

THAÍS CESARIO NUNES DA CUNHA

**O DIVÓRCIO
À LUZ DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 66/2010:
Um estudo pela busca da interpretação adequada**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul para a obtenção do título de mestre em Direito. Orientador: Prof. Dr. Carlos Silveira Noronha.

**Porto Alegre
2014**

THAÍS CESARIO NUNES DA CUNHA

O DIVÓRCIO
À LUZ DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 66/2010:
Um estudo pela busca da interpretação adequada

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul para a obtenção do título de mestre em Direito. Orientador: Prof. Dr. Carlos Silveira Noronha.

Porto Alegre, 02 de julho de 2014

Banca Examinadora

Professor Dr. Carlos Silveira Noronha
Orientador

Professora Dra. Cláudia Lima Marques

Professora Dra. Regina Beatriz Tavares da Silva

Professor Dr. Gustavo Borges

Dedico este trabalho ao meu marido
e a minha filha, pelos momentos
juntos que tivemos que sacrificar.

Agradeço a Deus, e aos meus pais, em especial a minha mãe que com uma vida dedicada à advocacia me ensinou o amor pelo Direito. Agradeço ao meu marido que sempre me incentivou nessa jornada de estudos. Sou grata também ao professor Dr. Carlos Silveira Noronha, por ter acreditado no meu projeto de pesquisa e por ter me oportunizado essa grande experiência de ter realizado o mestrado. Agradeço à Professora Cláudia Lima Marques por todos os ensinamentos. À professora Clarissa Costa de Lima e ao Professor Gustavo Borges pelas valiosas dicas que me auxiliaram a concluir essa dissertação. E a todos aqueles que de alguma forma contribuíram para a realização desse trabalho.

“De tudo ao meu amor serei atento;
Antes, e com tal zelo, e sempre, e tanto;
Que mesmo em face do maior encanto;
Dele se encante mais meu pensamento.
Quero vivê-lo em cada vão momento;
E em louvor hei de espalhar meu canto;
E rir meu riso e derramar meu pranto;
Ao seu pesar ou seu contentamento.
E assim, quando mais tarde me procure;
Quem sabe a morte, angústia de quem vive;
Quem sabe a solidão, fim de quem ama.
Eu possa me dizer do amor (que tive):
Que não seja imortal, posto que é chama;
Mas que seja infinito enquanto dure.”

(Vinícius de Moraes)

Resumo

O trabalho aborda o Divórcio à luz da Emenda Constitucional n. 66/2010, a partir de um estudo pela busca da interpretação adequada. A primeira parte, visando à plena compreensão do referido instituto e suas repercussões no Direito de família, apresenta as peculiaridades e o histórico da família, do casamento e da dissolução da sociedade e do vínculo conjugal. A segunda parte do trabalho foca-se a estudar o divórcio na legislação comparada, no direito internacional e na perspectiva histórica. A terceira parte debruça-se à análise da origem da Emenda Constitucional n. 66/2010; além disso, aborda as correntes teóricas e os posicionamentos doutrinários que se firmaram no ordenamento jurídico pátrio após a sua promulgação, assim como algumas diretrizes interpretativas; e, por fim, comenta acerca de alguns dos seus reflexos no sistema jurídico brasileiro. A quarta parte, por sua vez, aborda o foco central desse trabalho, pois dedica considerações com relação à interpretação da nova ordem constitucional referente ao divórcio, com base em fundamentos jurídicos diversos, com fulcro na hermenêutica jurídica, a partir das influências históricas, e com amparo nos princípios constitucionais da intervenção mínima do Estado no Direito Matrimonial, e da liberdade e da autonomia da vontade como meios de concretização da dignidade da pessoa humana. Tais estudos permitiram chegar-se a conclusão que o divórcio, após a edição da Emenda Constitucional n. 66/2010, não passou a figurar isoladamente como forma de extinção voluntária da sociedade e do vínculo conjugal, pois consagrou-se a possibilidade de livre escolha dos cônjuges para colocar fim na relação conjugal da forma como melhor lhes aprouver, ou pela separação, ou pelo divórcio.

Palavras – chave: Direito de Família, família, casamento, divórcio, Emenda Constitucional n. 66/2010, Hermenêutica Jurídica, Princípios Constitucionais da Liberdade e da Autonomia da Vontade.

Abstract

The work approach the Divorce in the light of Constitutional Amendment n. 66/2010, from a study by searching for the appropriate interpretation. The first part, seeking for the complete understanding of this institute and its repercussions on family law, presents the peculiarities and historical of family, marriage and the dissolution of marital bond. The second part of the work focuses on studying divorce on comparative law, international law and historical perspective. The third part approaches the analysis of the origin of Constitutional Amendment n. 66/2010, also discusses the theoretical schools and doctrinal positions that strengthened in the national legal system after their promulgation, as well as some interpretive guidance and, finally, comments about some of their reflections in the Brazilian legal system. The fourth part, on the other hand, present the central focus of this work, because it dedicates considerations related to the interpretation of the new constitutional order referring to divorce, based on several legal grounds, with fulcrum in legal hermeneutics, from historical influences, and with support on the constitutional principles of liberty and autonomy of will as means of concretization of the human being dignity and on the principle of minimum state intervention in Matrimonial Law. These studies allowed us to reach the conclusion that divorce, after the edition of Constitutional Amendment n. 66/2010, did not became to show up singly as a form of voluntary extinction of the society and of the conjugal bond, because was consecrated the possibility of free choice of the spouses to put an end on the marital relationship the way they see fit, or by separation or by divorce.

Keywords: Family Law, family, marriage, divorce, Constitutional Amendment n. 66/2010, Legal Hermeneutics, Constitutional Principles of Freedom and Autonomy of Will.

Lista de Siglas e Abreviaturas

Art. – Artigo

CC – Código Civil

CF – Constituição Federal

CJF – Conselho da Justiça Federal

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CPC – Código de Processo Civil

EC – Emenda Constitucional

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família

LINDB – Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

Sumário

INTRODUÇÃO	13
1. A FAMÍLIA, O CASAMENTO E O DIVÓRCIO, SUAS PECULIARIDADES E SUAS PERSPECTIVAS HISTÓRICAS.....	18
1.1 A FAMÍLIA E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA	18
1.1.1 Da formação e estrutura da família antiga no âmbito do direito divino e canônico	19
1.1.2 Do contexto patriarcal romano.....	21
1.1.3 Da família nuclear presente na sociedade moderna	22
1.1.4 Da pluralidade das famílias na pós-modernidade	22
1.2 BALANÇO HISTORIADO DO CASAMENTO, AS SUAS PECULIARIDADES E A SUA NATUREZA JURÍDICA	25
1.2.1 Escorço histórico do casamento	25
1.2.2 Peculiaridades do casamento	26
1.2.3 Natureza jurídica do casamento	30
1.2.4 Aspectos Patrimoniais do Casamento sob o enfoque dos regimes de bens ...	32
1.2.4.1 Regime de bens	33
1.2.4.1.1 Do Regime da Comunhão Parcial de Bens	34
1.2.4.1.2 Do Regime da Comunhão Universal de Bens	35
1.2.4.1.3 Do Regime da Separação de Bens	36
1.2.4.1.4 Do Regime da Separação Obrigatória de Bens	38
1.2.4.1.5 Do Regime da Participação Final nos Aquestos	41
1.3 FORMAS DE DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE E DO VÍNCULO CONJUGAL	42
1.3.1 Pelo morte de um dos cônjuges.....	42
1.3.2 Pela nulidade ou anulação do casamento	43
1.3.3 Pela separação de direito e de fato	45
1.3.4 Pela separação de corpos	46
1.3.5 Pelo divórcio	46
1.3.5.1 O divórcio potestativo	47

2. O DIVÓRCIO NA LEGISLAÇÃO COMPARADA, NO DIREITO INTERNACIONAL E NA PERSPECTIVA HISTÓRICA	49
2.1 O DIVÓRCIO NA LEGISLAÇÃO COMPARADA	49
2.1.1 Reflexões sobre a legislação portuguesa, italiana, espanhola, francesa e argentina, que adotam o regime dualista de dissolução da sociedade e do vínculo conjugal	49
2.1.1.1 Portugal	50
2.1.1.2 Itália	52
2.1.1.3 Espanha	54
2.1.1.4 França	56
2.1.1.5 Argentina	60
2.1.2 Reflexões sobre a legislação da Alemanha, da Áustria e da Suécia, que adotam apenas o regime de dissolução do vínculo conjugal	63
2.1.2.1 Alemanha	63
2.1.2.2 Áustria	65
2.1.2.3 Suécia	66
2.2 O DIVÓRCIO INTERNACIONAL NO BRASIL	66
2.2.1 A evolução legislativa referente ao divórcio internacional no Brasil	67
2.2.2 O divórcio internacional de cônjuges brasileiros, de cônjuges estrangeiros e residentes no Brasil, e quando um dos cônjuges é brasileiro	71
2.2.2.1 O divórcio internacional de cônjuges brasileiros	71
2.2.2.2 O divórcio internacional de cônjuges estrangeiros e residentes no Brasil	71
2.2.2.3 O divórcio internacional quando um dos cônjuges é brasileiro	72
2.2.3 Homologação de sentença estrangeira	72
2.3 O DIVÓRCIO NA PERSPECTIVA HISTÓRICA	73
2.3.1 Os Termos do Divórcio	73
2.3.2 O Divórcio em Roma	74
2.3.3 A Evolução Divorcista no Brasil	75
2.3.3.1 O Desquite	76
2.3.3.2 O princípio da indissolubilidade do casamento	77
2.3.3.3 O Divórcio no Brasil	78
3. A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 66/2010 E SUAS PECULIARIDADES	81
3.1 A ORIGEM DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 66/2010	81

3.2 AS CORRENTES TEÓRICAS E OS POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS QUE SE FIRMARAM COM A EDIÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 66/2010.....	85
3.2.1 A corrente teórica abolicionista	85
3.2.2 A corrente teórica exegetica racionalista.....	90
3.2.3 A corrente teórica eclética ou mista	90
3.3 A EDIÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 66/2010 E SUAS DIRETRIZES INTERPRETATIVAS.....	96
3.3.1 Os Enunciados da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal	96
3.3.2 As Súmulas 37 e 39 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul	97
3.3.3 A Resolução n. 35 do Conselho Nacional de Justiça	100
3.4 OS REFLEXOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 66/2010 NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO	101
3.4.1 A culpa	101
3.4.2 O estado civil	107
3.4.3 Guarda dos filhos menores do casal	108
3.4.4 O direito a alimentos	109
3.4.5 O uso do nome de casado	109
3.4.6 A partilha de bens comuns do casal	111
3.4.7 Reconciliação	112
4 A INTERPRETAÇÃO DA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL REFERENTE AO DIVÓRCIO.....	114
4.1 A INTERPRETAÇÃO DO ART. 226, § 6º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, APÓS A EDIÇÃO DA EC N. 66/2010, A PARTIR DE FUNDAMENTOS JURÍDICOS DIVERSOS	114
4.1.1 A eficácia plena e a aplicabilidade imediata do art. 226, §6º da Constituição da República de 1988	114
4.1.2 A força normativa e a máxima efetividade constitucional	118
4.1.3 A interpretação das leis em conformidade com a Constituição	120
4.1.4 A incompatibilidade entre a nova ordem constitucional e a legislação ordinária anterior	121
4.2 A INTERPRETAÇÃO DO ART. 226, §6º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA APÓS A EDIÇÃO DA EC N. 66/2010, COM FULCRO NA HERMENÊUTICA JURÍDICA.....	123
4.2.1 A arte de interpretar.....	123

4.2.2 A vontade da lei ou do legislador como critério hermenêutico.....	127
4.2.2.1 Crítica à interpretação da Emenda Constitucional n. 66/2010 conforme a <i>mens legislatoris</i>	128
4.3 A INTERPRETAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 66/2010 A PARTIR DAS INFLUÊNCIAS HISTÓRICAS	129
4.3.1 A interpretação fundada no processo histórico	129
4.3.2 Influências históricas da instituição do divórcio no Brasil para a interpretação da Emenda Constitucional n. 66/2010.....	130
4.4 A INTERPRETAÇÃO DO ART. 226, §6º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, APÓS A EDIÇÃO DA EC N. 66/2010, FUNDAMENTADA NOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA INTERVENÇÃO MÍNIMA DO ESTADO NO DIREITO MATRIMONIAL, DA AUTONOMIA DA VONTADE E DA LIBERDADE COMO ELEMENTOS DE EFICÁCIA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	132
4.4.1 Princípio da intervenção mínima do Estado no Direito Matrimonial	134
4.4.2 Princípio da autonomia da vontade e da liberdade da pessoa	135
4.4.3 Princípio da dignidade da pessoa humana	138
CONSIDERAÇÕES FINAIS	142
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	145

Introdução

A família tem sofrido muitas modificações ao longo dos tempos. A partir de mudanças nos costumes e na cultura de cada povo, a família hoje é diversificada em suas formas de constituição. Entretanto, convivem todas com o mesmo interesse de construir um lar em harmonia, em que cada qual busca a sua própria dignidade, alicerçada na liberdade de individualmente trilhar um só caminho.

De acordo com Nery¹, o Direito de Família passa por um momento de busca do resgate dos membros do corpo familiar, em que os anseios de cada um têm a devida atenção. A família deixa de ser a célula da sociedade e passa a ser vista pela sua estrutura intrínseca. E por isso o sistema familiarista brasileiro passa a exercer um papel mais importante para a segurança das relações de afeto, em que ora intervém e ora deixa de influenciar nas questões que envolvem entes familiares.

O Direito de Família tem passado por um processo evolutivo muito importante no ordenamento jurídico pátrio nos dias atuais; questões que existiam apenas no mundo dos fatos passam a ser tuteladas pelo nosso Direito; são prolatadas decisões inovadoras que têm proclamado a dignidade da pessoa humana e tornado real o nosso Estado Democrático de Direito; assim como, anseios e clamores pela desburocratização de medidas jurídicas nesse ramo do Direito passam a ser realidade.

O instituto do divórcio é uma das questões relevantes que tem acompanhado essa evolução do Direito de Família, o qual por muitas vezes foi o marco revolucionário de nossa ordem jurídica. O sistema familiarista, no Brasil, foi marcado inicialmente pela indissolubilidade do casamento; a partir de 1977, vivenciou a possibilidade da dissolução do vínculo conjugal, após cumpridos certos requisitos; e, atualmente, passa por um momento de novidade no sistema de dissolução da sociedade e do vínculo conjugal, pois tornou-se possível promover o divórcio sem quaisquer requisitos ou motivos.

¹ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Manual de Direito Civil: Família*. 1ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 32.

É preciso asseverar que da instituição do divórcio, no Brasil², até os dias atuais, muitas mudanças ocorreram no âmbito jurídico e social; e com o passar do tempo, a dissolução do vínculo conjugal foi ficando mais acessível e facilitada. Situação que tomou proeminência no ordenamento jurídico pátrio com o advento da Emenda Constitucional n. 66, que entrou em vigor em 14/07/2010, cuja redação alterou o disposto no art. 226, §6º da Constituição da República, que passou a conter os seguintes termos: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.

O divórcio é o instituto que acarreta o fim do vínculo matrimonial, permitindo aos cônjuges, após a sua decretação (judicial ou extrajudicial) convolar novas núpcias. Além disso, o divórcio é causa terminativa da sociedade conjugal, assim como a separação judicial; porém, possui efeito mais amplo, já que o fim da sociedade conjugal não permite o novo casamento, apesar de permitir *novos arranjos familiares*.³

Em que pesem as relações jurídicas familiares – no atual âmbito social brasileiro – tomarem, sob o viés civil-constitucional, proporções variadas; não se pode olvidar que o casamento⁴ – ainda ocupa posição de destaque no Direito de Família; razão pela qual, o estudo da sua dissolução, fundamentado no contexto presente do nosso sistema jurídico, é medida que se impõe.

Por isso, a partir do estudo da evolução histórica da família, da análise do casamento, da apreciação das formas de dissolução da sociedade e do vínculo conjugal; assim como, com base na pesquisa de como o instituto do divórcio está sendo tratado no sistema jurídico estrangeiro em contrapartida ao sistema brasileiro, no estudo de como se dá o divórcio internacional no Brasil, e na abordagem de como o instituto do divórcio vem sendo tratado desde épocas remotas até os dias atuais, é que se busca verificar qual é o melhor caminho para defender os direitos daqueles que não querem ou não podem mais manter o casamento; assim como, para analisar quais as implicações e as

² O divórcio foi instituído no Brasil, com a promulgação da Lei nº 6.515 de 26/12/1977.

³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 7ª. Ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 285.

⁴ Casamento é um “contrato do direito de família que regula a união entre marido e mulher”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. v. 7, p. 210). Conforme o Código Civil de 2002 (CC/02), art. 1.514. O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.

alterações advindas para o ordenamento jurídico pátrio com a edição da Emenda Constitucional n. 66/2010.

É inegável a novidade que esse texto constitucional, trouxe para o nosso ordenamento jurídico, recriando o instituto do divórcio, sem a necessária natureza conversiva, ao simplificar sua concessão. A Emenda Constitucional n. 66/2010, sem apresentar um entusiasmo ao fim do casamento, e sem levá-lo à banalização, surgiu com a intenção de maior acessibilidade e facilitação ao divórcio. Com base nisso busca-se realizar um estudo acerca de sua origem, das correntes teóricas e dos posicionamentos doutrinários que se firmaram no ordenamento jurídico pátrio após a sua edição, das diretrizes interpretativas que se apresentaram com a sua promulgação, e dos seus efeitos no sistema jurídico brasileiro.

Além disso, com a presente dissertação, busca-se, apresentar considerações com relação à interpretação da nova ordem constitucional referente ao divórcio. Assim, com amparo nos princípios constitucionais da intervenção mínima do Estado no Direito Matrimonial, da liberdade e da autonomia da vontade como meios de concretização da dignidade da pessoa humana – lançando mão de critérios hermenêuticos jurídicos seguros e das influências históricas – é que se apresenta o estudo pela busca da interpretação adequada do novo sistema de divórcio no Brasil.

Considerando-se importante destacar que se busca ainda neste estudo contribuir à comunidade acadêmica de Direito e à sociedade no que tange ao instituto do divórcio – após a edição da Emenda Constitucional n. 66/2010, ao fazer uma análise dos efeitos advindos com a referida norma sobre o Direito de Família, a partir de reflexões acerca das mudanças e das consequências que o aludido regramento trouxe para a ordem jurídica brasileira, verificando se o instituto da dissolução do vínculo conjugal está recebendo um tratamento correto no âmbito jurídico doutrinário e jurisprudencial.

A pesquisa dedica-se a analisar o problema proveniente dos comentários de que o instituto do divórcio passou a figurar como a única forma jurídica voluntária de dissolução da sociedade e do vínculo conjugal, após a edição da Emenda Constitucional n. 66/2010. E a responder os diversos questionamentos, que surgiram dessa problemática, dentre os quais o presente estudo se debruça a analisar: 1) Como o

divórcio passou a ser tratado no contexto sócio-jurídico após a edição da Emenda Constitucional n. 66, de 13 de julho de 2010. 2) Se os casais, que optam por romper o casamento, após a alteração do texto constitucional, disposto no art. 226, §6º, passaram a ser obrigados a divorciar-se. 3) E se é possível dizer que o divórcio, no Brasil, passou a ser a única forma jurídica de dissolução da sociedade e do vínculo conjugal com a promulgação da Emenda Constitucional n. 66/2010.

Ao longo da dissertação apresentar-se-á o tema proposto ao estudo sob o alicerce de obras bibliográficas já consolidadas (brasileiras e estrangeiras) e de jurisprudências que têm se firmado no sistema jurídico brasileiro; o que torna a pesquisa totalmente viável, tanto do ponto de vista teórico como prático.

O método adotado para o desenvolvimento da pesquisa acerca do Divórcio em face da Emenda Constitucional n. 66/2010, envolve técnicas de medição e de comparação teórica, com base na doutrina clássica e moderna acerca do tema, notícias em periódicos, como revistas científicas e informativas; além disso, se dedica à realização de um estudo comparado, por intermédio da observação sistematizada da legislação estrangeira, em contrapartida à legislação brasileira; e abrange juízos práticos, com fundamento na busca e na coleta de decisões judiciais nacionais provenientes dos nossos Tribunais de Justiça dos Estados e os Superiores.

O tema é iminente no nosso contexto jurídico, é de grande interesse para todos dentro do âmbito social, é impregnado de atualidade e ainda será objeto de muitas discussões e debates, o que revela a sua importância científica – acadêmica.

Convindo destacar que a pesquisa se justifica pela necessidade de proteger os cidadãos dos infortúnios da vida, inevitáveis e irreparáveis em seus prejuízos enquanto mal conduzidos, quando envolvidos num casamento em vias de derrocada. Assim como, se sustenta, pelo fato de ser preciso apresentar um auxílio aos operadores do Direito, para na vida prática observar e aplicar o Direito com vistas a promover a justiça.

Por derradeiro, convém destacar as palavras de Pereira, quando preceitua que: *“a luta pelo divórcio no Brasil remonta há quase dois séculos. Está inserida no contexto do Estado Democrático de Direito, das garantias dos direitos individuais e da*

autonomia privada”;⁵ pois é com base nessa luta que se passa a apresentar um estudo relacionado ao divórcio, à luz da Emenda Constitucional n. 66/2010, com vistas a buscar uma interpretação adequada desse “novo” instituto, com base na intervenção mínima do Estado no Direito Matrimonial, na proteção à liberdade, à autonomia da vontade e à dignidade da pessoa humana.

⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011, p. 9.

1. A FAMÍLIA, O CASAMENTO E O DIVÓRCIO, SUAS PECULIARIDADES E SUAS PERSPECTIVAS HISTÓRICAS

Para que se alcance uma efetiva compreensão da sistemática do divórcio na atualidade, principalmente com o advento da Emenda Constitucional n. 66 de 2010, convém apresentar um estudo acerca do histórico desse instituto, cuja evolução está intimamente associada à família e ao casamento.

Couto e Silva⁶ já dizia que *“para conhecer a situação atual de um sistema jurídico, ainda que em suas grandes linhas, é necessário ter uma ideia de seu desenvolvimento histórico, das influências que lhe marcaram as soluções no curso dos tempos. De outro modo, ter-se-á a justaposição de soluções jurídicas, sem que se defina a sua estrutura íntima”*.

Portanto, far-se-á um estudo com relação à evolução histórica da família, do casamento e do divórcio, no qual, inicialmente, convém realizar algumas considerações acerca da família e sua origem.

1.1 A FAMÍLIA E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

De acordo com as palavras de Hironaka⁷, *“não há como iniciar qualquer locução acerca da família sem antes lembrar que ela é uma entidade ancestral e histórica, cujas nuances se alteram com as mudanças históricas vivenciadas no âmbito social”*. Em outras palavras, a evolução da família é interligada aos rumos tomados pela sociedade, os quais influenciam os elementos basilares dessa *célula mater* com os valores e ideais de cada momento histórico.

O aspecto atual da família é o resultado das sucessivas transformações que foram ocorrendo ao longo dos anos; por isso a importância das referências históricas da

⁶ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. O Direito Civil Brasileiro em Perspectiva Histórica e Visão de Futuro. In: *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. n. 40. Ano XIV. Porto Alegre, 1987, p. 1.

⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Casamento e Regime de Bens*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4095/casamento-e-regime-de-bens>>. Acesso em 27/10/2011.

família para desvendarmos os seus novos contornos.⁸ De acordo com Perrot⁹ “a história da família é longa, não linear, e feita de rupturas sucessivas”.

1.1.1 Da formação e estrutura da família antiga no âmbito do direito divino e canônico

Nas sociedades mais primitivas, conforme Fustel de Colanges¹⁰, a família era fruto da religião doméstica de cada ente familiar; e a religião era o elemento constitutivo da família, estava nela a condição mais importante para a formação do contexto familiar, mais do que a própria associação natural de pessoas.

O casamento, como formador da família, por muito tempo na história, esteve distante de uma conotação afetiva, era um dogma da religião doméstica. Com o passar dos anos, desaparecida a família pagã, a cristã guardou essa peculiaridade de unidade de culto que parece não ter deixado de existir por completo, embora o casamento seja visto na história mais recente apenas sob o prisma jurídico e não mais ligado à religião.¹¹

No Brasil, durante a fase da colonização portuguesa e no período Imperial, o casamento era regulado pelo Direito Canônico. Os Decretos editados à época do Brasil Colonial e do Brasil Império preceituavam que quanto ao vínculo conjugal e sua indissolubilidade, o país adotava aquilo que era preceituado pela Igreja Católica, conforme o Concílio Tritendino.¹²

A Igreja Católica era quem ditava as regras sobre as questões matrimoniais; o casamento era regido pelas normas do Concílio de Trento de 1.563, considerando-se

⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de. *A Separação Judicial à Luz do Garantismo Constitucional: A afirmação da dignidade humana como um réquiem para a culpa na dissolução do casamento*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 4.

⁹ PERROT, Michelle. *O nó e o ninho*. Veja 25: reflexões para o futuro. São Paulo: Abril, 1993.

¹⁰ FUSTEL DE COLANGES, Numa Denis. *A Cidade Antiga*. 4ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, pp. 7-37.

¹¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Direito de Família. Vol. 6, 11ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 5.

¹² MOLD, Cristian Fetter. Divórcio: passado, presente e futuro de um instituto em constante transformação. In: BASTOS, Eliene Ferreira; SOUZA, Asiel Henrique de (Coords.). *Família e Jurisdição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, pp. 65-75.

importante ressaltar que o Decreto de 3 de novembro de 1827 oficializou sua aplicação, reconhecendo a jurisdição canônica nas questões matrimoniais no Brasil.¹³

No Direito Canônico, a família era regida por cânones, que dispunham regras relativas ao modo de viver, que geravam sanções tanto jurídicas como sociais àqueles que os descumpriam. O casamento originava a família, e essa união, erigida ao *status* de sacramento, confirmada por Deus, não poderia ser dissolvida pelo homem, *quod Deus conjunxit, homo non separet*. E, por isso, o divórcio era vedado.

Com o Concílio de Trento se reafirmou solenemente o caráter sacramental do casamento e se reconheceu a competência exclusiva da Igreja em tudo que a ele se relacionava. E com a impossibilidade de dissolver o vínculo conjugal, foram instituídos os impedimentos matrimoniais e, conseqüentemente, a possibilidade de anulação e nulidade do casamento. E, nesse ponto, podemos verificar a herança do direito canônico na legislação civil ora vigente, que dispõe acerca dos impedimentos, causas suspensivas para o casamento e causas de sua invalidade.¹⁴

Conforme Noronha¹⁵ “*as primeiras e principais fontes do direito de família consubstanciadas nas regras sobre casamento, impedimentos e causas suspensivas que maculam ou transformam a eficácia do ato nupcial; nas formas comuns e excepcionais da sua deliberação pelos nubentes; a legitimidade ou não da filiação etc. estão na canonística, emanadas desde as primeiras Encíclicas, Bulas e outras manifestações papais e, ainda, em compilações privadas de prelados católicos, que vêm sendo sedimentadas na multissecular atuação da Igreja do Ocidente*”.

Em que pesem as transformações sociais, o Direito de Família conservou conceitos básicos elaborados pela doutrina canônica, e a influência dos princípios da Igreja Católica ainda se encontram na nossa realidade social. É certo que o Direito

¹³ MAIA JUNIOR, Mairan Gonçalves. *O Regime da Comunhão Parcial de Bens no Casamento e na União Estável*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 89.

¹⁴ CARDOSO, Fabiana Domingues. *Regime de Bens e Pacto Antenupcial*. São Paulo: Editora Método, 2011, pp. 13 e 14.

¹⁵ NORONHA, Carlos Silveira. As Contribuições da Canonística às Instituições Jurídicas Estatais. In: *Revista da Faculdade de Direito – Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Vol. 30, Nov/2012. Porto Alegre: Sulina, 2012.

Canônico foi decisivo para a formação dos principais conceitos relacionados ao casamento e à família.¹⁶

Cumprindo dizer que embora a família se revista de um dinamismo próprio da evolução dos tempos, não é somente um fenômeno natural, é também cultural, fundamentando-se em diversos conceitos e dogmas primitivos.

1.1.2 Do contexto patriarcal romano

Considerando que a evolução histórica da família importa a partir de Roma, entre os povos da nossa área cultural, convém dizer que o Direito Romano deu-lhe estrutura inconfundível, tornando-a uma unidade jurídica¹⁷. Segundo o jurista Noronha¹⁸:

[...] percorridas largas passadas históricas, vai se encontrar a família com certa estrutura e organização em Roma, onde teve presença efetiva. E no sistema romano, sob a autoridade do *pater famílias*, tinha [...] uma constituição complexa, formada pela *cognatio* e pela *agnatio*, resultante a primeira, do parentesco consanguíneo, entre pais e filhos, e a segunda, sem relação de consanguinidade, emergente de um liame estabelecido pelo *ius civile* de pessoas que se agregavam ao *pater* [...].

A legislação civil brasileira tomou como modelo a família patriarcal, que legitimava o exercício dos poderes masculinos sobre a mulher – poder marital, e sobre os filhos – pátrio poder, hoje denominado poder familiar. Porém, na família atual não há traços dessa família romana, pois a rígida estrutura hierárquica foi substituída pela comunhão de vida.¹⁹

¹⁶ CARDOSO, Fabiana Domingues. *Regime de Bens e Pacto Antenupcial*, p. 15.

¹⁷ GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1987, p. 36.

¹⁸ NORONHA, Carlos Silveira. Da Instituição do Poder Familiar, em perspectiva histórica, moderna e pós-moderna. In: *Revista da Faculdade de Direito – Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Editora Sulina. Vol. nº 26, p. 89 – 120, dez. 2006, p. 98.

¹⁹ LOBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil*. Famílias. 2ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 1.

1.1.3 Da família nuclear presente na sociedade moderna

A estrutura familiar do Código Civil de 1916 era nuclear e *casamentária*²⁰, ou seja, considerava-se que só existia a família formada pelo casamento, onde todas as demais constituições familiares eram rotuladas como “ilegítimas”²¹.

Buscava-se o equilíbrio das relações privadas, protegendo o patrimônio dos particulares; com enfoque na necessidade de segurança social e jurídica. A proteção da família se confundia com a tutela do patrimônio.²²

De acordo com Leite²³, o Código Civil de 1916 instituía a família com um cunho acentuadamente patriarcal, tradicional, que dividia as funções entre homem e mulher na família, que impunha esquemas de comportamento próprio a cada membro familiar e que, discriminava todos os filhos oriundos de relações não vinculadas ao casamento.

Nesse período, prestigiava-se o vínculo biológico em desfavor aos laços afetivos; e conforme as palavras de Farias²⁴, “negava-se qualquer influência jurídica decorrente do afeto”.

Clóvis Beviláqua²⁵, elaborador do projeto de lei que se tornou o Código Civil de 1916, definia a família como um “conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consangüinidade, cuja eficácia se estende ora mais larga, ora mais restritamente”.

1.1.4 Da pluralidade das famílias na pós-modernidade.

A sociedade avançou e a família passa por momentos de considerável evolução, ela passou a ser vista sob uma nova perspectiva, passou a ser reconhecido o afeto como

²⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de. *A Separação Judicial à Luz do Garantismo Constitucional: A afirmação da dignidade humana como um réquiem para a culpa na dissolução da casamento*, p. 9.

²¹ FARIAS, Cristiano Chaves de. *A Separação Judicial à Luz do Garantismo Constitucional: A afirmação da dignidade humana como um réquiem para a culpa na dissolução da casamento*, p. 9.

²² FARIAS, Cristiano Chaves de. *A Separação Judicial à Luz do Garantismo Constitucional: A afirmação da dignidade humana como um réquiem para a culpa na dissolução da casamento*, pp. 9 e 10.

²³ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Tratado de Direito de Família*. Vol. 1, Curitiba: Juruá, 1991, p. 56.

²⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de. *A Separação Judicial à Luz do Garantismo Constitucional: A afirmação da dignidade humana como um réquiem para a culpa na dissolução da casamento*, p. 10.

²⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito de Família*. São Paulo: Red livros, 2001, p. 16.

formador de estruturas familiares. Conforme Lobo²⁶, “a família atual está matizada em paradigma que explica sua função atual: a afetividade. Assim, enquanto houver *affectio* haverá família, unida por laços de liberdade e responsabilidade, e desde que consolidada na simetria, na colaboração, na comunhão de vida”. Além disso, ganhou evidência a preocupação necessária com a proteção da pessoa humana, com vistas a “tutelar o ser, sobrepujando o ter”.²⁷

A partir da Constituição da República de 1988, a família passou a ser protegida em suas variadas formas, a pluralidade das famílias deixou de figurar somente no plano fático e passou a estar prevista no texto constitucional. Nesse momento, o Estado, antes ausente, passou a se interessar pelas relações de família, em suas variáveis formas sociais.²⁸

A Constituição da República em seu art. 226 escolheu três formas de constituição de família: a matrimonial²⁹, a decorrente de união estável³⁰ e a monoparental³¹, que é aquela em que uma pessoa mora somente com seu(s) filho(s); porém, parece-nos apropriado dizer que esse rol não pode ser taxativo e que o Estado deve proteger a união familiar pela qual o indivíduo optou para viver.

Cumprindo lembrar a existência de diversos tipos de famílias, citamos a *família anaparental*, na qual está presente o liame de parentesco, que não diz respeito ao vínculo de ascendência ou descendência, formada, por exemplo, por dois irmãos.³²

Discute-se o fato de considerar aqueles que moram sozinhos como família, pois a ideia de família pressupõe um grupo de pessoas. Entretanto, é preciso que eles sejam protegidos pelo Estado, e se para isso for preciso considerá-los família, então cremos

²⁶ LOBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil*. Famílias, p. 1.

²⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de. *A Separação Judicial à Luz do Garantismo Constitucional: A afirmação da dignidade humana como um réquiem para a culpa na dissolução da casamento*, p.11.

²⁸ LOBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil*. Famílias, p. 1.

²⁹ Art. 226 da CF/88. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

³⁰ Art. 226 da CF/88. § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

³¹ Art. 226 da CF/88. § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

³² SOUZA, Daniel Barbosa Lima Faria Corrêa de. *Famílias Plurais ou Espécies de Famílias*. Disponível em: <<http://www.faimi.edu.br/v8/RevistaJuridica/Edicao8/esp%C3%A9cies%20de%20fam%C3%ADlia%20-%20daniel.pdf>> Acesso em 20/03/2014.

que o melhor é vê-los como tal; convindo, por fim, ressaltar que pode ser denominada de *família unipessoal*.³³

Além disso, temos ainda a *família formada por duas pessoas do mesmo sexo*, também conhecida como *família homoafetiva* – expressão cunhada por Maria Berenice Dias, cuja relação atualmente é reconhecida como união estável, conforme o entendimento do Supremo Tribunal Federal.³⁴

Conforme Fachin,³⁵ “*o ente familiar não é mais uma única definição. A família se torna plural*”.

Portanto, de acordo com as palavras de Farias³⁶, da sagrada família romana, passando pelo modelo familiar acolhido pelo Código Civil de 1916, até o modelo atual – plural e multifacetário – da família, abraçado pela Constituição da República e, conseqüentemente, pelo Código Civil de 2002, observa-se uma consistente travessia.

A sociedade pós-moderna impõe um modelo familiar descentralizado, democrático e igualitário³⁷, *unida por laços de liberdade e responsabilidade*³⁸.

Visto isso, passa-se à análise de alguns comentários históricos acerca do casamento e breves apontamentos quanto aos aspectos conceituais, a sua natureza jurídica e os seus aspectos patrimoniais.

³³ SOUZA, Daniel Barbosa Lima Faria Corrêa de. *Famílias Plurais ou Espécies de Famílias*. Disponível em: <<http://www.faimi.edu.br/v8/RevistaJuridica/Edicao8/esp%C3%A9cies%20de%20fam%C3%ADlias%20-%20daniel.pdf>> Acesso em 20/03/2014.

³⁴ SOUZA, Daniel Barbosa Lima Faria Corrêa de. *Famílias Plurais ou Espécies de Famílias*. Disponível em: <<http://www.faimi.edu.br/v8/RevistaJuridica/Edicao8/esp%C3%A9cies%20de%20fam%C3%ADlias%20-%20daniel.pdf>> Acesso em 20/03/2014.

³⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Elementos Críticos de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 290.

³⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de *A Separação Judicial à Luz do Garantismo Constitucional: A afirmação da dignidade humana como um réquiem para a culpa na dissolução da casamento*, p. 11.

³⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de *A Separação Judicial à Luz do Garantismo Constitucional: A afirmação da dignidade humana como um réquiem para a culpa na dissolução da casamento*, p. 11.

³⁸ LOBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil*. Famílias, p. 1.

1.2 BALANÇO HISTORIADO DO CASAMENTO, AS SUAS PECULIARIDADES E A SUA NATUREZA JURÍDICA

1.2.1 Escorço histórico do casamento

Para introduzir o delineamento do casamento que ora se propõe, considera-se oportuno fazer menção ao casamento romano, tendo em vista a origem do nosso Direito Civil.

Em Roma, o matrimônio solene era o laço sagrado por excelência. A *confarreatio* era uma cerimônia religiosa e levava essa denominação porque uma torta de cevada era dividida entre os esposos como símbolo da vida comum que se iniciava. Além do casamento religioso, também era conhecida a *coemptio*, essa forma de união era uma modalidade da *mancipatio*, negócio jurídico formal utilizado para vasto número de negócios, a começar pela compra e venda, e consistia em uma venda da mulher, por quem exercia o pátrio poder. E a outra possibilidade de união era o *usus*, no qual a mulher se submetia ao poder do marido.³⁹

Passando para a análise no contexto jurídico brasileiro, convém dizer, conforme as palavras de Cardoso, que na época da Colônia e do Império, o casamento era marcado pelas normas católicas, provenientes do Direito Canônico, sendo que a família era reconhecida somente a partir da união advinda do matrimônio, cujo vínculo era indissolúvel.⁴⁰

As Ordenações Filipinas, que entraram em vigor em 1603, previam o casamento, mas sem levar em consideração os preceitos do Concílio de Trento (1540 e seguintes), os quais vieram a aparecer no Decreto de 3 de novembro de 1827.⁴¹ As Ordenações Filipinas determinaram como regime oficial a comunhão de bens entre os cônjuges, considerando indiviso o patrimônio constituído pelo casal; cujas regras influenciaram o Código Civil de 1916.⁴²

³⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*, pp. 23 e 24.

⁴⁰ CARDOSO, Fabiana Domingues. *Regime de Bens e Pacto Antenupcial*, p.17.

⁴¹ CARDOSO, Fabiana Domingues. *Regime de Bens e Pacto Antenupcial*, p.18.

⁴² CARDOSO, Fabiana Domingues. *Regime de Bens e Pacto Antenupcial*, p.43.

Em 1890, com o Decreto nº 181, foi instituído o casamento civil, que apresentou uma regra no tocante à reconciliação dos consortes e à aplicação do regime de bens, que previa que os cônjuges separados poderiam reconciliar-se, mas não poderiam restabelecer o regime que regulava o patrimônio do casal.⁴³

Considerando-se interessante comentar que o casamento foi previsto em todos os projetos de Código Civil que marcaram a evolução histórica do ordenamento jurídico pátrio, tais como os de autoria de Felício dos Santos, de Antonio Coelho Rodrigues, de Teixeira de Freitas, de Clóvis Beviláqua, de Orlando Gomes e até o projeto 634 –B, com sua comissão presidida por Miguel Reale, que após diversas revisões desencadeou no Código Civil de 2002.

O casamento, embora não seja mais o único meio formador de família, ainda ocupa lugar de destaque na legislação civil e na sociedade. Seus atributos garantem segurança jurídica⁴⁴; e, por isso, ainda prevalece no contexto social.

Diante do acima exposto, passamos à análise dos aspectos conceituais do casamento, dos deveres conjugais e da sua natureza jurídica.

1.2.2 Peculiaridades do casamento

O casamento⁴⁵ varia, como todas as instituições sociais, com os povos e com os tempos⁴⁶, e atualmente é possível conceituar o casamento como “*negócio jurídico bilateral, consensual e solene, pelo qual homem e mulher adotam, perante oficial público que o celebra, o regime civil, institucional, monogâmico, oficial e típico de paridade e de segurança jurídica para proteção futura de sua legítima expectativa*”

⁴³ CARDOSO, Fabiana Domingues. *Regime de Bens e Pacto Antenupcial*, p.19.

⁴⁴ RIBEIRO, Paulo Hermano Soares; FONSECA, Edson Pires da. *Casamento e Divórcio na perspectiva civil constitucional*. São Paulo: Editora JH Mizuno, 2012, p. 33.

⁴⁵ Pode também ser chamado de matrimônio, enlace, núpcias, aliança, bodas ou casório.

⁴⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. TOMO VII. Direito de Personalidade. Direito de Família. Direito Matrimonial (Existência e validade do casamento). Atualizado por Maria Rosa de Andrade Nery, São Paulo: Revista os Tribunais, 2012, p. 281.

*existencial (humana e transcendental) de gerar uma nova família e, com isso, preparar espaço para o nascimento de novas vidas humanas”.*⁴⁷

Para Orlando Gomes⁴⁸ “*é promessa solene e irrevogável, mutuamente feita*”. Para Espínola⁴⁹, é a peça chave de todo um contexto social, pois para ele, casamento é a base dos princípios morais, sociais e culturais de um país.

O casamento realiza-se quando o homem e a mulher manifestam o desejo de instituir o vínculo conjugal perante o juiz, que os declara casados.⁵⁰ Com a celebração do casamento designa-se uma comunhão plena de vida, alicerçada na isonomia de direitos e deveres dos cônjuges,⁵¹ os quais assumem de forma mútua a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.⁵²

Uma vez casados, os cônjuges obrigam-se a deveres impostos e insuscetíveis de diminuição, supressão ou regulação pelas partes interessadas, são eles: a fidelidade recíproca; a vida em comum; a mútua assistência; sustento, guarda e educação dos filhos; assim como, o respeito e consideração mútuos.⁵³ Convido destacar que essa relação não é exaustiva, ela apresenta os deveres mais importantes, pois a lei não poderia cogitar todos os deveres inerentes aos cônjuges.⁵⁴

A fidelidade recíproca é a expressão do casamento monogâmico, é uma exigência do Direito em nome dos interesses da família e da sociedade. O

⁴⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. TOMO VII. Direito de Personalidade. Direito de Família. Direito Matrimonial (Existência e validade do casamento). Atualizado por Maria Rosa de Andrade Nery, p. 285.

⁴⁸ GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1978, p. 56.

⁴⁹ ESPÍNOLA, Eduardo. *A Família no Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Gazeta Judiciária Editora S.A., 1954, p. 239.

⁵⁰ Art. 1.514 do CC/02. O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.

⁵¹ Art. 1.511 do CC/02. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

⁵² Art. 1.565 do CC/02. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

⁵³ Art. 1.566 do CC/02. 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.

