos como imutáveis” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 521) mas é claro que essas mudanças se deram de forma lenta e gradativa.

Só com a laicização do estado brasileiro, instante em que o Estado se separa da Igreja, houve uma singela fuga dos padrões estabelecidos pela Igreja principalmente no que diz respeito ao casamento (e sua dissolução).

A severidade na manutenção do vínculo matrimonial foi paulatinamente desvigorando, principalmente porque o Direito não mais se alicerça eminentemente em preceitos religiosos, assim o vínculo conjugal passou a ter a possibilidade de ser dissolvido.

Ao longo da evolução, verifica-se a possibilidade de separação sem que o vínculo conjugal seja desfeito. Aqui encontramos a figura do desquite, “instituto de influência religiosa, que gerava apenas a dissolução da sociedade conjugal, com a manutenção do vínculo conjugal, e a impossibilidade jurídica de contrair formalmente novas núpcias” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO 2013, p. 533)

Maria Berenice Dias (2009, p. 273) bem explica o que se dava com o desquite:

“Permanecia intacto o vínculo conjugal, a impedir novo casamento, mas não novos vínculos afetivos, pois cessavam os deveres de fidelidade e de manutenção da vida em comum sob o mesmo teto. Remanesce, no entanto, a obrigação de mútua assistência, a justificar a permanência do encargo alimentar em favor do cônjuge inocente e pobre”.

GAGLIANO e PAMPLONA FILHO (2013, p. 533) bem lembram que esse quadro “somente gerava 'famílias clandestinas', destinatárias do preconceito e da rejeição social”, pois apesar da permanência do vínculo conjugal já não havia afeto suficiente para manter o casamento, tratando-se de mera formalidade.

Maria Helena Diniz (2014), defensora da manutenção da separação judicial ou extrajudicial no sistema¹, acredita que ainda pode haver dissolução da sociedade conjugal sem a do vínculo matrimonial.

A indissolubilidade do casamento era de tal ordem que havia previsão constitucional para tanto². O instituto do divórcio foi por muito tempo rechaçado, tanto que até a penúltima Constituição (a “Constituição de 1969”) não havia previsão.

O divórcio teve vez com a Lei 6.515 de 1977, amparada pela Emenda Constitucional n° 9 de 1977 que deu nova redação ao §1° do art.175 da Constituição da República, quando passou a admitir a dissolução do casamento desde que houvesse prévia separação judicial por mais de três anos.

A separação judicial aqui concebida nada mais era que um novo nome para o desquite, pois dissolve a sociedade conjugal, mas conserva íntegro o vínculo matrimonial, funcionando como requisito necessário e prévio para o divórcio.

O divórcio mencionado trata-se do divórcio por conversão ou indireto, o qual “resultava tão somente da conversibilidade de anterior sentença de separação judicial transitada em julgado” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 569).

A Constituição de 1988 trouxe a figura do divórcio direto, aquele que independe de prévia separação judicial, tendo por único requisito o decurso de mais de dois anos de separação de fato.

Em 2010, a Emenda Constitucional n° 66 deu nova redação ao §6° do art. 226 da Constituição Federal, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de um ano ou de comprovada separação de fato por mais de dois anos, apenas prevendo que o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

1 A autora aduz que em razão de não haver lei revogando expressamente os artigos do Código Civil que tratam sobre o assunto, o instituto da separação judicial continua válido e vigente, apesar de fadado a desaparecer (DINIZ, 2014, p.273).

2 Constituição 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”.

Constituição 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”.

Constituição de 1946:

“Art.163. A família, constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito a proteção especial do Estado”.

Constituição de 1967:

“Art. 175. A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos. §1° O casamento é indissolúvel”.

Com o advento da Emenda Constitucional n° 66 de 13 de julho de 2010, se estabeleceu uma distinção de objeto entre separação e divórcio. O fim da união matrimonial adquiriu novos contornos com tal emenda, principalmente quanto aos requisitos para o divórcio, pois de certo modo excluiu do ordenamento jurídico o regime da separação judicial, trazendo consigo um possível caráter benéfico.

Tal emenda mostrou-se um elemento facilitador ao desburocratizar o processo do divórcio. Em que pese o frágil argumento de que essa facilidade funcionaria como instigação ao descasamento, vê-se que a eliminação dos entraves legislativos é mais um remédio arrebatador para finalizar de uma vez por todas uma relação já falida, de forma menos gravosa e burocrática.

O Estado se afasta do ambiente íntimo dos indivíduos, reconhecendo a autonomia dos cônjuges para decidirem sobre a manutenção do vínculo conjugal, “sem necessidade de requisitos temporais ou de motivação vinculante.”

Nesse instante o divórcio revela-se como um direito potestativo, cujo exercício compete somente aos cônjuges e o Estado consagra o Estado Democrático de Direito quando com essa evolução realiza a promoção da dignidade da pessoa humana.

Superada a dicotomia dissolução da sociedade conjugal e dissolução do vínculo conjugal, remanescendo o divórcio que pode ser judicial (litigioso ou consensual) ou extrajudicial.

O divórcio extrajudicial teve previsão a partir da Lei 11.441 de 2007 que alterou dispositivos do Código de Processo Civil e disciplinou o divórcio consensual pela via administrativa, através de escritura pública, quando não houvesse filhos menores e incapazes.

A emenda revela que uma vez superado o processo burocrático para por fim ao casamento dá-se um grande passo para a evolução social, visto que possibilita trâmite mais fácil e célere além de não carecer de argumentos considerados convincentes para efetivá-lo.

Reconhecer o caráter estritamente pessoal da relação conjugal é extremamente necessário para compreender que se os indivíduos, por quaisquer motivos, não desejam mais manter o vínculo constituído com o casamento válido, essa vontade deve ser respeitada de forma a garantir o menor desgaste possível e, portanto, o processo que culmina nesse desfecho deve se dar de maneira simples e célere.

Pela importância do tema em questão:1) inicialmente, trata-se do histórico do divórcio e da dissolução do casamento pela morte e pela nulidade 2) a um segundo momento, lavra-se texto, da forma como se davam a separação judicial e o divórcio antes da Emenda Constitucional n° 66/2010; 3) em um último capítulo complementa-se a pesquisa ao mostrar as

inovações trazidas com a Emenda Constitucional nº 66/2010 e seus desdobramentos.ao demonstrar o que de fato mudou com a referida emenda de forma a facilitar o caminho a percorrer para ter acesso a essa importante revolução jurídica no direito civil.

Espera-se, assim, que o presente trabalho seja satisfatório, a ponto de acrescer, um pouco, na pesquisa deste importante tema.

2 DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL E DO VÍNCULO MATRIMONIAL

2.1 Histórico do Divórcio

O divórcio sempre foi um assunto tratado com certa reserva, encarado como tabu social. A dissolução do casamento era ato inconcebível, pois feria os padrões éticos e morais ditados pela sociedade que eram norteados sobremaneira pela Igreja. Isso se devia principalmente em razão da confusão que se tinha entre Estado e Igreja.

O Brasil ficou por mais de três séculos, no que diz respeito a casamento, submetido às determinações do Concílio de Trento e conseqüentemente a Igreja Católica. Ante tal realidade o casamento foi elevado a condição de sacramento (WALD, 1999, p. 156).

O período monárquico vivenciado pelo Brasil, no qual as regras que valiam eram as regras do direito canônico, a indissolubilidade do matrimônio era o que imperava. Com a instituição do regime republicano, ante a laicização do Estado, passou-se a adotar a separação judicial.

Desde a colonização portuguesa até 1977 prevaleceu a indissolubilidade do casamento, projetando-se no direito civil a concepção canônica da Igreja Católica de ser o matrimônio instituição de natureza divina, que jamais poderia ser dissolvido por ato dos cônjuges. Nem mesmo a separação entre o Estado e a Igreja, com o advento da República, foi suficiente para secularizar a desconstituição do casamento, que sofreu forte resistência das organizações religiosas católicas (LOBO, 2011, p. 149).

Mas com a Constituição de 1934 consagrou-se a indissolubilidade do casamento. Sampaio (1986, p. 7) lembra que esta Constituição foi “a primeira a inserir o preceito de indissolubilidade, como reação inicial dos antídorcionistas, que, colocando esta disposição na Lei Maior, visaram preservar o casamento de ser dissolvido pelo divórcio”. As Constituições de 1937, 1946, 1967 e 1969 seguiram o mesmo rumo.

Inobstante a pregação da indissolubilidade do vínculo, várias tentativas foram feitas a fim de introduzir o divórcio no Brasil.

Em 1893, o Deputado Érico Marinho apresentou ao Parlamento a primeira proposição divorcista. Em 1900, o deputado provincial Martinho Garcez ofereceu no Senado projeto de divórcio vincular e a proposição foi repelida.

Pereira (R., 2013, p. 30) declara:

Ainda na vigência da Constituição de 1946, várias tentativas foram feitas no sentido da introdução do divórcio no Brasil, ainda que de modo indireto. Seria acrescentada uma quinta causa de anulação do casamento por erro essencial, consistente na incompatibilidade entre os cônjuges, com prova de que, decorridos cinco anos da decretação ou homologação do desquite, o casal não restabeleceria a vida conjugal. Foi proposta também emenda constitucional visando suprimir da Constituição a expressão “de vínculo indissolúvel” do casamento civil.

Nesse diapasão, o Código Civil de 1916 trazia as hipóteses de dissolução da sociedade conjugal em seu artigo 315, sendo elas: a) a morte de um dos cônjuges; b) nulidade ou anulação do casamento e; c) o desquite.

O instituto do desquite aqui encontrado era a única solução que a lei oferecia para os cônjuges que queriam romper o casamento, mas os mantinha presos ao vínculo contratado, “apenas pondo fim ao regime matrimonial e ao dever de coabitação” (PEREIRA, A., 1990, p. 13).

Nas palavras de Orlando Gomes (1978, p. 295) “era, desenganadamente, mera separação de cama e mesa, sem quebra do vínculo, e que perdurava até a morte de um dos desquitados”.

Aqui se observa a impossibilidade de rompimento do casamento, pois o Código trata de dissolução da sociedade conjugal e por isso é importante nesse momento estabelecer a distinção entre os institutos do casamento e da sociedade conjugal.

Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 143) estabelece que

“Sociedade conjugal é o complexo de direitos e obrigações que formam a vida em comum dos cônjuges. O casamento cria a família legítima ou matrimonial, passando os cônjuges ao status de casados, como partícipes necessários e exclusivos da sociedade que então se constitui. Tal estado gera direitos e deveres, de conteúdo moral, espiritual e econômico, que se fundam não só nas leis como nas regras da moral, da religião e dos bons costumes”.

Para Maria Helena Diniz (2014, p. 269)

“o casamento é, sem dúvida, um instituto mais amplo que a sociedade conjugal, por regular a vida dos consortes, suas relações e suas obrigações recíprocas, tanto as morais como as materiais, e seus deveres para com a família e a prole. A sociedade conjugal, embora contida no matrimônio é um instituto jurídico menor do que o casamento, regendo, apenas, o regime matrimonial de bens dos cônjuges, os frutos civis do trabalho ou indústria de ambos os consortes ou de cada uma deles. Daí não se poder confundir o vínculo matrimonial com a sociedade conjugal”.

Washington de Barros e Regina Beatriz (2012, p. 335) afirmam que

“Pelo casamento cria-se um vínculo entre os cônjuges, em que está contida a sociedade conjugal, que importa a comunhão de vidas, nos aspectos espiritual, social e físico e, por vezes, de patrimônios, a depender do regime de bens em vigor no casamento”.

Assim, percebe-se que casamento é um organismo maior que a sociedade conjugal, pois engloba uma gama maior de direitos e obrigações, razão pela qual o rompimento da sociedade conjugal sem o do vínculo matrimonial, impede os cônjuges de convolar novas núpcias, além de não dispensar alguns deveres conjugais. Mas é importante destacar que a dissolução do casamento obrigatoriamente acarreta o rompimento da sociedade conjugal, autorizando os consortes a casarem novamente, desvencilhando-se, pois, de qualquer obrigação.

A figura do desquite era a única possibilidade legal de romper com o matrimônio, no entanto, não o dissolvia (DIAS, 2009, p. 273). O desquite se apresentava de duas formas: consensual e litigioso, este sempre associado à ideia de culpa.

Como bem explica Tepedino (2008, p. 447), “se um dos cônjuges não consentisse com o desquite consensual, somente a ocorrência de uma das hipóteses de conduta culposa previstas pelo legislador autorizaria o desenlace”.

As condutas culposas eram estabelecidas no artigo 317 do Código 1916, a saber: a) adultério; b) tentativa de morte; c) sevícias ou injúria grave; d) abandono voluntário do lar conjugal durante dois anos.

A dissolução do casamento válido só era possível no caso da morte de um dos cônjuges. Isto é, o indivíduo só poderia convolar novas núpcias no caso de falecimento de seu cônjuge.

O casamento era o fundamento maior da família, sendo considerado seu berço, logo qualquer afronta ao instituto implicava a destruição da família. Toda união que não se originasse do casamento era considerada ilegítima, concubina.

Por mais que o indivíduo não mais mantivesse uma relação familiar com a pessoa com a qual era casada e cessasse a *affectio maritalis* e passasse a adotar *animus familiae* com outrem, esta relação não era abrigada pelo Direito de Família.

Sendo o casamento indissolúvel, era inegável que quem pretendia se separar carregava consigo o estigma da culpa, “sendo certo que, do ponto de vista cultural, o cônjuge desquitado, sobretudo o cônjuge-mulher, era visto com forte preconceito, como pessoa posta à margem das relações familiares” (TEPEDINO, 2008, p. 448).

