

DIVÓRCIO: FIM DA SEPARAÇÃO JUDICIAL?

Fernanda Aparecida Corrêa Otoni¹

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Dissolução do matrimônio antes do advento da Emenda Constitucional 66 de 2010; 3. Divórcio extrajudicial e a Resolução nº 35/2007; 4. Emenda Constitucional 66 de 13 de Julho de 2010; 5. Processos de separação que ainda estão em trâmite; 6. A questão da culpa; 7. Divórcio: fim da separação judicial? 8. Conclusão; 9. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Tendo em vista os princípios da dignidade da pessoa humana, celeridade, economia processual e ainda a afetividade, a Constituição da República de 1988, trouxe uma inovação que visa simplificar um momento bastante doloroso na vida dos casais: o fim do matrimônio.

A Emenda Constitucional nº 66 de 13 de Julho de 2010 tem como intuito tornar mais ágil um processo longo e demorado, que é o divórcio, na medida em que não se exige mais o requisito prévio da separação judicial por mais de um ano e nem a necessidade de se comprovar a separação de fato por mais de dois anos.

Diante de um conflito no casamento, os casais têm como alternativa propor ação de divórcio (consensual, litigioso ou extrajudicial), extinguindo-se, assim, de maneira rápida e menos dolorosa a convivência que já não é mais pacífica e sim insuportável.

¹ Advogada. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário UNA, Belo Horizonte – MG. Pós graduada em Direito Civil e Processual Civil pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus.

Em outras palavras podemos dizer que a nova ordem constitucional tem como relevantes funções: a extinção da separação judicial e a eliminação da culpa e do lapso temporal, sendo as duas últimas consideradas por muitos doutrinadores como causas subjetivas e objetivas, respectivamente.

2. DISSOLUÇÃO DO MATRIMÔNIO ANTES DO ADVENTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL 66 DE 2010

Antes do advento da Emenda Constitucional nº 66 de 13 de julho de 2010, alguns prazos eram determinantes para se requerer a dissolução do vínculo conjugal. Previa o antigo texto constitucional, que o casamento civil poderia 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 anos².

Antes da reforma, havia duas modalidades de separação: a consensual e a litigiosa. A primeira ocorria se ambos os cônjuges desejassem se separar de maneira pacífica e só poderia ser requerida após um ano da celebração do matrimônio. Já a separação litigiosa era viável quando um dos cônjuges não desejava se separar ou não estava de acordo com os termos da dissolução.

A separação de modalidade litigiosa poderia ser proposta a qualquer tempo, por qualquer um dos nubentes, desde que provado em juízo a conduta desonrosa ou a violação dos deveres do casamento (separação judicial litigiosa motivada). Entretanto, a dissolução da sociedade conjugal poderia ser realizada sem a apresentação de qualquer justificativa, mas a separação de fato teria que ser comprovada (separação judicial litigiosa imotivada)³.

² Artigo 226 § 6º da Constituição da República de 1988 antes da Reforma. A Emenda constitucional nº 66 de 2010, modificou este dispositivo que passou a vigorar da seguinte maneira: § 6º: O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.

³ FIÚZA, César. *Direito Civil. Curso Completo*. 13ª Ed. Rev. Atual. e Ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, pag. 971/973.

Na separação de fato, os cônjuges decidiam se separar sem fazer uso dos meios judiciais. Em algumas situações, o casal poderia viver na mesma casa, porém, não mais na condição de casados⁴.

A separação de fato tem efeito jurídico no regime de bens e no direito de herança, conforme previsto nos artigos 1683 e 1830 ambos do Código Civil de 2002. Rodrigo da Cunha Pereira⁵ assevera que a partir do momento em que os cônjuges se separam, há um rompimento significativo no casamento e no estatuto patrimonial. Com a separação de fato definitiva, seja por decisão conjunta do casal ou unilateralmente, já não há mais comunhão de afeto e de bens.

Importante ressaltar, que a culpa de um dos cônjuges era um tema bastante discutido pela doutrina e jurisprudência quando se tratava de rompimento da sociedade conjugal de forma não pacificada. Antes mesmo do advento da Emenda Constitucional nº 66, já se afirmava que a tendência era não mais discutir quem era ou não culpado na relação matrimonial devido à dificuldade de produção de provas⁶, cuja discussão será objeto de análise oportunamente.

A separação judicial, era um requisito prévio para o divórcio, conforme dispunha o antigo § 6º do artigo 226 da Constituição. Entretanto, o que ocorria era a dissolução da sociedade e não do vínculo conjugal. De acordo com

⁴ No mesmo sentido César Fiúza afirma que a separação de fato era necessária para se requerer a separação judicial imotivada e o divórcio direto, ocorre quando os cônjuges extrajudicialmente, ou seja, por sua própria conta, resolvem viver separados, pondo fim à vida comum, conjugal. Podem até viver sob o mesmo teto, mas como irmãos ou amigos, não mais como marido e mulher”. FIÚZA, César. *Direito Civil. Curso Completo*. 13ª Ed. Rev. Atual. e Ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, pag. 972.

⁵ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: Teoria e Prática*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2010, pag. 32.

⁶ (...) Antes mesmo do advento da Emenda Constitucional nº 66, César Fiúza já afirmava que: “A separação judicial litigiosa baseia-se na culpa de um dos cônjuges, o que vem sendo muito combatido pela doutrina e jurisprudência modernas, uma vez que a apuração da culpa entre marido e mulher é das tarefas mais complicadas que há. A tendência atual é a de se não discutir a culpa”. FIÚZA, César. *Direito Civil. Curso Completo*. 13ª Ed. Rev. Atual. e Ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, pag. 971.

