

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO

**Filipo Anuschek**

**A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010 E AS PRINCIPAIS  
MUDANÇAS DO NOVO DIVÓRCIO**

Porto Alegre  
2011

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO

**Filipo Anuschek**

**A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010 E AS PRINCIPAIS  
MUDANÇAS DO NOVO DIVÓRCIO**

Monografia apresentada à Faculdade de  
Direito da Universidade Federal do Rio  
Grande do Sul como requisito parcial para  
obtenção de grau de Bacharel.

Orientador: Prof. Jamil Andraus Hanna  
Bannura

Porto Alegre  
2011

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO

**Filipo Anuschek**

**A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010 E AS PRINCIPAIS  
MUDANÇAS DO NOVO DIVÓRCIO**

Monografia apresentada à Faculdade de  
Direito da Universidade Federal do Rio  
Grande do Sul como requisito parcial para  
obtenção de grau de Bacharel.

Aprovado pela Banca Examinadora em 12 de Dezembro de 2011

Banca Examinadora:

---

Prof. Jamil Andraus Hanna Bannura

---

Examinador

---

Examinador

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar as principais mudanças trazidas pela Emenda Constitucional n.º 66/2010, que modificou os requisitos para a dissolução do casamento mediante o divórcio. Primeiramente, será analisado o alcance da alteração constitucional, bem como se ocorreu ou não a extinção do instituto da separação do sistema jurídico pátrio, com um levantamento dos principais posicionamentos doutrinários acerca do tema. Após, serão apurados os principais reflexos que a mudança da Constituição trouxe para o divórcio. Por fim, serão elencadas as mudanças ocorridas na seara procedimental, tanto no plano judicial quanto no plano extrajudicial, e como a jurisprudência pronunciou-se a respeito do assunto.

**Palavras-chave:** Família – Dissolução – Divórcio – Emenda Constitucional n.º 66/2010

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>6</b>
<b>1. A EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 66/2010 E A EFICÁCIA DA MUDANÇA CONSTITUCIONAL.....</b>	<b>15</b>
1.1. O objeto e o alcance da nova regra constitucional .....	15
1.2. A extinção do instituto da separação do ordenamento jurídico brasileiro .....	20
1.2.1. A doutrina minoritária e a defesa da manutenção da separação na legislação infraconstitucional brasileira.....	27
1.3. Os reflexos da alteração constitucional.....	32
1.3.1. A discussão acerca da culpa .....	33
1.3.2. Reconciliação.....	40
1.3.3. O uso do nome .....	43
1.3.4. O Estado Civil .....	47
<b>2. O NOVO DIVÓRCIO NOS PROCESSOS JUDICIAIS E EXTRAJUDICIAIS.....</b>	<b>50</b>
2.1. Divórcio – a tipologia após a Emenda Constitucional n.º 66/2010 .....	50
2.2. A aplicabilidade da Emenda Constitucional n.º 66/200 nas ações em andamento ou posteriormente ajuizadas .....	59
2.3. Conversão da separação em divórcio .....	65
2.4. A Lei n.º 11.441/2007 e o divórcio extrajudicial.....	68
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>75</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>77</b>

## INTRODUÇÃO

Este trabalho pretende, inicialmente, analisar quais foram os principais reflexos a partir da promulgação da Emenda Constitucional nº 66/2010, que alterou o texto do art. 226, § 6º, da Constituição Federal, retirando do texto a referência à separação judicial, bem como aos requisitos até então necessários para a obtenção do divórcio. Num primeiro momento, buscar-se-á analisar a eficácia da mudança constitucional, bem como se houve a efetiva extinção da separação judicial na legislação brasileira, e os principais reflexos, no direito material, destas mudanças.

No intuito de elucidar as principais mudanças ocorridas a partir da EC nº 66/2010, faz-se necessária uma breve apreciação histórica do divórcio no Brasil e das principais alterações normativas ao longo da evolução do sistema jurídico pátrio.

*Ab initio*, os obstáculos para se pôr fim ao casamento, impostos pela lei, estão intimamente ligados à evolução do conceito de família, e da ligação que esta tem com o casamento<sup>1</sup>. Não se pode desprender o que determinado sistema legal entende como casamento daquilo que se percebe da dissolução do vínculo marital.

Ao longo da história de desenvolvimento do direito, a religião exerce influência, direta ou indireta, na forma como cada ordenamento compreende tais institutos<sup>2</sup>. Nas sociedades mais primitivas, o elemento religioso era, segundo Fustel de Coulanges, elemento constitutivo da família, pois tinha na religião a condição mais importante para a formalização da família, até mais do que a própria associação natural de pessoas<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 6ª ed., revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Pg. 292.

<sup>2</sup> ASSIS JR., Luiz Carlos de. Análise histórica do novo divórcio no Brasil à luz da autonomia privada. In: *Revista trimestral de direito civil*. v. 44 outubro/dezembro 2010. Rio de Janeiro: Padma, 2010. Pg. 90.

<sup>3</sup> Necessário frisar que o conceito de religião das sociedades primitivas diversa totalmente do conceito compreendido a partir do desenvolvimento do Cristianismo e de outras correntes: não havia a adoção de um só Deus, bem como não havia a aceitação indistinta de homens. O que o autor busca clarear é que a família, no seio das civilizações mais antigas (e que acabam influenciando diretamente o direito grego e romano), era fruto da religião doméstica de cada entidade familiar. Isso ocorria porque as gerações acreditavam que, após a morte, havia uma segunda existência da alma, que permanecia junto aos vivos, daí o porquê dos túmulos das gerações mais antigas das famílias serem denominadas a *segunda morada*. Havia o entendimento de que a morte não separava os vivos daqueles que ali repousavam, surgindo, pois, a ideia de que a família era indissolúvel. Sobre o assunto, ver FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A cidade antiga*. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Pg. 7-37.

No entanto, é importante fazer uma grande divisão na história da evolução do divórcio antes e após a emergência e consolidação do Cristianismo, visto que é pela firmação da “Era Cristã” que a Igreja começa a influenciar o direito, principalmente no que se refere ao casamento (e sua forma de dissolução).

Diferentemente do que se possa pensar, as civilizações antigas previam a dissolubilidade do casamento por meio do divórcio. Nesse ponto, Yussef Said Cahali atesta os casos de dissolução do casamento, pelo divórcio, nos povos grego e hebraico:

Na Grécia, a princípio, só se admitia o divórcio por esterilidade; posteriormente, também por vontade do marido (repúdio), por vontade da mulher e pelo mútuo consentimento. Entre os hebreus havia o repúdio nos casos de adultério; esterilidade durante dez anos; defloramento; violação da lei mosaica; inobservância do dever conjugal; ausência prolongada; enfermidade contagiosa.<sup>4</sup>

Como se pode observar, o casamento não era visto como um instituto que devia estar intimamente ligado à figura da indissolubilidade entre duas pessoas. Pelo contrário: havia hipóteses de divórcio, mesmo que dentre um rol exaustivo de alternativas.

No direito romano, por sua vez, o casamento era visto da mesma forma que qualquer negócio jurídico, ou seja, sua manutenção ocorria com base no consenso entre as partes. Assim, o desaparecimento do *animus* de permanecer como marido e mulher era suficiente para buscar a dissolução do casamento<sup>5</sup>.

Entretanto, é a partir do Império Cristão “que se iniciam as tentativas de combate ou restrição ao divórcio”<sup>6</sup>. O Cristianismo fundamenta que o vínculo entre duas pessoas, após recebido o “aval divino”, não pode mais ser separado pelas mãos do homem. Houve, pois, uma reação “contra a dissolubilidade do vínculo, tomando como ponto de partida a expressão ‘não separe o homem o que Deus uniu’”<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 11ª ed., revisada, ampliada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Pg. 31.

<sup>5</sup> CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 11ª ed., revisada, ampliada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Pg. 31.

<sup>6</sup> LIMA, Domingos Sávio Brandão. Divórcio romano versus divórcio canônico. RDC 39/7 *apud* CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 11ª ed., revisada, ampliada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Pg. 31.

<sup>7</sup> CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 11ª ed., revisada, ampliada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Pg. 31.

É neste contexto que no Brasil, durante toda a fase de domínio português e logo após, no período Imperial, o casamento era regulado pelo Código Canônico<sup>8</sup>, ou seja, a Igreja Católica era a titular dos direitos sobre as questões matrimoniais. O casamento era regido pelas normas do Concílio de Trento de 1.563<sup>9</sup>, tendo o “Decreto de 3 de novembro de 1827 oficializado sua aplicação e reconhecido a jurisdição canônica nas questões matrimoniais no Brasil”<sup>10</sup>. Tanto é verdade que o Decreto n.º 1.144/1861, criado para regular o matrimônio entre não católicos, dando a estes efeitos civis, teve aplicado a esses matrimônios o princípio da indissolubilidade do vínculo, oriundo da influência católica sobre o poder estatal<sup>11</sup>.

Por essa razão, é tão somente a partir da Constituição de 1891 – a primeira do período republicano – que no Brasil começam a ser alterados, ainda que de forma bastante lenta e discreta, certos padrões extremamente consolidados, visto que ocorre a laicização do Estado Brasileiro, ou seja, há a separação na Carta Magna entre Estado e Igreja<sup>12</sup>. Com efeito, o casamento torna-se um ato civil<sup>13</sup>, conforme se observa a partir do art. 72, § 4º, da Constituição Federal de 1891, afastando-se o reconhecimento sob a égide religiosa<sup>14</sup>, “sedimentando a distinção entre Estado e Igreja no país”<sup>15</sup>. Até então, havia tão somente a previsão da separação de corpos, denominado divórcio na forma encontrada no direito canônico (*divortium quoad thorum et mensam*)<sup>16</sup>.

<sup>8</sup> Os Decretos da época do Brasil Colonial e do Brasil Imperial davam conta de que, em material de indissolubilidade do vínculo conjugal, o país adotava aquilo que era preceituado pelo Concílio Tridentino, isto é, pela Igreja Católica. Sobre o assunto, ver 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. Pg. 65-75.

<sup>9</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol 5. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. Pg. 68.

<sup>10</sup> MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. *O regime da comunhão parcial de bens no casamento e na união estável*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Pg. 89.

<sup>11</sup> ASSIS JR., Luiz Carlos de. Análise histórica do novo divórcio no Brasil à luz da autonomia privada. In: *Revista trimestral de direito civil*. v. 44 outubro/dezembro 2010. Rio de Janeiro: Padma, 2010. Pg. 91.

<sup>12</sup> Art. 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 7º - Nenhum culto ou igreja gozará de subvenção oficial, nem terá relações de dependência ou aliança com o Governo da União ou dos Estados.

<sup>13</sup> CARVALHO NETO, Inacio de. *Separação e divórcio: teoria e prática*. 11ª ed. Curitiba: Juruá, 2010. Pg. 38.

<sup>14</sup> Art. 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 4º - A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.

<sup>15</sup> SIMÃO, José Fernando. *A PEC do divórcio: a revolução do século em matéria de direito de família*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=652>>. Acesso em: 19/10/2011.

<sup>16</sup> SANTOS, Luiz Felipe Brasil. *Emenda do divórcio: cedo para comemorar*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=648>>. Acesso em: 16/08/2011.



No Código Civil de 1916, após diversas discussões, conforme bem aponta Cristian Fetter Mold, o divórcio não foi implementado no sistema jurídico brasileiro, “adotando em seu texto apenas a figura do ‘Desquite’, em seu artigo 322: A sentença do desquite autoriza a separação dos cônjuges e põe termo ao regime matrimonial de bens, como se o casamento fosse dissolvido”<sup>17</sup>. O desquite identificava a simples separação de corpos, visto que a sentença de desquite autorizava tão somente a separação dos cônjuges, restando; todavia, o vínculo matrimonial<sup>18</sup>.

Em 1934, a partir da promulgação da nova Carta Política, houve a inclusão de forma pioneira<sup>19</sup>, a nível constitucional, do princípio da indissolubilidade do vínculo matrimonial e da proteção do Estado em relação à família, consoante seu art. 144<sup>20</sup>, a fim de dificultar a introdução do divórcio no Brasil, conforme aduz Gilberto Schäfer:

O medo de que esta forma de dissolução da sociedade conjugal – o desquite – evoluísse para o divórcio fez com que na Constituição de 1934 a matéria fosse constitucionalizada para que este grau de hierarquia e de rigidez dificultasse a introdução da dissolução do casamento. Temia-se que a eleição de um Parlamento com um certo grau de independência em relação a pressões religiosas pudesse aprovar o divórcio.<sup>21</sup>

Nas Constituições seguintes, não houve grandes alterações: na Constituição Federal de 1937, foi mantido o princípio da indissolubilidade (art. 124), ainda que tenha sido suprimida a menção ao desquite<sup>22</sup>; na Carta Política promulgada de 1946 houve uma pequena alteração de ordem textual<sup>23</sup>, mas o conteúdo manteve-se

<sup>17</sup> 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. Pg. 72.

<sup>18</sup> CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 11ª ed., revisada, ampliada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Pg. 39.

<sup>19</sup> ASSIS JR., Luiz Carlos de. Análise histórica do novo divórcio no Brasil à luz da autonomia privada. In: *Revista trimestral de direito civil*. v. 44 outubro/dezembro 2010. Rio de Janeiro: Padma, 2010. Pg. 93.

<sup>20</sup> Art. 144 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Parágrafo único - A lei civil determinará os casos de desquite e de anulação de casamento, havendo sempre recurso *ex officio*, com efeito suspensivo.

<sup>21</sup> SCHÄFER, Gilberto. *A Emenda Constitucional nº. 66 e o divórcio no Brasil*. Disponível em: <[http://www.espacovital.com.br/noticia\\_ler.php?id=19924](http://www.espacovital.com.br/noticia_ler.php?id=19924)>. Acesso em: 28/08/2011.

<sup>22</sup> Art. 124 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos.

<sup>23</sup> Art. 163 - A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado.

integralmente o mesmo que a Constituição anterior, assim como na Constituição Federal de 1967, que em seu art. 167, § 1º manteve quase que intacto o texto da norma constitucional inserida trinta e três anos antes, sendo alterado apenas a numeração do artigo (art. 175, § 1º), mediante a Emenda Constitucional n.º 1/69, já na época da Ditadura Militar.

No entanto, com o crescente movimento político para se acabar com a indissolubilidade do casamento e pela necessidade do Poder Judiciário conseguir lidar com as novas uniões que se formavam e buscavam aceitação social<sup>24</sup>, apresentou-se a Emenda Constitucional n.º 5/1975, estabelecendo nova redação ao art. 175, § 1º, da Constituição Federal de 1969, permitindo a dissolução do vínculo matrimonial após cinco anos de desquite ou sete anos de separação de fato, mas acabou sendo rejeitada, visto que não atingiu o *quorum* mínimo de dois terços necessário para a aprovação da alteração constitucional.

No entanto, graças a Emenda Constitucional n.º 8/1977, reduziu-se o *quorum* a que se referia a Constituição de 1969, permitindo que qualquer alteração de ordem constitucional exigisse a maioria absoluta dos votos dos membros do Congresso Nacional. Foi nesse contexto, qual seja, em que o Poder Executivo, com base no Ato Institucional 5, decretou o recesso parlamentar e editou emenda constitucional diminuindo o *quorum* para deliberação acerca de alterações no texto constitucional que os parlamentares divorcistas apresentaram a Emenda Constitucional n.º 9/1977, a fim de instituir o divórcio no Brasil, e que foi, finalmente, aprovada<sup>25</sup>, alterando-se a redação do art. 175, § 1º, que passou a ser a seguinte:

Art. 175. [...]

1º - O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos;

Portanto, a partir de 1977, retirou-se da Constituição “o princípio da indissolubilidade do vínculo, possibilitando a introdução do divórcio em nosso país”<sup>26</sup>.

A partir disso, em que pese a conquista dos divorcistas, persistia a rejeição ao divórcio, sendo necessário manter o desquite para a aprovação da Lei do

---

<sup>24</sup> DIAS, Maria Berenice. *Divórcio já*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Pg. 18-19.

<sup>25</sup> CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 11ª ed., revisada, ampliada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Pg. 39.

<sup>26</sup> SANTOS, Luiz Felipe Brasil. *Emenda do divórcio: cedo para comemorar*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=648>>. Acesso em: 16/08/2011.

Divórcio (Lei n.º 6.515/77)<sup>27</sup>, isto é, ocorreu apenas uma mudança terminológica, passando a ser denominado de separação aquilo que o Código Civil de 1916 chamava de desquite, em que pese os efeitos fossem os mesmos, qual seja, dissolvia-se apenas a sociedade conjugal, permanecendo intacto o vínculo matrimonial<sup>28</sup>, que só se encerrava pelo divórcio ou pela morte.

Desse modo, a alteração do art. 175, § 1º, da Constituição Federal de 1969, bem como a elaboração da Lei n.º 6.515/77 acabaram criando aquilo que a doutrina chama de sistema dual de dissolução matrimonial, haja vista a forma dupla de se por termo à sociedade dos cônjuges. Sobre o assunto, Cristiano Chaves de Farias aduz:

É evidente a dificuldade conceitual existente em compreender, com precisão, o caráter dualista do sistema de dissolução matrimonial. Não há justificativa lógica em terminar e não dissolver o casamento. Escapa à razoabilidade e viola a própria operabilidade do sistema jurídico.<sup>29</sup>

Ainda que os avanços não tenham sido os mais almejados pelos divorcistas e por parte da sociedade, essa alteração constitucional foi uma grande mudança no conceito de dissolução matrimonial perpetrado por muitos anos no Brasil. Começou-se a alterar a ótica do direito de família e da busca pela aceitação social de que vínculos não deveriam ser mantidos unicamente em respeito ao princípio de indissolubilidade criado por influência da Igreja há séculos.

Foi dada liberdade ao indivíduo para que pudesse exercer sua autonomia, sob certas condições, em busca da própria felicidade. A pessoa finalmente poderia estar livre da pecha de desquitado ou desquitada.<sup>30</sup>

A Constituição Federal de 1988, com um “espírito mais humano”<sup>31</sup>, trouxe profunda mudança ao direito de família. Embora tivesse surgido nova esperança de

---

<sup>27</sup> DIAS, Maria Berenice. *Divórcio já*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Pg. 19.

<sup>28</sup> LARA, Paula Maria Tecles. *Comentários à emenda constitucional nº 66/2010*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=649>>. Acesso em 02/09/2011.

<sup>29</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Pg. 321.

<sup>30</sup> ASSIS JR., Luiz Carlos de. Análise histórica do novo divórcio no Brasil à luz da autonomia privada. In: *Revista trimestral de direito civil*. v. 44 outubro/dezembro 2010. Rio de Janeiro: Padma, 2000. Pg. 95.

<sup>31</sup> SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *A emenda constitucional n.º 66/2010 e a nova regra do divórcio*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=688>>. Acesso em 30/08/2011.

se extirpar do sistema brasileiro a existência de dois institutos semelhantes<sup>32</sup>, instituiu-se, no art. 226, § 6º, o divórcio direto e alterando os prazos para obtenção do fim do vínculo matrimonial<sup>33</sup>.

Com a Constituição de 1988 o indivíduo passou a ser mais importante do que seu próprio patrimônio, sendo assim eliminado o caráter obstaculizador da separação, deixando ela de ser necessária para a obtenção do divórcio e perdendo significativamente sua relevância no ordenamento jurídico, já que passou a não ser elemento obrigatório para se dissolver a sociedade e vínculo conjugal.<sup>34</sup>

Com efeito, tendo a mudança constitucional alterado os prazos para divórcio e separação, a Lei n.º 6.515/77 não foi recepcionada, sendo adequada, por conseguinte, pelas alterações previstas na Lei n.º 7.841/89 e Lei n.º 8.408/92<sup>35</sup>, sendo que posteriormente, mediante a edição, em 2002, do Novo Código Civil, que regulou em sede infraconstitucional as questões referentes à separação e divórcio, e que, desde sua publicação, em discrepância com as reformas já trazidas pela alteração constitucional e pelo novo direito de família que começava a tomar forma no ordenamento jurídico<sup>36</sup>, haja vista que manteve, no que toca ao direito de família, forte presença do interesse patrimonial em detrimento do pessoal<sup>37</sup>, desrespeitando, de diversas formas, princípios como da igualdade, liberdade e afetividade nas relações familiares.

Ainda, no ano de 2007, publica-se a lei n.º 11.441/2007, que alterou regras do Código de Processo Civil, objetivando regular o caso de divórcio consensual pela via extrajudicial, visando à simplificação da dissolução do casamento, sob a égide do

---

<sup>32</sup> BANNURA, Jamil Andraus Hanna. O novo divórcio. In: *Multijuris*: primeiro grau em ação. v. 5. n. 9. Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas TJRS. 2010. Pg. 17.

<sup>33</sup> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...) § 6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

<sup>34</sup> LARA, Paula Maria Tecles. *Comentários à emenda constitucional nº 66/2010*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=649>>. Acesso em 02/09/2011.

<sup>35</sup> ASSIS JR., Luiz Carlos de. Análise histórica do novo divórcio no Brasil à luz da autonomia privada. In: *Revista trimestral de direito civil*. v. 44 outubro/dezembro 2010. Rio de Janeiro: Padma, 2010. Pg. 97.

<sup>36</sup> CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 11ª ed., revisada, ampliada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Pg. 41.

<sup>37</sup> LÓBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. In: DEL'OLMO, Florisbal de Souza; ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim (coords.). *Direito de família contemporâneo e novos direitos: estudos em homenagem ao professor José Russo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. Pg. 99.

princípio da menor intervenção estatal na esfera da vida privada e intimidade dos cidadãos<sup>38</sup>.

Todas essas mudanças normativas, iniciadas a partir da promulgação de nossa Carta Política de 1988, são indícios de que o legislador começou a compreender que a família mudou.

O divórcio foi introduzido no Brasil em um contexto histórico-político-social em que a liberdade dos sujeitos é a expressão que deve dar o comando, já que a família se despatrimonializou, perdeu sua hierarquia e deixou de ser essencialmente um núcleo econômico e de reprodução.<sup>39</sup>

Importante também frisar que a família, ao longo dos anos, passa a ter um tratamento diferenciado pelo legislador constituinte. Ainda que o fim do casamento tenha sido regulado quase que da mesma forma pelas Constituições anteriores, e que nem sempre a tutela constitucional tenha acompanhado a rápida evolução social, é cediço que o Estado passou a se interessar cada vez mais nas relações familiares, que passaram a produzir novos valores para a sociedade<sup>40</sup>.

A Constituição redefine a concepção de família existente no ordenamento jurídico brasileiro, ao contemplar o pluralismo de entidades familiares, bem como de indicar um maior respeito à autonomia, à liberdade e à intimidade dos indivíduos<sup>41</sup>.

Nessa conjuntura, começa-se a compreender que a necessidade de aguardar determinados prazos para obter a separação judicial, bem como para convertê-la em divórcio, ou a necessidade de analisar a culpa ao fim da conjugabilidade, eram meros artifícios que visavam a desestimular que os cônjuges colocassem fim ao casamento<sup>42</sup>. Nessa questão, Maria Cláudia Crespo Brauner bem resume esta situação:

(...)Em virtude da valorização do afeto e a busca da realização individual, as rupturas das uniões formais ou informais devem ser

---

<sup>38</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: GZ, 2011. Pg. 42.

<sup>39</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: GZ, 2011. Pg. 8.

<sup>40</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. In: DEL'OLMO, Florisbal de Souza; ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim (coords.). *Direito de família contemporâneo e novos direitos: estudos em homenagem ao professor José Russo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. Pg. 99.

<sup>41</sup> BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. O pluralismo no direito de família brasileiro: realidade social e reinvenção da família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hansen (coords.). *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. Pg. 261-263.

<sup>42</sup> DIAS, Maria Berenice. *Divórcio já*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Pg. 22.

desdramatizadas, não mais fundadas na noção de culpa, mas, ao contrário, incorporando a noção de ruptura do vínculo afetivo.<sup>43</sup>

Nessa senda, publicou-se a Emenda Constitucional n.º 66/2010, que deu nova redação ao art. 226, § 6º da Constituição Federal<sup>44</sup>, suprimindo do texto constitucional a referência a prazos e à separação judicial. Busca-se, a partir dessa novidade, estabelecer de forma única, completa e definitiva a cessação do vínculo conjugal<sup>45</sup>.