⁵⁴ SILVA, Regina Beatriz Tavares da Silva. *A Emenda Constitucional do Divórcio*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 31.

descumprimento desse dever perturba de modo profundo a vida da família. E representa a nítida manifestação de falência da união e da moral conjugal.⁵⁵

O dever de fidelidade perdura enquanto subsista a sociedade conjugal, ou melhor, enquanto exista verdadeira comunhão de vidas; portanto, termina com a morte, com a anulação do casamento, com o divórcio, com a separação conjugal e em caso de prolongada separação de fato, pois se o art. 1.723, §1º do CC/02⁵⁶ possibilita à pessoa casada e apenas separada de fato a constituição de união estável, não há razão para a manutenção do dever de fidelidade em seu casamento.⁵⁷

O dever de vida em comum no domicílio conjugal é a essência do casamento, apesar de casos excepcionais⁵⁸, em que as pessoas precisam se afastar do lar conjugal por períodos prolongados, em razão de trabalho, educação ou moléstia, ou mesmo, o casal cuja opção de vida seja a convivência em residências distintas.

O cônjuge que infringe o dever de coabitação pode sofrer as consequências da usucapião urbana por abandono de lar, prevista no art. 1.240-A do CC/02⁵⁹, que impõe a perda da propriedade a cônjuges ou a companheiros que desaparecem deixando sobre a responsabilidade do outro consorte todos os encargos do imóvel, o sustento da família, o cuidado com os filhos e etc.⁶⁰ A Lei n. 12.424/2011 “*prevê o prazo de prescrição aquisitiva em dois anos, a contar do abandono do lar conjugal e pressupõe, para sua incidência, que o cônjuge ou companheiro que permanece no imóvel (que não deve exceder 250m²), não tenha outro bem imóvel e que faça uso do bem comum para seu domicílio e/ou da família*”.⁶¹

⁵⁵ SILVA, Regina Beatriz Tavares da Silva. *A Emenda Constitucional do Divórcio*, p. 38.

⁵⁶ Art. 1.723, §1º do CC/02. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. § 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

⁵⁷ SILVA, Regina Beatriz Tavares da Silva. *A Emenda Constitucional do Divórcio*, pp. 40 e 41.

⁵⁸ SILVA, Regina Beatriz Tavares da Silva. *A Emenda Constitucional do Divórcio*, p. 41.

⁵⁹ Art. 1.240-A do CC/02. Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. (Incluído pela Lei nº 12.424, de 2011).

⁶⁰ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Manual de Direito Civil: Família*, p. 282.

⁶¹ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Manual de Direito Civil: Família*, p. 283.

A mútua assistência é um dever que impõe aos cônjuges reciprocamente a prestação de assistência material e imaterial. É uma das finalidades do casamento, é o auxílio mútuo nos momentos felizes e nos infortúnios da vida.⁶²

O dever de respeito e de consideração mútuos diz respeito à manutenção de um ambiente tranquilo e amistoso para a família. Conforme Silva⁶³, “*seu objeto reside nos direitos da personalidade do cônjuge: vida, integridade física e psíquica, honra, liberdade e segredo, entre outros direitos dessa natureza.*” A violação desse dever configura-se com a tentativa de morte; com a sevícia – que é ato de violência contra a integridade física do cônjuge; com a injúria grave e a conduta desonrosa; com o ato de restringir a liberdade – que pode ser exercida dentro dos limites legais – como, por exemplo, a liberdade de expressão, de pensamento, de crença, de escolha e exercício profissional; assim como, com a violação de segredos referentes à vida íntima que se instala entre o casal.

Após analisados os deveres dos cônjuges entre si, convém apresentar, por fim, os deveres do casal em relação à prole. O sustento, a guarda e a educação dos filhos são deveres que visam buscar o melhor interesse dos filhos, e em seu exercício não prevalecem os atos do genitor ou da genitora, ambos devem exercê-los de forma igualitária, conforme o art. 226, §5º da CF/88⁶⁴. E seu descumprimento sujeita ao cônjuge infrator às penalidades do art. 244 do Código Penal, à suspensão ou destituição do poder familiar, conforme os arts. 1.637 e 1.638 do CC/02⁶⁵ e o art. 24 do ECA⁶⁶, e até mesmo ao dever de indenizar, com o fim de trazer um lenitivo, pelos danos causados

⁶² SILVA, Regina Beatriz Tavares da Silva. *A Emenda Constitucional do Divórcio*, p. 34.

⁶³ SILVA, Regina Beatriz Tavares da Silva. *A Emenda Constitucional do Divórcio*, p. 31.

⁶⁴ Art. 226, § 5º da CF/88. Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

⁶⁵ Art. 1.637 do CC/02. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha. Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

Art. 1.638 do CC/02. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

⁶⁶ Art. 24 do ECA. A perda e a suspensão do poder familiar serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.

aos filhos⁶⁷. O Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA dispõe, no mesmo sentido, em seus arts. 22 e 19⁶⁸, que aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação do filho, que tem direito de ser criado e educado no seio de sua família.⁶⁹

Após tecidas algumas considerações sobre os aspectos conceituais e os deveres conjugais, cumpre apresentar a natureza jurídica do casamento.

1.2.3 Natureza jurídica do casamento

Apesar da restringida importância prática, a natureza jurídica do casamento é amplamente debatida entre os doutrinadores, e por isso não é um tema pacífico; de um lado, pode ser compreendido como um contrato; e, de outro, pode ser visto como uma instituição.

Por outro lado, há quem entenda ainda que a natureza jurídica do casamento é mista ou eclética, ou seja, tem a ideia de instituição, embora não se possa negar o fundamento contratual.⁷⁰ Gomes⁷¹ preceitua que a doutrina mais recente considera o casamento um contrato na formação e uma instituição no conteúdo.

Aqueles que sustentam que o casamento tem natureza jurídica contratual enfatizam o aspecto da incidência de vontade dos cônjuges⁷²

Pereira⁷³ defende a natureza contratualista do casamento nos seguintes termos: “o que no matrimônio deve ser considerado é o paralelismo com os contratos em geral,

⁶⁷ Art. 186 do CC/02. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

⁶⁸ Art. 19 do ECA. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes.

E o Art. 22 do ECA. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

⁶⁹ SILVA, Regina Beatriz Tavares da Silva. *A Emenda Constitucional do Divórcio*, p. 44.

⁷⁰ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito de Família*, p. 20.

⁷¹ GOMES, Orlando. *Direito de Família*, p. 60.

⁷² MOTTA, Carlos Dias. *Direito Matrimonial e seus princípios jurídicos/ Carlos Dias Motta*; prefácio à 1ª edição de Fábio Ulhoa Coelho. 2ª Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 264.

⁷³ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*, vol. V, 13ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 35.

que nascem de um acordo de vontade, e realizam os objetivos que cada um tem em vista, segundo a motivação inspiradora dos declarantes e os efeitos assegurados pela ordem jurídica”.

Sob a ótica de Rodrigues⁷⁴, o casamento é um contrato de direito de família, cuja finalidade é promover a união entre homem e mulher, que não se confunde com outros contratos de direito privado.

Os que consideram, por sua vez, ser o casamento uma instituição destacam as regras – em sua maioria de ordem pública – aplicadas ao casamento, não derogáveis nem renunciáveis pela autonomia da vontade do casal.⁷⁵ Monteiro destaca que essa concepção preceitua que o casamento recebe da “*imutável autoridade da lei*” sua forma, suas normas e seus efeitos, independentemente do matrimônio nascer da vontade do casal.⁷⁶

Pereira⁷⁷ ao sustentar o casamento como uma instituição afirma que “*o casamento [...] não é um contrato, antes difere dele profundamente, em sua constituição, no seu modo de ser, na duração e alcance de seus efeitos. [...] os direitos e obrigações que dele resultam trazem o cunho da necessidade e, no que dizem respeito às pessoas, não podem ser alterados, modificados ou limitados pelo arbítrio dos cônjuges*”.

Ao passo que os doutrinadores – que entendem o casamento não apenas como um contrato, mas também como uma instituição – dizem que a manifestação de vontade na formação do vínculo conjugal cede espaço para as regras preestabelecidas pelo Estado.⁷⁸

⁷⁴ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito de Família*. Vol. 6. 28ª Ed. Editora Saraiva, 2006, p. 19.

⁷⁵ MOTTA, Carlos Dias. *Direito Matrimonial e seus princípios jurídicos*/ Carlos Dias Motta; prefácio à 1ª edição de Fábio Ulhoa Coelho. 2ª Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 264.

⁷⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*, vol. 2, 3ª Ed. revista. São Paulo: Editora Saraiva, 1994, p. 10.

⁷⁷ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de Família*. Editora Fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2004, pp. 29 e 30.

⁷⁸ RIBEIRO, Paulo Hermano Soares e FONSECA, Edson Pires da. *Casamento e Divórcio na perspectiva civil constitucional*, p. 46.

Venosa⁷⁹ posiciona-se no sentido de amparar tal concepção eclética, e, para fundamentá-la, dispõe que é inegável a natureza contratual da celebração do casamento; assim como a natureza institucional, intrínseca ao aspecto sociológico do casamento, que diz respeito à vida em comum, direitos e deveres dos cônjuges, assistência recíproca, educação dos filhos, dentre outros, cuja estrutura jurídica é cogente e predisposta.

Por derradeiro, convém dizer que essa concepção do casamento como um “*contrato com feição especial*”⁸⁰ nos parece mais condizente com a realidade jurídica atual que vivenciamos no Direito de Família, após a edição da Emenda Constitucional n. 66/2010. Pois ela “*se mostra vigorosa diante da inegável autonomia privada que se reconhece [...] na liberdade de optar pelo casamento ou não, e na possibilidade de rescisão do casamento fundada apenas na vontade de não permanecer casado, de um ou de ambos os cônjuges.*”⁸¹

Para encerrar o estudo acerca do casamento passa-se a analisar os aspectos patrimoniais do casamento, sob o enfoque dos regimes de bens.

1.2.4 Aspectos Patrimoniais do Casamento sob o enfoque dos regimes de bens

Os aspectos patrimoniais do casamento são introduzidos pelo regime de bens e estão inseridos no direito patrimonial de família, o qual busca colocar os cônjuges em situação de igualdade no ordenamento jurídico brasileiro.

A evolução do papel da mulher na sociedade influenciou sobremaneira o direito patrimonial de família. A sociedade hoje composta por família não-hierarquizada, não-patriarcal, e constituída pela igualdade de seus membros e com o intuito de realização de cada partícipe.⁸²

⁷⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Direito de Família, p. 26

⁸⁰ GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1983, p. 48.

⁸¹ RIBEIRO, Paulo Hermano Soares e FONSECA, Edson Pires da. *Casamento e Divórcio na perspectiva civil constitucional*, p. 47.

⁸² CHINELATO, Silmara Juny. Direito patrimonial de família: Do Regime de Bens entre Cônjuges. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; TÔRRES, Heleno Taveira e CARBONE, Paolo (Coords.). *Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e outros temas – Homenagem a Tullio Ascarelli*. 2ª Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 627.

A igualdade dos cônjuges refletida na administração dos bens, no dever de contribuir para as despesas da família marca o novo direito patrimonial, resultado das constantes alterações legislativas e, principalmente, da promulgação da Constituição da República em 1988, que instituiu dentre outros direitos o reconhecimento de novas formas de família, a igualdade de direitos e *status* a todos os filhos, e a igualdade entre homem e mulher de forma geral e na sociedade conjugal.

Antes desse cenário jurídico presenciava-se na sociedade um desequilíbrio entre os membros da família; quando o casamento era marcado pela união indissolúvel, em que a mulher com o seu papel definido no lar era vista com inferioridade ao marido considerado o único provedor, era imperiosa a intervenção do Estado para restringir a autonomia de vontade no que se referia ao direito patrimonial de família.⁸³

Atualmente tal direito toma outros caminhos, pois o Estado deixa de tolher a liberdade e a autonomia da vontade dos partícipes da família, reduzindo, assim, sua intervenção⁸⁴, conforme preceituado no art. 1.513 do Código Civil de 2002⁸⁵. Fazendo imperar cada vez menos o público – apenas nos casos de vulnerabilidade, e cada vez mais o privado.⁸⁶

1.2.4.1 O Regime de bens

Da comunhão de vidas, no casamento e na união estável, decorrem as consequências de índole patrimonial. Razão pela qual, conforme as palavras de Bossert e Zannoni⁸⁷, pela especial característica que tem a vida em comum do casal, é necessário organizar um regime referido à propriedade e ao manuseio dos bens que cada um adquire ou que ambos adquirem. E, dessa forma, cumpre que as relações patrimoniais se organizem entre o casal por intermédio do regime de bens.

⁸³ MADALENO, Rolf. A Crise Conjugal e o Colapso dos Atuais Modelos de Regimes de Bens. In: *Revista Brasileira do Direito das Famílias e Sucessões*, n. 25, dezembro-janeiro de 2012, p. 5 – 32.

⁸⁴ MADALENO, Rolf. A Crise Conjugal e o Colapso dos Atuais Modelos de Regimes de Bens. In: *Revista Brasileira do Direito das Famílias e Sucessões*, p. 5 – 32.

⁸⁵ Art. 1.513 do CC/02. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.

⁸⁶ MADALENO, Rolf. A Crise Conjugal e o Colapso dos Atuais Modelos de Regimes de Bens. In: *Revista Brasileira do Direito das Famílias e Sucessões*, p. 5 – 32.

⁸⁷ BOSSERT, Gustavo A. e Zannoni, Eduardo A. *Manual de Derecho de Familia*. 6ª Edición Actualizada. Buenos Aires: Editorial Ástrea, 2004, p. 217

Considera-se interessante mencionar que “*o regime de bens repousa em recôndito esquecido da vida em comum*” quando o casamento desenvolve-se “sem maiores sobressaltos”. Agora, quando a sociedade conjugal se desfaz, situações controvertidas emergirão do regime de bens, quer levantadas pelos consortes, quer pelos seus herdeiros, em caso de morte.⁸⁸

Conforme se detalhará na sequência, os regimes de bens previstos no Código Civil de 2002 são: comunhão parcial (arts. 1.658 a 1.666 do CC/02), comunhão universal (arts. 1.667 a 1.671 do CC/02), participação final nos aquestos (arts. 1.672 a 1.686 do CC/02), e separação (art. 1.687 a 1.688 do CC/02).

1.2.4.1.1 Do Regime da Comunhão Parcial de Bens

Desde a edição da Lei do Divórcio, em 1977, este é regime oficial de bens, selecionado pelo legislador pátrio, pois no silêncio dos nubentes ou na hipótese de nulidade do pacto antenupcial, esse será o regime que prevalecerá.⁸⁹

O regramento que o Código Civil dispõe acerca desse regime de bens diz que restará comunicável, então – e por isso passível de partilha entre os cônjuges que se afastam – o acervo dos bens comuns⁹⁰, ficando excluídos, dessa partilha, os bens ressalvados pelos arts. 1659 e 1661 do atual Código Civil⁹¹.

No que tange à exclusão – prevista no vigente Código Civil – da comunicabilidade dos frutos civis do trabalho, ou indústria de cada cônjuge, considera-

⁸⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Direito de Família, p. 325.

⁸⁹ CARDOSO, Fabiana Domingues. *Regime de Bens e Pacto Antenupcial*, p. 82.

⁹⁰ Art. 1.660 do CC/02. Entram na comunhão: I - os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges; II - os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior; III - os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges; IV - as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge; V - os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão.

⁹¹ Art. 1.659 do CC/02. Excluem-se da comunhão: I - os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar; II - os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares; III - as obrigações anteriores ao casamento; IV - as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal; V - os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão; VI - os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge; VII - as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.

Art. 1.661 do CC/02. São incomunicáveis os bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento.

se importante dizer, conforme menciona Cardoso⁹², que atualmente é tese bem aceita o fato de que entra na comunhão o crescimento patrimonial da pessoa jurídica ao cônjuge, se este decorrer de sociedade constituída antes da celebração do casamento.⁹³

Com base nas disposições legais acerca da administração do patrimônio, convém comentar que: *a administração do patrimônio comum compete a qualquer dos cônjuges* (art. 1.663 do CC/02). E que *as dívidas contraídas no exercício da administração obrigam os bens comuns e particulares do cônjuge que os administra, e os do outro na razão do proveito que houver auferido.* (§ 1º do art. 1.663 do CC/02). Entretanto, *as dívidas, contraídas por qualquer dos cônjuges na administração de seus bens particulares e em benefício destes, não obrigam os bens comuns* (art. 1.666 do CC/02). Cumprindo salientar que *em caso de malversação dos bens, o juiz poderá atribuir a administração a apenas um dos cônjuges.* (§ 3º do art. 1.663 do CC/02).

Além disso, convém dizer que *a anuência de ambos os cônjuges é necessária para os atos, a título gratuito, que impliquem cessão do uso ou gozo dos bens comuns.* (§ 2º do art. 1.663 do CC/02). E que, por outro lado, *a administração e a disposição dos bens constitutivos do patrimônio particular competem ao cônjuge proprietário, salvo convenção diversa em pacto antenupcial* (art. 1.665 do CC/02).

Por derradeiro, cumpre ressaltar o fato de que no casamento esse regime prescinde de lavratura de pacto antenupcial, bastando fazer alusão do mesmo na certidão de casamento, diferentemente dos outros regimes de bens.

1.2.4.1.2 Do Regime da Comunhão Universal de Bens

Este foi o regime de bens oficial até o advento da Lei do Divórcio, sob o qual casaram a maioria dos brasileiros até 1977.

⁹² CARDOSO, Fabiana Domingues. *Regime de Bens e Pacto Antenupcial*, pp. 82 e 83.

⁹³ “Partilha de bens. É de ser partilhado o crescimento patrimonial da empresa, por constituir bem comunicável a teor do art. 271, V, do Código Civil de 1916, reproduzido pelo art. 1.600, V, do Código Civil. Alimentos. Companheira. Estando a companheira alijada da maior parte do patrimônio comum, revela-se impositivo a fixação de verba alimentar com fundamento no parágrafo único do art. 4º da Lei de Alimentos. Partilha. Honorários Advocatícios. Como as ações de partilha de bens encerram inegável conteúdo econômico, revela-se adequada a fixação dos honorários com base no valor da meação conferida a cada parte. Recursos providos em parte” (TJ/RS 7º. Câm. Cív., Apel. 70009294471, rel. Des. Maria Berenice Dias, j. 01.12.2004)

Nas palavras de Cardoso, por esse regime de bens:

os cônjuges optam pela regra de que todos os bens, presentes e futuros, móveis ou imóveis, adquiridos antes ou durante o casamento, com fruto de bem anterior, proveniente de herança, objeto de sub-rogação ou não, se comuniquem igualmente entre eles, em proporção igual, ou seja, metade para cada qual.⁹⁴

O Código Civil de 2002 versa a respeito desse regime de bens ao dispor em seu art. 1.667 que: *o regime de comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas*, observadas as exceções previstas no art. 1.668 e 1.669 do Código Civil de 2002.⁹⁵

Considerando-se importante ressaltar que se aplica ao regime da comunhão universal o disposto anteriormente, quanto à administração dos bens. (art. 1.670 do CC/02). Assim como que cessará a responsabilidade de cada um dos cônjuges para com os credores do outro, quando extinta a comunhão, e efetuada a divisão do ativo e do passivo. (art. 1.671 do CC/02).

Gize-se, que esse regime de bens, ao ser escolhido pelos nubentes, deverá ser acompanhado de pacto antenupcial.

1.2.4.1.3 Do Regime da Separação de Bens

Nesse regime matrimonial, determina-se a separação dos bens dos cônjuges, como a própria denominação estabelece; ou seja, quando os nubentes optam por esse regime, *convencionam* acerca da separação dos bens, que poderá ser total ou parcial.

Nas palavras de Cardoso⁹⁶:

⁹⁴ CARDOSO, Fabiana Domingues. *Regime de Bens e Pacto Antenupcial*, p. 83.

⁹⁵ Art. 1.668 do CC/02. São excluídos da comunhão: I - os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar; II - os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva; III - as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum; IV - as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade; V - Os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659.

Art. 1.669 do CC/02. A incomunicabilidade dos bens enumerados no artigo antecedente não se estende aos frutos, quando se percebam ou vençam durante o casamento.

⁹⁶ CARDOSO, Fabiana Domingues. *Regime de Bens e Pacto Antenupcial*, p. 85.

Nesse regramento patrimonial, tanto os bens presentes, quanto os futuros são incomunicáveis e cada cônjuge é responsável e administra o seu patrimônio da forma que melhor lhe convier.⁹⁷

No art. 1.687 do CC/02 está previsto que *estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real*. Ou seja, no caso do regime de separação, a alienação ou gravame dos bens (móveis ou imóveis) de cada um dos cônjuges, prescindirá de outorga conjugal. De acordo com Lôbo⁹⁸:

A separação patrimonial se perfaz em suas três mais importantes dimensões: a) a administração exclusiva de cada cônjuge sobre seus bens próprios e respectivo usufruto; b) a liberdade de alienação dos bens próprios sem autorização do outro, bem como do destino do resultado; c) a responsabilidade de cada um sobre as dívidas e obrigações que contrair.

Lôbo ao comentar acerca do regime da separação de bens convencional total⁹⁹ diz que: *“Os bens de cada cônjuge, independentemente de sua origem ou da data de sua aquisição, compõem patrimônios particulares e separados, com respectivos ativos e passivos. Não há convivência com patrimônio comum nem participação nos aquestos. Caracteriza-se, justamente, pela ausência de massa comum”*.¹⁰⁰

Convém ressaltar, por fim, que embora esse regime preveja a separação dos bens, *ambos os cônjuges são obrigados a contribuir para as despesas do casal na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus bens, salvo estipulação em contrário no pacto antenupcial* (art. 1.688 do CC/02).

⁹⁷ “Separação Judicial. União estável anterior. Partilha. Regime da separação convencional de bens. Pacto antenupcial. Descabimento. Descabe estabelecer partilha de bens ou mesmo qualquer indenização quando o regime matrimonial adotado pelos litigantes foi o da separação total de bens, convencionalizada através de pacto antenupcial, na tendo incidência, portanto o teor da Súmula 377 do STF. Recurso desprovido, por maioria” (TJ/RS, 7º Câm. Cív., Apel. 70020214334, rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 24.10.2007)

⁹⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil*. Famílias, p. 332.

⁹⁹ Conforme destaca Paulo Lobo: “enquanto vigorou o modelo legal de família patriarcal, o regime de separação era injusto para a mulher; no modelo igualitário de família, é o mais justo, e o que melhor respeita [...] a liberdade de cada cônjuge”.

¹⁰⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil*. Famílias, pp. 330 e 331.

1.2.4.1.4 Do Regime da Separação Obrigatória de Bens

O regime de separação de bens, obrigatório a algumas hipóteses elencadas na vigente lei civil, prevista no art. 1.641¹⁰¹, já era prevista na legislação anterior.

O legislador entendeu por bem impor o regime da separação de bens aos nubentes que pretendem convolar núpcias com inobservância das causas suspensivas do casamento¹⁰², ou que contem com mais de setenta anos¹⁰³, ou, ainda, que necessitem de suprimento judicial à realização do casamento.

Razão pela qual, note-se que se eventualmente uma das causas for suprida, se assim for possível, não há previsão legal quanto à modificação automática de regime. Porém, de qualquer forma, de acordo com o previsto no §2º do art. 1.639 do Código Civil¹⁰⁴, prevalece a imposição desse regime somente para os maiores de setenta anos.

Para Gustavo Tepedino¹⁰⁵, o disposto no inciso II do art 1.641, estabelece injustificada restrição à liberdade pessoal do idoso, submetendo-o a verdadeira

¹⁰¹ Art. 1.641 do CC/02. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; ~~II - da pessoa maior de sessenta anos;~~ II - da pessoa maior de 70 (setenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010); III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

¹⁰² Art. 1.523 e 1524 do CC/02.

Art. 1.523 do CC/02. Não devem casar: I - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros; II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal; III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal; IV - o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas. Parágrafo único. É permitido aos nubentes solicitar ao juiz que não lhes sejam aplicadas as causas suspensivas previstas nos incisos I, III e IV deste artigo, provando-se a inexistência de prejuízo, respectivamente, para o herdeiro, para o ex-cônjuge e para a pessoa tutelada ou curatelada; no caso do inciso II, a nubente deverá provar nascimento de filho, ou inexistência de gravidez, na fluência do prazo.

Art. 1.524 do CC/02. As causas suspensivas da celebração do casamento podem ser argüidas pelos parentes em linha reta de um dos nubentes, sejam consanguíneos ou afins, e pelos colaterais em segundo grau, sejam também consanguíneos ou afins.

¹⁰³ Saliente-se a alteração do limite da idade à livre escolha do regime de bens, que passou de sessenta para setenta anos de idade, por intermédio da Lei nº 12.344/2010, cuja proposta se deu com base no aumento da expectativa de vida da população brasileira.

¹⁰⁴ Art. 1.639, §2º do CC/02. É admissível alteração do regime de bens, mediante alteração judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.

¹⁰⁵ TEPEDINO, Gustavo. Controvérsias sobre o regime de bens no novo Código Civil. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões – IBD FAM*. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte, v. 2, fev.-mar. 2008.

interdição compulsória, em desprezo ao princípio da igualdade proclamado no art. 5º, *caput*, da Constituição da República. Está em flagrante afronta ao Estatuto do Idoso e está longe de constituir uma precaução.

Com o intuito de minimizar essa situação, restou promovido o Enunciado 261, aprovado na III Jornada de Direito Civil, realizada pelo Conselho Nacional de Justiça, em dezembro de 2004, o qual faz referência ao conteúdo do inciso II do art. 1.641 e contém os seguintes termos:

A obrigatoriedade do regime da separação de bens não se aplica a pessoa maior de sessenta (atualmente, setenta) anos, quando o casamento for precedido de união estável iniciada antes dessa idade.

Cumprе ressaltar que – em razão dessa restrição desarrazoada que submete à pessoa com a idade avançada, que pretende se casar, ao regime da separação obrigatória de bens – a união estável tem sido a opção de forma de constituição de família, pois nesse caso essas pessoas não se obrigam por imposição da lei a um determinado regime. Embora exista posicionamento contrário na jurisprudência, que entende ser aplicável tal regime também às pessoas unidas pela união estável.¹⁰⁶

¹⁰⁶ RECURSO ESPECIAL - UNIÃO ESTÁVEL - APLICAÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS, EM RAZÃO DA SENILIDADE DE UM DOS CONSORTES, CONSTANTE DO ARTIGO 1641, II, DO CÓDIGO CIVIL, À UNIÃO ESTÁVEL - NECESSIDADE - COMPANHEIRO SUPÉRSTITE - PARTICIPAÇÃO NA SUCESSÃO DO COMPANHEIRO FALECIDO QUANTO AOS BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL - OBSERVÂNCIA - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1790, CC - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO . I - O artigo 1725 do Código Civil preconiza que, na união estável, o regime de bens vigente é o da comunhão parcial. Contudo, referido preceito legal não encerra um comando absoluto, já que, além de conter inequívoca cláusula restritiva ("*no que couber*"), permite aos companheiros contratarem, por escrito, de forma diversa; II - A não extensão do regime da separação obrigatória de bens, em razão da senilidade do *de cuius*, constante do artigo 1641, II, do Código Civil, à união estável equivaleria, em tais situações, ao desestímulo ao casamento, o que, certamente, discrepa da finalidade arraigada no ordenamento jurídico nacional, o qual se propõe a facilitar a convalidação da união estável em casamento, e não o contrário; IV - Ressalte-se, contudo, que a aplicação de tal regime deve inequivocamente sofrer a contemporização do Enunciado n. 377/STF, pois os bens adquiridos na constância, no caso, da união estável, devem comunicar-se, independente da prova de que tais bens são provenientes do esforço comum, já que a solidariedade, inerente à vida comum do casal, por si só, é fator contributivo para a aquisição dos frutos na constância de tal convivência; V - Excluída a meação, nos termos postos na presente decisão, a companheira supérstite participará da sucessão do companheiro falecido em relação aos bens adquiridos onerosamente na constância da convivência (período que não se inicia com a declaração judicial que reconhece a união estável, mas, sim, com a efetiva convivência), em concorrência com os outros parentes sucessíveis (inciso III, do artigo 1790, CC). VI - Recurso parcialmente provido. (REsp 1090722/SP. 3ª Turma do STJ. Rel. Min. Massami Uyeda. J. 02/03/2010).

No casamento, o óbice à livre escolha do regime de bens não cessa quando o impedimento diz respeito à alta idade, diferentemente dos demais casos expressos no art. 1.641 do Código Civil, onde os impedimentos podem ser superados.¹⁰⁷

Em razão disso, a doutrina e a jurisprudência são unânimes no sentido de que para essa hipótese não pode ser lavrado o pacto antenupcial, pelo fato deste possibilitar a burla à imposição legal;¹⁰⁸ em que pese a prática deles em alguns cartórios, pela inexistência de vedação legal à convenção pré-nupcial nesses casos¹⁰⁹.

Em razão da atual lei civil prever a mutabilidade do regime na constância do casamento, considera-se possível a alteração do regime quando cessados os impedimentos.

No entendimento de Luiz Felipe Brasil do Santos¹¹⁰:

Não será possível, evidentemente, a modificação do regime de bens daqueles casais que celebraram o matrimônio nas circunstâncias do art. 1.641, incisos I, II e III, estando sujeitos, assim, ao regime obrigatório da separação de bens, salvante a hipótese de terem obtido a não aplicação das causas suspensivas, conforme previsão do parágrafo único do art. 1.523, caso em que não se submeterão obrigatoriamente a esse regime, podendo, portanto, vir a alterar aquele que houverem escolhido.

No que concerne à realização de pacto antenupcial, na hipótese elencada no inciso I do art. 1.641 do Código Civil, entende-se possível a sua elaboração para dispor especialmente sobre o regime de bens que regerá o casamento quando cessadas as suas causas suspensivas. No que tange ao inciso III, quando se tratar de menor, que depende de suprimento para casar, ressalta-se que não é conferido pela lei a possibilidade de pactuar.

¹⁰⁷ CARDOSO, Fabiana Domingues. *Regime de Bens e Pacto Antenupcial*, p. 125.

¹⁰⁸ CARDOSO, Fabiana Domingues. *Regime de Bens e Pacto Antenupcial*, p. 125.

¹⁰⁹ Conforme pesquisa de campo realizada pela autora Fabiana Cardoso, em razão da inexistência de vedação legal para a produção de convenção antenupcial, não são raros os pactos antenupciais realizados pelos nubentes submetidos ao regime da separação obrigatória de bens pelo fator da idade, os quais contém estipulações ou esclarecimentos que se entenda necessário, sem ser desvirtuado o regime imposto pela lei. (CARDOSO, Fabiana Domingues. *Regime de Bens e Pacto Antenupcial*, p. 125).

¹¹⁰ SANTOS, Luiz Felipe Brasil dos. Autonomia da vontade e os regimes matrimoniais de bens. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coords.). *Direitos Fundamentais do Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

Dessa forma, de acordo com o inciso I e III do art. 1.641 do Código Civil, pode-se dizer que quando possível a elaboração de pacto, pelos nubentes submetidos ao regime obrigatório de separação de bens, é viável realizá-lo com cláusula que disponha a modificação do regime após a cessação do impedimento; o qual constituirá instrumento útil para a economia processual – pois o pacto evitará futura demanda judicial para modificação do regime.

1.2.4.1.5 Do Regime da Participação Final nos Aquestos

O Código Civil de 2002 trouxe esse regime como uma inovação ao sistema do regime de bens. A própria denominação auxilia a vislumbrar uma das características desse regime, ou seja, no final da relação, em caso de divórcio, as partes participam um ao outro os bens angariados durante a constância da relação matrimonial, os chamados aquestos. Trata-se de um regime híbrido, porquanto tem regras da comunhão parcial de bens e da separação convencional. Ele mantém reservado o patrimônio particular e individual dos cônjuges, adquiridos antes do enlace e comunica apenas os saldos das conquistas patrimoniais do casal ao tempo da união afetiva. Por este contorno, as partes administram individualmente os bens, mesmo após o casamento, mas em caso de rompimento, haverá um equilíbrio de eventuais vantagens conquistadas por um ou por outro.

Sua origem se dá em países como a Hungria, Suécia, Finlândia, Dinamarca, Noruega, também sendo representativo nos Estados Unidos, Alemanha, Portugal, Espanha e França.¹¹¹

Na participação dos aquestos, como sustenta Silmara Juny Chinelato¹¹², o regime gera um direito pessoal de crédito quanto aos bens adquiridos por cada um dos cônjuges, cuja regulação se dá como se houvesse o regime da separação de bens. Isso quer dizer que cada um administrará seus próprios créditos e bens.

¹¹¹ BOMFIM, Silvano. *O Regime da Participação dos Aquestos no Código Civil de 2002*. Revista Brasileira do Direito das Famílias e Sucessões, n. 09, abril-maio de 2009, p. 59.

¹¹² CHINELATO, Silmara Juny. *Comentários ao Código: do direito de família (arts. 1591 a 1710)*. Antônio Junqueira de Azevedo (Coord.). São Paulo, 2004, p.362.

Por fim, considera-se interessante ressaltar que este regime substituiu o antigo Regime Dotal, o qual caiu totalmente em desuso.

1.3 FORMAS DE DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE E DO VÍNCULO CONJUGAL

O vínculo matrimonial e a sociedade conjugal não podem confundir-se, e para diferenciá-los cita-se Maria Helena Diniz¹¹³:

O casamento [e, portanto, o vínculo conjugal] 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 um deles. Daí não se poder confundir o vínculo matrimonial com a sociedade conjugal.

Quanto às formas de dissolução do casamento e da sociedade conjugal também convém distinguir, pois o casamento válido se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio;¹¹⁴ enquanto a sociedade conjugal termina pela morte de um dos cônjuges, pela nulidade ou anulação do casamento, pela separação judicial e pelo divórcio.¹¹⁵

1.3.1 Pela morte de um dos cônjuges

Com o falecimento de um dos cônjuges rompe-se o vínculo do casamento e conseqüentemente cessa a sociedade conjugal.¹¹⁶ O estado civil do cônjuge supérstite passa a ser o de viúvo, as relações pessoais do sobrevivente com os filhos menores e incapazes sofrem modificações, o patrimônio da família passa pela cessação dos efeitos

¹¹³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Direito de Família. Vol. 5. 25ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 249.

¹¹⁴ Art. 1.571, §1º, do CC/02. 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.

¹¹⁵ Art. 1.571 do CC/02. A sociedade conjugal termina:

- I - pela morte de um dos cônjuges;
- II - pela nulidade ou anulação do casamento;
- III - pela separação judicial;
- IV - pelo divórcio.

¹¹⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial. TOMO VIII. Dissolução da Sociedade Conjugal. Eficácia Jurídica do Casamento. Atualizado por Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 61.

do regime de bens, e diversas outras situações jurídicas sofrem alterações na esfera familiar.¹¹⁷

A dissolução do casamento pela morte torna o cônjuge sobrevivente titular de situações jurídicas absolutas e relativas referentes ao estado civil de viúvo que passa a viver. A mulher viúva, por exemplo, não pode casar nos 10 (dez) meses subsequentes ao óbito do seu cônjuge, pois se presume do marido falecido o filho nascido nos 300 (trezentos) dias subsequentes à dissolução do casamento pela morte.

A morte do cônjuge faz cessar o poder familiar, nos termos do art. 1.635, I, do Código Civil de 2002¹¹⁸, passando ao supérstite os poderes e deveres concernentes à educação e cuidado dos filhos menores e incapazes.¹¹⁹

O cônjuge sobrevivente recolhe sua meação – a depender do regime de bens eleito pelo casal à época do casamento, abre-se a sucessão do cônjuge morto e habilita-se o cônjuge supérstite à herança.¹²⁰

O óbito de um dos cônjuges é uma forma de dissolução do vínculo e da sociedade conjugal, involuntária, que acarreta diversas alterações no âmbito da família. Dentre as quais cabe ainda destacar o fato de que a adoção, embora seja deferida após a morte de um dos cônjuges, pode operar efeitos para o falecido e o viúvo, de maneira retroativa à data do óbito, desde que o *de cuius* tenha se manifestado inequivocamente no sentido de pretender a adoção.¹²¹

1.3.2 Pela nulidade ou anulação do casamento

A nulidade e a anulação do casamento constituem outra forma de dissolução da sociedade conjugal.

¹¹⁷ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Manual de Direito Civil: Família*. 1ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 257.

¹¹⁸ Art. 1.635, I, do CC/2002. Extingue-se o poder familiar: pela morte dos pais ou do filho.

¹¹⁹ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Manual de Direito Civil: Família*, p. 258.

¹²⁰ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Manual de Direito Civil: Família*, p. 259.

¹²¹ Art. 47, §7º da Lei nº 8.069/1990 (ECA). A adoção produz seus efeitos a partir do trânsito em julgado da sentença constitutiva, exceto na hipótese prevista no § 6º do art. 42 desta Lei, caso em que terá força retroativa à data do óbito. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009). NERY, Rosa Maria de Andrade. *Manual de Direito Civil: Família*, p. 258.

A nulidade pode ser alegada por quaisquer interessados ou pelo Ministério Público e declarada de ofício pelo juiz.¹²² Além disso, ela é insuscetível de confirmação ou de convalidação pelo decurso do tempo.¹²³ A nulidade pode ser decretada em caso de casamento contraído por enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil ou por infringência de impedimento.¹²⁴

E nos dizeres de Nery¹²⁵, o sistema aceita que casamentos nulos produzam efeitos jurídicos a bem da família. É o caso do casamento contraído de boa-fé por ambos os cônjuges – o qual produzirá efeitos aos cônjuges e aos filhos até a sentença anulatória, assim como o casamento realizado de boa-fé por um deles, que produzirá efeitos ao cônjuge de boa-fé e aos filhos, e o casamento constituído de má-fé pelo casal, que produzirá efeitos aos filhos somente.¹²⁶

O casamento anulável é aquele que é suscetível de confirmação ou convalidação e configura-se para quem não completou a idade mínima para casar, para o menor em idade núbil, quando não autorizado por seu representante legal, e para o incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento. Além disso, é anulável o casamento por vício de vontade, por incompetência da autoridade celebrante, e o realizado pelo mandatário, sem que ele ou o outro contraente soubesse da revogação do mandato, e não sobrevivendo coabitação entre os cônjuges.¹²⁷

¹²² Art. 168 do CC/2002. As nulidades dos artigos antecedentes podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir.

¹²³ Art. 169 do CC/2002. O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo.

¹²⁴ Art. 1.548 do CC/2002. É nulo o casamento contraído:

- I - pelo enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil;
- II - por infringência de impedimento.

¹²⁵ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Manual de Direito Civil: Família*, p. 261.

¹²⁶ Art. 1.561, §1º e §2º do CC/2002. Se um dos cônjuges estava de boa-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a ele e aos filhos aproveitarão.

¹²⁷ Art. 1.550 do CC/2002. Art. 1.550. É anulável o casamento:

- I - de quem não completou a idade mínima para casar;
- II - do menor em idade núbil, quando não autorizado por seu representante legal;
- III - por vício da vontade, nos termos dos arts. 1.556 a 1.558;
- IV - do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento;
- V - realizado pelo mandatário, sem que ele ou o outro contraente soubesse da revogação do mandato, e não sobrevivendo coabitação entre os cônjuges;
- VI - por incompetência da autoridade celebrante.

1.3.3 Pela separação de direito e de fato

A separação de direito e de fato permanecem no sistema jurídico brasileiro, embora a Emenda Constitucional n. 66/2010 tenha feito desaparecer o comando imperativo de que o divórcio fosse promovido por consequência de separação anterior, judicial (por mais de um ano) e de fato (por mais de dois anos).¹²⁸

Conforme salienta Nery, a alteração no texto constitucional relativo ao divórcio “*é fruto das lutas institucionais do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) que argumentava com o fato de que a razão institucional – da exigência de separação prévia para a obtenção do divórcio – não mais atendia à razão lógico-jurídica, diante dos contornos assumidos pelo Direito de Família, porque a facilidade de formação de família pela forma de união de fato contrastava com a dificuldade de regularização do estado de família pelo divórcio.*”¹²⁹

O atual sistema jurídico brasileiro oferece um importante espaço para a separação de direito e de fato como forma de dissolução da sociedade conjugal. E a prova disso está presente no Direito das Sucessões, quando o art. 1.830 do CC/02 dispõe sobre a necessidade do cônjuge sobrevivente provar a qualidade de herdeiro, posto que não pode estar separado judicialmente, nem de fato, por mais de dois anos, antes do óbito do *de cuius*,¹³⁰ a não ser que demonstre “que esta convivência se tornaria impossível, sem culpa do cônjuge sobrevivente”.¹³¹

Portanto, em razão da subsistência da separação no ordenamento jurídico brasileiro, não há o que impeça que os cônjuges tenham interesse em pretender a separação judicial e não o divórcio.¹³²

¹²⁸ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Manual de Direito Civil: Família*, p. 261.

¹²⁹ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Manual de Direito Civil: Família*, p. 261.

¹³⁰ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Manual de Direito Civil: Família*, p. 262.

¹³¹ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Manual de Direito Civil: Família*, p. 281.

¹³² NERY, Rosa Maria de Andrade. *Manual de Direito Civil: Família*, p. 263.

1.3.4 Pela separação de corpos

A separação de corpos tem a pretensão de legalizar a separação antes da decretação da dissolução da sociedade e do vínculo conjugal.¹³³ E tem o objetivo de suspender o dever conjugal de coabitação, pois tanto pode servir para que um dos cônjuges obtenha autorização para saída do lar conjugal, como para determinar a retirada coercitiva de um deles.¹³⁴

Apesar das alterações do Direito de Família com a Emenda Constitucional do Divórcio não há empecilhos que impeçam o deferimento da separação de corpos, nem mesmo a separação de fato¹³⁵. Conforme preceitua Nery¹³⁶ a separação de corpos pode ser atendida “*como medida de segurança de relações familiares entre cônjuges e seus filhos em caso de divórcio, de nulidade, ou de anulabilidade de casamento, ou, até mesmo, de pretensão de separação judicial, que o sistema ainda não aboliu*”.

1.3.5 Pelo divórcio

Com a novidade da Emenda Constitucional n. 66/2010, o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio¹³⁷, sem alusões a separações como providências imprescindíveis e prévias ao pedido de divórcio.

O divórcio direto pode ser requerido por ação judicial caso haja litígio entre os cônjuges, ou estejam envolvidos os interesses de filhos menores ou incapazes; e se o divórcio for consensual poderá ser requerido em juízo, por meio de jurisdição voluntária, ou perante o tabelião, por escritura pública de divórcio direto consensual extrajudicial.¹³⁸

Pela via administrativa, exige-se consenso entre o casal, inexistência de filhos menores ou incapazes e as situações enumeradas no art. 1.124-A do Código de Processo

¹³³ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Manual de Direito Civil: Família*, p. 270.

¹³⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O Novo Divórcio*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 97.

¹³⁵ RT 712/148. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Manual de Direito Civil: Família*, p. 271.

¹³⁶ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Manual de Direito Civil: Família*, p. 270.

¹³⁷ Art. 226, §6º da CF/88.

¹³⁸ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Manual de Direito Civil: Família*, p. 264.