Nelson Nery Júnior⁷ enquanto perdurava o vínculo matrimonial, permanecia para o separado o impedimento para convolar novas núpcias.

Diante da dicotomia existente entre as duas formas de extinção do casamento, quais sejam a separação judicial e o divórcio, a doutrina entendeu por bem estabelecer a diferença entre sociedade conjugal e vínculo matrimonial. A primeira se relaciona com o fim dos deveres de coabitação, fidelidade recíproca e regime de bens, previstos no artigo 1576 do Código Civil de 2002. Já o segundo, decorre da intervenção do Estado através da formalização das núpcias, que se dá por meio de testemunhas, dentre outros requisitos previstos em Lei.

Outro ponto importante que distingue a sociedade conjugal do vínculo matrimonial é que esta, para terminar, depende novamente da intervenção estatal; aquela pode ser extinta pelos próprios cônjuges de maneira formal ou informal⁸.

O divórcio no Direito brasileiro foi regulamentado pela Lei nº 6515 de 26 de dezembro de 1977 (Lei do divórcio). O artigo 2º da mencionada Lei, assim como o artigo 1571 do Código Civil de 2002, enumera como termina a sociedade conjugal. Não é demais lembrar, que com o advento da Emenda Constitucional nº 66 de 2010, os dispositivos referentes à separação judicial e o divórcio, foram revogados tacitamente e não expressamente.

A Lei nº 6515/77 definiu a separação judicial como um requisito preliminar de fundamental importância para se requerer o divórcio, uma vez

⁷ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 7ª Ed. Rev. Ampl. e Atual. 2009, pág. 1122.

⁸ Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona asseveram que “a sociedade conjugal, decorre da simples vida em comum, na condição de marido e mulher, com a intenção de constituir família, e o vínculo conjugal, nasce da interferência do próprio Estado, mediante a solenização do ato, na presença de testemunhas, com portas abertas e outras condições estabelecidas em Lei. A sociedade conjugal, fruto da iniciativa dos cônjuges, pode por eles ser desfeita, formal ou informalmente, ao seu arbítrio, mas o vínculo conjugal, para ser desfeito pelo divórcio, depende de nova interferência do Estado”. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O Novo Divórcio*. 1ª Ed. São Paulo: Saraiva 2010, pags.53 e 54.

que era necessário esperar por um período de três anos⁹. Esse lapso temporal tinha como objetivo fazer com que os cônjuges refletissem melhor na decisão e quem sabe, até se reconciliarem.

Antes da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 66 de 2010, o divórcio era visualizado como a última forma de extinção do matrimônio, uma vez que para sua realização era necessária a separação de fato após dois anos, ou o lapso temporal de um ano da decisão que concedeu a medida liminar de separação de corpos. Trata-se da dissolução do vínculo matrimonial de forma direta.

A separação judicial que ocorresse no lapso temporal de um ano, contado do trânsito em julgado da sentença da separação, era denominada de divórcio por conversão ou divórcio indireto. É o que dispunha o revogado artigo 1580 do Código Civil de 2002.

Diante da nova Emenda Constitucional, a extinção do casamento em duas modalidades, não faz mais sentido no ordenamento jurídico e nem mesmo atende de maneira célere aos anseios da sociedade. É o que veremos adiante.

3. DIVÓRCIO EXTRAJUDICIAL E A RESOLUÇÃO Nº 35/2007

O divórcio extrajudicial ou administrativo foi à primeira iniciativa importante para a eficácia da celeridade processual nas demandas referentes à ruptura do matrimônio. Isso porque com o advento da Lei nº 11.441 de 4 (quatro) de janeiro de 2007, o término da relação entre os cônjuges poderá ocorrer de forma menos demorada e dolorosa, uma vez que não havendo litígio

⁹ No mesmo sentido Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona afirmam que “(...) a Lei nº 6515/77, em apertada síntese, estabeleceu que a separação judicial (o novo nome do antigo “desquite”), passava a ser requisito necessário e prévio para o pedido de divórcio, que tinha de aguardar a consumação de um prazo de três anos, em consonância com o § 1º do art. 175 da Constituição Federal vigente à época, segundo redação conferida pela Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977.” GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O Novo Divórcio*. 1ª Ed. São Paulo: Saraiva 2010, pag. 41.

entre os casais, nem mesmo filhos menores e incapazes, o divórcio poderá ser realizado por meio de escritura pública¹⁰.

A novidade inserida com a Lei nº 11.441/2007 teve como objetivo não só a celeridade, como também a economia processual, uma vez que o pagamento das custas no procedimento administrativo é bem mais acessível do que na via judicial¹¹. Ademais, não há razão para que um divórcio amigável demore tanto tempo para ser realizado, já que não existe conflito entre as partes.

Importante salientar que a dissolução do casamento pela via administrativa, evidencia a intervenção mínima do Estado nas relações familiares, uma vez que os cônjuges possuem liberdade para eliminar por vontade própria o vínculo matrimonial¹².

Objetivando a adequação a mudança advinda com a Emenda Constitucional nº 66 de 2010, os dispositivos da Lei nº 11.441/2007 que faziam menção a separação judicial, bem como sua conversão em divórcio, foram revogados.