A partir desta alteração constitucional, analisar-se-á, na primeira parte do trabalho, se é desnecessária a regulamentação por meio de lei ordinária da dissolução do casamento civil, bem como se há a manutenção da separação (judicial e extrajudicial) no direito brasileiro. Também far-se-á um diagnóstico, sem o intuito de esgotar a matéria, dos reflexos que a EC n.º 66/2010 trouxe ao divórcio em seu plano material, especialmente quanto à perquirição da culpa, a alteração do estado civil e a possibilidade de reconciliação.

Na segunda parte do presente trabalho, buscar-se-á situar como a mudança da norma suprema em matéria de divórcio altera o direito processual brasileiro, tanto nos processos judiciais quanto nos extrajudiciais, dando especial atenção à Lei n.º 11.441/2007, assim como à análise de como o Poder Judiciário vem enfrentando a alteração ocasionada a partir da alteração ocorrida no sistema jurídico brasileiro desde 13 de julho de 2010.

---

<sup>43</sup> BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. O pluralismo no direito de família brasileiro: realidade social e reinvenção da família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (coords.). *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. Pg. 263.

<sup>44</sup> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

<sup>45</sup> RIBEIRO, Paulo Hermano Soares. *Análise preliminar da EC nº 66/10 e seus reflexos no divórcio por escritura pública*. Disponível em: <<http://www.recivil.com.br/news.asp?intNews=14549>>. Acesso em: 28/08/2011.

## 1. A EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 66/2010 E A EFICÁCIA DA MUDANÇA CONSTITUCIONAL

### 1.1. O objeto e o alcance da nova regra constitucional

A Constituição Federal de 1988, a partir de sua promulgação, buscando instituir um sistema jurídico contextualizado à realidade da sociedade brasileira, trouxe inúmeras garantias<sup>46</sup> ao cidadão. No que toca à família, estabeleceu-se a nível constitucional princípios fundamentais de sua organização jurídica<sup>47</sup>, tornando-se a afetividade<sup>48</sup> a essência das questões familiares, em detrimento do interesse predominantemente patrimonial.

A partir desse contexto, juristas tiveram a iniciativa de alterar o texto constitucional no que tange à dissolução do vínculo matrimonial. Criou-se o Projeto de Emenda Constitucional (PEC) n.º 28, de 2009, que recebeu tal numeração a partir do momento em que passou a tramitar no Senado Federal, defendendo a alteração a fim de que o casamento civil pudesse ser dissolvido pelo divórcio<sup>49</sup>, reduzindo ainda mais a alteração buscada pela anterior PEC n.º 413/2005, que tinha a seguinte redação: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio consensual ou litigioso, na forma da lei”<sup>50</sup>.

Como se pode examinar, a principal diferença entre a PEC n.º 413/2005 e a PEC n.º 28/2009 é que aquela dispõe sobre a necessidade da existência de regulação infraconstitucional do dispositivo constitucional<sup>51</sup>, ao passo que esta independe de regulamentação pela lei ordinária, tendo o dispositivo constitucional aplicabilidade imediata<sup>52</sup>. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho alertam para o risco que eventual aprovação com a expressão “na forma da lei” causaria,

<sup>46</sup> DIAS, Maria Berenice. Da separação e do divórcio. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito de família e o novo código civil*. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. Pg. 64.

<sup>47</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: GZ, 2011. Pg. 16.

<sup>48</sup> LARA, Paula Maria Tecles. *Comentários à emenda constitucional n.º 66/2010*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=649>>. Acesso em 02/09/2011.

<sup>49</sup> BRASIL. Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania. Parecer n.º 863, de 2009: proposta de emenda à Constituição n.º 28, de 2009. Senado Federal, Brasília, 2009. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/60761.pdf>>. Acesso em: 19/10/2011.

<sup>50</sup> BRASIL. Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania. Parecer à proposta de emenda à Constituição n.º 413, de 2005. Câmara dos Deputados, Brasília, 2005. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/315665.pdf>>. Acesso em: 19/10/2011.

<sup>51</sup> TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *A emenda constitucional do divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2011. Pg. 18.

<sup>52</sup> TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *A emenda constitucional do divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2011. Pg. 18.

pois a presença desta expressão poderia causar a minimização da mudança pretendida, ou, o que é pior, a tornaria sem efeito, haja vista o demasiado espaço de liberdade legislativa que a jurisprudência poderia reconhecer estar contida na suprimida expressão<sup>53</sup>.

Em 2009, a Projeto à Emenda Constitucional n.º 28 foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça. Em seu parecer, o Senador Demóstenes Torres destacou a desnecessidade de, após aproximadamente trinta anos da Emenda Constitucional n.º 9/1977, exigirem-se pré-requisitos temporais de separação judicial ou de fato para a concessão do divórcio<sup>54</sup>. Resta claro, pois, que a intenção do legislador foi consagrar o princípio da autonomia da vontade aplicado às relações conjugais, descabendo a imposição de óbices, tanto pelo legislador quanto pelo Estado, para que o término da sociedade conjugal seja levado a efeito<sup>55</sup>.

O projeto, então, foi aprovado em 13.07.2010, atribuindo-se à emenda constitucional o número 66/2010, alterando o parágrafo sexto do art. 226 da Constituição Federal, tendo sua redação final o seguinte texto quando da promulgação:

“Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.  
[...]  
§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.”<sup>56</sup>

A alteração suprimiu a expressão “*após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos*”. Em suma, deixou-se de mencionar a separação judicial no texto constitucional, bem como desapareceu o requisito temporal, passando o divórcio a ser exclusivamente direto<sup>57</sup>.

A partir disso, inicialmente, a doutrina atentou-se a buscar a melhor interpretação à modificação no texto constitucional. Como bem explicita Rodrigo da

<sup>53</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O novo divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2010. Pg. 54.

<sup>54</sup> BRASIL. Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania. Parecer n.º 863, de 2009: proposta de emenda à Constituição n.º 28, de 2009. Senado Federal, Brasília, 2009. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/60761.pdf>>. Acesso em: 19/10/2011.

<sup>55</sup> CHAVES, Marianna. *PEC do divórcio - consagração da autonomia da vontade*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=591>>. Acesso em: 17/10/2011.

<sup>56</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 04/09/2011

<sup>57</sup> LÔBO, Paulo. *Divórcio: alteração constitucional e suas consequências*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=629>>. Acesso em: 28/08/2011.



Cunha Pereira, assim como para a maioria da doutrina especializada no assunto, “a *Constituição da República extirpou totalmente de seu corpo normativo a única referência que se fazia à separação judicial*”<sup>58</sup>, isto é, a legislação infraconstitucional referente ao tema foi revogada<sup>59</sup>. Buscou-se a desburocratização da dissolução do casamento<sup>60</sup>, a fim de encerrar com o sistema dual de dissolução do casamento<sup>61</sup>.

A doutrina, em sua maioria, buscando classificar a Emenda Constitucional n.º 66/2010 a partir de seu grau de eficácia, defende que o § 6º, do art. 226 da Constituição Federal passou a ter eficácia imediata e direta.

As normas de aplicação direta e imediata contêm comandos jurídicos próprios e verdadeiros, e independem, para sua aplicação, de legislação futura<sup>62</sup>. Essa classificação das normas é oriunda do direito italiano, elaborada por Gaetano Azzariti, influenciando diversos outros autores<sup>63</sup>.

Em nosso país, a partir dessa influência, consolida-se, com José Afonso da Silva, a classificação das normas constitucionais a partir de sua eficácia<sup>64</sup>. Diferentemente da doutrina existente no Brasil até então, o autor classifica as normas, no que tange à eficácia, em três categorias: (1) normas de eficácia plena; (2) normas de eficácia contida; e (3) normas de eficácia limitada<sup>65</sup>. Segundo o autor, as normas de eficácia plena 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.<sup>66</sup>

<sup>58</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: GZ, 2011. Pg. 28.

<sup>59</sup> DIAS, Maria Berenice. *EC 66/10 – e agora?* Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/uploads/ec\\_66\\_-\\_e\\_agora\(1\).pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/ec_66_-_e_agora(1).pdf)>. Acesso em: 01/09/2011.

<sup>60</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. *A nova emenda do divórcio: primeiras reflexões*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=635>>. Acesso em: 06/09/2011.

<sup>61</sup> VELOSO, Zeno. *O novo divórcio e o que restou do passado*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=661>>. Acesso em: 30/08/2011.

<sup>62</sup> BILHALVA, Jacqueline Michels. *A aplicabilidade e a concretização das normas constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. Pg. 28-31.

<sup>63</sup> BILHALVA, Jacqueline Michels. *A aplicabilidade e a concretização das normas constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. Pg. 31.

<sup>64</sup> BILHALVA, Jacqueline Michels. *A aplicabilidade e a concretização das normas constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. Pg. 31.

<sup>65</sup> BILHALVA, Jacqueline Michels. *A aplicabilidade e a concretização das normas constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. Pg. 41.

<sup>66</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3ª ed., rev., ampl. E atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. Pg. 132.

Com efeito, independem de providência normativa ulterior para sua aplicação, haja vista que tais normas recebem do Poder Constituinte normatividade suficiente à sua incidência imediata<sup>67</sup>.

Por outro lado, as normas de eficácia limitada e reduzida, – defendida por parte reduzida da doutrina como a melhor classificação para a norma oriunda da Emenda Constitucional n.º 66/2010 –, são aquelas em que se destinou ao legislador ordinário a função de completar a regulamentação das matérias traçadas na norma constitucional<sup>68</sup>.

Portanto, ressalta-se que a PEC n.º 28/2009, que deu a redação da Emenda Constitucional n.º 66/2010, ao suprimir a referência “*na forma da lei*” fez com que a referida emenda, a partir de sua publicação, tivesse eficácia imediata.

Paulo Lôbo consegue, objetivamente, transmitir aquilo que a maioria da doutrina brasileira defende quando se trata a respeito da eficácia e do alcance da “emenda do divórcio”:

A norma passou a ter eficácia imediata e direta – e não contida –, sem os riscos de limitações que poderiam advir de lei ordinária, inclusive com a reintrodução dos requisitos subjetivos (culpa) ou até mesmo de prévia separação judicial, o que configuraria verdadeira fraude à Constituição.<sup>69</sup>

A jurisprudência, a partir da publicação da Emenda Constitucional n.º 66/2010, já obteve tempo para se pronunciar acerca da matéria, indo ao encontro daquilo que a doutrina mais especializada já defende, conforme visto anteriormente, ainda que sem posicionamento do Superior Tribunal de Justiça<sup>70</sup>. O Tribunal de Justiça gaúcho se coaduna com a ideia de que tal norma constitucional tem eficácia plena e imediata, conforme julgado que se colaciona:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DIVÓRCIO DIRETO CONSENSUAL.  
EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010. DESNECESSIDADE DE  
REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE TENTATIVA DE

---

<sup>67</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Pg. 214.

<sup>68</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Pg. 215.

<sup>69</sup> LÔBO, Paulo. *Divórcio: alteração constitucional e suas consequências*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=629>>. Acesso em: 28/08/2011.

<sup>70</sup> Até o presente momento, em pesquisa realizada no Superior Tribunal de Justiça, não há nenhum acórdão que faça referência expressa à alteração do art. 226, § 6º da Constituição Federal e sobre a aplicabilidade imediata ou não do dispositivo, muito menos alguma indicação acerca dos reflexos dessa mudança.

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) (grifo nosso)

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) (grifo nosso)

Outrossim, a jurisprudência dominante do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro também é no sentido de que a Emenda Constitucional n.º 66/2010 possui aplicabilidade imediata e de forma plena, grifos nossos:

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. (Apelação Cível Nº 0002031-87.2010.8.19.0082, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RJ, Decisão Monocrática; Des. André Ribeiro, Julgado em 25/08/2011) (grifo nosso)

No Tribunal de Justiça de São Paulo, possível também encontrar decisões no mesmo sentido que dos Tribunais já citados. No Agravo de Instrumento n.º 0357301-80.2010.8.26.0000, deu-se provimento ao recurso, argumentando-se que não há a imposição pela Carta Magna de qualquer requisito para a decretação do divórcio, além da norma ser autoexecutável, trecho que ora se colaciona:

A referida norma é de aplicabilidade imediata e não impõe 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.<sup>71</sup>

Assim, parte-se da ideia de que a eficácia da emenda constitucional do divórcio é plena e imediata, visto que “*a norma não remete à lei ordinária qualquer necessidade de regulamentação*”<sup>72</sup>. Por essa razão, entende-se que, desde sua promulgação, produz efeitos diretos e imediatos, e que o vínculo matrimonial é dissolvido pelo divórcio sem a exigência de observância de pré-requisitos de prazos e também de separação.

Por tais motivos, analisar-se-á, a partir de agora, os reflexos que a referida nova redação implica no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no que tange a manutenção (ou não) do instituto da separação no Brasil, bem como às alterações no que se refere aos aspectos pessoais, tais como a análise da culpa no divórcio, bem como de reconciliação, além do uso do nome e o estado civil.

## **1.2. A extinção do instituto da separação do ordenamento jurídico brasileiro**

A partir da consolidação doutrinária e jurisprudencial de que a Emenda Constitucional n.º 66/2010 possui eficácia plena e imediata, o primeiro reflexo para o

---

<sup>71</sup> 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.º 0357301-80.2010.8.26.0000, 8ª Câmara de Direito Privado, Tribunal de Justiça de SP, Relator: Des. Caetano Lagrasta, Julgado em 10/11/2010)

<sup>72</sup> BANNURA, Jamil Andraus Hanna. O novo divórcio. In: *Multijuris*: primeiro grau em ação. v. 5. n. 9. Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas TJRS. 2010. Pg. 18.

direito de família, no que toca à dissolução do vínculo matrimonial, é se persiste no sistema jurídico brasileiro o instituto da separação.

Conforme Euclides de Oliveira, a inovação constitucional é caso de autoexecutoriedade da norma, isto é, enseja “*pronto cumprimento em sobreposição às regras de legislação ordinária, que previam um escalonamento da prévia separação judicial ou da separação de fato por determinado tempo*”<sup>73</sup>. Nessa senda, a doutrina, em sua grande maioria, sustenta que houve a revogação tácita dos dispositivos do Código Civil de 2002 que tratam das espécies, causas e conteúdo do processo de separação judicial<sup>74</sup>.

Primeiramente, o que diversos autores explanam e comemoram é que uma das finalidades da Emenda Constitucional n.º 66/2010 possui é extirpar do direito brasileiro o sistema dual para se pôr fim ao casamento, que permitia o seu rompimento a partir de duas formas. A primeira delas era através do divórcio, no qual havia a ruptura de um matrimônio válido entre os cônjuges, a fim de se encerrar o casamento e os seus efeitos civis, possibilitando àqueles a convolação de novas núpcias<sup>75</sup>. A segunda forma era por meio da separação judicial, a partir da qual os cônjuges eram dispensados dos deveres de coabitação e fidelidade recíproca; sem, todavia, provocar o rompimento do vínculo conjugal<sup>76</sup>. Em outras palavras, extinguiam-se a sociedade conjugal, mas o vínculo matrimonial não era dissolvido, que só ocorria com o divórcio ou a morte<sup>77</sup>.

O sistema dual era, pois, uma esdrúxula dicotomia<sup>78</sup>, pois havia, concomitantemente, no ordenamento jurídico brasileiro, a possibilidade de dissolução da sociedade conjugal, através da separação, e dissolução do vínculo matrimonial, através do divórcio<sup>79</sup>.

Com efeito, a partir da inovação constitucional trazida pela aprovação e promulgação da emenda do divórcio, não mais existe tal sistema dual, visto que,

---

<sup>73</sup> OLIVEIRA, Euclides de. *Separação ou divórcio?* Considerações sobre a EC 66. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=682>>. Acesso em: 18/10/2011.

<sup>74</sup> OLIVEIRA, Euclides de. *Separação ou divórcio?* Considerações sobre a EC 66. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=682>>. Acesso em: 18/10/2011.

<sup>75</sup> CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 11ª ed., revisada, ampliada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Pg. 48.

<sup>76</sup> CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 11ª ed., revisada, ampliada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Pg. 48-49.

<sup>77</sup> DIAS, Maria Berenice. *Divórcio já*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Pg. 19.

<sup>78</sup> CARVALHO, Newton Teixeira. *O fim da separação no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=631>>. Acesso em: 18/10/2011.

<sup>79</sup> CARVALHO, Newton Teixeira. *O fim da separação no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=631>>. Acesso em: 18/10/2011.

agora, a sociedade conjugal e o vínculo conjugal findam com o divórcio de maneira simultânea<sup>80</sup>.

A superação do dualismo legal repercute os valores da sociedade brasileira atual, evitando que a intimidade e a vida privada dos cônjuges e de suas famílias sejam reveladas e trazidas ao espaço público dos tribunais, com todo o caudal de constrangimento que provocam, contribuindo para o agravamento de suas crises e dificultado o entendimento necessário para a melhor solução dos problemas decorrentes da separação.<sup>81</sup>

Assim, a primeira finalidade que se extrai da nova redação do art. 226, § 6º, da Constituição Federal, é que foi excluída a separação judicial do direito brasileiro<sup>82</sup>. Isso ocorre porque, agora, “o sistema jurídico conta com uma única forma de dissolução do casamento: o divórcio. O instituto da separação judicial simplesmente desapareceu”<sup>83</sup>. A supressão da prévia separação como requisito para que as pessoas possam se divorciar exauriu definitivamente o sentido e utilidade jurídica daquela<sup>84</sup>.

A hermenêutica constitucional se faz muito importante para a correta interpretação da nova redação do artigo alterado pela Emenda Constitucional n.º 66/2010. Neston Teixeira Carvalho explica que, em que pese alguns autores defendam a manutenção do instituto da separação, tal interpretação só poderia ocorrer mediante uma interpretação exclusivamente literal do art. 226, § 6º, da Constituição Federal<sup>85</sup>. Ainda, argumenta que, embora alguns autores ainda defendam que a separação mantém-se vigente no ordenamento jurídico brasileiro pela ausência de expressa revogação dos artigos do Código Civil sobre o assunto, não se pode deixar de olvidar que a revogação não precisa ser apenas expressa (legal), mas pode ocorrer mediante uma interpretação finalística e teleológica da

---

<sup>80</sup> SIMÃO, José Fernando. *A PEC do divórcio: a revolução do século em matéria de direito de família*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=652>>. Acesso em: 19/10/2011.

<sup>81</sup> LÔBO, Paulo. *Famílias*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. Pg. 134-135.

<sup>82</sup> LÔBO, Paulo. *Divórcio: alteração constitucional e suas consequências*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=629>>. Acesso em: 28/08/2011.

<sup>83</sup> DIAS, Maria Berenice. *Divórcio já*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Pg. 25.

<sup>84</sup> RIBEIRO, Paulo Hermano Soares. *Análise preliminar da EC nº 66/10 e seus reflexos no divórcio por escritura pública*. Disponível em: <<http://www.recivil.com.br/news.asp?intNews=14549>>. Acesso em: 28/08/2011.

<sup>85</sup> CARVALHO, Newton Teixeira. *O fim da separação no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=631>>. Acesso em: 18/10/2011.

norma constitucional<sup>86</sup>, principalmente em razão de toda a evolução histórica que envolve a discussão do divórcio<sup>87</sup>.

Em outras palavras, “a interpretação da norma deve estar contextualizada, inclusive historicamente”<sup>88</sup>. Suzana Viegas argumenta que a lei deve acompanhar o fato social, a fim de dar efetividade à proteção devida pelo Estado, que, neste caso, se vislumbra a partir do dever do Estado em garantir as condições necessárias para o exercício da autonomia da vontade das pessoas de forma plena, que devem ter a liberdade de encerrar o casamento sem imposições externas do Estado<sup>89</sup>.

Assim, partindo-se da ideia de que a separação desapareceu de nosso sistema, toda a legislação que o regulava, por conseguinte, é considerada tacitamente revogada, sem eficácia, por conta de uma não recepção<sup>90</sup>.

Ao se retirar do parágrafo sexto as exigências ali contidas para concessão do divórcio conversão e do divórcio direto, automaticamente qualquer texto inferior hierarquicamente que pretenda manter ou criar exigências para a concessão do divórcio é inconstitucional, na medida em que restringe o exercício do direito previsto em norma superior, o que significaria o mesmo que alterar o comando constitucional, o que não se pode admitir.<sup>91</sup>

Por essa razão, defende-se que a legislação infraconstitucional não pode ter uma força normativa superior que a própria Constituição Federal, devendo a interpretação das normas secundárias ser compatibilizada com o comando maior de nossa Carta Política<sup>92</sup>.

Está ultrapassado, e não se discute mais, a eficácia imediata da normas constitucional (art. 5º, § 1º), nem mesmo a ineficácia de todas as regras constitucionais que contrariem os novos princípios

---

<sup>86</sup> CARVALHO, Newton Teixeira. *O fim da separação no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=631>>. Acesso em: 18/10/2011.

<sup>87</sup> BANNURA, Jamil Andraus Hanna. O novo divórcio. In: *Multijuris*: primeiro grau em ação. v. 5. n. 9. Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas TJRS. 2010. Pg. 19.

<sup>88</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A emenda constitucional nº 66/2010: semelhanças, diferenças e inutilidades entre separação e divórcio e o direito intertemporal*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=647>>. Acesso em: 18/10/2011.

<sup>89</sup> VIEGAS, Suzana. *A nova emenda constitucional do divórcio - é o fim da família?* Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=656>>. Acesso em: 16/10/2011.

<sup>90</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O novo divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2010. Pg. 56.

<sup>91</sup> BANNURA, Jamil Andraus Hanna. O novo divórcio. In: *Multijuris*: primeiro grau em ação. v. 5. n. 9. Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas TJRS. 2010. Pg. 19.

<sup>92</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A emenda constitucional nº 66/2010: semelhanças, diferenças e inutilidades entre separação e divórcio e o direito intertemporal*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=647>>. Acesso em: 18/10/2011.

instalados. Se assim não fosse, as normas constitucionais seriam transformadas em meros enunciados e estariam despidas de seu conteúdo propositivo e de eficácia plena.<sup>93</sup>

Mesmo que se defenda uma interpretação literal do art. 226, § 6º, da Constituição Federal, alegando que somente houve a exclusão do plano constitucional da referência à prévia separação e prazos para a concessão do divórcio, defender a manutenção do instituto da separação na legislação infraconstitucional – quando se suprimiu a referência no plano constitucional – é “*estender o que o comando constitucional restringiu*”<sup>94</sup>.

O Supremo Tribunal Federal já pôde se pronunciar acerca do conflito de norma constitucional superveniente em relação à legislação infraconstitucional. No Recurso Extraordinário n.º 387.271, de 2007, assentou que o “conflito de norma com preceito constitucional superveniente resolve-se no campo da não-recepção”<sup>95</sup>. O entendimento do STF; portanto, é de que há uma revogação tácita, devendo o mesmo ser aplicado ao instituto da separação após o advento da nova redação do art. 226, § 6º, da Carta Política.

Por conseguinte, Rodrigo da Cunha Pereira objetivamente sustenta que, a fim de evitar conflito das normas infraconstitucionais com o texto constitucional, tornaram-se automaticamente revogados, a partir da promulgação da Emenda Constitucional n.º 66/2010, do Código Civil, sendo estes o art. 1.572 até o art. 1.578, bem como o art. 1.571, inciso III (no que se refere ao instituto da separação)<sup>96</sup>. Além

---

<sup>93</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A emenda constitucional nº 66/2010: semelhanças, diferenças e inutilidades entre separação e divórcio e o direito intertemporal*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=647>>. Acesso em: 18/10/2011.

<sup>94</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A emenda constitucional nº 66/2010: semelhanças, diferenças e inutilidades entre separação e divórcio e o direito intertemporal*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=647>>. Acesso em: 18/10/2011.