Civil (descrição e partilha de bens, pensão alimentícia e deliberação quanto ao nome).¹³⁹ Convindo ressaltar que conforme o Enunciado n. 517 da VI Jornada de Direito Civil: “Se comprovada a resolução prévia e judicial de todas as questões referentes aos filhos menores ou incapazes, o tabelião de notas poderá lavrar escrituras públicas de dissolução conjugal”.¹⁴⁰ Além disso, nada obsta que as partes possam lavrar a escritura apenas com a manifestação da vontade do divórcio consensual, e deixem a realização da partilha dos bens para momento posterior.¹⁴¹ Porém, é necessário que na escritura de divórcio se faça a descrição dos bens, esclarecendo que a partilha terá uma solução posterior.¹⁴²

Por derradeiro, convém dizer que o divórcio pode ser promovido mediante a decisão conjunta do casal ou por apenas um dos cônjuges.¹⁴³

1.3.5.1 O divórcio potestativo

O direito ao divórcio sempre teve uma natureza jurídica potestativa, mas essa qualidade tomou proeminência com o advento da Emenda Constitucional n. 66/2010; pois, embora o outro cônjuge não concorde com a dissolução do casamento, o divórcio não poderá sofrer qualquer empecilho. Convém dizer ainda que caso um dos cônjuges decida romper o casamento pelo divórcio, o outro não poderá pleitear apenas o rompimento da sociedade conjugal pela via da separação judicial ou extrajudicial. O direito de divorciar-se passa a se sobrepor ao direito de separar-se, e pode ser exercido por qualquer dos cônjuges quando lhe aprouver.

¹³⁹ Art. 1.124-A do CPC. A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento. (Incluído pela Lei nº 11.441, de 2007).

¹⁴⁰ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Manual de Direito Civil: Família*, p. 267.

¹⁴¹ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Manual de Direito Civil: Família*, p. 266. Essa situação é expressamente autorizada no art. 1.581 do CC/02. O divórcio pode ser concedido se que haja prévia partilha de bens. Nesses termos é a Súmula 197 do STJ: O divórcio direto pode ser concedido sem que haja prévia partilha dos bens.

¹⁴² NERY, Rosa Maria de Andrade. *Manual de Direito Civil: Família*, p. 266.

¹⁴³ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Manual de Direito Civil: Família*, p. 265.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já decidiu no sentido de que a citação do cônjuge na ação de divórcio poderá ser realizada por edital, pois o divórcio se trata de um direito potestativo.¹⁴⁴

Convém dizer que, conforme Farias, o divórcio é direito potestativo extintivo:

[...] uma vez que se atribui ao cônjuge o poder de, mediante sua simples e exclusiva declaração de vontade, modificar a situação jurídica familiar existente, projetando efeitos em sua órbita jurídica, bem como de seu consorte. Enfim, trata-se de direito (potestativo) que se submete apenas à vontade do cônjuge, a ele reconhecido com exclusividade e marcado pela característica da indisponibilidade, como corolário da afirmação de sua dignidade.¹⁴⁵

Assim, passa o divórcio a ter uma nova aparência, digna de celebração, por facilitar a vida dos cônjuges decididos a romper o casamento. Circunstância que não se contradiz ao fato da subsistência da separação conjugal, pois conforme as palavras de Nery “*não se pode negar às pessoas que façam uso de sua liberdade pessoal para acomodá-la às suas convicções religiosas*” tendo em vista que nesse sentido, “*pode ser que haja quem se interesse pela separação judicial consensual, que deve ser deferida.*”¹⁴⁶

¹⁴⁴ AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIVÓRCIO. PARTILHA. CITAÇÃO POR EDITAL. O divórcio. Caso em que se mostra desnecessário o pleno esgotamento das vias ordinárias para proceder-se à citação da parte ré em ação de divórcio. O direito ao divórcio tem natureza potestativa. E em face às recentes mudanças trazidas pela EC 66, não há mais exigência de prazo de separação para sua concessão. Nesse passo, a impugnação ao pedido de divórcio resta esvaziada, de forma que se mostra desproporcional exigir que a parte postulante do divórcio permaneça no estado de casada até que se ultime a busca pela citação real da parte ré. Diante disso, é cabível a citação do réu por edital quando não localizado para ser citado pelos meios ordinários. A partilha. Contudo, no que diz com a citação para a ação de partilha, tratando-se de direito patrimonial, descabe a citação ficta, sem antes se esgotar todos os meios de localização do réu. Nesse contexto, é cabível a citação por edital para a ação de divórcio devendo a parte prosseguir na tentativa de citação do réu para a partilha através dos meios ordinários. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. EM MONOCRÁTICA. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Agravo de Instrumento nº 70040420903. Relator Des. Rui Portanova, julgado em 18.03.2011.)

¹⁴⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de. Redesenhando os contornos da dissolução do casamento (Casar e permanecer casado: eis a questão). In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, pp. 115 e 116.

¹⁴⁶ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Manual de Direito Civil: Família*, p. 263.

2 O DIVÓRCIO NA LEGISLAÇÃO COMPARADA, NO DIREITO INTERNACIONAL E NA PERSPECTIVA HISTÓRICA

2.1 O DIVÓRCIO NA LEGISLAÇÃO COMPARADA

2.1.1 Reflexões sobre a legislação portuguesa, italiana, espanhola, francesa e argentina, que adotam o regime dualista de dissolução da sociedade e do vínculo conjugal

Atualmente, diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros¹⁴⁷ acolhem a extinção do casamento pelo sistema dualista opcional, dividido em separação conjugal e divórcio; porém, cumpre enfatizar que não se tem uma pretensão à universalidade da maneira de tratar o divórcio. A pluralidade de estilos de vida está presente no mundo pós-moderno e, por isso, não há a intenção de deixar de lado as peculiaridades sociais e culturais de cada povo a refletir em seus próprios sistemas jurídicos.

Dessa forma, busca-se apresentar elucidacões a respeito da extinção do casamento no ordenamento jurídico brasileiro a partir de comparações com outros países e com outras culturas, tendo em vista a intenção de mostrar que a ciência do Direito não deve ser posta ao nível da jurisprudência local¹⁴⁸, e que os operadores do direito, na sua atividade cotidiana, não devem limitar o seu horizonte ao direito nacional, pois à medida que conhecemos trajetórias e caminhos já percorridos por outros povos, com suas próprias experiências, torna-se possível aperfeiçoar a abordagem pretendida.¹⁴⁹

Nesse contexto, passa-se a abordar uma comparação com a legislação dos países que consideram possível optar entre separar-se ou divorciar-se, levando em consideração que no ramo do Direito de Família os estudos estão intimamente relacionados à moral, aos costumes e ao desenvolvimento social, principalmente quando o assunto é divórcio, que é um dos institutos, cuja inserção nas legislações, configura-se

¹⁴⁷ Como o português, o italiano, o espanhol, o francês e o argentino.

¹⁴⁸ DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 4ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 18-19.

¹⁴⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*, pp. 175-176.

uma das questões mais atribuladas, tendo em vista as suas implicações sociais, religiosas e políticas.¹⁵⁰

Antes de refletir-se acerca do regime dualista de dissolução da sociedade conjugal e do casamento no direito português, italiano, espanhol, francês e argentino, convém realizar algumas considerações sobre as razões que nos levam a abordar tais legislações estrangeiras no presente estudo.

O Direito português merece destaque em razão de toda a influência que gerou no nosso sistema jurídico, cujas origens estão vinculadas ao modelo sócio-político transplantado de Portugal.¹⁵¹ O Direito italiano é abordado por ter um sedimentado Direito de Família, que sempre serviu de modelo para o ordenamento jurídico pátrio. O Direito espanhol é estudado por causa da evolução legislativa que passou nos últimos anos a respeito do instituto do divórcio, que certamente serve de modelo para a nossa legislação. O Direito francês, por sua vez, é analisado em razão de sua legislação constantemente atualizada, que de forma marcante sempre influenciou o Direito brasileiro.¹⁵² E o Direito argentino também é relevante para o presente estudo, por ser um país vizinho, com costumes muito assemelhados aos nossos.¹⁵³

Após tecidos esses breves motivos, passa-se a análise das particularidades de cada ordenamento estrangeiro, no que diz respeito ao sistema dual de dissolução da sociedade e do vínculo conjugal.

2.1.1.1 Portugal¹⁵⁴

No direito lusitano, o Decreto de 3 de dezembro de 1910 introduziu o divórcio, que poderia ser obtido de forma consensual ou litigiosa. Revogado em 1940, voltou a integrar o sistema jurídico em Portugal somente em 1975, com o Decreto n. 261, e na mesma sistemática vigente inicialmente.

¹⁵⁰ CAHALI, Yussef Said. *Separações Conjugais e Divórcio*. 12ª Ed. revista, atualizada e ampliada da obra Divórcio e Separação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 53.

¹⁵¹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Tratado de Direito de Família*. Vol. 1, Curitiba: Juruá, 1991, p. 56.

¹⁵² TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *Divórcio e Separação* após a EC n. 66/2010. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 144.

¹⁵³ TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. 2012. *Divórcio e Separação* após a EC n. 66/2010, p. 144.

¹⁵⁴ Estudo realizado a partir do site da união européia acerca do divórcio em Portugal. Disponível em: http://ec.europa.eu/civiljustice/divorce/divorce_por_pt.htm> Acesso em 15/06/2013.

Considerando-se importante ressaltar que ao lado do divórcio permite-se a separação conjugal que recebe o nome de separação judicial de pessoas e bens.¹⁵⁵

Portugal possui o sistema dual opcional de rompimento do casamento, ou seja, é possível o casal optar em divorciar-se ou separar-se. O Código Civil de Portugal regulamenta o divórcio nos arts. 1.773 a 1.793 e 1.795, *d*, e a separação nos arts. 1.794 e 1.795 e 1.795 *a a c*, determinando que a este instituto sejam aplicados os mesmos regramentos do divórcio, com as necessárias adaptações.¹⁵⁶

O divórcio lusitano pode ser promovido diretamente, sem quaisquer requisitos; o qual tem sido preferido pelos portugueses, pois os pressupostos da separação judicial e do divórcio são idênticos em Portugal.¹⁵⁷

A separação conjugal não é uma condição ou fase num processo de divórcio, e se for a primeira opção do casal poderá ser convertida em divórcio.¹⁵⁸ A separação conjugal termina pela reconciliação dos cônjuges ou pela dissolução do casamento.

Há meios extrajudiciais alternativos para resolver as questões relativas ao divórcio sem recorrer ao tribunal. O divórcio por mútuo consentimento é requerido na Conservatória do Registro Civil, exceto nas situações emergentes de acordo obtido no âmbito do processo de divórcio litigioso. As demais pretensões são apresentadas perante o Tribunal de Família ou, não existindo este, o Tribunal de Comarca territorialmente competente. Convém ressaltar que em 31 de outubro de 2008, a Lei n° 61¹⁵⁹ altera o regime jurídico do divórcio em Portugal. Razão pela qual cumpre citar algumas alterações que a referida lei operou no Código Civil. Veja-se:

Artigo 1773°

[...]

1 - O divórcio pode ser por mútuo consentimento ou sem consentimento de um dos cônjuges.

¹⁵⁵ FARIAS, Cristiano Chaves. *A Separação Judicial à Luz do Garantismo Constitucional: A afirmação da dignidade humana como um réquiem para a culpa na dissolução da casamento*, p. 85.

¹⁵⁶ Código Civil Português. Decreto-Lei n° 47.344 de 25 de novembro de 1966. Direito de Família.

¹⁵⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*, p. 176.

¹⁵⁸ Lei n. 61/2008. Art. 1.795°-D [...]1 - Decorrido um ano sobre o trânsito em julgado da sentença que tiver decretado a separação judicial de pessoas e bens sem consentimento do outro cônjuge ou por mútuo consentimento, sem que os cônjuges se tenham reconciliado, qualquer deles pode requerer que a separação seja convertida em divórcio.

¹⁵⁹ Disponível em <<http://dre.pt/>> Acesso em 15/06/2013.

2 - O divórcio por mútuo consentimento pode ser requerido por ambos os cônjuges, de comum acordo, na conservatória do registo civil, ou no tribunal se, neste caso, o casal não tiver conseguido acordo sobre algum dos assuntos referidos no n.º 1 do artigo 1775º

3 - O divórcio sem consentimento de um dos cônjuges é requerido no tribunal por um dos cônjuges contra o outro, com algum dos fundamentos previstos no artigo 1781º

Artigo 1774º

Mediação familiar

Antes do início do processo de divórcio, a conservatória do registo civil ou o tribunal devem informar os cônjuges sobre a existência e os objectivos dos serviços de mediação familiar.

E uma das inovações da nova lei portuguesa sobre o divórcio foi a possibilidade da eliminação da culpa pelo fim do casamento.¹⁶⁰

2.1.1.2 Itália¹⁶¹

A Itália é um país de forte predominância da religião católica, e mantém viva a influência do direito canónico; a ponto de que na Itália ainda não se reconhece a união estável, como forma legítima de constituição de família.¹⁶²

Passou-se a permitir o divórcio em 1970, com a publicação da Lei n. 898.¹⁶³ Considerando-se importante ressaltar que de igual forma o direito italiano mantém o sistema dual de divórcio e separação.¹⁶⁴

¹⁶⁰ Artigo 1781º

Ruptura do casamento

São fundamento do divórcio sem consentimento de um dos cônjuges:

a) A separação de facto por um ano consecutivo;
 b) A alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, quando dure há mais de um ano e, pela sua gravidade, comprometa a possibilidade de vida em comum;
 c) A ausência, sem que do ausente haja notícias, por tempo não inferior a um ano;
 d) Quaisquer outros factos que, independentemente da culpa dos cônjuges, mostrem a ruptura definitiva do casamento.

Artigo 1785º

[...]

1 - O divórcio pode ser requerido por qualquer dos cônjuges com o fundamento das alíneas a) e d) do artigo 1781º; com os fundamentos das alíneas b) e c) do mesmo artigo, só pode ser requerido pelo cônjuge que invoca a alteração das faculdades mentais ou a ausência do outro.

2 - Quando o cônjuge que pode pedir o divórcio estiver interdito, a acção pode ser intentada pelo seu representante legal, com autorização do conselho de família; quando o representante legal seja o outro cônjuge, a acção pode ser intentada, em nome do titular do direito de agir, por qualquer parente deste na linha recta ou até ao 3.º grau da linha colateral, se for igualmente autorizado pelo conselho de família.

3 - O direito ao divórcio não se transmite por morte, mas a acção pode ser continuada pelos herdeiros do autor para efeitos patrimoniais, se o autor falecer na pendência da causa; para os mesmos efeitos, pode a acção prosseguir contra os herdeiros do réu.

¹⁶¹ Estudo realizado a partir do site da união europeia acerca do divórcio na Itália. Disponível em: http://ec.europa.eu/civiljustice/divorce/divorce_ita_pt.htm>Acesso em 15/06/2013.

¹⁶² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*, p. 181.

A Itália conta atualmente com diferentes regramentos legais para a matéria: a separação judicial está regida pelos arts. 150 a 158 do Código Civil, enquanto o divórcio submete-se à Lei n. 898 de 1970.

A separação conjugal, denominada de *separazione personale* é admitida na forma judicial e consensual. Veja-se:

Art. 150 Separazione personale

E' ammessa la separazione personale dei coniugi. La separazione può essere giudiziale o consensuale. Il diritto di chiedere la separazione giudiziale o l'omologazione di quella consensuale spetta esclusivamente ai coniugi.

Art. 151 Separazione giudiziale

La separazione può essere chiesta quando si verificano, anche indipendentemente dalla volontà di uno o di entrambi i coniugi, fatti tali da rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza o da recare grave pregiudizio alla educazione della prole. Il giudice, pronunciando la separazione, dichiara, ove ne ricorrano le circostanze e ne sia richiesto, a quale dei coniugi sia addebitabile la separazione in considerazione del suo comportamento contrario ai doveri che derivano dal matrimonio.

Art. 158 Separazione consensuale

La separazione per il solo consenso dei coniugi non ha effetto senza l'omologazione del giudice (Cod. Proc. Civ. 710-711)

Quando l'accordo dei coniugi relativamente all'affidamento e al mantenimento dei figli è in contrasto con l'interesse di questi il giudice riconvoca i coniugi indicando ad essi le modificazioni da adottare nell'interesse dei figli e, in caso di inadeguata soluzione, può rifiutare allo stato l'omologazione.

O divórcio também conta com causas culposas e não culposas previstas no art. 3º da Lei n. 898/70.¹⁶⁵

A lei prevê causas taxativas de divórcio, que constituem condições necessárias mas não suficientes para o divórcio. Com efeito, o juiz deve verificar a falência efetiva da comunhão de vida que constitui o fundamento comum de todas as causas de divórcio. Esta verificação é necessária mesmo na hipótese de pedido conjunto de divórcio; de fato, o consentimento dos cônjuges não constitui causa suficiente de divórcio (e, por conseguinte, não existe propriamente um divórcio por mútuo consentimento), mas para efeitos da decisão de divórcio é de qualquer forma sempre necessária a verificação judicial dos fatos apresentados como fundamento do pedido.

¹⁶³ FARIAS, Cristiano Chaves de. *A Separação Judicial à Luz do Garantismo Constitucional: A afirmação da dignidade humana como um réquiem para a culpa na dissolução da casamento*, p. 88.

¹⁶⁴ Fontes: Lei n.º 898 de 1 de Dezembro de 1970, tal como alterada pela Lei n.º 436 de 1 de Agosto de 1978 e pela Lei n.º 74 de 6 de Março de 1987.

¹⁶⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de. *A Separação Judicial à Luz do Garantismo Constitucional: A afirmação da dignidade humana como um réquiem para a culpa na dissolução da casamento*, p. 88.

A separação judicial dos cônjuges implica a cessação legalmente sancionada da obrigação de coabitação. A separação de fato não produz efeitos (salvo nas situações anteriores à Lei de reforma de 1975, n.º 151). A separação não tem por efeito a cessação da relação conjugal, mas dá lugar a uma atenuação do vínculo. A separação legal pode ser judicial ou por mútuo consentimento.¹⁶⁶

A pedido de uma das partes, o juiz – se ocorrerem os pressupostos para tal – declara a qual dos cônjuges é atribuída a separação (com esta decisão o legislador da reforma de 1975 substituiu a anterior decisão de separação por culpa, abandonando a concepção de “sanção” baseada na culpa e introduzindo o conceito de “remédio” a uma situação de intolerabilidade da coabitação ou de prejuízo para os filhos menores). A atribuição da causa da separação (cujo pedido pode ser apresentado apenas no processo de separação) é relevante para efeitos da atribuição dos alimentos e de sucessão.

A separação por mútuo consentimento decorre do acordo dos cônjuges, mas produz efeitos apenas com a decisão de homologação judicial, cabendo ao juiz a função de controlar que o acordo entre os cônjuges tenha em conta os interesses superiores da família. Em especial, se o acordo relativo à guarda e à manutenção dos filhos contraria o interesse destes, o juiz convoca novamente as partes indicando as alterações a adotar e, no caso de uma solução não adequada, pode recusar a homologação.

2.1.1.3 Espanha¹⁶⁷

Na Espanha também é possível o casal escolher realizar o divórcio direto sem a exigência da prévia separação judicial; podem promover a separação judicial, e se quiserem restabelecer o vínculo conjugal.¹⁶⁸

Após a reforma introduzida pela Lei 15/2005¹⁶⁹, o divórcio na Espanha não exige a separação prévia nem a existência de um motivo legalmente estabelecido,

¹⁶⁶ Fontes: as normas substantivas estão incluídas no Codice Civile Italiano (artigos 150.º e seg. C.C.). Dello scioglimento del matrimonio e della separazione dei coniugi. Disponível em <<http://www.jus.unitn.it>>. Acesso em 15/06/2013.

¹⁶⁷ Estudo realizado a partir do site da união europeia acerca do divórcio na Espanha. Disponível em: http://ec.europa.eu/civiljustice/divorce/divorce_spa_pt.htm> Acesso em 15/06/2013.

¹⁶⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*, p. 178.

podendo ser diretamente solicitado à autoridade judicial. O procedimento de divórcio pode ser iniciado a pedido de apenas um dos cônjuges, de ambos ou de um deles com o consentimento do outro, sendo suficiente para proferir a sentença que se verifiquem os seguintes requisitos e circunstâncias: 1. Terem decorrido três meses desde a celebração do casamento se o divórcio é requerido pelos dois cônjuges ou por um com ou sem o consentimento do outro. 2. Não é necessário que tenha decorrido qualquer prazo desde a celebração do casamento para requerer o divórcio quando se invoque a existência de um risco para a vida, integridade física, liberdade, integridade moral ou liberdade e integridade sexual do cônjuge requerente ou dos filhos de ambos ou de qualquer dos membros do casal.¹⁷⁰

Do exposto, conclui-se que basta que um dos cônjuges não pretenda a continuação do casamento para que o divórcio possa ser requerido e decretado sem que o requerido se possa opor por motivos concretos bastando que tenham decorrido os prazos antes referidos e, inclusive, no último caso, sem necessidade de os respeitar, dadas certas particularidades.¹⁷¹

¹⁶⁹ Considera-se oportuno ressaltar algumas alterações promovidas pela Lei 15/2005, no Código Civil Espanhol, em matéria de separação e divórcio:

Ley 15/2005 de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. Artículo primero. Modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio.

El artículo 81 queda redactado de la siguiente forma:

«Artículo 81.

Se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio:

1.º A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. A la demanda se acompañará una propuesta de convenio regulador redactada conforme al artículo 90 de este Código.

2.º A petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. No será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio.

A la demanda se acompañará propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación.»

-El artículo 86 queda redactado del siguiente modo:

«Artículo 86.

Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81.»

¹⁷⁰ Estudo realizado a partir do site da união européia acerca do divórcio na Espanha. Disponível em: http://ec.europa.eu/civiljustice/divorce/divorce_spa_pt.htm> Acesso em 15/06/2013.

¹⁷¹ Estudo realizado a partir do site da união européia acerca do divórcio na Espanha. Disponível em: http://ec.europa.eu/civiljustice/divorce/divorce_spa_pt.htm> Acesso em 15/06/2013.

Paralelamente ao divórcio, os cônjuges podem optar pela separação, que deve respeitar os mesmos requisitos, embora se mantenha o vínculo matrimonial uma vez que estabelece a suspensão da vida em comum mas não a dissolução do casamento que é consequência da declaração de divórcio. Após a reforma introduzida pela Lei 15/2005, o divórcio na Espanha não exige a apresentação de motivos por se entender que a manutenção do vínculo matrimonial é uma manifestação da liberdade dos cônjuges.¹⁷²

Os efeitos jurídicos da separação são os mesmos do divórcio, com a única diferença de que não produz a ruptura do vínculo matrimonial. Por conseguinte, é possível uma reconciliação e o pleno restabelecimento da vida em comum sem necessidade de contrair novo casamento.¹⁷³

A discussão da culpa na Espanha já tinha perdido sentido antes mesmo da nova legislação de 2005, pois já se considerava que o fim do casamento se dava pelo término do amor. Com a nova lei confirmou-se ser descabida a discussão da culpa, mas em razão dos filhos, para que não reste dificultada a convivência familiar.¹⁷⁴

2.1.4 França¹⁷⁵

O Código Civil Napoleônico previu inicialmente o divórcio em 1804, entretanto, em 1816, uma lei francesa, influenciada por interesses religiosos, veio abolir a possibilidade de divórcio.¹⁷⁶

Posteriormente, em 1884, voltou a ser previsto no direito francês a dissolubilidade do casamento pelo divórcio, com a lei aprovada em 27 de julho. Convindo ressaltar que em 1975, por intermédio da Lei n. 75.617, o Código Civil

¹⁷² Estudo realizado a partir do site da união européia acerca do divórcio na Espanha. Disponível em: http://ec.europa.eu/civiljustice/divorce/divorce_spa_pt.htm>Acesso em 15/06/2013.

¹⁷³ Estudo realizado a partir do site da união européia acerca do divórcio na Espanha. Disponível em: http://ec.europa.eu/civiljustice/divorce/divorce_spa_pt.htm>Acesso em 15/06/2013.

¹⁷⁴ Estudo realizado a partir do site da união européia acerca do divórcio na Espanha. Disponível em: http://ec.europa.eu/civiljustice/divorce/divorce_spa_pt.htm>Acesso em 15/06/2013.

¹⁷⁵ Estudo realizado a partir do site da união européia acerca do divórcio na França. Disponível em: http://ec.europa.eu/civiljustice/divorce/divorce_fra_pt.htm>Acesso em 15/06/2013.

¹⁷⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*, p. 187.

francês passou por uma reforma considerável, com modificações nos dispositivos relativos à extinção do matrimônio.¹⁷⁷

O direito francês adotou o sistema dual, pois coexistem os procedimentos de separação e de divórcio para os cônjuges que resolvem pôr fim ao casamento.¹⁷⁸ A separação judicial não é, em nenhum caso, uma condição para que o divórcio seja decretado.

A separação conjugal é denominada no direito francês de *séparation de corps*, contemplada nos arts. 296 a 309 do seu Código Civil.¹⁷⁹ Ela pode ser decretada com os

¹⁷⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de. *A Separação Judicial à Luz do Garantismo Constitucional: A afirmação da dignidade humana como um réquiem para a culpa na dissolução da casamento*, p. 88.

¹⁷⁸ PEREIRA, Rodrigo da cunha. *Divórcio: teoria e prática*, p. 189.

¹⁷⁹ Des cas et de la procédure de la séparation de corps

Article 296. Créé par Loi 75-617 1975-07-11 art. 1 JORF 12 juillet 1975 en vigueur le 1er janvier 1976. La séparation de corps peut être prononcée à la demande de l'un des époux dans les mêmes cas et aux mêmes conditions que le divorce.

Article 297. Modifié par Loi n°2004-439 du 26 mai 2004 - art. 20 JORF 27 mai 2004 en vigueur le 1er janvier 2005. L'époux contre lequel est présentée une demande en divorce peut former une demande reconventionnelle en séparation de corps. Toutefois, lorsque la demande principale en divorce est fondée sur l'altération définitive du lien conjugal, la demande reconventionnelle ne peut tendre qu'au divorce. L'époux contre lequel est présentée une demande en séparation de corps peut former une demande reconventionnelle en divorce.

Article 297-1. Créé par Loi n°2004-439 du 26 mai 2004 - art. 20 JORF 27 mai 2004 en vigueur le 1er janvier 2005. Lorsqu'une demande en divorce et une demande en séparation de corps sont concurremment présentées, le juge examine en premier lieu la demande en divorce. Il prononce celui-ci dès lors que les conditions en sont réunies. A défaut, il statue sur la demande en séparation de corps. Toutefois, lorsque ces demandes sont fondées sur la faute, le juge les examine simultanément et, s'il les accueille, prononce à l'égard des deux conjoints le divorce aux torts partagés.

Article 298. Modifié par Loi n°2004-439 du 26 mai 2004 - art. 22 JORF 27 mai 2004 en vigueur le 1er janvier 2005. En outre, les règles contenues à l'article 228 ainsi qu'au chapitre II ci-dessus sont applicables à la procédure de la séparation de corps.

Des conséquences de la séparation de corps

Article 299. Créé par Loi 75-617 1975-07-11 art. 1 JORF 12 juillet 1975 en vigueur le 1er janvier 1976. La séparation de corps ne dissout pas le mariage mais elle met fin au devoir de cohabitation.

Article 300. Modifié par Loi n°2004-439 du 26 mai 2004 - art. 20 JORF 27 mai 2004 en vigueur le 1er janvier 2005. Chacun des époux séparés conserve l'usage du nom de l'autre. Toutefois, le jugement de séparation de corps ou un jugement postérieur peut, compte tenu des intérêts respectifs des époux, le leur interdire.

Article 301. Modifié par Loi n°2004-439 du 26 mai 2004 - art. 22 JORF 27 mai 2004 en vigueur le 1er janvier 2005. En cas de décès de l'un des époux séparés de corps, l'autre époux conserve les droits que la loi accorde au conjoint survivant. Lorsque la séparation de corps est prononcée par consentement mutuel, les époux peuvent inclure dans leur convention une renonciation aux droits successoraux qui leur sont conférés par les articles 756 à 757-3 et 764 à 766.

Article 302. Créé par Loi 75-617 1975-07-11 art. 1 JORF 12 juillet 1975 en vigueur le 1er janvier 1976. La séparation de corps entraîne toujours séparation de biens. En ce qui concerne les biens, la date à laquelle la séparation de corps produit ses effets est déterminée conformément aux dispositions des articles 262 à 262-2.

Article 303. Modifié par Loi n°2004-439 du 26 mai 2004 - art. 20 JORF 27 mai 2004 en vigueur le 1er janvier 2005. La séparation de corps laisse subsister le devoir de secours ; le jugement qui la prononce ou un jugement postérieur fixe la pension alimentaire qui est due à l'époux dans le besoin. Cette pension est

mesmos fundamentos e pelas mesmas causas do divórcio, atacando-se os deveres matrimoniais sem pôr termo no vínculo matrimonial.¹⁸⁰

Na França, existem diferentes modalidades de divórcio, previstas no art. 229 do seu Código Civil.¹⁸¹ E por isso a França permite o divórcio nos seguintes casos:

- o divórcio por mútuo consentimento que, por sua vez, compreende duas formas distintas: o divórcio a pedido conjunto ou o divórcio a pedido de um dos cônjuges e aceite pelo outro;¹⁸²

attribuée sans considération des torts. L'époux débiteur peut néanmoins invoquer, s'il y a lieu, les dispositions de l'article 207, alinéa 2. Cette pension est soumise aux règles des obligations alimentaires. Toutefois, lorsque la consistance des biens de l'époux débiteur s'y prête, la pension alimentaire est remplacée, en tout ou partie, par la constitution d'un capital, selon les règles des articles 274 à 275-1, 277 et 281. Si ce capital devient insuffisant pour couvrir les besoins du créancier, celui-ci peut demander un complément sous forme de pension alimentaire.

Article 304. Créé par Loi 75-617 1975-07-11 art. 1 JORF 12 juillet 1975 en vigueur le 1er janvier 1976. Sous réserve des dispositions de la présente section, les conséquences de la séparation de corps obéissent aux mêmes règles que les conséquences du divorce énoncées au chapitre III ci-dessus.

De la fin de la séparation de corps

Article 305. Modifié par Loi n°85-1372 du 23 décembre 1985 - art. 45 JORF 26 décembre 1985 en vigueur le 1er juillet 1986. La reprise volontaire de la vie commune met fin à la séparation de corps.

Pour être opposable aux tiers, celle-ci doit, soit être constatée par acte notarié, soit faire l'objet d'une déclaration à l'officier d'état civil. Mention en est faite en marge de l'acte de mariage des époux, ainsi qu'en marge de leurs actes de naissance. La séparation de biens subsiste sauf si les époux adoptent un nouveau régime matrimonial suivant les règles de l'article 1397.

Article 306. Modifié par Loi n°2004-439 du 26 mai 2004 - art. 22 JORF 27 mai 2004 en vigueur le 1er janvier 2005. A la demande de l'un des époux, le jugement de séparation de corps est converti de plein droit en jugement de divorce quand la séparation de corps a duré deux ans.

Article 307 Modifié par Loi n°2004-439 du 26 mai 2004 - art. 22 JORF 27 mai 2004 en vigueur le 1er janvier 2005. Dans tous les cas de séparation de corps, celle-ci peut être convertie en divorce par consentement mutuel.

Quand la séparation de corps a été prononcée par consentement mutuel, elle ne peut être convertie en divorce que par une nouvelle demande conjointe.

Article 308 Créé par Loi 75-617 1975-07-11 art. 1 JORF 12 juillet 1975 en vigueur le 1er janvier 1976. Du fait de la conversion, la cause de la séparation de corps devient la cause du divorce ; l'attribution des torts n'est pas modifiée. Le juge fixe les conséquences du divorce. Les prestations et pensions entre époux sont déterminées selon les règles propres au divorce.

Article 309. Créé par Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 - art. 2 JORF 6 juillet 2005 en vigueur le 1er juillet 2006. Le divorce et la séparation de corps sont régis par la loi française :

- lorsque l'un et l'autre époux sont de nationalité française ;
- lorsque les époux ont, l'un et l'autre, leur domicile sur le territoire français ;
- lorsque aucune loi étrangère ne se reconnaît compétence, alors que les tribunaux français sont compétents pour connaître du divorce ou de la séparation de corps.

¹⁸⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de. *A Separação Judicial à Luz do Garantismo Constitucional: A afirmação da dignidade humana como um réquiem para a culpa na dissolução da casamento.*, p. 89.

¹⁸¹ **Des cas de divorce.**

Article 229

Le divorce peut être prononcé en cas:

- soit de consentement mutuel;
- soit d'acceptation du principe de la rupture du mariage;
- soit d'altération définitive du lien conjugal;
- soit de faute.

¹⁸²Du divorce par consentement mutuel

- o divórcio por ruptura da vida em comum;¹⁸³
- o divórcio por violação culposa dos deveres conjugais, baseando-se em fatos que constituem grave ou renovada violação dos deveres oriundos do casamento.¹⁸⁴

Article 230 Modifié par Loi n°2004-439 du 26 mai 2004 - art. 2 JORF 27 mai 2004 en vigueur le 1er janvier 2005. Le divorce peut être demandé conjointement par les époux lorsqu'ils s'entendent sur la rupture du mariage et ses effets en soumettant à l'approbation du juge une convention réglant les conséquences du divorce.

Du divorce accepté

Article 233. Modifié par Loi n°2004-439 du 26 mai 2004 - art. 3 JORF 27 mai 2004 en vigueur le 1er janvier 2005. Le divorce peut être demandé par l'un ou l'autre des époux ou par les deux lorsqu'ils acceptent le principe de la rupture du mariage sans considération des faits à l'origine de celle-ci. Cette acceptation n'est pas susceptible de rétractation, même par la voie de l'appel.

Article 234. Modifié par Loi n°2004-439 du 26 mai 2004 - art. 3 JORF 27 mai 2004 en vigueur le 1er janvier 2005. S'il a acquis la conviction que chacun des époux a donné librement son accord, le juge prononce le divorce et statue sur ses conséquences.

¹⁸³ Du divorce pour altération définitive du lien conjugal

Article 237. Modifié par Loi n°2004-439 du 26 mai 2004 - art. 4 JORF 27 mai 2004 en vigueur le 1er janvier 2005. Le divorce peut être demandé par l'un des époux lorsque le lien conjugal est définitivement altéré.

Article 238. Modifié par Loi n°2004-439 du 26 mai 2004 - art. 4 JORF 27 mai 2004 en vigueur le 1er janvier 2005. L'altération définitive du lien conjugal résulte de la cessation de la communauté de vie entre les époux, lorsqu'ils vivent séparés depuis deux ans lors de l'assignation en divorce. Nonobstant ces dispositions, le divorce est prononcé pour altération définitive du lien conjugal dans le cas prévu au second alinéa de l'article 246, dès lors que la demande présentée sur ce fondement est formée à titre reconventionnel.

¹⁸⁴ Du divorce pour faute

Article 242. Modifié par Loi n°2004-439 du 26 mai 2004 - art. 5 JORF 27 mai 2004 en vigueur le 1er janvier 2005. Le divorce peut être demandé par l'un des époux lorsque des faits constitutifs d'une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage sont imputables à son conjoint et rendent intolérable le maintien de la vie commune.

Article 244. Modifié par Loi n°2004-439 du 26 mai 2004 - art. 5 JORF 27 mai 2004 en vigueur le 1er janvier 2005. La réconciliation des époux intervenue depuis les faits allégués empêche de les invoquer comme cause de divorce. Le juge déclare alors la demande irrecevable. Une nouvelle demande peut cependant être formée en raison de faits survenus ou découverts depuis la réconciliation, les faits anciens pouvant alors être rappelés à l'appui de cette nouvelle demande. Le maintien ou la reprise temporaire de la vie commune ne sont pas considérés comme une réconciliation s'ils ne résultent que de la nécessité ou d'un effort de conciliation ou des besoins de l'éducation des enfants.

Article 245. Modifié par Loi n°2004-439 du 26 mai 2004 - art. 5 JORF 27 mai 2004 en vigueur le 1er janvier 2005. Les fautes de l'époux qui a pris l'initiative du divorce n'empêchent pas d'examiner sa demande ; elles peuvent, cependant, enlever aux faits qu'il reproche à son conjoint le caractère de gravité qui en aurait fait une cause de divorce. Ces fautes peuvent aussi être invoquées par l'autre époux à l'appui d'une demande reconventionnelle en divorce. Si les deux demandes sont accueillies, le divorce est prononcé aux torts partagés.

Même en l'absence de demande reconventionnelle, le divorce peut être prononcé aux torts partagés des deux époux si les débats font apparaître des torts à la charge de l'un et de l'autre.

Article 245-1. A la demande des conjoints, le juge peut se limiter à constater dans les motifs du jugement qu'il existe des faits constituant une cause de divorce, sans avoir à énoncer les torts et griefs des parties.

Article 246. Modifié par Loi n°2004-439 du 26 mai 2004 - art. 5 JORF 27 mai 2004 en vigueur le 1er janvier 2005. Si une demande pour altération définitive du lien conjugal et une demande pour faute sont concurremment présentées, le juge examine en premier lieu la demande pour faute. S'il rejette celle-ci, le juge statue sur la demande en divorce pour altération définitive du lien conjugal.

O Juiz que recebe um pedido de divórcio e um pedido de separação judicial, conjuntamente, decreta o divórcio. Em caso de pedido de divórcio por ruptura da vida em comum, não é permitido o pedido reconvenicional de separação judicial.

Na separação judicial se põe fim ao dever de coabitação, mas os deveres de assistência e de fidelidade permanecem; da mesma forma, a mulher conserva o apelido do cônjuge.¹⁸⁵

A pedido de um dos cônjuges, uma decisão de separação judicial pode ser convertida, de pleno direito, numa decisão de divórcio, se a separação judicial tiver durado há pelo menos três anos consecutivos. O juiz decreta então o divórcio e estipula as suas consequências. Se a separação judicial tiver sido decretada a pedido conjunto, só pode ser convertida em divórcio mediante um novo pedido conjunto.¹⁸⁶

2.1.1.5 Argentina

O divórcio foi introduzido definitivamente no Direito Argentino somente em 1987, com o advento da Lei n. 23.515, de 03/06/1987, que alterou diversos dispositivos sobre o casamento¹⁸⁷, instalando o divórcio vincular;¹⁸⁸ e mantendo a possibilidade de término do casamento, sem afetar o vínculo conjugal, pela separação pessoal, ou separação de corpos.¹⁸⁹

¹⁸⁵ Estudo realizado a partir do site da união europeia acerca do divórcio na França. Disponível em: http://ec.europa.eu/civiljustice/divorce/divorce_fra_pt.htm>Acesso em 15/06/2013.

¹⁸⁶ Estudo realizado a partir do site da união europeia acerca do divórcio na França. Disponível em: http://ec.europa.eu/civiljustice/divorce/divorce_fra_pt.htm>Acesso em 15/06/2013.

¹⁸⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de. *A Separação Judicial à Luz do Garantismo Constitucional: A afirmação da dignidade humana como um réquiem para a culpa na dissolução da casamento*, p. 86.

¹⁸⁸ **De la disolución del vínculo**

Art. 213. El vínculo matrimonial se disuelve:

1° Por la muerte de uno de los esposos;

2° Por el matrimonio que contrajere el cónyuge del declarado ausente con presunción de fallecimiento;

3° Por sentencia de divorcio vincular.

Del divorcio vincular

Art. 214. Son causas de divorcio vincular:

1° Las establecidas en el artículo 202;

2° La separación de hecho de los cónyuges sin voluntad de unirse por un tiempo continuo mayor de tres años, con los alcances y en la forma prevista en el artículo 204.

¹⁸⁹ **De la separación personal**

Art. 201. La separación personal no disuelve el vínculo matrimonial.

Art. 202. Son causas de separación personal:

1° El adulterio;

A Lei n. 14.394 de 1954 havia implantado o divórcio vincular na Argentina; porém, o Decreto-Lei n. 4.070, de 01/03/1956, suspendeu aquela lei, certamente por motivos de ordem religiosa.¹⁹⁰

A Argentina, portanto, desde a edição da Lei 23.515/87, revigorou o divórcio, mantendo o sistema dual de dissolução do casamento, ou seja, tornando possível ao casal optar pela separação ou pelo divórcio, para o qual não há a exigência da prévia separação.¹⁹¹

Conforme ressalta Pereira, na legislação argentina, a separação poderá ser consensual ou litigiosa, em que poderá se discutir a culpa.¹⁹² Ressaltando-se que há uma delimitação de prazo de dois anos de existência do matrimônio para que a separação consensual seja postulada em juízo.¹⁹³ Além disso, o Código Civil argentino permite o divórcio litigioso e o divórcio consensual, o qual poderá ser pleiteado após transcorrido o prazo de três anos de existência do casamento;¹⁹⁴ em que poderá se discutir a culpa¹⁹⁵, Além disso, o Código Civil argentino prevê o divórcio por conversão;¹⁹⁶ porém, para a separação ser convertida em divórcio a lei também impõe o prazo de três anos.¹⁹⁷

2° La tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro o de los hijos, sean o no comunes, ya como autor principal, cómplice o instigador;

3° La instigación de uno de los cónyuges al otro a cometer delitos;

4° Las injurias graves. Para su apreciación el juez tomará en consideración la educación, posición social y demás circunstancias de hecho que puedan presentarse;

5° El abandono voluntario y malicioso.

Art. 203. Uno de los cónyuges puede pedir la separación personal en razón de alteraciones mentales graves de carácter permanente, alcoholismo o adicción a la droga del otro cónyuge, si tales afecciones provocan trastornos de conducta que impidan la vida en común o la del cónyuge enfermo con los hijos.

Art. 204. Podrá decretarse la separación personal, a petición de cualquiera de los cónyuges, cuando éstos hubieren interrumpido su cohabitación sin voluntad de unirse por un término mayor de dos años. Si alguno de ellos alega y prueba no haber dado causa a la separación, la sentencia dejará a salvo los derechos acordados al cónyuge inocente.

¹⁹⁰ CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e Separação*. 10ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 30.

¹⁹¹ PEREIRA. Rodrigo da cunha. *Divórcio: teoria e prática*, p. 190.

¹⁹² Art. 202 do Código Civil da Argentina.

¹⁹³ Art. 205. Código Civil da Argentina. Transcurridos dos (2) años del matrimonio, los cónyuges, en presentación conjunta, podrán manifestar al juez competente que existen causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común y pedir su separación personal conforme a lo dispuesto en el artículo 236. (*Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 23.515 B.O. 12/6/1987.*)

¹⁹⁴ Art. 215. Transcurridos tres años del matrimonio, los cónyuges, en presentación conjunta podrán manifestar al juez competente que existen causas graves que hacen moralmente imposible la vida en común y pedir su divorcio vincular, conforme lo dispuesto en el artículo 236.

¹⁹⁵ Art. 214 do Código Civil argentino.