O casamento carregava consigo uma sacralização de tamanha monta que sua preservação era sempre vista como superior aos interesses dos cônjuges que buscavam a separação.

Bittencourt (2002, p. 58) assevera que a separação era solução extrema e rara, e isso em razão da lei e até fatores econômicos, não porque não existiam causas reais.

A mulher não se separava judicialmente porque estava aprisionada. Aprisionada pela lei, que, por meios indiretos (inaptidão relativa, sobretudo na atividade econômica) lhe dificultava as condições para enfrentar o estado de *desquitada*; aprisionada moral ou psicologicamente pelo receio do pecado; aprisionada socialmente pela convivência de afastar o *labéu*. E os maridos, em muitos casos, aproveitavam-se dessa situação e tornavam-se covardes déspotas, com aparência de severos patriarcas.

Os tempos mudaram. A mulher libertou-se de vários elos. Em regra, não se prende demasiadamente ao temor do pecado ou do labéu (BITTENCOURT, 2002, p. 58).

As alterações sociais e a realidade que se apresentava, na qual, mesmo não havendo a possibilidade de dissolução do casamento a não ser pela morte, as pessoas separavam-se de

fato e convolavam novas núpcias, germinou a instituição do divórcio.

Sílvia Rodrigues (1978, p. 10) preconiza que “a admissão do divórcio, pelo legislador, teve como pressuposto o reconhecimento dessa inescandível situação de fato existente. Aliás ele não podia ignorá-la e ao admiti-la nada mais fez do que propiciar meios para legalizá-la”.

Bittar (1994, p. 1097) lembra que o casamento, “como contrato fundado na afeição recíproca, cede diante de fatores, físicos, psíquicos, emocionais, sociais, econômicos e outros que, atingindo o plano espiritual da relação conjugal, desfazem o elo, vulnerando a relação”. E revela ainda mais em que circunstâncias se deu a vinda do divórcio:

O abrandamento do rigor dos costumes, o afastamento paulatino entre o espiritual e o temporal, e as verdadeiras revoluções causadas pelo ingresso definitivo da mulher no mercado de trabalho e pelo progresso das comunicações, com a consequente inserção dos jovens na vida de participação social, as situações de uniões livres e outros fatores vêm, com o decurso do tempo, ampliando o espectro do divórcio, com a facilitação da respectiva obtenção (BITTAR, 1994, p. 1118).

O divórcio foi instituído no Brasil a partir da Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977³, de autoria do então senador Nelson Carneiro, que alterou o artigo 175, §1º da Constituição de 1969. Esta Emenda, revogando o dispositivo que tornava o casamento indissolúvel, permitiu que lei ordinária trouxesse as hipóteses de dissolução do casamento.

Desta forma, nesse período, vê-se que o matrimônio continua indissolúvel, mas sua dissolução é permitida em certas situações estabelecidas em lei (SAMPALIO, 1986, p. 8). Isto é, acredita-se ainda que o casamento deva ser inquebrantável, mas agora comporta exceções.

Mesmo com a possibilidade de divórcio estabelecida em sede constitucional, o que se percebe é que esse avanço foi apresentado de maneira extremamente tímida, pois não foi de todo modo desligada dos preceitos religiosos, e veio atrelada a longos prazos. A pessoa interessada no divórcio só poderia requerê-lo uma única vez e desde passados 3 anos da separação judicial ou houvesse separação de fato por pelo menos 5 anos.

Com a instituição do divórcio no Brasil, veio a Lei 6.515, de 26 de dezembro do mesmo ano, regulando-o e dispondo os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento. Senão vejamos:

Art. 2º – A Sociedade Conjugal termina:
I – pela morte de um dos cônjuges;
II – pela nulidade ou anulação do casamento;
III – pela separação judicial;

³ A emenda constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977 foi aprovada em meio a suspensão do dispositivo que previa o quórum de 2/3 para alteração da Constituição, mediante a emenda nº 8 de 14 de abril de 1977, com base no Ato Institucional n.5, sendo necessário para tanto somente o pronunciamento da maioria. (DINIZ, 2014, p. 267)

IV – pelo divórcio.

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

Áurea Pimentel Pereira (1990, p. 13) classificou a Lei 6.515/77 como “verdadeiro avanço de uma sociedade aberta e compreensiva, que já não podia continuar convivendo com o verdadeiro atraso cultural que representava a inexistência, em nossa legislação, de solução adequada para os irreversíveis problemas de divergências conjugais”.

Bittar (1994, p. 1097) afirma que “ainda imbuído de cunho protecionista do vínculo, a lei estabelece os exatos limites fáticos e temporais em que admite a sua extinção, disciplinado, ademais, com o mesmo rigor, os efeitos correspondentes”.

Tepedino (2008, p. 423), por sua vez, lembra que a lei do divórcio foi “promulgada com uma série de temperos que, procurando contentar os exaltados ânimos dos antídvorcistas, suscitou severas críticas, sobretudo por permitir somente um único novo casamento”⁴.

Os argumentos para não instituição do divórcio eram sobremaneira de cunho religioso, tratando a ruptura do vínculo matrimonial como pecado social, mas seus opositores também se valiam de princípios de moral e de ordem pública que ao Estado cabe preservar, para defender o interesse social na preservação do casamento.

Sempre interessou ao Estado o controle da dissolução do casamento, para o que o processo judicial desempenhava papel imprescindível, pois na família estavam ancorados os poderes políticos e econômicos dos grupos dominantes. A resistência ao divórcio não foi apenas de origem religiosa (LOBO, 2011, p. 158).

E na ordem contrária e defesa do divórcio, Áurea Pimentel Pereira (1990, p. 19) expõe que os opositores assim procedem porque assumem o casamento com caráter de perpetuidade, mas essa percepção difere do voto de perpetuidade que de fato é o que ocorre.

Em muitos casos, em nome da própria ordem pública e social, é impossível desejar que se perpetue um vínculo que na verdade só existe por ficção legal, quando se está diante de um casamento em ruínas, que só subsiste para apenar o cônjuge inocente e os filhos da união malograda, estes últimos, muitas vezes, testemunhas inocentes, no recesso do lar, de excessos, vergonhas e escândalos, exemplos deploráveis para sua formação (PEREIRA, A., 1990, p. 19).

Mister trazer à baila que com a Lei do Divórcio, não se exterminou a figura do desquite. “Ocorreu somente uma singela alteração terminológica. O que o Código Civil chamava de desquite (ou seja, não ‘quites’, alguém em débito para com a sociedade) a Lei do Divórcio denominou de separação, com idênticas características: rompe, mas não dissolve o

⁴ O artigo 38 da Lei do Divórcio trazia essa previsão. Só que não o apresentou com a clareza devida, “por referir-se ao pedido de divórcio, fazendo supor que a proibição seria apenas da iniciativa do novo divórcio, não excluindo divórcios sucessivos desde que mediante requerimento do cônjuge não antes divorciado” (TEPEDINO, 2008, p. 449). Tepedino alerta, ainda, que esse dispositivo tinha o propósito de coibir o que os antídvorcistas chamavam de poligamia sucessiva.

casamento” (DIAS, 2009, p. 274).

Sílvio Rodrigues (2004) alerta que tanto a Emenda Constitucional nº 9 como a lei divorcista desprezam a palavra “desquite”, que representava uma conquista da linguagem jurídica nacional.

A expressão separação judicial era prevista no Código Civil italiano de 1942 e Código Civil português e segundo Sílvio Rodrigues (1978) tem efeito idêntico ao que tínhamos por desquite. “Apenas, naqueles países não há a palavra desquite, tão própria e tão adequada, para representar uma situação jurídica” (RODRIGUES, 1978, p. 5).

A Constituição de 1988, “que alterou o conceito de unidade familiar e determina profunda revisão dos critérios interpretativos em matéria de direito de família” (TEPEDINO, 2008, p. 463), manteve a figura do divórcio como hipótese de dissolução do vínculo conjugal, apresentando-o no artigo 226, §6º da seguinte maneira:

“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.”

Observa-se que os prazos de separação judicial foram reduzidos. O prazo de 3 anos de separação judicial caiu para 1 ano ao passo que o lapso de 5 anos de separação de fato diminuiu para 2 anos.

Na esteira do que trouxe a lei n. 6.515/1977 e do estabelecido constitucionalmente, o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.571, traz as hipóteses de ruptura da sociedade conjugal, sendo elas: a) a morte de um dos cônjuges; b) a nulidade ou anulação do casamento; c) separação judicial; e d) divórcio.

Sobre a dissolução do casamento válido, Bittar (1994, p. 1117):

O divórcio, ao lado da morte, são os dois únicos fatores de dissolução de casamento validamente contraído, desencadeando-se, com a sua caracterização, o desfazimento definitivo da sociedade conjugal e o fim do liame matrimonial. Ruem, a um só tempo, a sociedade marital e o próprio casamento, liberando-se os interessados para novos enlacs. Trata-se, pois, de mecanismo destinado a possibilitar a casais insatisfeitos e irremediavelmente separados, no espírito e na matéria, o desmanche dos laços oriundos de união matrimonial legitimamente constituída.

No parágrafo 1º do artigo 1.571, vê-se que o casamento válido agora é dissolvido, além da morte de um dos cônjuges, pelo divórcio e pela presunção de óbito do consorte declarado ausente:

Art. 1571, § 1º - O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se a presunção estabelecida neste Código quanto ao ausente.

A Constituição de 1988, com seu caráter transformador, alterou radicalmente a visão sobre a estrutura familiar, garantindo a democratização das famílias. A proteção da família visa sobretudo a realização da personalidade de seus membros, não mais atrelando a

entidade familiar ao casamento, sendo este apenas um laço a mais no fortalecimento daquela.

Ato evolucionário, medida suplicada socialmente em razão das próprias alterações sofridas ao longo dos anos, em 2010, a Constituição sofreu alteração por meio da Emenda Constitucional nº 66 que alterou o art. 226, §6º, passando a dispor que “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”, por conseguinte, extinguindo prazos para intentar o divórcio, quiçá institutos, até então, a ele atrelados.

2.2 A morte como forma de dissolução do casamento

A morte completa o ciclo vital da existência humana e importa no encerramento da personalidade jurídica e por isso na cessação dos direitos da personalidade. Portanto, a morte traz efeitos também no âmbito do Direito de Família.

A morte de um dos cônjuges conduz a dissolução tanto da sociedade conjugal como do casamento. Como bem afirma Fiuza (2008, p. 949), “a morte a tudo põe fim. Sobre ela não há nada a dizer, nem a acrescentar”.

Paulo Lôbo (2011, p. 149) afirma que a morte de um ou de ambos os cônjuges é o meio não voluntário de dissolução do casamento.

Com a morte de um dos cônjuges, o cônjuge sobrevivente adquire o *status* de viúvo e vez que rompido o vínculo matrimonial, passa a ter o direito de contrair novo casamento.

O estado de viuvez traz alguns efeitos, dentre eles, podemos citar a possibilidade de o cônjuge sobrevivente continuar adotando o sobrenome do falecido, independente de contrair novas núpcias.

Há também a proibição de a mulher casar antes de decorridos 10 meses da morte, para evitar a *turbatio sanguinis*, ou seja, “o nascimento de um filho cuja paternidade seria incerta em virtude de sua concepção poder datar tanto do casamento anterior como do novo casamento” (WALD, 1999, p. 166). No entanto, há exceção se antes desse prazo tiver dado à luz ou provar a inexistência de gravidez, pois presume-se a paternidade do falecido caso venha dar à luz nesse período.

Caso haja novo casamento durante este intervalo deve ser adotado o regime de separação obrigatória de bens. Se o viúvo tiver filhos do casamento anterior impõe-se também que o casamento só seja feito após a partilha dos bens deixados pelo falecido, evitando confusão patrimonial.

A morte real ou efetiva (atestada mediante certidão de óbito) não é a única que

conduz a dissolução do casamento. A morte presumida⁵ e a declaração de ausência também dissolvem o casamento.

Em tempos que a declaração de ausência não era capaz de dissolver o casamento, o cônjuge de pessoa declarada ausente adquiria o estado de semivivez, pois permanecia casado para efeitos legais, “era viúva sem direito a nova união matrimonial” (BITTENCOURT, 2002, p. 38).

2.2.1 Efeitos da morte

O indivíduo que se encontrava separado ao tempo que o ex-cônjuge falece adquire o status de viúvo, pois a morte dissolve o vínculo matrimonial que ainda existia, no entanto, não ocorre o mesmo com o divorciado, vez que o matrimônio já estava dissolvido.

A declaração da morte presumida sem a decretação de ausência ocorrerá quando for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida ou se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra.

Maria Helena Diniz (2014, p. 275) lembra que

no direito anterior a morte presumida de um dos consortes só produzia efeitos de ordem patrimonial ou sucessória, por mais longo que fosse o período do desaparecimento, não dissolvendo, portanto, o casamento, ficando o outro cônjuge num estado de semivivez, sem direito a nova união matrimonial, não sendo, porém, considerados ‘adulterinos’ os filhos que porventura tivesse.

Não tinha no direito brasileiro a possibilidade de rompimento direto do casamento em virtude da ausência de um dos cônjuges. O que o cônjuge não ausente poderia fazer era requerer a separação com base no disposto no artigo 5º da Lei do Divórcio, que lhe permitia imputar conduta desonrosa ao ausente ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e tornem insuportável a vida em comum.