<sup>95</sup> SEPARAÇÃO JUDICIAL - DIVÓRCIO - CONVERSÃO - PRESTAÇÕES ALIMENTÍCIAS - INADIMPLENTO - NEUTRALIDADE. O inadimplemento de obrigação alimentícia assumida quando da separação judicial não impede a transformação em divórcio. NORMA - CONFLITO COM TEXTO CONSTITUCIONAL SUPERVENIENTE - RESOLUÇÃO. Na dicção da ilustrada maioria, vencido o relator, o conflito de norma com preceito constitucional superveniente resolve-se no campo da não-recepção, não cabendo a comunicação ao Senado prevista no inciso X do artigo 52 da Constituição Federal. (RE 387271, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 08/08/2007, DJe-018 DIVULG 31-01-2008 PUBLIC 01-02-2008 EMENT VOL-02305-05 PP-00892 RTJ VOL-00203-03 PP-01259)

<sup>96</sup> Vale ressaltar que a análise precípua do presente capítulo trata de observar se há ou não a manutenção do instituto da separação no direito brasileiro. Sob esse prisma, a discussão central, a partir do entendimento de que houve a exclusão da separação do direito brasileiro, é de que houve a revogação de diversos artigos do Código Civil, inclusive os já citados. Entretanto, importante mencionar que não é somente na Lei 10.406/2002 que surgiram reflexos a partir da promulgação da Emenda Constitucional n.º 66/2010, haja vista que inúmeras leis infraconstitucionais possuíam referência ao instituto da separação. Por conseguinte, ainda que não seja o cerne do presente



disso, outros artigos do Código Civil de 2002 devem ser lidos desconsiderando-se a expressão “separação judicial”<sup>97</sup>, sendo não aplicável à Emenda Constitucional n.º 66/2010 às pessoas que detinham o estado civil de separados de forma judicial ou extrajudicial antes da Emenda Constitucional n.º 66/2010<sup>98</sup>.

Em suma, Zeno Veloso, em consonância com aquilo que o Supremo Tribunal Federal já havia pronunciado, diz que os artigos do Código Civil que regulavam a matéria “*foram revogados pela superveniência da norma constitucional – que é de estatura máxima – e perderam a vigência por terem entrado em rota de colisão com o dispositivo constitucional superveniente*”<sup>99</sup>.

Thiago Felipe Vargas Simão muito bem sustenta que, a partir da alteração do art. 226, § 6º, não só desaparece a figura da separação do ordenamento jurídico brasileiro, como também o divórcio sofre alterações, deixando de existir o divórcio por conversão (indireto)<sup>100</sup>, haja vista que, agora, independe-se de observância de qualquer lapso temporal ou exposição de motivos. A nova disciplina do divórcio, pois, diante da emenda constitucional n.º 66/2010, faz com que as regras legais sobre separação judicial percam força jurídica<sup>101</sup>.

O instituto jurídico da separação judicial 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, 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.<sup>102</sup>

---

trabalho, faz-se necessário indicar que outros dispositivos foram revogados (ainda que parcialmente) ou devem ser modificados, tais como os presentes no Decreto-Lei n.º 4.657/42 (Lei de Introdução ao Código Civil), na Lei n.º 5.478/68 (Lei de Alimentos), na Lei n.º 6.015/73 (Lei de Registros Públicos), na Lei n.º 6.515/77 (Lei do Divórcio), na Lei n.º 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), e na Lei n.º 11.441/2007.

<sup>97</sup> São eles: o art. 10, inciso I; art. 25; art. 27, inciso I; art. 792; art. 793; art. 980; art. 1.562; art. 1.571, § 1º e § 2º, art. 1.580; art. 1.583; art. 1.683; art. 1.775 e art. 1.831.

<sup>98</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A emenda constitucional n.º 66/2010: semelhanças, diferenças e inutilidades entre separação e divórcio e o direito intertemporal*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=647>>. Acesso em: 18/10/2011.

<sup>99</sup> VELOSO, Zeno. *O novo divórcio e o que restou do passado*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=661>>. Acesso em: 30/08/2011.

<sup>100</sup> SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *A emenda constitucional n.º 66/2010 e a nova regra do divórcio*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=688>>. Acesso em 30/08/2011.

<sup>101</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O novo divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2010.

Pg. 56.

<sup>102</sup> MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Pg. 205.

Além de grande parte da doutrina defender a não mais existência da separação no direito brasileiro, é importante mencionar que o divórcio acaba mostrando-se mais vantajoso do que a separação, como bem realçam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

Sob o prisma jurídico, com o divórcio, não apenas a sociedade conjugal é desfeita, mas também o próprio vínculo matrimonial, permitindo-se novo casamento; sob o viés psicológico, evita-se a duplicidade de processos – e o strepitus fori – porquanto pode o casal partir direta e imediatamente para o divórcio; e, finalmente, até sob a ótica econômica, o fim da separação é salutar, já que, com isso, evitam-se gastos judiciais desnecessários por conta da duplicidade de procedimentos.<sup>103</sup>

Ademais, ainda que alguns autores contra-argumentem que não se pode somente examinar a *mens legislatoris*, pois traria insegurança jurídica ao direito brasileiro<sup>104</sup>, o fato é que o resultado da modificação do art. 226, § 6º, da Constituição Federal é o mesmo, seja só a ótica da intenção do legislador, por meio da intenção da lei (*mens legis*) ou pela própria razão da lei (*ratio legis*)<sup>105</sup>.

Assim, a alteração constitucional visa a garantir e a facilitar o direito da pessoa humana em não manter a entidade formada, da mesma forma que lhe é direito constituir núcleo familiar, sob pena de comprometer-lhe a existência digna<sup>106</sup>. Trata-se, pois, de “direito que se submete apenas à vontade do cônjuge (...), marcado pela característica da indisponibilidade, como corolário da afirmação de sua dignidade”<sup>107</sup>.

O que se defende é que agora, mediante a nova redação do art. 226, § 6º, da Constituição Federal, desburocratizou-se a forma de dissolução do casamento<sup>108</sup>,

<sup>103</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O novo divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2010. Pg. 56.

<sup>104</sup> SCHÄFER, Gilberto. *A Emenda Constitucional nº. 66 e o divórcio no Brasil*. Disponível em: <[http://www.espacovital.com.br/noticia\\_ler.php?id=19924](http://www.espacovital.com.br/noticia_ler.php?id=19924)>. Acesso em: 28/08/2011.

<sup>105</sup> RIBEIRO, Paulo Hermano Soares. *Análise preliminar da EC nº 66/10 e seus reflexos no divórcio por escritura pública*. Disponível em: <<http://www.recivil.com.br/news.asp?intNews=14549>>. Acesso em: 28/08/2011.

<sup>106</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. Redesenhando os contornos da dissolução do casamento. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Afeto, ética, família e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. Pg. 115.

<sup>107</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. Redesenhando os contornos da dissolução do casamento. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Afeto, ética, família e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. Pg. 116.

<sup>108</sup> GRISARD FILHO, Waldyr. *Divórcio express: uma mudança de vanguarda*. Disponível em:

permitindo-se aos cônjuges que atinjam seu objetivo com muito mais simplicidade e vantagem<sup>109</sup>. A revogação do instituto da separação (judicial e extrajudicial) do ordenamento jurídico brasileiro é justamente o entendimento de que “descabe ao legislador e ao Estado impor óbices para que o término da sociedade conjugal seja levado a efeito”<sup>110</sup>.

É dever do Estado assegurar as condições necessárias para o pleno exercício da autonomia da vontade das pessoas, que, escolhendo por fim ao casamento, devem ter a liberdade de fazê-lo sem imposições externas, preservando deste modo a sua privacidade(...)<sup>111</sup>.

Pablo Stolze Gagliano consegue traduzir aquilo que toda a doutrina majoritária, – que defende o posicionamento discutido até agora –, ao afirmar que a extinção do instituto da separação do sistema jurídico pátrio é a busca por garantir meios diretos, eficazes e não burocráticos para que os partícipes do matrimônio possam se libertar do vínculo matrimonial, numa perspectiva de promoção da dignidade humana<sup>112</sup>.

### **1.2.1. A doutrina minoritária e a defesa da manutenção da separação na legislação infraconstitucional brasileira**

Em que pese a grande maioria da doutrina defenda que, a partir da promulgação da Emenda Constitucional n.º 66/2010, extinguiu-se do ordenamento jurídico brasileiro o instituto da separação judicial e extrajudicial como debatido no subcapítulo anterior, não há unanimidade quanto ao tema. Alguns autores defendem que, em que pese a finalidade da “Emenda do Divórcio” tenha sido retirar qualquer pré-requisito (subjetivo e objetivo) para se requerer o divórcio, bem como terminar

---

<<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=649>>. Acesso em 17/10/2011.

<sup>109</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. O novo divórcio no Brasil. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e responsabilidade: teoria e prática do direito de família*. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010. Pg. 470.

<sup>110</sup> CHAVES, Marianna. *PEC do divórcio - consagração da autonomia da vontade*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=591>>. Acesso em: 17/10/2011.

<sup>111</sup> VIEGAS, Suzana. *A nova emenda constitucional do divórcio - é o fim da família?* Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=656>>. Acesso em: 16/10/2011.

<sup>112</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. *A nova emenda do divórcio: primeiras reflexões*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=635>>. Acesso em: 06/09/2011.

com o que se conhece como sistema dual de dissolução do casamento civil, nada foi alterado<sup>113</sup>.

Gilberto Schäfer argumenta que não é possível compreender o texto constitucional que faz referência ao divórcio sem utilizar-se dos conceitos que só podem ser compreendidos a partir do direito civil<sup>114</sup>. A partir desse fundamento, defende que o novo texto constitucional do art. 226, § 6º tem aplicabilidade mediata; logo, “*não havendo mais requisitos constitucionais para o divórcio, há a liberdade de o legislador dispor sobre o assunto*”<sup>115</sup>.

Para ele, a emenda do divórcio seria norma constitucional de eficácia limitada, que é aquela que não produz todos os seus efeitos essenciais com a simples entrada em vigor, visto que o legislador constituinte não estabeleceu sobre a matéria uma normatividade para isso suficiente, ‘delegando’ tal tarefa ao legislador ordinário<sup>116</sup>. Ou, em outras palavras, são as normas que não receberam do constituinte normatividade suficiente para sua aplicação, que deve ser complementada pelo legislador infraconstitucional<sup>117</sup>.

Nessa mesma linha expositiva, Daniel André Köhler Berthold defende que a nova redação do parágrafo sexto do art. 226 da Constituição Federal tão somente não mais trata sobre prazos ou a necessidade de prévia separação<sup>118</sup>. Reforça-se aquilo que Schäfer já havia exposto: a Constituição apenas retira a força constitucional sobre os requisitos e regras sobre o divórcio, permitindo que tudo seja regulado pela lei infraconstitucional.

Sob um outro prisma, Luiz Felipe Brasil Santos expõe que a alteração trazida pela Emenda Constitucional n.º 66/2010 é muito semelhante a situação já ocorrida na norma suprema do ordenamento brasileiro. Na Constituição Federal de 1934, o art. 144 estabelecia o preceito da indissolubilidade do vínculo matrimonial, indicando, em seu parágrafo único, que a lei civil determinaria os casos de

---

<sup>113</sup> Nesse corrente, pode-se citar Luis Felipe Brasil Santos, Daniel André Köhler Berthold e Gilberto Schäfer.

<sup>114</sup> SCHÄFER, Gilberto. *A Emenda Constitucional n.º. 66 e o divórcio no Brasil*. Disponível em: <[http://www.espacovital.com.br/noticia\\_ler.php?id=19924](http://www.espacovital.com.br/noticia_ler.php?id=19924)>. Acesso em: 28/08/2011.

<sup>115</sup> SCHÄFER, Gilberto. *A Emenda Constitucional n.º. 66 e o divórcio no Brasil*. Disponível em: <[http://www.espacovital.com.br/noticia\\_ler.php?id=19924](http://www.espacovital.com.br/noticia_ler.php?id=19924)>. Acesso em: 28/08/2011.

<sup>116</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. Ed., rev., ampl. E atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998. Pg. 82-83.

<sup>117</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Pg. 215.

<sup>118</sup> BERTHOLD, Daniel André Köhler. *O divórcio ficou mais rápido?* Disponível em: <[http://www.espacovital.com.br/noticia\\_ler.php?id=19644](http://www.espacovital.com.br/noticia_ler.php?id=19644)>. Acesso em: 12/09/2011.

desquite<sup>119</sup>. Todavia, nas Constituições Federais posteriores (1937, 1946, 1967), manteve-se no texto constitucional somente a referência ao princípio da indissolubilidade do casamento, ou seja, a Constituição deixou de fazer referência ao desquite, que continuou existindo apenas em nível ordinário (Código Civil de 1916)<sup>120</sup>, desconstitucionalizando-se o tema<sup>121</sup>.

Ademais, em momento algum os autores questionam a intenção ou a finalidade a partir da qual apresentou-se a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) para alterar o parágrafo sexto do art. 226, fazendo uma interpretação predominantemente literal do novo dispositivo constitucional, não se dando enfoque tão somente para a intenção do legislador quando da edição do Projeto a Emenda Constitucional. Observa-se, também, que a doutrina minoritária não busca defender a posição antídivorcista; apenas faz-se uma análise de hierarquia de normas e de interpretação literal daquilo que está escrito na Constituição Federal e, com base nisso, conclui-se não ser possível afirmar que houve a revogação dos dispositivos infraconstitucionais.

Como bem elucida Luis Felipe Brasil Santos, a partir da Emenda Constitucional n.º 66/2010, possibilita-se que a legislação infraconstitucional seja alterada a fim de que se elimine do sistema jurídico o sistema dual para romper o vínculo legal do casamento:

Por aí se vê que 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 (Código Civil) – como permaneceram durante 40 anos, entre 1937 e 1977 –, está agora aberta a porta para que esta seja modificada.<sup>122</sup>

Ainda, Karin Regina Rick Rosa conclui que, ainda que para a realização do divórcio não existam mais pré-requisitos, sendo ele agora sempre direto, a

---

<sup>119</sup> Art. 144 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Parágrafo único - A lei civil determinará os casos de desquite e de anulação de casamento, havendo sempre recurso *ex officio*, com efeito suspensivo.

<sup>120</sup> SANTOS, Luiz Felipe Brasil. *Emenda do divórcio: cedo para comemorar*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=648>>. Acesso em: 16/08/2011.

<sup>121</sup> SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Emenda constitucional nº 66 – uma leitura “politicamente incorreta”. In: *Multijuris*: primeiro grau em ação. v. 5. n. 9. Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas TJRS. 2010. Pg. 23.

<sup>122</sup> SANTOS, Luiz Felipe Brasil. *Emenda do divórcio: cedo para comemorar*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=648>>. Acesso em: 16/08/2011.

separação permanece no ordenamento jurídico como opção aos cônjuges que não têm interesse em dissolver o vínculo matrimonial, mas tão somente em romper a sociedade conjugal<sup>123</sup>. Nesse sentido, Adelino Pires aduz ser a emenda do divórcio meramente declaratória, não tendo sido revogada a legislação infraconstitucional que faz referência a separação ou a lapsos temporais exigidos para a decretação do divórcio<sup>124</sup>. Também faz uma crítica àqueles autores que fazem uma interpretação do novo dispositivo constitucional a partir da *mens legislatoris* e da *mens legis*, afirmando que ainda que a ementa contida no projeto encaminhado à Comissão de Constituição e Justiça refira qual seria a finalidade da norma, não tem o condão de fazer a norma subsumir-se a ela<sup>125</sup>.

O instituto do divórcio continua sendo disciplinado pela legislação civil<sup>126</sup>, existindo, pois, o preenchimento de requisitos que não mais são encontrados no art. 226, § 6º, da Constituição Federal, mas que permanecem presentes na legislação infraconstitucional.

Por sua vez, Regina Beatriz Tavares da Silva admite que, a partir da Emenda Constitucional n.º 66/2010, o divórcio é possível sem a observância dos pré-requisitos da separação e de lapso temporal. Entretanto, assevera que a finalidade do dispositivo constitucional só estará plenamente cumprida se forem mantidas também as espécies dissolutórias existentes até a promulgação do novo dispositivo constitucional, eis que, para a autora, agora é possível o divórcio direto sem qualquer causa ou justificativa mas há também a manutenção de todas as outras espécies dissolutórias que já existiam na legislação ordinária<sup>127</sup>.

Euclides de Oliveira também defende o posicionamento levantado pela autora Regina Beatriz Tavares da Silva, dizendo que, em que pese tenham sido abolidos os pré-requisitos para se requerer o divórcio, há a manutenção do instituto

---

<sup>123</sup> ROSA, Karin Regina Rick. *Existe separação depois da Emenda Constitucional nº 66/10?* Disponível em: <[http://www.espacovital.com.br/noticia\\_ler.php?id=19884](http://www.espacovital.com.br/noticia_ler.php?id=19884)>. Acesso em: 16/10/2011.

<sup>124</sup> PIRES, Adelino Augusto Pinheiro. *A inutilidade da emenda constitucional nº 66/2010*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17355/a-inutilidade-da-emenda-constitucional-no-66-2010>>. Acesso em: 15/10/2011.

<sup>125</sup> PIRES, Adelino Augusto Pinheiro. *A inutilidade da emenda constitucional nº 66/2010*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17355/a-inutilidade-da-emenda-constitucional-no-66-2010>>. Acesso em: 15/10/2011.

<sup>126</sup> PIRES, Adelino Augusto Pinheiro. *A inutilidade da emenda constitucional nº 66/2010*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17355/a-inutilidade-da-emenda-constitucional-no-66-2010>>. Acesso em: 15/10/2011.

<sup>127</sup> TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *A emenda constitucional do divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2011. Pg. 82.

da separação, seja judicial ou extrajudicial, no plano infraconstitucional brasileiro<sup>128</sup>. Argumenta, ainda, que por estar mantido o instituto da separação no Código Civil, a pessoa tem direito a não querer extinguir o vínculo conjugal, desejando tão somente uma providência menor, por meio da dissolução da sociedade conjugal<sup>129</sup>. No entanto, em momento algum deixa de afirmar que o novo dispositivo constitucional, da forma como redigido e promulgado, permite a concessão do divórcio independente de prazos ou prévia separação:

Não se nega que o inovador preceito constitucional, ao mencionar a dissolução do casamento pelo divórcio, é autoexecutável e sobrepõe-se ao regramento ordinário das normas de dissolução conjugal (...). Sob esse foco, tem primazia o regramento novo, da norma constitucional, pela supremacia que lhe é inerente no plano jurídico, o que não significa, porém, a revogação tácita de dispositivos outros, que não dizem respeito ao divórcio, mas, somente, à separação como forma de dissolução da sociedade conjugal.<sup>130</sup>

Nesse mesmo sentido, o professor Jamil Andraus Hanna Bannura assevera que a alteração constitucional, ao extirpar a necessidade de observância de prazos e da exigência de prévia separação judicial para a concessão do divórcio, não significa que houve a revogação tácita ou expressa da legislação relativa à separação, mas apenas a confirmação de sua desnecessidade em nosso sistema jurídico<sup>131</sup>. Ou seja, a não exigência de qualquer requisito para a concessão do divórcio causará o desuso cada vez maior da separação, que sequer é agora necessária para se requerer o divórcio<sup>132</sup>.

Entretanto, ainda que haja parcela da doutrina especializada em direito de família que sustente a manutenção do instituto da separação (judicial e extrajudicial) no direito brasileiro, bem como a impossibilidade de revogação dos artigos referentes a tais institutos a partir da promulgação da Emenda Constitucional n.º 66/2010, não se pode deixar de observar que o novo dispositivo da Carta Política

---

<sup>128</sup>OLIVEIRA, Euclides de. *Separação ou divórcio?* Considerações sobre a EC 66. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=682>>. Acesso em: 18/10/2011.

<sup>129</sup>OLIVEIRA, Euclides de. *Separação ou divórcio?* Considerações sobre a EC 66. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=682>>. Acesso em: 18/10/2011.

<sup>130</sup>OLIVEIRA, Euclides de. *Separação ou divórcio?* Considerações sobre a EC 66. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=682>>. Acesso em: 18/10/2011.

<sup>131</sup>BANNURA, Jamil Andraus Hanna. O novo divórcio. In: *Multijuris*: primeiro grau em ação. v. 5. n. 9. Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas TJRS. 2010. Pg. 20.

<sup>132</sup>BANNURA, Jamil Andraus Hanna. O novo divórcio. In: *Multijuris*: primeiro grau em ação. v. 5. n. 9. Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas TJRS. 2010. Pg. 20.

deve ser interpretado a partir de uma ótica teleológica e histórica. Foi extirpado de todo o corpo constitucional a única referência que se fazia à separação judicial<sup>133</sup>, com a clara finalidade de consolidar o divórcio como a única forma de dissolução do casamento, não mais existindo a dualidade legal para que os cônjuges possam romper seus vínculos matrimoniais.

Ademais, a extinção do instituto da separação do direito brasileiro também pode ser observada a partir de um viés mais pragmático. Isso porque, agora, divorciar-se resulta em economia às partes pela promoção de um só procedimento, bem como é muito mais célere (processualmente), privilegiando o princípio da liberdade e da autonomia da vontade<sup>134</sup>.

### 1.3. Os reflexos da alteração constitucional

A partir da promulgação da Emenda Constitucional n.º 66/2010, em julho de 2010, tal norma passou a ter eficácia plena e imediata, conforme já referido no presente trabalho, sendo este o entendimento majoritário tanto na esfera doutrinária quanto na esfera jurisprudencial. Por conseguinte, percebendo-se a inutilidade do instituto da separação, urge-se necessário averiguar quais as implicações desta brusca mudança no Direito de Família, frente às inúmeras disparidades<sup>135</sup> que se encontram comparando a nova e atualizada forma de dissolução do casamento no direito brasileiro e o antigo.

Desse modo, dar-se-á atenção para os efeitos pessoais<sup>136</sup> decorrentes do divórcio, ou seja, buscar-se-á fazer uma compilação objetiva quanto às principais

---

<sup>133</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: GZ, 2011. Pg. 28.

<sup>134</sup> GRISARD FILHO. Waldyr. *Divórcio express: uma mudança de vanguarda*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=649>>. Acesso em 17/10/2011.

<sup>135</sup> LARA, Paula Maria Tecles. *Comentários à emenda constitucional nº 66/2010*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=649>>. Acesso em 02/09/2011.

<sup>136</sup> Rodrigo da Cunha Pereira sistematiza e classifica os efeitos do fim do casamento em dois planos: (1) o plano pessoal, que é aquele que não possui conteúdo ou caráter econômico; e (2) o plano patrimonial, quando há preocupação de vertente material, que são basicamente os casos de alimentos e partilhas de bens. Reforça-se, aqui, que o cerne da discussão é analisar os reflexos do novo dispositivo constitucional quanto aos aspectos pessoais, notadamente aqueles em que há uma real diferenciação a partir da não mais utilização da separação (judicial ou extrajudicial) do ordenamento jurídico brasileiro. Por essa razão, analisar-se-á a possibilidade de reconciliação dos ex-cônjuges, a discussão da culpa, a utilização do nome e o estado civil, ou seja, buscando fazer uma construção crítica acerca das principais alterações pragmáticas trazidas pela emenda do divórcio. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: GZ, 2011.



mudanças do ponto de vista pragmático a partir da alteração do art. 226, § 6º, da Constituição Federal.

### 1.3.1. A discussão acerca da culpa

O Código Civil de 2002, em seu art. 1.574, dispõe quanto à possibilidade da realização da separação judicial por mútuo consentimento, ou seja, de forma consensual. Caracteriza-se por ser um tipo de separação que não necessita de qualquer fundamento para o ajuizamento da ação, visto que os cônjuges, de comum acordo, exprimem a vontade de se separarem<sup>137</sup>.

Nesse tipo de separação, Rizzardo, citando José Abreu, afirma que “*a causa afigura-se irrelevante, uma vez que dela não se indaga, o que gera a consequência da desnecessidade de produção de provas, muitas vezes inconvenientes*”<sup>138</sup>.

Por sua vez, a revogada separação litigiosa era aquela em que, dada a impossibilidade de se atingir um consenso para o término da sociedade conjugal, um dos cônjuges fundamentava seu pedido de separação com base em alguma causa, podendo ser objetiva ou subjetiva<sup>139</sup>. Nessa espécie de separação, o art. 1.572, *caput*, do Código Civil de 2002 prevê que um dos cônjuges deve atribuir culpa ao outro, chamando-se de separação-sanção<sup>140</sup>, que, segundo Maria Berenice Dias, tem este nome justamente por ser um tipo de separação de “*caráter marcadamente punitivo e vingativo*”<sup>141</sup>. Baseia-se fundamentalmente na culpa, ou na ruptura da vida em comum por um ano ou mais, ou ainda na doença mental de um dos cônjuges<sup>142</sup>.