¹⁹⁶ Art. 216. Código Civil da Argentina. El divorcio vincular podrá decretarse por conversión de la sentencia firme de separación personal, en los plazos y formas establecidos en el artículo 238. (*Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 23.515 B.O. 12/6/1987.*)

¹⁹⁷ Art. 238. Código Civil da Argentina. Transcurrido un año de la sentencia firme de separación personal, ambos cónyuges podrán solicitar su conversión en divorcio vincular en los casos de los artículos 202, 204

Considerando-se que em qualquer caso, não haverá separação ou divórcio sem decisão judicial que assim decreta, conforme o art. 229 do Código Civil da Argentina.¹⁹⁸

Para finalizar, destaca-se que o presidente da Suprema Corte da Argentina, Ricardo Lorenzetti, apresentou em março de 2012, um projeto de reforma do Código Civil e Comercial argentino, o qual prevê entre outras novidades, o trâmite mais facilitado do divórcio e da adoção de menores.¹⁹⁹

Com a nova legislação os cônjuges poderão divorciar-se sem ter de explicar à Justiça quais as razões que os levaram a tomar tal decisão, que poderá ser conjunta ou unilateral. E, não precisarão dizer quem é o suposto responsável pelo fim do casamento.

Cristina Kirchner, na cerimônia de apresentação do projeto, declarou a seguinte frase: “*Vamos simplificar este trâmite (de divórcio) e permitir que possa ser realizado quando uma das duas pessoas deixa de amar*”.²⁰⁰ E Ricardo Lorenzetti afirmou que: “*A reforma é muito importante para todos os argentinos e vai melhorar a qualidade de vida*”; pois, apesar de vivermos no século XXI, o Código Civil e o Código Comercial da Argentina, vigentes, datam do século XIX.²⁰¹

Dessa forma, é possível constatar a preocupação da Argentina, à semelhança do Brasil, em eliminar requisitos e prazos para a concessão do divórcio, deixando de lado qualquer discussão acerca da culpa, e assegurando a autonomia da vontade dos cônjuges.

y 205. Transcurridos tres años de la sentencia firme de separación personal, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar su conversión en divorcio vincular en las hipótesis de los artículos 202, 203, 204 y 205. (*Artículo sustituido por art. 1º de la Ley N° 23.515 B.O. 12/6/1987.*)

¹⁹⁸Art. 229. Código Civil da Argentina. No hay separación personal ni divorcio vincular sin sentencia judicial que así lo decreta.

¹⁹⁹ FIGUEIREDO, Janaína. *Argentina propõe mudar lei para facilitar “divórcio express”*. Notícia publicada no site do jornal “O Globo”. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/mundo/argentina-propoe-mudar-lei-para-facilitar-divorcio-express-4431728#ixzz2vfvuM0mC>> Acesso em 10/03/2014.

²⁰⁰ FIGUEIREDO, Janaína. *Argentina propõe mudar lei para facilitar “divórcio express”*. Notícia publicada no site do jornal “O Globo”. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/mundo/argentina-propoe-mudar-lei-para-facilitar-divorcio-express-4431728#ixzz2vfvuM0mC>> Acesso em 10/03/2014.

²⁰¹ Notícia publicada no site da Revista Exame. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/mundo/noticias/argentina-defende-reforma-de-codigos-civil-e-comercial>> Acesso em 10/03/2014.

2.1.2 Reflexões sobre a legislação da Alemanha, da Áustria e da Suécia, que adotam apenas o regime de dissolução do vínculo conjugal

É importante ressaltar que há sistemas jurídicos que admitem tão somente o divórcio, que dissolve o vínculo conjugal. É o caso das legislações da Alemanha, da Áustria e da Suécia, que não permitem a separação conjugal, ou a extinção apenas da sociedade conjugal.

2.1.2.1 Alemanha²⁰²

A Alemanha à semelhança da Itália teve uma acentuada intervenção estatal na vida privada; porém, o Código Civil alemão, mais conhecido como BGB, abreviatura de *Bürgerliches Gesetzbuch*, que foi promulgado em 18.08.1896, sofreu várias alterações, especificamente no Direito de Família, a partir de 1977, quando várias leis alteraram diversos paradigmas e concepções.²⁰³

O Direito de Família na Alemanha não permite a separação judicial do casal. Os cônjuges podem, se quiserem, viver separadamente sem qualquer formalidade, mas a declaração judicial não é fornecida.²⁰⁴

O divórcio é o único meio de dissolução voluntária do casamento na Alemanha, e as suas espécies são: o divórcio consensual e o litigioso. Os quais poderão ser concedidos somente mediante decisão judicial, a pedido de um ou ambos os cônjuges.²⁰⁵ Convindo ressaltar que o único motivo que pode fundamentar o divórcio é o fracasso do casamento;²⁰⁶ pois não se discute a culpa que é questão subjetiva e de difícil aferição.²⁰⁷ Desde a edição da Lei da Reforma Matrimonial de 1977, o divórcio passou a ser visto sob outra ótica, o § 1.565 foi alterado e assim substituído o princípio da culpa pelo princípio da ruptura.²⁰⁸ Essa nova lei passou a reconhecer apenas uma

²⁰² Estudo realizado a partir do site da união européia acerca do divórcio na Alemanha. Disponível em: <https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-de-en.do?clang=de> Acesso em 10/02/2014.

²⁰³ PEREIRA. Rodrigo da cunha. *Divórcio: teoria e prática*, p. 185.

²⁰⁴ Pesquisa realizada a partir do site da união européia acerca do divórcio na Alemanha. Disponível em: <https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-de-en.do?clang=de> Acesso em 10/02/2014.

²⁰⁵ PEREIRA. Rodrigo da cunha. *Divórcio: teoria e prática*, p. 186.

²⁰⁶ PEREIRA. Rodrigo da cunha. *Divórcio: teoria e prática*, p. 186.

²⁰⁷ PEREIRA. Rodrigo da cunha. *Divórcio: teoria e prática*, p. 185.

²⁰⁸ PEREIRA. Rodrigo da cunha. *Divórcio: teoria e prática*, p. 185

causa de divórcio: a falência do casamento. A noção de culpa é eliminada e os erros dos cônjuges não são mais pronunciados.²⁰⁹

Conforme destaca Farias, dois aspectos marcam significativamente o divórcio alemão: a) a inexistência do instituto da separação judicial, havendo apenas o divórcio para a dissolução dos casamentos; e b) a submissão do divórcio, tão somente, à ruptura do vínculo, afastada a possibilidade de imputação da culpa.²¹⁰

Alguns doutrinadores como Pereira²¹¹ e Farias²¹² consideram avançada a legislação alemã, no que diz respeito ao divórcio. Porém, apesar de concordarmos que tal legislação é evoluída no que diz respeito à extinção da discussão da culpa, discordamos de tal argumento com relação ao divórcio, pois na Alemanha, ele poderá ser concedido somente após cumprida a exigência de requisitos temporais.

Conforme preceitua Pereira: *“tanto o divórcio consensual quanto o litigioso poderão ser pleiteados após um ano de separação de fato, e para o divórcio litigioso é necessário a anuência do réu para tal redução temporal. Do contrário, por ser litigioso, as partes teriam que esperar um lapso temporal de três anos”*²¹³

Conforme a redação do § 1.566 do BGB: (1) O casamento será considerado irrefutavelmente fracassado se os cônjuges viverem separados há um ano e se ambos os cônjuges requererem o divórcio ou o requerido consentir com o divórcio. (2) O casamento será considerado irrefutavelmente fracassado se os cônjuges viverem separados há três anos.²¹⁴ Considerando-se importante destacar que o § 1.567 do BGB permite que a separação de fato poderá se dar no mesmo lar.²¹⁵

²⁰⁹ CARVALHO NETO, Inácio de. *Separação e Divórcio: teoria e prática*. 9ª Ed., Curitiba: Juruá, 2008, p. 52.

²¹⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de. *A Separação Judicial à Luz do Garantismo Constitucional: A afirmação da dignidade humana como um réquiem para a culpa na dissolução do casamento*, p. 90.

²¹¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*, p. 185. “O Direito de Família alemão está entre aqueles que tem a legislação avançada”.

²¹² FARIAS, Cristiano Chaves de. *A Separação Judicial à Luz do Garantismo Constitucional: A afirmação da dignidade humana como um réquiem para a culpa na dissolução do casamento*, pp. 84 e 85. “[...] é importante fazer menção a alguns avançados sistemas jurídicos que admitem, tão somente o divórcio vincular [...]. É o caso da Alemanha [...]”.

²¹³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*, p. 186.

²¹⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*, p. 186.

²¹⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*, p. 187.

E, por derradeiro, convém dizer que o regramento alemão ainda prevê a “cláusula de dureza”, que proíbe o divórcio se a manutenção do casamento for necessária para os filhos e até mesmo para o outro cônjuge.²¹⁶

2.1.2.2 *Áustria*²¹⁷

Na Áustria não há o sistema dual de dissolução da sociedade e do vínculo conjugal. A separação judicial não é conhecida pela ordem jurídica austríaca; razão pela qual não é possível dissolver apenas a sociedade conjugal.²¹⁸

A lei austríaca reconhece tão somente o divórcio, que é permitido nos seguintes casos²¹⁹:

- o divórcio baseado na culpa;
- o divórcio por causa da dissolução da comunidade doméstica, que deve ter ocorrido por pelo menos três anos, e
- o divórcio por mútuo acordo.

Um dos cônjuges pode pedir o divórcio se o outro quebrou o casamento culposamente por uma má conduta civil ou por uma conduta desonrosa ou imoral, que a sua restauração não se pode esperar. Caso a união dos cônjuges esteja suspensa por 3 anos, qualquer um dos cônjuges pode requerer o divórcio por causa da profunda degradação do casamento. E se a coabitação conjugal está suspensa por pelo menos seis meses, se os cônjuges concordam com o divórcio e confessam o fracasso irreversível da relação conjugal, eles podem requerer o divórcio em conjunto.²²⁰

²¹⁶ PEREIRA, Rodrigo da cunha. *Divórcio: teoria e prática*, p. 187.

²¹⁷ Estudo realizado a partir do site da união europeia acerca do divórcio na Áustria. Disponível em: <https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-at-en.do?member=1> Acesso em 10/02/2014.

²¹⁸ Estudo realizado a partir do site da união europeia acerca do divórcio na Áustria. Disponível em: <https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-at-en.do?member=1> Acesso em 10/02/2014.

²¹⁹ Estudo realizado a partir do site da união europeia acerca do divórcio na Áustria. Disponível em: <https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-at-en.do?member=1> Acesso em 10/02/2014.

²²⁰ Estudo realizado a partir do site da união europeia acerca do divórcio na Áustria. Disponível em: <https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-de-en.do?clang=de> Acesso em 10/02/2014.

2.1.2.3 Suécia²²¹

A Suécia é outro país que reconhece apenas o divórcio, não há previsão para a separação judicial na lei sueca.

Qualquer um dos cônjuges pode postular o divórcio, o qual, sob certas circunstâncias pode ser precedido de uma reflexão de cerca de seis meses. Este é o caso se o pedido é realizado por ambos os cônjuges, se algum deles viver permanentemente com os seus próprios filhos menores de 16 anos, que estão sob sua guarda, ou se apenas um dos cônjuges deseja que o casamento seja dissolvido.²²²

Em alguns casos excepcionais, no entanto, os cônjuges podem divorciar-se sem o período de reflexão. Este é o caso dos cônjuges que vivem separados por dois anos. Os cônjuges também têm o direito de se divorciar sem reflexão, se foram obrigados a contrair o matrimônio ou se um dos cônjuges tiver casado antes dos 18 anos, sem uma aprovação da autoridade competente. E se um dos cônjuges já era casado e o casamento anterior não foi dissolvido, qualquer um dos cônjuges pode postular o divórcio, sem reflexão.²²³

Após realizar essas ponderações quanto ao divórcio na legislação comparada, passa-se a analisar o divórcio internacional no Brasil.

2.2 O DIVÓRCIO INTERNACIONAL NO BRASIL

O relacionamento entre pessoas de nacionalidades diferentes tem aumentado e se tornado frequente na realidade do mundo globalizado que vivenciamos. E por isso, convém provocarmos uma reflexão sobre as questões de família envolvendo transnacionais, após o advento da Emenda Constitucional n. 66 de 2010, na busca de uma adequação de nossa legislação a uma época em que as relações transfronteiriças são cada vez mais comuns.

²²¹ Estudo realizado a partir do site da união europeia acerca do divórcio na Suécia. Disponível em: <https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-se-en.do?clang=sv> Acesso em 10/02/2014.

²²² Estudo realizado a partir do site da união europeia acerca do divórcio na Suécia. Disponível em: <https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-se-en.do?clang=sv> Acesso em 10/02/2014.

²²³ Estudo realizado a partir do site da união europeia acerca do divórcio na Suécia. Disponível em: <https://e-justice.europa.eu/content_divorce-45-se-en.do?clang=sv> Acesso em 10/02/2014.

As situações relacionadas ao Direito de Família que envolvam brasileiros com estrangeiros possuem como norteador o Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, conhecido atualmente como a Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro – LINDB, que apesar de ter sofrido diversas alterações com as legislações posteriores, e mesmo com o advento da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, ainda carece de atualização.²²⁴

Passamos, portanto, à análise da evolução legislativa do ordenamento jurídico pátrio quanto ao divórcio internacional.

2.2.1 A evolução legislativa referente ao divórcio internacional no Brasil

Conforme preceitua Villela²²⁵, a questão relativa às sentenças estrangeiras sempre preocupou as autoridades brasileiras. Desde 1894, a Corte Suprema teve a competência privativa sobre os assuntos relacionados a todos os julgados estrangeiros em nosso território, inclusive as sentenças de divórcio. Os juízes do STF influenciaram o legislador, pois tratavam da questão antes mesmo da promulgação, em 1916, do Código Civil, cuja Introdução daria regras de Direito Internacional Privado.

E dessa forma, conforme Villela²²⁶, a matéria atinente ao divórcio internacional no Brasil “*foi elaborada pelo juiz, mais que pelo legislador*”. Nos primeiros casos decididos pelo STF, a jurisprudência fez a projeção de uma regra de Direito Civil Interno no plano internacional, quando realizou a distinção entre brasileiros e estrangeiros para negar a uns e permitir a outros o direito ao divórcio. Os juízes do STF transformaram um princípio imperativo de direito interno em regra de ordem pública internacional, mas somente relativo a brasileiros.²²⁷

A antiga Introdução ao Código Civil, de 1917, não se ocupou especificamente com o divórcio, limitou-se a dispor que as sentenças estrangeiras eram exequíveis no

²²⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*, p. 166.

²²⁵ VILLELA, Anna Maria. *O Divórcio no Direito Internacional Privado Brasileiro*. Editora Forense. Rio de Janeiro: 1980, p. 7.

²²⁶ VILLELA, Anna Maria. *O Divórcio no Direito Internacional Privado Brasileiro*, p. 8.

²²⁷ VILLELA, Anna Maria. *O Divórcio no Direito Internacional Privado Brasileiro*, p. 9.

Brasil, mediante as condições que a lei brasileira fixava, e que elas não teriam efeitos quando contrárias à soberania nacional, à ordem pública ou aos bons costumes.²²⁸

O Código de Processo Civil de 1939 determinou as condições do *exequatur*, mas também não se deteve a tratar acerca do divórcio.²²⁹

E em 1942, é editada a Lei de Introdução ao Código Civil, que tomando outra postura, veio a abordar o divórcio de brasileiros com estrangeiros, infirmo parcialmente a jurisprudência anterior.²³⁰

O Decreto-Lei n. 4.657 de 1942, em seu art. 7º, §6º, dispunha em sua redação original os seguintes termos:

§ 6º Não será reconhecido no Brasil o divórcio, se os cônjuges forem brasileiros. Se um deles o for, será reconhecido o divórcio quanto ao outro, que não poderá, entretanto, casar-se no Brasil.

Na época da edição do referido Decreto, o casamento era indissolúvel, portanto, não era reconhecido no Brasil o divórcio de cônjuges brasileiros. O aludido dispositivo legal nada versava sobre o fato do divórcio de cônjuges estrangeiros e residentes no Brasil. E se apenas um deles fosse de nacionalidade brasileira, o divórcio era reconhecido apenas quanto ao outro cônjuge, estrangeiro, que passou a ser impedido de casar-se no Brasil.²³¹

E nesse aspecto, fez-se uma restrição legislativa que a jurisprudência anterior não fazia, pois aos estrangeiros divorciados era permitido um novo casamento, mesmo no Brasil. Conforme destaca Villela, “neste momento o legislador quis, simplesmente, tentar compensar a situação do cônjuge brasileiro, sempre incapaz, relativamente a um novo casamento, por uma interdição semelhante em relação ao seu *ex-partenaire*”.²³²

Com a edição do Código de Processo Civil em 1973 alterou-se o dispositivo na Lei de Introdução que declarava que as sentenças meramente declaratórias de estado

²²⁸ VILLELA, Anna Maria. *O Divórcio no Direito Internacional Privado Brasileiro*, p. 12.

²²⁹ VILLELA, Anna Maria. *O Divórcio no Direito Internacional Privado Brasileiro*, pp. 12 e 13.

²³⁰ VILLELA, Anna Maria. *O Divórcio no Direito Internacional Privado Brasileiro*, p. 13.

²³¹ CAHALI, Yussef Said. *Separações Conjugais e Divórcio*, p. 1047.

²³² VILLELA, Anna Maria. *O Divórcio no Direito Internacional Privado Brasileiro*, p. 14.

não se submetiam à homologação. Com o art. 483 do Código de Processo Civil, passou a vigorar que “a sentença proferida por tribunal estrangeiro não terá eficácia no Brasil, senão depois de homologada pelo Supremo Tribunal Federal”.

Quando o casamento deixou de ser indissolúvel no Brasil, com o advento da Emenda Constitucional n. 9 de 1977, que alterou o art. 175 da Constituição de 1967 vigente à época, impôs-se uma reforma no texto legal da Lei de Introdução, o que se operou pela Lei n. 6.515/77, conhecida como a Lei do Divórcio, a qual permitiu e instituiu a concessão do divórcio, mas somente uma vez.

O art. 49²³³, da Lei n. 6.515/77, dispôs que o §6º do art. 7º da Lei de Introdução, passaria a vigorar com os seguintes termos:

§ 6º - O divórcio realizado no estrangeiro, se um ou ambos os cônjuges forem brasileiros, só será reconhecido no Brasil depois de três anos da data da sentença, salvo se houver sido antecedida de separação judicial por igual prazo, caso em que a homologação produzirá efeito imediato, obedecidas as condições estabelecidas para a eficácia das sentenças estrangeiras no País. O Supremo Tribunal Federal, na forma de seu regimento interno, poderá reexaminar, a requerimento do interessado, decisões já proferidas em pedidos de homologação de sentenças estrangeiras de divórcio de brasileiros, a fim de que passem a produzir todos os efeitos legais. (Redação dada pela Lei nº 6.515, de 1977).

Posteriormente, a Constituição Federal de 1988 passou a prever novas regras referentes às condições de obtenção do divórcio, com a alteração dos lapsos temporais; com ela passou a ser possível postular diversas vezes o divórcio pela mesma pessoa; porém o Decreto-Lei n. 4.657/42 continuou a prever que o divórcio realizado no estrangeiro seria reconhecido no Brasil somente depois de três anos da data da sentença.

²³³ Art. 49 da Lei n. 6.515/77 - Os §§ 5º e 6º do art. 7º da Lei de Introdução ao Código Civil passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 7º.

§ 5º - O estrangeiro casado, que se naturalizar brasileiro, pode, mediante expressa anuência de seu cônjuge, requerer ao juiz, no ato de entrega do decreto de naturalização, se apostile ao mesmo a adoção do regime de comunhão parcial de bens, respeitados os direitos de terceiros e dada esta adoção ao competente registro.

§ 6º - O divórcio realizado no estrangeiro, se um ou ambos os cônjuges forem brasileiros, só será reconhecido no Brasil depois de três anos da data da sentença, salvo se houver sido antecedida de separação judicial por igual prazo, caso em que a homologação produzirá efeito imediato, obedecidas as condições estabelecidas para a eficácia das sentenças estrangeiras no País. O Supremo Tribunal Federal, na forma de seu regimento interno, poderá reexaminar, a requerimento do interessado, decisões já proferidas em pedidos de homologação de sentenças estrangeiras de divórcio de brasileiros, a fim de que passem a produzir todos os efeitos legais.

Apesar disso, a jurisprudência²³⁴ considerava que se homologava a sentença estrangeira de divórcio, se o requerente comprovasse o preenchimento do lapso temporal previsto no art. 226, §6º da Constituição Federal de 1988 e exigido para a dissolução do vínculo conjugal no Brasil.

O Código Civil de 2002 veio a prever em sede infraconstitucional as novas regras do divórcio já previstas com a Constituição Federal de 1988; porém, somente em 2009 que o Decreto-Lei n. 4.657/42 foi adequado às regras do divórcio previstas no texto constitucional. A Lei n. 12.036 de 1º de outubro de 2009 deu nova redação ao art. 7º, §6º da LINDB, que passou a ter os seguintes termos:

§ 6º O divórcio realizado no estrangeiro, se um ou ambos os cônjuges forem brasileiros, só será reconhecido no Brasil depois de 1 (um) ano da data da sentença, salvo se houver sido antecedida de separação judicial por igual prazo, caso em que a homologação produzirá efeito imediato, obedecidas as condições estabelecidas para a eficácia das sentenças estrangeiras no país. O Superior Tribunal de Justiça, na forma de seu regimento interno, poderá reexaminar, a requerimento do interessado, decisões já proferidas em pedidos de homologação de sentenças estrangeiras de divórcio de brasileiros, a fim de que passem a produzir todos os efeitos legais. (Redação dada pela Lei nº 12.036, de 2009).

Convindo ressaltar que a Lei n. 12.036 de 2009 revogou o parágrafo único do art. 15 da Lei de Introdução, que preceituava que “não dependem de homologação as sentenças meramente declaratórias do estado das pessoas”.²³⁵

Com o advento da Emenda Constitucional n. 66 de 2010, que extinguiu a condição de lapso temporal para a concessão do divórcio, modificando o art. 226, § 6º da Constituição Federal, passa-se a considerar inexigível o decurso de um ano da data da sentença, para reconhecimento no Brasil de divórcio realizado no estrangeiro.²³⁶ O art. 7º, §6º da LINDB deve ser interpretado, no que se refere ao requisito temporal, conforme a Constituição, para a devida adaptação ao novo texto constitucional.²³⁷

²³⁴ SE 4.764 – Reino Unido da Grã-Bretanha, 12.11.1993, RTJ 153/522.

²³⁵ CAHALI, Yussef Said. *Separações Conjugais e Divórcio*, p. 1048.

²³⁶ CAHALI, Yussef Said. *Separações Conjugais e Divórcio*, p. 1048.

²³⁷ CAHALI, Yussef Said. *Separações Conjugais e Divórcio*, p. 1053.

2.2.2 O divórcio internacional de cônjuges brasileiros, de cônjuges estrangeiros e residentes no Brasil, e quando um dos cônjuges é brasileiro

2.2.2.1 O divórcio internacional de cônjuges brasileiros

Convém destacar que à época da edição do Decreto-Lei n. 4.657/42 era possível ambos os cônjuges brasileiros, postular no estrangeiro a decretação do divórcio, conforme a lei alienígena, mas desde que o obtivessem sem fraude à lei; cuja sentença estrangeira era homologada somente para efeitos patrimoniais.²³⁸ A Súmula n. 381 do STF²³⁹ preceituava que a homologação do divórcio estrangeiro seria recusado se fosse obtido por fraude à lei, decretado por juízo desvinculado quer da nacionalidade, quer do domicílio das partes.²⁴⁰

2.2.2.2 O divórcio internacional de cônjuges estrangeiros e residentes no Brasil

Com relação ao divórcio de cônjuges estrangeiros e domiciliados no Brasil, convém mencionar que antes da edição da Lei de Introdução a jurisprudência acolhia e homologava a sentença estrangeira de divórcio, em toda a sua plenitude, de acordo com a sua lei pessoal, exceto nos casos de fraude à lei.²⁴¹

Portanto, desde antes de 1942, os estrangeiros divorciados eram considerados como titulares de um estado civil que lhes permitia um novo casamento, inclusive no Brasil.²⁴²

Atualmente, os cônjuges estrangeiros que desejam divorciar-se, e estejam domiciliados no Brasil, ficarão sujeitos ao estatuto pessoal da lei do domicílio, conforme previsto no art. 7º, *caput*, do Decreto-Lei n. 4.657/42²⁴³.

²³⁸ CAHALI, Yussef Said. *Separações Conjugais e Divórcio*, p. 1048.

²³⁹ Súmula n. 381 do STF. Não se homologa sentença de divórcio obtida por procuração, em país de que os cônjuges não eram nacionais.

²⁴⁰ CAHALI, Yussef Said. *Separações Conjugais e Divórcio*, p. 1048.

²⁴¹ CAHALI, Yussef Said. *Separações Conjugais e Divórcio*, p. 1050.

²⁴² VILLELA, Anna Maria. *O Divórcio no Direito Internacional Privado Brasileiro*, p 10.

²⁴³ Art. 7, *caput*, do Decreto-Lei n. 4.657/42. A lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família.

2.2.2.3 O divórcio internacional quando um dos cônjuges é brasileiro

À época da promulgação do Decreto-Lei n. 4.657/42, a jurisprudência atribuía ao divórcio de brasileiro realizado no estrangeiro eficácia de simples separação de corpos, correspondente ao desquite.²⁴⁴ Conforme Cahali “*homologava-se a sentença em seus efeitos patrimoniais quanto ao cônjuge brasileiro, e de pleno quanto ao estrangeiro, que não poderia, contudo, casar-se de novo no Brasil.*”²⁴⁵

2.2.3 Homologação de sentença estrangeira

A competência para a homologação de sentença estrangeira deixou de ser do Supremo Tribunal Federal e passou a ser do Superior Tribunal de Justiça com a Emenda Constitucional n. 45 de 2004,²⁴⁶ conforme o art. 105, I, *i*, da Constituição da República.²⁴⁷

A homologação de decisão é ato imperativo de eficácia, ou seja, o divórcio obtido no estrangeiro terá efeito no território nacional somente se homologado pelo STJ. Apesar disso, há jurisprudência no sentido de que a falta de homologação da sentença de divórcio realizado no estrangeiro não constitui, por si só, causa de nulidade do novo casamento; o novo casamento seria apenas anulável, no pressuposto de não vir a ser homologada a sentença de divórcio.²⁴⁸

Com relação à sentença estrangeira de divórcio emanada de país onde o divórcio tem apenas o efeito de separação de corpos e de bens, sem dissolução do vínculo matrimonial, a homologação limita-se a dar-lhe eficácia de simples dissolução da sociedade conjugal.²⁴⁹

²⁴⁴ CAHALI, Yussef Said. *Separações Conjugais e Divórcio*, p. 1047.

²⁴⁵ CAHALI, Yussef Said. *Separações Conjugais e Divórcio*, p. 1047.

²⁴⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*, p. 169.

²⁴⁷ Art. 105, I, *i*, da CF/88. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I - processar e julgar, originariamente: i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exequatur às cartas rogatórias; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

²⁴⁸ CAHALI, Yussef Said. *Separações Conjugais e Divórcio*, pp. 1048 e 1049.

²⁴⁹ CAHALI, Yussef Said. *Separações Conjugais e Divórcio*, p. 1054.

Por derradeiro, conforme as palavras de Marc Antoni Deitos,²⁵⁰ é importante percebermos que o Brasil vive um período de grande internacionalidade, em que nosso país chama a atenção do mundo pela sua dinâmica econômica, política e social. O Brasil tem se tornado um ator global, que transforma seus nacionais em indivíduos internacionais, que viajam com mais frequência, que contratam em outros países, e que tendem a celebrar matrimônios e dissolvê-los com nacionais de outros países. E apesar disso a atual legislação brasileira não está articulada com a importância atual do país no mundo, com o aumento exponencial de estrangeiros em nosso país e com o de brasileiros no exterior.

Após realizar essas considerações quanto ao divórcio internacional no Brasil, passa-se a analisar a perspectiva histórica do divórcio, para mostrar como o referido instituto vem sendo tratado a partir de momentos anteriores até chegar à atualidade.

2.3 O DIVÓRCIO NA PERSPECTIVA HISTÓRICA

2.3.1 Os Termos do Divórcio

Antes de adentrarmos no estudo propriamente dito da evolução histórica do divórcio, convém realizar alguns esclarecimentos quanto aos termos do divórcio.

Conforme diz Yussef Said Cahali²⁵¹, a palavra “divórcio” em Direito possui duas definições distintas: “[...] *uma designa a simples separação de corpos (“divortium quoad thorum et mensam”), que não dissolve o vínculo e, portanto, impede que novas núpcias sejam contraídas”. E a “outra indica o divórcio vincular, absoluto, que dissolve o matrimônio e abre possibilidade para um novo casamento”.*

²⁵⁰ DEITOS, Marc Antoni. *A Europeização do Direito Internacional Privado e os divórcios Internacionais na União Europeia: competência jurisdicional e lei aplicável*. In: DEL’OLMO, Florisbal de Souza; DARCANHY, Mara; SUSKI, Liana Maria Feix (Orgs.). *Vertentes do direito internacional contemporâneo e cidadania*. Campinas: Millennium, 2012, p. 179.

²⁵¹ CAHALI, Yussef Said. *Separações Conjugais e Divórcio*. 12ª Ed. revista, atualizada e ampliada da obra *Divórcio e Separação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 51.

De acordo com Pontes de Miranda²⁵², com o intuito de evitar a impropriedade da palavra “divórcio” utilizada no Decreto nº 181 de 1890, preferiu-se empregar o vocábulo “desquite” para designar a dissolução da sociedade conjugal, no Código Civil de 1916. Além disso, o referido autor ressalta que a expressão “divórcio” manteve os dois sentidos, um das fontes romanas e outro das fontes canônicas. Segundo as fontes romanas, divórcio é a dissolução do vínculo matrimonial. Conforme as fontes canônicas, trata-se da simples separação, do rompimento apenas da sociedade conjugal.

Portanto, a separação judicial corresponde ao divórcio canônico, e o divórcio, instituído no Brasil pela Lei n. 6.515 de 1977, corresponde ao divórcio romano, também denominado de divórcio vincular.

Após analisados os termos supra mencionados, passamos ao estudo da perspectiva histórica do divórcio.

2.3.2 O Divórcio em Roma

Em Roma, o casamento (*matrimonium*) era informal e livre de rituais, em que a simples inserção da mulher na casa do marido (*deductio in domum mariti*) indicava a constituição do matrimônio. A intenção efetiva e contínua do casal de permanecer nesse enlace recebia o nome de *affectio maritalis*. E caso acabasse essa intenção de permanecer em matrimônio por um dos cônjuges ou ambos, tornava-se possível o casamento se dissolver por intermédio do divórcio.²⁵³

No que tange à evolução histórica do divórcio, Pontes de Miranda²⁵⁴ mencionou que:

Em Roma, desde a fundação, existiu o divórcio [...]. Com o desaparecimento crescente da *manus* e a transformação ou empalidecimento dos costumes, tornaram-se frequentes os divórcios [...] O direito romano do Alto-Império conhecia três causas de dissolução do casamento: a morte, o divórcio e a

²⁵² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial. Tomo VIII. Atualizado por Rosa Maria de Andrade Nery, p. 97.

²⁵³ VELOSO, Zeno. Pequena história do divórcio no Brasil. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão (Org.). *O novo divórcio no Brasil, de acordo com a EC n. 66/2010*. Bahia: Editora Jus Podivm, 2011, p. 19.

²⁵⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. TOMO. VIII. Atualizado por Rosa Maria de Andrade Nery, pp. 98 e 99.

escravização. [...] Também nos costumes germânicos encontrou a Igreja o divórcio, com o repúdio livre e sem causa justificada. [...] Foi dos Romanos que os costumes germânicos receberam o divórcio por mútuo consentimento. Compreende-se que, em contato com tais povos, tenha sido renhida a luta da Igreja, tanto mais quanto, dentro dela, havia quem procurasse fundar no Evangelho o divórcio, pelo menos em casos de adultério. Em verdade, porém, o princípio da indissolubilidade ficou ligado à legislação e à jurisdição da Igreja católica sobre o casamento, embora contra a tradição passada.

O divórcio (*divortium*) existia desde os primórdios da civilização romana, como forma de dissolver o casamento, e poderia ser postulado de forma bilateral ou unilateral (*repudium*), com causa ou *sine causa*.²⁵⁵ O direito romano, na época pós-clássica, foi fortemente influenciado pelos princípios cristãos, porém as leis imperiais não aderiram ao dogma da indissolubilidade do casamento, apesar de que procuraram dificultar o divórcio.

2.3.3 A Evolução Divorcista no Brasil

No Brasil, a evolução divorcista, foi marcada pela intervenção da Igreja Católica e nesse sentido Paulo Lôbo²⁵⁶ conta que:

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 extinto 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.

Em 1861, com o Decreto n. 1.144 de 11/09/1861, ocorreu a primeira flexibilidade da Igreja Católica nas questões matrimoniais, passou-se a admitir a separação pessoal.²⁵⁷

Com a Constituição de 1891, ocorre a laicização do Estado Brasileiro, ou seja, há a separação entre o Estado e a Igreja.²⁵⁸ O casamento torna-se um ato civil, conforme

²⁵⁵ VELOSO, Zeno. Pequena história do divórcio no Brasil. In: *O novo divórcio no Brasil, de acordo com a EC n. 66/2010*, p. 19.

²⁵⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil. Famílias*, p 126.

²⁵⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*, p. 9.

²⁵⁸ Art. 72 da Constituição Federal de 1891. A Constituição assegura a brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à

o art. 72, §4º da Constituição Federal de 1891²⁵⁹, considerando-se importante ressaltar que nessa época foi disciplinada a separação de corpos, denominada como divórcio canônico (*divortium quoad thorum et mensam*), aceita sob o fundamento das seguintes causas: adultério, sevícia ou injúria grave, abandono voluntário do domicílio conjugal por mais de dois anos contínuos e mútuo consentimento dos cônjuges, se fossem casados há mais de dois anos.²⁶⁰

A primeira tentativa de se criar a dissolução do casamento no Brasil remonta ao ano de 1893 – quando o deputado Érico Marinho apresentou ao Parlamento a primeira proposta divorcista.²⁶¹

2.3.3.1 O Desquite

Beviláqua apresentou o seu projeto do Código Civil em 1901, que restou aprovado após várias alterações, em 1916, mantendo a permissão do término da sociedade conjugal somente por intermédio da separação do casal, agora denominada como desquite, que poderia ser amigável ou litigioso, cujas causas foram mantidas como no direito anterior, o qual na verdade não rompia o vínculo, apenas a sociedade conjugal. Considerando-se importante ressaltar que a palavra desquite foi inserida para diferenciá-la da simples separação de corpos.²⁶²

A figura jurídica do desquite surgiu em 1916 com a edição do Código Civil e deixou de existir no direito brasileiro em 1977 com a promulgação da Lei n. 6.515, conhecida como a Lei do Divórcio.

propriedade, nos termos seguintes: [...] §7º Nenhum culto ou igreja gozará de subvenção oficial, nem terá relações de dependência ou aliança com o Governo da União ou dos Estados.

²⁵⁹ Art. 72 da Constituição Federal de 1891. A Constituição assegura a brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] §4º A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.

²⁶⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*, p. 9

²⁶¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*, p. 9

²⁶² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*, pp. 9 e 10.

O instituto do desquite estabeleceu as regras da ruptura da sociedade conjugal, com a manutenção do vínculo matrimonial, que desabilitava o desquitado a promover novas núpcias, fomentando a formação de *familiares marginais*.²⁶³

A expressão desquite significa não quites, em débito com a sociedade.²⁶⁴ A palavra desquite quer dizer “desobrigar alguém de uma ação, eliminar uma dívida ou obrigação” e veio da latim QUIETARE, “deixar em paz, dar descanso”, de QUIETUS “tranquilo, calmo, em paz”.²⁶⁵

2.3.3.2 O princípio da indissolubilidade do casamento

Com o receio de que o instituto do desquite, previsto na legislação ordinária, evoluísse²⁶⁶, passou a ser previsto na Constituição da República de 1934 o princípio da indissolubilidade do vínculo matrimonial.²⁶⁷ E, assim, elevado à estatura de preceito constitucional, se tornou em norma de força máxima, em que não seria uma simples alteração na lei infraconstitucional que modificaria tal situação.

Com as Constituições de 1937, 1946 e 1967, reiterou-se que a família era constituída pelo casamento indissolúvel.

A Constituição de 1937 aponta que a família era constituída pelo casamento indissolúvel e que estava sob a proteção especial do Estado.²⁶⁸ A Constituição de 1946 seguiu a trajetória da Constituição anterior e previu a indissolubilidade do casamento.²⁶⁹

²⁶³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. TOMO. VIII. Atualizado por Rosa Maria de Andrade Nery, p. 103.

²⁶⁴ DIAS, Maria Berenice. *A mulher no Código Civil*. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/18_-_a_mulher_no_c%F3digo_civil.pdf> Acesso em 05/02/2014.

²⁶⁵ Disponível em <<http://origemdapalavra.com.br/site/palavras/desquitar/>> Acesso em 05/02/2014.

²⁶⁶ SCHÄFER, Gilberto. *A Emenda Constitucional nº. 66 e o divórcio no Brasil*. Disponível em: <<http://espaco-vital.jusbrasil.com.br/noticias/2308402/a-emenda-constitucional-n-66-e-o-divorcio-no-brasil>>. Acesso em 12/10/2013.

²⁶⁷ Art. 144 da Constituição de 1934. 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.

²⁶⁸ Art. 124 da Constituição de 1937. A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos.

²⁶⁹ Art. 163 da Constituição de 1946. A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado.

E a Constituição de 1967, também manteve o casamento como indissolúvel, dispondo que a família teria direito à proteção dos Poderes Públicos.²⁷⁰

De acordo com Espínola²⁷¹, o casamento válido era dissolvido somente pela morte de um dos cônjuges, tendo em vista que por preceito constitucional a família se constituía pelo casamento de vínculo indissolúvel.

2.3.3.3 O Divórcio no Brasil

A inexistência do divórcio perdurou até o ano de 1977. Com a edição da Emenda Constitucional nº 9 de 28 de junho de 1977, o casamento deixou de ser um vínculo indissolúvel. Essa Emenda Constitucional passou a instituir o divórcio no Brasil, e seus termos prescreviam que o casamento só poderia ser dissolvido nos casos expressos em lei, se houvesse prévia separação judicial por três anos ou anterior separação de fato com duração de cinco anos. A referida emenda figurou no ordenamento jurídico como um verdadeiro divisor de águas no direito brasileiro; porém, era uma norma de eficácia limitada, visto que dependia de lei infraconstitucional para produzir efeitos.

E, assim, com o intuito de regulamentar a dissolução do vínculo conjugal, foi promulgada a Lei n. 6.515 de 26 de dezembro de 1977, conhecida como a Lei do Divórcio. A referida lei passou a disciplinar o instituto do divórcio, mantendo o desquite sob a denominação de separação judicial. E com a institucionalização do divórcio passou a ser possível dissolver o casamento de forma voluntária de duas maneiras: de forma direta, após a separação de fato, ou de forma conversiva após a separação judicial, observados os prazos dispostos no texto constitucional; os quais, com o passar dos tempos, sofreram modificações.²⁷²

A Lei do Divórcio, em seu art. 38²⁷³, previa uma restrição de divórcios sucessivos, em que era possível divorciar-se apenas uma vez. Nessa época, um(a) solteiro(a) que pretendesse casar-se com um(a) divorciado(a), deveria saber que estaria

²⁷⁰ Art. 167 da Constituição de 1967. A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos. § 1º - O casamento é indissolúvel.

²⁷¹ ESPÍNOLA, Eduardo. *A Família no Direito Civil Brasileiro*, p. 383.

²⁷² LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil*. Famílias, p.128.

²⁷³ Art. 38 da Lei n. 6.515/77. O pedido de divórcio, em qualquer dos seus casos, somente poderá ser formulado uma vez. (Revogado pela Lei nº 7.841, de 1989).

preso àquele vínculo independentemente de sua vontade; pois, o seu cônjuge por ser divorciado não poderia divorciar-se novamente. Porém, tal regramento restou eliminado do nosso ordenamento jurídico com a edição da Lei n. 7.841 de 17/10/1989²⁷⁴, que revogou tal dispositivo, permitindo o divórcio sucessivas vezes.

Sob a égide da natureza conversiva, entrou em vigor a Constituição da República de 1988, que em seu art. 226, §6º reduziu os prazos de separação prévia para um ano de separação judicial e dois anos para separação de fato.

E ainda sob o aspecto conversivo do divórcio foi promulgado o Código Civil de 2002, que manteve o tratamento dispensado aos referidos institutos pela Constituição da República.²⁷⁵

Em 04 de janeiro de 2007, foi promulgada a Lei n. 11.441/2007, que entrou em vigor em 05 de janeiro de 2007, pela qual tornou-se possível requerer o divórcio e a separação consensuais, realizados pela via administrativa; mas somente quando o casal não tiver filhos menores ou incapazes. Neste momento o divórcio e a separação deixaram de ser obrigatoriamente judiciais e tornaram-se mais facilitados e menos onerosos.²⁷⁶ Assim, com a assistência de advogado, que é indispensável, passou a ser possível ao casal em consenso, respeitados alguns requisitos, buscar o divórcio e a separação, que serão deferidos por meio de escritura pública, a qual após lavrada, deverá ser encaminhada ao Registro Civil.²⁷⁷ Ainda em 2007, para auxiliar a interpretação dessa lei, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ editou a Resolução n. 35 em 24 de abril de 2007.

E, finalmente, a recente alteração diz respeito à facilitação jurídica do divórcio, que se efetivou com a publicação da Emenda Constitucional n. 66 de 13 de julho de 2010, que entrou em vigor na data da sua publicação, dia 14 de julho de 2010, e que

²⁷⁴ Art. 3º da Lei n. 7.841/89. Ficam revogados o art. 38 e o § 1º do art. 40 da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977.

²⁷⁵ TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *A Emenda Constitucional do Divórcio*, pp. 14-16.

²⁷⁶ VELOSO, Zeno. Pequena história do divórcio no Brasil. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão (Org.). *O novo divórcio no Brasil, de acordo com a EC n. 66/2010*, p. 38.

²⁷⁷ VELOSO, Zeno. Pequena história do divórcio no Brasil. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão (Org.). *O novo divórcio no Brasil, de acordo com a EC n. 66/2010*, p. 40.

apenas extinguiu a exigência da anterior separação de fato ou da separação judicial prévia para a concessão do divórcio.

A Emenda Constitucional n. 66/2010 alterou a redação original do art. 226, §6º da Constituição da República, que era a seguinte: “*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.*” E fez com que o referido dispositivo constitucional, ficasse com os seguintes termos:

O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.²⁷⁸

Conforme as palavras de Veloso, nesse momento histórico e revolucionário do divórcio, “*a primeira conclusão a que se tem de chegar é de que houve uma inovação marcante na ordem constitucional, e, portanto, no sistema jurídico brasileiro. A regra constitucional é clara, inequívoca, tem eficácia plena, aplica-se imediatamente, e torna sem mais valor algum, por incompatibilidade radical e absoluta, toda a legislação infraconstitucional que colida, que não se harmonize com o novo Texto Magno.*”²⁷⁹

O contido no art. 226, § 6º da Constituição da República não necessita de regulamentação de lei ordinária, o que ele proclama já é obrigatório e vinculante.²⁸⁰

E isso quer dizer que o divórcio, com o advento da Emenda Constitucional n. 66/2010 pode ser postulado e concedido sem mais nenhum obstáculo, em nosso país. O divórcio não depende mais de prévia separação judicial ou de fato, tampouco de prazo mínimo de existência do casamento; e não está mais submetido a qualquer causa ou motivo.