Obtida a separação, o cônjuge não ausente poderia convertê-la em divórcio passado um ano da data da decisão como prevê o artigo 25 da Lei do Divórcio, e, caso a ausência tenha ocorrido antes da promulgação da lei, o cônjuge poderia promover a ação de divórcio, desde que comprovados 5 anos de separação de fato e sua causa, como estabelecia o artigo 40 da lei.

Com o Código Civil de 2002, a abertura da sucessão definitiva, que antes só

⁵ É morte presumida quando, embora não se tenha acesso ao corpo, supõe-se morta a pessoa em determinados casos especificados em lei. Por exemplo: nas hipóteses do art. 7º do Código Civil, que admite a declaração da morte presumida, sem decretação de ausência, se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida, e se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra (LUZ, 2009, p. 53).

acarretava efeitos de ordem patrimonial, passa a produzir também efeitos pessoais, na medida em que constitui, tal como a morte real, causa de dissolução do casamento do ausente. “Uma vez declarada judicialmente, permite a habilitação do viúvo a novo casamento” (GONÇALVES, 2012, p. 152).

Caso o presumido morto retorne não seria razoável, em virtude da lacuna normativa, dissolver o segundo casamento do cônjuge não ausente, pois não há que se falar em bigamia, além do que quando há a declaração de ausência não se está afirmando que o indivíduo faleceu, mas sim que desapareceu de seu domicílio sem dar notícia de seu paradeiro.

Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 152) assevera que “estando legalmente dissolvido o primeiro casamento, contraído com o ausente, prevalecerá o último”. Maria Berenice Dias (2009, p. 279) acertadamente revela que “essa é a solução que melhor atende aos fatos da vida, pois de todo inviável convalidar relação já desvanecida pelo decurso do tempo”.

Se no curso do processo de separação ou divórcio o cônjuge vier a falecer, a ação se extingue, por ser privativa e intransferível. Cahali (2011, p. 88) revela com precisão sua repercussão:

Tendo a ação perdido o seu objeto, não tem sentido permitir-se a habilitação de herdeiros ou de terceiro interessado, para o seu prosseguimento; a causa extintiva da ação verifica-se não só pelo falecimento do cônjuge que, como titular da ação, a teria proposto, como também pelo falecimento do cônjuge demandado como responsável pela separação, e sempre pelo mesmo argumento: além do caráter pessoal da ação, ação esta que objetivaria o rompimento de uma união impossível de ser mantida, a morte de qualquer dos cônjuges terá produzido o mesmo resultado.

Impede ressaltar que o falecimento de um dos cônjuges durante o processo de divórcio – ainda pendente por recursos judiciais – torna o cônjuge sobrevivente viúvo, e não divorciado.

2.3 A nulidade como forma de dissolução do casamento

Existem circunstâncias que admitida a natureza contratual do casamento, influenciam e condicionam a sua existência ou a sua eficácia. A ausência ou inobservância dessas características ocasiona a quebra do vínculo ou mesmo o reconhece inexistente em casos de ausência de consentimento, erro quanto a pessoa do cônjuge, falta de habilitação, inexistência de celebração, por exemplo.

Uma vez havidas, essas situações implicam em consequências jurídicas que produzem diversos efeitos que podem alcançar desde a simples convivência até o desfazimento total do vínculo.

Há quem acredite que a nulidade implica o desfazimento do vínculo conjugal, ao passo que há quem entenda que o casamento nulo não existe e portanto não há o que ser desfeito.

O ato nulo e o ato anulável são atos que não produzem efeitos regulares, pois são corrompidos. Maria Helena Diniz (2014, p. 279) explica que os atos nulos são inquinados por algum vício essencial e, portanto, não produzem efeito nenhum, enquanto, os atos anuláveis dispõem de vício que pode ser eliminado, restabelecendo-se a normalidade do ato.

Na nulidade prevalece o interesse social, enquanto a anulação surge na proteção do interesse individual. As situações de nulidade ou anulabilidade do casamento, como regra, somente ocorrem se textualmente previstas.

A nulidade do casamento só pode ser declarada por via judicial e não pode ser decretada de ofício, “somente determinadas pessoas estão legitimadas para requerer a declaração e existem situações em que a nulidade pode ser escoimada pelo decurso do tempo” (VENOSA, 2013, p. 107).

É importante destacar que ao tratar dos legitimados para arguir nulidade, a lei menciona “qualquer interessado”, portanto, terceiros sem qualquer relação com o casal não têm legitimidade para tanto.

A sentença que proclama o casamento nulo tem natureza declaratória enquanto a sentença que desconstitui o casamento anulável tem natureza constitutiva negativa.

No que diz respeito a diferença prática dos institutos, a ação para declarar a nulidade do casamento é imprescritível, por violar impedimentos de ordem pública, ao passo que a declaração de anulabilidade está sujeita a prazo decadencial (apesar de a lei falar em prescrição), de acordo com o que prevê o artigo 1.560 do Código Civil.

Venosa (2013, p. 107) adverte:

No casamento vigora o princípio do *favor matrimonii* do direito canônico, que traduz a atitude do legislador ao conceder um tratamento especial de proteção ao casamento para conservação de sua essência como instituição. É levado em conta, nesse aspecto, que a nulidade de um matrimônio pode acarretar a dissolução de uma família, ocasionando a irregularidade da união dos cônjuges e a filiação ilegítima. De tal modo, cabe ao interprete considerar essa filosofia que se traduz na prática no brocardo *in dubio pro matrimônio*.

Em que pese o casamento tenha sido celebrado ferindo algumas circunstâncias legais, quando afeta a boa-fé deve haver sopesamento para decretação de sua nulidade e produção de seus efeitos. Nesse sentido, Bittar (1994, p. 1099):

Dados a natureza especial do contrato de casamento e os respectivos fins, sempre remanescem consequências jurídicas advindas da celebração, mesmo nas hipóteses de nulidade e anulabilidade, em que se prevê, quanto às primeiras, a declaração de putatividade, na proteção da boa-fé dos cônjuges e da higidez jurídica da situação da prole, e, quanto às segundas, a possibilidade de ratificação posterior e a consideração dos efeitos havidos em sua vigência.

2.3.1 Casamento nulo

A ação de nulidade se impõe quando há ofensa a impedimentos absolutos que relacionam-se a interesses da sociedade e, portanto, insanáveis. Mas comporta exceção quanto ao celebrante incompetente.

O casamento nulo existe, mas não pode ter assegurado continuidade em razão de contrariar os impedimentos matrimoniais, que por vezes, afetam a estrutura social.

A declaração de nulidade tem seus efeitos retroativos à data do ato, no caso o momento da celebração. Se a decisão reconhecer a boa-fé de um ou de ambos os cônjuges, o casamento produzirá efeitos de matrimônio válido.

Os vícios que tornam o casamento nulo decorrem de: a) ausência de capacidade e b) desrespeito aos impedimentos legais.

As hipóteses de casamento nulo, portanto, são:

- os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;
- os afins em linha reta;
- o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;
- os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;
- o adotado com o filho do adotante;
- as pessoas casadas;
- o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte, além;
- do casamento contraído pelo enfermo mental sem discernimento e;
- pela participação do incapaz de consentir, a qualquer título, quando do ato do casamento.

As cinco primeiras hipóteses se referem ao matrimônio incestuoso, pois ferem o parentesco consanguíneo que é “obstáculo intransponível para o matrimônio” (VENOSA, 2013, p. 110). No entanto, não há impedimentos quanto a tios e sobrinhos, mas desde que precedido de exame pré-nupcial.

Quanto ao casamento nulo em razão de bigamia, enquanto não desfeito o casamento anterior, não pode o agente contrair novo casamento. Levando em consideração a valorização do matrimônio, anulado o primeiro casamento, o casamento seguinte será válido, do mesmo

modo que se a existência do primeiro cônjuge é duvidosa, por ausência prolongada, não se ataca o casamento.

A declaração da nulidade pode ser requerida pelo Ministério Público ou qualquer interessado na defesa das instituições legais.

2.3.2 Casamento anulável

Quando o casamento é celebrado ferindo preceitos que não interessam à sociedade, mas especialmente as partes, sua proteção é menos rigorosa que no casamento considerado nulo, razão pela qual os vícios podem ser sanados por meio de ratificação ou confirmação.

As hipóteses de casamento anulável:

- a) um ou ambos os cônjuges não completaram a idade mínima para casar;
- b) o menor em idade núbil, quando não autorizado por seu representante legal;
- c) por vício da vontade, nos termos dos arts. 1.556 a 1.558;

A) por vício da vontade, se houve por parte de um dos nubentes, ao consentir, erro essencial quanto à pessoa do outro;

B) por erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge:

I – o que diz respeito à sua identidade, sua honra e boa fama, sendo esse erro tal que o seu conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado;

II – a ignorância de crime, anterior ao casamento, que, por sua natureza, torne insuportável a vida conjugal;

III – a ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável, ou de moléstia grave e transmissível, pelo contágio ou herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência;

IV – a ignorância, anterior ao casamento, de doença mental grave que, por sua natureza, torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado, e;

C) em virtude de coação, quando o consentimento de um ou de ambos os cônjuges houver sido captado mediante fundado temor de mal considerável e iminente para a vida, a saúde e honra, sua ou de seus familiares.

d) do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento;

e) realizado pelo mandatário, sem que ele ou o outro contraente soubesse da revogação do mandato, e não sobrevivendo coabitação entre os cônjuges;

f) por incompetência da autoridade celebrante.

O casamento contraído por pessoas sujeitas ao pátrio poder, tutela ou curatela, sem

consentimento dos responsáveis, só poderá ser anulado se a ação for proposta em 180 dias, por iniciativa do incapaz, ao deixar de sê-lo, de seus representantes legais ou de seus herdeiros necessários. Tal prazo conta-se para o incapaz, da data que cessou a incapacidade e para os representantes e herdeiros, da data da morte do incapaz.

Se os responsáveis assistiram à celebração do casamento, manifestaram sua aprovação ou mesmo não se opuseram a ele, não lhes cabe a anulação.

No caso de casamento em que resultou gravidez, não há que se falar em anulação por motivo de idade.

Nos casos de anulação do casamento em razão de erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge, só o cônjuge enganado poderá propor a ação anulatória, dentro do prazo decadencial de 3 anos, contado da data da celebração do casamento. Maria Helena Diniz (2014, p. 298) afirma que “a lei reputa esse prazo para que, com a convivência conjugal, o cônjuge enganado possa perceber a existência de alguma causa de erro essencial que justifique a anulação matrimonial”.

No casamento anulável em razão da coação, o cônjuge coacto tem 4 anos da data em que se deram as núpcias para pleitear a anulação, desde que não tenha havido coabitação.

O prazo para anular o casamento realizado por mandatário com mandato revogado é de 180 dias contados da celebração do casamento, enquanto o prazo para anulação de casamento celebrado por autoridade incompetente é de 2 anos, pois após esses prazos, o casamento se convalescerá do vício que o macula.

3 SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO ANTES DA EMENDA CONSTITUCIONAL N° 66/2010

3.1 Separação antes da emenda constitucional n° 66/2010

A separação judicial era causa de dissolução da sociedade conjugal sem romper o vínculo matrimonial. Desta forma, nenhum dos consortes podia convolar novas núpcias. Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 143) afirma que a separação representa a abertura do caminho para a dissolução do vínculo matrimonial.

A separação judicial foi introduzida junto com o divórcio pela Lei 6.515/77, sendo apenas uma mudança de nomenclatura do que já se tinha por desquite.

Maria Helena Diniz (2014, p. 308) lembra que a separação judicial era uma medida preparatória da ação de divórcio, salvo quando havia separação de fato dentro do prazo previsto na Constituição. Ou nos dizeres de Orlando Gomes (1978, p. 295), um prelúdio do divórcio.

A separação judicial podia se dá de duas formas: a) consensual ou por mutuo consentimento dos cônjuges casados há mais de um ano, sem necessidade de apontar qualquer motivação; b) litigiosa ou não-consensual, efetivada por iniciativa da vontade unilateral de qualquer dos consortes, ante as causas previstas em lei.

A separação judicial dependia de sentença homologatória do juiz caso consensual e sentença decisória se litigiosa.

A legitimidade para propositura de ação de separação é personalíssima, só cabendo aos cônjuges movê-la, afinal ninguém mais do que eles têm capacidade de compreender o ato da separação. Todavia, em caso de incapacidade existe a possibilidade de a ação ser intentada por curador, ascendente ou irmão, que representasse legalmente o cônjuge.

A lei do divórcio, estatui que o órgão judicante deve promover todos os meios que estiverem ao seu alcance, para que as partes se reconciliem ou transijam, ouvindo-as pessoal e separadamente, procurando aconselhá-las e remover suas objeções e, a seguir, poderá, se entender necessário, reuni-las em sua presença.

A sentença que homologava ou decretava a separação punha termo aos deveres de coabitação, fidelidade recíproca e ao regime de bens, mas enquanto perdurasse o processo de separação judicial, o cônjuge era obrigado a prestar alimentos ao outro, salvo em certas situações, porque subsiste o dever de sustento, um dos efeitos do matrimônio.

Venosa (2013, p. 158) afirma que a proposta de separação serve para “atribuir uma solução aos casais em dificuldade no matrimônio, hipótese em que o casamento pode ser

retomado a qualquer tempo. Ademais, essa separação é útil para aqueles cujos escrúpulos não admitem o divórcio de plano”.

Desta feita, uma vez decretada a separação, além de pôr fim a alguns deveres matrimoniais, esta finda o regime matrimonial e permite a reconciliação simples ou a conversibilidade em divórcio.

Fachin (2003, p. 201) diz que “a separação é o meio do caminho entre a volta e o desligamento. A volta é a reconciliação, sem a necessidade de celebrar um novo casamento [...], como o vínculo não é atingido mas apenas a sociedade”.