No entanto, possível observar que, tanto para a doutrina quanto para a jurisprudência, apurar a culpa como causa da separação, antes mesmo da promulgação da emenda do divórcio, já era visto como agressão ao princípio da dignidade da pessoa humana<sup>143</sup>. Samir Namur observou a desatualização que o

---

<sup>137</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 7ª ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense: 2009. Pg. 245.

<sup>138</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 7ª ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense: 2009. Pg. 245.

<sup>139</sup> LÔBO, Paulo. *Famílias*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. Pg. 134-135.

<sup>140</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume VI: direito de família. 5ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. Pg. 211.

<sup>141</sup> DIAS, Maria Berenice. *Divórcio já*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Pg. 48.

<sup>142</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 7ª ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense: 2009. Pg. 283.

<sup>143</sup> SARTORI, Fernando. *A culpa como causa da separação e seus efeitos*. Disponível em:

próprio Código Civil de 2002, quando entrou em vigor, possuía acerca dessa matéria:

Na esteira da mais avançada doutrina do direito brasileiro, 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. (...) Nesse sentido, 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 de 1988.<sup>144</sup>

Atualmente, a doutrina, em sua maciça maioria, defende a não mais discussão da culpa para a concretização da dissolução da sociedade conjugal ao mesmo tempo em que se começa a desvincular o casamento de seu caráter patrimonialista, baseando-o no amor e no afeto (ou pela falta de)<sup>145</sup>. O contexto da família, agora, centra-se na autodeterminação dos sujeitos, e não mais na ligação que havia com o Estado e sua essência reguladora<sup>146</sup>. O moderno direito de família não mais reserva espaço para a satisfação de resistências subjetivas à separação, nas quais as pessoas buscam, na cobrança de um sentimento de culpa pelo fracasso do casamento, a resignação financeira desta derrota como preço do direito de resguardar sua intimidade<sup>147</sup>.

A autora Paula Maria Tecles Lara ratifica esse posicionamento fundamentando que a evolução da doutrina e jurisprudência brasileira se deu pelo acolhimento da teoria da deterioração factual, também chamada de teoria da ruptura, que se baseia na liberdade de escolha, no princípio da autodeterminação dos cônjuges em decidir constituir, manter e extinguir a entidade familiar<sup>148</sup>. Da mesma

---

<<http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos.asp>>. Acesso em 17/10/2011.

<sup>144</sup> NAMUR, Samir. *A irrelevância da culpa para o fim do casamento*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, ano VII, n.º 08, junho de 2006. Disponível em: <<http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista08/Discente/Samir.pdf>>. Acesso em: 17/10/2011.

<sup>145</sup> LARA, Paula Maria Tecles. *Comentários à emenda constitucional nº 66/2010*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=649>>. Acesso em 02/09/2011.

<sup>146</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. O novo divórcio no Brasil. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e responsabilidade: teoria e prática do direito de família*. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010. Pg. 468.

<sup>147</sup> MADALENO, Rolf. *Direito de família: aspectos polêmicos*. 2ª ed., revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. Pg. 181.

<sup>148</sup> LARA, Paula Maria Tecles. *Comentários à emenda constitucional nº 66/2010*. Disponível em:

forma, manter a discussão sobre a culpa é insistir numa discussão baseada em um relacionamento já falido, onde não mais existe amor, afeto e respeito<sup>149</sup>.

Na esfera jurisprudencial, embora ainda persistam alguns julgados prevendo a possibilidade de discutir a culpa no encerramento do casamento, seja para definir a guarda, alimentos, entre outros, a sua grande maioria, dando especial atenção ao Tribunal gaúcho, não mais permite a discutir um instituto cada vez mais em desuso na atual realidade jurídica brasileira.

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, pela 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 RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 28/09/2011) (grifo nosso)

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. 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 RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 30/09/2010) (grifo nosso)

Como se pode observar, a identificação da causa acabou perdendo prestígio. Antes mesmo da alteração constitucional, os tribunais brasileiros já vinham refutando a possibilidade de se discutir a culpa<sup>150</sup>. O entendimento jurisprudencial brasileiro vai ao encontro do que assevera Maria Berenice Dias:

---

<<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=649>>. Acesso em 02/09/2011.

<sup>149</sup> LAGRASTA, Caetano. *Divórcio - o fim da separação e da culpa?* Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=690>>. Acesso em: 12/10/2011.

<sup>150</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*. 3ª ed. Rio de Janeiro: GZ, 2011. Pg. 57.

(...) a função estatal deve assumir um papel protetor, não no sentido de invasão da órbita individual do ser humano, (...) porque é absolutamente indevida a intromissão da justiça na intimidade da vida das pessoas.<sup>151</sup>

Portanto, não deve mais existir o caráter investigativo, de qualquer razão, que provoque uma decisão culposa quando da liquidação da sociedade conjugal. Isso porque tal hábito só tem o condão de dramatizar ainda mais a separação, alargando desnecessariamente as tensões familiares<sup>152</sup>. A culpa é, a partir da Emenda Constitucional n.º 66/2010, uma discussão incompatível com o novo comando constitucional, que tenta preservar uma menor intervenção estatal na vida privada e na liberdade dos seres humanos<sup>153</sup>.

A partir da emenda do divórcio, e da já referida revogação tácita da legislação infraconstitucional do instituto da separação, exclui-se a análise da culpa ao fim do casamento, razão pela qual todos os questionamentos acerca desse assunto são retirados do ordenamento jurídico<sup>154</sup>. Em outras palavras, constata-se que, para a parte da doutrina que ainda defendia a averiguação da culpa nas separações judiciais, não há mais sustentação jurídica para essa discussão, tendo em vista a revogação tácita do instituto da separação e que, por consequência, também revogou os dispositivos legais que faziam menção a perquirição da culpa ao término do casamento.

Dessa maneira, na ação de divórcio, não haverá que se discutir a culpa<sup>155</sup>. Excluindo a observância da separação judicial para posteriormente convertê-la em divórcio, o art. 226, § 6º, “*deixa para trás a judicialização das histórias pungentes dos desencontros sentimentais*”<sup>156</sup>. A impossibilidade de perquirir qualquer tipo de culpa no momento do divórcio é somente a consolidação daquilo que o novo dispositivo constitucional buscou inserir no direito brasileiro. O fundamento do

---

<sup>151</sup> DIAS, Maria Berenice. *Divórcio já*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Pg. 49.

<sup>152</sup> MADALENO, Rolf. *Direito de família: aspectos polêmicos*. 2ª ed., revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. Pg. 182.

<sup>153</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. O novo divórcio no Brasil. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e responsabilidade: teoria e prática do direito de família*. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010. Pg. 472.

<sup>154</sup> LARA, Paula Maria Tecles. *Comentários à emenda constitucional nº 66/2010*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=649>>. Acesso em 02/09/2011.

<sup>155</sup> LARA, Paula Maria Tecles. *Comentários à emenda constitucional nº 66/2010*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=649>>. Acesso em 02/09/2011.

<sup>156</sup> LÓBO, Paulo. *Divórcio: alteração constitucional e suas consequências*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=629>>. Acesso em: 28/08/2011.

divórcio passou a ser o fim do afeto, inexigindo-se causa específica ou tempo mínimo de separação para o deferimento do pedido<sup>157</sup>.

Importante destacar que não se está afirmando que a culpa não pode ser discutida, em nenhum caso, quando da dissolução do casamento entre os cônjuges. A culpa poderá ser analisada em ação indenizatória, separada da ação do divórcio, a fim de se examinar prática de eventual ato ilícito por um dos cônjuges, sendo necessário comprovar o ato doloso ou culposo, o dano e, também, o nexos causal<sup>158</sup>. Quer dizer, portanto, que os atos ilícitos praticados durante a constância do relacionamento pode ser objeto de ressarcimento<sup>159</sup>, sem, contudo, depender da existência de um casamento ou união estável, mas sim por se enquadrar como a responsabilização civil decorrente de uma atitude ilícita e não da relação conjugal<sup>160</sup>.

Todavia, em posição diametralmente oposta, Gladys Maulf Salles defende que a discussão da culpa passa a ocorrer, a partir da Emenda Constitucional n.º 66/2010, na ação de divórcio, eis que anteriormente isto era impossível, haja vista a previsão na legislação ordinária de que tal discussão ocorresse quando da separação judicial litigiosa<sup>161</sup>.

(...) o objetivo do legislados não é o de suprimir a discussão da culpa em caso de ruptura da vida em comum do casal, mas apenas de eliminar a figura da separação litigiosa (...). Não há como simplesmente proibir a discussão da culpa, da violação dos deveres do casamento, da conduta desonrosa. Do contrário, qualquer um, em rompante de mau humor, poderá destruir seu lar e se livrar de sua família com um simples requerimento judicial sem qualquer tipo de explicação ou punição, o que não se pode admitir.<sup>162</sup>

Paradoxal e contraditório é o argumento da autora ao defender que a emenda do divórcio foi criada em boa hora, no intuito de desafogar o Poder Judiciário com demandas dissolutórias e objetivando livrar as pessoas de um

---

<sup>157</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O novo divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2010. Pg. 96.

<sup>158</sup> LARA, Paula Maria Tecles. *Comentários à emenda constitucional nº 66/2010*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=649>>. Acesso em 02/09/2011.

<sup>159</sup> LAGRASTA, Caetano. *Divórcio - o fim da separação e da culpa?* Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=690>>. Acesso em: 12/10/2011.

<sup>160</sup> LARA, Paula Maria Tecles. *Comentários à emenda constitucional nº 66/2010*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=649>>. Acesso em 02/09/2011.

<sup>161</sup> SALLES, Gladys Maulf Chamma Amaral. *A PEC do divórcio e a discussão da culpa*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=624>>. Acesso em: 17/10/2011.

<sup>162</sup> SALLES, Gladys Maulf Chamma Amaral. *A PEC do divórcio e a discussão da culpa*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=624>>. Acesso em: 17/10/2011.

protecionismo exacerbado do Estado<sup>163</sup>. Isso porque, ao mesmo tempo defensora do novo divórcio, argumentando que o cidadão “*não deve ser submetido a ônus pecuniários e psicológicos desnecessários, (...) e contato com a dolorida imposição de se deparar novamente com a destruição de seu lar*”, sustenta a manutenção da análise da culpa nos divórcios litigiosos<sup>164</sup>. Acaba defendendo que a vida íntima do casal seja escancarada perante os Tribunais, promovendo a discussão acerca de quem é o responsável pela desunião<sup>165</sup>.

De maneira semelhante, Regina Beatriz Tavares da Silva assevera que a culpa é relevante na dissolução do casamento, eis que é o descumprimento consciente do dever conjugal, devendo tal instituto ser aplicado quando o rompimento da relação conjugal se dá em função da culpa de um dos cônjuges<sup>166</sup>. A culpa, nas relações familiares, é a mesma que em qualquer outra relação, entendida como o descumprimento de normas da conduta; alterar esse conceito significaria transformar as normas jurídicas do direito de família em regras de cunho exclusivamente moral, cujas violações não gerariam qualquer penalização a seus infratores<sup>167</sup>. A culpa tem um aspecto axiológico, razão pela qual não deve o processo dissolutório ser simplificado a fim de excluir sua análise<sup>168</sup>.

A autora pondera, também, que a verdadeira reivindicação da sociedade sempre foi a supressão do requisito temporal, a qual inclusive defende, reiterando que a Emenda Constitucional n.º 66/2010 não eliminou a espécie dissolutória culposa:

Caso fosse suprimida a forma dissolutória culposa, reitera-se que o cônjuge infiel ou até aquele que pratica outras agressões morais e mesmo físicas terá o direito à pensão alimentícia plena, bastando demonstrar sua necessidade e a possibilidade do outro cônjuge.<sup>169</sup>

---

<sup>163</sup> SALLES, Gladys Maulf Chamma Amaral. *A PEC do divórcio e a discussão da culpa*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=624>>. Acesso em: 17/10/2011.

<sup>164</sup> SALLES, Gladys Maulf Chamma Amaral. *A PEC do divórcio e a discussão da culpa*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=624>>. Acesso em: 17/10/2011.

<sup>165</sup> SIMÃO, José Fernando. *A PEC do divórcio: a revolução do século em matéria de direito de família*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=652>>. Acesso em: 19/10/2011.

<sup>166</sup> TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *A emenda constitucional do divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2011. Pg. 24-25.

<sup>167</sup> TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *A emenda constitucional do divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2011. Pg. 25.

<sup>168</sup> TARTUCE, Flávia. *A PEC do divórcio e a culpa: possibilidade*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=579>>. Acesso em: 19/10/2011.

<sup>169</sup> TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *A emenda constitucional do divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2011. Pg. 64.

Flávia Tartuce segue o mesmo entendimento, afirmando que a culpa e sua análise não podem ser excluídas no processo de dissolução da relação conjugal, defendendo sua importação ao divórcio, uma vez que entende que a alteração constitucional implicou no encerramento do sistema bifásico de dissolução conjugal e do casamento. Assevera, ainda, que num modelo jurídico interdisciplinar, não se pode desprezar a análise da culpa nas relações sociais<sup>170</sup>. Por sua vez, Jamil Andraus Hanna Bannura defende que a decretação da culpa de um dos cônjuges produz efeitos em relação à obrigação alimentar<sup>171</sup>.

José Fernando Simão sustenta que a culpa não mais persiste como foco de discussão quando do rompimento do vínculo conjugal; contudo, excepcionalmente, refere que em eventual ação de dano moral e na ação dos alimentos a culpa deve ser discutida<sup>172</sup>, em outro foro legal de discussão (em ação autônoma de alimentos ou ação de indenização).

No que toca à possibilidade de discussão da culpa na ação de alimento, Rolf Madaleno explica que, neste tipo de demanda, é inapropriado discutir a culpa, haja vista que a essa ação funda-se no conhecido binômio “necessidade e possibilidade”:

Os alimentos sempre tiveram destinação específica de subsistência do parceiro desprovido de recursos próprios para a sua manutenção, não se confundindo jamais como paga indenizatória decorrente do rompimento culposo do casamento, muito embora, mas sem razão, alguns textos da doutrina negassem a indenização dos danos derivados da separação culposa por considerá-los cobertos com a pensão alimentícia em favor do inocente.<sup>173</sup>

O ensinamento *supra* citado foi, inclusive, compreendido pelo legislador, quando este relativizou o art. 1.704 do Código Civil de 2002, autorizando a concessão de alimentos, pelo cônjuge inocente, ao cônjuge culpado, caso este não tenha como se sustentar ou não possua parentes para lhe conceder alimentos<sup>174</sup>.

<sup>170</sup> TARTUCE, Flávia. *A PEC do divórcio e a culpa: possibilidade*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=579>>. Acesso em: 19/10/2011.

<sup>171</sup> BANNURA, Jamil Andraus Hanna. O novo divórcio. In: *Multijuris: primeiro grau em ação*. v. 5. n. 9. Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas TJRS. 2010. Pg. 20.

<sup>172</sup> SIMÃO, José Fernando. *A PEC do divórcio e a culpa: impossibilidade*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=627>>. Acesso em: 18/10/2011.

<sup>173</sup> MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Pg. 247-248.

<sup>174</sup> Art. 1.704. 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 assegurar

Prevalece, nesse caso, os preceitos da teoria da deterioração factual, em que o caso concreto da ação de alimentos deve ser analisado a partir da necessidade e possibilidade, devendo o juiz analisar os fatos e avaliar o grau de assistencialidade demandado, analisando a lei ordinária em conformidade com a Constituição Federal e seus preceitos, em especial o da dignidade da pessoa humana<sup>175</sup>.

Por fim, insta salientar que a discussão da culpa deve ser restringida ao âmbito das ações de indenização<sup>176</sup>, em que um dos cônjuges pode buscar o ressarcimento civil caso percebida alguma hipótese de ato ilícito, ou de violência física ou psíquica<sup>177</sup>. Em ação ordinária cível, apurar-se-á se houve ato culposo ou doloso, dano, assim como se ocorreu o nexo causal entre eles, em que o objeto da ação será discutido entre duas pessoas, sem qualquer vínculo alheio à tutela das Varas de Família<sup>178</sup>.

Reafirma-se, pois, que a exclusão da culpa da esfera do direito de família não significa que os atos ilícitos praticados durante a constância do relacionamento conjugal não possam ser objeto de ressarcimento<sup>179</sup>, mas sim que tais questões devem ser debatidos em um *locus* adequado, qual seja, a seara cível.

### 1.3.2. Reconciliação

O art. 1.577 do Código Civil de 2002 possibilita aos cônjuges o restabelecimento da sociedade conjugal, a qualquer tempo, seja qual for a razão e o modo como tenha se operado a separação judicial<sup>180</sup>, evidenciando a intenção do legislador em facilitá-la, eis que não estabeleceu qualquer limite temporal<sup>181</sup>. No

---

los, fixando o juiz o valor indispensável à sobrevivência.

<sup>175</sup> LARA, Paula Maria Tecles. *Comentários à emenda constitucional nº 66/2010*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=649>>. Acesso em 02/09/2011.

<sup>176</sup> CHAVES, Marianna. *PEC do divórcio - consagração da autonomia da vontade*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=591>>. Acesso em: 17/10/2011.

<sup>177</sup> LAGRASTA, Caetano. *Divórcio - o fim da separação e da culpa?* Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=690>>. Acesso em: 12/10/2011.

<sup>178</sup> LAGRASTA, Caetano. *Divórcio - o fim da separação e da culpa?* Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=690>>. Acesso em: 12/10/2011.

<sup>179</sup> LAGRASTA, Caetano. *Divórcio - o fim da separação e da culpa?* Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=690>>. Acesso em: 12/10/2011.

<sup>180</sup> Art. 1.577. 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.

Parágrafo único. A reconciliação em nada prejudicará o direito de terceiros, adquirido antes e durante o estado de separado, seja qual for o regime de bens.

<sup>181</sup> CARVALHO NETO, Inacio de. *Separação e divórcio: teoria e prática*. 11ª ed. Curitiba: Juruá, 2010.



mesmo sentido já preceituava o art. 46 da Lei n.º 6.515/77, possibilitando o restabelecimento da sociedade conjugal<sup>182</sup>.

Segundo Maria Berenice Dias, a reconciliação pode ser compreendida como a única conveniência proveniente do instituto da separação, motivo pelo qual a doutrina posteriormente acabou denominando-a como “cláusula de arrependimento”<sup>183</sup>. No entanto, esse instituto raramente é utilizado, visto que dificilmente os casais separados judicialmente ou extrajudicialmente retornam ao *status* de casado<sup>184</sup>. As estatísticas de recomposição dos legalmente separados são bastante reduzidas, mostrando-se sem nenhuma praticidade impor o pleito da separação para se permitir que os cônjuges separados possam, posteriormente, reconciliarem-se<sup>185</sup>.

O benefício basilar da reconciliação é que ela pode ser realizada em cartório, de acordo com a o art. 48 da Resolução n.º 35, do CNJ<sup>186</sup>, ainda que a separação tenha sido judicial, ou que o casal tenha algum filho incapaz<sup>187</sup>. Até porque seria incoerente que o casal pudesse ser dispensado do procedimento judicial para obter a separação jurídica e, após, não pudesse utilizar a esfera extrajudicial para reconstituir o mesmo vínculo<sup>188</sup>. Com efeito, o principal viés é que, independentemente se for judicial ou extrajudicialmente, a reconciliação exige gastos financeiros, bem como a necessidade da contratação de advogado<sup>189</sup>.

É que, em se tratando de separação judicial, a sentença que a decreta não põe fim ao vínculo matrimonial, mas tão-somente à sociedade conjugal, subsistindo, portanto, íntegro aquele (vínculo), enquanto que a decisão decretatória do divórcio, como expressamente declara o art. 24 da Lei nº 6.515/77, põe termo ao

---

Pg. 290.

<sup>182</sup> Art. 46 - Seja qual for a causa da separação judicial, e o modo como esta se faça, é permitido aos cônjuges restabelecer a todo o tempo a sociedade conjugal, nos termos sem que fora constituída, contanto que o façam mediante requerimento nos autos da ação de separação.

Parágrafo único - A reconciliação em nada prejudicará os direitos de terceiros, adquiridos antes e durante a separação, seja qual for o regime de bens.

<sup>183</sup> DIAS, Maria Berenice. *Divórcio já*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Pg. 61.

<sup>184</sup> DIAS, Maria Berenice. *Divórcio já*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Pg. 61.

<sup>185</sup> MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Pg. 196.

<sup>186</sup> Resolução n.º 35/CNJ: Art. 48. O restabelecimento de sociedade conjugal pode ser feito por escritura pública, ainda que a separação tenha sido judicial. Neste caso, é necessária e suficiente a apresentação de certidão da sentença de separação ou da averbação da separação no assento de casamento.

<sup>187</sup> CARVALHO NETO, Inacio de. *Separação e divórcio: teoria e prática*. 11ª ed. Curitiba: Juruá, 2010. Pg. 295.

<sup>188</sup> SANTOS, Romualdo Baptista dos Santos. *A nova lei de separações e divórcios extrajudiciais*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=256>>. Acesso em: 18/10/2011.

<sup>189</sup> DIAS, Maria Berenice. *Divórcio já*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Pg. 62.

próprio casamento. Se assim é, se com o divórcio o vínculo matrimonial é dissolvido, é natural que não possa o mesmo ser restabelecido por vontade das partes, a não ser através de novo casamento.<sup>190</sup>

Por sua vez, o divórcio, quando decretado, retira a possibilidade de os ex-cônjuges se reconciliarem, não importante a modalidade utilizada – divórcio-conversão ou divórcio direto<sup>191</sup>. A própria Lei n.º 6.515/77 já asseverava esse comando, em seu art. 33<sup>192</sup>, ao permitir o restabelecimento da união conjugal entre divorciados somente mediante novo casamento<sup>193</sup>. Isso porque, “*dissolvendo o divórcio o próprio vínculo conjugal, é natural que não possam mais os ex-cônjuges reatá-lo, a não ser por novo casamento*”<sup>194</sup>.

A partir da alteração do dispositivo constitucional do divórcio, não há mais a possibilidade da ocorrência de reconciliação, tendo em vista a inexistência da separação no direito pátrio<sup>195</sup>. Paula Maria Tecles Lara sublinha que o casal divorciado, habilitando-se a um novo casamento, não necessita de advogado, podendo, inclusive, ser desonerado das despesas financeiras oriundas dos atos notariais, se comprovadamente atestar a pobreza; logo, os custos (caso existam) são menos dispendiosos que quando os casais optavam pela reconciliação<sup>196</sup>. Pretendendo reatar o casamento, os divorciados necessitarão de novo processo de habilitação, como se estivessem casando pela primeira vez<sup>197</sup>.

Portanto, a reconciliação em nada mudou, mantendo-se impossível nos casos em que são os ex-cônjuges divorciados, seja judicialmente ou extrajudicialmente. O que se afere, a partir da Emenda Constitucional n.º 66/2010, é que a possibilidade de reconciliação nas separações não mais existe, justamente

---

<sup>190</sup> PEREIRA, Áurea Pimentel. Divórcio e separação judicial *apud* RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 7ª ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense: 2009. Pg. 398.

<sup>191</sup> CARVALHO NETO, Inacio de. *Separação e divórcio: teoria e prática*. 11ª ed. Curitiba: Juruá, 2010. Pg. 300.

<sup>192</sup> Art. 33 - Se os cônjuges divorciados quiserem restabelecer a união conjugal só poderão fazê-lo mediante novo casamento.

<sup>193</sup> LÔBO, Paulo. *Divórcio: alteração constitucional e suas consequências*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=629>>. Acesso em: 28/08/2011.

<sup>194</sup> CARVALHO NETO, Inacio de. *Separação e divórcio: teoria e prática*. 11ª ed. Curitiba: Juruá, 2010. Pg. 301.

<sup>195</sup> DIAS, Maria Berenice. *Divórcio já*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Pg. 62.

<sup>196</sup> LARA, Paula Maria Tecles. *Comentários à emenda constitucional nº 66/2010*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=649>>. Acesso em 02/09/2011.