A Resolução nº 35 de 24 de abril de 2007 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), entrou em vigor com o intuito de dirimir controvérsias referentes

¹⁰ Sobre os requisitos para a realização do divórcio por meio de escritura pública, Paulo Luiz Netto Lôbo, assegura que: “O divórcio extrajudicial consensual é realizado mediante escritura pública lavrada por notário, desde que os cônjuges estejam assistidos por advogado ou defensor público, quando forem cumpridos dois outros requisitos fundamentais: a) inexistência de filhos menores; b) acordo sobre todas as questões essenciais. A Lei 11.441 de 2007 inclui a exigência de acordo sobre a partilha dos bens, não podendo ser deixada para outra ocasião. Se houver qualquer discordância sobre esta ou outra questão essencial (manutenção ou não do sobrenome do outro cônjuge, alimentos quando devidos ao outro cônjuge), o notário não poderá lavrar a escritura. As regras da Resolução 35/2007 do CNJ, relativamente à comprovação dos requisitos temporais (principalmente os arts. 47,52 e 53), também foram alcançadas pela revogação”. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Divórcio: Alteração constitucional e suas conseqüências*. Disponível em: <<http://www.Ibdfam.org.br/?artigos&artigos=629>>. Acesso em 03/11/2011.

¹¹ Dispõe o § 3º do artigo 3º da Lei nº 11.441/2007: “A escritura e demais atos notariais serão gratuitos aqueles que se declararem pobres sob as penas da lei”.

¹² Segundo Rodrigo da Cunha Pereira “a liberdade estabelecida com a Lei nº 11.441/2007 de se fazer o divórcio em cartório é um facilitador da vida das pessoas e pode ajudar a desafogar o excessivo volume de processos do judiciário, mesmo que em reduzidos números. Maior liberdade pressupõe também maior e mais responsabilidade com a própria autonomia privada”. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: Teoria e Prática*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2010, pag. 46.

à aplicação da Lei nº 11.441/2007¹³. Em se tratando de uma lei nova, o Direito não pode se pautar pela insegurança jurídica, cabendo ao Legislador suprir de todas as maneiras possíveis quaisquer divergências.

Em razão do advento da emenda constitucional nº 66 de 2010, o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) propôs um pedido de providências¹⁴ em face do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), pleiteando modificações na Resolução nº 35/2007, que disciplina a aplicação da Lei nº 11.441/2007.

Alegou o requerente, que diante da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 66/2010, que alterou o §6º do artigo 226 da Constituição da República de 1988, a Resolução nº 35/2007 merece passar por algumas modificações, tendo em vista que uma norma Constitucional possui aplicação imediata.

O objetivo da mencionada alteração é evitar dúvidas e controvérsias na aplicação da Emenda Constitucional vigente por parte dos notários e até mesmo pelos operadores do direito.

Por essa razão, o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) sugeriu: que todos os artigos referentes à separação judicial e dissolução da sociedade conjugal fossem eliminados; que a seção IV que trata da separação judicial, bem como o artigo 53 que trata do prazo de dois anos para o divórcio

¹³ No mesmo sentido Zeno Veloso, assevera que: “Como apareceram muitas divergências quanto à aplicação da referida lei (...), os Tribunais de alguns Estados emitiram provimentos editando regras interpretativas e estabelecendo preceitos relativos à aplicação da Lei nº 11.441/07. Entretanto, muitas regras dos diversos Tribunais eram conflitantes entre si, gerando desconforto, perplexidade, insegurança. O Conselho Nacional de Justiça – CNJ resolveu intervir, considerando a necessidade adoção de medidas uniformes quanto à aplicação dessa lei em todo território nacional(...)” VELOSO, Zeno. Lei nº 11.441 de 04/01/2007 – Aspectos práticos da separação, divórcio, inventário e partilha consensuais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e Responsabilidade: Teoria e prática do Direito de Família*. Porto Alegre: Magister, 2010.

¹⁴ EMENTA: Pedido de providências. Proposta de alteração da Resolução nº 35 do CNJ em razão do advento da Emenda Constitucional nº 66/2010. Supressão das expressões “separação consensual” e “dissolução da sociedade conjugal”. Impossibilidade. “Parcial procedência do pedido”. Pedido de providências nº 00005060-32.2010.2.00.000, Rel. Conselheiro Jefferson Kravchychyn, J. 12/08/2010. Disponível em: <[www. Esmp.sp.gov.br/2010/RESOL_356_STJ_MODIFICAÇÃO.pdf](http://www.Esmp.sp.gov.br/2010/RESOL_356_STJ_MODIFICAÇÃO.pdf)>. Acesso em 08/11/2011.

direto sejam suprimidos e que seja dada nova redação ao artigo 52, dispondo que “os cônjuges separados judicialmente, na data da publicação da EC-66/2010, podem, mediante escritura pública, converter a separação judicial ou extrajudicial em divórcio, mantendo as mesmas condições ou alterando-as”¹⁵.

O pedido foi julgado parcialmente procedente sob o argumento de que a doutrina ainda não é pacífica no que se refere à extinção da separação judicial no Direito Brasileiro.

Há quem defenda que o divórcio é a única forma de dissolução da sociedade conjugal, enquanto outros entendem que a Emenda Constitucional nº 66/2010 não revogou a separação judicial, apenas eliminou o requisito prévio, qual seja, o lapso temporal.

Portanto, no mencionado pedido de providências, foi acolhido apenas a retirada do artigo 53 e a alteração do artigo 52, passando esse a dispor de um novo texto.

4. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66 DE 13 DE JULHO 2010

Com base nos novos conceitos sobre a família na sociedade brasileira atual e na mínima intervenção do Estado nas relações familiares, o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), indicou a Proposta de Emenda Constitucional, denominada PEC do divórcio¹⁶, modificando a redação do artigo 226 §6º da Constituição da República de 1988.

¹⁵ Pedido de providências nº 00005060-32.2010.2.00.000, Rel. Conselheiro Jefferson Kravchychyn, J. 12/08/2010. Disponível em: <[www. Esmp.sp.gov.br/2010/RESOL_356_STJ_MODIFICAÇÃO.pdf](http://www.Esmp.sp.gov.br/2010/RESOL_356_STJ_MODIFICAÇÃO.pdf)>. Acesso em 08/11/2011, pag. 2.

¹⁶ “A PEC do divórcio resultou de proposta elaborada por grupo de juristas, sob patrocínio da Diretoria Nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, encampada, em 2005, pelo Deputado Antônio Carlos Biscaia (PEC 413/2005), e reapresentada em 2007 pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro (PEC 33/2007)”. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Divórcio: Alteração constitucional e suas conseqüências*. Disponível em: <[http:// www. Ibdfam.org.br/?artigos&artigos=629](http://www.Ibdfam.org.br/?artigos&artigos=629)>. Acesso em 03/11/2011.

Aprovada em 2009 pelo Congresso Nacional, a PEC do divórcio, foi considerada o ápice para a evolução do Direito de Família, uma vez que o casal, por livre e espontânea vontade, poderá dissolver o casamento de maneira mais célere e sem maiores burocracias.

Conforme já ressaltado, através do advento da Emenda Constitucional nº 66/2010, foi possível suprimir os requisitos que antecederiam o divórcio, quais sejam, a separação judicial por mais de um ano ou a comprovada separação de fato por mais de dois anos.

A entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 66/2010, além de extinguir com a separação judicial e os prazos previstos no Código Civil de 2002 e na antiga redação do § 6º da Constituição, eliminou também, com a discussão que perdurava em torno da culpa. Em outras palavras, não há mais que se falar em quem é o verdadeiro culpado na relação conjugal.

O suprimento da separação judicial eliminou com a dissolução da sociedade conjugal, fazendo com que esta fosse absorvida pela dissolução do vínculo¹⁷. Assim, os divórcios consensuais, litigiosos e extrajudiciais, passaram a ser as três possíveis formas de extinção do casamento.

A possibilidade de se divorciar por várias vezes, bem como a eliminação dos prazos, não banaliza o instituto do matrimônio, pois, o objetivo é acabar com o sofrimento prolongado causado pela separação, uma vez que as partes

¹⁷ No mesmo sentido Paulo Luiz Netto Lobo afirma que: “Agora, com o desaparecimento da tutela constitucional da separação judicial, cessaram a finalidade e a utilidade da dissolução da sociedade conjugal, porque esta está absorvida inteiramente pela dissolução do vínculo, não restando qualquer hipótese autônoma. Por tais razões, perdeu sentido o *caput* do art. 1571 do Código Civil de 2002, que disciplina as hipóteses de dissolução da sociedade conjugal: morte, invalidez do casamento, separação judicial e divórcio. Excluindo-se a separação judicial, as demais hipóteses alcançam diretamente a dissolução do vínculo conjugal ou casamento; a morte, a invalidação e o divórcio dissolvem o casamento e a *fortiori* a sociedade conjugal.” LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Divórcio: Alteração constitucional e suas consequências*. Disponível em: <[http:// www. Ibdfam.org.br/?artigos&artigos=629](http://www.Ibdfam.org.br/?artigos&artigos=629)>. Acesso em 03/11/2011.

teriam que aguardar por um lapso temporal, sendo que já estavam certos da impossibilidade de viverem juntos¹⁸.

Portanto, se a convivência entre os cônjuges se tornou insuportável, não faz sentido aguardar por mais um período até que se conclua de fato o que está mais que decidido. A EC nº 66/2010, tem como fundamento não só a celeridade e economia processual, como já afirmado, mas também a busca pela felicidade e liberdade.

5. PROCESSOS DE SEPARAÇÃO QUE AINDA ESTÃO EM TRÂMITE

Sabemos que uma ação de separação judicial, possui um trâmite longo e demorado o que muitas vezes faz com que a prolação da sentença não alcance as modificações ocorridas no ordenamento jurídico. Neste contexto, o que dizer das ações judiciais que tem como escopo a dissolução do casamento?

No que se refere aos processos de separação judicial ou extrajudicial que ainda estão em andamento, a solução é readaptar o objeto da ação à Emenda Constitucional vigente. Na prática, o juiz da vara de família irá conceder um prazo para que as partes modifiquem o pedido anterior, qual seja o de separação judicial em divórcio, ou conversão em divórcio¹⁹.

Por outro lado, se o magistrado conceder um prazo para que o pedido possa ser adaptado, mas as partes permanecerem inertes, viável é que o

¹⁸ No mesmo sentido, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona asseveram que: “Ao facilitar o divórcio, não se está com isso banalizando o instituto do casamento. Pelo contrário. O que se busca, em verdade, é a dissolução menos gravosa e burocrática do mau casamento, para que os integrantes da relação possam, de fato, ser felizes, ao lado de outras pessoas”. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O Novo Divórcio*. 1ª Ed. São Paulo: Saraiva 2010, pag.53.