²⁷⁸ Redação atual do art. 226, §6º da Constituição da República.

²⁷⁹ VELOSO, Zeno. Pequena história do divórcio no Brasil. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão (Org.). *O novo divórcio no Brasil, de acordo com a EC n. 66/2010*, p. 39.

²⁸⁰ VELOSO, Zeno. Pequena história do divórcio no Brasil. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão (Org.). *O novo divórcio no Brasil, de acordo com a EC n. 66/2010*, p. 40.

3 A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 66/2010 E SUAS PECULIARIDADES

3.1 A ORIGEM DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 66/2010²⁸¹

A Emenda à Constituição n. 66 de 2010 surgiu de diversas propostas apresentadas com o intuito de desburocratizar a vida dos cônjuges, que decidem por desfazer o casamento.

A primeira proposta de Emenda à Constituição se deu em 1999, sob o n. 22²⁸², a qual tinha como proposta dar a seguinte redação ao § 6º do art. 226 da Constituição da República: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após comprovada separação de fato ou de direito por mais de 1 (um) ano.”

Em 2005, foi proposta a PEC n. 413²⁸³, cujo propósito também era o de facilitação ao divórcio, que propunha para o § 6º do art. 226 da Constituição da República os seguintes termos: “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio consensual ou litigioso, na forma da lei”.

A PEC n. 413/2005 foi apresentada pelo Deputado Antonio Carlos Biscaia²⁸⁴, com a seguinte justificativa:

A presente Proposta de Emenda Constitucional nos foi sugerida pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família, entidade que congrega magistrados, advogados, promotores de justiça, psicólogos, psicanalistas, sociólogos e outros profissionais que atuam no âmbito das relações de família e na resolução de seus conflitos. Não mais se justifica a sobrevivência da separação judicial, em que se converteu o antigo desquite. Criou-se, desde 1977, com o advento da legislação do divórcio, uma duplicidade artificial entre dissolução da sociedade conjugal e dissolução do casamento, como solução de compromisso entre divorcistas e

²⁸¹ TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *A Emenda Constitucional do Divórcio*, pp. 17 e 18.

²⁸² Ementa da Proposta de Emenda à Constituição n° 22/1999: “Autoriza o divórcio após 1 (um) ano de separação de fato ou de direito e dá outras providências. Altera o disposto no art. 226, § 6º, da Constituição Federal de 1988.” Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14271>>. Acesso em 05/02/2014.

²⁸³ Ementa da Proposta de Emenda à Constituição n° 413/2005: “Altera o § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre o divórcio. Estabelece que o casamento civil poderá ser dissolvido pelo divórcio consensual ou litigioso, na forma da lei. Altera a Constituição Federal de 1988.” Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=290450>>. Acesso em 05/02/2014.

²⁸⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O Novo Divórcio*, p. 49.

antidivorcistas, o que não mais se sustenta. Impõe-se a unificação no divórcio de todas as hipóteses de separação dos cônjuges, sejam litigiosos ou consensuais. A Submissão a dois processos judiciais (separação judicial e divórcio por conversão) resulta em acréscimos de despesas para o casal, além de prolongar sofrimentos evitáveis. Por outro lado, essa providência salutar, de acordo com valores da sociedade brasileira atual, evitará que a intimidade e a vida privada dos cônjuges e de suas famílias sejam revelados e trazidos ao espaço público dos tribunais, como todo o caudal de constrangimentos que provocam, contribuindo para o agravamento de suas crises e dificultando o entendimento necessário para a melhor solução dos problemas decorrentes da separação. Levantamentos feitos das separações judiciais demonstram que a grande maioria dos processos são iniciados ou concluídos amigavelmente, sendo insignificantes os que resultaram em julgamentos de causas culposas imputáveis ao cônjuge vencido. Por outro lado, a preferência dos casais é nitidamente para o divórcio que apenas prevê a causa objetiva da separação de fato, sem imiscuir-se nos dramas íntimos; afinal, qual o interesse público relevante em se investigar a causa do desaparecimento do afeto ou do desamor? O que importa é que a lei regule os efeitos jurídicos da separação, quando o casal não se entender amigavelmente, máxime em relação à guarda dos filhos, aos alimentos e ao patrimônio familiar. Para tal, não é necessário que haja dois processos judiciais, bastando o divórcio amigável ou judicial.

Sala das Sessões, de junho de 2005

Deputado ANTONIO CARLOS BISCAIA
PT/RJ²⁸⁵

Em 2007, começou a tramitar a PEC n. 33²⁸⁶ que, a princípio, teve a mesma redação que a PEC n. 413/2005. Por regularem matéria idêntica, os três projetos, referidos anteriormente, foram apensados, seguindo conjunta a tramitação.

A PEC n. 33/2007 foi apresentada pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro²⁸⁷, cuja justificativa para a sua proposta se deu nos seguintes termos:

A presente Proposta de Emenda Constitucional é uma antiga reivindicação não só da sociedade brasileira, assim como o Instituto Brasileiro de Direito de Família, entidade que congrega magistrados, advogados, promotores de justiça, psicólogos, psicanalistas, sociólogos e outros profissionais que atuam no âmbito das relações de família e na resolução de seus conflitos, e também defendida pelo Nobre Deputado Federal Antonio Carlos Biscaia (Rio de Janeiro). Não mais se justifica a sobrevivência da separação judicial, em que se converteu o antigo desquite. Criou-se, desde 1977, com o advento da legislação do divórcio, uma duplicidade artificial entre dissolução da sociedade conjugal e dissolução do casamento, como solução de compromisso entre divorcistas e antidivorcistas, o que não mais se

²⁸⁵ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=315665&filename=Tramitacao-PEC+413/2005> Acesso em 27/02/2014.

²⁸⁶ Ementa da Proposta de Emenda à Constituição n° 33/2007: “Altera o § 6º do art. 226 da Constituição Federal, para supressão do instituto da separação judicial. Estabelece que o casamento civil será dissolvido pelo divórcio consensual ou litigioso. Altera a Constituição Federal de 1988.” Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=347707>>. Acesso em 05/02/2014.

²⁸⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O Novo Divórcio*, p. 49.

sustenta. Impõe-se a unificação no divórcio de todas as hipóteses de separação dos cônjuges, sejam litigiosos ou consensuais. A Submissão a dois processos judiciais (separação judicial e divórcio por conversão) resulta em acréscimos de despesas para o casal, além de prolongar sofrimentos evitáveis. Por outro lado, essa providência salutar, de acordo com valores da sociedade brasileira atual, evitará que a intimidade e a vida privada dos cônjuges e de suas famílias sejam revelados e trazidos ao espaço público dos tribunais, como todo o caudal de constrangimentos que provocam, contribuindo para o agravamento de suas crises e dificultando o entendimento necessário para a melhor solução dos problemas decorrentes da separação. Levantamentos feitos das separações judiciais demonstram que a grande maioria dos processos são iniciados ou concluídos amigavelmente, sendo insignificantes os que resultaram em julgamentos de causas culposas imputáveis ao cônjuge vencido. Por outro lado, a preferência dos casais é nitidamente para o divórcio que apenas prevê a causa objetiva da separação de fato, sem imiscuir-se nos dramas íntimos; afinal, qual o interesse público relevante em se investigar a causa do desaparecimento do afeto ou do desamor? O que importa é que a lei regule os efeitos jurídicos da separação, quando o casal não se entender amigavelmente, máxime em relação à guarda dos filhos, aos alimentos e ao patrimônio familiar. Para tal, não é necessário que haja dois processos judiciais, bastando o divórcio amigável ou judicial. Sala das Sessões, 10 de abril de 2007.

Deputado SÉRGIO BARRADAS CARNEIRO
PT/BA.²⁸⁸

Em junho de 2009, foi aprovada a PEC n. 22-A/99, que apresentava o seguinte texto: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”. E conforme percebe-se, referida redação suprimiu a expressão “na forma da lei” anteriormente sugerida, situação que se reveste de grande significado jurídico.²⁸⁹

Quando a PEC n. 22-A/99 passou a tramitar no Senado Federal, ficou com o número 28/2009.²⁹⁰ E recebeu parecer favorável da Comissão de Constituição e Justiça, com o pronunciamento do Senador Demóstenes Torres, nos seguintes termos:

A análise da PEC não revela impropriedade de natureza constitucional, jurídica, regimental ou de técnica legislativa, o que comporta a sua admissibilidade e remete ao exame de mérito. A data que serve de base para a contagem do prazo para o ajuizamento da ação de divórcio – denominada *dies a quo* – é a do trânsito em julgado da separação judicial. No caso da separação de fato, por abandono unilateral ou recíproco, o prazo é de dois anos. Por construção jurisprudencial, mais tarde assimilada pela lei, a data a

²⁸⁸ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=D7E0BECEA1A6E86242DA8D30D7D536B3.node2?codteor=450217&filename=Tramitacao-PEC+33/2007> Acesso em 28/02/2014.

²⁸⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O Novo Divórcio*, p. 54.

²⁹⁰ Ementa da Proposta de Emenda à Constituição n° 28/2009: “Dá nova redação ao § 6° do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos.” Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=91651> Acesso em 05/02/2014.

partir da qual se conta o prazo para requerer o divórcio pode retroagir à da separação cautelar de corpos, medida que, geralmente, precede a ação principal de separação judicial. Como se vê, a regra não é rígida, sobretudo porque existem as uniões estáveis, elevadas ao patamar do casamento civil e que podem ser desfeitas ao alvedrio dos companheiros. Além disso, o interesse no fim da união matrimonial assume características variadas, sujeitas ao teor dos conflitos – ou a sua inexistência –, à extensão patrimonial, às questões ligadas à prole, em especial a fixação de alimentos, o que não se resolve pela simples dilatação do prazo compreendido entre a separação formal ou informal e o divórcio. Observa-se também que, passados mais de trinta anos da edição da Emenda Constitucional nº 9, de 1977, perdeu completamente o sentido manter os pré-requisitos temporais de separação judicial e de fato para que se conceda o divórcio. Saliente-se que, no casamento, dois institutos se superpõem: a sociedade conjugal, que decorre da simples vida em comum, na condição de marido e mulher, com a intenção de constituir família, e o vínculo conjugal, que nasce da interferência do próprio Estado, mediante a solenização do ato, na presença de testemunhas, com portas abertas e outras condições estabelecidas em lei. A sociedade conjugal, fruto da iniciativa dos cônjuges, pode por eles ser desfeita, formal ou informalmente, ao seu arbítrio, mas o vínculo conjugal, para ser desfeito pelo divórcio, depende de nova interferência do Estado. Ora, o Estado atual é bem menos tutelar que o de trinta anos atrás, e, quanto à sociedade hodierna, as dúvidas e temores que acometeram diversos segmentos dos anos 70 do século passado estão, hoje, todos dissipados, inclusive o de que, “no dia seguinte à aprovação do divórcio, não restaria, no País, um só casamento”. O que se observa é que a sociedade brasileira é madura para decidir a própria vida, e as pessoas não se separam ou divorciam apenas porque existem esses institutos. Portanto, não é a existência do instituto divórcio que desfaz casamentos, nem a imposição de prazos ou separações intermediárias que o impedirá. Acrescente-se que a exigência de prazo e a imposição de condição para a realização do divórcio desatendem ao princípio da proporcionalidade, que recomenda não cause a lei ao jurisdicionado ônus impróprio ou desnecessário. Ora, o prazo para a concessão do divórcio não é peremptório, tanto que pode retroagir à data da separação cautelar de corpos, e a condição não é essencial, porquanto a sociedade conjugal pode ser desfeita pelo casal, indiferente ao Estado. Logo, as duas variáveis, sem nenhum prejuízo para o disciplinamento do tema, podem ser retiradas da norma, conforme preconiza a proposta de emenda.²⁹¹

A PEC n. 28 de 2009 foi apresentada nos seguintes termos: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”. E com essa redação foi aprovada a Emenda Constitucional n. 66/2010.

E com a intenção de apresentar as interpretações doutrinárias dadas à nova ordem constitucional no que tange ao divórcio, passamos a abordar as correntes teóricas que se firmaram no sistema jurídico pátrio.

²⁹¹ Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/60761.pdf>> Acesso em 27/02/2014.

3.2 AS CORRENTES TEÓRICAS E OS POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS QUE SE FIRMARAM COM A EDIÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 66/2010

Com relação às correntes teóricas que se firmaram na doutrina, a respeito do tema, podemos enumerá-las da seguinte forma: a primeira, denominada *abolicionista*, dispõe que o divórcio com o advento da Emenda Constitucional n. 66/2010 passou a ser a única forma de dissolução do casamento na ordem jurídica brasileira; a segunda, por sua vez, conhecida como *exegética racionalista*, preceitua que a referida emenda constitucional não teve, na prática, o poder de extinguir os prazos para o divórcio, muito menos de abolir a separação judicial. E, por fim, a terceira, conhecida como *eclética ou mista*, que diverge da corrente *abolicionista* no que concerne ao fim da separação e da *exegética racionalista* no que tange a não extinção dos prazos para o divórcio, pois ela considera que a aludida emenda constitucional apenas extinguiu os prazos para a concessão do divórcio.²⁹²

3.2.1 A corrente teórica abolicionista

A corrente *abolicionista* deve ser criticada, pois ao se considerar o divórcio a única forma, juridicamente possível, de dissolução do casamento, será que não se estaria tornando obrigatório aos cônjuges o rompimento da entidade familiar, somente pelo divórcio? Ferindo, assim, a autonomia da vontade do casal? Ora, é inegável que em alguns casos as pessoas buscarão apenas separar-se, e não divorciar-se, pois conforme dispõem Bossert e Zannoni²⁹³ é previsível que algumas pessoas estejam dispostas a se separar e não aceitem inicialmente o divórcio; motivo pelo qual opina-se, comungando com o entendimento dos referidos autores, pela conservação da separação como alternativa possível.

Conforme verificado acima, essa corrente se posiciona no sentido de que a separação judicial restou excluída do nosso sistema jurídico com a edição da Emenda

²⁹² BORGES FILHO, Adalberto. *O Novo Panorama do Divórcio no Brasil: O Fim da Separação Judicial* [?]. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 89, 01/06/2011 [Internet]. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9667>. Acesso em 15/10/2011.

²⁹³ BOSSERT, Gustavo A. e Zannoni, Eduardo A. *Manual de Derecho de Familia*, p. 330.

Constitucional n. 66/2010²⁹⁴ e, por conseguinte, que o divórcio passou a ser a única forma voluntária de dissolução do casamento.

Nesse sentido, citam-se alguns autores como: Paulo Lôbo²⁹⁵, Rodrigo da Cunha Pereira²⁹⁶, José Fernando Simão²⁹⁷, Maria Berenice Dias²⁹⁸, Álvaro Villaça Azevedo²⁹⁹, Rolf Madaleno³⁰⁰, Sílvio de Salvo Venosa³⁰¹, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho³⁰². Cumprindo mencionar os dizeres de Marianna Chaves³⁰³ que apresenta, de forma distorcida, como justificativa ao seu posicionamento de extinção do instituto da separação os princípios da liberdade e da autonomia da vontade, nos seguintes termos:

[...] a PEC do Divórcio em boa hora emergiu, expurgando procedimentos desnecessários, acompanhando o real momento vivido pela sociedade, fugindo dos velhos dogmas enraizados e mais: consagrando o princípio da liberdade e da autonomia da vontade que devem estar presentes tanto na constituição como na dissolução das relações conjugais.

²⁹⁴ SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. CONVERSÃO EM DIVÓRCIO. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 66/10. [...] Embora permaneçam, ainda, no Código Civil, alguns dispositivos que tratam da separação judicial (arts. 1.571 e 1.578), a partir da edição da Emenda Constitucional n. 66/10, não há mais a possibilidade de se buscar o fim da sociedade conjugal por meio deste instituto, mas, tão somente a dissolução do casamento pelo divórcio. [...] (TJMG; APCV 0218251-35.2006.8.13.0487; 4ª C. Cível; Rel. Des. Dárcio Lopardi Mendes; DJEMG 07/02/2011). Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br>. Acesso em 02 nov. 2011.

DIVÓRCIO LITIGIOSO. [...] EC N. 66/10. SUPRESSÃO DO INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL. APLICAÇÃO IMEDIATA AOS PROCESSOS EM CURSO. A aprovação da PEC n° 28 de 2009, que alterou a redação do art. 226 da Constituição Federal, resultou em grande transformação no âmbito do direito de família ao extirpar do mundo jurídico a figura da separação judicial. A nova ordem constitucional introduzida pela EC n° 66/10, além de suprimir o instituto da separação judicial, também eliminou a necessidade de se aguardar o decurso de prazo como requisito para a propositura de ação de divórcio. Tratando-se de norma constitucional de eficácia plena, as alterações introduzidas pela EC n. 66/10 tem aplicação imediata, refletindo sobre os feitos de separação em curso. Apelo conhecido e provido. (TJDF; Ap. Cív. 2010.01.1.064251-3; 6ª T. Cív.; Relª. Desª. Ana Maria Duarte Amarante Brito; DJDFTE 07/10/2010; p. 221). Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br>. Acesso em 02 nov. 2011.

²⁹⁵ LOBO, Paulo Luiz Netto. *Separação era instituto anacrônico*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.com.br/impresao.php?t=artigos&n=654>. Acesso em 04/11/2011.

²⁹⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*.

²⁹⁷ SIMÃO, José Fernando. *A PEC do Divórcio – A Revolução do Século em Matéria de Direito de Família – A passagem de um Sistema Antidivorcista para o Divorcista Pleno*. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. V. 17 (agosto/setembro 2010) Porto Alegre: Magister.

²⁹⁸ DIAS, Maria Berenice. *Divórcio já! Comentários á Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

²⁹⁹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Emenda Constitucional do Divórcio*. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão (Org.). *O novo divórcio no Brasil, de acordo com a EC n. 66/2010*. Bahia: Editora Jus Podivm, 2011.

³⁰⁰ MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. Rio de Janeiro, 2011.

³⁰¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Direito de Família.

³⁰² GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O Novo Divórcio*.

³⁰³ CHAVES, Marianna. *O Divórcio e Separação no Brasil – Algumas Considerações após a Aprovação da EC 66*. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. V. 20 (fevereiro/março 2010) Porto Alegre: Magister, p. 17.

Com a edição da Emenda Constitucional n. 66 de 2010, a doutrina majoritária passou a defender sob os mais variados argumentos que o sistema dual de dissolução do casamento deixou de fazer parte do ordenamento jurídico pátrio.

Para Leite³⁰⁴, “*com a Emenda, adotou-se sistemática uma para o desenlace conjugal, na medida em que a separação foi eliminada do ordenamento pátrio, decorrência de revogação legal, e o divórcio foi alçado à condição de único instrumento hábil para a dissolução “inter vivos” do casamento válido*”

De acordo com Lagrasta³⁰⁵: “*o instituto da separação judicial, em qualquer de suas formas, não foi recepcionado pela nova ordem constitucional. Ele considera que hoje existe apenas o divórcio judicial consensual e litigioso, além do consensual administrativo. Doravante, observada a exclusão das exigências subjetivas (culpa) ou objetivas (lapso temporal), para a sua decretação, com o fim da sociedade conjugal e do vínculo matrimonial*”.

Veloso³⁰⁶ defende a exclusão do instituto da separação do nosso ordenamento jurídico ao dizer que “*quis o legislador [...] que a dissolução da sociedade conjugal e a extinção do vínculo matrimonial ocorram pelo divórcio, que passou a ser, então, o instituto jurídico único e bastante para resolver as questões matrimoniais que levam ao fim do relacionamento do casal.*”

O referido autor considera ainda que alguns artigos do Código Civil que regulavam acerca da separação conjugal foram revogados pela superveniência da norma constitucional. Ele alega que tais dispositivos perderam a vigência por terem “*entrado em rota de colisão com o dispositivo constitucional superveniente*”.³⁰⁷

³⁰⁴ LEITE, Glauber Salomão. A Emenda do Divórcio: o fim da separação de direito? In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão (Org.). *O novo divórcio no Brasil, de acordo com a EC n. 66/2010*. Bahia: Editora Jus Podivm, 2011, p. 171.

³⁰⁵ LAGRASTA, Caetano. *Divórcio – O fim da Separação e da Culpa?* Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.com.br/impressao.php?t=artigos&n=690>>. Acesso em 05/11/2011.

³⁰⁶ VELOZO, Zeno. *O Novo Divórcio e o Que Restou do Passado*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.com.br/impressao.php?t=artigos&n=661>>. Acesso em 05/11/2011.

³⁰⁷ VELOZO, Zeno. *O Novo Divórcio e o Que Restou do Passado*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.com.br/impressao.php?t=artigos&n=661>>. Acesso em 05/11/2011.

Oliveira³⁰⁸ questiona se “*com essa abertura para o divórcio potestativo, incondicionado e livre, haveria ainda lugar para a simples separação legal, sucedânea do antigo desquite*”. E ele questiona ainda qual seria a razão de pleitear a separação judicial ou extrajudicial, “*se é dado obter o plus, que é o divórcio*”. De acordo com Oliveira “*a inovação constitucional, facilitadora do divórcio, reveste-se de eficácia imediata, pelo seu claro teor dispositivo, considerando um caso de autoexecutoriedade da norma*”. Ele afirma que a nova norma constitucional enseja pronto cumprimento, não dependendo da legislação ordinária para produzir seus efeitos, tendo em vista a força normativa própria da Constituição.³⁰⁹

Com a intenção de apresentar alguns argumentos pelo fim da separação conjugal, Tartuce³¹⁰, buscou na hermenêutica constitucional a base para sustentar seu posicionamento, argumentando que “*pelo fim da separação pode ser invocado o princípio da máxima efetividade ou da eficiência do texto constitucional. E alegando que a manutenção da separação viola esse princípio, pois colide com a otimização da emenda e com a ideia de atualização do texto maior*”. Tartuce³¹¹ menciona que esse princípio afasta a antiga concepção do texto constitucional como norma essencialmente programática, ou seja, afasta a necessidade da norma infraconstitucional regular o texto constitucional, pois a Constituição da República tem plena incidência nas relações privadas. Sustenta à semelhança de outros doutrinadores que se mantido o instituto da separação, o trabalho do reformador constituinte terá sido totalmente inútil e desnecessário.

Madaleno ao se posicionar sobre o assunto diz que “*o instituto da separação se mostra incompatível ou em rota de colisão com os dispositivos da nova lei constitucional [...] porque uma norma constitucional (EC n. 66/2010) tem preferência sobre uma lei ordinária especial, prevalecendo o critério hierárquico da lei superior editada em último lugar. [...] trata-se da efetividade dos direitos fundamentais, que parte de uma presunção de liberdade do cidadão e se existe um conflito de normas,*

³⁰⁸ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *Separação ou Divórcio? Considerações Sobre a EC 66*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/impressao.php?t=artigos&n=682>>. Acesso em: 04/11/2011.

³⁰⁹ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *Separação ou Divórcio? Considerações Sobre a EC 66*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/impressao.php?t=artigos&n=682>>. Acesso em: 04/11/2011.

³¹⁰ TARTUCE, Flávio. *Argumentos Constitucionais pelo fim da Separação de Direito*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.com.br/impressao.php?t=artigos&n=718>>. Acesso em 04/11/2011.

³¹¹ TARTUCE, Flávio. *Argumentos Constitucionais pelo fim da Separação de Direito*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.com.br/impressao.php?t=artigos&n=718>>. Acesso em 04/11/2011.

*porque o divórcio é mais abrangente do que a separação, e não invasivo como era a separação, não há como olvidar do direito de maior hierarquia constitucional”.*³¹²

Hironaka e Tartuce³¹³ chegaram à conclusão de que a Emenda Constitucional n. 66/2010 retirou do sistema jurídico a separação judicial e extrajudicial. E apresentam como argumento pelo fim da separação no sistema familiarista nacional os seguintes termos:

[...] a finalidade da separação de direito sempre foi a de pôr fim ao casamento. Sendo assim, não se justifica a manutenção da categoria se a Norma Superior traz como conteúdo apenas o divórcio, sem maiores burocracias. Não se sustenta mais a exigência de uma *primeira etapa* de dissolução, se o Texto Maior trata apenas de uma outrora *segunda etapa*. A tese da manutenção da separação de direito remete a um Direito Civil burocrático, distante da Constituição Federal, muito formal e pouco material [...]

Os referidos autores alegam ainda que *“a motivação social da EC 66/2010 foi justamente a de facilitar a dissolução do casamento, retirando do sistema jurídico a prévia separação judicial para o divórcio. Se tal requisito não existe mais como preparação do divórcio, torna-se totalmente inviável e inútil a manutenção da separação de direito como fator extintivo apenas da sociedade conjugal.”*³¹⁴

Grande parte da doutrina contempla o divórcio como mais vantajoso que a separação, como dispõem Gagliano e Pamplona Filho ao dizer que *“sob o prisma jurídico, com o divórcio, não apenas a sociedade conjugal é desfeita, mas também o próprio vínculo matrimonial, permitindo-se novo casamento; sob o viés psicológico, evita-se a duplicidade de processos - e ‘strepitus fori’ - porquanto pode o casal partir direta e imediatamente para o divórcio; e, finalmente, até sob a ótica econômica, o fim da separação é salutar, já que, com isso, evitam-se gastos judiciais desnecessários por conta da duplicidade de procedimentos”.*³¹⁵

³¹² MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*, p. 205.

³¹³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. TARTUCE, Flávio. A Emenda do Divórcio e os Alimentos. Principais Impactos. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão (Org.). *O novo divórcio no Brasil, de acordo com a EC n. 66/2010*. Bahia: Editora Jus Podivm, 2011, p. 282.

³¹⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. TARTUCE, Flávio. A Emenda do Divórcio e os Alimentos. Principais Impactos. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão (Org.). *O novo divórcio no Brasil, de acordo com a EC n. 66/2010*, p. 282.

³¹⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O novo divórcio*, p. 56.

Com o intuito de dar continuidade à abordagem das correntes teóricas que se firmaram no sistema jurídico pátrio após a edição da EC n. 66/2010, passa-se a analisar a corrente teórica exegética racionalista.

3.2.2 A corrente teórica exegética racionalista

A corrente teórica exegética racionalista entende que a EC n. 66/2010 não causou qualquer efeito no ordenamento jurídico pátrio. E nesse sentido foi o entendimento inicial de Luiz Felipe Brasil dos Santos. Veja-se:

[...] a eliminação da referência constitucional aos requisitos para a obtenção do divórcio não significa que aquelas condicionantes tenham sido automaticamente abolidas, mas apenas que, deixando de constar no texto da Constituição, e subsistindo exclusivamente na lei ordinária [...].³¹⁶

Porém, a desburocratização da dissolução do casamento pelo divórcio é inegável; razão pela qual, não há se falar em permanência de requisitos e condições para o deferimento da dissolução do vínculo conjugal.

Portanto, discorda-se da corrente *exegética racionalista*, pois, sobremaneira, é improvável que a Emenda Constitucional n. 66/2010 não tenha acarretado qualquer efeito no instituto do divórcio, e na ordem jurídica brasileira. Convindo ressaltar, por fim, que a aludida corrente teórica encontra-se completamente superada e sem adeptos.

E para finalizar o estudo relacionado às correntes teóricas, passa-se a abordar a corrente teórica eclética.

3.2.3 A corrente teórica eclética ou mista

E a corrente *eclética* é a teoria que adotamos, dentre as diversas concepções acima apresentadas, pois consideramos que após a promulgação da Emenda Constitucional n. 66/2010, as mudanças no ordenamento jurídico pátrio se dão exclusivamente ao fato da dissolução do casamento pelo divórcio, ter se tornado mais facilitado, e por poder ser concedido sem a prévia condição de separação judicial por

³¹⁶ SANTOS, Luiz Felipe Brasil. *Emenda do Divórcio: Cedo para comemorar*. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/?artigos&artigo=648>> Acesso em: 10/09/2012.

mais de um ano e sem a comprovada separação de fato por mais de dois anos. Nesse sentido, a Emenda Constitucional n. 66/2010, por não ter revogado, expressa ou tacitamente, o instituto da separação, previsto no Código Civil, no Diploma Processual Civil e na Lei n. 11.441 de 2007, possibilita o pleito de separação judicial ou extrajudicial, com o intuito de pôr fim apenas à sociedade conjugal, sem extinguir o vínculo matrimonial. É importante ponderar que a manutenção da separação judicial e extrajudicial no contexto jurídico brasileiro, sem o caráter obrigatório, além de assegurar a aplicação do princípio da autonomia da vontade dos cônjuges, realça a liberdade assegurada constitucionalmente.

Há autores que dispõem acerca da manutenção da separação na nossa ordem jurídica, ou seja, que consideram a possibilidade de um casal divorciar-se³¹⁷ – sem requisitos prévios ou separar-se³¹⁸, conforme melhor lhe aprouver, respeitada a

³¹⁷ AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIVÓRCIO DIRETO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010. NOVA REDAÇÃO DADA AO ART. 226, § 6º, DA CF/88 QUE ELIMINA OS REQUISITOS À SUA DECRETAÇÃO ANTERIORMENTE PREVISTOS. COMPOSIÇÃO DA DIVERGÊNCIA. DETERMINAÇÃO DE EMENDA À INICIAL. DESNECESSIDADE. Com o advento da EC nº 66/2010 não mais subsistem os pressupostos da separação de fato por mais de dois anos ou da separação judicial por mais de um ano para a decretação do divórcio, razão pela qual deve o pedido ser processado independentemente de emenda à inicial. Entendimento pacificado no 4º Grupo Cível. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70044587319, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 27/10/2011). Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 02/11/2011.

APELAÇÃO. EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 66. DIVÓRCIO. Pela entrada em vigor da Emenda Constitucional n.º 66, não há mais necessidade de prévia separação ou decurso de prazo para a decretação do divórcio direto. Precedentes jurisprudenciais. APELO PROVIDO. EM MONOCRÁTICA. (Apelação Cível Nº 70040550915, Oitava Câmara Cível, TJRS, Relator Rui Portanova, 10/05/2011). Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 02/11/2011.

³¹⁸SEPARAÇÃO JUDICIAL. VIABILIDADE DO PEDIDO. NÃO OBRIGATORIEDADE DO DIVÓRCIO PARA EXTINGUIR A SOCIEDADE CONJUGAL. 1. A Emenda Constitucional nº 66 limitou-se a admitir a possibilidade de concessão de divórcio direto para dissolver o casamento, afastando a exigência, no plano constitucional, da prévia separação judicial e do requisito temporal de separação fática. 2. Essa disposição constitucional evidentemente não retirou do ordenamento jurídico a legislação infraconstitucional que continua regulando tanto a dissolução do casamento como da sociedade conjugal e estabelecendo limites e condições, permanecendo em vigor todas as disposições legais que regulamentam a separação judicial, como sendo a única modalidade legal de extinção da sociedade conjugal, que não afeta o vínculo matrimonial. 3. Somente com a modificação da legislação infraconstitucional é que a exigência relativa aos prazos legais poderá ser afastada. Recurso provido.” (Agravo de Instrumento Nº 70039285457, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 29/10/2010). Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 02/11/2011.

APELAÇÃO CÍVEL. SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. ALTERAÇÃO DA NATUREZA DO FEITO PARA DIVÓRCIO, DE OFÍCIO. [...] PRESERVADA A VIGÊNCIA DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA. PROSEGUIMENTO DO FEITO NA FORMA DO PEDIDO. 1. [...]. 2. [...]. 3. A aprovação da Emenda Constitucional nº 66/2010, ao dar nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, não enseja automática revogação da legislação infraconstitucional que disciplina a dissolução da sociedade e do vínculo conjugal. Para que isso ocorra, indispensável seja modificado o Código Civil, que, por ora, preserva em pleno vigor os dispositivos atinentes à separação judicial e ao

autonomia da vontade. Nesse diapasão, dentre os autores que se filiam a essa corrente, cita-se: Yussef Said Cahali³¹⁹, Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi³²⁰, Regina Beatriz Tavares da Silva³²¹, Mario Luiz Delgado³²², Gilberto Schäfer³²³ e Rosa Maria de Andrade Nery³²⁴. Considerando-se importante colacionar o entendimento de Walsir Edson Rodrigues Júnior e Dierle Nunes³²⁵ os quais dispõem que com a mudança trazida pela Emenda Constitucional n. 66/2010:

[...] marido e mulher podem pedir, diretamente o divórcio, simplesmente fazendo uso da autonomia privada, sem qualquer prazo ou condição. [...] Contudo, tendo em vista que a Emenda Constitucional n. 66/2010 não revogou, expressa ou tacitamente, as disposições do Código Civil e do Código de Processo Civil que autorizam os pedidos de separação judicial consensual ou litigiosa e de lavratura de escritura pública de separação extrajudicial, desde que os cônjuges, querendo, podem ainda pedir a separação judicial ou extrajudicial com o objetivo de se colocar fim à sociedade conjugal sem, no entanto, extinguir o casamento. Desde que utilizados critérios hermenêuticos adequados, a manutenção da separação judicial e da separação extrajudicial, *sem o caráter obrigatório*, [...] não fere o princípio da autonomia privada dos cônjuges, pelo contrário, sobreleva a sua importância no Estado Democrático de Direito.

Os textos constitucionais de 1977 e 1988 não criaram a figura da separação judicial e de fato, apenas as reconheceram como requisitos ao divórcio. A separação conjugal, denominada inicialmente de *desquite*, foi criada de forma independente do

divórcio. Inteligência do art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/42). Precedente deste colegiado no julgamento da AC nº 70039476221. DERAM PROVIMENTO À APELAÇÃO PARA DESCONSTITUIR A SENTENÇA E A DECISÃO DAS FLS. 53/54-V E DETERMINAR O PROSSEGUIMENTO DO FEITO NA FORMA DO PEDIDO. POR MAIORIA.” (Apelação Cível Nº 70040795247, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 07/04/2011). Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 02/11/ 2011.

³¹⁹ CAHALI, Yussef Said. *Separações Conjugais e Divórcio*. 12ª Ed., revista, atualizada e ampliada da obra Divórcio e Separação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

³²⁰ DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. MATHIAS, Maria Ligia Coelho. Aspectos Processuais da Nova Sistemática do Divórcio. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão (Org.). *O novo divórcio no Brasil, de acordo com a EC n. 66/2010*. Bahia: Editora Jus Podivm, 2011.

³²¹ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *A Emenda Constitucional do Divórcio*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

³²² DELGADO, Mário Luiz. A nova redação do §6º do art. 226 da CF/1988: por que a separação de direito continua a vigorar no ordenamento jurídico brasileiro. In: *Separação, divórcio e partilhas e inventários extrajudiciais*. Coord. Antonio Carlos Mathias Coltro, Mário Luiz Delgado. 2ª Ed. revista e ampliada – Rio de Janeiro; Forense, 2010, pp. 25-48.

³²³ SCHÄFER, Gilberto. *A Emenda Constitucional nº. 66 e o divórcio no Brasil*. Disponível em: <<http://espaco-vital.jusbrasil.com.br/noticias/2308402/a-emenda-constitucional-n-66-e-o-divorcio-no-brasil>>. Acesso em 12/10/2013.

³²⁴ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Manual de Direito Civil: Família*. 1ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

³²⁵ RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson e NUNES, Dierle. Emenda Constitucional nº 66 e a possibilidade Jurídica do Pedido de Separação Judicial e de Separação Extrajudicial. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. V. 18 (outubro/novembro 2010) Porto Alegre: Magister. p. 5.

divórcio, ou seja, não foi criada para ser um requisito do divórcio. A separação conjugal sempre foi um instituto autônomo, que no início era a única possibilidade de rompimento da sociedade conjugal.

A Emenda Constitucional n. 66 de 2010, seguindo uma lógica, não fez desaparecer o instituto da separação conjugal, apenas a eliminou como condição ao divórcio, pois tornou desobrigatória a observância de prazos. Nesse sentido, convém dispor os seguintes comentários:

[...] o preceito legal cuidava, como ainda o faz, exclusivamente do divórcio, fixando prazo para o exercício do direito. Nenhuma palavra sobre o instituto da separação, salvo com relação, repita-se a prazos. [...] à evidência, desapareceu tão-só do dispositivo constitucional as exigências anteriores, relativas às formas do divórcio e os respectivos prazos, nada mais, nada menos.³²⁶

É evidente que a separação conjugal tem vida própria em sede infraconstitucional, e a Emenda Constitucional n. 66 de 2010 não é incompatível com a sua existência, salvo no que diz respeito a prazos e requisitos.

O novo texto constitucional vem trazer o sistema dualista opcional e extinguir o sistema dualista obrigatório. Considerando-se importante ressaltar que o instituto da separação conjugal jamais esteve previsto na Constituição. Por isso corroboramos com o posicionamento de Mario Luiz Delgado³²⁷ quando diz que “*as Constituições brasileiras jamais, em tempo algum, disciplinaram, albergaram, tutelaram expressamente, o processo de separação legal, que sempre foi matéria de lei ordinária, e que tanto as Constituições de 1967/1969, como a de 1988, mencionaram a separação apenas quando quiseram restringir ou dificultar o divórcio, elegendo-a como um requisito, como um pressuposto, um condicionante prévio*”.

³²⁶ DANELUZZI, Maria Helena; MATHIAS, Maria Lígia. Aspectos processuais da nova sistemática do divórcio. In: FERRAZ, Carolina (Org.). *O novo divórcio no Brasil - De acordo com a EC n.66/2010*. Bahia: JusPodivm, 2011, p. 406.

³²⁷ DELGADO, Mário Luiz. *A nova redação do § 6.º do art. 226 da CF/1988: Por que a separação de direito continua a vigorar no ordenamento jurídico brasileiro*. Âmbito Jurídico, Disponível em <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8785>. Acesso em 02/11/2013.

A doutrina majoritária tem utilizado de forma reiterada e descuidada as teorias interpretativas da ciência do direito, como forma de alcançar a idealização do Instituto Brasileiro de Direito de Família, quanto à facilitação do divórcio e o fim da separação.

Nesse sentido, convém citar Kelsen, defensor de que a ciência do Direito não poderia ser utilizada como campo de opiniões pessoais e tendências ideológicas, sob pena de gerar grave insegurança jurídica.³²⁸

Conforme preceitua Kelsen, quando o intérprete parte de sua concepção axiológica pessoal, faz uma escolha entre muitas possíveis, sem problematizar a ciência do Direito, exercita atividade de *política jurídica*. E conclui que dessa forma, “*eles procuram exercer influência sobre a criação do Direito. Isto não lhes pode, evidentemente, ser proibido. Mas não o podem fazer em nome da ciência jurídica, como freqüentemente fazem*”.³²⁹

Portanto, entendendo pela incongruência da primeira e da segunda corrente, e comungando do preceituado na terceira corrente, cumpre dizer que o ordenamento jurídico pátrio, com a edição da Emenda Constitucional n. 66/2010, na busca de garantir meios eficazes e não burocráticos, possibilita aos cônjuges, diante da derrocada do matrimônio, se libertar do vínculo falido, da forma como melhor lhes aprouver, ou pela separação ou pelo divórcio.

Argumentar que a nossa sociedade tornou-se evoluída com a suposta extinção da separação conjugal é desconsiderar que noutras legislações contemporâneas de diversos países desenvolvidos, cuja cultura e costumes de alguma forma se assemelham a nossa, ou ao menos, que nos servem de espelho e modelo, preservam em seu sistema jurídico o sistema dual opcional de extinção da sociedade e do vínculo conjugal. Nas palavras de Cahali dizer que noutras legislações não se encontra disciplinada a separação conjugal, para induzir a supressão de tal instituto pela Emenda Constitucional n. 66, “*revela desconsideração do direito comparado*”.³³⁰

³²⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad.: João Baptista Machado. 6ª ed.. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

³²⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*.

³³⁰ CAHALI, Youssef Said. *Separações Conjugais e Divórcio*, p. 74.

Embora cada país possua regramentos concernentes aos seus costumes e seus princípios no que diz respeito ao direito matrimonial, não podemos ignorar, nem deixar de apreciar a cultura jurídica de outros países que sempre nos serviram de modelo, como por exemplo, França, Itália, Portugal, Espanha e Argentina.

Cahali diz que com os argumentos contrários à manutenção da separação conjugal no nosso ordenamento jurídico “*se ignorou que diversos países, [...] especialmente França, Itália, [...] Portugal, [...] –, mesmo com a sempre renovada atualização de seu direito, conservam sem nenhum problema de natureza sociojurídica as duas formas de desfazimento da sociedade conjugal, que convivem tranquilamente*”.³³¹

Ao abordar acerca da manutenção da separação conjugal no ordenamento jurídico pátrio, Daneluzzi e Mathias³³² dizem que “*com efeito, ainda que possamos nos socorrer das várias modalidades de interpretação da lei, nenhuma delas a nosso ver, justificaria a simples afirmativa de extinção do instituto da separação judicial ou até mesmo a extrajudicial, previsto na legislação ordinária.*”

Para concluir, convém destacar os dizeres de Nery quanto ao divórcio que passou a existir no sistema jurídico brasileiro com a edição da Emenda Constitucional n. 66/2010. Ela menciona que “*o novo regime, como facilitador da dissolução do casamento pelo divórcio direto, não alterou o regime do Direito Civil brasileiro relativo ao casamento e à sociedade conjugal, dicotomia que permanece válida.*”³³³ E preceitua que o divórcio é compatível com o instituto da separação judicial de fato e de direito, que subsiste no sistema do Direito de Família brasileiro, como forma de dissolução da sociedade conjugal.³³⁴ E conclui que “*é necessário respeitar aquelas pessoas que, conquanto não tenham condições de permanecer convivendo no casamento, queiram oficializar [...] a separação, fazendo-a pela forma judicial. É pedido, ainda, possível no contexto do sistema*”.³³⁵

³³¹ CAHALI, Yussef Said. *Separações Conjugais e Divórcio*, p. 74.

³³² DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. MATHIAS, Maria Ligia Coelho. Aspectos Processuais da Nova Sistemática do Divórcio. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão (Org.). *O novo divórcio no Brasil, de acordo com a EC n. 66/2010*, p. 398.

³³³ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Manual de Direito Civil: Família*, p. 262.

³³⁴ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Manual de Direito Civil: Família*, p. 262.

³³⁵ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Manual de Direito Civil: Família*, p. 262.

Após o estudo das correntes teóricas, e, por conseguinte, dos posicionamentos doutrinários, acerca das discussões que se firmaram com a edição da Emenda Constitucional n. 66/2010, passa-se para a abordagem das diretrizes interpretativas, conforme a jurisprudência a respeito do tema.