<sup>197</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A emenda constitucional nº 66/2010: semelhanças, diferenças e inutilidades entre separação e divórcio e o direito intertemporal*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=647>>. Acesso em: 18/10/2011.

pelo fato de que não é mais possível requerer a separação judicial ou extrajudicial, ficando prejudicado o art. 1.577 do Código Civil<sup>198</sup>.

A decretação do divórcio, por outro lado, não veda aos ex-cônjuges reconciliarem, casando-se novamente nas mesmas condições do casamento anterior, o que seria até mais romântico, reafirmando o compromisso de cumprir os deveres conjugais. Não se justifica a manutenção da separação jurídica apenas em razão da reconciliação, diante da possibilidade de casarem-se novamente.<sup>199</sup>

Entretanto, há de se mencionar que, para aqueles casais que já eram separados judicialmente ou extrajudicialmente antes da entrada em vigor da Emenda Constitucional n.º 66/2010, sem que tivessem requerido o divórcio, é possível restabelecer a sociedade conjugal, na forma do art. 1.577 do Código Civil de 2002. Nestes casos, a reconciliação é permitida, pois o vínculo conjugal permanecera íntegro<sup>200</sup>. Logo, “*se estiverem separadas mas ainda não obtiveram o divórcio, poderão restabelecer a sociedade conjugal*”<sup>201</sup>. No entanto, é uma situação transitória, visto que será cada vez mais excepcional sua ocorrência com o passar do tempo<sup>202</sup>.

### 1.3.3. O uso do nome

O nome é “*um dos direitos mais essenciais da personalidade*”, e goza de das características oriundas dos direitos da personalidade, quais sejam, indisponibilidade, vitaliciedade, extrapatrimonialidade. É, pois, um valor que se insere no conceito de dignidade da pessoa humana, presente no art. 1º, inciso III, da

---

<sup>198</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O novo divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2010. Pg. 125.

<sup>199</sup> CARVALHO, Dimas Messias de. *Caso concreto: emenda do divórcio (EC nº 66/2010) e separação judicial em andamento* – Parecer do Ministério Público. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artios&artigo=675>>. Acesso em: 19/10/2011.

<sup>200</sup> RIBEIRO, Paulo Hermano Soares. *Análise preliminar da EC nº 66/10 e seus reflexos no divórcio por escritura pública*. Disponível em: <<http://www.recivil.com.br/news.asp?intNews=14549>>. Acesso em: 28/08/2011.

<sup>201</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O novo divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2010. Pg. 125.

<sup>202</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A emenda constitucional nº 66/2010: semelhanças, diferenças e inutilidades entre separação e divórcio e o direito intertemporal*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=647>>. Acesso em: 18/10/2011.

Constituição Federal<sup>203</sup>. Acaba merecendo uma ampla proteção do ordenamento jurídico justamente pelo fato de ser reconhecido como bem jurídico que possibilita a individualização da pessoa e tutela sua intimidade<sup>204</sup>.

A possibilidade de alteração do nome, em razão do casamento, encontra guarida no art. 1.565, § 1º, o Código Civil<sup>205</sup>. Segundo Maria Berenice Dias, ao dispor dessa forma na legislação civil, o legislador despreocupou-se com o instituto da segurança jurídica e valorizou a identificação da família<sup>206</sup>, considerada base da sociedade pela própria Carta Constitucional brasileira no *caput* do art. 226. No entanto, Rodrigo da Cunha Pereira crítica a inovação inserida no Código Civil de 2002, atestando ser um equívoco possibilitar que os sujeitos possam mesclar suas identidades, ao invés de buscar conservar suas individualidades<sup>207</sup>.

A manutenção ou mudança do nome ocorre, também, quando da separação ou do divórcio, sendo decisão unilateral daquele que alterou seu nome em função do casamento retornar àquele anterior ao matrimônio<sup>208</sup>, se assim desejar. Entretanto, o art. 1.571, § 1º, bem como o art. 1.578, ambos do Código Civil, elencam hipóteses em que há a imposição da alteração do nome do cônjuge culpado. Vale dizer que a regra geral é de que o cônjuge culpado não perde o direito de manter o nome que escolheu ao casar, podendo somente o juiz excluir o nome se atendidos cumulativamente os pressupostos previstos no art. 1.578 do Código Civil<sup>209</sup>.

Antes da EC nº 66/2010, era possível discutir sobre a mudança do nome em dois momentos distintos: por ocasião da separação judicial e, posteriormente na sua conversão em divórcio. Assim, se os cônjuges, ao se separarem, optassem por não alterar o sobrenome, não haveria óbice que o fizessem ao se divorciar.<sup>210</sup>

---

<sup>203</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 6ª ed., revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Pg. 127.

<sup>204</sup> CHINELATO, Silmara Juny. Do nome da mulher casada. *Apud* DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 6ª ed., revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Pg. 127

<sup>205</sup> Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

§ 1º Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescer ao seu o sobrenome do outro.

<sup>206</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 6ª ed., revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Pg. 129.

<sup>207</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*. 3ª ed. Rio de Janeiro: GZ, 2011. Pg. 56.

<sup>208</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 6ª ed., revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Pg. 129.

<sup>209</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 6ª ed., revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Pg. 129.

<sup>210</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*. 3ª ed. Rio de Janeiro: GZ, 2011. Pg. 57.

A modificação constitucional, ao extirpar do ordenamento o instituto da separação, bem como ao consolidar a não mais perquirição da culpa quando da dissolução do casamento, impossibilita que se puna o cônjuge culpado com a perda do nome, eis que não se justifica submeter à aprovação do ex-cônjuge a manutenção daquilo que se optou quando do casamento, sob o risco de infringir o princípio constitucional da dignidade humana<sup>211</sup>. Vale dizer, a perda do nome em decorrência da culpa fere o direito de personalidade<sup>212</sup>.

Quando o cônjuge adquire o nome de casado, este passa a ser seu sobrenome, direito personalíssimo, indisponível<sup>213</sup>, ficando sujeito sua alteração somente à vontade do titular<sup>214</sup>. Por tal razão, “*a questão do sobrenome não será obstáculo ao fim do debate da culpa em ação de extinção do vínculo conjugal*”<sup>215</sup>.

As decisões dos tribunais, especialmente do Rio Grande do Sul, já possuíam entendimento de acordo com a doutrina majoritária antes mesmo da promulgação da emenda do divórcio, sob o entendimento de que só cabe àquele que optou em alterar o nome quando do casamento alterá-lo ao seu final, se assim desejar. Nesse sentido:

APELAÇÃO. DIVÓRCIO. PARTILHA. INCLUSÃO DE BEM. NOME DE SOLTEIRA. De rigor incluir na partilha o saldo que existia em uma conta-poupança até a data de separação de fato, porquanto se trata de bem evidentemente comum, já que as partes eram casadas pelo regime da comunhão universal. O retorno ou não ao nome de solteiro é uma opção de quem adotou o nome do outro cônjuge ao casar. Por isso a apelante, que adotou o sobrenome do ex-marido, deve permanecer utilizando o nome de casada, porque ela assim optou. DERAM PARCIAL PROVIMENTO. (Apelação Cível Nº 70031028640, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 17/09/2009) (grifo nosso)

APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. SEPARAÇÃO JUDICIAL CONSENSUAL. NOME DA MULHER. DIREITO A VOLTAR A USAR O NOME DE SOLTEIRA. Pode a mulher, a qualquer tempo depois da separação ou divórcio, escolher voltar ou não, a utilizar seu nome de solteira. Faculdade que encontra amparo no exercício do direito personalíssimo da mulher. APELAÇÃO PROVIDA. (SEGredo DE

<sup>211</sup> DIAS, Maria Berenice. *Divórcio já*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Pg. 99-100.

<sup>212</sup> SIMÃO, José Fernando. *A PEC do divórcio e a culpa: impossibilidade*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=627>>. Acesso em: 18/10/2011.

<sup>213</sup> LAGRATA, Caetano. *Divórcio - o fim da separação e da culpa?* Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=690>>. Acesso em: 12/10/2011.

<sup>214</sup> LARA, Paula Maria Tecles. *Comentários à emenda constitucional nº 66/2010*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=649>>. Acesso em 02/09/2011.

<sup>215</sup> SIMÃO, José Fernando. *A PEC do divórcio e a culpa: impossibilidade*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=627>>. Acesso em: 18/10/2011.

JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70022522148, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 13/03/2008) (grifo nosso)

Outrossim, o Tribunal Gaúcho, na Apelação Cível n.º 70041881707, reformou a decisão de primeiro grau, na qual foi determinada a alteração do nome da mulher (parte ré na ação) sem que houvesse qualquer pedido neste sentido, ainda que do autor da ação. Dessa maneira, entendeu o Egrégio Tribunal que, sendo uma prerrogativa única e exclusiva de cada pessoa, descabe a alteração do nome de casada para o antigo nome de solteira sem pedido expresso, visto que o nome é um direito de personalidade, pertencente ao patrimônio pessoal de cada ser humano<sup>216</sup>.

Portanto, não mais existindo o sistema binário de dissolução da relação conjugal, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho elencam duas regras que devem ser observadas quanto ao uso do nome:

A partir da Emenda, portanto, o uso do nome, no divórcio, deverá observar as seguintes regras:

- a) se o divórcio for consensual (judicial ou administrativo), o acordo firmado deverá regular o respectivo direito;
- b) se o divórcio for litigioso, a regra é no sentido da perda do nome de casado, mantendo-se, todavia, o patronímico, se alguma das hipóteses do art. 1.578 se configurar.<sup>217</sup>

A referida sistematização de regras que devem ser examinadas de acordo com o tipo de divórcio peca por sua minúcia, eis que impõe, como regra geral, na hipótese do divórcio litigioso, a perda do nome de casado. Afronta a própria regra geral do art. 1.578 do Código Civil, que afirma que a alteração do nome do cônjuge culpado só ocorrerá se requerido pelo cônjuge inocente, não podendo também

---

<sup>216</sup> APELAÇÃO CÍVEL. DIVÓRCIO. ALTERAÇÃO DO NOME SEM PEDIDO. IMPOSSIBILIDADE. 1. DIVÓRCIO. A inconformidade da apelante quanto ao decreto de divórcio está na alegação de que o autor demonstrou interesse em se reconciliar. Porém, em audiência, as partes comparecerem com seus advogados e a conciliação restou inexistosa. Não há como o Poder Judiciário acolher a pretensão da apelante para negar a quem não mais quer estar casado esta possibilidade legal, constringendo, *manu militari*, à subsistência de um casamento já findo. 2. NOME DA MULHER. Foi do varão a iniciativa da ação e nada referiu ele a respeito do uso, pela mulher, de seu nome de solteira. Ela também nada pediu neste sentido na contestação. Manter o nome de casada ou voltar ao nome de solteira é uma prerrogativa sua, pois diz com seu patrimônio pessoal, como direito de personalidade, como consta do § 2º do art. 1.571 do CCB. DERAM PROVIMENTO EM PARTE. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70041881707, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 28/07/2011)

<sup>217</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O novo divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2010. Pg. 110.

acarretar prejuízo, dano grave ou manifesta distinção com os filhos havidos da relação. Ademais, fere o próprio âmago conceitual do instituto, pois o nome significa a própria individualidade da pessoa, sendo reconhecido como atributo da personalidade<sup>218</sup>, além de não dever ocorrer a perquirição da culpa, já defendida pela maioria da doutrina como inapropriada no processo dissolutório.

Desse modo, Rodrigo da Cunha Pereira sugere acertadamente que a “*ação de divórcio será o momento adequado para a definição desse aspecto pessoal do rompimento conjugal*”<sup>219</sup>. No caso do divórcio administrativo, os cônjuges podem acordar, na escritura pública, eventual alteração de seus respectivos nomes, permanecendo inalterado se restarem silentes quanto ao assunto<sup>220</sup>. No entanto, reitera-se que não é uma exigência, visto que é possível, mesmo após a decretação do divórcio, voltar o ex-cônjuge a usar o nome de solteiro<sup>221</sup>.

#### 1.3.4. O Estado Civil

Não há grande discussão acerca deste tema em sede doutrinária, quiçá jurisprudencial, eis que, para a grande maioria, aqueles que já separados ao tempo da promulgação da emenda do divórcio persistiriam com seu *status* civil<sup>222</sup>, seja separado judicialmente ou extrajudicialmente<sup>223</sup>. Não há, portanto, uma alteração automática para o estado civil de divorciado<sup>224</sup>.

<sup>218</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 6ª ed., revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Pg. 127.

<sup>219</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*. 3ª ed. Rio de Janeiro: GZ, 2011. Pg. 57.

<sup>220</sup> DIAS, Maria Berenice. *Divórcio já*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Pg. 18-19.

<sup>221</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 6ª ed., revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Pg. 138.

<sup>222</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. *A nova emenda do divórcio: primeiras reflexões*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=635>>. Acesso em: 06/09/2011.

<sup>223</sup> Quando se possibilitou que as separações fossem feitas na esfera administrativa, mediante escritura pública, surgiu a dúvida de como qualificar o estado civil daquele que realizasse a separação de forma extrajudicial, eis que não poderia ser também rotulado como “separado judicialmente”. Nomear o novo estado civil como “separado extrajudicialmente” poderia implicar em confusão com a mera separação de fato, expressão utilizada inclusive em nossa carta constitucional. Dessa maneira, sugeriu-se que a melhor denominação, após a promulgação da Lei n.º 11.441/2007, fosse de generalizar, no que se refere ao procedimento, tanto a separação judicial quanto a separação extrajudicial em separação jurídica; ao passo que, quanto à convergência volitiva dos partícipes, em separação consensual ou litigiosa. In: SANTOS, Romualdo Baptista dos Santos. *A nova lei de separações e divórcios extrajudiciais*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=256>>. Acesso em: 18/10/2011.

<sup>224</sup> SIMÃO, José Fernando. *A PEC do divórcio: a revolução do século em matéria de direito de família*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=652>>. Acesso em: 19/10/2011.

Equívocou-se Maria Berenice Dias quando, em defesa das vantagens trazidas pela aprovação da nova redação do art. 226, § 6º, da Constituição Federal, afirmou que as pessoas que tinham o estado civil de “separadas judicialmente” passariam automaticamente ao estado civil de divorciadas<sup>225</sup>. No entanto, tal posicionamento foi revisado pela própria autora, quando depois declarou que as pessoas que já se encontravam com o estado civil de separadas antes da alteração constitucional assim permaneceriam, visto que não houve a transformação automática do estado civil para divorciado<sup>226</sup>.

Esse entendimento, aliás, a par de gerar grave insegurança jurídica, resultaria no desagradável equívoco de se pretender modificar uma situação jurídica consolidada segundo as normas vigentes à época da sua constituição, sem que tivesse havido manifestação de qualquer das partes envolvidas.<sup>227</sup>

Ademais, aplicar a nova redação trazida pela emenda do divórcio e seus efeitos a situações já balizadas, isto é, consolidadas pelo ato jurídico perfeito, pela coisa julgada e pelo direito adquirido acabam ferindo, inclusive, preceitos constitucionais<sup>228</sup>. Isso porque, não havendo ilícito viciando a vontade das partes, o ato aperfeiçoa-se como ato jurídico, pois acaba sendo consumado de acordo com a lei do tempo em que se efetuou<sup>229</sup>. Há, pois, desrespeito ao princípio da irretroatividade das leis, que acaba sendo representado por essas três tutelas (direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada), que constituem institutos máximos da segurança jurídica<sup>230</sup>.

Reforça Rodrigo da Cunha Pereira que, para aqueles que já detinham o estado civil de separado judicialmente ou extrajudicialmente, são mantidos os efeitos dos artigos da legislação infraconstitucional que fazem referência a esse estado civil, posto que tenha ocorrido, com a Emenda Constitucional n.º 66/2010, a revogação da legislação ordinária que faz referência ao instituto da separação e a observância de

---

<sup>225</sup> DIAS, Maria Berenice. Até que enfim. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=513>>. Acesso em: 19/10/2011.

<sup>226</sup> DIAS, Maria Berenice. *Divórcio já*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Pg. 134.

<sup>227</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O novo divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2010. Pg. 139.

<sup>228</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O novo divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2010. Pg. 140.

<sup>229</sup> SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico*. São Paulo: LTr, 1996. Pg. 85.

<sup>230</sup> SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico*. São Paulo: LTr, 1996. Pg. 86.



prazos<sup>231</sup>, conforme já ventilado em tópico anterior. Os separados, pois, continuam com o mesmo *status*, “até que promovam o divórcio, por iniciativa de um ou de ambos, mantida as condições acordadas ou judicialmente decididas”<sup>232</sup>. Logo, para aqueles que possuem o estado civil de separado, e que desejem agora se divorciar, exigir-se-á o ajuizamento de ação de divórcio, ou realização por via extrajudicial<sup>233</sup> (como observar-se-á na segunda parte deste trabalho).

Saliente-se que as condições determinadas ou deliberadas na separação não são imutáveis e, caso não haja consenso entre os cônjuges quando do divórcio, pode o juiz decidir de modo diverso, ou as partes alterarem livremente o que já havia sido acordado<sup>234</sup>.

---

<sup>231</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A emenda constitucional nº 66/2010: semelhanças, diferenças e inutilidades entre separação e divórcio e o direito intertemporal*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=647>>. Acesso em: 18/10/2011.

<sup>232</sup> LÔBO, Paulo. *Divórcio: alteração constitucional e suas consequências*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=629>>. Acesso em: 28/08/2011.

<sup>233</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O novo divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2010. Pg. 139-140.

<sup>234</sup> LÔBO, Paulo. *Divórcio: alteração constitucional e suas consequências*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=629>>. Acesso em: 28/08/2011.

## 2. O NOVO DIVÓRCIO NOS PROCESSOS JUDICIAIS E EXTRAJUDICIAIS

### 2.1. Divórcio – a tipologia após a Emenda Constitucional n.º 66/2010

Preteritamente à modificação constitucional do art. 226, § 6º, da Constituição Federal, vigorava, no Brasil, o denominado modelo dual<sup>235</sup> de dissolução do casamento, eis que possível se utilizar tanto da separação judicial ou extrajudicial quanto do divórcio para dissolvê-lo<sup>236</sup>.

Nas separações, a rigor, o casal não era mais uma entidade familiar, mas continuava ligado pelo vínculo matrimonial, que somente era rompido quando da transformação do processo de separação em divórcio<sup>237</sup>. A função da separação era não prejudicar o vínculo conjugal, somente fazendo cessar, entre os cônjuges, os deveres de coabitação e fidelidade recíproca, além de não mais vigorar o regime de bens<sup>238</sup>. Contudo, o sistema dual presente no ordenamento jurídico brasileiro forçava os cônjuges à duplicidade de procedimentos, sendo necessário requerer duas vezes a ruptura oficial do mesmo casamento<sup>239</sup>.

A dissolução do vínculo conjugal somente ocorria com o divórcio ou a morte de um dos cônjuges, sendo que as outras causas elencadas no art. 1.571 do Código Civil diziam respeito ao término da sociedade conjugal. Desse modo, segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, a forma de dissolução do vínculo matrimonial, mediante o divórcio, podia ser classificada, antes da Emenda Constitucional n.º 66/2010, da seguinte maneira<sup>240</sup>:

---

<sup>235</sup> LÔBO, Paulo. *Famílias*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. Pg. 126.

<sup>236</sup> O art. 1.571 do Código Civil de 2002 prevê também, como formas do término da sociedade conjugal, a nulidade e a anulação do casamento, assim como a morte de um dos cônjuges. No entanto, o objeto do presente trabalho centra-se na discussão acerca da novidade trazida pela alteração constitucional quanto ao divórcio. Assim, não aventar-se-á qualquer discussão sobre as outras previsões legais contidas no Código Civil como causas de encerramento da sociedade conjugal, eis que o objetivo precípuo é analisar a maneira de extinguir o vínculo conjugal.

<sup>237</sup> ASSIS, Arnaldo Camanho de. *EC n.º 66/2010: a emenda constitucional do casamento*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=644>>. Acesso em: 22/10/2011.

<sup>238</sup> CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 11ª ed., revisada, ampliada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Pg. 69.

<sup>239</sup> MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Pg. 196.

<sup>240</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O novo divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2010. Pg. 96.

- a) Divórcio judicial indireto (consensual ou litigioso);
- b) Divórcio judicial direto (consensual ou litigioso);
- c) Divorcio extrajudicial (sempre consensual).

O divórcio judicial indireto, também denominado divórcio-sanção ou divórcio conversão<sup>241</sup>, possuía como característica a necessidade da existência de separação judicial prévia, ou da separação de corpos. Era deferida sob o fundamento de que o casamento estava irreversivelmente desfeito e falido, ante o pressuposto de não terem os ex-cônjuges se reconciliado no período em que ficaram separados<sup>242</sup>. Carecia observar o decurso do lapso temporal de um ano, a contar do trânsito em julgado da sentença de separação judicial, ou também da decisão judicial de separação de corpos<sup>243</sup>, o que por si só já demonstrava um abrandamento da exigência legal prevista no Código Civil, pois equiparava-se a medida cautelar de separação de corpos ao efeito da decisão de separação judicial<sup>244</sup>. Essa modalidade resultava apenas numa conversão da sentença de separação judicial (já transitada em julgado) em divórcio<sup>245</sup>.

A conversão judicial podia ocorrer de forma consensual, impondo-se o pedido conjunto dos cônjuges da promoção do pedido de divórcio, ao passo que o litigioso se caracterizava pela contestação da ação por parte daquele que não a promoveu<sup>246</sup>.

A segunda hipótese do divórcio judicial era o direto, que não dependia da separação judicial para a concessão da dissolução do vínculo conjugal, isto é, sem a necessidade de decisão anterior da separação judicial do casamento (ou da medida que decretou a separação de corpos)<sup>247</sup>. Era uma modalidade que, a partir da Constituição Federal de 1988, perdeu seu caráter de excepcionalidade, “*passando a*

---

<sup>241</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 7ª ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense: 2009. Pg. 373-374.

<sup>242</sup> CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 11ª ed., revisada, ampliada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Pg. 957.

<sup>243</sup> LÔBO, Paulo. *Famílias*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. Pg. 129.

<sup>244</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol 5. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. Pg. 287.

<sup>245</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O novo divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2010. Pg. 76.

<sup>246</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 7ª ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense: 2009. Pg. 381.

<sup>247</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 7ª ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense: 2009. Pg. 383-384.

*ser ordinariamente possível desde que comprovada a separação de fato por mais de dois anos*<sup>248</sup>. O requisito para promover a ação direta de divórcio era a separação de fato do casal<sup>249</sup>. Constituíam-se em um direito potestativo da pessoa casada, sendo apenas exigida a prova de separação de fato para prover-se o pedido de divórcio direto<sup>250</sup>. Observava-se o disposto no art. 1.580, § 2º, do Código Civil, necessitando que o prazo de separação de fato do casal fosse contínuo e ininterrupto, pelo período mínimo de dois anos, a contar da separação de fato<sup>251</sup>. Ademais, o procedimento de divórcio direto não autorizava a perquirição de culpa, que só tinha pertinência na separação judicial<sup>252</sup>.

Nesse caso, observou-se um respeitável avanço no tratamento jurídico das relações afetivas, com direta aplicabilidade do princípio da função social, bem como a promoção da dignidade de cada membro participante do núcleo familiar, eis que permitiu a agilização do processo dissolutório do vínculo matrimonial<sup>253</sup>, reconhecendo que o rompimento do casamento ocorria de fato pela cessação do afeto<sup>254</sup>.

Também nesse caso, o divórcio podia ocorrer na forma consensual, ou também de maneira litigiosa, quando o requerimento era realizado de forma unilateral, sendo a única prova necessária a ser realizada no processo a de que havia sido transcorrido o lapso temporal mínimo de 02 (dois) anos da separação de fato<sup>255</sup>.

Ademais, implantado pela Lei n.º 11.441/2007 o divórcio extrajudicial, que passou a permitir, quando inexistente filhos menores ou incapazes do casal e observados os prazos legais, tanto a separação consensual quanto o divórcio consensual por escritura pública<sup>256</sup>, além de regular a realização de inventários e

---

<sup>248</sup> CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 11ª ed., revisada, ampliada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Pg. 957.

<sup>249</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol 5. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. Pg. 289.