3.1.1 Separação consensual

A separação consensual se dava por mutua intenção de romper o casamento. Nela não havia necessidade de apontar qualquer motivação, mas o casal só podia separar-se após o decurso de um ano do casamento. Para alcançarem o resultado, bastava que manifestassem o desejo de se separar.

Essa previsão de tempo mínimo estabelecida para os cônjuges separarem-se, a priori, parece uma forma de tentar preservar o casamento, vez que as dificuldades enfrentadas nos primeiros meses poderia ser superada nesse interstício.

Quanto ao período mínimo de um ano para os cônjuges requererem a separação por mútuo consentimento, Sílvia Rodrigues (2004) expõe:

“Tal medida visa evitar precipitações. É sabido que os primeiros tempos da vida de casado são os mais difíceis, por envolver uma penosa acomodação de um cônjuge ao outro. Por isso, para evitar que os desajustes superáveis sejam a causa de uma dissolução, decerto afastável com alguma transigência, o legislador impede a formulação do pedido de separação judicial consensual antes do transcurso desse prazo de um ano. Assim, tenta evitar pedidos levianos”.

Maria Berenice Dias (2009, p. 282) diz que alguns cônjuges, para abreviar o decreto de separação antes do prazo, acabavam protagonizando verdadeira farsa: simulavam uma separação litigiosa. Um, dizendo-se inocente, intentava ação de separação, imputando ao outro a responsabilidade pela ruptura do vínculo matrimonial. Ao pedido não se opunha o réu, que se quedava revel ou confessava a culpa, o que tornava indispensável a produção de provas. E não é difícil trazer as testemunhas necessárias para corroborar o afirmado na inicial.

No mesmo sentido Tepedino (2008, p. 448):

Não havendo outra forma de desquite unilateral senão a litigiosa, avultavam, no passado, os pedidos de anulação de casamento ou de imputação de culpa como causa do desquite, em particular na hipótese de adultério, não raro forjado em circunstâncias ensejadoras de enorme constrangimento para os cônjuges e para os filhos.

Orlando Gomes (1978, p. 243) *apud* Maria Helena Diniz (2014, p. 309), entende que se deve considerar igualmente consensual a separação requerida por um dos cônjuges e aceita pelo outro. Trata-se da separação consensual⁶ que se opera no curso de uma separação litigiosa.

Sílvio Rodrigues (2004, p. 212) assevera que “não raro um dos cônjuges, ao ver o propósito de seu consorte de intentar a separação judicial, concorda com a dissolução por mútuo consentimento, para fugir à desagradável publicidade peculiar àquela demanda”.

Maria Berenice Dias (2009, p. 286) alega que “reserva-se o uso da expressão ‘separação judicial’ à ação de separação contenciosa. Quando se fala em ‘separação judicial’, se está fazendo referência à ação proposta por um cônjuge contra o outro. Vindo o réu anuir ao pedido, ocorre a ‘conversão da separação litigiosa em consensual’, que não subtrai a demanda do âmbito judicial.

Para alcançar a separação consensual, os cônjuges deviam requerê-la em petição assinada por ambos, por seus advogados ou por advogado escolhido de comum acordo, comunicando a deliberação de por termo a sociedade conjugal, sem a necessidade de expor seus motivos, convencionando as cláusulas e condições em que o faziam.

A petição devia ser instruída dos documentos indicados no artigo 1.121 do Código de Processo Civil: I - certidão de casamento (art. 1.574 do Código Civil)⁷; II - o contrato antenupcial se houver; III - a descrição dos bens do casal e a respectiva partilha; IV - o acordo relativo à guarda dos filhos menores e ao regime de visitas; V - o valor da contribuição para criar e educar os filhos; VI - a pensão alimentícia do marido à mulher, se esta não possuir bens suficientes para se manter.

A partilha dos bens⁸ não é essencial para a homologação da separação, mas a descrição dos bens sim, que deve figurar na petição inicial. Washington de Barros e Regina Beatriz (2012, p. 379) advertem que a partilha pode se dá de modo desigual, pois os cônjuges são maiores e capazes, portanto, aptos a transigir.

A partilha dos bens pode ser feita em momento posterior, em juízo sucessivo, amigável ou contencioso.

6 Rodrigo da Cunha Pereira (2013, p. 21) afirma que “quando a separação é consensual é possível colocar um ponto-final àquele amor que ‘era vidro e se quebrou’, sofrer menos e proteger mais os filhos das consequências, às vezes maléficas, da separação”.

7 A certidão de casamento destina-se a comprovar que os cônjuges estão casados efetivamente há mais de 1 ano.

8 “A partilha pode, destarte, ficar para um segundo tempo, quando se sujeitará então ao procedimento previsto para os inventários” (TAVARES DA SILVA; MONTEIRO, 2012, p. 379).

O magistrado, verificando que a petição preenche todos os requisitos legais, ouvia as partes, separadamente⁹, esclarecendo-os, verificando que estavam plenamente convencidas de seus atos e das condições avençadas, sem hesitações, mandava reduzir a termo suas declarações e depois de ouvir o representante do Ministério Público¹⁰, no prazo de 5 dias, homologava o acordo para que produzisse efeitos jurídicos.

Quando da ouvida dos cônjuges, a lei impõe que o juiz deve promover por todos meios que as partes reconciliem ou transijam. “Difícil, porém, que o casal se reconcilie nessa fase, quando já ingressou com o pedido judicial, afinal, quando chegam às portas do judiciário, já pensaram e repensaram no ato.”

Caso o juiz não se convença do propósito das partes, marcará dia para ratificarem o pedido e se nenhum deles aparecer, arquivará o processo, mas se aparecerem o termo será lavrado.

O magistrado pode recusar a homologação e não decretar a separação se apurar que a convenção não preserva os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges, mas não tem o poder de alterar as condições estipuladas pelas partes se com elas não concordar.

Havia possibilidade de os cônjuges se retratarem, mas somente antes da sentença. Após a chancela judicial não cabe apelação, exceto em caso de erro procedimental ou vício de vontade.

Transitada em julgado, a decisão homologatória deveria ser averbada no Registro Civil competente, havendo imóveis, na circunscrição onde se acharem registrados.

A separação consensual só terá eficácia jurídica com a homologação judicial, que não é mero ato de chancela de um acordo, mas de fiscalização e controle da convenção firmada pelos cônjuges, visto que a separação do casal envolve também interesses da prole.

Depois do decreto de separação, nada obsta a alteração de algumas cláusulas do acordo, como alimentos e guarda dos filhos, no entanto não há que se cogitar alterações quanto a separação ou partilha de bens.

A sentença que decretava a separação, por possuir eficácia desconstitutiva, produzia efeitos a partir de seu trânsito em julgado, mas caso tenha havido separação de corpos os efeitos retroagem a sua concessão.

⁹ A lei não determina, mas é recomendável, pois a finalidade da audiência reside, precisamente, em saber se é livre a concordância com a separação e com todas as cláusulas do acordo. (DIAS, 2009, p. 284).

¹⁰ Compete ao Ministério Público intervir nas causas referentes ao estado das pessoas e ao casamento (art. 72, II, CPC). Desse modo, é obrigatória sua participação nas ações de separação, em todas as modalidades e em todas as instâncias, sob pena de nulidade.

A Lei 11.441/07 trouxe a possibilidade de separação sem a apreciação do Poder Judiciário, sendo realizada em cartório. Para tanto, é necessário que os interesses dos cônjuges não conflitem e não haja interesse de incapaz¹¹ em discussão. Para a feitura da separação extrajudicial é imprescindível a participação de advogado ou defensor.

Há quem defenda que quando atendidas as exigências para formular o pedido de separação em Cartório, esta deve ser feita obrigatoriamente ali sob fundamento de que os princípios da necessidade e adequação assim preconizam. Nesse sentido, Evangelista, Madeira e Guerra (2010, p. 176):

O poder judiciário não é local para discussão de questões possíveis de solução na esfera administrativa, logo, quando estivermos diante de um caso em que as partes são absolutamente capazes, não há interesse de incapaz envolvido e a separação é consensual, é obrigatória a via administrativa.

No entanto, há também quem entenda que a via extrajudicial é opcional, como Luz (2009, p. 57) que para tanto se vale da expressão *poderão ser realizados por escritura pública* que consta do art. 1.124-A do CPC. Nesse sentido a Resolução n. 35/2007 do CNJ.

Art. 2º - É facultada aos interessados a opção pela via judicial ou extrajudicial; podendo ser solicitada, a qualquer momento, a suspensão, pelo prazo de 30 dias, ou a desistência da via judicial, para promoção da via extrajudicial.

Ressalte-se que o tabelião poderá se negar a lavrar a escritura de separação em caso de fundados indícios de prejuízo a um dos cônjuges ou em caso de dúvidas sobre a declaração de vontade, fundamentando a recusa por escrito.

Mas Rodrigo da Cunha Pereira (2013) defende que tal norma ofende os princípios da autonomia privada.

Se as partes são maiores e capazes, são responsáveis e devem ser responsabilizadas pelas suas escolhas e as consequências delas decorrentes. É até possível que um cônjuge, principalmente quando o amor acaba, queira enganar o outro. Mas até que ponto o Estado pode ou deve intervir nesta relação? Esta intervenção, a que atribuo excessiva, acaba funcionando e imprimindo uma desresponsabilização aos sujeitos, na medida em que o Estado (cartório) fique tutelando sua vida e suas escolhas (PEREIRA, R., 2013, p. 61).

3.1.2 Separação litigiosa

A separação litigiosa implicava conflito de interesses e ocorria a pedido de um dos cônjuges, independentemente do tempo de casamento, desde que presentes as hipóteses legais

¹¹ Nesses casos seria indispensável a intervenção do Ministério Público para zelar a respeito de seus interesses, fato que certamente impossibilitaria o procedimento extrajudicial. (LUZ, 2009, p. 58)

que tornam insuportável a vida em comum. Eram três as espécies de separação contenciosa: a) como sanção; b) como falência e; c) como remédio.

Maria Berenice Dias (2009) adverte que o cônjuge inocente era quem podia propor a ação de separação litigiosa, não tendo o culpado legitimidade para tanto.

3.1.2.1 Separação litigiosa como sanção

Maria Berenice Dias (2009, p. 289) afirma que o termo separação-sanção se deve em razão do caráter marcadamente punitivo e vingativo do processo.

A separação sanção se dava quando um dos cônjuges imputava ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres matrimoniais e torne insuportável a vida em comum.

Art. 1.572. Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum.

A grave violação dos deveres do casamento autorizava o cônjuge que não concorreu para sua prática a requerer a separação, por se tornar insuportável a vida em comum.

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:
I - fidelidade recíproca;
II - vida em comum, no domicílio conjugal;
III - mútua assistência;
IV - sustento, guarda e educação dos filhos;
V - respeito e consideração mútuos.

A sentença implicava a condenação do réu como cônjuge culpado.

Como a separação como sanção era a única hipótese em que se discutia a culpa, era também a única que admitia reconvenção (GONÇALVES, 2012, p. 171).

O artigo 1.573 traz um rol que pode caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência: I) adultério; II) tentativa de morte; III) sevícia ou injúria grave; IV) abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo; V) condenação por crime infamante; VI) conduta desonrosa.

O rol é meramente exemplificativo, pois o parágrafo único do referido dispositivo, trazendo uma cláusula geral, proclama que o juiz poderia considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum.

Não bastava a prova de ato que importe grave violação dos deveres do casamento. Era necessário que se demonstrasse que a sua prática tornou insuportável a vida em comum.

O adultério é infração ao dever recíproco de fidelidade, “desde que haja voluntariedade de ação e consumação da cópula carnal propriamente dita” (DINIZ, 2014, p. 323).

Gonçalves (2012, p. 173) assevera que “constitui este a mais grave das faltas, não só por representar ofensa moral ao consorte, mas também por infringir o regime monogâmico e colocar em risco a legitimidade dos filhos”.

O dever de *fidelidade* se aplica a ambos os cônjuges e não sofre modificação durante a separação de fato, pois essa não rompe o casamento e, portanto, não desobriga os cônjuges do dever de fidelidade, ou seja, não os libera para convolar novas núpcias. Mas Luz (2009, p. 75) lembra que o dever de fidelidade pressupõe vida em comum, o que não existe quando há separação de fato.

Se um dos cônjuges infringe os deveres matrimoniais, nem por isso o outro passa a ter o direito de, impunemente, praticar o adultério, se o fizer, estará também dando causa a separação culposa.

A infração ao dever de *mútua assistência* pode caracterizar a *sevícia* e a *injúria grave*. A *injúria grave* também constitui infração ao dever de respeito a integridade física do outro cônjuge, com negação do dever de mútua assistência.

No elenco dos precedentes jurisprudenciais, figuram as mais variadas situações, em que o fato que se argüi como injúria grave é apreciado de conformidade com o nível educacional, cultural e social dos cônjuges, em confronto com as circunstâncias que o rodeiam. A publicidade não é imprescindível, pois inaceitável se tornaria que o cônjuge fosse obrigado a suportar a vida em comum apenas porque o outro escolhesse o recesso do lar ou da alcova, para as ofensas morais de que abusasse (BITTENCOURT, 2002, p. 94).

O abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo viola o dever de vida em comum no domicílio do casal. Maria Helena Diniz (2014, p. 324) assevera que no abandono nem sempre há mudança de domicílio por parte do consorte desertor. Deveras, pode haver abandono com a permanência do cônjuge no lar, mas de modo irregular com ausências maiores ou menores, com a recusa a coabitar, com o inadimplemento do *debitum conjugale*, com o fato de deixar o outro cônjuge e os filhos desamparados material e moralmente; com situações vexatórias que traduzem indiferença ou desprezo.