¹⁹ No mesmo sentido, Rodrigo da Cunha Pereira afirma que: “os processos judiciais em andamento, sejam os consensuais ou litigiosos, ou os extrajudiciais, isto é, os administrativos (Lei nº 11.441/2007) deverão readequar seu objeto e objetivos às novas disposições legais vigentes, sob pena de arquivamento.” PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *O Novo Divórcio no Brasil*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e Responsabilidade. Teoria e prática*. Porto Alegre: Magister, 2010, pag. 472.

processo seja extinto sem resolução do mérito, com fulcro no artigo 267 inciso VI do Código de Processo Civil²⁰.

Importante ressaltar que o artigo 264 do Código de Processo Civil, não se aplica ao caso de modificação do pedido de divórcio, pois não se trata de uma alteração do pedido no decorrer do trâmite processual, e sim, de uma adaptação ao novo sistema constitucional²¹.

No que diz respeito às pessoas que já se encontravam separadas judicialmente quando da promulgação da Emenda Constitucional nº 66/2010, não poderão ser consideradas divorciadas de maneira automática, vez que não há previsão na Constituição da República. A nova redação do §6º do artigo 226 apenas se limitou a prever que o casamento civil poderá ser dissolvido pelo divórcio, não fazendo menção quanto à possibilidade de conversão da separação.

Portanto, se o processo de separação judicial se encontra em andamento, a solução adequada é simplesmente adaptar o pedido a nova Emenda Constitucional. Quanto às pessoas separadas no tempo da promulgação da nova ordem Constitucional, viável é a formulação de um pedido de decretação do divórcio.

²⁰ Arnaldo Camanho de Assis, em seu artigo intitulado como “Questões práticas sobre a repercussão da EC nº 66/2010 nos processos em andamento”, assevera que no caso de inércia das partes a única solução viável é a extinção do processo, por impossibilidade jurídica do pedido (art. 267 VI do CPC). 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&artigos=650>>. Acesso em 15/11/2011.

²¹ Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona afirmam que “não deverá incidir a vedação constante do artigo 264 do Código de Processo Civil, segundo o qual, feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por Lei. Parágrafo único. A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo. (...) 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 próprio princípio do devido processo civil constitucional”. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O Novo Divórcio*. 1ª Ed. São Paulo: Saraiva 2010, pags.140 e 141.

6. A QUESTÃO DA CULPA

Antes da Emenda Constitucional nº 66/2010 entrar em vigor, a atribuição de culpa a um ou ambos os cônjuges na separação judicial sempre foi um tema bastante polêmico, devido ao fato da dificuldade de se averiguar quem é considerado culpado ou não diante de uma crise na relação conjugal.

A jurisprudência tentava, de alguma maneira provar a culpa do casal. Houve situações em que não sendo possível constatar o verdadeiro culpado pelo fim do matrimônio, a solução era atribuir à responsabilidade de forma recíproca²².

A ideia de colocar fim ao casamento através do divórcio (ou mesmo através da revogada separação judicial) advém da relação conjugal que se tornou insuportável, impossibilitando a convivência entre o casal e não porque um dos cônjuges ou os dois são culpados²³.

Rodrigo da Cunha Pereira²⁴ em sua obra intitulada como “Divórcio – Teoria e Prática” faz uma observação interessante: para ele, a partir do momento em que se optou em viver a dois, a responsabilidade pela conservação ou o fim do relacionamento, são de ambos.

Embora parte dos Tribunais defenda a irrelevância da culpa no término da relação conjugal, a jurisprudência brasileira demonstrava posicionamentos

²² Família. Separação judicial litigiosa. Ausência de prova de culpa. Reconhecimento da culpa recíproca. (...) Nas hipóteses em que o material probatório nos autos não permitir o delineamento da culpa atribuível a cada cônjuge, pela separação, deve ser reconhecida a culpa recíproca pela inviabilidade da manutenção da vida em comum, decretando-se a separação com fincas na norma do art. 1573, parágrafo único, do novo Código Civil. (...) Deram parcial provimento (TJMG, Apelação Cível nº 10024.05.686849-0/001, Rel. Antônio Sérvulo, publ. 15/07/2008).

²³ No mesmo sentido assevera Samir Namur que (...) é preciso que se enfatize a ideia de separação em razão do fracasso conjugal e não porque um dos cônjuges ou ambos é/são culpados. <<http://www.fdc.br/arquivos/mestrado/revistas/revista08/discente/samir.pdf>>. Acesso em 17/11/2011.

²⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: Teoria e Prática*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2010, pag. 49.

discordantes²⁵, isso antes mesmo do novo texto constitucional de 2010 entrar em vigor.

Na revogada separação judicial, a culpa tinha reflexo na guarda dos filhos. Estes sofriam com o término do casamento dos pais, razão pela qual o princípio do melhor interesse da criança, previsto no art. 227 da Lei Maior, na maioria dos casos não era respeitado²⁶.

Importante salientar que o instituto da culpabilidade interferiu também na fixação da pensão alimentícia, que segundo o artigo 1694 do Código Civil de 2002, os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência quando a necessidade resultar de culpa de quem está pleiteando.

Diante da irrelevância da constatação de quem é ou não culpado na relação conjugal, os alimentos se limitam apenas no trinômio necessidade/possibilidade/proporcionalidade²⁷. Assim, o que constatamos é que não faz mais sentido considerar uma pessoa não merecedora de receber pensão alimentícia, partindo apenas de uma suposta culpabilidade.