<sup>250</sup> MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Pg. 385.

<sup>251</sup> LÔBO, Paulo. *Famílias*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. Pg. 129.

<sup>252</sup> MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Pg. 386.

<sup>253</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O novo divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2010. Pg. 82.

<sup>254</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Pg. 417.

<sup>255</sup> MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Pg. 386.

<sup>256</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 7ª ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense: 2009. Pg. 380.

partilhas extrajudiciais<sup>257</sup>. Inseriu-se, no Código de Processo Civil, o art. 1.124-A, que passou a regular a referida matéria. Buscou-se simplificar a dissolução do casamento, criando uma nova maneira de dissolver o casamento, baseando-se no princípio da menor intervenção estatal na esfera da vida privada<sup>258</sup>. Segundo o Colégio Notarial do Brasil, e para inúmeros Tribunais de Justiça, deliberou-se que a partilha de bens, fixação de alimentos e eventual normatização do nome dos ex-cônjuges podem ser feitas posteriormente à escritura pública de separação ou divórcio, tanto judicialmente quanto extrajudicialmente<sup>259</sup>. Christiano Cassettari consegue, de maneira sucinta e objetiva, expressar qual foi a finalidade da criação da Lei n.º 11.441/2007:

(...) abre-se uma possibilidade de duplo favorecimento para ambos os lados: o jurisdicionado ganha uma nova forma de realizar separação, divórcio e inventário muito mais ágil, e o Judiciário ganha mais tempo para se dedicar às questões complexas, com a redução da tramitação desses processos.<sup>260</sup>

Após a edição e promulgação da Emenda Constitucional n.º 66/2010, alterou-se a sistematização do divórcio em nosso país, haja vista a superação da dicotomia até então existente<sup>261</sup>. Agora, abolindo-se o instituto da separação judicial e extrajudicial, supera-se a possibilidade de enfrentar os motivos de ruptura do matrimônio em demandas judiciais<sup>262</sup>.

Retirando-se do sistema jurídico o instituto da separação, remanesce somente o divórcio como forma de dissolução do casamento, ou seja, o pedido de separação judicial tornou-se juridicamente impossível<sup>263</sup>. Ressalta-se que, ainda mesmo para os autores que defendem que não houve a revogação tácita dos dispositivos infraconstitucionais que tratam sobre a separação, a alteração no comando constitucional, por si só, já traz alterações no modo como se pode classificar os tipos de divórcio agora existentes no sistema jurídico brasileiro.

---

<sup>257</sup> DIAS, Maria Berenice. *Divórcio já*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Pg. 82.

<sup>258</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*. 3ª ed. Rio de Janeiro: GZ, 2011. Pg. 42.

<sup>259</sup> CASSETTARI, Christiano. *Separação, divórcio e inventário por escritura pública: teoria e prática*. 3ª ed. São Paulo: Método, 2008. Pg. 29.

<sup>260</sup> CASSETTARI, Christiano. *Separação, divórcio e inventário por escritura pública: teoria e prática*. 3ª ed. São Paulo: Método, 2008. Pg. 29.

<sup>261</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O novo divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2010. Pg. 63.

<sup>262</sup> MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Pg. 384.

<sup>263</sup> DIAS, Maria Berenice. *Divórcio já*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Pg. 105.

(...) até mesmo a utilização da expressão “divórcio direto”, de certa forma, na atualidade, soa redundante, por não mais remanescer a tipologia do antigo divórcio indireto.<sup>264</sup>

Desse modo, o novo dispositivo constitucional que faz alusão ao divórcio trouxe inovações no âmbito da classificação dos tipos de divórcio existentes no Brasil. O próprio conceito de divórcio altera-se, passando a ser um direito potestativo incondicional, direto e objetivo<sup>265</sup>, que visa à extinção do vínculo matrimonial sem a imputação de qualquer causa específica<sup>266</sup>.

Esse divórcio poderá ser judicial (litigioso ou consensual) ou extrajudicial (administrativo). Não remanescem, no ordenamento jurídico, as expressões “divórcio direto” e “divórcio indireto”, (...) com a extinção da separação (judicial ou extrajudicial).<sup>267</sup>

O ordenamento jurídico brasileiro admite o divórcio, que, agora pode ser requerido a qualquer tempo<sup>268</sup>. Com o fim da separação, desapareceu do sistema jurídico a previsão de observância do prazo temporal de um ano a contar do casamento para poder ingressar com um pedido de separação consensual (art. 1.574 do Código Civil), ou do prazo de dois anos a partir da separação de fato para ser possível o divórcio direto (art. 1.580, § 2º, do Código Civil)<sup>269</sup>. Ou seja, não há mais qualquer obstáculo temporal ao divórcio<sup>270</sup>.

Assim, após a promulgação da Emenda Constitucional n.º 66/2010, o divórcio pode ser obtido de três formas<sup>271</sup>:

- (a) divórcio judicial consensual;
- (b) divórcio judicial litigioso; e

<sup>264</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O novo divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2010. Pg. 64.

<sup>265</sup> MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Pg. 198.

<sup>266</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. *A nova emenda do divórcio: primeiras reflexões*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=635>>. Acesso em: 06/09/2011.

<sup>267</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O novo divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2010. Pg. 64.

<sup>268</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*. 3ª ed. Rio de Janeiro: GZ, 2011. Pg. 40.

<sup>269</sup> SIMÃO, José Fernando. *A PEC do divórcio: a revolução do século em matéria de direito de família*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=652>>. Acesso em: 19/10/2011.

<sup>270</sup> DIAS, Maria Berenice. *Divórcio já*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Pg. 131.

<sup>271</sup> ASSIS, Arnaldo Camanho de. *Questões práticas sobre a repercussão da EC nº 66/2010 nos processos em andamento*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=650>>. Acesso em: 22/10/2011.

## (c) divórcio extrajudicial.

Essa sistematização da nova tipologia do divórcio, em nosso ordenamento jurídico, é sustentada pela maioria da doutrina brasileira especializada no tema, tais como os autores José Fernando Simão<sup>272</sup>, Paulo Lôbo<sup>273</sup>, Caetano Lagrasta<sup>274</sup>, Rodrigo da Cunha Pereira<sup>275</sup>, Rolf Madaleno<sup>276</sup> e Maria Berenice Dias<sup>277</sup>.

O divórcio consensual é aquele proposto conjuntamente pelos cônjuges, que pode ser requerido tanto na forma judicial quanto extrajudicial, desde que, nesse caso, não haja filhos menores ou incapazes<sup>278</sup>. Há a obrigatoriedade de que o pedido seja formulado e proposto por ambos os cônjuges<sup>279</sup>.

O casal, quando define o divórcio judicial consensual, tem por objetivo a homologação judicial do término do vínculo conjugal, momento em que o Juízo verifica apenas se o acordo resolve as questões essenciais entre as partes<sup>280</sup>. Ezequiel Moraes, a fim de explicar por que os cônjuges, mesmo que de forma consensual, acabam optando pela esfera judicial, explicita a possibilidade de o processo ocorrer em segredo de justiça, a redução da ocorrência de algum tipo de fraude, assim como a maior confiança que o cidadão tem no Estado-Juiz<sup>281</sup>.

Na petição não precisa e não devem constar os motivos do divórcio. É necessário estar acompanhada da certidão de casamento e do pacto ante-nupcial se houver, da certidão de nascimento dos filhos e obrigatoriamente deve constar o acordo relativo à guarda dos filhos e ao regime de visitas, bem como o valor da pensão alimentícia aos filhos e aos cônjuges, ainda que seja para dizer que houve dispensa entre eles.<sup>282</sup>

<sup>272</sup> SIMÃO, José Fernando. *A PEC do divórcio: a revolução do século em matéria de direito de família*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=652>>. Acesso em: 19/10/2011.

<sup>273</sup> LÔBO, Paulo. *Divórcio: alteração constitucional e suas consequências*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=629>>. Acesso em: 28/08/2011.

<sup>274</sup> LAGRASTA, Caetano. *Divórcio - o fim da separação e da culpa?* Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=690>>. Acesso em: 12/10/2011.

<sup>275</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*. 3ª ed. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

<sup>276</sup> MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Pg. 198.

<sup>277</sup> DIAS, Maria Berenice. *Divórcio já*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

<sup>278</sup> SIMÃO, José Fernando. *A PEC do divórcio: a revolução do século em matéria de direito de família*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=652>>. Acesso em: 19/10/2011.

<sup>279</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*. 3ª ed. Rio de Janeiro: GZ, 2011. Pg. 41.

<sup>280</sup> LÔBO, Paulo. *Divórcio: alteração constitucional e suas consequências*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=629>>. Acesso em: 28/08/2011.

<sup>281</sup> MORAIS, Ezequiel. *A facultatividade do procedimento extrajudicial para divórcio*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=651>>. Acesso em: 22/10/2011.

<sup>282</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*. 3ª ed. Rio de Janeiro: GZ, 2011. Pg. 41.

O procedimento do divórcio judicial consensual tem previsão no Código de Processo Civil, do art. 1.120 ao art. 1.124. Com a nova redação do art. 226, § 6º, da Constituição Federal, não se faz mais necessária a ocorrência de audiência de ratificação e a produção de prova testemunhal, uma vez que incompatíveis com a supressão das causas subjetivas e objetivas do texto constitucional<sup>283</sup>. A prova testemunhal é dispensada quando não há mais a necessidade de se comprovar qualquer observância de lapso temporal<sup>284</sup>, como antigamente se fazia imperiosa para os casos de divórcio direto ou indireto.

Por outro lado, o divórcio consensual pode ser também realizado de forma administrativa, mediante escritura pública lavrada por notário em Cartório de Registro Civil<sup>285</sup>, para aqueles que desejem maior rapidez em todo o trâmite, bem como menor onerosidade para os cônjuges<sup>286</sup>. Em outras palavras, o divórcio extrajudicial, permitido a partir da Lei n.º 11.441/2007, é um facilitador e pode ajudar a desafogar o excessivo volume de processos do Poder Judiciário<sup>287</sup>.

Insta salientar que a emenda do divórcio em nada alterou a aplicabilidade da Lei n.º 11.441/2007<sup>288</sup>, isto é, manteve-se a facultatividade da utilização da via administrativa. Somente revogou, tacitamente, a parte relativa à separação consensual extrajudicial, viabilizando-se agora somente o divórcio extrajudicial<sup>289</sup>, haja vista a supressão de causas subjetivas e objetivas como requisito para a realização do divórcio. Como requisitos essenciais, os cônjuges necessitam estar assistidos por advogado ou defensor público, e não podem ter filhos menores ou incapazes, além de ser fundamental existir também acordo sobre todas as questões essenciais<sup>290</sup>, o que será debatido de forma mais explícita em capítulo próprio.

---

<sup>283</sup> LÔBO, Paulo. *Divórcio: alteração constitucional e suas consequências*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=629>>. Acesso em: 28/08/2011.

<sup>284</sup> ASSIS, Arnaldo Camanho de. *Questões práticas sobre a repercussão da EC nº 66/2010 nos processos em andamento*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=650>>. Acesso em: 22/10/2011.

<sup>285</sup> FONSECA, Gustavo Beghelli. *A quem interessa o divórcio lento no país?* Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=594>>. Acesso em: 22/10/2011.

<sup>286</sup> MORAIS, Ezequiel. *A facultatividade do procedimento extrajudicial para divórcio*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=651>>. Acesso em: 22/10/2011.

<sup>287</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*. 3ª ed. Rio de Janeiro: GZ, 2011. Pg. 47.

<sup>288</sup> RIBEIRO, Paulo Hermano Soares. *Análise preliminar da EC nº 66/10 e seus reflexos no divórcio por escritura pública*. Disponível em: <<http://www.recivil.com.br/news.asp?intNews=14549>>. Acesso em: 28/08/2011.

<sup>289</sup> LARA, Paula Maria Tecles. *Comentários à emenda constitucional nº 66/2010*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=649>>. Acesso em 02/09/2011.

<sup>290</sup> LÔBO, Paulo. *Divórcio: alteração constitucional e suas consequências*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=629>>. Acesso em: 28/08/2011.



Possível somente na seara judicial, o divórcio litigioso é proposto por apenas um dos cônjuges, ao passo que a parte ré da ação não pode, em defesa, discutir a culpa ou qualquer questão envolvendo a observância de prazos, que passaram a ser irrelevantes com a mudança constitucional<sup>291</sup>. Não mais existe nenhuma causa específica para a decretação do divórcio, bem como não se observa nenhuma condição impeditiva da decretação do fim do vínculo, sendo suficiente instruir o pedido de divórcio com a certidão de casamento<sup>292</sup>, e que as questões essenciais sejam definidas, tais como a guarda, alimentos, nome e partilha dos bens<sup>293</sup>.

Se o espírito e o propósito da Emenda Constitucional nº 66/2010 é a simplificação, facilitação, menor intervenção estatal, liberdade e maior autonomia privada, agora, além de não se discutir a culpa, (...) basta que um dos cônjuges o requeira, através da ação ordinária, onde nenhuma causa poderá ser invocada.<sup>294</sup>

Só é possível contestar o pedido de divórcio judicial litigioso quando há divergência no que tange aos efeitos jurídicos do fim da relação conjugal<sup>295</sup>, tais como a definição da guarda dos filhos, *quantum* alimentar, partilha de bens ou uso do nome, descabendo qualquer argumento relacionado à causa do fim da conjugabilidade<sup>296</sup>.

Tendo em vista que no divórcio judicial litigioso a iniciativa é unilateral, o litígio pode envolver outras questões, conforme já referido. Rodrigo da Cunha Pereira defende que tais aspectos decorrentes do fim do casamento podem ser discutidos de forma desconectada do fim do vínculo matrimonial. Defende, pois, que a única distinção que permanece, juridicamente, é que o divórcio pode ser ou consensual – quando o pedido for formulado por ambos os cônjuges, ou litigioso, quando a iniciativa para pleitear o divórcio ocorrer de forma unilateral<sup>297</sup>.

---

<sup>291</sup> SIMÃO, José Fernando. *A PEC do divórcio: a revolução do século em matéria de direito de família*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=652>>. Acesso em: 19/10/2011.

<sup>292</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. *A nova emenda do divórcio: primeiras reflexões*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=635>>. Acesso em: 06/09/2011.

<sup>293</sup> LÔBO, Paulo. *Divórcio: alteração constitucional e suas consequências*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=629>>. Acesso em: 28/08/2011.

<sup>294</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*. 3ª ed. Rio de Janeiro: GZ, 2011. Pg. 49.

<sup>295</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O novo divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2010. Pg. 89.

<sup>296</sup> LÔBO, Paulo. *Divórcio: alteração constitucional e suas consequências*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=629>>. Acesso em: 28/08/2011.

<sup>297</sup> Nesse caso, também, o litígio pode envolver outras discussões, tais como definição da guarda dos filhos, pensão alimentícia, partilha de bens, entre outros. Contudo, tais discussões processuais não necessitam estar obrigatoriamente atreladas ao requerimento de divórcio, podendo serem realizadas

No divórcio litigioso, só serão combatidas matérias de cunho processual previstas no art. 301 do CPC, já que o único requisito para sua concessão será a presença do desafeto ou desamor, que restará comprovada com a insatisfação e infelicidade de pelo menos um dos consortes<sup>298</sup>. Como bem salienta Maria Berenice Dias, mesmo sem consenso entre os cônjuges, nada precisa ser alegado ou comprovando, sendo suficiente, para instruir o pedido de divórcio, a manifestação de um dos cônjuges, eis que ninguém pode permanecer casado contra vontade<sup>299</sup>.

O divórcio judicial litigioso é a única via possível, quando houver filhos menores, ainda que os cônjuge estejam de acordo sobre toda as questões essenciais. Justifica-se pelo fato de os interesses das crianças e adolescentes serem considerados como indisponíveis, inclusive em relação aos pais, merecendo a vigilância do Ministério Público.<sup>300</sup>

A instrução probatória no procedimento litigioso restringe-se às questões essenciais, isto é, quando houver divergência sobre o *quantum* alimentar, a guarda dos filhos, a partilha dos bens comuns<sup>301</sup> e o regime de visitas<sup>302</sup>. Eventual discussão quanto à culpa de um dos cônjuges no término da relação está fora dos limites da lide<sup>303</sup>.

A promulgação da Emenda Constitucional n.º 66/2010 não aboliu o conceito de sociedade conjugal do sistema jurídico nacional. Em verdade, mudou apenas a forma de sua extinção, já que, se antes era possível extinguir a sociedade mas manter o vínculo, atualmente, a sociedade conjugal e o vínculo conjugal encerram-se simultaneamente com o divórcio<sup>304</sup>.

---

em processos autônomos, como os alimentos (rito especial previsto na Lei n.º 5.478/68), partilha de bens e guarda dos filhos. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*. 3ª ed. Rio de Janeiro: GZ, 2011. Pg. 49.

<sup>298</sup> LARA, Paula Maria Tecles. *Comentários à emenda constitucional nº 66/2010*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=649>>. Acesso em 02/09/2011.

<sup>299</sup> DIAS, Maria Berenice. *Divórcio já*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 81.

<sup>300</sup> LÔBO, Paulo. *Divórcio: alteração constitucional e suas consequências*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=629>>. Acesso em: 28/08/2011.

<sup>301</sup> LÔBO, Paulo. *Divórcio: alteração constitucional e suas consequências*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=629>>. Acesso em: 28/08/2011.

<sup>302</sup> ASSIS, Arnaldo Camanho de. *Questões práticas sobre a repercussão da EC nº 66/2010 nos processos em andamento*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=650>>. Acesso em: 22/10/2011.

<sup>303</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O novo divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2010. Pg. 89.

<sup>304</sup> SIMÃO, José Fernando. *A PEC do divórcio: a revolução do século em matéria de direito de família*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=652>>. Acesso em: 19/10/2011.

Depreende-se, pois, que o divórcio converteu-se na única medida dissolutória do vínculo conjugal e da sociedade conjugal, não mais perdurando a tradicional dualidade tipológica em divórcio direto e indireto<sup>305</sup>. Por isso, até para a doutrina minoritária que sustenta a inoccorrência da revogação do instituto da separação de nosso ordenamento jurídico, a facilitação da forma de se requerer o divórcio acabará tornando obsoleta a utilização da separação<sup>306</sup>, visto que essa tem efeitos jurídicos reduzidos em relação àquele, e necessita o cumprimento de certos requisitos que não mais são exigidos para divorciar-se.

A Emenda Constitucional n.º 66/2010 trouxe, como consequência, uma nova tipificação do divórcio em nosso país, buscando amoldar o regime do divórcio às premissas constitucionais de eficiência e da duração razoável dos processos judiciais e extrajudiciais, em respeito ao art. 37, *caput* e ao art. 5º, inciso LXXVIII, respectivamente<sup>307</sup>.

## **2.2. A aplicabilidade da Emenda Constitucional n.º 66/2010 nas ações judiciais em andamento ou posteriormente ajuizadas**

Desde a promulgação da Emenda Constitucional n.º 66/2010, houve a alteração imediata do parágrafo sexto do art. 226 da Constituição Federal. Por essa razão, a alteração constitucional passou a ter aplicabilidade nas ações judiciais que já se encontravam em andamento.

Quando foi promulgada a Constituição Federal de 1988, na qual se reduziu a exigência mínima de 03 (três) anos para 01 (um) ano para se requerer o divórcio direto, Yussef Said Cahali defendia que, sendo a norma do divórcio de aplicabilidade imediata, os processos então em curso acabariam sendo atingidos pelo direito superveniente constitucional<sup>308</sup>. Esse foi, inclusive, o entendimento que se consolidou na jurisprudência do Tribunal de Justiça Gaúcho:

---

<sup>305</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. *A nova emenda do divórcio: primeiras reflexões*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=635>>. Acesso em: 06/09/2011.

<sup>306</sup> BANNURA, Jamil Andraus Hanna. O novo divórcio. In: *Multijuris: primeiro grau em ação*. v. 5. n. 9. Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas TJRS. 2010. Pg. 19.

<sup>307</sup> FONSECA, Gustavo Beghelli. *A quem interessa o divórcio lento no país?* Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=594>>. Acesso em: 22/10/2011.

<sup>308</sup> CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 11ª ed., revisada, ampliada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Pg. 961.

DIVÓRCIO. A DECRETAÇÃO DE ANTERIOR SEPARAÇÃO JUDICIAL NÃO ESTÁ A IMPEDIR A CONCESSÃO DE DIVÓRCIO DIRETO. APLICAÇÃO IMEDIATA DA NORMA CONSTITUCIONAL: CF, ART-226, PAR-6. INTELIGÊNCIA DO ART-36, PARÁGRAFO ÚNICO, INC-II, DA LEI 6515/ 77. APELO IMPROVIDO. (Apelação Cível Nº 589054436, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Fernando Koch, Julgado em 03/10/1989) (grifo nosso)

DIVÓRCIO DIRETO. SEPARAÇÃO DE FATO. PRAZO. A NOVA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, EM SEU ART-226, REDUZIU PARA DOIS ANOS O TEMPO DE SEPARAÇÃO DE FATO EXIGIDO PARA O DIVÓRCIO DIRETO. PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO APÓS O AJUIZAMENTO DA AÇÃO: FATO NOVO A SER CONSIDERADO NO MOMENTO DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA, A TEOR DO DISPOSTO NO ART-462 DO CPC. APELO PROVIDO PARA DECRETAR O DIVÓRCIO. (Apelação Cível Nº 588076471, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sílvio Manoel de Castro Gamborgi, Julgado em 26/04/1989) (grifo nosso)

DIVÓRCIO DIRETO. CONSOANTE A NOVA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, PODE SER CONCEDIDO, APÓS DOIS ANOS DE SEPARAÇÃO DE FATO (ART-226 PAR-6). INCIDÊNCIA DO DIREITO SUPERVENIENTE AOS CASOS PENDENTES: FATO NOVO (CPC, ART-462). APELO PROVIDO, PARA CASSAR A SENTENÇA DE CARÊNCIA DE AÇÃO. (Apelação Cível Nº 588043075, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Fernando Koch, Julgado em 11/10/1988) (grifo nosso)

Havendo a supressão do instituto da separação do ordenamento jurídico brasileiro, como bem salienta Maria Berenice Dias, “*não podem seguir tramitando demandas que buscam uma resposta não mais contemplada no ordenamento jurídico*”<sup>309</sup>. É preciso que ocorra uma readequação do objeto e do pedido nos processos judiciais em andamento à nova disposição constitucional vigente, sejam consensuais ou litigiosos, sob pena de arquivamento caso não ocorra essa retificação no processo<sup>310</sup>.

Neston Teixeira de Carvalho defende, por sua vez, que o juiz deve facultar um prazo de 10 (dez) dias para as partes requererem a alteração da ação de separação em divórcio, e caso isto não ocorra, o processo deve ser extinto por impossibilidade jurídica do pedido<sup>311</sup>. Isso porque ao juiz cabe somente aferir a

<sup>309</sup> DIAS, Maria Berenice. *Divórcio já*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Pg. 130.

<sup>310</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A emenda constitucional nº 66/2010: semelhanças, diferenças e inutilidades entre separação e divórcio e o direito intertemporal*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=647>>. Acesso em: 18/10/2011.

<sup>311</sup> CARVALHO, Neston Teixeira. *O fim da separação no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=631>>. Acesso em: 18/10/2011.

compatibilidade entre o pedido formulado e o ordenamento jurídico, não sendo possível que o pedido de separação judicial seja automaticamente convertido em um pedido de divórcio<sup>312</sup>.