3.3 A EDIÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 66/2010 E SUAS DIRETRIZES INTERPRETATIVAS

Com a edição da Emenda Constitucional n. 66/2010, o art. 226, §6º, da Constituição da República ganhou nova redação. O dispositivo constitucional passou a prever que: “O casamento pode ser dissolvido pelo divórcio”, cujos termos devem ser vistos com olhos atentos na Constituição da República. Nas palavras de Silva:

Para ser havida como constitucional, a EC n. 66/2010 deve receber interpretação que a faça coerente com a unidade do texto da Constituição.³³⁶

E para auxiliar no caminho de interpretação da nova ordem constitucional convém abordar os três enunciados aprovados na V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, as Súmulas n. 37 e 39 do TJRS, assim como a Resolução n. 35 do Conselho Nacional de Justiça - CNJ.

3.3.1 Os Enunciados da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal.

A V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal aprovou três enunciados³³⁷ que são de grande importância para a interpretação da Emenda Constitucional do Divórcio, e que traçam uma diretriz a ser seguida³³⁸. São eles:

Enunciado n. 514: “Art. 1.571. A EC n. 66/2010 não extinguiu a separação judicial e extrajudicial”.³³⁹ E a justificativa para a proposição desse enunciado foi a seguinte: “A EC n. 66/2010 alterou o art. 226, §6º da Constituição Federal e facilitou o

³³⁶ TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *Divórcio e Separação* após a EC n. 66/2010, p. 115.

³³⁷ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. (Coord. científico). *Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados* – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012, p. 72.

³³⁸ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Divórcio e Separação* após a EC n. 66/2010, p. 33.

³³⁹ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. (Coord. científico). *Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados* – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012, p. 72.

divórcio ao eliminar seus requisitos temporais, sem, contudo, eliminar os institutos da separação e da conversão da separação em divórcio”.³⁴⁰

Enunciado n. 515: “Art. 1.574, caput. Pela interpretação teleológica da EC n. 66/2010, não há prazo mínimo de casamento para a separação”.³⁴¹ Não tem mais cabimento a exigência de um prazo mínimo de convivência dos cônjuges, sob pena de afronta à liberdade e à autonomia da vontade dos cônjuges.³⁴²

Enunciado n. 517: “Art. 1.580. A EC n. 66/2010 extinguiu os prazos previstos no art. 1.580 do Código Civil, mantido o divórcio por conversão”.³⁴³ Tendo em vista que para quem está separado judicial ou extrajudicialmente conserva-se o instituto da conversão.³⁴⁴

3.3.2 As Súmulas 37 e 39 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) editou a Súmula 37 para firmar o posicionamento de que a Emenda Constitucional n. 66/2010 extinguiu os prazos e requisitos para a propositura do divórcio. Veja-se:

SÚMULA 37 do TJRS.³⁴⁵ **A partir da Emenda Constitucional 66/2010, que deu nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, é possível postular, a qualquer tempo, divórcio direto, sem que seja necessário perquirir acerca dos prazos de um (1) ano ou de dois (2) anos, previstos no art. 1.580 do CC.**

Referência: Incidente de Prevenção ou Composição de Divergência nº 70044094639, julgado em 16.12.2011. Sessão do 4º Grupo Cível. Disponibilização DJ nº 4784, de 07.03.2012, Capital, 2º Grau, p. 82.

Além disso, o TJRS firmou o seu posicionamento pela permanência do instituto da separação por intermédio da Súmula 39. Veja-se:

³⁴⁰ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Divórcio e Separação* após a EC n. 66/2010, p. 34.

³⁴¹ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. (Coord. científico). *Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados* – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012, p. 72.

³⁴² SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Divórcio e Separação* após a EC n. 66/2010, p. 36.

³⁴³ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. (Coord. científico). *Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados* – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012, p. 72.

³⁴⁴ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Divórcio e Separação* após a EC n. 66/2010, p. 37.

³⁴⁵ Disponível em: < http://www.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia/sumulas/sumulas_do_tribunal_de_justica/> Acesso em 10/03/2014.

SÚMULA 39 do TJRS.³⁴⁶ A Emenda Constitucional 66/2010, que deu nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, não baniu do ordenamento jurídico o instituto da separação judicial, dispensados, porém, os requisitos de um ano de separação de fato (quando litigioso o pedido) ou de um ano de casamento (quando consensual).

Referência: Incidente de Prevenção ou Composição de Divergência em Apelação Cível nº 70045892452, julgado em 05.04.2012. Sessão do 4º Grupo Cível. Disponibilização DJ nº 4820, de 27.04.2012, Capital, 2º Grau, p. 210.

A súmula n. 39, que enuncia o posicionamento pela manutenção da separação conjugal no ordenamento jurídico brasileiro, foi editada pelo 3º Grupo Cível do TJRS - originada em três processos com objetivos semelhantes³⁴⁷. A referida súmula mantém a

³⁴⁶ Disponível em: < http://www.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia/sumulas/sumulas_do_tribunal_de_justica/> Acesso em 10/03/2014.

³⁴⁷ VEJA AS EMENTAS DOS ACÓRDÃOS DA UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA: INCIDENTE DE PREVENÇÃO OU COMPOSIÇÃO DE DIVERGÊNCIA EM APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL CONSENSUAL. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010. RELEVANTE QUESTÃO DE DIREITO. UNIFORMIZAÇÃO DE ENTENDIMENTO NO ÂMBITO DO 4º GRUPO CÍVEL.

1. O advento da Emenda Constitucional nº 66, que deu nova redação ao § 6º do art. 226 da CF, não baniu do ordenamento jurídico vigente o instituto da separação judicial.

2. Em uma interpretação lógico-sistêmica, não há como entender preservados os requisitos de um ano de separação de fato, quando litigioso o pedido (art. 1.572, § 1º, do CC), ou ano de casamento, quando consensual (art. 1.574 do CC), na medida em que, para o divórcio, este mesmo Colegiado já disse não mais subsistirem (Súmula nº 37). Ocorre que, notoriamente, o instituto do divórcio possui efeitos muito mais contundentes do que o da separação judicial, pois rompe o vínculo matrimonial, enquanto esta última desfaz apenas a sociedade conjugal. Logo, não se mostra coerente exigir mais para o menos e menos para o mais! CONHECERAM DO INCIDENTE DE PREVENÇÃO/COMPOSIÇÃO DE DIVERGÊNCIA E NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. UNÂNIME.

(APELAÇÃO CÍVEL Nº 70045626108, QUARTO GRUPO CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS, JULGADO EM 24/11/2011)

INCIDENTE DE PREVENÇÃO OU COMPOSIÇÃO DE DIVERGÊNCIA EM APELAÇÃO CÍVEL. DIVÓRCIO DIRETO. EMENDA CONSTITUCIONAL 66/10. SUBSISTÊNCIA DA SEPARAÇÃO JUDICIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO INFRACONSTITUCIONAL. ART. 555, § 1º DO CPC. PREVENÇÃO/COMPOSIÇÃO DE DIVERGÊNCIA.

É controvertida a questão no âmbito das duas Câmaras que compõe o 4º Grupo Cível. Assim, com o fito de prevenir ou compor divergência, nos termos do art. 555 do CPC, deve o recurso ser encaminhado à apreciação daquele Colendo Colegiado. APELAÇÃO CÍVEL ENCAMINHADA AO 4º GRUPO CÍVEL PARA OS FINS DO § 1º DO ART. 555 DO CPC. UNÂNIME.

(APELAÇÃO CÍVEL Nº 70045892452, OITAVA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS, JULGADO EM 26/01/2012)

INCIDENTE DE PREVENÇÃO OU COMPOSIÇÃO DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL CONSENSUAL. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010. RELEVANTE QUESTÃO DE DIREITO. UNIFORMIZAÇÃO DE ENTENDIMENTO NO ÂMBITO DO 4º GRUPO CÍVEL.

1. EMENDA À INICIAL PARA PEDIDO DE DIVÓRCIO. O advento da Emenda Constitucional nº 66, que deu nova redação ao § 6º do art. 226 da CF, não baniu do ordenamento jurídico vigente o instituto da separação judicial. Não se cogita da subsistência de determinação judicial ordenando às partes a emenda da petição inicial para mudar o pedido de separação judicial para divórcio.

2. Em uma interpretação lógico-sistêmica, não há como entender preservados os requisitos de um ano de separação de fato, quando litigioso o pedido (art. 1.572, § 1º, do CC), ou ano de casamento, quando consensual (art. 1.574 do CC), na medida em que, para o divórcio, este mesmo Colegiado já disse não mais subsistirem (Súmula nº 37). Ocorre que, notoriamente, o instituto do divórcio possui efeitos muito mais contundentes do que o da separação judicial, pois rompe o vínculo matrimonial, enquanto esta

viabilidade do processo judicial de separação, não eliminando tal procedimento do Código Civil.

A partir de casos semelhantes que tiveram decisões conflitantes, os desembargadores integrantes da 7ª e da 8ª Câmaras Cíveis - que julgam todas as matérias de família na corte gaúcha - decidiram que o advento da Emenda Constitucional nº 66, que deu nova redação ao § 6º do artigo 226 da Constituição Federal, não baniu do ordenamento jurídico vigente o instituto da separação judicial.

O desembargador Luiz Felipe Brasil Santos foi o relator dos três casos que resultaram na instauração de conflitos de uniformização de jurisprudência, cujo voto assevera a necessidade da "*segurança jurídica*" e diz que "*não se mostra coerente exigir mais para o menos e menos para o mais*".³⁴⁸

Além disso, um dos seus argumentos é que "*A situação que se vive agora não é nova, pois fenômeno bastante similar ocorreu há 73 anos, quando da entrada em vigor da Constituição de 1937*"³⁴⁹. Conforme seus dizeres:

A Constituição de 1934, atendendo forte pressão dos segmentos ligados à Igreja Católica, havia inserido no ordenamento jurídico brasileiro (art. 144) o princípio da indissolubilidade do vínculo matrimonial, conferindo-lhe dignidade constitucional, como estratégia para servir de barreira às tentativas de introdução do divórcio em nosso país. [...] o princípio da indissolubilidade estava posto no *caput* do artigo, porém entendeu-se então ser necessário ir além e se fez constar no parágrafo único a regra de que os casos de desquite e de anulação de casamento seriam regulados pela lei ordinária, com recurso necessário, provido de efeito suspensivo. No entanto, quatro anos após, a Constituição de 1937 reproduziu, no art. 124, a mesma redação do "caput" do art. 144 da Carta anterior, suprimindo-lhe, porém, o parágrafo único, que fazia referência ao desquite e à anulação do casamento. Qual a consequência dessa supressão? Teria deixado de existir a possibilidade do desquite, por não mais constar do texto constitucional? É

última desfaz apenas a sociedade conjugal. Logo, não se mostra coerente exigir mais para o menos e menos para o mais!

3. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. A renda do varão, servidor público estadual, bem como a da mulher, assistente administrativa, não alcança a quantia de dez salários mínimos, que representa o parâmetro que se tem adotado para ponderação do *status* de necessitado, na acepção legal do termo. CONHECERAM DO INCIDENTE DE PREVENÇÃO/COMPOSIÇÃO DE DIVERGÊNCIA E DERAM PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. MAIORIA.

(APELAÇÃO CÍVEL Nº 70047190533, QUARTO GRUPO CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS, JULGADO EM 28/05/2012).

³⁴⁸ Apelação Cível Nº 70045626108, quarto grupo Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 24/11/2011.

³⁴⁹ Apelação Cível Nº 70045626108, quarto grupo Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 24/11/2011.

Pontes de Miranda quem responde: “A *Constituição de 1937 entendeu que seria impróprio do texto constitucional conter regra jurídica processual de tal pormenor; e riscou dos seus artigos o parágrafo único do art. 144 da Constituição anterior. Isso não quer dizer que, desde 10 de novembro de 1937, revogado ficasse o direito correspondente. A regra jurídica continuou, como de direito ordinário, suscetível, portanto, de derrogação e ab-rogação pelos legisladores ordinários. O que lhe cessou foi a força de princípio jurídico constitucional.* (SEM GRIFO NO ORIGINAL)”. Ocorreu então, como se vê, a mesma situação que vivenciamos hoje, e Pontes não deixou dúvida quanto às conseqüências: subsistência da legislação ordinária.³⁵⁰

A uniformização de entendimento no âmbito do 4º Grupo Cível foi a conclusão de outros magistrados, que também se posicionaram no sentido da preservação do instituto da separação judicial no ordenamento jurídico, dispensados, no entanto, os requisitos temporais, tanto para a modalidade consensual quanto para a litigiosa.

O desembargador Rui Portanova votou vencido, para quem *"não há porque manter do ponto de vista material um instituto falido - e com defeitos éticos graves - como a separação, por causa de algumas questões meramente processuais, que por outras vias que o direito substantivo e processual vigente contempla e pode oportunizar soluções"*.³⁵¹

3.3.3 A Resolução n. 35 do Conselho Nacional de Justiça

A manifestação do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, ao Pedido de Providências nº 0005060-32.2010.2.00.0000, foi pela alteração da Resolução n. 35, no sentido de adequá-la à Emenda Constitucional n. 66/2010, mantendo expressamente a possibilidade de lavratura de escrituras públicas de separação extrajudicial, suprimindo, tão somente, os requisitos temporais.³⁵²

³⁵⁰ Apelação Cível Nº 70045626108, quarto grupo Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 24/11/2011.

³⁵¹ Apelação Cível Nº 70045626108, quarto grupo Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 24/11/2011.

³⁵² EMENTA: PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DA RESOLUÇÃO Nº 35 DO CNJ EM RAZÃO DO ADVENTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010. SUPRESSÃO DAS EXPRESSÕES “SEPARAÇÃO CONSENSUAL” E “DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL”. IMPOSSIBILIDADE. PARCIAL PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. – A Emenda Constitucional nº 66, que conferiu nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, para suprimir o requisito de prévia separação judicial por mais de 01 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 02 (dois) anos. – Divergem as interpretações doutrinárias quanto à supressão do instituto da separação judicial no Brasil. Há quem se manifeste no sentido de que o divórcio passa a ser o único meio de dissolução do vínculo e da sociedade conjugal, outros tantos, entendem que a nova disposição constitucional não

Para concluir o estudo da Emenda Constitucional n. 66/2010 passa-se para a abordagem dos seus reflexos no nosso sistema jurídico.

3.4 OS REFLEXOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 66/2010 NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Os efeitos do fim do casamento, para Pereira³⁵³, podem ser classificados em dois modos: (1) os efeitos pessoais, que são aqueles que não se revestem de cunho econômico, quais sejam: a culpa, o estado civil, a guarda de filhos, a discussão do uso do nome de casado³⁵⁴ e a reconciliação; e (2) os efeitos patrimoniais, que são aqueles voltados ao aspecto material e econômico, são eles: pensão alimentícia e regime de bens.

E com o advento da Emenda Constitucional do Divórcio de 2010 considera-se que merecem atenção alguns dos efeitos pessoais do divórcio, como a culpa, o estado civil, guarda dos filhos menores do casal, o direito a alimentos, a discussão do uso do nome de casado, a partilha de bens comuns do casal, e a reconciliação.

3.4.1 A culpa

Por um longo período buscou-se um culpado ou um inocente pelo fim do casamento. Porém, antes mesmo da edição da Emenda Constitucional n. 66 de 2010,

*revogou a possibilidade da separação, somente suprimiu o requisito temporal para o divórcio. – Nesse passo, acatar a proposição feita, em sua integralidade, caracterizaria avanço maior que o recomendado, superando até mesmo possível alteração da legislação ordinária, que até o presente momento não foi definida. – Pedido julgado parcialmente procedente para propor a modificação da redação da Resolução nº 35 do Conselho Nacional de Justiça, de 24 de abril de 2007, que disciplina a aplicação da Lei nº 11.441/07 pelos serviços notariais e de registro, nos seguintes termos: a) seja retirado o artigo 53, que versa acerca do lapso temporal de dois anos para o divórcio direto e; b) seja conferida nova redação ao artigo 52, passando o mesmo a prever: “Os cônjuges separados judicialmente, podem, mediante escritura pública, converter a separação judicial ou extrajudicial em divórcio, mantendo as mesmas condições ou alterando-as. Nesse caso, é dispensável a apresentação de certidão atualizada do processo judicial, bastando a certidão da averbação da separação no assento do casamento.” (Pedido De Providências N.º 0005060-32.2010.2.00.0000 . Relator: Conselheiro Jefferson Kravchychyn. Requerente: Instituto Brasileiro de Direito de Família. Requerido: Conselho Nacional de Justiça). DELGADO, Mario Luiz. A nova redação do §6º do art. 226 da CF/1988: por que a separação de direito continua a vigorar no ordenamento jurídico brasileiro. In: *Separação, divórcio e partilhas e inventários extrajudiciais*. Coord. Antonio Carlos Mathias Coltro, Mário Luiz Delgado. 2ª Ed. revista e ampliada – Rio de Janeiro; Forense, 2010, pp. 25-48.*

³⁵³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*, p. 55 e 103.

³⁵⁴ O seu conteúdo é de ordem pessoal, pois vinculado aos direitos de personalidade; porém, pode ter um caráter econômico, se a perda do nome afetar a sua vida profissional.

passou-se a considerar desnecessário apresentar ao judiciário as motivações de cada cônjuge para romper o vínculo conjugal.³⁵⁵

Com relação à eliminação da discussão da culpa pelo fim da conjugalidade a doutrina e a jurisprudência passaram a considerar majoritariamente que ambos os consortes são responsáveis pela manutenção ou fim do relacionamento.³⁵⁶

Embora alguns doutrinadores³⁵⁷ reiterem a necessidade de tal discussão, e existam decisões no sentido de imputar culpa a um dos cônjuges³⁵⁸, a jurisprudência tem-se pronunciado gradativamente e com maior frequência no sentido de eliminar totalmente a aferição da culpa no divórcio ou na separação judicial.³⁵⁹

³⁵⁵ [...] Evidenciada a insuportabilidade da vida em comum, e manifestado por ambos os cônjuges, pela ação e reconvenção, o propósito de se separarem, o mais conveniente é reconhecer esse fato e decretar a separação sem imputação da causa a qualquer das partes. Recurso conhecido e provido em parte. (STJ, REsp. 467184/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Publicado no DJ 17.02.2003. p. 302).

³⁵⁶ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*, pp. 50 e 51.

³⁵⁷ Como por exemplo Regina Beatriz Tavares da Silva, Flávio Tartuce e Euclides Benedito de Oliveira

³⁵⁸ PROCESSO CIVIL E DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ALIMENTOS. AÇÃO DESEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. IMPUTAÇÃO DE CULPA. VIOLAÇÃO DOS DEVERES DO CASAMENTO. PRESUNÇÃO DE PERDÃO TÁCITO. ALIMENTOS TRANSITÓRIOS. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA.

1. A presunção de perdão tácito declarada pelo TJ/MG constitui circunstância fática imutável na via especial, a teor da Súmula 7/STJ.

2. A boa-fé objetiva que guiar as relações familiares, como um manancial criador de deveres jurídicos de cunho preponderantemente ético e coerente.

3. De acordo com os arts. 1.694 e 1.695 do CC/02, a obrigação de prestar alimentos está condicionada à permanência dos seguintes pressupostos: (i) o vínculo de parentesco, ou conjugal ou convivencial; (ii) a necessidade e a incapacidade do alimentando de sustentar a si próprio; (iii) a possibilidade do alimentante de fornecer alimentos.

4. O fosso fático entre a lei e o contexto social impõe ao Juiz detida análise de todas as circunstâncias e peculiaridades passíveis de visualização ou de inteligência no processo, para a imprescindível aferição da capacidade ou não de autossustento daquele que pleiteia alimentos, notadamente em se tratando de obrigação alimentar entre ex-cônjuges ou ex-compaheiros. Disso decorre a existência ou não da presunção da necessidade de alimentos.

5. A realidade social vivenciada pelo casal ao longo da união deve ser fator determinante para a fixação dos alimentos. Mesmo que se mitigue a regra inserta no art. 1.694 do CC/02, de que os alimentos devidos, na hipótese, são aqueles compatíveis com a condição social do alimentando, não se pode albergar o descompasso entre o status usufruído na constância do casamento ou da união estável e aquele que será propiciado pela atividade laborativa possível.

6. A obrigação de prestar alimentos transitórios – a tempo certo – é cabível, em regra, quando o alimentando é pessoa com idade, condições e formação profissional compatíveis com uma provável inserção no mercado de trabalho, necessitando dos alimentos apenas até que atinja sua autonomia financeira, momento em que se emancipará da tutela do alimentante – outrora provedor do lar –, que será então liberado da obrigação, a qual se extinguirá automaticamente.

7. Nos termos do art. 1.710 do CC/02, a atualização monetária deve constar expressamente da decisão concessiva de alimentos, os quais podem ser fixados em número de salários mínimos. Precedentes.

8. Recurso especial parcialmente provido.

(STJ, REsp 1025769 / MG (2008/0017342-0), Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 24/08/2010)

³⁵⁹ APELAÇÃO CÍVEL. DIVÓRCIO. PARTILHA DE BENS. CULPA. REGIME DE BENS. Descabe debater ou resolver sobre culpa para a decretação da separação. Prevalência da teoria da ruptura.

Nesse sentido convém citar Samir Namur³⁶⁰, o qual diz que: “*outra não poderia ser a conclusão senão a de que não há mais qualquer sentido em se tentar buscar a existência de um culpado pelo fim do casamento. [...] é preciso que se enfatize a ideia da separação em razão do fracasso conjugal e não porque um dos cônjuges ou ambos é/são culpados. Com efeito, essa noção vem sendo bem difundida pela doutrina e aceita por parte da jurisprudência, restando alguns de nossos dispositivos legais, principalmente do Código Civil de 2002, desatualizados e em descompasso com o modelo de família previsto pela Constituição da República*”.

O fundamento para a decretação do divórcio ou da separação conjugal é a falência da afetividade, razão pela qual figura-se desnecessária a análise da culpa.³⁶¹ Os efeitos jurídicos pessoais ou patrimoniais do divórcio ou da separação conjugal, como a

Precedentes jurisprudenciais. Adotado pelo casal o regime da comunhão universal, comunicam-se todos os bens presentes e futuros. Ausente qualquer causa de exclusão dos bens da comunhão, partilha-se igualmente os bens entre o casal. NEGARAM PROVIMENTO. (Apelação Cível nº 70038199006, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Rel. Rui Portanova. Julgado em 30/09/2010).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EFEITO MODIFICATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SEPARAÇÃO JUDICIAL. ALEGAÇÃO DE CULPA DA VIRAGO. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. DECRETAÇÃO DA SEPARAÇÃO EM FACE DA INSUPORTABILIDADE DA VIDA EM COMUM, INDEPENDENTE DA VERIFICAÇÃO DE CULPA EM RELAÇÃO ÀS PARTES. ADMISSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ.

1. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, recurso cabível para modificar a decisão singular que negou provimento ao agravo em recurso especial.

2. A alteração da conclusão do acórdão recorrido, para reconhecer a culpa do cônjuge virago, demandaria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, procedimento vedado pela Súmula 7 do STJ.

3. É possível ser decretada a separação judicial do casal sem imputação de causa às partes, quando ficar patente a insustentabilidade da vida em comum, ainda que a pretensão tenha fundamento na existência de culpa. Incidência da Súmula 83 do STJ.

4. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento.

(STJ, EDcl no AREsp 78716 / RJ (2011/0267529-8) Rel. Min. Maria Isabel Gallotti. DJ 17/09/2013).

³⁶⁰ NAMUR, Samir. A irrelevância da culpa para o fim do casamento. In: *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano VII, n. 08, 2006. Disponível em: <http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista08/Discente/Samir.pdf>> Acesso em 20/02/2014.

³⁶¹ AÇÃO DE DIVÓRCIO DIRETO LITIGIOSO COM PARTILHA DE BENS. RECONVENÇÃO. CULPA NA SEPARAÇÃO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PERDA DO OBJETO. 1. Descabe apelação para atacar decisão que rejeitou a reconvenção, sendo adequado o agravo de instrumento e, como tal, é recebida a irresignação, pelo aplicação do princípio da fungibilidade recursal. 2. A falência do casamento, pela perda do afeto, justifica plenamente a ruptura, não havendo motivo para se perquirir a culpa, nada justificando manter incólume o casamento quando ele de fato já terminou, de forma inequívoca. 3. A questão relativa aos honorários advocatícios restou esvaziada pela manifestação do juízo *a quo*, esclarecendo que foram fixados considerando o valor da causa indicado na inicial. Recurso parcialmente conhecido e desprovido (Apelação Cível nº 70037521721, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado em 28/09/2011).

definição da guarda dos filhos, o uso do nome ou a fixação dos alimentos, não podem sofrer influência de uma suposta aferição da culpa.³⁶²

A pensão alimentícia não poderá deixar de ser concedida àquele que apresente *necessidade* - embora seja infiel; nem será ofertada com base na suposta culpa daquele que tenha *possibilidade*. A guarda dos filhos, de igual sorte, não depende de aferição de culpa para ser decretada; o que realmente importa é o melhor interesse e o bem-estar da criança ou adolescente. No mesmo sentido, a manutenção ou não do nome de casado não deve estar atrelada à culpa. Nesse sentido, Lôbo³⁶³ diz que:

[...] o direito brasileiro atual está a demonstrar que a culpa na separação conjugal gradativamente perdeu as conseqüências jurídicas que provocava: a guarda dos filhos não pode mais ser negada ao culpado pela separação, pois o melhor interesse deles é quem dita a escolha judicial; a partilha dos bens independe da culpa de qualquer dos cônjuges; os alimentos devidos aos filhos não são calculados em razão da culpa de seus pais [...].

Cumprir dizer que encontrar um culpado afronta princípios constitucionais, tais como: a privacidade, a intimidade, a liberdade, e até mesmo a dignidade da pessoa humana. É inconstitucional permitir que o Estado interfira sem o cunho protetivo na intimidade do lar. A menos que o caso seja de violência doméstica, onde realmente deverá haver a interferência estatal, com a intenção de proteção.

O divórcio ou a separação na maioria das vezes será por culpa dos dois cônjuges, e se no direito das obrigações a culpa recíproca extingue a responsabilidade civil, por que no direito de família seria diferente?

O caráter investigativo que provoque uma decisão que venha a ensejar culpados pelo término do casamento não deve mais existir; pois, tal situação tem apenas o condão de dramatizar ainda mais a separação do casal, alargando desnecessariamente as tensões familiares.³⁶⁴

³⁶² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O novo divórcio*, p. 90.

³⁶³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: Famílias*, p. 140.

³⁶⁴ MADALENO, Rolf. *Direito de família: aspectos polêmicos*. 2ª Ed. Revista e Atualizada. Porto ALEGRE: Livraria do Advogado, 1999, p. 182.

Contudo, é importante destacar que a culpa poderá ser discutida, em alguns casos excepcionais, quando da dissolução do casamento. De acordo com José Fernando Simão, o fato de considerar descabida a análise da culpa, não significa dizer que ela desapareceu do sistema jurídico, e que os deveres conjugais desimportam à relação conjugal. Nos casos de dano expresso, será possível abordá-la; porém, no *locus* correto, em ações autônomas, e não mais entre cônjuges presos a um vínculo indesejado.³⁶⁵

A exclusão da culpa da esfera do Direito de Família, como afirma Lagrasta³⁶⁶, não quer dizer que os atos ilícitos praticados durante a constância dos relacionamentos deixam de ser objeto de ressarcimento na esfera cível.

Conforme Ferraz³⁶⁷, “na hipótese de caracterização de práticas abusivas, defendemos que caberá ao divorciando/divorciado buscar a recomposição do direito violado na esfera das ações reparatorias, o que em outras palavras desautoriza a discussão da culpa na seara da ação de divórcio”. Isso porque a constatação dos danos, caso fosse realizada na ação divórcio, ensejaria a ampliação do litígio entre os divorciandos e na morosidade para a decretação do fim do casamento.³⁶⁸

Cumprе ressaltar que a culpa inerente à relação conjugal deve ser tratada somente em casos de eventual ato ilícito, doloso ou culposo, cometido por um dos cônjuges contra o outro, sem, contudo, deixar a sua imputação interferir na decretação do fim do casamento.

De modo diverso ao entendimento acima exposto, Silva³⁶⁹ preceitua que a culpa é relevante e que não pode deixar de ser aplicada na dissolução do casamento, assim como resalta que ela nada mais é do que o descumprimento consciente do dever conjugal. Nesse sentido, preceitua Oliveira que haverá campo para discussão da culpa

³⁶⁵ SIMÃO, José Fernando. A PEC do Divórcio – A Revolução do Século em Matéria de Direito de Família – A Passagem de um Sistema Antidivorcista para o Divorcista Pleno. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. pp. 21 e 22.

³⁶⁶ LAGRASTA, Caetano. Divórcio: O fim da separação e da culpa?

³⁶⁷ FERRAZ, Carolina Valença. Análise da culpa pelo fim do casamento no contexto da nova sistemática do divórcio. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão (Org.). *O novo divórcio no Brasil, de acordo com a EC n. 66/2010*. Bahia: Editora Jus Podivm, 2011, p. 247.

³⁶⁸ FERRAZ, Carolina Valença. Análise da culpa pelo fim do casamento no contexto da nova sistemática do divórcio. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão (Org.). *O novo divórcio no Brasil, de acordo com a EC n. 66/2010*, p. 247.

³⁶⁹ SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *A Emenda Constitucional do Divórcio*, p. 25.

“quando houver litígio a respeito de certos efeitos da dissolução da sociedade conjugal, como nas hipóteses de reclamo de alimentos, de regime de guarda dos filhos, do uso do nome de casado (ou torna ao nome de solteiro), ou para fins de pedido de reparação por danos materiais ou morais da prática de ato ilícito”.³⁷⁰

Dessa forma, percebe-se que a questão da culpa é uma questão polêmica, que enseja diversas discussões e posicionamentos sobre a culpa ter ou não sido totalmente banida do sistema de dissolução do casamento com a aprovação da Emenda Constitucional n. 66/2010. E duas posições estão bem definidas na doutrina, uma no sentido de que descabe a discussão da culpa e outra que se firma em dizer que a culpa ainda poderá influenciar o divórcio.

A primeira corrente, na qual se filia, por exemplo, Hironaka³⁷¹, a culpa foi retirada do sistema jurídico definitivamente com a edição da Emenda Constitucional n. 66/2010. E a segunda corrente, que defende a discussão da culpa, tem como adepto, por exemplo, Tartuce³⁷², o qual considera que a culpa ainda pode influenciar na dissolução do casamento, pois entende que os deveres do casamento geram consequências, por exemplo, para os alimentos.

Por derradeiro, convém dizer que consideramos ser descabida a discussão da culpa como motivação para a decretação do divórcio; sem deixar de analisá-la em casos de dano moral e/ou material – em ações de responsabilidade civil, e em casos excepcionais – como, por exemplo, de violência doméstica, quando deverá ser abordada no *locus* adequado.

³⁷⁰ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *Separação ou Divórcio? Considerações Sobre a EC 66*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/impressao.php?t=artigos&n=682>>. Acesso em: 04/11/2011.

³⁷¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. TARTUCE, Flávio. A Emenda do Divórcio e os Alimentos. Principais Impactos. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão (Org.). *O novo divórcio no Brasil, de acordo com a EC n. 66/2010*. Bahia: Editora Jus Podivm, 2011, pp. 288 e 289.

³⁷² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. TARTUCE, Flávio. A Emenda do Divórcio e os Alimentos. Principais Impactos. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão (Org.). *O novo divórcio no Brasil, de acordo com a EC n. 66/2010*, pp. 289 e 290.

3.4.2 O estado civil

O estado civil das pessoas permaneceu inalterado com a promulgação da Emenda Constitucional n. 66 de 2010. Os cônjuges que estavam separados judicialmente ou extrajudicialmente³⁷³ permaneceram com o mesmo estado civil, tendo em vista que o instituto da separação não foi execrado do ordenamento jurídico pátrio. Além disso, essas pessoas não podiam ser consideradas “automaticamente divorciadas”, pois acarretaria uma insegurança jurídica, que conduziria ao equívoco de se pretender modificar uma situação jurídica consolidada.³⁷⁴

O ato jurídico perfeito, disposto no art. 5º, inciso XXXVI da Constituição da República³⁷⁵ e elucidado no art. 6º, § 1º, da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro³⁷⁶ deve sempre ser respeitado.

Com a entrada em vigor da Emenda Constitucional do Divórcio as pessoas separadas por meio de sentença ou escritura pública não se tornaram imediatamente divorciadas, embora tenha surgido o argumento dessa automática alteração do estado civil. Para a referida mudança faz-se necessário o pleito de decretação do divórcio, para o qual, por óbvio, não há mais a necessidade de cômputo de qualquer prazo.³⁷⁷

Dias, que afirma ter sido extinta a separação conjugal, quando comentou a respeito da Emenda Constitucional n. 66 de 2010, argumentou inicialmente que as pessoas que estavam separadas judicialmente passariam automaticamente a ter o estado

³⁷³ Considera-se oportuno mencionar que quando a Lei n. 11.441 de 2007 passou a prever a possibilidade de que separações fossem realizadas na esfera administrativa, por meio de lavratura de escritura pública, passou-se a questionar como seria qualificado o estado civil daqueles que optassem por separar-se de forma extrajudicial, eis que não poderiam ser chamados de “separados judicialmente”. Nomeá-los de separados extrajudicialmente não seria a melhor opção, pois poderia haver confusão com a separação de fato. Razão pela qual, sugeriu-se que a melhor opção seria generalizar, tanto a separação judicial como a separação extrajudicial, em separação jurídica. In: DOS SANTOS, Romualdo Baptista. *A nova lei de separações e divórcios extrajudiciais*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos &artigo=256>> Acesso em agosto de 2013.

³⁷⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O novo divórcio*, p. 139

³⁷⁵ Art. 5º, XXXVI da CF/88. A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

³⁷⁶ Art. 6º, § 1º, da LINDB. Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

³⁷⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O novo divórcio*, pp. 139 e 140.

civil de divorciadas.³⁷⁸ Porém, em momento posterior, ela teve a oportunidade de rever o seu posicionamento, quando passou a afirmar que as pessoas que estavam com o estado civil de separadas permaneceriam com esse *status* civil, visto que não ocorreu transformação automática para o estado civil de divorciadas.³⁷⁹

Atualmente, os doutrinadores que se posicionam no sentido da extinção da separação conjugal também consideram que os separados continuam com o mesmo *status* “*até que promovam o divórcio, por iniciativa de um ou de ambos, mantida as condições acordadas ou judicialmente decididas*”³⁸⁰

Dessa forma, sob o argumento do respeito ao ato jurídico perfeito, mas com o enfoque da permanência do instituto da separação judicial no ordenamento jurídico pátrio, é que nos posicionamos no sentido de dizer que não ocorreu uma alteração automática no estado civil das pessoas separadas.

3.4.3 Guarda dos filhos menores do casal

Como a culpa deixou de ser um aspecto relevante a ser levantado no momento do rompimento da sociedade e do vínculo conjugal, não faz sentido determinar a guarda em favor de um suposto “inocente” no fim do enlace conjugal.³⁸¹

É importante ressaltar que mesmo os que ainda defendem a análise da culpa no descasamento, reconhecem o total descabimento da decretação da guarda com base em uma suposta culpa. E isso porque interessa, neste caso, tão somente, a busca do melhor interesse ou o bem-estar da criança ou do adolescente, pouco importando quem foi o responsável pelo fim da união.³⁸²

O cônjuge que apresentar melhores condições morais e psicológicas poderá deter a guarda independentemente da aferição de culpa. Porém, se o comportamento de um

³⁷⁸ DIAS, Maria Berenice. *Até que enfim*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=513>> Acesso em agosto de 2013.

³⁷⁹ DIAS, Maria Berenice. *Divórcio Já*, p. 134.

³⁸⁰ LOBO, Paulo Luiz Netto. *Divórcio: alteração constitucional e suas consequências*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=629>> Acesso em agosto de 2013.

³⁸¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O novo divórcio*, p. 102.

³⁸² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O novo divórcio*, p. 102.

dos cônjuges, suposto culpado, interferir na esfera existencial dos filhos, faz sentido a alegação de culpa, para efeito de fixação de guarda.³⁸³ Cumprindo ressaltar que nesse caso não se dá enfoque à culpa de um dos cônjuges, mas ao melhor interesse da criança e do adolescente.

3.4.4 O direito a alimentos

Diante do fato de que a culpa desimporta para o término do casamento, considera-se que não há razões para aferi-la quando se trata do direito a alimentos. E como não existe mais fundamento para a discussão da culpa em sede de separação e divórcio, há regras do Código Civil de 2002³⁸⁴, relacionadas à pensão alimentícia, que devem sofrer alterações.³⁸⁵

A fixação dos alimentos deverá ser realizada com base na necessidade do credor e na medida das possibilidades econômicas do devedor. E apenas com fundamento nisso.³⁸⁶

3.4.5 O uso do nome de casado

As alterações de nomes com o casamento estão presentes na nossa cultura, e, em razão disso, as separações e os divórcios tratam frequentemente sobre essa questão. Embora o uso do nome do marido tenha deixado de ser obrigatório com a Lei n° 6.515/1977, muitas mulheres continuaram por adotá-lo.

O Código Civil de 2002, em seu art. 1.565, §1º, ampliou o referido costume do uso do nome de casado e passou a prever a possibilidade do marido acrescentar ao seu nome o da mulher, ao dispor que: “Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescer ao

³⁸³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O novo divórcio*, p. 102.

³⁸⁴ São elas: Art. 1.702 do CC/02. Na separação judicial litigiosa, sendo um dos cônjuges inocente e desprovido de recursos, prestar-lhe-á o outro a pensão alimentícia que o juiz fixar, obedecidos os critérios estabelecidos no art. 1.694. Art. 1.704 do CC/02. Se um dos cônjuges separados judicialmente vier a necessitar de alimentos, será o outro obrigado a prestá-los mediante pensão a ser fixada pelo juiz, caso não tenha sido declarado culpado na ação de separação judicial. Parágrafo único. Se o cônjuge declarado culpado vier a necessitar de alimentos, e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurá-los, fixando o juiz o valor indispensável à sobrevivência.

³⁸⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O novo divórcio*, p. 111.

³⁸⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O novo divórcio*, p. 111.

seu o sobrenome do outro”. Contudo, Pereira critica tal regra, diz que atualmente não faz sentido a mudança do nome, pois ele entende que para existir um amor conjugal, “*é necessário que se mantenha e se conserve as individualidades; para ele misturar os nomes pode significar mesclar e confundir as identidades*”.³⁸⁷

Porém, consideramos que o ato de acrescentar ao seu o nome do cônjuge, constitui uma forma de dizer à sociedade que se pertence a uma família que possui um nome em comum. Além do mais o nome é um identificador do indivíduo, assim como é da família. Ao contrário do que entende Pereira não há confusão de identidades nesse ato, tampouco significa perder a singularidade; o sentido da mescla de nomes é mais nobre.

Faz parte da nossa cultura a alteração no nome, geralmente é a mulher quem opta por tal mudança, e por isso tal assunto ainda está tão presente nas separações e nos divórcios.

Apesar do novo contexto jurídico do divórcio, após a EC n° 66/2010, e da derrocada da discussão da culpa, a manutenção ou não do nome de casado, com o fim da relação conjugal, é um assunto que há muito tempo passou a ser examinado sobre o aspecto da regra geral, ou seja, do retorno ao uso do nome de solteiro.

Por exceção, mantém-se o nome de casado, do cônjuge que optou em utilizar o patronímico do outro, nas hipóteses de: “*evidente prejuízo para a sua identificação; manifesta distinção entre o seu nome de família e dos filhos havidos da união dissolvida; e dano grave reconhecido na decisão judicial*”.³⁸⁸

Por considerar que as relações conjugais há tempo não mais comportam a discussão da culpa, e que não mais se cogita em culpados ou inocentes pelo fim do casamento, é que o §1° do art. 1.578 do Código Civil³⁸⁹ deve receber uma interpretação condizente com o atual contexto jurídico; tornando possível qualquer das partes, a todo tempo, optar por retornar ao nome de solteiro.

³⁸⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*, p. 56

³⁸⁸ Art. 1.578, I a III do CC/02.

³⁸⁹ Art. 1.578, § 1° do CC/02. O cônjuge inocente na ação de separação judicial poderá renunciar, a qualquer momento, ao direito de usar o sobrenome do outro.

De acordo com Gagliano e Pamplona Filho, “*a culpa não deverá ser critério preponderante na regulação judicial desse direito, podendo qualquer dos cônjuges, mediante procedimento judicial, a todo tempo, retornar ao nome de solteiro*”.³⁹⁰

Considera-se que a discussão da manutenção ou não do nome de casado continua a ser analisada tanto no processo de separação conjugal, como no de divórcio, após o advento da EC n° 66/2010.

Cumprindo ressaltar que nos divórcios litigiosos devem se valer da regra geral da perda do nome de casado, mantendo-se, porém, caso alguma das hipóteses do art. 1.578 se configure.

3.4.6 A partilha de bens comuns do casal

A partilha de bens se opera mediante a aplicação das normas do regime de bens adotado pelo casal, independentemente de quem seja o suposto responsável pela separação ou pelo divórcio.

O Código Civil de 2002 passou a prever em seu art. 1.581³⁹¹, que o divórcio poderá ser concedido sem que haja prévia partilha de bens, o que já era permitido nos Tribunais, para o divórcio direto, conforme a Súmula n. 197 do STJ.³⁹²

Porém, é importante destacar que o regime de bens será obrigatoriamente o da separação legal, caso haja novo matrimônio por um dos cônjuges, que divorciado (não partilhou os seus bens), e isso para impedir a confusão patrimonial em face do anterior consorte.³⁹³

É evidente que entre os divorciados não há mais comunhão de bens comuns (não partilhados), há apenas o condomínio dos referidos bens, que poderão ser divididos em ação própria, e na esfera cível.³⁹⁴ Assim como, não há a comunhão de bens adquiridos

³⁹⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O novo divórcio*, p. 110.

³⁹¹ Art. 1.588 do CC/02.

³⁹² Súmula n. 197 do STJ: O divórcio direto pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens.

³⁹³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O novo divórcio*, p. 137.

³⁹⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O novo divórcio*, p. 137.

por cada um dos cônjuges, posteriormente ao divórcio; pois, apesar da dificuldade de provas do momento de sua ocorrência, até mesmo a separação de fato faz inexistir a comunicabilidade de bens adquiridos posteriormente à separação.³⁹⁵

3.4.7 Reconciliação

A sociedade conjugal pode ser restabelecida³⁹⁶ a qualquer momento pelo casal separado, que não obteve o divórcio, pois é certo que o vínculo do casamento continua vivo entre eles. Embora dissolvida a sociedade conjugal pela separação judicial, o casamento ainda persiste, pois tal instituto é desfeito somente com a decretação do divórcio do casal, caso sobrevenha o falecimento de qualquer deles, ou com a anulação do casamento.

Com efeito, quando não há mais interesse em permanecer separados, o casal pode com abrigo no artigo 1.577 do Código Civil de 2002³⁹⁷ postular o restabelecimento da sociedade conjugal.

Apesar do advento da Emenda Constitucional do Divórcio é possível realizar a conciliação do casal separado por meio do restabelecimento da sociedade conjugal, desfeita pela separação.