É importante, ainda, que o abandono seja voluntário e injustificável.

Vale destacar que duplicidade de domicílio não necessariamente conduz ao abandono, pois como assevera Cahali (2011, p. 29) “embora permaneçam os cônjuges sob tetos diferentes conserva-se íntegro o dever de coabitação no sentido de prestação de *debitum conjugale*, não se liberando o cônjuge do dever de fidelidade”.

A conduta desonrosa importa em violação do dever de respeito ao cônjuge. Washington de Barros e Regina Beatriz (2012, p. 356) sustentam que inúmeras são as formas pelas quais o indivíduo se afasta das leis da honra:

pela corrupção ou torpeza, pela vida desregrada ou criminosa, pelo vício da embriaguez ou pelo uso de entorpecentes, pelos atentados à moral e aos bons costumes, pela ociosidade, de mil maneiras, enfim, pode traduzir-se a conduta desonrosa, que autoriza o outro cônjuge a reclamar a separação judicial.

Evangelista, Madeira e Guerra (2010, p. 180) asseveram que “a insuportabilidade da vida em comum é descaracterizada em função de perdão (tácito ou expresso), o que ocorre, por exemplo, quando a cônjuge coabita (mantém relação sexual) após a ciência do adultério”.

Em virtude da culpa averiguada, a partir do descumprimento dos deveres conjugais e de atos que tornem insuportável a comunhão de vida, o cônjuge declarado culpado somente teria direito aos alimentos naturais (os necessários a sobrevivência).

Outro aspecto decorrente da análise da culpa era a possibilidade de perda do sobrenome pela mulher após a separação.

Não bastassem tais efeitos, o cônjuge culpado ainda perderia a guarda dos filhos conforme dispunha o artigo 10 da Lei do Divórcio:

Artigo 10 – Na separação judicial fundada no “caput” do art. 5º (separação fundada na culpa), os filhos menores ficarão com o cônjuge que a e não houver dado causa.

3.1.2.2 Separação litigiosa como falência

Efetivava-se quando qualquer dos cônjuges provocava a ruptura da vida em comum há mais de um ano e impossibilitava sua reconstituição, sendo, ainda, irrelevantes as causas. Era tão somente legalização de uma separação de fato. “Não importa sequer saber quem tomou a iniciativa da ruptura da união conjugal” (GONÇALVES, 2012, p. 183).

Venosa (2013, p. 198) declara que “essa ruptura caracteriza-se pelo distanciamento físico dos cônjuges, cada um fixando residência em local diverso. Pode ocorrer, porém, que permaneçam sob o mesmo teto, mas em situação de ruptura, quer por motivos econômicos, quer para não agravar a situação familiar dos filhos”.

Sílvia Rodrigues (2004, p. 229) precisa que a separação falência se dava por circunstâncias e não por culpa. “Assim, a responsabilidade pela ruptura da vida em comum, ou seja, as razões que levaram à separação de fato, é totalmente irrelevante”.

3.1.2.3 *Separação litigiosa como remédio*

Ocorria quando o cônjuge, ante o fato de o outro estar acometido de doença mental grave, manifestada após o casamento, que tornasse impossível a continuação da vida em comum, desde que, após uma duração de dois anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável, pedia a separação.

Evangelista, Madeira e Guerra (2010, p. 184) asseveram que “neste tipo de separação o cônjuge busca a sua felicidade individual a partir do momento em que considera um martírio o convívio com o consorte”.

Nos dizeres de Jander Brum (1997, p. 57) “forçar o cônjuge hígido na manutenção do casamento, impedindo-o de se separar, certamente contribuirá para o desequilíbrio do ser humano ou uniões extramatrimoniais que são piores que a solução legal proposta pelo legislador”.

Washington de Barros e Regina Beatriz (2012) professam que esse dispositivo é descaridoso, indicando egoísmo e hedonismo, esquecendo-se a lei que o casamento é para os bons e maus momentos. Mas é situação difícil, pois de um lado está a possibilidade de o cônjuge doente ficar a mercê e de outro a possibilidade de o cônjuge sadio ficar insatisfeito e infeliz, aprisionado no casamento.

A gravidade da doença mental era aferida pelo juiz, com base no parecer do perito nomeado e em consideração as condições pessoais do paciente, uma vez que lhe cabe decidir, in concreto, se ela pode ser assim considerada.

A enfermidade devia ser posterior ao casamento e realmente incurável.

Na busca de desestimular a separação remédio, a legislação estabelece que o cônjuge que tomar a iniciativa da separação por doença mental do outro cônjuge sofrerá uma sanção: o seu consorte tornar-se-á proprietário exclusivo dos bens que trouxe para o casamento e da meação dos adquiridos posteriormente, vez que “o regime de bens é modificado em seu favor [do cônjuge doente]” (TAVARES DA SILVA; MONTEIRO, 2012, p. 356).

Venosa (2013, p. 199) afirma que tal norma tem pouco alcance, pois dificilmente o cônjuge que pode pleitear o divórcio direto caso esteja separado de fato há mais de dois anos buscará a separação em razão de o outro cônjuge ter sido acometido por grave doença mental.

Nesse sentido, também preleciona Maria Berenice Dias (2009, p. 288):

O prazo para o pedido da separação coincide com o lapso temporal para a concessão do divórcio. Assim, estando os cônjuges separados de fato há dois anos, e sendo desnecessária a indicação de qualquer motivo para buscar a dissolução do vínculo conjugal, nenhuma razão haveria para propor a separação sob a alegação – que

necessita ser comprovada – de enfermidade de cura improvável, quando, em igual prazo, pode ser requerido diretamente o divórcio.

3.2 Divórcio antes da emenda constitucional nº 66/2010

O divórcio dissolve o casamento, o que a separação não é capaz de fazer. Assim, uma vez divorciado, o indivíduo pode convolar novas núpcias ao passo que o separado não. Caso o queira, era necessário que o separado buscasse a conversão da separação em divórcio.

Maria Berenice Dias (2009, p. 294) diz que “com o divórcio há a alteração do estado civil dos cônjuges, que de casados passam a ser divorciados. A morte de um dos ex-cônjuges não altera o estado civil do sobrevivente, que continua sendo o de divorciado, não passando à condição de viúvo”.

Havia basicamente 3 modalidades de divórcio: a) extrajudicial consensual; b) judicial indireto ou por conversão; e c) judicial direto

3.2.1 Divórcio extrajudicial consensual

Realizado por escritura pública desde que comprovado um ano de separação judicial (divórcio conversão extrajudicial) ou dois anos de separação de fato (divórcio direto extrajudicial).

A Lei 11.441/2007 permite tanto o divórcio direto quanto sua conversão na forma extrajudicial.

Para lavratura da escritura pública se faz necessário: a) certidão de casamento; b) documento de identidade oficial e CPF; c) pacto antenupcial, se houver; d) certidão de nascimento ou outro documento de identidade dos filhos absolutamente capazes, se houver; e) certidão de propriedade de bens imóveis e direitos a eles relativos; f) documentos necessários à comprovação da titularidade dos bens móveis e direitos, se houver.

É necessário ainda que o casal não tenha filhos menores ou incapazes, sendo apresentada declaração para tanto, além da assistência dos cônjuges por advogado comum ou por advogados de cada um deles. Caso não tenham condições econômicas de contratar advogado, o tabelião deverá recomendar a Defensoria Pública.

Os atos notariais são gratuitos aos que se declararem pobres, mesmo que assistidos por advogado constituído.

Na escritura deve constar declaração das partes, afirmando que estão cientes das consequências do divórcio e clara recusa à reconciliação; disposições relativas à descrição e à partilha de bens comuns¹².

O tabelião pode negar-se a lavrar a escritura caso se depare com indícios de prejuízos às partes ou dúvida quanto a declaração de vontades. Tal negativa deve ser fundamentada e fornecida por escrito.

Os cônjuges não precisam comparecer ao cartório para lavrar a escritura de divórcio, podendo fazer-se representar por procurador, desde que habilitado por escritura pública com poderes especiais. Será dispensado o instrumento de procuração no caso de o advogado comparecer juntamente com as partes ao ato de assinatura da escritura.

Concluída a escritura de divórcio, esta constitui título executivo extrajudicial, portanto independe de homologação e assume a qualidade de título hábil para o registro de imóveis e o registro civil, para transferência de bens e direitos, para levantamento ou transferências de numerários etc.

Cabe ao tabelião encaminhar a escritura ao Oficial de Registro Civil para a averbação necessária.

Esse procedimento extrajudicial é facultativo, razão pela qual não pode o juiz recusar-se a homologar o pedido feito em sede judicial. Mas é importante esclarecer que a possibilidade de realizar o divórcio por meio administrativo se fez justamente para desafogar o judiciário e o procedimento não requer homologação judicial nem participação do Ministério Público, pois os interesses em discussão são privados e disponíveis, o que não obsta as partes a buscarem a justiça no caso de conflito de interesses.

Evangelista, Madeira e Guerra (2010, p. 194) defendem que o procedimento extrajudicial é obrigatório quando preenchidos os requisitos, “vez que o poder judiciário somente deve processar e julgar demandas em que estejam presentes os princípios da necessidade e da adequação”.

3.2.2 Divórcio judicial indireto

A lei do divórcio determinava que a separação judicial poderia ser convertida em divórcio desde que decorridos três anos da decisão que decretou ou da que concedeu a medida

¹² Maria Berenice Dias (2009, p. 309) afirma que “tal exigência é dispensável”, porque a partilha de bens pode ser feita em momento posterior através da via judicial ou escritura de partilha de bens.

cautelar correspondente.

A Constituição de 1988 trouxe redução desse prazo para um ano e finalmente o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.580 também se adequou.

Essa conversão podia ocorrer tanto consensualmente, mediante acordo entre as partes, homologado judicialmente, como pela modalidade litigiosa, com citação do outro cônjuge e sentença.

No pedido de conversão, firmado pelas partes e por advogado, deviam juntar cópia da sentença definitiva da separação judicial e comprovar o decurso de prazo superior a um ano, contado da decisão de separação ou da que concedeu a medida cautelar correspondente. Ainda que o prazo possa ser contado da separação de corpos, há necessidade de sentença de separação, que é essencial, pois o que se converte é a separação judicial e não a separação de corpos (VENOSA, 2013, p. 212).

A ação de conversão é imprescritível, sem prazo para ser intentada, portanto. Na verdade, a faculdade para requerer a dissolução do vínculo matrimonial, seja por separação, seja por divórcio, insere-se no rol dos direitos facultativos ou potestativos, cuja possibilidade de promover a ação persiste enquanto for mantida determinada situação jurídica.

Dessa forma, os cônjuges podem manter-se separados judicialmente por tempo indeterminado, podendo a qualquer tempo requerer a conversão. Venosa (2013, p. 212) lembra bem que o “divórcio não ocorre pelo simples decurso do tempo: há necessidade de sentença que o decrete”.

A ação de conversão era processo autônomo em relação à separação judicial, exigindo distribuição e correndo em autos apartados. A lei do divórcio falava em apensamento aos autos de separação, mas não prevenção, portanto, a conversão podia ser proposta em juízo diverso, caso em que o pedido era instruído com a certidão da sentença ou sua averbação no assento de casamento.

No pedido consensual, os cônjuges firmavam petição em comum, juntamente com o advogado, tal como na separação judicial e deviam mencionar se mantidas as cláusulas previstas nesta.

Maria Helena Diniz (2014, p. 373) apontava como única distinção entre o divórcio consensual indireto e o divórcio litigioso indireto o consenso ou dissenso dos cônjuges.

Venosa (2013, p. 213) afirma que no pedido de conversão litigioso, a contestação, quanto ao mérito, devia se restringir ao aspecto do lapso temporal necessário. Assim, o juiz não pode entrar no mérito do pedido, nem mesmo negá-lo, de maneira que a conversão tem caráter obrigatório (DINIZ, 2014, p. 374).

3.2.3 Divórcio judicial direto

A ação de divórcio pode ser consensual ou litigiosa e tem como único fundamento a cessação da vida em comum por mais de dois anos. É chamada de divórcio direto, para distinguir-se da ação de conversão da separação em divórcio. A culpa não integra a demanda, não cabe ser alegada, discutida ou muito menos reconhecida na sentença.

Na espécie contenciosa, a única defesa possível era a alegação de falta do decurso do prazo de dois anos da separação de fato (DIAS, 2009, p. 294). Uma vez este prazo suprido no curso da demanda, era possível sua decretação. As pessoas se separavam de fato, o que revela a falência da sociedade conjugal e o reconhecimento jurídico serve apenas para o atestar essa ruptura (FACHIN, 2003, p. 207).

No Brasil, a separação de fato por mais de dois anos constituiu-se em pré-requisito do divórcio direto consensual, e se ambos os consortes anuísem na dissolução do liame matrimonial, e do divórcio direto litigioso, se um deles não concordasse a respeito de uma das causas arroladas no artigo 5º e §§ 1º e 2º da Lei 6.515/77 (DINIZ, 2014, p. 377), mas com a revogação de tal dispositivo, não se exigia mais a especificação da causa da separação de fato.

Na demanda contenciosa, como se trata de ação de estado, o réu deve ser citado pessoalmente. Encontrando-se em lugar incerto e não sabido, a citação pode ocorrer por edital. Ainda que o autor afirme não saber do paradeiro do réu, o juiz deve diligenciar sua localização antes de determinar sua citação editalícia. Citado por edital, às claras que a audiência conciliatória resta prejudicada, mas descabe a aplicação dos efeitos da revelia. Mister a prova do fim da convivência pelo prazo legal.