Ainda, em estudo realizado a fim de analisar qual o procedimento que estava sendo praticado pelos juízes de diversas comarcas de nosso país, Dimas Messias de Carvalho também aponta que não mais se tolera no sistema jurídico pátrio a possibilidade de prosseguir com ação de separação<sup>313</sup>. Devem, pois, os juízes facultarem às partes prazo para que possam requerer a modificação do pedido de separação para divórcio, sob pena de serem extintos por impossibilidade jurídica do pedido, caso não haja essa modificação<sup>314</sup>. Nesse sentido:

Separação judicial. Extinção do processo sem resolução do mérito, nos termos do artigo 267, VI do CPC. Impossibilidade jurídica do pedido. A emenda Constitucional 66/2010 excluiu da legislação civil a figura jurídica da separação judicial. Partes que no curso da demanda não demonstraram a intenção de convalidação do pleito de separação judicial em divórcio, o que seria plenamente inadmissível, inclusive por imperativo de celeridade e economia processual. Impossibilidade de o Juízo converter o feito em divórcio, de ofício, conduta que violaria o princípio da estabilidade da demanda expressado no artigo 264 do CPC, até porque lhe cabe apenas verificar a relação de compatibilidade entre o pedido e o ordenamento jurídico, existindo limites para que o Estado intervenha nas relações de família. Apelo Improvido. (Apelação Cível n.º 0200292-47.2010.8.19.0001, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RJ, Relator: Des. Celso Peres, Julgado em 24/10/2011) (grifo nosso)

De forma semelhante, Pablo Stolze Gagliano assevera que o juízo deve oportunizar à parte autora prazo para adaptar o pedido de acordo com a nova emenda constitucional do divórcio<sup>315</sup>. Inaplicável a restrição constante do art. 264 do Código de Processo Civil, porque não se trata de inovação do pedido no curso do processo, mas sim na supressão da base normativa que propiciava sustentação

<sup>312</sup> ASSIS, Arnaldo Camanho de. *Questões práticas sobre a repercussão da EC nº 66/2010 nos processos em andamento*. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=650>>. Acesso em: 22/10/2011.

<sup>313</sup> CARVALHO, Dimas Messias de. *Caso concreto: emenda do divórcio (EC nº 66/2010) e separação judicial em andamento* – Parecer do Ministério Público. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artios&artigo=675>>. Acesso em: 19/10/2011.

<sup>314</sup> CARVALHO, Dimas Messias de. *Caso concreto: emenda do divórcio (EC nº 66/2010) e separação judicial em andamento* – Parecer do Ministério Público. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artios&artigo=675>>. Acesso em: 19/10/2011.

<sup>315</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O novo divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2010. Pg. 140.

jurídica ao pedido, devendo adaptar o pedido de acordo com a nova redação do art. 226, § 6º, da Constituição Federal<sup>316</sup>. Ainda que ocorra a modificação do pedido após a citação do réu e sem seu consentimento, não há desrespeito ao princípio da boa-fé objetiva e da cooperatividade, mas observância ao princípio da máxima efetividade processual<sup>317</sup>.

O que sucede, em verdade, é uma alteração da base normativa do direito material discutido, por força de modificação constitucional, exigindo-se, com isso, adaptação ao novo sistema, sob pena de afronta ao princípio do devido processo civil constitucional.<sup>318</sup>

O autor defende apenas que, transcorrido o prazo sem qualquer modificação da causa de pedir, o processo deve ser extinto, sem resolução do mérito, mas por perda de interesse processual superveniente, com base no art. 264, inciso VI, do Código de Processo Civil, e não por impossibilidade jurídica do pedido<sup>319</sup>.

Por sua vez, há quem entenda que a concessão de um prazo para que as partes possam se manifestar é necessário, mas isso não significa necessariamente que a ação de separação precisa ser extinta por impossibilidade jurídica do pedido ou arquivada. Maria Berenice Dias defende a conversão automática da ação de separação em ação de divórcio, mesmo nos casos em que, oportunizado prazo para as partes se manifestarem nos autos, restarem silentes:

Todas as ações de separação precisam ser suspensas. Deve o juiz dar ciência às partes de que o pedido de separação não pode ser acolhido, concedendo um prazo para se manifestarem. O jeito menos burocrático é intimar as partes para que manifestem expressamente a discordância com a decretação do divórcio, com o alerta de que, se ficarem em silêncio, isso significará que concordam com o decreto do divórcio. Assim, quem concorda não precisa sequer se manifestar.<sup>320</sup>

No entanto, sinala-se que a conversão de modo automático de um pedido requerido pelas partes em processo jurisdicional em razão da alteração

<sup>316</sup> ASSIS, Arnaldo Camanho de. *EC n.º 66/2010: a emenda constitucional do casamento*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=644>>. Acesso em: 22/10/2011.

<sup>317</sup> ASSIS, Arnaldo Camanho de. *EC n.º 66/2010: a emenda constitucional do casamento*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=644>>. Acesso em: 22/10/2011.

<sup>318</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O novo divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2010. Pg. 141.

<sup>319</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. *A nova emenda do divórcio: primeiras reflexões*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=635>>. Acesso em: 06/09/2011.

<sup>320</sup> DIAS, Maria Berenice. *Divórcio já*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Pg. 133.

constitucional superveniente vai de encontro com o que preceitua a própria Carta Constitucional, em seu art. 5º, que é a livre possibilidade dos cidadãos buscarem a tutela jurisdicional da forma como bem desejarem.

Em posicionamento minoritário, Regina Beatriz Tavares da Silva argumenta que, nas ações em andamento, o juiz deve intimar as partes para que manifestem sua vontade de converter a separação judicial em divórcio, mantendo-se as mesmas causas e os pedidos cumulados que já constam dos autos e, caso as partes não concordem com a conversão, o juiz não tem o poder de extinguir o feito por impossibilidade jurídica do pedido ou falta de interesse de agir supervenientes, em razão da emenda do divórcio<sup>321</sup>.

Extinções dos feitos de separação judicial precipitadas, ao invés de facilitarem o divórcio, atolarão os Tribunais de recurso e em nada cumprirão a finalidade da EC n. 66/2010, que é a de abreviar a mudança de estado civil.<sup>322</sup>

Todavia, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais já pôde se pronunciar sobre o assunto. Na Apelação Cível n.º 16900932-55.2006.8.13.0701<sup>323</sup>, o apelante buscava a reforma da sentença de primeiro grau que, baseada na Emenda Constitucional n.º 66/2010, extinguiu o feito, sem resolução do mérito, por impossibilidade jurídica do pedido superveniente e por falta de interesse processual superveniente. O Tribunal entendeu que as ações de separação pendentes de julgamento no momento da promulgação da Emenda Constitucional n.º 66/2010

---

<sup>321</sup> TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *A emenda constitucional do divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2011. Pg. 86.

<sup>322</sup> TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *A emenda constitucional do divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2011. Pg. 86-87.

<sup>323</sup> DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL - EC 66/2010 - APLICAÇÃO AOS PROCESSOS PENDENTES DE SEPARAÇÃO JUDICIAL - POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO EM DIVÓRCIO - PEDIDO QUE PODE SER FEITO TANTO PELO AUTOR QUANTO PELO RECONVINTE. As ações de separação antes existentes podem ser convertidas em divórcio em face da EC 66/2010 a pedido do autor ou da reconvinte, não cabendo à parte contrária obstar a conversão. As ações anteriormente existentes e que já surtiram efeitos, seja em relação aos alimentos, bens ou relações interpessoais, como guarda dos filhos ou separação de corpos, não podem ser extintas simplesmente se o autor ou a reconvinte a isso se nega, para que não se crie insegurança e não haja grave lesão à ordem jurídica. A ré-reconvinte tem os mesmos direitos do autor de se opor à extinção da ação, com base no art. 317 do CPC, bem como à pretensão da conversão em divórcio. O texto novo constitucional, que tem a nítida intenção de agilizar os processos de extinção da sociedade conjugal, não pode retroagir para prejudicar processos antigos e que a duras penas estão chegando ao seu final, nem pode retroagir para extinguir processos que já surtiram efeitos quanto aos direitos/deveres subjetivos das partes, devendo ser dada a oportunidade às partes de converter o processo de separação judicial, consensual ou litigioso, em pedido de divórcio. Deram provimento ao recurso, vencido o revisor. (Apelação Cível n.º 16900932-55.2006.8.13.0701, 1ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça de MG, Relatora: Vanessa Verdolim Hudson Andrade, Data de julgamento: 16/08/2011 ) (grifo nosso)

podem ser convertidas em ações de divórcio, a pedido de qualquer uma das partes. No entanto, neste caso, entendeu o tribunal que não se podia extinguir o feito pois a ação já havia produzido efeitos, especialmente em alimentos, razão pela qual a extinção de todo o processo traria insegurança jurídica. Nesse sentido, importante trecho da decisão, que indica o posicionamento do tribunal mineiro para estes casos de ações de separação pendentes de decisão no momento da promulgação da emenda do divórcio:

Conclui-se, portanto, que:

- 1) As ações de separação antes existentes podem ser convertidas em divórcio em face da EC 66/2010 a pedido do autor ou da reconvinte, não cabendo à parte contrária obstar a conversão.
- 2) As ações anteriormente existentes e que já surtiram efeitos, seja em relação aos alimentos, bens ou relações interpessoais, como guarda dos filhos ou separação de corpos, não podem ser extintas simplesmente se o autor ou a reconvinte a isso se nega, para que não se crie insegurança e não haja grave lesão à ordem jurídica.
- 3) A ré-reconvinte tem os mesmos direitos do autor de se opor à extinção da ação, com base no art. 317 do CPC, bem como tem o mesmo direito à pretensão da conversão do pedido de separação em divórcio.
- 4) O texto novo constitucional, que tem a nítida intenção de agilizar os processos de extinção da sociedade conjugal, não pode retroagir para prejudicar processos antigos e que a duras penas estão chegando ao seu final, nem pode retroagir para extinguir processos que já surtiram efeitos quanto aos direitos/deveres subjetivos das partes, contra a sua vontade.<sup>324</sup>

Nesse caso, portanto, a decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais foi de cassar a sentença de primeiro grau que extinguiu o feito, sem resolução do mérito, prosseguindo a ação como de separação judicial (eis que já tramitava há mais de cinco anos), mas permitindo que, caso uma das partes desejasse convertê-la em divórcio seria permitido, com a readequação do objeto da inicial e/ou da reconvenção.

Entretanto, a doutrina defende que as ações de separação, assim ajuizadas, após a Emenda Constitucional n.º 66/2010, devem ser extintas sem julgamento de mérito. Isso porque, não tendo sido recepcionada pela emenda do divórcio a legislação que faz alusão à separação jurídica, os cônjuges que intentem com eventual ação de separação – facultando-lhes a possibilidade de alterar o objeto para ação de divórcio – terão seus processos extintos, sem resolução de mérito, nos

---

<sup>324</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Apelação Cível n.º 1.0701.06.169093-2/009, 1ª Câmara Cível.



termos do art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, por impossibilidade jurídica do pedido<sup>325</sup>. Nesse sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DE FAMÍLIA. CONVERSÃO DA AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL EM DIVÓRCIO. POSSIBILIDADE. NOVA ORDEM JURÍDICA. EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 66. Após a Emenda Constitucional n.º 66 de 2010, a dissolução conjugal opera-se com o divórcio, sem que seja necessária a prévia separação judicial por mais de um ano ou a comprovada separação de fato por mais de dois anos. E inexistindo oposição dos cônjuges, cabível a conversação da ação de separação judicial em divórcio pelo magistrado, de forma a regularizar a situação perante a nova ordem constitucional, em nome da economia processual e instrumentalidade das formas. Recurso conhecido e não provido. (Apelação Cível n.º 0489586-97.2010.8.13.0000, 3ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça de MG, Relatora: Albergaria Costa, Data de julgamento: 13/01/2011) (grifo nosso)

Evidente que, nos casos em que o processo já tramita há anos, em que já tenha a ação surtido algum efeito (especialmente no que toca à guarda dos filhos, alimentos, etc.), deve preponderar a razoabilidade e até mesmo o respeito à celeridade processual, ao não extinguir determinado processo quando está se encaminhado para o encerramento, como entendido pela jurisprudência mineira.

### 2.3. Conversão da separação em divórcio

A partir do entendimento de que, atualmente, subsistem no ordenamento jurídico brasileiro o divórcio judicial (consensual e litigioso) e extrajudicial (consensual), faz-se necessário fazer uma breve explanação sobre o assunto, eis que surge, como uma das questões transitórias<sup>326</sup>, a possibilidade ou não de se requerer a conversão da separação (já transitada em julgada) em divórcio.

Rodrigo da Cunha Pereira, em que pese defenda que a separação judicial tenha se tornado incompatível com o sistema jurídico posterior à emenda do divórcio, argumenta que seria possível converter a separação em divórcio,

---

<sup>325</sup> CARVALHO, Dimas Messias de. *Caso concreto: emenda do divórcio (EC nº 66/2010) e separação judicial em andamento* – Parecer do Ministério Público. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artios&artigo=675>>. Acesso em: 19/10/2011.

<sup>326</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A emenda constitucional nº 66/2010: semelhanças, diferenças e inutilidades entre separação e divórcio e o direito intertemporal*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=647>>. Acesso em: 18/10/2011.

excepcionalmente<sup>327</sup>. Como a Emenda Constitucional n.º 66/2010 não transforma as pessoas que já se encontram separadas em automaticamente divorciadas, necessário permitir que aquelas possam converter a separação em divórcio, sem, no entanto, observar o prazo de um ano previsto no art. 1.580, *caput* do Código Civil<sup>328</sup>. Em outras palavras, a conversão da separação em divórcio pode ser pleiteado a qualquer momento, em autos que serão apensados ao processo de separação<sup>329</sup>. No âmbito extrajudicial, permitir-se-ia também a conversão da separação judicial ou extrajudicial em divórcio, desde que naquele caso fosse provado o trânsito em julgado da sentença de separação<sup>330</sup>.

Em linha de pensamento distinta, Paulo Hermano Soares Ribeiro diz que, sendo agora o divórcio a única figura prevista constitucionalmente, a ação de divórcio deve ser sempre direta, não havendo falar em conversão da separação em divórcio<sup>331</sup>. Esse é o entendimento de toda a parte de doutrinadores que defendem, a partir da promulgação da Emenda Constitucional n.º 66/2010, ter sido alterada toda a classificação tipológica do divórcio<sup>332</sup>.

Com o fim da separação judicial, também desapareceu a possibilidade de sua conversão em divórcio. Não persiste a exigência temporal de sua conversão em divórcio. (...) Nem mesmo o alegado interesse em ser fixado o termo inicial do fim da vida em comum justifica persistir a possibilidade de transformar a separação judicial em divórcio. Isso porque a sentença do divórcio não dispõe – nem poderia de efeito retroativo.<sup>333</sup>

Paulo Lôbo vai mais além, asseverando que o conteúdo disposto entre as partes na separação judicial deve ser inteiramente reproduzido na ação de divórcio,

<sup>327</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A emenda constitucional nº 66/2010: semelhanças, diferenças e inutilidades entre separação e divórcio e o direito intertemporal*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=647>>. Acesso em: 18/10/2011.

<sup>328</sup> SIMÃO, José Fernando. *A PEC do divórcio: a revolução do século em matéria de direito de família*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=652>>. Acesso em: 19/10/2011.

<sup>329</sup> CARVALHO, Newton Teixeira. *O fim da separação no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=631>>. Acesso em: 18/10/2011.

<sup>330</sup> GABURRI, Fernando. Primeiros apontamentos sobre separação e divórcio extrajudiciais. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=255>>. Acesso em: 09/11/2011.

<sup>331</sup> RIBEIRO, Paulo Hermano Soares. *Análise preliminar da EC nº 66/10 e seus reflexos no divórcio por escritura pública*. Disponível em: <<http://www.recivil.com.br/news.asp?intNews=14549>>. Acesso em: 28/08/2011.

<sup>332</sup> Reforça-se a classificação presente no sub-capítulo 2.1. do presente trabalho, que, em suma, é aquela apresentada por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho quando se afirma que no sistema jurídico brasileiro não mais subsiste a figura do divórcio judicial indireto, seja consensual ou litigioso.

<sup>333</sup> DIAS, Maria Berenice. *Divórcio já*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Pg. 116-117.

como se aquela não tivesse existido, visto que só há a possibilidade de requerer o divórcio direto, seja na forma judicial ou extrajudicial:

Como deixa de existir o divórcio por conversão, o pedido de divórcio (ou o divórcio consensual extrajudicial) deverá reproduzir todas as condições estipuladas ou decididas na separação judicial, como se esta não tivesse existido, se assim desejarem os cônjuges separados, ou alterá-las livremente.<sup>334</sup>

Todavia, ainda que a maioria da doutrina sustente não haver a necessidade da conversão da separação judicial ou extrajudicial em divórcio, a construção jurisprudencial, desde a promulgação da Emenda Constitucional n.º 66/2010, em nosso Estado, é no sentido de permitir que o divórcio seja decretado a partir da conversão da separação judicial. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em julgado recente em sede de apelação, negou provimento ao recurso que requeria a reforma da sentença de primeiro grau que, nos autos da conversão da separação em divórcio, o decretou, haja vista a desnecessidade de observância dos requisitos do art. 1.580 do Código Civil:

APELAÇÃO CÍVEL. CONVERSÃO DE SEPARAÇÃO EM DIVÓRCIO. DECISÃO DA SEPARAÇÃO QUE JÁ TRANSITOU EM JULGADO HÁ MAIS DE UM ANO DO AJUIZAMENTO DESTA AÇÃO DE DIVÓRCIO, REMANESCENDO APENAS QUESTÕES ACERCA DA PARTILHA E DOS ALIMENTOS QUE EM NADA INFLUENCIAM NA DECRETAÇÃO DO DIVÓRCIO. POSSIBILIDADE DA CONVERSÃO. ADEMAIS, COM A ALTERAÇÃO DO ARTIGO 226, §6º, DA CF, PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010, DE EFICÁCIA PLENA E IMEDIATA, FAZ-SE POSSÍVEL A DECRETAÇÃO DIRETA DO DIVÓRCIO, SUPRIMINDO QUALQUER EXIGÊNCIA INFRACONSTITUCIONAL EM RELAÇÃO A NECESSIDADE DE PRAZO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL OU FÁTICA. APELAÇÃO DESPROVIDA. (SEGredo DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70042515213, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Roberto Carvalho Fraga, Julgado em 13/07/2011)

Para as referidas questões transitórias das pessoas que já se encontram separadas judicialmente, o Tribunal tem entendido que é possível decretar o divórcio a partir da conversão por uma medida de celeridade processual, além de não mais subsistirem as exigências de prévia separação judicial ou de respeito ao lapso

---

<sup>334</sup> LÔBO, Paulo. *Divórcio: alteração constitucional e suas consequências*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=629>>. Acesso em: 28/08/2011.

temporal mínimo de 02 (dois) anos da separação de fato para requer o divórcio<sup>335</sup>. Outrossim, colaciona-se decisão neste sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONVERSÃO DE SEPARAÇÃO EM DIVÓRCIO. EMENDA CONSTITUCIONAL N° 66/2010. NOVA REDAÇÃO DADA AO ART. 226, § 6°, DA CF/88 QUE ELIMINA OS REQUISITOS À SUA DECRETAÇÃO ANTERIORMENTE PREVISTOS. Com o advento da EC n° 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, bem como de antecedente partilha de bens do casal. Precedentes jurisprudenciais. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. (Agravado de Instrumento N° 70043571033, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 18/08/2011) (grifo nosso)

Percebe-se, pois, que a possibilidade de permitir que as partes convertam a separação em divórcio, sem a necessidade de ajuizamento de ação de divórcio propriamente dita, busca compatibilizar a emenda do divórcio aos princípios constitucionais da coisa julgada e do ato jurídico perfeito<sup>336</sup>. Ademais, salienta-se que o ajuizamento de ação de divórcio ou a possibilidade de divórcio conversão nessas questões transitórias implicam invariavelmente no mesmo resultado prático, qual seja, a decretação do divórcio.

#### **2.4. A Lei n.º 11.441/2007 e o divórcio extrajudicial**

A Lei n.º 11.441/2007 alterou e acrescentou dispositivos legais ao Código de Processo Civil, permitindo e normatizando a possibilidade da separação e do divórcio extrajudicial<sup>337</sup>, objetivando facilitar a realização de separações e divórcios

<sup>335</sup> AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIVÓRCIO DIRETO. EMENDA CONSTITUCIONAL N° 66/2010. NOVA REDAÇÃO DADA AO ART. 226, § 6°, DA CF/88 QUE ELIMINA OS REQUISITOS À SUA DECRETAÇÃO ANTERIORMENTE PREVISTOS. COMPOSIÇÃO DA DIVERGÊNCIA. Com o advento da EC n° 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. Entendimento pacificado no 4º Grupo Cível. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO, EM MONOCRÁTICA. (Agravado de Instrumento N° 70044639516, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 10/10/2011) (grifo nosso)

<sup>336</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A emenda constitucional n° 66/2010: semelhanças, diferenças e inutilidades entre separação e divórcio e o direito intertemporal*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=647>>. Acesso em: 18/10/2011.

<sup>337</sup> MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Pg. 403.

consensuais, reforçando a natureza negocial do casamento<sup>338</sup>. Em que pese a referida lei tenha incluído quatro novos artigos ao Código de Processo Civil, analisar-se-á somente o art. 1.124-A do referido diploma, que estabelece regras para o divórcio<sup>339</sup>.

Possibilitou-se, a partir do ano de 2007, a utilização da via administrativa para aqueles casais que estivessem em consenso quanto à dissolução do casamento, sendo necessário que o casal não possuísse filhos menores ou incapazes. Sinalizou, a legislação, de maneira contundente, que se estava buscando interferir o menos possível na família no que tange à manutenção do casamento<sup>340</sup>.

Maria Berenice Dias, precipitadamente, chega a afirmar que, havendo consenso entre os cônjuges, o divórcio extrajudicial deveria ser a única forma de se requerer a dissolução do casamento, visto que a esfera judicial deveria ser utilizada somente nos casos de litígio entre os cônjuges, ou seja, não deveria se facultar o acesso ao Poder Judiciário quando os divorciandos não tivessem filhos menores ou incapazes:

Com a possibilidade de o divórcio ocorrer extrajudicialmente, a via judicial deveria ficar restrita aos divorciandos que tenham filhos menores ou incapazes. Nada justifica facultar o acesso à justiça quando a dissolução do vínculo conjugal é de pessoas maiores e capazes.<sup>341</sup>

Nesse mesmo sentido, Fernando Gaburri, quando da entrada em vigor da Lei n.º 11.441/2007, chegou a afirmar que faltaria interesse de agir àqueles que buscassem o divórcio ou separação consensual e judicial, posicionando-se entre aqueles que defendiam o procedimento extrajudicial como obrigatório para os casos em que houvesse consensualidade entre os cônjuges e a ausência de filhos menores ou incapazes:

---

<sup>338</sup> CASSETTARI, Christiano. *Separação, divórcio e inventário por escritura pública: teoria e prática*. 3ª ed. São Paulo: Método, 2008. Pg. 27.

<sup>339</sup> Além da inclusão do art. 1.124-A ao Código de Processo Civil, foram alterados o art. 982, art. 983 e o art. 1.031 do mesmo diploma legal. Entretanto, tais artigos não são objeto de análise do presente trabalho, pois fazem referência ao inventário extrajudicial e a partilha amigável.

<sup>340</sup> CARVALHO, Dimas Messias de. *Caso concreto: emenda do divórcio (EC nº 66/2010) e separação judicial em andamento* – Parecer do Ministério Público. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artios&artigo=675>>. Acesso em: 19/10/2011.

<sup>341</sup> DIAS, Maria Berenice. *Divórcio já*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 81.

(...) se os contratantes querem, por mútuo consenso e preenchidos os requisitos legais, por fim ao contrato antes de seu término natural sem que haja prejuízo para nenhum deles, parece que faltar-lhes-ia interesse de agir, tornando-se, portanto carecedores de ação em face da desnecessidade e prescindibilidade da tutela jurisdicional.<sup>342</sup>

Contudo, esse entendimento não predominou na doutrina, eis que a partir da própria leitura da Lei n.º 11.441/2007 era possível apreender que a intenção do legislador foi de possibilitar uma maneira diversa de dissolver o casamento<sup>343</sup>. Ou seja, a via administrativa não foi criada para se tornar a forma obrigatória de se promover o divórcio consensual, não havendo a desjudicialização quanto à dissolução do casamento<sup>344</sup>, o que acarretaria, em verdade, clara afronta ao direito fundamental de livre acesso à tutela jurisdicional, previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Carta Política:

(...) não foi retirada a jurisdição dos órgãos estatais integrantes do Poder Judiciário. O que se fez foi estender – e não extirpar! – a jurisdição voluntária ou contenciosa à esfera administrativa, aos órgãos não-judiciários e ao particular. (...) Se o acesso ao Judiciário fosse vedado, importaria dizer que acarretaria em cristalina afronta ao art. 5º, XXXV, da Constituição Federal e aos princípios que o regem.<sup>345</sup>

Sobre o tema, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já pôde se pronunciar, defendendo a facultatividade da aplicação da lei no caso do divórcio, grifos nossos:

APELAÇÃO CÍVEL. DIVÓRCIO DIRETO CONSENSUAL. AÇÃO EXTINTA. CARÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL INOCORRENTE. ART. 1124-A DO CPC. FACULDADE, E NÃO OBRIGATORIEDADE, DE USO DA ESCRITURA PÚBLICA. MANIFESTA PROCEDÊNCIA. ART. 557 DO CPC. 1. Dispõe o art. 1.124-A do CPC, com a redação que lhe deu a Lei nº 11.441 de 2007, que 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. 2. É verdade que a alteração racionaliza a congestionada

<sup>342</sup> GABURRI, Fernando. Primeiros apontamentos sobre separação e divórcio extrajudiciais. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=255>>. Acesso em: 09/11/2011.