³⁹⁵ Nesse sentido é o entendimento do STJ: AGRADO REGIMENTAL. AGRADO DE INSTRUMENTO. DIREITO DE FAMÍLIA. DIVÓRCIO DIRETO. SEPARAÇÃO DE FATO. PARTILHA DE BENS. 1. O conjunto de bens adquiridos por um dos cônjuges, após a separação de fato, não se comunica ao outro, não podendo, por isso, ser partilhado. Precedentes. 2. Agravo regimental não provido. (Ag Rg no Ag 682.230/SP, 3ª T., Rel. Min. Vasco Della Giustina, desembargador convocado do TJRS, julgado em 16.06.2009).

³⁹⁶ Considera-se oportuno apresentar como o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tem se posicionado em casos de restabelecimento da sociedade conjugal: RESTABELECIMENTO DA SOCIEDADE CONJUGAL. CASAL SEPARADO JUDICIALMENTE. VIABILIDADE DO PEDIDO. NÃO OBRIGATORIEDADE DO DIVÓRCIO PARA EXTINGUIR A SOCIEDADE CONJUGAL. 1. A Emenda Constitucional nº 66 limitou-se a admitir a possibilidade de concessão de divórcio direto para dissolver o casamento, afastando a exigência, no plano constitucional, da prévia separação judicial e do requisito temporal de separação fática. 2. Essa disposição constitucional evidentemente não retirou do ordenamento jurídico a legislação infraconstitucional que continua regulando tanto a dissolução do casamento como da sociedade conjugal e estabelecendo limites e condições, permanecendo em vigor todas as disposições legais que regulamentam a separação judicial, como sendo a única modalidade legal de extinção da sociedade conjugal, que não afeta o vínculo matrimonial. 3. Considerando que os recorrentes estão separados judicialmente, é plenamente viável a pretensão de obterem a homologação do restabelecimento da sociedade conjugal. Recurso provido. (SEGredo DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70042442541, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 19/10/2011).

³⁹⁷ Art. 1.577 CC/02. Seja qual for a causa da separação judicial e o modo como esta se faça, é lícito aos cônjuges restabelecer, a todo tempo, a sociedade conjugal, por ato regular em juízo.

Após essa explanação acerca da Emenda Constitucional n. 66/2010 e seus efeitos, convém nos atermos ao estudo da interpretação dessa nova ordem constitucional referente ao divórcio.

4 A INTERPRETAÇÃO DA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL REFERENTE AO DIVÓRCIO

4.1 A INTERPRETAÇÃO DO ART. 226, § 6º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA APÓS A EDIÇÃO DA EC N. 66/2010, A PARTIR DE FUNDAMENTOS JURÍDICOS DIVERSOS

As correntes doutrinárias que se firmaram para buscar a devida interpretação ao novo texto constitucional, referente ao divórcio, avocam fundamentos jurídicos diversos, que carecem da melhor técnica. Essas apressadamente têm abordado o assunto sem observar adequadamente a Hermenêutica Jurídica e os princípios constitucionais da intervenção mínima do Estado, da liberdade e da autonomia da vontade, como meios de concretização da dignidade da pessoa humana.

Portanto, passa-se a apresentar os referidos argumentos oferecidos com as devidas críticas e ponderações, no intuito de buscar posicionar-se conforme critérios mais sólidos e seguros de interpretação.

4.1.1 A eficácia plena e a aplicabilidade imediata do art. 226, §6º da Constituição da República de 1988

No que diz respeito ao plano de eficácia da norma disposta na Emenda Constitucional n. 66/2010, podemos constatar a autoexecutoriedade da mesma, pois o art. 226, §6º da Constituição da República passou a ter eficácia plena e aplicabilidade imediata e direta.

As aludidas normas cuja aplicação é imediata e direta contêm comandos jurídicos próprios e verdadeiros que dispensam qualquer legislação futura de discipliná-las.³⁹⁸ Tais normas independem, para sua aplicação, de providência normativa ulterior,

³⁹⁸ BILHALVA, Jacqueline Michels. *A aplicabilidade e a concretização das normas constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, pp. 28-31.

pois o Poder Constituinte oferece normatividade suficiente para a sua incidência imediata.³⁹⁹

Com Afonso da Silva consolidou-se a classificação das normas constitucionais a partir de sua eficácia.⁴⁰⁰ E o referido autor classificou as normas no que tange à eficácia em três categorias: a) normas de eficácia plena; b) normas de eficácia contida; e c) normas de eficácia limitada.⁴⁰¹

As normas de eficácia plena, conforme o entendimento de Afonso da Silva, são “normas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais (ou têm a possibilidade de produzi-los), todos os objetivos visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui o objeto”.⁴⁰²

As demais normas, classificadas como contidas e limitadas são aquelas que necessitam de regulamentação da legislação ordinária.

Diante do acima exposto e pelo fato da Emenda Constitucional do Divórcio não ter sido publicada com a expressão “na forma da lei”, verifica-se que o texto constitucional, do art. 226, §6º, passou a ser de eficácia imediata.

No que diz respeito à eficácia e ao alcance da Emenda Constitucional do Divórcio, Lôbo diz que “a norma passou a ter eficácia imediata e direta – e não contida – sem os riscos de limitações que poderiam advir de lei ordinária”.⁴⁰³

Conforme Bannura⁴⁰⁴, “a norma não remete à lei ordinária qualquer necessidade de regulamentação”.

³⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 214.

⁴⁰⁰ BILHALVA, Jacqueline Michels. *A aplicabilidade e a concretização das normas constitucionais*, p. 31.

⁴⁰¹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3ª Ed., revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 132.

⁴⁰² SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 132.

⁴⁰³ LOBO, Paulo. *Divórcio: Alteração constitucional e suas conseqüências*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/impressao.php?t=artigos&n=629>>. Acesso em 04/11/2011.

A jurisprudência já se pronunciou a respeito da matéria. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por exemplo, corrobora com a ideia de que tal norma constitucional tem eficácia plena e imediata.⁴⁰⁵ Outros Tribunais de Justiça também se posicionam no sentido da Emenda Constitucional n. 66/2010 possuir aplicabilidade direta. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, na Apelação Cível nº 0002031-87.2010.8.19.0082, deu provimento ao recurso sob o seguinte argumento:

Com o advento da Emenda Constitucional n. 66/2010, a redação do art. 226, §6º da CRFB/88 foi alterada, não mais se exige o lapso temporal para a decretação do divórcio. Norma constitucional de eficácia plena, de aplicabilidade imediata, restando desnecessária a edição ou observância a qualquer outra norma infraconstitucional.⁴⁰⁶

No Tribunal de Justiça de São Paulo, possível também encontrar decisões no mesmo sentido, com argumentações de que não há imposição pela Constituição da

⁴⁰⁴ BANNURA, Jamil Andraus Hanna. O novo divórcio – a técnica contra o despejo. In: *Multijuris: primeiro grau em ação*. Vol. 5. n. 9. Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas TJRS. 2010, p. 18.

⁴⁰⁵ APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DIVÓRCIO DIRETO CONSENSUAL. EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010. DESNECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE TENTATIVA DE RECONCILIAÇÃO E RATIFICAÇÃO DO ACORDO. A nova redação dada ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional n.º 66 possui eficácia plena e imediata. Não mais se exige, para o divórcio, o implemento de prazos ou condições. Desnecessidade de realização de audiência prévia de tentativa de reconciliação e ratificação do acordo, em se tratando de divórcio direto consensual. DESPROVERAM A APELAÇÃO. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 70041430539, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 24/08/2011). Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br>> Acesso em 10/11/2013.

APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. CASAMENTO. DIVÓRCIO DIRETO CONSENSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010. POSSIBILIDADE. DESNECESSIDADE DE EMENDA À INICIAL. NORMA DE EFICÁCIA PLENA E IMEDIATA, SENDO DESNECESSÁRIA REGULAMENTAÇÃO POR LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. APELAÇÃO PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70041954355, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Roberto Carvalho Fraga, Julgado em 27/07/2011) Disponível em < <http://www.tjrs.jus.br>> Acesso em 10/11/2013.

⁴⁰⁶ APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. DIVÓRCIO CONSENSUAL. CASAL SEPARADO HÁ MENOS DE DOIS MESES. SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO, NA FORMA DO ART. 267, IV, DO CPC. AO FUNDAMENTO DE QUE AUTORES NÃO OBSERVARAM O PRAZO DO ART. 1580 DO CÓDIGO CIVIL. DE ACORDO COM A SENTENÇA, ENQUANTO NÃO SOBREVIER NORMA INFRACONSTITUCIONAL A SUPRIMIR O INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL E TAMBÉM O LAPSO TEMPORAL PARA A DECRETAÇÃO DO DIVÓRCIO, MISTER SE FAZ A OBSERVÂNCIA DO REQUISITO LEGAL. IRRESIGNAÇÃO DOS AUTORES. SENTENÇA QUE MERECE REFORMA. COM O ADVENTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010, A REDAÇÃO DO ART. 226 §2º DA CRFB/88 FOI ALTERADA, NÃO MAIS SE EXIGE O LAPSO TEMPORAL PARA A DECRETAÇÃO DO DIVÓRCIO. NORMA CONSTITUCIONAL DE EFICÁCIA PLENA, DE APLICABILIDADE IMEDIATA, RESTANDO DESNECESSÁRIA A EDIÇÃO OU OBSERVÂNCIA A QUALQUER OUTRA NORMA INFRACONSTITUCIONAL. PRECEDENTE DO STJ, BEM COMO DESTA CORTE DE JUSTIÇA. RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO DE PLANO, REFORMANDO-SE A SENTENÇA PARA DETERMINAR O PROSSEGUIMENTO DO FEITO, CONSOANTE ART. 557, § 1º - A DO CPC. (APELACAO CÍVEL N. 0002031-87.2010.8.19.0082. Sétima Câmara Cível. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Rel. Des. Andre Ribeiro. Julgado em 25/08/2011). Disponível em <<http://www.tjrj.jus.br>> Acesso em 10/11/2013.

República de qualquer requisito para a decretação do divórcio, e que o art. 226, §6º, é norma autoexecutável. Veja-se o seguinte trecho da decisão prolatada no Agravo de Instrumento n.º. 0357301-80.2010.8.26.0000, com relação ao novo texto constitucional relativo ao divórcio:

A referida norma é de aplicabilidade imediata e não põe condições ao reconhecimento do pedido de divórcio, sejam de natureza subjetiva – relegadas para eventual fase posterior a discussão sobre a culpa – ou objetivas – transcurso do tempo.⁴⁰⁷

Portanto, não há dúvidas quanto à questão da nova norma constitucional do divórcio ser de eficácia plena e de aplicabilidade imediata. Considerando-se importante destacar que a referida disposição legal tornou possível que casais postulem o divórcio de forma direta, sem qualquer regulamentação da norma infraconstitucional.

Os posicionamentos das correntes doutrinárias são diversos no que diz respeito à eficácia plena e à aplicabilidade imediata do art. 226, §6º, da Constituição da República.

A corrente *exegética-racionalista* se equivocou ao negar qualquer impacto com o advento da Emenda Constitucional do Divórcio, sob o argumento de que a norma é meramente declaratória e dependente de legislação infraconstitucional, seja por entender que ela é de aplicabilidade mediata, seja por considerar que ocorreu mera desconstitucionalização da matéria.

A corrente *abolicionista*, por sua vez, entende que a Emenda Constitucional é de eficácia plena, porém defende que a Constituição da República não recepção mais a separação conjugal prevista na lei ordinária.

A corrente doutrinária *eclética*, por nós adotada, não duvida da autoexecutoriedade da referida norma; ocorre que a imediata aplicação diz respeito apenas ao divórcio sem requisitos, visto que as condições infraconstitucionais antes exigidas para a decretação do divórcio são incompatíveis com o novo texto

⁴⁰⁷ Separação judicial. Pedido de conversão em divórcio. Emenda Constitucional n. 66/2010. Aplicação imediata e procedência do pedido. Determinação de regular andamento do feito em relação aos demais capítulos. Recurso provido. Agravo de Instrumento n. 0357301-80.2010.8.26.0000. Oitava Câmara de Direito Privado, Tribunal de Justiça de São Paulo. Rel. Des. Caetano Lagrasta, Julgado em 10/11/2010. Disponível em <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>> Acesso em 10/11/2013.

constitucional, não foram recepcionadas pela nova disposição legal, o que não significa a revogação tácita da separação conjugal, pois a Emenda Constitucional n. 66 de 2010, com exceção aos prazos, em nada é incompatível com a sua existência.⁴⁰⁸

4.1.2 A força normativa e a máxima efetividade constitucional

O princípio da força normativa da Constituição e o princípio da máxima efetividade constitucional são pressupostos que apresentam diretrizes ao intérprete na utilização dos métodos de interpretação constitucional. O intérprete, ao utilizar os diversos métodos interpretativos, deve-se valer desses princípios instrumentais ou postulados normativos.⁴⁰⁹

Canotilho⁴¹⁰ ao abordar acerca do princípio da força normativa da Constituição argumenta que:

[...] na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa), contribuem para uma eficácia óptima da lei fundamental. Consequentemente deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a atualização normativa, garantindo do mesmo pé, a sua eficácia e permanência.

Ainda com relação ao princípio da força normativa na interpretação constitucional, convém mencionar Marcelo Novelino que ao citar Konrad Hesse preceitua que “*deve ser dada preferência às soluções que, densificando suas normas, as tornem mais eficazes e permanentes, proporcionando-lhes uma força otimizada*”.⁴¹¹ Dessa forma, é possível verificar com o novo texto constitucional que não há qualquer ofensa à força normativa da Constituição da República, pois a Emenda Constitucional n.

⁴⁰⁸ BORGES FILHO, Adalberto. O Novo Panorama do Divórcio no Brasil: O Fim da Separação Judicial [?]. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 89, 01/06/2011 [Internet]. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9667. Acesso em 15/10/2011.

⁴⁰⁹ Humberto Ávila prefere chamá-los de postulados normativos (*metanormas*), que definem e orientam a aplicação de outras normas. (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª Ed., ampliada. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 149.)

⁴¹⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 7ª Ed., 3ª Reimpressão, p. 1.226.

⁴¹¹ HESSE, Konrad apud NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 4ª Ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Método, 2010, p. 179

66 de 2010 teve de fato o poder de eliminar os prazos, tornando muito mais eficazes as normas relativas ao divórcio.

Conforme Canotilho⁴¹², o *princípio da máxima efetividade constitucional*:

É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais.

O postulado normativo da máxima efetividade, que decorre da força normativa, visa a efetividade dos direitos fundamentais e uma amplitude na interpretação. Na visão de Müller⁴¹³, está estreitamente relacionado ao enunciado *in dubio pro libertate*, que parte de uma presunção de liberdade das pessoas.

E como não há qualquer colisão de regras ou princípios que vincule o fim da separação judicial, considera-se interessante apresentar o seguinte comentário:

A Constituição emendada reafirma o princípio da dissolubilidade do casamento pelo divórcio, expurgando, isso sim, qualquer óbice que se pudesse opor à máxima efetividade e otimização desse princípio. Mas esse princípio não colide com a manutenção de um sistema dualista que permita, por um lado, a dissolução do casamento pelo divórcio, sem delongas, sem empecilhos formais ou materiais; e, por outro, a dissolução apenas da sociedade conjugal, desde que tal procedimento não seja colocado como um requisito, uma barreira, um freio ou mesmo um redutor do princípio da dissolubilidade.⁴¹⁴

Dizer que a Emenda Constitucional n. 66 de 2010 apenas afastou as condições do divórcio não é rechaçar a aplicação do princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, pelo contrário, é priorizar a idéia de liberdade previsto no novo texto constitucional, que consagrou o sistema dual opcional.

A tese da corrente *abolicionista* equivoca-se e apresenta de forma distorcida o seu posicionamento por intermédio da aplicação dos princípios da força normativa e da

⁴¹² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1.224.

⁴¹³ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3ª Ed., revista e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 79

⁴¹⁴ DELGADO, Mario Luiz. A nova redação do §6º do art. 226 da CF/1988: por que a separação de direito continua a vigorar no ordenamento jurídico brasileiro. In: *Separação, divórcio e partilhas e inventários extrajudiciais*. Coord. Antonio Carlos Mathias Coltro, Mário Luiz Delgado. 2ª Ed. revista e ampliada – Rio de Janeiro; Forense, 2010, pp. 25-48.

máxima efetividade, posto que, ao contrário, a aplicação lógica e acertada de tais princípios refletem, em verdade, o surgimento de um regime dualista opcional da dissolução do vínculo e da sociedade conjugal – despido de prazos – que ratifica a liberdade de casar, separar-se ou divorciar-se, conforme preceitua a corrente *eclética*.

4.1.3 A interpretação das leis em conformidade com a Constituição

Ao tratar do princípio da interpretação das leis em conformidade com a Constituição, Canotilho⁴¹⁵ diz que:

[...] no caso de normas polissêmicas ou plurissignificativas deve dar-se preferência à interpretação que lhe dê um sentido em conformidade com a Constituição.

E nesse sentido não há o que se discutir, pois conforme a Constituição da República, que preconiza pela liberdade e autonomia da vontade, como concretizadores da dignidade da pessoa humana, considera-se que o divórcio e a separação permanecem lado a lado, como meios alternativos de forma de rompimento do casamento, no sistema familiarista do direito brasileiro.

Esse posicionamento é contrariado por Hironaka e Tartuce⁴¹⁶, os quais consideram que em conformidade com a Constituição da República não há mais sentido prático na manutenção da separação.

Convém tornar a dizer que a Constituição da República sempre tratou apenas do divórcio, que era concedido somente com a observância de requisitos temporais, cumpridos por intermédio da separação judicial ou de fato. Gize-se que, na Constituição, a separação conjugal deixou de ser tratada como requisito para o divórcio. A legislação infraconstitucional que sempre tratou da separação de direito continua a ser aplicada e interpretada em conformidade com a Constituição, ou seja, permanece em conformidade com os princípios constitucionais que norteiam as relações de família no

⁴¹⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1.226.

⁴¹⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. TARTUCE, Flávio. A Emenda do Divórcio e os Alimentos. Principais Impactos. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão (Org.). *O novo divórcio no Brasil, de acordo com a EC n. 66/2010* Bahia: Editora Jus Podivm, 2011, p. 284.

sistema jurídico brasileiro, como os princípios da liberdade e da dignidade da pessoa humana.

4.1.4 A incompatibilidade entre a nova ordem constitucional e a legislação ordinária anterior

Uma suposta incompatibilidade entre a nova ordem constitucional e a legislação ordinária passou a ser defendida por parte significativa da doutrina, que diz ter o instituto da separação deixado de existir com o advento da Emenda Constitucional n. 66 de 2010, cuja explicação é de que restou revogada tacitamente, pela Constituição, a legislação ordinária que regula a separação judicial.

Porém, a referida revogação tácita da legislação ordinária tem sido defendida de forma precipitada sob o argumento de conflito e antinomia de normas; porém, nos dizeres de Mario Luiz Delgado, “*o conflito ou antinomia de normas ocorre quando presente uma tal contradição que impossibilite a sua aplicação simultânea, impondo, assim, o afastamento de uma delas do sistema. As normas antinômicas não se conciliam e não admitem conviver [...]*”.⁴¹⁷

Portanto, convém ressaltar que o conflito ou a contradição da Constituição com a lei ordinária é apenas ao que se refere aos requisitos de prazo para a decretação do divórcio, e essa é a única incompatibilidade e antinomia de normas.

A Emenda Constitucional nº 66 de 2010 teve o condão de não mais permitir que o legislador infraconstitucional imputasse prazos ou requisitos para o divórcio, não tendo havido, entretanto, a supressão do instituto da separação, seja judicial ou extrajudicial.⁴¹⁸

⁴¹⁷ DELGADO, Mario Luiz. A nova redação do §6º do art. 226 da CF/1988: por que a separação de direito continua a vigorar no ordenamento jurídico brasileiro. In: *Separação, divórcio e partilhas e inventários extrajudiciais*. Coord. Antonio Carlos Mathias Coltro, Mário Luiz Delgado. 2ª Ed. revista e ampliada – Rio de Janeiro; Forense, 2010, pp. 25-48.

⁴¹⁸ BORGES FILHO, Adalberto. O Novo Panorama do Divórcio no Brasil: O Fim da Separação Judicial [?]. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 89, 01/06/2011 [Internet]. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9667. Acesso em 15/10/2011.

Conforme leciona Delgado⁴¹⁹:

A revogação tácita constitui uma das situações normativas mais intrincadas e mais difíceis de ser identificada. Saber da compatibilidade de uma lei anterior em face de uma superveniente mutação legislativa demanda operação hermenêutica de grande complexidade. E, em se tratando de incompatibilidade com a Constituição, a matéria fica ainda mais erigida de dúvidas, pois a solução do problema passa a ser um conteúdo político, histórico e ideológico mais acentuado.

É importante esclarecer as consequências de eventual incompatibilidade entre uma nova ordem constitucional, ainda que decorrente do poder constituinte derivado, e a legislação ordinária anterior, ou seja, é preciso compreender quais os possíveis efeitos da Emenda Constitucional do Divórcio em relação ao ordenamento infraconstitucional que trata do divórcio e da separação.⁴²⁰

Conforme o estudo realizado por Mario Luiz Delgado “*é claríssimo que a supressão decorrente da Emenda Constitucional 66 refere-se apenas aos requisitos para o divórcio (prévia separação judicial por mais de um ano ou comprovada separação de fato por mais de dois anos), e não à existência de um procedimento (judicial ou extrajudicial) para a dissolução da sociedade conjugal*”.⁴²¹

Dessa forma, não há qualquer óbice quanto à possibilidade de dissolução da sociedade conjugal pela separação judicial ou extrajudicial, como opção do casal, não se vislumbrando qualquer “*conflito de regras ou colisão de princípios entre a legislação ordinária e a ordem constitucional superveniente, advinda a partir da Emenda Constitucional n. 66*”.⁴²²

⁴¹⁹ DELGADO. Mario Luiz. A nova redação do §6º do art. 226 da CF/1988: por que a separação de direito continua a vigorar no ordenamento jurídico brasileiro. In: *Separação, divórcio e partilhas e inventários extrajudiciais*. Coord. Antonio Carlos Mathias Coltro, Mário Luiz Delgado. 2ª Ed. revista e ampliada – Rio de Janeiro; Forense, 2010, pp. 25-48.

⁴²⁰ DELGADO. Mario Luiz. A nova redação do §6º do art. 226 da CF/1988: por que a separação de direito continua a vigorar no ordenamento jurídico brasileiro. In: *Separação, divórcio e partilhas e inventários extrajudiciais*. Coord. Antonio Carlos Mathias Coltro, Mário Luiz Delgado. 2ª Ed. revista e ampliada – Rio de Janeiro; Forense, 2010, pp. 25-48.

⁴²¹ DELGADO. Mario Luiz. A nova redação do §6º do art. 226 da CF/1988: por que a separação de direito continua a vigorar no ordenamento jurídico brasileiro. In: *Separação, divórcio e partilhas e inventários extrajudiciais*. Coord. Antonio Carlos Mathias Coltro, Mário Luiz Delgado. 2ª Ed. revista e ampliada – Rio de Janeiro; Forense, 2010, pp. 25-48.

⁴²² DELGADO. Mario Luiz. A nova redação do §6º do art. 226 da CF/1988: por que a separação de direito continua a vigorar no ordenamento jurídico brasileiro. In: *Separação, divórcio e partilhas e inventários extrajudiciais*. Coord. Antonio Carlos Mathias Coltro, Mário Luiz Delgado. 2ª Ed. revista e ampliada – Rio de Janeiro; Forense, 2010, pp. 25-48.

A alteração constitucional, conforme assevera Bannura, ao extinguir a necessidade de observância de prazos e da exigência de prévia separação judicial para a concessão do divórcio, não acarretou a revogação tácita ou expressa da legislação relativa à separação.⁴²³ E, embora se considere que a separação permanece no ordenamento jurídico pátrio, visto que não é incompatível com a nova ordem constitucional, Bannura ressalta que a inexistência de qualquer requisito para a concessão do divórcio causará o desuso cada vez maior da separação.⁴²⁴

Porém, embora reconheça-se que a separação seja um instituto fadado ao desuso, não se pode interpretar a nova norma constitucional com base nisso, e considerar que ocorreu a revogação tácita da separação, pois tal situação implicaria um “*erro grave de interpretação, posto que nosso sistema não sustenta a revogação da lei pelo desuso*”.⁴²⁵

Portanto, não há se falar em incompatibilidade entre a nova ordem constitucional e a legislação ordinária, no que diz respeito à permanência da separação judicial e extrajudicial ao lado do divórcio.

4.2 A INTERPRETAÇÃO DO ART. 226, §6º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA APÓS A EDIÇÃO DA EC N. 66/2010, COM FULCRO NA HERMENÊUTICA JURÍDICA

4.2.1 A arte de interpretar

Maximiliano foi um dos pioneiros em se preocupar com a aplicação da lei aos casos concretos, ele esclareceu que a hermenêutica não se confunde com a interpretação, e disse que aquela é a teoria científica da arte de interpretar.⁴²⁶ Para ele, “*pratica o hermeneuta verdadeira arte, guiada cientificamente, porém jamais substituída pela própria ciência. Esta elabora as regras, traça as diretrizes, condiciona o esforço, metodiza as lucubrações; porém, não dispensa o coeficiente pessoal, o valor*

⁴²³ BANNURA, Jamil Andraus Hanna. O novo divórcio– a técnica contra o despejo. In: *Multijuris: primeiro grau em ação*, p. 20.

⁴²⁴ BANNURA, Jamil Andraus Hanna. O novo divórcio– a técnica contra o despejo. In: *Multijuris: primeiro grau em ação*, p. 20.

⁴²⁵ CRUZ, Thyago. *A Emenda Constitucional nº 66/2010 e suas implicações jurídicas*. Disponível em: <<http://www.doretto.adv.br/?intSecao=158&intConteudo=847>> Acesso em: 03/04/2012.

⁴²⁶ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 4.

subjetivo; não reduz a um autômato o investigador esclarecido".⁴²⁷ E diz mais, que a Hermenêutica talvez seja o instituto mais inseguro e impreciso da ciência do Direito, pois "*partilha da sorte da linguagem*".⁴²⁸

Para Ráo, "*a hermenêutica tem por objeto investigar e coordenar por modo sistemático os princípios científicos e leis decorrentes, que disciplinam a apuração do conteúdo, do sentido e dos fins das normas jurídicas e a restauração do conceito orgânico do direito, para o efeito de sua aplicação*".⁴²⁹

Conforme Reale,⁴³⁰ "*interpretar uma lei importa previamente, em compreendê-la na plenitude de seus fins sociais, a fim de poder-se, desse modo, determinar o sentido de cada um de seus dispositivos. Somente assim ela é aplicável a todos os casos que correspondam àqueles objetivos. Como se vê, o primeiro cuidado do hermeneuta contemporâneo consiste em saber qual a finalidade social da lei, no seu todo, pois é o fim que possibilita penetrar na estrutura de suas significações particulares*".

De acordo com Freitas "*a hermenêutica é a ontologia e a fenomenologia da compreensão, levando-se em conta que a compreensão é sempre um evento histórico, dialético e linguístico*".⁴³¹ Cumpre ao intérprete buscar um sentido para as normas jurídicas, e conjuntamente com os aplicadores do ordenamento jurídico, exercer uma hermenêutica recriadora do sentido da norma de Direito positivo, adequando-a quando possível a sua função social.⁴³²

Tendo em vista que toda norma é fruto de obras humanas, a imperfeição na forma e no fundo está sempre presente; e como alerta Maximiliano, se não verificarmos com esmero o sentido e o alcance de suas prescrições, duvidosos resultados práticos será a consequência.⁴³³

⁴²⁷ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 9.

⁴²⁸ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 9.

⁴²⁹ RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*, p. 452.

⁴³⁰ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª Ed. 11ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 289.

⁴³¹ FREITAS, Juarez. *Hermenêutica Jurídica: O Juiz só aplica a lei injusta se quiser*. In: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. n. 40. Ano XIV. Porto Alegre, 1987, p. 39.

⁴³² FREITAS, Juarez. *Hermenêutica Jurídica: O Juiz só aplica a lei injusta se quiser*, p. 40.

⁴³³ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 8

Reale⁴³⁴ preceitua que um dispositivo não pode ser aplicado isoladamente, “*sem nos darmos conta de seu papel ou função no contexto do diploma legislativo*”. E sob essa consideração apresenta os seguintes pontos da denominada hermenêutica estrutural:

a) toda interpretação jurídica é de natureza teleológica (finalística) fundada na constância axiológica (valorativa) do Direito; b) toda interpretação jurídica dá-se numa estrutura de significações, e não de forma isolada; c) cada preceito significa algo situado no todo do ordenamento jurídico.

Maximiliano⁴³⁵, por sua vez, apresenta um processo pelo qual seja possível o “alcance” da norma e para tanto diz que:

(a) procede-se à análise e também à reconstrução ou síntese; (b) examina o texto em si, o seu sentido, o significado de cada vocábulo. (c) faz depois obra de conjunto; compara-o com outros dispositivos da mesma lei, e com os de leis diversas, do país ou de fora; (d) inquire qual o fim da inclusão da regra no texto. (e) e examina este tendo em vista o objetivo da lei toda e do Direito em geral; e, assim, realiza de modo completo, a obra moderna do hermeneuta.

Convém dizer que embora promulgado o texto da lei, e fixado o direito positivo, a sociedade evolui, desdobra-se de forma diversificada e manifesta-se sob aspectos múltiplos: morais, sociais e econômicos; da onde surgem situações imprevistas, que o legislador não poderia presumir à época da elaboração do regramento legal.

Menciona Maximiliano que “*interpretar uma expressão de Direito não é simplesmente tornar claro o respectivo dizer, abstratamente falando; é, sobretudo, revelar o sentido apropriado para a vida real, e conducente a uma decisão reta*”.⁴³⁶

Para Diniz⁴³⁷ “*interpretar é descobrir o sentido e alcance da norma, procurando a significação dos conceitos jurídicos*”. É revelar o sentido apropriado da norma para a vida real e conducente a uma decisão. Conforme a referida autora o juiz “*a todo o instante ao aplicar a norma ao caso ‘sub judice’ a interpreta, pesquisando o seu significado*”. Devido os fatores de “*vaguidade, ambiguidade do texto, imperfeição e*

⁴³⁴ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, p. 291.

⁴³⁵ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 8

⁴³⁶ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 8

⁴³⁷ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 21ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 430.

falta de terminologia técnica, má redação. Para ela a letra da norma permanece, mas seu sentido se adapta a mudanças que a evolução e o progresso operam na vida social”.

De acordo com Maximiliano, interpretar é extrair da norma tudo o que na mesma se contém, ou seja, “*determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito*”.⁴³⁸ Conforme as suas palavras, “*interpretar é explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulo [...]; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrai, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém*”. E para ele, “*pode-se procurar e definir a significação de conceitos e intenções, fatos e indícios; porque tudo se interpreta; inclusive o silêncio*”.

A interpretação das normas é fator decisivo para a aplicação do Direito, por mais claro que seja o regramento, ele sempre requer interpretação.⁴³⁹ Para Degni⁴⁴⁰, a clareza da lei é relativa; uma disposição pode ser clara aos casos mais imediatos, e duvidosa aos casos em que ela pode se enquadrar, cuja aplicação não é imediata, como, por exemplo, a aplicação da lei por analogia; assim como, também poderá ser imprecisa para questões que na prática podem sempre surgir. De acordo com o referido autor um dispositivo legal poderá parecer claro para quem examiná-lo superficialmente, e ao contrário para quem considerar os seus fins, os seus precedentes históricos, as suas conexões com os elementos sociais vigentes à época da sua aplicação, como produto de novas exigências e condições, que não poderiam ser consideradas ao tempo da formação da lei.

O conhecimento interdisciplinar é cada vez mais necessário para uma compreensão mais profunda do Direito, observá-lo sob o prisma da Hermenêutica é tarefa que se impõe, ainda mais quando o tema é Direito de Família. Nesse contexto da hermenêutica é que nos propomos a analisar o art. 226, § 6º da Constituição da República, após a edição da Emenda Constitucional n. 66 de 2010.

⁴³⁸ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 1.

⁴³⁹ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, p. 430.

⁴⁴⁰ DEGNI, Francesco. *L'interpretazione della legge*, Napoli, Jovene, 1909, n. 9, 30 e 31.

4.2.2 A vontade da lei ou do legislador como critério hermenêutico

Há duas teorias da interpretação jurídica, que têm sido fortemente debatidas após a edição da Emenda Constitucional n. 66 de 2010, que discutem qual o melhor critério metodológico que o intérprete ou o aplicador deve seguir para desvendar o sentido da norma: o da vontade do legislador e o da lei.⁴⁴¹

A teoria subjetiva entende que o critério mais apurado para interpretar a lei é analisar a vontade do legislador expressa na norma, ou seja, buscar a *mens legislatoris*. Cujos argumentos se baseiam em dizer que o outro critério, da busca pela *mens legis*, cria um grande subjetivismo, onde se coloca a vontade do intérprete acima da vontade do legislador. Considerando-se importante ressaltar que dentre diversos doutrinadores, podemos citar Savigny como adepto de tal teoria.⁴⁴²

A teoria objetiva, a qual acatamos, por sua vez, defende que se deve ater à vontade da lei, à *mens legis*, cujo fundamento é no sentido objetivo, posto que independe do querer subjetivo do legislador; após o ato legislativo, a lei desprende-se do seu criador, adquirindo existência objetiva.⁴⁴³

Perelman⁴⁴⁴, em seus ensaios sobre interpretação jurídica, denomina essas duas formas de interpretação como estática e dinâmica. Ele diz que a estática ou a antiga é aquela que se esforça em encontrar a vontade do legislador que sancionou o texto legal, enquanto que a interpretação dinâmica é aquela que, como convém, interpreta o texto em função do bem comum ou da equidade.

⁴⁴¹ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, p. 434.

⁴⁴² DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, p. 434.

⁴⁴³ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, p. 434.

⁴⁴⁴ PERELMAN, Ch., *À Propos de La Règle de Droit; Réflexions de Méthode*, in *La Règle de Droit*, Établissements Émile Bruylant, 1971, p. 313/323.

4.2.2.1 Crítica à interpretação da Emenda Constitucional n. 66/2010 conforme a ‘mens legislatoris’

De acordo com Cahali⁴⁴⁵ poucos são os doutrinadores que se atreveram a prestar algum respeito ao método interpretativo que se baseia na *mens legislatoris*. Para ele “*no caso da EC n. 66 exulta a total desvalia desse método, evidenciada desde logo diante da manifesta falta de sintonia e mesmo contradição entre as esparsas e superficiais manifestações que ocorreram no âmbito legislativo*”.

Para Silva⁴⁴⁶ a *mens legislatoris* não pode ser critério de interpretação da norma, pois mesmo que a intenção do legislador tivesse sido no sentido de eliminação da separação, o que importa, atualmente, para interpretar a lei é a *mens legis*, ou seja, a norma objetivada, visto que o conteúdo da lei revela-se independente da intenção de seu autor.

A inovação constitucional veio acompanhada de diversos questionamentos sobre quais seriam as suas reais consequências no mundo jurídico; no entanto, não condiz com a realidade dizer que ela teria correspondência com a sua justificativa.

A lei é elemento da vida social que existe para melhor servir às exigências sociais dentro da realidade da época em que é aplicada, por isso muitas vezes ela sofre modificações para ajustar-se à nova realidade.⁴⁴⁷

Conforme comenta Diniz⁴⁴⁸ “*eis por que se diz que ‘a norma é mais sábia do que o seu elaborador’, porque abrange hipóteses que esse não previu. Isto ocorre, simplesmente, por que a norma, [...] adquire vida própria, uma autonomia relativa, desprende-se da vontade de seu autor com a potencialidade ou virtualidade de reger todos os casos que se apresentem, ainda que a autoridade, ao ditá-la, não tenha tido em mente tais hipóteses, mostrando-se a norma, portanto, mais previdente do que o seu elaborador*”.

⁴⁴⁵ CAHALI, Yussef Said. *Separações Conjugais e Divórcio*, p. 71.

⁴⁴⁶ TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *Divórcio e Separação* após a EC n. 66/2010, p. 24.

⁴⁴⁷ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, p. 435.

⁴⁴⁸ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, p. 435.

Consideramos que o sentido incorporado na norma é mais importante do que o querer do seu criador, pois ela por ser dinâmica pode-se adaptar a novos fenômenos sociais, culturais e etc.

Convindo ressaltar os dizeres de Radbruch, de que *é dever do intérprete compreender e interpretar as normas de maneira melhor e diferente do que aquela de seus autores, repensando o pensado encapsulado na norma jurídica, nas suas infinitas possibilidades.*⁴⁴⁹

4.3 A INTERPRETAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 66/2010 A PARTIR DAS INFLUÊNCIAS HISTÓRICAS

4.3.1 A interpretação fundada no processo histórico

O estudo de antecedentes históricos de um instituto em particular, sujeito à interpretação, revela-se indispensável quando se analisa o sentido real das normas de direito que o envolvem. E este estudo da origem do instituto, ou das disposições interpretadas, proporciona o quadro de suas sucessivas transformações.⁴⁵⁰

De acordo com Ráo⁴⁵¹, as normas jurídicas se sucedem e acompanham as contingências que lhes dão causa; e quando se interpreta uma norma atual e vigente, aconselha-se a investigação das normas que a antecederam, pois tal investigação revelará:

- a) as sucessivas transformações sociais que ditaram as normas anteriores e atual; b) as sucessivas e correspondentes soluções jurídicas adotadas; e c) o laço de continuidade entre as fases de transformação e entre as soluções consecutivas.⁴⁵²

O conhecimento das fases originárias até as atuais revela as necessidades que provocaram a elaboração de norma, e faz conhecer a própria norma em seu conteúdo, e em sua finalidade. Conhecer o processo histórico da norma jurídica faz conhecê-la

⁴⁴⁹ RADBRUCH, Gustav. *Introduzione alla Scienza del Diritto*, trad. Italiana, G. Giappichelli-Editore, Torino, 1961, p. 361.

⁴⁵⁰ RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*, p. 481.

⁴⁵¹ RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*, p. 482.

⁴⁵² RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*, p. 482.

melhor, por se poder apurar, através das soluções anteriores, o alcance total das soluções vigentes.⁴⁵³

Dentre os antecedentes históricos das normas jurídicas figuram os trabalhos legislativos de sua elaboração, “os quais são elementos úteis, [...] mas não decisivos, como outrora eram reputados à luz da doutrina que impunha ao intérprete a tarefa de investigar a vontade subjetiva do legislador”.⁴⁵⁴ Para o referido autor, esses antecedentes qualificam-se como “uma espécie de ilustração e, às vezes, meros comentários do texto, destinados a revelar o pensamento legislativo”.⁴⁵⁵

Conforme Ráo, a interpretação fundada no processo histórico:

[...] é da mais alta valia [...] para esclarecer, com o conteúdo da norma, os seus fins práticos e sociais e, conseqüentemente, o seu sentido jurídico; úteis também são, com caráter igualmente subsidiário e não decisivo, os antecedentes legislativos sobre a elaboração das leis, utilidade, esta, que mais particularmente se manifesta quando estes trabalhos encontram expressão no conteúdo das leis; excelentes subsídios proporcionam, por sua vez, as declarações de motivos que aos textos legais se incorporam. Mas, nenhum desses elementos tem a força, por si só, de determinar um resultado único e irrecusável, na prática da interpretação.

Nesse sentido, passamos para a análise das influências históricas do instituto do divórcio como formas capazes de proporcionar uma interpretação adequada da Emenda Constitucional do Divórcio.

4.3.2 Influências históricas da instituição do divórcio no Brasil para a interpretação da Emenda Constitucional n. 66/2010

As influências históricas do divórcio são de suma importância para analisarmos a Emenda Constitucional n. 66 de 2010, pois não se rompe injustificadamente com o passado. Embora o casamento atual esteja despojado de qualquer conotação institucional preconizada em tempos passados, não se pode negar que se trata de um contrato informado por princípios éticos, sociais, morais e religiosos.⁴⁵⁶

⁴⁵³ RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*, p. 482.

⁴⁵⁴ RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*, p. 483.

⁴⁵⁵ RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*, p. 483.

⁴⁵⁶ CAHALI, Yussef Said. *Separações Conjugais e Divórcio*, p. 75.

Dessa forma, não podemos deixar de reconhecer e respeitar que considerável parcela da nossa sociedade não aceita a dissolução do vínculo matrimonial, seja por razões religiosas, por formação ou por tradição.⁴⁵⁷

A doutrina majoritária diz que o divórcio vem evoluindo, pois segue numa linha de que primeiro existia apenas a separação, depois a separação como requisito do divórcio, e agora apenas o divórcio. Porém, surgiu inicialmente a separação, depois o divórcio com requisitos, mantendo-se a possibilidade de apenas se separar, e com a edição da EC n. 66 de 2010, surge um novo momento histórico, institui-se o divórcio sem condições, facilitado, prestigiando a liberdade e a autonomia da vontade como expressão da dignidade da pessoa humana; um novo divórcio que vem para figurar ao lado da separação conjugal que permanece como opção para o casal que não deseja romper o vínculo conjugal.

Parece-nos um retrocesso dizer que no ordenamento jurídico pátrio existe apenas o divórcio; pois primordialmente o Estado impunha que o casal podia apenas separar-se e agora em contrapartida busca-se fazer o mesmo, impor que o casal apenas promova o divórcio. Conforme analisado por Volpe Camargo⁴⁵⁸, *“nada há que justifique que se passe da ditadura da prévia separação judicial ou separação de fato para a ditadura do divórcio, pelo que não há porque tirar-se do cidadão brasileiro o direito de optar entre apenas separar-se ou divorciar-se”*.

Antes da edição da Emenda Constitucional n. 66 de 2010, inúmeros casais decidiram apenas buscar a separação conjugal, não promoveram o divórcio por opção, o que demonstra que a separação não existia apenas como um requisito. Analise, que embora parte expressiva da doutrina veja a separação conjugal apenas como um empecilho ultrapassado do divórcio, a sociedade a considerava e ainda a visualiza como outra opção, uma forma de desfazer o casamento, apenas colocando termo na sociedade conjugal.

⁴⁵⁷ CAHALI, Yussef Said. *Separações Conjugais e Divórcio*, p. 75.

⁴⁵⁸ VOLPE CAMARGO, Lauane Andrekowisk. *Da ditadura da separação à ditadura do divórcio*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mar-08/ditadura-separacao-ditadura-divorcio-lidar-instituicao>> Acesso em 10/10/2013.

O Direito de Família evoluiu, a facilitação do divórcio era imprescindível e a separação judicial deixou de existir apenas como requisito e antecâmara do divórcio. O instituto da separação continua a existir de forma independente do divórcio, como desde o princípio.

Conforme as palavras de Cahali, “*divórcio e separação judicial são institutos autônomos e distintos: o primeiro com disciplina (a partir de 1934) necessariamente constitucional; o segundo, desde a Lei do Matrimônio Civil, com sua disciplina exaurida em sede infraconstitucional*”.⁴⁵⁹

Portanto, as influências históricas do divórcio permitem constatar que a separação pode existir autonomamente, sem trazer qualquer prejuízo aos cônjuges que decidem romper a sociedade ou o vínculo conjugal.