²⁵ Separação e divórcio. Prova inútil e que fere o direito à privacidade previsto na constituição. Segurança concedida. 1. O direito líquido e certo que alude o art. 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal deve ser entendido como aquele cuja existência e delimitação são passíveis de demonstração de imediato, aferível sem a necessidade de dilação probatória. 2. A culpa pela separação judicial influi na fixação de alimentos, desnecessária a realização de provas que firam seu direito à intimidade e privacidade, porquanto a pensão não será aferida em razão da medida de sua culpabilidade (pensão não é pena), mas pela possibilidade que tem de prestar associada à necessidade de receber do alimentando. 3. Recurso ordinário provido (RMS 28.336/SP, 4ª T. Rel. Min. João Otávio Noronha, j. em 24-3-2009, DJe de 6-4-2009).

²⁶ Conforme Paulo Luiz Netto Lobo, o direito brasileiro atual está a demonstrar que a culpa na separação conjugal gradativamente perdeu as conseqüências jurídicas que provocava: a guarda dos filhos não podem mais ser negada ao culpado pela separação, pois o melhor interesse deles é quem dita a escolha judicial; a partilha dos bens independe da culpa de qualquer dos cônjuges; os alimentos devidos aos filhos não são calculados em razão da culpa de seus pais e até mesmo o cônjuge culpado tem direito a alimentos “indispensáveis à subsistência”, a dissolução da união estável independe de culpa do companheiro. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Divórcio: Alteração constitucional e suas conseqüências*. Disponível em: <<http://www.Ibdfam.org.br/?artigos&artigos=629>>. Acesso em 03/11/2011.

²⁷ No mesmo sentido assegura Rodrigo da Cunha Pereira: “Assim, os critérios para estipulação da pensão alimentícia devem ser tão somente os princípios norteadores do Direito de Família, em especial o da solidariedade, e o trinômio necessidade/possibilidade/proporcionalidade. Com a Emenda Constitucional nº 66/2010, que eliminou prazos para se requerer o divórcio, acabando com a prévia separação judicial, a discussão de culpa perdeu sentido no ordenamento jurídico brasileiro, deixando que a questão alimentar fique centrada apenas em seus pressupostos autênticos e essenciais, quais sejam: necessidade e possibilidade”. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: Teoria e Prática*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2010, pag. 120.

Importante salientar que diante da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 66/2010, não há que se falar na perda do direito ao uso do sobrenome, razão pela qual, o artigo 1578 do Código Civil de 2002²⁸ encontra-se parcialmente revogado.

Portanto, no que tange ao novo divórcio no ordenamento jurídico brasileiro, a questão da culpa perdeu o sentido devido a sua impossibilidade de averiguação. Ademais, o rompimento de uma relação conjugal pode advir de vários fatores e incompatibilidades próprias da convivência a dois.

7. DIVÓRCIO: FIM DA SEPARAÇÃO JUDICIAL?

Embora a Emenda Constitucional nº 66/2010 tenha sido considerada um dos grandes avanços no Direito de Família, muitos doutrinadores sustentam que a separação judicial não foi extinta.

Uma das justificativas utilizadas por aqueles que defendem a permanência da separação judicial no ordenamento jurídico brasileiro, é o fato do §6º do art. 226 da Lei suprema prever que o casamento “pode” ser dissolvido pelo divórcio. Em outras palavras, alguns operadores do Direito consideram que a nova ordem constitucional é uma faculdade e não uma obrigação²⁹.

Outras justificativas para a defesa da existência da separação judicial é o fato deste instituto ser totalmente independente do divórcio; ser a Emenda

²⁸ Art. 1578: O cônjuge declarado culpado na separação judicial perde o direito de usar o sobrenome do outro, desde que expressamente requerido pelo cônjuge inocente e se a alteração não acarretar: I- evidente prejuízo para sua identificação; II- manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida; III- dano grave reconhecido na decisão judicial. §1º O cônjuge inocente na ação de separação judicial poderá renunciar, a qualquer momento, ao direito de usar o sobrenome do outro. §2º Nos demais casos caberá a opção pela conservação do nome de casado.

²⁹ Maria Berenice Dias em seu artigo “EC 66/2010 e agora?”, preceitua que: “ (...) No entanto, como foi mantido o verbo “pode” há quem sustente que não desapareceu o instituto da separação, persistindo a possibilidade de os cônjuges buscarem sua concessão pelo só fato de continuar na lei civil dispositivos regulando a separação;” DIAS, Maria Berenice. *EC 66/2010 E agora?* Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=653>> Acesso em 26/11/2011.

Constitucional nº 66/2010 omissa no que tange à revogação dos dispositivos previstos no Código Civil de 2002 (referentes à separação) e a não incompatibilidade entre a nova ordem constitucional e a antiga forma de extinção do casamento³⁰.

Entretanto, sabemos que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é suprema, razão pela qual, se encontra no grau mais elevado da hierarquia do ordenamento jurídico, não devendo as demais normas (infraconstitucionais) contradizê-la. Assim, o que constatamos é que se a nova ordem constitucional suprimiu o instituto da separação judicial com o intuito de tornar mais ágil e eficaz um processo de dissolução do matrimônio, não há razão para a sobrevivência da antiga forma de extinção do casamento.