<sup>343</sup> SANTOS, Romualdo Baptista dos Santos. *A nova lei de separações e divórcios extrajudiciais*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=256>>. Acesso em: 18/10/2011.

<sup>344</sup> MORAIS, Ezequiel. *A facultatividade do procedimento extrajudicial para divórcio*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=651>>. Acesso em: 22/10/2011.

<sup>345</sup> MORAIS, Ezequiel. *A facultatividade do procedimento extrajudicial para divórcio*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=651>>. Acesso em: 22/10/2011.

atividade jurisdicional e reduz a intervenção do Poder Judiciário em relações jurídicas de conteúdo patrimonial entre pessoas maiores e capazes. Todavia, a formalização das separações e divórcios pela via extrajudicial é mera faculdade dos cônjuges, bastando que se atente à redação da norma. Logo, não há falar em carência de ação. APELAÇÃO PROVIDA, EM JULGAMENTO MONOCRÁTICO. (Apelação Cível Nº 70041194606, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 16/03/2011)

Assim, resta claro que a Lei n.º 11.441/2007 buscou trazer uma inovação ao ordenamento jurídico brasileiro, criando uma nova forma de obtenção do divórcio, “*procurando permitir que os interessados consigam o quanto antes resolver a situação que os envolve*”<sup>346</sup>, tornando-se ainda mais útil com a simplificação da dissolução do casamento a partir da Emenda Constitucional n.º 66/2010.

Em razão de diversas controvérsias e discordâncias surgidas com a aplicação da Lei n.º 11.441/2007, o Conselho Nacional de Justiça expediu a Resolução n.º 35/2007 disciplinando e dando melhor direção ao inventário, partilha, separação e divórcio<sup>347</sup>.

A promulgação da Emenda Constitucional n.º 66/2010 não alterou a aplicabilidade da Lei n.º 11.441/2007. Ocorreu uma nova interpretação das questões de natureza procedimental frente à nova sistemática da dissolução do casamento no direito brasileiro, que suprimiu a observância de quaisquer prazos temporais ou de prévia separação dos cônjuges para permitir a realização do divórcio<sup>348</sup>.

(...) o divórcio consensual extrajudicial é a única opção real para dar termo final ao casamento, não mais sobrevivendo a mesma possibilidade para a versão extrajudicial da separação consensual, uma vez que a Emenda Constitucional n. 66/2010 retirou do sistema jurídico brasileiro, por incompleta incompatibilidade, a figura derogada da separação judicial ou extrajudicial.<sup>349</sup>

Assim, com a mudança do art. 226, § 6º, da Constituição Federal, em que houve a supressão do cumprimento de qualquer pressuposto temporal ou a necessidade de prévia separação, não mais persiste a observância – para utilizar-se

<sup>346</sup> FONSECA, Gustavo Beghelli. *A quem interessa o divórcio lento no país?* Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=594>>. Acesso em: 22/10/2011.

<sup>347</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: GZ, 2011. Pg. 43.

<sup>348</sup> RIBEIRO, Paulo Hermano Soares. *Análise preliminar da EC nº 66/10 e seus reflexos no divórcio por escritura pública*. Disponível em: <<http://www.recivil.com.br/news.asp?intNews=14549>>. Acesso em: 28/08/2011.

<sup>349</sup> MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Pg. 403.

do divórcio administrativo – do art. 1.580, § 2º do Código Civil<sup>350</sup>. Também as regras da Resolução n.º 35/2007 do Conselho Nacional de Justiça, relativas à comprovação dos requisitos temporais, foram atingidas pela revogação<sup>351</sup>, em especial o art. 47<sup>352</sup>, o art. 52<sup>353</sup> e o art. 53<sup>354</sup> (este revogado pela Resolução n.º 120/2010, logo após a promulgação da Emenda Constitucional n.º 66/2010).

(...) extinta a figura da “separação” (em qualquer modalidade, seja litigiosa ou consensual), não há falar mais, também, em separação extrajudicial.

A norma, portanto, agora somente trata do divórcio.<sup>355</sup>

Desse modo, os próprios requisitos contidos no art. 47 da Resolução n.º 35/2007 do Conselho Nacional de Justiça foram alterados, visto que havia uma repetição da observância das causas subjetivas e objetivas para a realização do divórcio. Agora, o divórcio extrajudicial pode ser obtido, mediante o Tabelião, de forma direta, bastando a apresentação da certidão de casamento e a existência de consenso entre os cônjuges.

Importante mencionar que, em 06.10.2010, o Conselho Nacional de Justiça publicou a Resolução n.º 120 que busca adaptar o texto da Resolução n.º 35/2007 à alteração do art. 226, § 6º, da Constituição Federal, explicitando sua incompetência para se posicionar sobre a extinção do instituto da separação do direito brasileiro, em que pese as alterações realizadas na referida resolução.

---

<sup>350</sup> MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Pg. 403-404.

<sup>351</sup> LÔBO, Paulo. *Divórcio: alteração constitucional e suas consequências*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=629>>. Acesso em: 28/08/2011.

<sup>352</sup> Resolução n.º 35/2007 CNJ: Art. 47. São requisitos para lavratura da escritura pública de separação consensual: a) um ano de casamento; b) manifestação da vontade espontânea e isenta de vícios em não mais manter a sociedade conjugal e desejar a separação conforme as cláusulas ajustadas; c) ausência de filhos menores não emancipados ou incapazes do casal; e d) assistência das partes por advogado, que poderá ser comum.

<sup>353</sup> Resolução n.º 35/2007 CNJ: Art. 52. A Lei no 11.441/07 permite, na forma extrajudicial, tanto o divórcio direto como a conversão da separação em divórcio. Neste caso, é dispensável a apresentação de certidão atualizada do processo judicial, bastando a certidão da averbação da separação no assento de casamento.

<sup>354</sup> Resolução n.º 35/2007 CNJ: Art. 53. A declaração dos cônjuges não basta para a comprovação do implemento do lapso de dois anos de separação no divórcio direto. Deve o tabelião observar se o casamento foi realizado há mais de dois anos e a prova documental da separação, se houver, podendo colher declaração de testemunha, que consignará na própria escritura pública. Caso o notário se recuse a lavrar a escritura, deverá formalizar a respectiva nota, desde que haja pedido das partes neste sentido.

<sup>355</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O novo divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2010. Pg. 69.



Conforme o art. 52 da Resolução n.º 35/2007 do Conselho Nacional de Justiça<sup>356</sup>, com sua nova redação a partir, faculta-se a possibilidade de conversão de separação em divórcio, bastando a certidão de averbação da separação no assento do casamento<sup>357</sup>.

Quanto à realização de prova do lapso temporal relativo à separação de fato, o escrivão devia, mediante oitiva de no mínimo uma testemunha, verificar se o casal já estava separado no prazo mínimo requerido pela própria Constituição Federal<sup>358</sup>, devendo a declaração, qualificação e assinatura constarem na escritura<sup>359</sup>.

Desse modo, com a desnecessidade da realização de prova do lapso temporal cumprido para os casos de divórcio direto pela nova redação do art. 226, § 6º da Constituição Federal, não são mais exigidas, pelo Tabelião, testemunhas, com firmas reconhecidas<sup>360</sup>, como requisito para perfectibilizar o divórcio extrajudicial<sup>361</sup>, sendo que o próprio dispositivo da Resolução n.º 35/2007 que fazia alusão à necessidade de testemunha, qual seja, o art. 53, foi revogado após a promulgação da Emenda Constitucional n.º 66/2010.

Ademais, a partir da lei n.º 11.965/2009, alterou-se a redação do art. 982 e do art. 1.124-A, ambos do Código de Processo Civil, a fim de que, no divórcio administrativo, os contratantes possam estar assistidos tanto por advogado quanto por defensor público<sup>362</sup>. Essa modificação ilustra o intuito do legislador em reduzir ainda mais os obstáculos legais desnecessários para que seja lavrada a escritura pública de divórcio<sup>363</sup>, visto que antes era obrigatório que os contratantes estivessem assistidos por advogado.

---

<sup>356</sup> Resolução n.º 35/2007 CNJ: Art. 52. 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.

<sup>357</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. *A nova emenda do divórcio: primeiras reflexões*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=635>>. Acesso em: 06/09/2011.

<sup>358</sup> SANTOS, Romualdo Baptista dos Santos. *A nova lei de separações e divórcios extrajudiciais*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=256>>. Acesso em: 18/10/2011.

<sup>359</sup> SANTOS, Luiz Felipe Brasil. *Anotações acerca das separações e divórcios extrajudiciais*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=277>>. Acesso em: 04/11/2011.

<sup>360</sup> CARVALHO, Newton Teixeira. *O fim da separação no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=631>>. Acesso em: 18/10/2011.

<sup>361</sup> RIBEIRO, Paulo Hermano Soares. *Análise preliminar da EC nº 66/10 e seus reflexos no divórcio por escritura pública*. Disponível em: <<http://www.recivil.com.br/news.asp?intNews=14549>>. Acesso em: 28/08/2011.

<sup>362</sup> MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Pg. 404.

<sup>363</sup> MORAIS, Ezequiel. *A facultatividade do procedimento extrajudicial para divórcio*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=651>>. Acesso em: 22/10/2011.

Caso os cônjuges utilizem a via administrativa para realizar a separação consensual após a Emenda Constitucional n.º 66/2010, configura-se impossível lavrar uma escritura pública, pois insubsistente a figura da separação em nosso ordenamento<sup>364</sup>.

Vislumbra-se, pois, que também a forma extrajudicial de se dissolver o casamento teve alterações após a promulgação da Emenda Constitucional n.º 66/2010, permitindo-se agora somente o divórcio por meio da via administrativa. Da mesma forma que os dispositivos que tratavam sobre a separação no Código Civil tornaram-se incompatíveis com o novo mandamento constitucional, assim também ocorre com as regras previstas no Código de Processo Civil e na Resolução n.º 35/2007 do Conselho Nacional de Justiça.

---

<sup>364</sup> RIBEIRO, Paulo Hermano Soares. *Análise preliminar da EC nº 66/10 e seus reflexos no divórcio por escritura pública*. Disponível em: <<http://www.recivil.com.br/news.asp?intNews=14549>>. Acesso em: 28/08/2011.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Emenda Constitucional n.º 66/2010, ao extirpar da redação do dispositivo constitucional a necessidade de observância de requisitos temporais, bem como de prévia separação do casal para se possibilitar a decretação do divórcio, conseguiu alcançar um objetivo buscado desde o ano de 1977, quando da edição da Lei do Divórcio.

No que tange à aplicabilidade da nova norma constitucional, tanto a doutrina quanto a jurisprudência entendem, de forma majoritária, que o parágrafo sexto do art. 226 da Carta Magna possui eficácia plena e imediata, uma vez que a regra possui um comando que independe de regulamentação infraconstitucional.

Com efeito, a emenda do divórcio também possibilitou a extinção do denominado sistema dual de dissolução do casamento, pois o instituto da separação não foi recepcionado pela nova norma constitucional. Não obstante, é importante frisar que a Emenda Constitucional n.º 66/2010 deve ser analisada a partir de uma interpretação histórica, finalística, embasada naquilo que o legislador buscou alterar no ordenamento jurídico. Por essa razão, em que pese a revogação da legislação infraconstitucional relativa à matéria não tenha ocorrido expressamente, há uma incompatibilização das regras de separação a partir da nova redação do art. 226, § 6º da Constituição Federal.

A respeito dos reflexos trazidos pelo “novo divórcio”, destaca-se que a perquirição da culpa, quando findo o casamento, tornou-se mais incompatível com o sistema jurídico pátrio. Isso porque a maioria dos Tribunais do país já entendiam que a discussão e a busca por um responsável pelo fim do casamento se mostrava em dissonância com os princípios do direito de família elencados pela Constituição Federal de 1988. A emenda do divórcio, pois, firmou a impossibilidade de exame da culpa, não havendo mais suporte jurídico a partir da revogação dos dispositivos acerca da separação.

Nesse mesmo sentido, a possibilidade de reconciliação entre cônjuges separados só permanece para aqueles que já eram separados quando promulgada a Emenda Constitucional n.º 66/2010. A partir desta, a reconciliação deixa de existir, haja vista que o divórcio dissolve o vínculo matrimonial, que só pode ser restabelecido mediante novo casamento. Na prática, não há grande alteração, visto

que essa figura jurídica era pouco utilizada, tendo em vista raramente casais já separados reconciliavam-se.

No que se refere ao Estado Civil das pessoas separadas e divorciadas, o mais importante é observar que, agora, com a existência unicamente do divórcio como medida para a dissolução do casamento, o estado civil dos “separados judicialmente/extrajudicialmente” deixará de existir com o tempo.

Em relação ao aspecto procedimental, a primeira grande alteração trazida pela emenda do divórcio foi a alteração da tipologia do instituto: o divórcio é judicial (consensual ou litigioso) ou extrajudicial (somente consensual). A antiga nomenclatura, distinguindo o divórcio em direto e por conversão não mais persiste, visto que agora o divórcio é sempre direto, pois não há necessidade de observar quaisquer requisitos, assim como não mais existe o divórcio fruto da conversão da sentença de separação.

Vislumbra-se que tanto a doutrina quanto a jurisprudência entendem ser o mais apropriado possibilitar às partes, nos processos de separação já ajuizados quando da promulgação da Emenda Constitucional n.º 66/2010, readequar o objeto a partir da alteração superveniente da legislação relativa ao tema. Aqueles que restarem silentes, ou que forem ajuizados posteriormente à emenda do divórcio como ação de separação tem como medida mais correta a extinção, sem resolução do mérito, por impossibilidade jurídica do pedido.

Ademais, é importante mencionar que, tendo sido o dispositivo que regula o divórcio alterado justamente para agilizar e desburocratizar ainda mais todo o processo de dissolução do casamento, não faz mais sentido que persista no ordenamento jurídico brasileiro o instituto da separação. Esse instituto se mostra ultrapassado e vai de encontro com a evolução do direito brasileiro em busca da uniformização e da instituição de uma medida única para dissolver o matrimônio.

Com a nova redação do art. 226, § 6º da Constituição Federal de 1988, não há mais a exigência de qualquer condição para promover a ação de divórcio. Em verdade, agora, a dissolução do casamento é baseada tão somente na insubsistência do afeto entre os cônjuges, sem que seja preciso perquirir qualquer causa objetiva ou subjetiva para que as partes possam encerrar com o vínculo de forma menos desgastante e mais célere.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Arnaldo Camanho de. *EC n.º 66/2010: a emenda constitucional do casamento*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=644>>. Acesso em: 22/10/2011.

\_\_\_\_\_. *Questões práticas sobre a repercussão da EC nº 66/2010 nos processos em andamento*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=650>>. Acesso em: 22/10/2011.

ASSIS JÚNIOR, Luiz Carlos de. Análise histórica do novo divórcio no Brasil à luz da autonomia privada. In: *Revista trimestral de direito civil*. v. 44 outubro/dezembro 2010. Rio de Janeiro: Padma, 2000. Pg. 88

BANNURA, Jamil Andraus Hanna. O novo divórcio. In: *Multijuris: primeiro grau em ação*. v. 5. n. 9. Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas TJRS. 2010. Pg. 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.

BERTHOLD, Daniel André Köhler. *O divórcio ficou mais rápido?* Disponível em: <[http://www.espacovital.com.br/noticia\\_ler.php?id=19644](http://www.espacovital.com.br/noticia_ler.php?id=19644)>. Acesso em: 12/09/2011.

BILHALVA, Jacqueline Michels. *A aplicabilidade e a concretização das normas constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BRASIL. Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania. Parecer à proposta de emenda à Constituição n.º 413, de 2005. Câmara dos Deputados, Brasília, 2005. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/315665.pdf>>. Acesso em: 19/10/2011.

\_\_\_\_\_. Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania. Parecer n.º 863, de 2009: proposta de emenda à Constituição n.º 28, de 2009. Senado Federal, Brasília, 2009. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/60761.pdf>>. Acesso em: 19/10/2011.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n.º 35/2007. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs\\_cnj/resolucao/rescnj\\_35.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/rescnj_35.pdf)>.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n.º 120/2010. Disponível em: <<http://www.anoreg.org.br>>.

\_\_\_\_\_. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

\_\_\_\_\_. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

\_\_\_\_\_. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

\_\_\_\_\_. Lei 3.071 de 1º de janeiro de 1916 (Código Civil de 1916). Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

\_\_\_\_\_. Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil). Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

\_\_\_\_\_. Lei 6.515 de 26 de dezembro de 1977 (Lei do Divórcio). Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

\_\_\_\_\_. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil de 2002). Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

\_\_\_\_\_. Lei 11.441 de 4 de janeiro de 2007. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. O pluralismo no direito de família brasileiro: realidade social e reinvenção da família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (coords.). *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. Pg. 255-278.

CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 11ª ed., revisada, ampliada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CARVALHO, Dimas Messias de. *Caso concreto: emenda do divórcio (EC nº 66/2010) e separação judicial em andamento* – Parecer do Ministério Público. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artios&artigo=675>>. Acesso em: 19/10/2011.

CARVALHO, Newton Teixeira. *O fim da separação no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=631>>. Acesso em: 18/10/2011.

CARVALHO NETO, Inacio de. *Separação e divórcio: teoria e prática*. 11ª ed. Curitiba: Juruá, 2010.

CASSETTARI, Christiano. *Separação, divórcio e inventário por escritura pública: teoria e prática*. 3ª ed. São Paulo: Método, 2008. Pg. 27.

CHAVES, Marianna. *PEC do divórcio - consagração da autonomia da vontade*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=591>>. Acesso em: 17/10/2011.

DIAS, Maria Berenice. *Divórcio já*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. Da separação e do divórcio. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito de família e o novo código civil*. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. Pg. 69-88.

\_\_\_\_\_. *EC 66/10 - e agora?* Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/uploads/ec\\_66\\_-\\_e\\_agora\(1\).pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/ec_66_-_e_agora(1).pdf)>. Acesso em: 01/09/2011.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito das famílias*. 6ª ed., revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Redesenhando os contornos da dissolução do casamento. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Afeto, ética, família e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. Pg. 105-126.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FONSECA, Gustavo Beghelli. *A quem interessa o divórcio lento no país?* Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=594>>. Acesso em: 22/10/2011.

FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A cidade antiga*. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

GABURRI, Fernando. *Primeiros apontamentos sobre separação e divórcio extrajudiciais*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=255>>. Acesso em: 09/11/2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *A nova emenda do divórcio: primeiras reflexões*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=635>>. Acesso em: 06/09/2011.

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

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume VI: direito de família. 5ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRISARD FILHO, Waldyr. *Divórcio express: uma mudança de vanguarda*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=649>>. Acesso em: 17/10/2011.

LAGRASTA, Caetano. *Divórcio - o fim da separação e da culpa?* Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=690>>. Acesso em: 12/10/2011.

LARA, Paula Maria Tecles. *Comentários à emenda constitucional nº 66/2010*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=649>>. Acesso em 02/09/2011.

LÔBO, Paulo. *Divórcio: alteração constitucional e suas consequências*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=629>>. Acesso em: 28/08/2011.

\_\_\_\_\_. *Famílias*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. In: DEL'OLMO, Florisbal de Souza; ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim (coords.). *Direito de família contemporâneo e novos direitos: estudos em homenagem ao professor José Russo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. Pg. 99-114.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

\_\_\_\_\_. *Direito de família: aspectos polêmicos*. 2ª ed., revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. *O regime da comunhão parcial de bens no casamento e na união estável*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>

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. Pg. 65-75.

MORAIS, Ezequiel. *A facultatividade do procedimento extrajudicial para divórcio*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=651>>. Acesso em: 22/10/2011.

NAMUR, Samir. A irrelevância da culpa para o fim do casamento. Ano VII, n.º 08, junho de 2006. Disponível em: <<http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista08/Discente/Samir.pdf>>. Acesso em: 17/10/2011.

OLIVEIRA, Euclides de. *Separação ou divórcio? Considerações sobre a EC 66*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=682>>. Acesso em: 18/10/2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol 5. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.



PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A emenda constitucional nº 66/2010: semelhanças, diferenças e inutilidades entre separação e divórcio e o direito intertemporal*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=647>>. Acesso em: 18/10/2011.

\_\_\_\_\_. *Divórcio: teoria e prática*. 3ª ed. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

\_\_\_\_\_. O novo divórcio no Brasil. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e responsabilidade: teoria e prática do direito de família*. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, 2010. Pg. 465-497.

PIRES, Adelino Augusto Pinheiro. *A inutilidade da emenda constitucional nº 66/2010*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17355/a-inutilidade-da-emenda-constitucional-no-66-2010>>. Acesso em: 15/10/2011.

RIBEIRO, Paulo Hermano Soares. *Análise preliminar da EC nº 66/10 e seus reflexos no divórcio por escritura pública*. Disponível em: <<http://www.recivil.com.br/news.asp?intNews=14549>>. Acesso em: 28/08/2011.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>>.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 7ª ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense: 2009.

ROSA, Karin Regina Rick. *Existe separação depois da Emenda Constitucional nº 66/10?* Disponível em: <[http://www.espacovital.com.br/noticia\\_ler.php?id=19884](http://www.espacovital.com.br/noticia_ler.php?id=19884)>. Acesso em: 16/10/2011.

SALLES, Gladys Maulf Chamma Amaral. *A PEC do divórcio e a discussão da culpa*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=624>>. Acesso em: 17/10/2011.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. *Anotações acerca das separações e divórcios extrajudiciais*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=277>>. Acesso em: 04/11/2011.

SANTOS. Luiz Felipe Brasil. Emenda constitucional nº 66 – uma leitura “politicamente incorreta”. In: *Multijuris: primeiro grau em ação*. v. 5. n. 9. Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas TJRS. 2010. Pg. 21-25.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. *Emenda do divórcio: cedo para comemorar*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=648>>. Acesso em: 16/08/2011.

SANTOS, Romualdo Baptista dos Santos. *A nova lei de separações e divórcios extrajudiciais*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=256>>. Acesso em: 18/10/2011.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>.

SARTORI, Fernando. *A culpa como causa da separação e seus efeitos*. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosc.asp>>. Acesso em 17/10/2011.

SCHÄFER, Gilberto. *A Emenda Constitucional nº. 66 e o divórcio no Brasil*. Disponível em: <[http://www.espacovital.com.br/noticia\\_ler.php?id=19924](http://www.espacovital.com.br/noticia_ler.php?id=19924)>. Acesso em 28/08/2011.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed., revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998.

SIMÃO, José Fernando. *A PEC do divórcio: a revolução do século em matéria de direito de família*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=652>>. Acesso em: 19/10/2011.

SIMÃO, José Fernando. *A PEC do divórcio e a culpa: impossibilidade*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=627>>. Acesso em: 18/10/2011.

SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *A emenda constitucional n.º 66/2010 e a nova regra do divórcio*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=688>>. Acesso em 30/08/2011.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico*. São Paulo: LTr, 1996.

TARTUCE, Flávia. *A PEC do divórcio e a culpa: possibilidade*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=579>>. Acesso em: 19/10/2011.

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

VELOSO, Zeno. *O novo divórcio e o que restou do passado*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=661>>. Acesso em: 30/08/2011.

VIEGAS, Suzana. *A nova emenda constitucional do divórcio - é o fim da família?* Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=656>>. Acesso em: 16/10/2011.