Apesar de a lei fazer referência somente ao divórcio consensual, também na ação proposta por um dos cônjuges mister a realização de audiência, principalmente se existirem filhos menores ou se for declarada a existência de bens comuns. Na ausência de interesse dos filhos, pode ser dispensada a solenidade, principalmente quando um dos cônjuges se encontre em lugar de deslocamento difícil, more em estado distante ou em outro país.

Não havendo prova documental do rompimento do vínculo é necessária a ouvida de testemunhas. No entanto, vem sendo admitida declaração escrita das testemunhas e dispensada sua ouvida em audiência.

Não é necessário, mas é de todo recomendável que na ação fiquem solvidas as questões patrimoniais. Assim, conveniente que com a inicial venha a descrição dos bens e a pretensão de partilha para ser homologada com a sentença. De qualquer sorte, havendo

consenso quanto ao divórcio, cabe ser decretado, prosseguindo a ação quanto aos alimentos, partilha de bens etc.

3.2.4 Efeitos do divórcio

A sentença que decreta ou homologa o divórcio possui eficácia ex nunc, não atingindo ou suprimindo os efeitos produzidos pelo casamento antes de seu pronunciamento.

O principal efeito advindo com o divórcio é dissolução da sociedade e do vínculo conjugal, com seus corolários, principalmente a separação de corpos e a extinção dos demais deveres conjugais, possibilitando a convalidação de novas núpcias.

Há também, com o divórcio, a queda do regime de bens, provocando sua partilha¹³, a cessação dos efeitos civis de casamento religioso, de impedimento resultante de casamento; perda do direito a sucessão; impossibilidade de reconciliação simples.

¹³ Lembrando que esta pode ser feita durante ou após o processo de divórcio judicial. Ainda que seja litigioso o divórcio, os cônjuges poderão de comum acordo elaborar proposta submetida à homologação do juiz, que não precisa observar rigorosa igualdade ou as regras do regime de bens adotado, em virtude da prevalência da autonomia da vontade. Se não houver acordo, os pedidos individuais de partilha serão decididos pelo juiz que considerará, em princípio, as regras aplicáveis ao regime de bens do casal (LOBO, 2011, p.160).

4 O DIVÓRCIO APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL N° 66/2010

A luta pelo divórcio no Brasil foi longa e tenaz. As alterações sociais modificaram a visão do que se tinha por família tradicional. As pessoas já não queriam insistir em conservar relações falidas e às vezes, só queriam ir atrás da felicidade, o que originava as chamadas famílias recombinadas.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2012, p. 401) aduzem que

todo projeto afetivo, inclusive o casamento, tende, naturalmente, à permanência. Não há casamento que seja celebrado pensando em sua dissolução. É preciso observar, de qualquer maneira, que muito mais relevante do que a manutenção de um casamento com o sacrifício da felicidade dos cônjuges é o respeito às liberdades e garantias individuais.

Fachin (2003, p. 194) sustenta que “uma história a quatro mãos tende ao sentido da permanência. Todavia, a liberdade de casar convive com o espelho investido da mesma liberdade, a de não permanecer casado”.

Nesse sentido, resta claro que ao se casarem as pessoas buscam eternizar o relacionamento, mas por diversas razões a relação adquire contornos que impedem que esse plano seja preservado e não há como nem porquê fazê-los manter uma relação a dois se a vida em comum não é mais prazerosa ou simplesmente acabou o amor.

Essa mudança de cenário clamava por um instituto que rompesse o casamento e todos os deveres dele decorrentes, permitindo que o indivíduo convolvesse novas núpcias.

Nessa conjuntura, adveio o divórcio que para ser instituído esbarrava principalmente nos adversários convictos, congressistas antidivorcistas, apoiados fortemente pela Igreja Católica que perfilha que o matrimônio é um sacramento que une os cônjuges indissolúvelmente.

No começo, ao ser implantado, provocou uma certa onda de procedimentos judiciais, apesar de ter trazido uma série de requisitos temporais, além de análise do porquê do divórcio.

Mas as pessoas que o buscaram foram as pessoas que por ele esperavam há algum tempo, que buscavam legalizar suas situações, tanto que ainda é pouco expressivo o volume de rupturas de vínculos.

A despeito de antidivorcistas afirmarem que o implemento desse instituto despertaria o interesse de pessoas que não consideravam a hipótese, o que se vê é que "a ele recorrem aqueles que não encontraram no matrimônio a harmonia que é o clima da vida conjugal" (PEREIRA, C., 2013, p. 279).

Vale registrar que não é a existência do divórcio que desfaz casamentos, nem a exigência de prazos ou separações intermediárias que obstará sua feitura pelos que por ele desejarem (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010, p. 54).

Nos dizeres de Bittencourt (2002, p. 69) “as separações de casais não se operam apenas porque a lei as permite, o que é facilmente verificado pelo número de casais separados, sem processo judicial, em várias camadas sociais”.

O divórcio funciona, muito bem categoriza Bittar (1994, p. 1102), como “mecanismo formal de solução de conflitos irremediáveis ou de separações definitivas entre os interessados, ou seja, de remédio extremo para os casos de cessação total da *affectio maritalis*”.

O que se percebe é que "detectado o fim do afeto que unia o casal, não havia e não há qualquer sentido em se tentar forçar uma relação que não se sustentaria mais" (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 540).

Pelo contrário, o Estado deve garantir "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". (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 540).

O Direito de Família, no caráter atual, em perspectiva constitucional, deve primar pela intervenção mínima do Estado na vida dos cidadãos, atuando de forma a facilitar e desburocratizar os instrumentos que os indivíduos necessitam ao longo da vida. Nesse sentido, Gagliano e Pamplona Filho (2010, p. 48):

O Direito de Família, em sua nova perspectiva, deve ser regido pelo princípio da intervenção mínima, desapegando-se de amarras anacrônicas do passado, para cunhar um sistema aberto e inclusivo, facilitador do reconhecimento de outras formas de arranjo familiar, incluindo-se as famílias recombinações (de segundas, terceiras núpcias etc).

Farias (2007, p. 37) posiciona-se muito bem ao afirmar que “adentrar a vida privada do casal para discutir aspectos que lhe são íntimos viola, sem dúvida, as suas garantias fundamentais, expondo a parte mais íntima de suas vidas a uma indevida publicidade”.

À vista disso, no que concerne o rearranjo familiar, o Estado deve garantir que a vontade dos cônjuges seja respeitada, afinal apenas a eles cabe a decisão do término do vínculo conjugal, e só intervir diretamente para tratar questões afetadas pelo fim do casamento (guarda de filhos, uso do nome, alimentos, divisão patrimonial etc.)

Por isso, tanto para o divórcio, quanto para o outrora vigente instituto da separação, a tendência deve ser sempre a sua facilitação, e não o contrário. E como bem lembram Gagliano e Pamplona Filho (2010, p. 52) “o divórcio, diretamente concedido, atende com recomendável e pela eficiência aos anseios de quem pretende livrar-se de uma relação afetiva falida”.

Pereira (R., 2013, p. 43) lembra:

Em 1977, o argumento usado para se manter na lei o instituto da separação judicial como alternativa ao divórcio era puramente religioso. Tinha-se a esperança de que os católicos não se divorciariam, apenas se separariam judicialmente. A realidade, diferente do que se temia, foi outra: católicos se divorciaram, não houve uma “avalancha” de divórcios, e as famílias não se desestruturaram por isso. Ao contrário, as pessoas passaram a ter mais liberdade e conquistaram o direito de não ficarem casadas. Ora, o verdadeiro sustento do laço conjugal não são as fórmulas jurídicas. O que garante a existência dos vínculos conjugais é o desejo.

Em 2007, a aprovação da Lei 11.441 representou um expressivo avanço nesse sentido, pois ao regular a separação e o divórcio administrativos (extrajudiciais) de fato simplificaram o processo. Essa lei permitiu que casais, sem filhos menores ou incapazes, pudessem, consensualmente, lavrar escritura pública de separação ou divórcio, em qualquer Tabelionato de Notas do País.

O outro passo relevante veio com a Emenda Constitucional n° 66/2010 (Projeto de Emenda Constitucional n. 28, de 2009), a chamada “PEC do Divórcio”, que modificou o parágrafo 6° do art. 226, da CF, assingelando o processo de dissolução do casamento e trazendo algumas discussões quanto a permanência de institutos anteriores.

4.1 Extinção da separação judicial

A Emenda Constitucional n° 66, em vigor a partir de 14 de julho de 2010, trouxe significativas mudanças no tocante à Separação e ao Divórcio. Mas não há unanimidade quanto a subsistência do sistema dual de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, pois há entendimento de que referida emenda tenha revogado a separação.

Os que alegam a manutenção do instituto da separação se aferrolham no fato de a Constituição não ter a revogado expressamente, permanecendo, portanto, os institutos do Código Civil que sobre ela tratam.

Cahali (2011, p. 72), por exemplo, afirma que

A disposição constitucional, em sua nova versão, continua não tendo nenhuma pertinência com a separação legal, à qual agora nem ao menos faz referência, prevista aquela, como sempre esteve, a respectiva disciplina, de forma autônoma e exclusiva regulada na legislação ordinária.

Mas existem doutrinadores que defendem que ao estabelecer que o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio, a Constituição exclui qualquer requisito prévio e, portanto, deixa de tutelar a separação judicial.

Nesse sentido, Rolf Madaleno (2013, p. 204) assevera a dificuldade de convivência dos institutos da separação e do divórcio após a reforma, pois antes os dois institutos recebiam tratamento constitucional explícito, o que não continuou com a mudança, caracterizando a

extinção da separação por absoluta incompatibilidade com a Constituição, haja vista a nova redação do § 6º do artigo 226 da Carta Federal, com força normativa própria, haver apenas mantido a figura jurídica da dissolução do vínculo conjugal.

Ao tratar sobre o assunto, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2012) fazem análise da disposição normativa e revelam que ao entrar em vigor, a Emenda Constitucional nº 66/2010 produziu efeitos imediatos e vinculou as normas infraconstitucionais e por isso, revogou todas as disposições contidas nestas que faziam referência a separação e suas causas.

Tartuce (2014, p. 457) também afirma que “a inovação tem aplicação imediata, como norma constitucional autoexecutável. Assim, não há a necessidade de qualquer *ponte infraconstitucional* para a sua eficácia, o que está de acordo com a doutrina que reconhece a *força normativa da Constituição*”.

Caio Mário (2013, p. 285) ofereceu uma solução diferente. Não adentrou no cerne da questão, não confirmou a extinção do instituto da separação. Afirmou apenas que o direito brasileiro dispensou tais normas, permitindo que o legislador ordinário fique livre para conservá-los ou não, aplicá-los ou não conforme seu livre e amplo juízo de conveniência.

Os doutrinadores que acreditam na preservação do instituto da separação judicial no ordenamento jurídico apontam que embora dispensados os requisitos temporais, tanto para a modalidade consensual quanto para a litigiosa, é possível promover a separação a qualquer tempo e inclusive com qualquer tempo de casamento, sem precisar recorrer forçosamente ao divórcio (MADALENO, 2013, p. 204).

Washington de Barros e Regina Beatriz (2012, p. 235) alegam que a Constituição apenas silencia ou não faz referência à separação, pois não se mostra razoável “considerar justa e adequada a eliminação da espécie dissolutória culposa, isto é, daquela que se baseia no grave descumprimento de dever conjugal”.

Para eles, a supressão da espécie dissolutória culposa acarretaria a violação à dignidade da pessoa humana, vez que permitiria que o cônjuge que traiu tivesse direito a pensão alimentícia plena, por exemplo, mesmo tendo descumprido dever conjugal.

Defendem ainda que “se fosse suprimida a forma dissolutória culposa, os deveres conjugais passariam a ser meras recomendações, e não deveres propriamente ditos”.

Ao defender a permanência do sistema dual, Regina Beatriz (2012, p. 23) faz analogia ao período em que a Constituição não tratou do desquite, mas o instituto continuava em vigor. E acrescenta que a interpretação da lei deve ser feita independente da intenção de seu autor.

Outros estudiosos argumentam que “embora conste formalmente do texto constitucional, nem todas as normas são materialmente constitucionais” (EVANGELISTA; MADEIRA; GUERRA, 2010, p. 171). Mas as normas infraconstitucionais devem estar de acordo com a Constituição sob pena de incorrerem em inconstitucionalidade.

Há ainda argumentos religiosos para defender a permanência do instituto da separação. Washington de Barros e Regina Beatriz (2012, p. 330) preconizam

Se suprimido o instituto da separação, uma de duas hipóteses obrigatoriamente ocorreria. Numa, o cônjuge que professa religião que não admite o divórcio se divorciaria e ficaria irregular perante sua crença, privado, assim, do livre exercício religioso. Noutra, o cônjuge que professa essa religião manter-se-ia sempre em separação meramente de fato e estaria irregular perante o Estado, vivendo em situação híbrida, que nunca é recomendável.

No entanto, como muito bem adverte Pereira (R., 2013, p. 46):

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

No mesmo sentido, Dom GERALDO LYRIO ROCHA, lembrado por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2013, p. 544), pontuou:

se, no âmbito eminentemente católico, o casamento continua a ser indissolúvel, isso toca à crença de cada um, não se podendo, assim, pretender deslocar para o âmbito jurídico — de um Estado que admite a crença em Deus de diversas formas — uma discussão que é eminentemente religiosa, segundo o credo de cada um.