Importante ressaltar que no projeto de Lei nº 7661/2010³¹ que objetivou a revogação dos dispositivos do Código Civil de 2002 referentes à separação judicial, o Deputado Sérgio Barradas Carneiro, deixou bem claro em sua justificativa que o intuito do mencionado projeto de lei é adequar o ordenamento jurídico no âmbito do Direito de Família a uma nova ordem Constitucional vigente.

Salientou, ainda, o Deputado, que diante da promulgação da Emenda Constitucional nº 66/2010, que modificou o §6º do art. 226, o instituto da separação judicial foi banido do ordenamento jurídico brasileiro.

³⁰ No mesmo sentido, Dani Agner afirma que: “os argumentos trazidos por aqueles que defendem a coexistência dos institutos justificam em síntese, os seguintes fundamentos: a) que os referidos institutos são independentes, sendo que existia separação sem divórcio e divórcio sem separação; b) que a emenda constitucional nº 66/2010 é silente quanto à revogação do instituto da separação e dos artigos infraconstitucionais do referido instituto, afastado apenas a necessidade de separação (de fato ou de direito) para o divórcio; a alteração da Emenda Constitucional não é incompatível com o regramento da separação judicial, podendo perfeitamente co-existir os institutos, sendo que enquanto houver previsão no Código Civil do instituto da separação, o mesmo é juridicamente existente.” AGNER, Dani. *E agora como fica a separação judicial?* Disponível em <<http://www.superinformado.com.br/colunas/direito-e-justica/e-agora-como-fica-a-separacao-judicial-2/>>. Acesso em 26/11/2011.

³¹ Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=483750>>. Acesso em 26/11/2011.

Assim, o dispositivo legal que não for compatível com a nova ordem constitucional, não merece ser recepcionado pela Constituição da República de 1988³².

Além do fenômeno da não recepção de uma norma infraconstitucional incompatível com a Lei Maior, deve-se levar em consideração que a Emenda Constitucional nº 66/2010 é norma de eficácia plena e com aplicabilidade direta, imediata e integral, ou seja, no momento em que a nova ordem constitucional entrou em vigor, passou a estar apta a produzir todos os seus efeitos, independentemente de norma integrativa inconstitucional³³.

Antes da Emenda Constitucional de 66/2010 entrar em vigor, o instituto da separação judicial poderia ser convertido em divórcio. Esse era o objetivo primordial na redação constitucional anterior. Atualmente, essa conversão não é mais possível, razão pela qual não podemos afirmar que na prática faz sentido à existência da separação³⁴.

A jurisprudência brasileira também se posiciona de maneira favorável a extinção da separação judicial após o advento da Emenda Constitucional nº 66 de 2010. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais na Apelação Cível nº 1.0515.08.034477-0/001³⁵, decidiu que a dualidade (separação judicial e

³² No mesmo sentido afirma Rodrigo da Cunha Pereira: “A interpretação das normas secundárias, ou seja, da Legislação infraconstitucional, deve ser compatível com o comando maior da Carta Política. O conflito com o texto constitucional atua no campo da não recepção. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: Teoria e Prática*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2010, pag. 29.

³³ Norma constitucional de eficácia plena é definida por Pedro Lenza em sua obra *Direito Constitucional Esquematizado*. LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 11ª Ed. São Paulo: Editora. Método, 2007, pag. 134.

³⁴ Rodrigo da Cunha Pereira faz a seguinte indagação: “Qual seria o objetivo de se manter vigente a separação judicial se ela não pode mais ser convertida em divórcio? Não há nenhuma razão prática e lógica para a sua manutenção. Se alguém insistir em se separar judicialmente, após a Emenda Constitucional nº 66/2010, não poderá transformar mais tal separação em divórcio, se o quiser, terá que propor o divórcio direto. (...) o sentido jurídico da manutenção da separação judicial era convertê-la em divórcio”. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: Teoria e Prática*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2010, pág. 28.

³⁵ EMENTA: DIREITO DE FAMÍLIA. SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010. APLICABILIDADE IMEDIATA. ALIMENTOS. CRITÉRIOS FIXAÇÃO. Com o advento da Emenda Constitucional nº 66/2010, o sistema dual (separação e divórcio) de rompimento do vínculo legal da sociedade conjugal, de matizes indiscutivelmente religiosas, foi suplantado em nosso

divórcio) de rompimento do vínculo matrimonial é de origem religiosa e foi banido do nosso ordenamento jurídico, passando a existir uma única forma de extinção do casamento, que é o divórcio.

Afirma, ainda, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais que os princípios da celeridade e da economia processual devem ser considerados quando se trata de decretação do divórcio, mesmo que o pedido inicial da demanda seja a separação. Assim, as normas constitucionais são automaticamente aplicáveis, conforme já observado.

Portanto, não convém a justificativa de que a separação judicial continua existindo, pois conforme já ressaltado, a interpretação das normas infraconstitucionais, devem ser condizentes com a Lei Maior. Ademais, o instituto do divórcio como único instrumento para extinção do casamento possibilita algumas vantagens, dentre elas, a agilidade da demanda, o fácil acesso no que se refere as custas processuais, além de evitar que o casal que está se separando e seus filhos sofram um desgaste emocional.