4.4 A INTERPRETAÇÃO DO ART. 226, §6º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, APÓS A EDIÇÃO DA EC N. 66/2010, FUNDAMENTADA NOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA INTERVENÇÃO MÍNIMA DO ESTADO NO DIREITO MATRIMONIAL, DA AUTONOMIA DA VONTADE E DA LIBERDADE, COMO ELEMENTOS DE EFICÁCIA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A corrente majoritária, denominada *abolicionista*, apresenta como fundamento mais forte para a interpretação da Emenda Constitucional n. 66 de 2010 a impossibilidade de interferência estatal na autonomia de vontade privada; e defende a extinção do instituto da separação judicial, previsto no Código Civil de 2002, realizando uma análise sobre a interferência mínima do Estado no Direito Matrimonial face ao direito de liberdade previsto no ordenamento jurídico pátrio.

Porém, tais argumentos não compreendem a dimensão da Emenda Constitucional n. 66 de 2010, pois não está presente a autonomia da vontade, tampouco a liberdade das partes, se elas não possuem o direito de escolher a forma como pôr termo no seu relacionamento conjugal.

⁴⁵⁹ CAHALI, Yussef Said. *Separações Conjugais e Divórcio*, p. 76.

É importante dizer que antes da promulgação da Emenda Constitucional n. 66/2010 os casais poderiam escolher como dissolver a sua união conjugal, pela separação de fato, pela separação ou pelo divórcio judicial ou extrajudicial.

Não faz sentido defender que os casais devem buscar apenas o divórcio, vivemos em um Estado Democrático de Direito, onde as pessoas são livres para casar, permanecer casadas, separar-se ou divorciar-se.

As argumentações da teoria *eclética* consagram o pleno respeito à dignidade da pessoa humana, quando apresentam como base de seus fundamentos a possibilidade de livre escolha dos cônjuges para terminar a relação conjugal da forma como melhor lhes aprouver, ou pela separação, ou pelo divórcio.

Convém ressaltar que a teoria *abolicionista* preceitua que antes da Emenda Constitucional n. 66 de 2010 a liberdade dos cônjuges era restringida pelos requisitos temporais, que determinavam a existência de uma separação de fato ou de uma separação judicial, para a decretação do divórcio. Diz ainda que após a Emenda Constitucional n. 66/2010, a liberdade e a autonomia da vontade está presente no fato de que os cônjuges podem romper seu relacionamento a qualquer tempo, sem empecilhos que lhe impeçam exercer o seu direito de divorciar-se.

Contudo, conforme a teoria *eclética*, a liberdade e a autonomia da vontade vão mais longe com o novo texto constitucional, tais pressupostos permitem que o casal além de poder romper o casamento quando quiser (até mesmo na noite de núpcias) poderá fazer da melhor maneira que convier, com o divórcio sem barreiras ou com a separação conjugal.

Portanto, os argumentos apresentados pela teoria *abolicionista* no que tange ao princípio da liberdade e da autonomia da vontade são incompletos, pois não dispõem acerca da amplitude e da real extensão da Emenda Constitucional n. 66/2010, que alterou o instituto do divórcio. As inovações advindas para o Direito de Família dizem respeito à retirada de entraves para a decretação do divórcio e à consagração de um modelo dualista opcional e não mais obrigatório de dissolução do casamento.

4.4.1 Princípio da intervenção mínima do Estado no Direito Matrimonial

O princípio da intervenção mínima do Estado no Direito Matrimonial está sendo fortemente debatido, especialmente no que tange ao divórcio, após a edição da Emenda Constitucional n. 66/2010, pois tem-se questionado se tal princípio leva a separação conjugal a ser considerada extinta do ordenamento jurídico pátrio; e se o novo divórcio livre de empecilhos não estaria ferindo o princípio da proteção à família.

Para responder ao primeiro questionamento, considera-se que o referido princípio está sendo tratado de forma distorcida, pois realmente o Estado não deve interferir no Direito Matrimonial, principalmente na escolha do meio de pôr fim no relacionamento conjugal.

Não é pelo fato de que a intervenção do Estado deve ser mínima, que o instituto da separação deixará de existir. Pelo contrário, é por causa disso que a separação conjugal deve persistir no sistema familiarista brasileiro. Pois é em razão da intervenção mínima do Estado, que aos cônjuges deve ser dado a liberdade e a autonomia da vontade de decidir qual a melhor forma de terminar sua relação conjugal, ou pela separação, ou pelo divórcio.

E com relação à segunda questão – que diz respeito à possibilidade do divórcio estar atingindo o princípio da proteção à família, nesse caso, a constituída pelo casamento – convém analisarmos dois aspectos: a) o princípio da proteção da família, e b) o cunho imperativo das normas desse ramo do Direito.⁴⁶⁰

Conforme o *caput* do art. 226 da Constituição da República: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. E isso ocorre, pois se reconhece que a família é a base da estruturação do Estado. Preceitua Rodrigues⁴⁶¹ que “as raízes morais da organização social” se assentam na família e que por esse motivo o Estado tem interesse em protegê-la, na busca de proporcionar a ela um “desenvolvimento estável e a

⁴⁶⁰ KONRAD, Mário Alberto. Uma análise constitucional: o divórcio à luz dos princípios da proteção da dignidade humana, da liberdade e da intervenção mínima do Estado. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão (Org.). *O novo divórcio no Brasil, de acordo com a EC n. 66/2010*. Bahia: Editora Jus Podivm, 2011, p. 81.

⁴⁶¹ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. 27ª Ed. Atualizado por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 5.

intangibilidade de seus elementos institucionais”. E Gomes⁴⁶² assevera, que a importância da família faz com que a maioria das normas do direito desse ramo tenham cunho imperativo.

Com base no acima exposto, convém dizer que após a edição da Emenda Constitucional n. 66/2010 o divórcio, livre de requisitos, não está atingindo o princípio da proteção da família, pelo contrário, as novas diretrizes do divórcio consagram a proteção à família, pois os envolvidos deixam de viver aprisionados a um vínculo indesejado, tão logo manifestem a vontade de romper o liame conjugal, e passam a estar livres de um casamento em ruínas, que pode acarretar em prejuízos de toda ordem.

Além disso, convém apresentar o preceituado por Konrad, o qual considera que:

A proteção estatal não é conferida, [...], ao ato de formação do vínculo jurídico matrimonial, nem tampouco ao meio de extinção do casamento. Com isso podemos concluir que o divórcio na nova configuração inaugurada pela Emenda Constitucional n. 66/2010 não atinge o princípio da proteção da família, até por que esta subsiste enquanto a relação familiar persistir nos moldes que surgira com a celebração do casamento, deixando de existir a partir do momento que um ou ambos os cônjuges opta por terminar com o casamento pelo divórcio. Em suma, a proteção estatal é dirigida à relação familiar, seja ela matrimonial ou não, e não ao modo de constituição ou extinção.⁴⁶³ (grifou-se)

Assim, constata-se que o princípio da intervenção mínima do Estado, após a edição da Emenda Constitucional n. 66/2010, não passou a extinguir o instituto da separação conjugal do nosso sistema jurídico, nem a atingir o princípio da proteção da família; pois a intervenção do Estado deve ser mínima para assegurar os princípios da liberdade e da autonomia da vontade, como concretizadores da dignidade da pessoa humana, em casos de rompimento da sociedade e do vínculo conjugal.

4.4.2 Princípio da autonomia da vontade e da liberdade da pessoa

É importante considerar que o Estado resistia em permitir que as pessoas rompessem o casamento; antes o matrimônio era indissolúvel e, depois, mesmo com a

⁴⁶² GOMES, Orlando. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 2.

⁴⁶³ KONRAD, Mário Alberto. Uma análise constitucional: o divórcio à luz dos princípios da proteção da dignidade humana, da liberdade e da intervenção mínima do Estado. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão (Org.). *O novo divórcio no Brasil, de acordo com a EC n. 66/2010*, p. 83.

instituição do divórcio, com o advento da Lei do Divórcio, persistia a imposição de prazos, a identificação de culpados e a necessidade de um duplo procedimento. Embora existisse consenso dos cônjuges, primeiro era preciso separar para depois converter a separação em divórcio, e isso depois do decurso de um ano. A possibilidade de obter o divórcio direto existia somente depois de dois anos da separação de fato. Ou seja, ninguém conseguia casar novamente antes de tais prazos, o que implicava uma afronta ao princípio da autonomia da vontade, da liberdade, e, sobretudo, da dignidade da pessoa humana.⁴⁶⁴

A Emenda Constitucional n. 66/2010 vem para consagrar a liberdade dos cônjuges, respeitando a autonomia da vontade. As cláusulas de barreiras que eram impostas foram extirpadas do nosso ordenamento jurídico, e as pessoas passaram a ser livres para casar, permanecer casadas, para separar-se, divorciar-se, restabelecer o casamento ou casar novamente.

A doutrina majoritária tem opinado no sentido de que a liberdade e a autonomia da vontade passaram a ser respeitadas somente em razão da extinção de requisitos para a propositura do divórcio, e que as pessoas tornaram-se livres para casar, divorciar-se e casar de novo.

Porém, a Emenda Constitucional n. 66 de 2010 vai além disso, vem para tornar mínima a interferência do Estado no direito matrimonial; e para inaugurar o sistema dual opcional de dissolução do casamento. Pois, não há como verificar a liberdade e a autonomia da vontade se estiver ao alcance dos cônjuges somente a forma dissolutória do divórcio. Quando há o interesse de romper a relação conjugal, deve-se respeitar a vontade das pessoas, pois vivemos num Estado Democrático de Direito.

Gama⁴⁶⁵ traça a seguinte diretriz quando aborda o princípio da liberdade. Veja-se:

⁴⁶⁴ SILVA, Danúbia Cantieri. Divórcio à luz da EC 66/10: uma perspectiva na dignidade da pessoa humana. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 112, maio 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12752>. Acesso em 02/11/2013.

⁴⁶⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios Constitucionais de Direito de Família*. São Paulo: Editora Atlas, 2008, pp. 75-76.

Houve um alargamento do Direito de Família em relação ao princípio da liberdade, eis que o modelo patriarcal de família, caracterizado pelo hermetismo, rigidez e forma estática, se fez substituir pelo modelo eudemonista, plural, democrático e, assim, dinâmico. De acordo com a doutrina, o princípio da liberdade na família apresenta, fundamentalmente, duas vertentes essenciais: a liberdade de entidade familiar, diante do Estado e da sociedade, quanto à sua constituição, manutenção e extinção; e, a liberdade de cada familiar diante dos demais integrantes da própria entidade familiar.

E assim podemos constatar que o princípio da liberdade, intimamente ligado ao pluralismo democrático, no âmbito das relações familiares, se associa à autonomia da vontade no sentido da livre escolha de constituição, de manutenção e de extinção da entidade familiar, sem que haja qualquer tipo de imposição externa, sobretudo do Estado e da sociedade.

Não negamos a evolução do Direito de Família, que passou a permitir o divórcio direto, sem entraves e prazos, que possibilitou à outra entidade familiar, formada pela união estável, a desnecessidade de conviver com a assombração do casamento falido do separado de fato ou judicialmente, que não podia contrair novas núpcias até o momento de decretação do divórcio.

Nesses casos, em que há o interesse de formar uma nova família, não há por que ficar atrelado a um vínculo falido, e por isso é melhor que se promova diretamente o divórcio. Além disso, existem cônjuges que, embora não desejem constituir uma nova família, buscam o divórcio direto. Entretanto, negar que há casais que não desejam romper o vínculo conjugal é ser extremista, vivemos numa sociedade livre e não podemos extirpar o direito de apenas terminar a sociedade conjugal.

A família é entidade que deve ser preservada, a Constituição da República em seu artigo 226, §3º prescreve tal proteção, e por isso não podemos determinar que os cônjuges, caso queiram romper o casamento, possam apenas divorciar-se.

Gama de forma prudente enfatiza que *“no contexto do mundo contemporâneo, a noção de justiça não pode ser considerada sob a ótica individualista [...]”. Somente com o efetivo implemento do sistema jurídico-constitucional, fundado no existencialismo, no personalismo, no humanismo e no solidarismo, será possível o reconhecimento da presença dos fundamentos da República Federativa do Brasil no contexto de um*

autêntico Estado Democrático e Social de Direito, com a garantia da cidadania a todos, fundado na dignidade da pessoa humana, voltado na construção de uma sociedade baseada na liberdade, na justiça e na solidariedade [...]”⁴⁶⁶.

Dessa forma, é importante constatar que não cabe ao Estado, como ente responsável pela organização da democracia, se preocupar com as particularidades da vida a dois, que só dizem respeito às partes, assim como de retirar o poder de decisão pela ruptura (separação ou divórcio) de um casamento falido.

4.4.3 Princípio da dignidade da pessoa humana

O Direito de Família com a promulgação da Constituição da República de 1988 tem buscado priorizar a dignidade da pessoa humana. E a Emenda Constitucional n. 66 de 2010 veio para prestigiar princípios constitucionais como a liberdade e a autonomia da vontade, como meios que concretizam a dignidade das pessoas.

O princípio da dignidade da pessoa humana é aquele que rege todo o sistema jurídico pátrio e está intrínseco a toda pessoa humana. Como leciona Bianca⁴⁶⁷:

Do princípio da dignidade da pessoa humana decorre a premissa de que o indivíduo não existe para o fim precípuo de constituir família e procriar, conforme exigia o antigo Estado-Igreja, mas para a busca de sua felicidade e realização pessoal, objetivo no qual a família se insere como instrumento de efetivação do fim pretendido.

A dignidade da pessoa humana é, atualmente, o princípio basilar do nosso ordenamento jurídico, pois com a promulgação da Constituição da República de 1988 a pessoa humana é colocada no centro do ordenamento jurídico. Na Carta Magna em seu artigo 1º, inciso III, o referido princípio é elencado como sendo um dos fundamentos da República:

⁴⁶⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios Constitucionais de Direito de Família*, pp. 123-124.

⁴⁶⁷ BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto di famiglia*. Cap. 1 ao 10. Disponível em: <http://www.docsity.com/it-docs/cap_da_1a10_1_diritto_di_famiglia_massimo_bianca>. Acesso em 15/05/2013.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

[...]

Por isso, que ele está entrelaçado com todos os ramos de direito, principalmente com o Direito de Família, que deve ser interpretado de forma a elevar o ser humano ao topo de nosso ordenamento jurídico.⁴⁶⁸

A ausência de dignidade possibilita a assimilação do ser humano como instrumento, coisa, na medida em que viola uma característica própria e delimitadora da própria natureza humana.⁴⁶⁹

Para encontrar a conceituação de dignidade da pessoa humana é interessante se valer, sobretudo, da etimologia do termo *dignitas*, que significa respeitabilidade, prestígio, consideração, estima ou nobreza.⁴⁷⁰

O conceito de dignidade da pessoa humana, vai além de qualquer conceituação jurídica, posto que a dignidade é, como dito, condição inerente ao ser humano, atributo que o caracteriza como tal. Por isso, podemos compreender que: “A *dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos a priori, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana*”.⁴⁷¹

Sarlet ao informar sobre as dificuldades de uma definição precisa e satisfatória de dignidade da pessoa humana relembra que foi Kant quem definiu o entendimento de que o homem, por ser pessoa, constitui um fim em si mesmo e, por isso, não pode ser

⁴⁶⁸ SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. In: *Revista de Direito Administrativo*, v. 212, abr./jun. 1998, p. 84-94.

⁴⁶⁹ SILVA, Danúbia Cantieri. Divórcio à luz da EC 66/10: uma perspectiva na dignidade da pessoa humana. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 112, maio 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12752>. Acesso em 02/11/2013.

⁴⁷⁰ SILVA, Danúbia Cantieri. Divórcio à luz da EC 66/10: uma perspectiva na dignidade da pessoa humana. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 112, maio 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12752>. Acesso em 02/11/2013.

⁴⁷¹ SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. In: *Revista de Direito Administrativo*, pp. 84-94.

considerado como simples meio, de modo que a instrumentalização do ser humano é vedada. A dignidade não pode ser renunciada, de tal sorte que não se pode falar na pretensão de uma pessoa de concessão da dignidade, posto que o atributo lhe é inerente, dada a própria condição humana.⁴⁷²

Piovesan dispõe que “*todo ser humano tem uma dignidade que lhe é inerente, sendo incondicionada, não dependendo de qualquer outro critério, senão ser humano. O valor da dignidade humana se projeta, assim, por todo o sistema internacional de proteção. Todos os tratados internacionais, ainda que assumam a roupagem do Positivismo Jurídico, incorporam o valor da dignidade humana*”.⁴⁷³

Para uma elucidação mais completa, aproveitamo-nos da definição apontada por Sarlet, para o qual, dignidade é:

Qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.⁴⁷⁴

Nery destaca a vida e a liberdade como norteadores da dignidade da pessoa humana:

[...] a vida é essencialidade do ser humano e a liberdade é potencialidade expressiva da existência humana, são esses os valores que norteiam o princípio da dignidade da pessoa humana. Falar-se em dignidade do ser humano, portanto, é prestigiar-lhe a vida e a liberdade.⁴⁷⁵

Com o advento da Emenda Constitucional n. 66/2010 a dignidade da pessoa humana tomou o seu devido lugar, quando o assunto diz respeito ao divórcio. A

⁴⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos Princípios Constitucionais - Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.

⁴⁷³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 188.

⁴⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 24.

⁴⁷⁵ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Noções preliminares de direito civil*. São Paulo: RT, 2002, p. 114.

dignidade da pessoa restou consagrada com a facilitação de promover o divórcio sem quaisquer entraves e com a possível escolha da forma de pôr termo no casamento. Os princípios da liberdade e da autonomia da vontade concretizam a dignidade da pessoa humana, quando se trata de interesses envolvendo o rompimento da relação conjugal.

Para concluir, resta-nos dizer que, respeitados os posicionamentos diversos, o divórcio após a Emenda Constitucional n. 66/2010 não passou a ser a única forma voluntária de dissolução do casamento. A inovação está simplesmente na sua facilitação: o divórcio atual pode ser pleiteado e concedido sem qualquer requisito que lhe embarace; e é isso que deve ser comemorado. A separação conjugal permanece no sistema jurídico brasileiro, atendendo aos anseios daqueles que desejam pôr termo apenas na sociedade conjugal, embora eles representem um número reduzido na sociedade.

Não podemos fazer interpretações distorcidas e distantes do real sentido da nova norma constitucional, sob pena de ofensa aos princípios da intervenção mínima do Estado, da liberdade, da autonomia da vontade e da dignidade da pessoa humana, pois no Estado Democrático de Direito em que vivemos as pessoas devem estar livres para casar-se, permanecer casadas, separar-se ou divorciar-se.

Considerações Finais

Com fundamento no estudo realizado, que se operou em quatro degraus⁴⁷⁶, para a avaliação das particularidades do instituto do divórcio no contexto jurídico brasileiro atual, tornou-se possível constatar que a Emenda Constitucional n. 66/2010 inaugurou um novo momento no Direito de Família. Razão pela qual passa-se a tecer as seguintes considerações finais, a saber:

A primeira, que o processo existente até o surgimento da Emenda Constitucional n. 66 de 2010, para livrar-se da união falida – era desnecessariamente dificultado. A nova dicção do texto constitucional deu nova roupagem ao Direito de Família, expurgou requisitos temporais desnecessários, sem extinguir o instituto da separação conjugal, consagrando o princípio da liberdade e da autonomia da vontade que devem estar presentes tanto na constituição como na dissolução das relações conjugais.

A segunda, que a facilitação do divórcio com a supressão dos requisitos temporais para a sua concessão foi um considerável avanço no Direito de Família. E o fim do casamento pelo divórcio direto, independente de culpa, motivação ou separação prévia são fatores que merecem ser celebrados; pois a simplificação do referido procedimento não quer dizer “o fim da família”, ou “a ruína da instituição do casamento”. Esses são ultrapassados conceitos que foram temidos com o surgimento do divórcio no nosso sistema jurídico.

A terceira, que a facilitação do divórcio vem para brindar o novo contexto social, proteger a mulher, incentivar o casamento e organizar a vida em sociedade. Tendo em vista que a separação de fato pela dificuldade de divorciar-se, antes da Emenda Constitucional n. 66/2010, levou a mulher, muitas vezes, a ficar desprovida de proteção no âmbito patrimonial, caso constituísse uma nova família; pois não se pode deixar de pesar o fato de que as mulheres muitas vezes não desfrutam da exata paridade com o seu

⁴⁷⁶ Partindo de um traçado evolutivo da família, do casamento e das formas de dissolução da sociedade e do vínculo conjugal, passando pela análise do instituto do divórcio na legislação comparada, no Direito Internacional, e na perspectiva histórica, e pela abordagem da Emenda Constitucional n. 66/2010 – da sua origem aos seus reflexos, até chegar à análise das interpretações que o novo texto constitucional acarretou na nossa ordem jurídica.

cônjuge ou companheiro dentro do âmbito familiar. Conforme Nery⁴⁷⁷ isso se dá por causa da indefinição do patrimônio que auxilia a formar e que, não raras vezes, permanece registrado apenas no nome do companheiro.

A quarta, que, atualmente, basta apenas a manifestação de vontade de qualquer dos cônjuges para que seja promovido o divórcio; e que será mencionada a violação de deveres e obrigações conjugais somente para a discussão da responsabilidade civil em casos de dano material ou moral, sem que esta afete o direito ao divórcio.

A quinta, que é importante esclarecer que a separação conjugal deverá ser promovida somente entre os casais que não desejam romper o vínculo, pois a separação tem diversos fatores que prejudicam os consortes que desejam com convicção divorciar-se. A separação pode acarretar, dentre outras situações, por exemplo, a dificuldade de localização dos separados para promover o divórcio mais tarde, e poderá impossibilitar os separados de constituir uma nova família formada pelo casamento. Assim, para os casais que possuem a certeza do rompimento do vínculo, é indiscutível que o melhor caminho deverá ser o do divórcio.

A sexta, que, o divórcio direto, facilitado e livre não torna inútil a separação conjugal, que serve para os casais que assim desejarem terminar a relação conjugal. A separação conjugal tem sido considerada um instituto retrógrado, mas na verdade ela é a expressão de que vivemos num Estado democraticamente livre, onde as pessoas podem decidir entre casar ou não, permanecer casado, separar-se ou divorciar-se.

A sétima, que a Constituição da República consagra o direito ao casamento, e institui o direito de não permanecer casado, dizendo que o casamento *pode* ser dissolvido pelo divórcio, e não que *deve* ser dissolvido pelo divórcio.⁴⁷⁸

A oitava, que as Constituições jamais disciplinaram, nem sequer referiram, quanto à possibilidade de dissolução da sociedade conjugal (tratando apenas da indissolubilidade ou da dissolubilidade do vínculo matrimonial), razão pela qual questiona-se como poderia a Emenda haver suprimido aquilo que a Constituição não

⁴⁷⁷ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Manual de Direito Civil: Família*, p. 282.

⁴⁷⁸ TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *A Emenda Constitucional do Divórcio*, p. 16.

disciplinava.⁴⁷⁹ De acordo com Delgado: “*O raciocínio contrário nos levaria à conclusão, de que também a “separação de fato”, ela própria, teria sido suprimida pela alteração constitucional, uma vez que era mencionada, com a separação legal, e agora não o é mais*”.⁴⁸⁰

A nona, que a Emenda Constitucional n. 66 trouxe para o ordenamento jurídico pátrio a dissolução do casamento sem empecilhos formais ou materiais e a possibilidade da dissolução da sociedade conjugal, desde que tal procedimento não seja colocado como um requisito, uma barreira, um freio ou mesmo um redutor do princípio da dissolubilidade.⁴⁸¹ E que essa foi a revolução advinda com a Emenda Constitucional do Divórcio, de que os cônjuges podem optar entre dissolver logo o casamento, ou dissolver apenas a sociedade conjugal, mantendo-se o sistema dual opcional de extinção da sociedade e do vínculo conjugal.

A décima, que diz respeito à instauração de um sistema dual *opcional* de dissolução da sociedade e do vínculo conjugal, para que se vislumbre um sistema jurídico dentro dos ditames constitucionais da intervenção mínima do Estado no Direito Matrimonial, da liberdade individual, da autonomia da vontade e da dignidade da pessoa humana, em que se garanta meios eficazes para atender os anseios sociais.

⁴⁷⁹ DELGADO. Mario Luiz. A nova redação do §6º do art. 226 da CF/1988: por que a separação de direito continua a vigorar no ordenamento jurídico brasileiro. In: *Separação, divórcio e partilhas e inventários extrajudiciais*. Coord. Antonio Carlos Mathias Coltro, Mário Luiz Delgado. 2ª Ed. revista e ampliada – Rio de Janeiro; Forense, 2010, pp. 25-48.

⁴⁸⁰ DELGADO. Mario Luiz. A nova redação do §6º do art. 226 da CF/1988: por que a separação de direito continua a vigorar no ordenamento jurídico brasileiro. In: *Separação, divórcio e partilhas e inventários extrajudiciais*. Coord. Antonio Carlos Mathias Coltro, Mário Luiz Delgado. 2ª Ed. revista e ampliada – Rio de Janeiro; Forense, 2010, pp. 25-48.

⁴⁸¹ DELGADO. Mario Luiz. A nova redação do §6º do art. 226 da CF/1988: por que a separação de direito continua a vigorar no ordenamento jurídico brasileiro. In: *Separação, divórcio e partilhas e inventários extrajudiciais*. Coord. Antonio Carlos Mathias Coltro, Mário Luiz Delgado. 2ª Ed. revista e ampliada – Rio de Janeiro; Forense, 2010, pp. 25-48.

Referências Bibliográficas

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Coordenador científico). *Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados*. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª Ed., ampliada. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Emenda Constitucional do Divórcio. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão (Org.). *O novo divórcio no Brasil, de acordo com a EC n. 66/2010*. Bahia: Editora Jus Podivm, 2011, pp. 93-101.

BANNURA, Jamil Andraus Hanna. O novo divórcio – a técnica contra o despejo. In: *Multijuris: primeiro grau em ação*. Vol. 5. n. 9. Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas TJRS. 2010, pp. 16-20.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito de Família*. São Paulo: Red livros, 2001.

BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto di famiglia*. Cap. 1 ao 10. Disponível em: http://www.docsity.com/it-docs/cap_da_1a10_1_diritto_di_famiglia_massimo_bianca. Acesso em 15/05/2013.

BILHALVA, Jacqueline Michels. *A aplicabilidade e a concretização das normas constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BOMFIM, Silvano. *O Regime da Participação dos Aquestos no Código Civil de 2002*. Revista Brasileira do Direito das Famílias e Sucessões, n. 09, abril-maio de 2009.

BORGES FILHO, Adalberto. O Novo Panorama do Divórcio no Brasil: O Fim da Separação Judicial [?]. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 89, 01/06/2011 [Internet]. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9667. Acesso em 15/10/2011.

BOSSERT, Gustavo A. e Zannoni, Eduardo A. *Manual de Derecho de Familia*. 6ª Edición Actualizada. Buenos Aires: Editorial Ástrea, 2004.

BRASIL. *Código Civil*. Lei n. 3.071 de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L3071.htm> Acesso em 01/06/ 2013.

_____. *Código Civil*. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 01/06/2013.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 01/06/2013.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil* (de 24 de fevereiro de 1891). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao/C3%A7ao91.htm>. Acesso em 01/06/2013.

_____. *Projeto de Lei n. 22/1999*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14271>>. Acesso em 01/06/2013.

_____. *Projeto de Lei n. 413/2005*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=290450>>. Acesso em 01/06/2013.

_____. *Projeto de Lei n. 33/2007*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=347707>>. Acesso em 01/06/2013.

_____. *Projeto de Lei n. 28/2009*. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=91651sicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14271>. Acesso em 01/06/2013.

_____. *Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977*. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 ago. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm> Acesso em 01/06/2013.

CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e Separação*. 9ª Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Separações Conjugais e Divórcio*. 12ª Ed., revista, atualizada e ampliada da obra Divórcio e Separação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 7ª Ed., 3ª Reimpressão.

CARDOSO, Fabiana Domingues. *Regime de Bens e Pacto Antenupcial*. São Paulo: Editora Método, 2011.

CARVALHO, Dimas Messias de. *Caso Concreto: Emenda do Divórcio (EC n. 66/2010) e Separação Judicial em andamento – Parecer do Ministério Público*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/impresao.php?t=artigos&n=675>>. Acesso em 04/11/2011.

CARVALHO NETO, Inácio de. *Separação e Divórcio: teoria e prática*. 9ª Ed., Curitiba: Juruá, 2008.

CHAVES, Marianna. O Divórcio e Separação no Brasil – Algumas Considerações após a Aprovação da EC 66. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. V. 20 (fevereiro/março 2010) Porto Alegre: Magister. pp. 5-18.

CHINELATO, Silmara Juny. Direito patrimonial de família: Do Regime de Bens entre Cônjuges. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; TÔRRES, Heleno Taveira e CARBONE, Paolo (Coords.). *Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e outros temas – Homenagem a Tullio Ascarelli*. 2ª edição. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

_____. *Comentários ao Código: do direito de família (arts. 1591 a 1710)*. Antônio Junqueira de Azevedo (Coord.). São Paulo, 2004.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *O Direito Civil Brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro*. In: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. n. 40. Ano XIV. Porto Alegre, 1987. pp. 128-149.

CRUZ, Thyago. *A Emenda Constitucional nº 66/2010 e suas implicações jurídicas*. Disponível em: <<http://www.doretto.adv.br/?intSecao=158&intConteudo=847>>. Acesso em: 03/04/2012.

DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. MATHIAS, Maria Ligia Coelho. Aspectos Processuais da Nova Sistemática do Divórcio. In: *O novo divórcio no Brasil, de acordo com a EC n. 66/2010*. Org. FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão. Bahia: Editora Jus Podivm, 2011. pp. 397-410.

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 4ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DEGNI, Francesco. *L'interpretazione della legge*, Napoli, Jovene, 1909, n. 9, 30 e 31.

DEITOS, Marc Antoni. A Europeização do Direito Internacional Privado e os divórcios Internacionais na União Europeia: competência jurisdicional e lei aplicável. In: DEL'OLMO, Florisbal de Souza; DARCANCHY, Mara; SUSKI, Liana Maria Feix (Orgs.). *Vertentes do direito internacional contemporâneo e cidadania*. Campinas: Millennium, 2012. pp. 167-181.

DELGADO, Mário Luiz. A nova redação do §6º do art. 226 da CF/1988: por que a separação de direito continua a vigorar no ordenamento jurídico brasileiro. In: *Separação, divórcio e partilhas e inventários extrajudiciais*. Coord. Antonio Carlos Mathias Coltro, Mário Luiz Delgado. 2ª Ed. revista e ampliada – Rio de Janeiro; Forense, 2010, pp. 25-48.

DIAS, Maria Berenice. *A mulher no Código Civil*. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/18_-_a_mulher_no_c%F3digo_civil.pdf> Acesso em 05/02/2014.

_____. *Até que enfim*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=513>>. Acesso em agosto de 2013.

_____. *Divórcio já!* Comentários á Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Manual de direito das famílias*. 7ª. Ed. revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 21ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

_____. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Direito de Família. Vol. 5. 25ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ESPÍNOLA, Eduardo. *A Família no Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Gazeta Judiciária Editora S.A., 1954.

FACHIN, Luiz Edson. *Elementos Críticos de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *A Separação Judicial à Luz do Garantismo Constitucional: A afirmação da dignidade humana como um réquiem para a culpa na dissolução do casamento*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

_____. Redesenhando os contornos da dissolução do casamento (Casar e permanecer casado: eis a questão). In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FERRAZ, Carolina Valença. Análise da culpa pelo fim do casamento no contexto da nova sistemática do divórcio. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão (Org.). *O novo divórcio no Brasil, de acordo com a EC n. 66/2010*. Bahia: Editora Jus Podivm, 2011. pp. 221-249.

FREITAS, Juarez. *Hermenêutica Jurídica: O Juiz só aplica a lei injusta se quiser*. In: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. n. 40. Ano XIV. Porto Alegre, 1987.

FIGUEIREDO, Janaína. *Argentina propõe mudar lei para facilitar “divórcio express”*. Notícia publicada no site do jornal “O Globo”. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/mundo/argentina-propoe-mudar-lei-para-facilitar-divorcio-express-4431728#ixzz2vfvuM0mC>> Acesso em 10/03/2014.

FUSTEL DE COLANGES, Numa Denis. *A Cidade Antiga*. 4ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

GAGLIANO, Pablo Stolze. A Nova Emenda do Divórcio: Primeiras Reflexões. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. V. 16 (junho/julho 2010) Porto Alegre: Magister. pp. 5-19.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O novo divórcio*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios Constitucionais de Direito de Família*. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1978.

_____. *Direito de Família*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1983.

_____. *Direito de família*. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1987.

HESSE, Konrad apud NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 4ª Ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Método, 2010.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. TARTUCE, Flávio. A Emenda do Divórcio e os Alimentos. Principais Impactos. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão (Org.). *O novo divórcio no Brasil, de acordo com a EC n. 66/2010*. Bahia: Editora Jus Podivm, 2011. pp. 281-295.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Casamento e Regime de Bens*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4095/casamento-e-regime-de-bens>>. Acesso em 27/1/2011.

JAYME, Erik. Visões para uma Teoria Pós-Moderna do Direito Comparado. In: *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS – Seleção de Textos da obra de Erik Jayme*. 2ª Ed. Vol. I. Número I. Março /2003. p. 115/131.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad.: João Baptista Machado. 6ª Ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KONRAD, Mário Alberto. Uma análise constitucional: o divórcio à luz dos princípios da proteção da dignidade humana, da liberdade e da intervenção mínima do Estado. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão (Org.). *O novo divórcio no Brasil, de acordo com a EC n. 66/2010*. Bahia: Editora Jus Podivm, 2011. pp. 69-90.

LAGRASTA, Caetano. *Divórcio – O fim da Separação e da Culpa?* Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.com.br/impressao.php?t=artigos&n=690>>. Acesso em 05/11/2011.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Tratado de Direito de Família*. Vol. 1, Curitiba: Juruá, 1991.

LEITE, Glauber Salomão. A Emenda do Divórcio: o fim da separação de direito? In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão (Org.). *O novo divórcio no Brasil, de acordo com a EC n. 66/2010*. Bahia: Editora Jus Podivm, 2011. pp. 171-193.

LOBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil*. Famílias. 2ª Ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

_____. *Divórcio: Alteração constitucional e suas conseqüências*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/impressao.php?t=artigos&n=629>>. Acesso em 04/11/2011.

_____. *Separação era instituto anacrônico*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.com.br/impressao.php?t=artigos&n=654>>. Acesso em 04/11/2011.

MADALENO, Rolf. A Crise Conjugal e o Colapso dos Atuais Modelos de Regimes de Bens. In: *Revista Brasileira do Direito das Famílias e Sucessões*, n. 25, dezembro-janeiro de 2012.

_____. *Curso de Direito de Família*. Rio de Janeiro, 2011.

_____. *Direito de família: aspectos polêmicos*. 2ª Ed. Revista e Atualizada. Porto ALEGRE: Livraria do Advogado, 1999.

_____. *O divórcio da EC 66/2010*. Disponível em <<http://www.rolfmadaleno.com.br>>. Acesso em 02/11/2011.

MAIA JUNIOR, Mairan Gonçalves. *O regime da comunhão parcial de bens no casamento e na união estável*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

MOLD, Cristian Fetter. Divórcio: passado, presente e futuro de um instituto em constante transformação. In: BASTOS, Eliene Ferreira; SOUZA, Asiel Henrique de (Coords.). *Família e Jurisdição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. pp. 65-75.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*, vol. 2, 3ª Ed. revista. São Paulo: Editora Saraiva, 1994.

MOTTA, Carlos Dias. *Direito Matrimonial e seus princípios jurídicos*/ Carlos Dias Motta; prefácio à 1ª edição de Fábio Ulhoa Coelho. 2ª Ed. revista, atualizada e ampliada São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3ª Ed., revista e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NAMUR, Samir. A irrelevância da culpa para o fim do casamento. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano VII, n. 08, 2006. Disponível em: <<http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista08/Discute/Samir.pdf>> Acesso em 20/02/2014.

NEIVA, Gerivaldo. *A quem pertence o direito de estar ou não casados: ao Estado ou às pessoas?* Disponível em: <<http://magrs.net/?p=14019>> Acesso em 10/10/2013.

NERY, Rosa Maria de Andrade. *Manual de Direito Civil: Família*. 1ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Noções preliminares de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NORONHA, Carlos Silveira. As contribuições da canonística às instituições jurídicas estatais. In: *Revista da Faculdade de Direito – Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Vol. 30, Nov/2012. Porto Alegre: Sulina, 2012. pp. 54-87.

_____. *Conceito e fundamentos de família e sua evolução na área jurídica*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Editora Sulina. Vol. nº 10, jul. 1994, pp. 161–174.

_____. *Da instituição do Poder Familiar, em perspectiva histórica, moderna e pós-moderna*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Editora Sulina. Vol. nº 26, dez. 2006, pp. 89– 120.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 4ª Ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Método, 2010.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *Separação ou Divórcio? Considerações Sobre a EC 66*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/impresao.php?t=artigos&n=682>>. Acesso em: 04/11/2011.

PAULO, Beatrice Marinho. Em Busca do Conceito de Família: Desafio da Contemporaneidade. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. V. 12 (outubro/novembro 2009) Porto Alegre: Magister. pp. 31-63.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. A Emenda Constitucional nº 66/2010: Semelhanças, Diferenças e Inutilidades entre Separação e Divórcio – O Direito Intertemporal. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. V. 17 (agosto/setembro 2010) Porto Alegre: Magister. pp. 5-13.

_____. *Divórcio Responsável*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.com.br/impresao.php?t=artigos&n=630>> Acesso em: 05/11/2011.

_____. *Divórcio: teoria e prática*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*, vol. V, 13ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de Família*. Editora Fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2004.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. A influência da culpa nos alimentos entre cônjuges e na união estável. In: MADALENO, Rolf e MILHORANZA, Mariângela Guerreiro (Coordenação). *Atualidades do Direito de Família e Sucessões*. Sapucaia do Sul: Notadez, 2008.

PERELMAN, Ch., *À Propos de La Règle de Droit; Réflexions de Méthode*, in *La Règle de Droit*, Établissements Émile Bruylant, 1971.

PERROT, Michelle. *O nó e o ninho*. Veja 25: reflexões para o futuro. São Paulo: Abril, 1993.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

_____. *Tratado de Direito Privado*. TOMO VII. Direito de Personalidade. Direito de Família. Direito Matrimonial (Existência e validade do casamento). Atualizado por Maria Rosa de Andrade Nery, São Paulo: Revista os Tribunais, 2012.

_____. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial. TOMO VIII. Dissolução da Sociedade Conjugal. Eficácia Jurídica do Casamento. Atualizado por Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

RADBRUCH, Gustav. *Introduzione alla Scienza del Diritto*. trad. Italiana, G. Giappichelli-Editore, Torino, 1961.

RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. 7ª Ed. Anotada e Atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª Ed. 11ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

RIBEIRO, Paulo Hermano Soares e FONSECA, Edson Pires da. *Casamento e Divórcio na perspectiva civil constitucional*. São Paulo: Editora JH Mizuno, 2012.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: Direito de Família*. Vol. 6. 28ª Ed. Editora Saraiva, 2006.

_____. *Direito Civil*. 27ª Ed. Atualizado por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson e NUNES, Dierle. Emenda Constitucional nº 66 e a possibilidade Jurídica do Pedido de Separação Judicial e de Separação Extrajudicial. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. V. 18 (outubro/novembro 2010) Porto Alegre: Magister. pp. 5-28.

SANT'ANNA, Valéria Maria. *Divórcio após a Emenda constitucional nº 66/2010*. Teoria e Prática. São Paulo: Edipro, 2010.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil dos. Autonomia da vontade e os regimes matrimoniais de bens. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coords.). *Direitos Fundamentais do Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. *Emenda do Divórcio: Cedo para comemorar*. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/?artigos&artigo=648>>. Acesso em: 10/09/2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos Princípios Constitucionais - Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. *Emenda do Divórcio: Cedo para comemorar*. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/?artigos&artigo=648>>. Acesso em: 10/09/2012.

SCHÄFER, Gilberto. *A Emenda Constitucional nº. 66 e o divórcio no Brasil*. Disponível em: <<http://espaco-vital.jusbrasil.com.br/noticias/2308402/a-emenda-constitucional-n-66-e-o-divorcio-no-brasil>>. Acesso em 12/10/2013.

SILVA, Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3ª Ed., revista, ampliada e atualizada São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *A Emenda Constitucional do Divórcio*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

_____. *Divórcio e Separação após a EC n. 66/2010*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

SILVA, Danúbia Cantieri. Divórcio à luz da EC 66/10: uma perspectiva na dignidade da pessoa humana. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 112, maio 2013. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12752>. Acesso em 02/11/2013.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. In: *Revista de Direito Administrativo*, v. 212, abr./jun. 1998.

SIMÃO, José Fernando. A PEC do Divórcio – A Revolução do Século em Matéria de Direito de Família – A passagem de um Sistema Antidivorcista para o Divorcista Pleno. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. V. 17 (agosto/setembro 2010) Porto Alegre: Magister. pp. 14-26.

SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *A família afetiva – O afeto como formador da família*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.com.br/impressao.php?t=artigos&n=336>>. Acesso em 05/11/2011.

SOUZA, Daniel Barbosa Lima Faria Corrêa de. *Famílias Plurais ou Espécies de Famílias*. Disponível em: <<http://www.faimi.edu.br/v8/RevistaJuridica/Edicao8esp%C3%A9cies%20de%20fam%C3%ADlias%20-%20daniel.pdf>> Acesso em 20/03/2014.

TARTUCE, Flávio. *A Emenda Constitucional 66/2010 e os alimentos pós-divórcio*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.com.br/impressao.php?t=artigos&n=704>>. Acesso em 05/11/2011.

_____. *Argumentos Constitucionais pelo fim da Separação de Direito*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.com.br/impresao.php?t=artigos&n=718>>. Acesso em 04/11/2011.

TEPEDINO, Gustavo. Controvérsias sobre o regime de bens no novo Código Civil. In: *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões – IBDFAM*. Porto Alegre: Magister; Belo Horizonte, v. 2, fev.-mar. 2008. pp. 5-21.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Direito de Família. Vol. 6, 11ª Ed. São Paulo: Editora Atlas. 2011.

VELOZO, Zeno. *O Novo Divórcio e o Que Restou do Passado*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.com.br/impresao.php?t=artigos&n=661>>. Acesso em 05/11/2011.

_____. Pequena história do divórcio no Brasil. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão (Org.). *O novo divórcio no Brasil, de acordo com a EC n. 66/2010*. Bahia: Editora Jus Podivm, 2011. pp. 19-45.

VILLELA, Anna Maria. *O Divórcio no Direito Internacional Privado Brasileiro*. Editora Forense. Rio de Janeiro: 1980

VOLPE CAMARGO, Lauane Andrekowisk. *Da ditadura da separação à ditadura do divórcio*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mar-08/ditadura-separacao-ditadura-divorcio-lidar-instituicao>> Acesso em 10/10/2013.