Em suma, os defensores da manutenção da separação no ordenamento acreditam que a Emenda Constitucional n° 66/2010 não excluiu a separação, tendo acarretado apenas a sua eliminação como requisito do divórcio, conservando-se, pois, as causas da separação judicial, aplicando-as ao divórcio.

Efetivamente inexistem razões para se manter no sistema jurídico a dualidade de procedimentos, primeiro passando pela dissolução da sociedade e depois pela dissolução do vínculo conjugal, senão o de forçar os cônjuges à duplicidade de procedimentos, requerendo por duas vezes a ruptura oficial do mesmo casamento. (MADALENO, 2012, p. 200)

A manutenção do instituto da separação judicial tinha razão de ser somente pelo improvável arrependimento e expectativa de eventual reconciliação dos casais, mas a prática revelou que a recomposição de pares legalmente separados são bastante reduzidas, não se revelando interessante conservar esse processo dual.

O volume de casais que retomavam o casamento era insignificante se comparado com o número de separações convertidas em divórcio. “Em regra, marido e mulher vão a juízo

depois de definitivamente divorciados perante o foro de seus próprios corações” (BITTENCOURT, 2002, p. 70).

Orlando Gomes (1978, p. 258) assevera que “a reconciliação tanto é possível na separação consensual como na separação litigiosa”. Expõe ainda que é mais fácil de ocorrer na primeira, quando é realmente amigável que na segunda, e já em 1978 as estatísticas provavam que, tanto numa como na outra, sucede sem frequência.

Gagliano e Pamplona Filho (2010, p. 56) sustentam que alegar a reconciliação para defender a manutenção da separação não prospera em virtude das várias desvantagens desse instituto.

Ainda que nenhuma alteração tenha ocorrido diretamente nos artigos do Código Civil que ainda tratam da separação judicial consensual ou litigiosa, e tampouco na Lei n. 11.441/2007, que aborda a separação consensual extrajudicial, a separação perdeu o sentido de existir, pois não é mais possível buscá-la para depois convertê-la em divórcio, só seria viável em caso de discussão de culpa que também não mais opera, além de que uma norma constitucional tem preferência sobre norma ordinária.

Ademais “esse entendimento somente poderia prosperar se arrancasse apenas da interpretação literal, desprezando-se as exigências de interpretação histórica, sistemática e teleológica da norma” (LOBO, 2011, p. 151). No entanto, quando há mais de uma interpretação possível, prevalece a que confere mais efeitos à norma, segundos seus fins sociais, e não a que os reduzem ou suprimem.

Mister esclarecer que não mais se justifica defender o sistema dual de rompimento do casamento, pois a tendência observada nos ordenamentos jurídicos ocidentais é a de que o Estado deixe de interferir na vida privada e na intimidade dos cidadãos.

Gagliano e Pamplona Filho (2013, p. 536) classificam como uma completa mudança de paradigma, pois o Estado busca se afastar da intimidade do casal, reconhecendo a autonomia destes para extinguir, pela sua livre vontade, o vínculo conjugal, sem necessidade de requisitos temporais ou de motivação vinculante.

A intromissão judicial na vida privada dos cônjuges deve ser evitada ao máximo, principalmente numa época em que se procura preservar a intimidade a qualquer custo (VENOSA, 2013, p. 160).

Desta forma, defender a permanência da separação é querer dar sobrevida ao instituto esvaziado de funcionalidade que só serviria para prolongar sofrimentos evitáveis e “não há porque se advogar pela mantença no ordenamento jurídico de um instituto sem aplicação prática” (EVANGELISTA; MADEIRA; GUERRA, 2010, p. 201).

Como bem explicam Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2012, p. 405), “o fim do projeto de comunhão plena de vida (constituído por laços de afeto) tem no desamor seu único fundamento”.

O divórcio, a partir da alteração trazida com a Emenda Constitucional n° 66/2010 passou a ser a única forma de dissolução do casamento, independentemente de qualquer lapso temporal ou discussão de causa.

4.2 Separados no curso da Emenda Constitucional n° 66/2010

Regina Beatriz (2012, p. 28) afirma que “com a supressão do divórcio conversivo [...], não se pode aceitar um vazio legislativo decorrente de falta de recriação do direito posto”.

Mas não há que se falar em vazio legislativo, pois as pessoas separadas ao tempo da promulgação da emenda em epígrafe que não tenham buscado o divórcio não podem ser consideradas divorciadas. Tais pessoas permanecem com *status* de separadas. “Os casais separados judicialmente continuarão nessa situação até que lei ordinária defina diferentemente” (VENOSA, 2013, p. 175).

A alteração constitucional não teria o condão de modificar uma situação jurídica perfeitamente consolidada segundo as regras vigentes ao tempo de sua constituição, sob pena de gerar perigosa e indesejável insegurança jurídica como alertam Gagliano e Pamplona Filho (2010, p. 139).

Evangelista, Madeira e Guerra (2011, p. 169) afirmam que as pessoas separadas judicialmente ou de fato podem, de pronto, requerer a conversão da separação em divórcio, não havendo mais a necessidade da observância de tempo, mas se não há necessidade de observar lapso temporal trata-se de pedido de divórcio direto e não divórcio conversão.

Imperioso avultar que as declarações prestadas para comprovar o lapso temporal exigido muitas vezes eram enganosas e serviam apenas para engambelar o julgador e dar por cumprida uma “exigência legal e descabida, porque em total descompasso com o progresso das relações pessoais e sociais, que restaram rediscutidas com a consagração do princípio da dignidade humana” (EVANGELISTA; MADEIRA; GUERRA, 2011, p.169).

Até que promovam o divórcio direto, por iniciativa de um ou de ambos, continuam na condição de separadas. Mas ao buscarem o divórcio, não têm que observar qualquer prazo.

Vale assegurar que quando do pedido de divórcio, os efeitos do instituto da separação judicial podem ser revistos, “uma vez que a nova norma constitucional dele não mais

trata, especialmente quando condicionados à restrição de direitos em decorrência de culpa pela separação, prevista na legislação anterior” (LOBO, 2011, p. 164).

Como estas pessoas mantêm o estado de separadas, conservam alguns efeitos e institutos dela decorrentes. Desta feita, é possível que possam restabelecer a sociedade conjugal, por ato regular em juízo ou mediante escritura pública, como autoriza a Lei 11.441/2007 (GONÇALVES, 2012, p. 155).

Assim, as normas referentes a separação permanecem em vigor como transitórias, aplicadas enquanto houver pessoas no estado civil de separados que não se divorciaram. Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 89) também assevera que a norma que permite a reconciliação dos separados que não se divorciaram é exemplo de preceito que permanece em vigor apenas como norma de transição.

Gonçalves (2012, p. 156) aduz que a expressão “separação judicial” deverá ser desconsiderada, exceto quando estejam envolvidos casais que já detinham esse estado civil antes da Emenda Constitucional n° 66/2010, mantidos os seus efeitos para os demais aspectos.

Na verdade, a faculdade para requerer a dissolução do vínculo matrimonial, seja por separação, seja por divórcio, insere-se no rol dos direitos facultativos ou potestativos, cuja possibilidade de promover a ação persiste enquanto for mantida determinada situação jurídica. Dessa forma, os cônjuges podem manter-se separados judicialmente por tempo indeterminado (VENOSA, 2013, p. 212).

Mas após a emenda em epígrafe não há que se falar em divórcio conversão, pois os separados que queiram se divorciar buscarão o divórcio direto.

Quanto às ações em curso de separação judicial, sejam consensuais ou litigiosas, Tartuce (2014, p. 474) aduz que estas, “em regra, devem ser extintas sem julgamento do mérito, por impossibilidade jurídica superveniente do pedido, salvo se já houver sentença prolatada”.

De toda sorte, diante dos princípios da economia e da fungibilidade, pode o juiz da causa dar oportunidade para que as partes envolvidas adaptem o seu pedido, da separação judicial para o divórcio. Se houver medida cautelar de separação de corpos em que houve concessão de liminar, permite-se a aplicação do princípio da fungibilidade, podendo tais ações ser convertidas, no sentido de transformadas, em ações de divórcio, uma vez que sua simples extinção pode trazer prejuízos irremediáveis às partes (TARTUCE, 2014, p. 474).

4.3 Extinção das causas subjetivas e objetivas da dissolução do casamento

A Emenda Constitucional n° 66/2010 trouxe o sepultamento não só da separação judicial como também das causas subjetivas (culpa) e objetivas (lapso temporal).

A averiguação da culpa de um dos cônjuges ou ambos servia para: a) extinguir o direito do cônjuge culpado de pleitear alimentos, exceto se inapto ao trabalho ou caso necessitasse e não houvesse nenhum outro parente capaz de provê-lo — hipótese em que os alimentos serão os indispensáveis à subsistência (CC, art. 1.704); b) impedir que o cônjuge culpado continuasse utilizando o sobrenome do outro, exceto se a alteração acarretasse prejuízo evidente para a sua identificação, ou manifesta distinção entre o seu nome e dos filhos da união dissolvida, ou, ainda, dano grave reconhecido na decisão judicial (CC, art. 1.578); c) excluir da sucessão o cônjuge culpado se separado de fato há mais de dois anos.

A discussão da culpa é inviável no curso da ação de divórcio além de que a separação (instituto que possibilitava sua discussão) ter sido extinta.

Admitir a desunião dos cônjuges com base na culpa seria o mesmo que igualar os laços afetivos a deveres obrigacionais, e, portanto, equiparar a dissolução do casamento à ação em que se discute descumprimento de obrigações estabelecidas em negócios jurídicos. Avaliar o porquê do rompimento “importaria a subversão do elemento ético das relações familiares, patrimonializando relações afetivas, coisificando a pessoa humana” (FARIAS, 2007, p.37).

O afastamento da discussão sobre a culpa resulta num inegável avanço ao tornar o processo de separação mais célere e menos traumático por não permitir que elementos como vingança, mágoa e dor sejam enaltecidos ao passo que todo o processo de extinção do vínculo conjugal passa a ser pautado no simples desejo de não perpetuar o casamento.

Ademais, atribuir responsabilidade aos cônjuges pelo desfazimento da vida em comum não traz efeitos práticos porque as questões atreladas ao divórcio como alimentos, guarda de filhos, partilha de bens etc possuem disciplina própria que independe da culpa para serem fixadas (FARIAS, 2007, p. 39).

Perquirir os motivos que levaram ao fracasso conjugal é imiscuir-se no seio familiar, violando a intimidade e por conseguinte afetando a dignidade da pessoa humana. Eis o sumo fundamento para se filiar a inadmissibilidade da discussão da culpa nas dissoluções conjugais, pois atentaria peculiar elemento constitucional, a dignidade da pessoa humana.

Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 81) acredita que não é necessário que o autor impute ao réu, na ação de divórcio, o descumprimento de qualquer dever matrimonial; basta que manifeste sua vontade de se divorciar. Mas adverte que no caso de descumprimento dos deveres conjugais, e o autor da ação de divórcio queira a condenação do outro cônjuge, pode fundamentar o pedido neste fato, mas é dispensável alegar ou provar qualquer fato além da mera vontade de pôr fim ao vínculo matrimonial.

Se um dos cônjuges pratica ato que viola deveres do casamento e torna insuportável a vida em comum, o outro cônjuge basicamente terá dois caminhos a seguir: reformular a relação e com ela seguir ou partir para a dissolução do casamento.

No instante em que decide pôr fim ao vínculo matrimonial deve considerar apenas que o casamento faliu e não há mais como com ele prosseguir, livrando-se da possibilidade de discutir qualquer causa, o que pode levar a um rompimento menos traumático.

Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 91) retrata bem que não há vítimas no casamento, salvo nas situações de agressão física. “A responsabilidade pela deterioração do relacionamento conjugal é, em geral, dos dois, marido e mulher. Mas isso a lei pretendia que fosse ignorado na separação litigiosa”.

A busca pelo processo para findar o casamento só deve se dar em casos nos quais pontos realmente importantes como guarda dos filhos e alimentos, por exemplo, não tenham sido devidamente acordados pelos cônjuges, instante em que a decisão judicial servirá apenas como ponto de iluminação para essas questões em litígio.

“O uso da justiça para punir o outro cônjuge não atende aos fins sociais nem ao bem comum”. (GONÇALVES, 2012, p. 149).

A perquirição da culpa para castigar e punir o cônjuge tido como culpado deve ser afastada de modo definitivo. Venosa (2013, p. 160) acertadamente aduz que “a noção de culpa e de um culpado não se harmoniza com o desfazimento de uma sociedade conjugal”.

Apesar de a Emenda Constitucional n° 66/2010 excluir qualquer prazo para o divórcio, há ainda quem defenda que a exigência dos prazos está mantida porque o Código Civil é norma especial e por isso deve completar a Constituição (EVANGELISTA; MADEIRA; GUERRA, 2010, p. 195).

Caso o legislador não buscasse a supressão dos prazos não a criaria por meio de Emenda à Constituição, o que requer maior quórum e empenho. Outrossim, se o Código Civil estabelecer disposição contrária a Constituição há que ser declarado inconstitucional.

Em suma, “o legislador constitucional não expressa mais o prazo de um ano da separação judicial, ou de dois anos de separação de fato para o divórcio, estando revogado ou prejudicado o art. 1.580 do Código Civil, eis que a norma superior prevalece sobre inferior” (TARTUCE, 2014, p. 474).