8. CONCLUSÃO

A Emenda Constitucional nº 66 de 2010 possibilita que o instituto do divórcio, seja realizado de maneira rápida, eficaz, garantindo a dignidade da pessoa humana, bem como a celeridade e economia processual.

ordenamento, cedendo espaço ao sistema único, mais condizente com o Estado laico aqui adotado. Deste modo, data vênua às posições contrárias, a partir da modificação supra foi extirpada de nosso ordenamento a figura da separação, existindo, tão somente, o divórcio, que não mais apresenta como requisito prévio a separação de fato por mais de 2 (dois) anos ou a decretação da separação judicial. Destarte, considerando-se tais assertivas e em atendimento aos princípios da celeridade e da economia processual, deve ser decretado o divórcio, ainda que o pedido inicial da ação seja de separação, posto que as normas constitucionais são autoaplicáveis. O critério jurídico para se fixar o montante que deve ser pago a título de pensão alimentícia é a conjugação proporcional e razoável da possibilidade econômica do requerido e da necessidade do requerente, nos termos do que prescreve o artigo 1694 do Código Civil de 2002. Neste diapasão, demonstrada a necessidade do requerente e a capacidade dos obrigados, hão de serem fixados os alimentos proporcionalmente. TJMG, 5ª Câmara Cível, Apelação nº 1.0515.08.034477-0/001 – Comarca de Piumhi, Rel. Des. Mauro Soares de Freitas, J. em 25/08/2011.

Sabemos que o processo de divórcio é bastante doloroso, não só para os casais, mas também para seus filhos. Por essa razão, a mudança ocorrida na Legislação constitucional, veio em boa hora, pois garante uma simplificação na demanda.

O novo divórcio não está, de forma alguma, banalizando o casamento. Pelo contrário, possibilita que os casais repensem com mais cautela antes de decidir pela dissolução definitiva do matrimônio. Não faz sentido a permanência do lapso temporal, vez que a convivência já não é mais pacífica.

Diante da inexistência do amor, do afeto, do respeito entre os cônjuges, a melhor solução é o divórcio de maneira rápida e menos conturbada.

Convém salientar que a dissolução do casamento através do divórcio (judicial ou administrativo), evidencia a intervenção mínima do Estado nas relações familiares, uma vez que os cônjuges possuem liberdade para eliminar por vontade própria o vínculo matrimonial.

Por fim, com a nova ordem constitucional em vigor não há que se falar em cônjuge culpado, vez que o fim da relação conjugal, advém de inúmeros acontecimentos próprios da vida a dois.

9. REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

AGNER, Dani. *E agora como fica a separação judicial?* Disponível em <<http://www.superinformado.com.br/colunas/direito-e-justica/e-agora-como-fica-a-separacao-judicial-2/>>. Acesso em 26/11/2011.

ASSIS, Arnaldo Camanho de. *Questões práticas sobre a repercussão da EC nº 66/2010 nos processos em andamento*. Disponível em: <<http://www.lbdfam.org.br/?artigos&artigos=650>>. Acesso em 15/11/2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. PINTO, Antônio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia; obra coletiva de autoria da Editora Saraiva – 45ª Ed. rev., atual. E ampl. – São Paulo: editora Saraiva 2011.

BRASIL. Constituição Federal, Código Civil, Código de Processo Civil. Organizador Yussef Said Cahali; obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais – 8ª Ed. rev., atual. E ampl. – São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2006 – (R.T. Mini-códigos).

BRASIL. Pedido de providências nº 00005060-32.2010.2.00.000, Rel. Conselheiro Jefferson Kravchychyn, J. 12/08/2010. Disponível em: <www.esmp.sp.gov.br/2010/RESOL_356_STJ_MODIFICACAO.pdf>. Acesso em 08/11/2011.

BRASIL. Projeto de Lei nº 7661/2010, Dep. Sérgio Barradas Carneiro. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idproposicao=483750>. Acesso em 26/11/2011.

BRASIL. RMS 28.336/SP, 4ª T. Rel. Min. João Otávio Noronha, j. em 24-3-2009, DJe de 6-4-2009. Acesso em 08/11/2011.

BRASIL. TJMG, Apelação Cível nº 10024.05.686849-0/001, Rel. Des. Antônio Sérvulo, publ. 15/07/2008. Disponível em <http://www.tjmg.gov.br>.

BRASIL. TJMG, 5ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1.0515.08.034477-0/001. Rel. Des. Mauro Soares de Freitas, J. em 25/08/2011. Disponível em <http://www.tjmg.gov.br>.

DIAS, Maria Berenice. *EC 66/2010 E gora?* Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=653>> Acesso em 26/11/2011.

FIÚZA, César. *Direito Civil. Curso Completo*. 13ª Ed. Rev. Atual. e Ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O Novo Divórcio*. 1ª Ed. São Paulo: Saraiva 2010.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 11ª Ed. São Paulo: Editora. Método, 2007

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Divórcio: Alteração constitucional e suas conseqüências*. Disponível em: <<http://www.lbdfam.org.br/?artigos&artigos=629>>. Acesso em 03/11/2011.

NAMUR, Samir. A irrelevância da culpa para o fim do casamento. Disponível em <http://www.fdc.br/arquivos/mestrado/revistas/revista08/discente/samir.pdf>. Acesso em 17/11/2011.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 7ª Ed. Rev. Ampl. e Atual. 2009.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: Teoria e Prática*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2010.

VELOSO, Zeno. Lei nº 11.441 de 04/01/2007 – Aspectos práticos da separação, divórcio, inventário e partilha consensuais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e Responsabilidade: Teoria e prática do Direito de Família*. Porto Alegre: Magister, 2010.