Como bem adverte Paulo Lôbo (2011, p. 154), não há mais espaço no pedido de divórcio para qualquer explicitação de causa subjetiva ou objetiva; simplesmente, os cônjuges resolvem se divorciar, guardando para si suas razões. E podem fazê-lo logo após o casamento,

sem aguardar qualquer prazo. “Assim, é possível o casamento em um dia e o divórcio no dia seguinte, ou no próprio dia do casamento” (TARTUCE, 2014, p. 474).

4.4 Questões atinentes

Extinta a separação judicial, desapareceu o divórcio conversão e a única forma de dissolução do vínculo matrimonial ficou sendo o divórcio direto em três modalidades: a) divórcio judicial litigioso; b) divórcio judicial consensual; e c) divórcio extrajudicial consensual.

O divórcio judicial litigioso se mostra adequado para os casais que não acordarem sobre a própria separação ou sobre questões correlatas como a guarda dos filhos, alimentos, divisão do patrimônio etc.

O divórcio judicial consensual poderá ser utilizado pelos casais que não desejarem ou não puderem se valer do divórcio extrajudicial consensual, por terem filhos menores, por exemplo.

Como é possível postergar a partilha de bens, o divórcio amigável pode se realizar mesmo sem acordo absoluto nesta questão, mas o consenso deve ser alcançado em relação aos demais pontos.

Os divorciados podem, a qualquer momento, contratar a partilha dos bens extrajudicialmente (por instrumento privado ou escritura pública, a depender da espécie de bem) e caso não cheguem a acordo, qualquer um deles pode propor a ação judicial de partilha. (COELHO, 2012, p. 80)

O divórcio extrajudicial consensual exige a inexistência de filhos menores e acordo sobre todas as questões essenciais, inclusive sobre a partilha dos bens. É realizado mediante escritura pública lavrada por notário e assistência de advogado ou defensor público.

Em nenhuma das formas de divórcio poderá haver contestação que verse sobre as causas da separação, mas somente em relação às causas atinentes a ela como alimentos, guarda dos filhos.

A dispensada análise da culpa quando do divórcio revela impactos bem acentuados. Dentre as consequências da perquirição da culpa estavam a perda do direito a alimentos e de utilização do nome do outro cônjuge, além da influência sobre a guarda dos filhos. O cônjuge culpado perdia o direito a pensão alimentícia plena, conservando o direito ao mínimo indispensável à sobrevivência.

Assim, o cônjuge culpado só teria o direito aos alimentos mínimos caso não tivesse parentes em condições de prestar-lhe a pensão alimentícia e não tivesse aptidão para o trabalho. Regina Beatriz (2012, p. 54) lembra que “falta de aptidão não equivale à ausência de condição real e concreta de prover o próprio sustento, mas sim à inexistência de condição hipotética ou curricular de autossustento”.

Ocorre que a fixação de alimentos para o cônjuge foge a análise de culpa, pois para estabelecê-la o juiz deve observar o binômio possibilidade/necessidade e independentemente de culpa, a fixação dos alimentos será devida caso os cônjuges atendam aos requisitos.

A instituição dos alimentos deve ter toda uma análise do caso concreto, devendo o provedor trazer à baila todas as circunstâncias do caso para que o juiz aplique-os da forma mais justa possível.

Regina Beatriz (2012) insiste na manutenção da sanção ocasionada pela culpa mesmo frente a Emenda Constitucional nº 66/2010. Sustenta que sua eliminação acarretaria situações esdrúxulas, dentre elas “uma mulher violentada em casa pelo marido continuar a sustentá-lo caso seja ela a provedora da família, ou de um homem ter de alimentar plenamente a mulher que o traiu, em benefício até mesmo de seu amante”.

Mas com toda razoabilidade que é própria e brilhante discernimento, Rodrigo da Cunha Pereira (2013, p. 65) percebe que

A pensão alimentícia não pode estar vinculada à culpa, sob pena de se condenar alguém a passar fome ou extrema necessidade. Por exemplo, uma mulher que passou 30 anos dedicando-se inteiramente aos filhos e ao marido, e quando o casamento já estava ruim, teve um relacionamento extraconjugal eventual e não tem como se sustentar, não pode deixar de ter pensionamento se o fato da relação extraconjugal for invocado pelo marido para atribuir a ela a culpa pelo fim do casamento. Se este casamento acabou, não foi por culpa desta relação extraconjugal.

Portanto, vê-se que uma vez essas situações sendo colocadas em evidência, a fixação dos alimentos será de acordo com a necessidade do cônjuge credor na justa medida da capacidade econômica do seu consorte devedor, isso quando estabelecida.

No que diz respeito a utilização do nome, o culpado pela separação judicial perderia o direito a utilizar o sobrenome do outro cônjuge, conservando-o somente em situações excepcionais de evidente prejuízo para sua identificação, de manifesta distinção entre seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida e de dano grave reconhecido em decisão judicial.

Vale registrar que o dispositivo que previa a perda do nome (artigo 17 da Lei do Divórcio) dirigia-se somente a mulher. Mas atualmente o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.565, §1º, facultou a qualquer dos cônjuges adotar o sobrenome do outro.

Pois bem, se não cabe discussão de culpa, também não cabe discussão sobre institutos que esta governava. A manutenção do nome é escolha que cabe àquele que alterou seu nome e somente a ele. A pessoa tem a liberdade de voltar ao nome anterior, sendo de solteiro ou viúvo, ou mesmo permanecer com o nome do outro cônjuge.

O indivíduo não será obrigado a desfazer-se do nome. “A cada qual compete sopesar e identificar, livremente e segundo seus próprios e exclusivos critérios, as vantagens e desvantagens das opções que tem à frente” (COELHO, p. 89).

Tepedino (2008, p. 455) adverte que “com o casamento, o nome de família integra-se à personalidade da mulher, não mais podendo ser considerado como nome apenas do marido”.

Quanto à guarda dos filhos, aqui também a culpa não deve gerar efeitos. O estabelecimento da guarda deve atender sobremaneira aos interesses das crianças, sendo, assim, o juiz deve atribuí-la àquele que revelar ter melhores condições para o seu exercício, caso o compartilhamento não seja a melhor opção.

No que diz respeito à partilha dos bens, deverá ser feita de conforme o regime de bens adotado, mais uma vez, pouco importando a averiguação de responsabilidade pelo fim do casamento.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Emenda Constitucional nº 66/2010 foi, sem dúvida, um grande passo dado dentro do Direito de Família. Referida emenda, com certeza, foi responsável por uma mudança há muito aclamada e que representa a nova perspectiva com que o Direito Civil tem se apresentado, isto é, direcionado a garantir os valores constitucionalmente previstos.

A instituição do divórcio no Brasil foi conquistada vagarosamente e sempre atendendo aos anseios antidivorcistas, tanto que sempre esteve atrelado a prazos longínquos e institutos prévios, como a separação. Tudo isso para desestimular a procura pelo divórcio e garantir que casamentos, mesmo falidos, se mantivessem.

Vê-se que a interferência do Estado ao ser o responsável por “permitir” que os indivíduos se divorciem é fruto de um discurso de cunho religioso demasiadamente entranhado no seio social, revelando-se mais num atraso na vida dos que decidiram pôr fim ao casamento o que muitas vezes resulta no despertar de litígios que poderiam ser evitados se devidamente encaminhados sem adentrar na esfera judicial propriamente dita.

A Emenda Constitucional veio atender aos desejos e necessidades dos que desejam pôr termo ao casamento, agora sem qualquer disfarce, visando pura e simplesmente satisfazer a realidade onde o amor acaba e as pessoas buscam desfazer as relações fracassadas para, quem sabe, encontrar um novo vínculo onde possam realizar-se afetivamente.

Com a referida emenda, o §6º do artigo 226 da Constituição Federal passou a dispor que o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, portanto, relegando qualquer prazo ou motivo para o divórcio.

Embora antidivorcistas pregassem que a facilitação ao divórcio o instigaria, estatísticas revelam que não foi o que aconteceu. Não é o fato de existir o divórcio que fará as pessoas o buscarem.

Por isso, também não é razoável estabelecer prazos para que as pessoas possam intentá-lo. Pelo contrário, uma vez atestado que os conflitos que conduzem ao divórcio são irremediáveis não há porque manter os indivíduos presos em um relacionamento fracassado.

Em que pese doutrinadores defendam a permanência do instituto da separação judicial no ordenamento jurídico brasileiro, não há como se aceitar tal posição, pois seria aceitar que os cônjuges se submetam à duplicidade de procedimentos, requerendo por duas vezes a ruptura oficial do mesmo casamento.

A alegada reconciliação para justificar a permanência da separação também não tem vez porque ao buscarem a dissolução do vínculo, os cônjuges já refletiram bastante para intentá-lo,

fora que são bastante reduzidas as recomposições desses pares quando rompem o vínculo conjugal.

A separação judicial, que funcionava como uma medida preparatória do divórcio, perdeu razão de existir. As pessoas podem buscar o divórcio direto sem passar pela dualidade de procedimentos, sem amargar na espera do prazo definido para separação além de não precisarem declinar motivos, por vezes, constrangedores.

Não há porque querer dar sobrevida a um instituto sem aplicação prática.

No entanto, é importante estabelecer que as pessoas separadas ao tempo da promulgação da emenda em epígrafe que não tenham buscado o divórcio não podem ser consideradas divorciadas.

Essas pessoas carregam consigo o *status* de separadas até que promovam o divórcio, e no caso, o divórcio direto, vez que não mais subsiste divórcio conversão em razão do falecimento da separação judicial, e, portanto, sem ter o que converter.

Em virtude de conservarem o estado de separadas, conservam alguns efeitos dele decorrentes como a possibilidade de reconciliarem-se por ato regular em juízo ou mediante escritura pública.

Uma vez assimilada a extinção da separação judicial é fácil perceber que também não subsiste qualquer prazo para promover o divórcio e muito menos motivos.

A análise de culpa não cabe quando da promoção do divórcio. Tal análise se dava no seio do processo de separação. Com a extinção da separação judicial, todos seus corolários falecem.

Reconhecer a extinção da análise da culpa é identificar o quão prejudicial isso era para os cônjuges e o quão benéfico é ao tornar o processo de divórcio mais célere e menos traumático.

Atribuir responsabilidades aos cônjuges pelo desfazimento da vida em comum não traz efeitos práticos, porque questões como alimentos, guarda de filhos, partilha de bens etc possuem disciplina própria que independe da culpa para serem fixadas.

Diante disso, se vê que a separação judicial cedeu lugar única e exclusivamente ao divórcio que agora pode ser judicial litigioso ou consensual, ou, ainda, extrajudicial, obviamente consensual.

Inobstante se admita o divórcio litigioso, as questões que entram em discussão dizem respeito a alimentos, guarda dos filhos, partilha de bens etc, mas nada que envolva os motivos do divórcio ou qualquer prazo.

E o divórcio judicial consensual se mostra necessário quando não puderem se valer do extrajudicial por ter filhos menores, por exemplo.

Toda a evolução do instituto do divórcio releva que para sua decretação não é necessário nada mais que a falência da relação afetiva, não havendo que analisar lapso temporal ou perquirir culpa dos cônjuges.

Como bem observa Fábio Ulhoa Coelho (2012, p. 81) a partir de julho de 2010, a Constituição considera “que cada cônjuge é suficientemente capaz de saber se o amadurecimento de sua percepção acerca da experiência que está vivenciando lhe permite formular a vontade de nela não prosseguir” independentemente do tempo em que nela esteja e dos motivos pelos quais não pretende nela permanecer.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto. **Curso de direito civil, volume 2**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Família**. 5. ed. Campinas: Millennium, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 24 abril 2015.

_____. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 22 maio 2015.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. 3.071. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 22 maio 2015.

_____. Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm>. Acesso em: 23 maio 2015.

_____. Lei nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007. Altera dispositivos da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111441.htm>. Acesso em: 23 maio 2015.

BRUM, Jander Maurício. **Divórcio e separação**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 1997.

CAHALI, Yussef Said. **Separações conjugais e divórcio**. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil, família, sucessões, volume 5**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 5: direito de família**. 29. São Paulo: Saraiva, 2014.

EVANGELISTA, Anderson Pereira; MADEIRA, Anderson Soares; GUERRA, Lilian Dias Coelho Lins de Menezes. **Curso de direito de família: atualizado até a Lei 12.318/10 (alienação parental – agosto/2010, inclui a EC 66/10 (novas regras do divórcio))**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de direito de família**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direito das famílias, volume 6**. 4ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012.

FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 11. Ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

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

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 6: Direito de família — As famílias em perspectiva constitucional**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume VI: direito de família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LUZ, Valdemar P. da. **Manual de direito de família**. 1. ed. Barueri, SP: Manole, 2009.

MADALENO, Rolf. 1954. **Curso de direito de família**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PEREIRA, Áurea Pimentel. **Divórcio e separação judicial; comentários à Lei n° 6.515, de 26/12/1977 à luz da Constituição de 1988, com as alterações da Lei 7.841/89**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1990.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio: teoria e prática**. 4. ed. de acordo com a Emenda Constitucional n. 66/2010 – São Paulo: Saraiva, 2013.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: direito de família: volume 6**. 28. ed. rev., atual. por Francisco José Cahali; de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **O divórcio e a lei que o regulamenta**. São Paulo: Saraiva, 1978.

SAMPAIO, Pedro. **Divórcio e separação judicial: comentários**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 5: direito de família.** 9. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. **Divórcio e separação após a EC n. 66/2010.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz; MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil, 2: direito de família.** 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil.** 4ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família.** 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

WALD, Arnold. **O novo direito de família.** 12. ed. rev., atual. e ampl. pelo autor, do livro Direito de família, de acordo com a jurisprudência e com referências ao projeto de Código Civil, com a colaboração do Des. Luiz Murillo Fábregas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.