

## EMENDA CONSTITUCIONAL N. 66/2010

### “PEC DO AMOR” OU “PEC DO DIVÓRCIO” -

#### RETROSPECTIVA E JUSTIFICATIVAS

Redação original	Redação após a reforma
§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.	§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

A alteração, que parece singela em uma primeira análise, trará profundas mudanças ao direito de família. Isto, por si, é suficiente para as primeiras reflexões sobre o tema.

**PEC 28/2009** em substitutivo do **DEP. JOSEPH BANDEIRA** às PEC's 413/05 e 33/07, em conjunto com a de n. 22/99, rejeitada. “§ 6º. *O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.*” Redação oficial aprovada pelo Senado, graças a acordo de líderes, que permitiu a supressão de prazos de discussão da matéria. Senado Federal, junho/2010: **4 CONTRA, 3 ABSTENÇÕES CÂMARA FEDERAL: junho/2009: 315, SIM – 88, NÃO.**

**PEC 22/99, DEP. ÊNIO BACCI (PDT/RS):** foi rejeitada porque propunha prazo de um ano para requerer o divórcio em qualquer caso.

**PEC 33/07, DEP. SÉRGIO BARRADAS CARNEIRO –** Senado Federal, junho/2010: “§ 6º. *O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, na forma da lei.*”

**PEC 413/05, DEP. ANTONIO CARLOS BISCAIA (PT/RJ):** “§ 6º. O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio consensual ou litigioso, na forma da lei.”

Expressão suprimida no tramitar da PEC, pois poderia resultar em um indevido espaço de liberdade normativa infraconstitucional, permitindo interpretações equivocadas e retrógradas, justamente o que a proposta quer impedir.

Consta da justificativa apresentada pelo **DEP. SÉRGIO BARRADAS CARNEIRO:**

- “Levantamentos feitos das separações judiciais demonstram que a grande maioria dos processos são indiciados ou concluídos amigavelmente, sendo **insignificantes** os que resultaram em julgamentos de causas culposas imputáveis ao cônjuge vencido.”
- “A emenda aprovada pretende facilitar a implementação do divórcio no Brasil e apresenta dois pontos fundamentais:
  - a) extingue a separação judicial,
  - b) extingue a exigência de prazo de separação de fato para a dissolução do vínculo matrimonial.”
- “Não temos dúvida de que o Direito brasileiro converter-se-á em um dos mais **liberais** do mundo para efeito de se permitir, com mais imediatidade, a dissolução do vínculo matrimonial.”
- “Com o advento da EC/66 estaremos à frente dos alemães e também dos portugueses.”

## 1. CONSTITUCIONALIZAÇÃO

A Constituição poderá atuar sobre o Direito privado de três formas, segundo JÚLIO CÉSAR FINGER:

- **Indiretamente:** quando o legislador infraconstitucional concretizar a norma de direito fundamental ao legislar a regra do direito privado;
- **indiretamente:** quando o juiz interpretar as cláusulas gerais e conceitos indeterminados, preenchendo a norma incompleta para os valores albergados nos princípios constitucionais e
- **diretamente:** quando inexistir norma de direito privado, cláusula geral ou conceito indeterminado, ou ainda, a norma ordinária tiver alcance mais restrito que a normativa constitucional.

QUANTO AO CONTEÚDO a norma constitucional pode ser:

- **formal:** normas jurídicas elaboradas de maneira especial e solene, modificável apenas através de processos e formalidades especiais e não por um processo ordinário;
- **material = substantiva:** normas que têm essência, conteúdo, substância, natureza, matéria da Constituição.

QUANTO À EFICÁCIA:

- **intangível:** são normas que não podem ser contrariadas nem mesmo através de emenda à constituição e, portanto, são intangíveis, como por ex. cláusulas pétreas – art. 60, § 4º, CR/88;
- **plena:** auto-aplicáveis; auto-executáveis; não podem sofrer restrições por parte do legislador infraconstitucional; de aplicabilidade imediata, direta e integral; não requer elaboração de novas normas legislativas que lhes completem o alcance e o sentido ou lhes determine o conteúdo;
- **relativa, contida, redutível ou restringível:** vigência imediata; mas aplicabilidade mediata (por depender de legislação infraconstitucional), direta e restringível. Norma apta a regular de forma suficiente os interesses relativos ao seu conteúdo (aplicabilidade direta), a partir de sua vigência (aplicabilidade imediata), requerendo, em regra, uma atuação por parte do legislador infraconstitucional no sentido de reduzir o seu alcance (aplicabilidade não integral) ao mencionar uma legislação futura;  
**limitada:** aplicabilidade mediata, indireta e reduzida. Com sua simples entrada em vigor não são dotadas de aplicabilidade imediata, não conseguem produzir diretamente os efeitos essenciais desejados pelo legislador constituinte.
  - princípio institutivo ou organizativo
  - princípio programático

INTERPRETAÇÃO - MARIA CLÁUDIA CACHAPUZ:

- “A tarefa da interpretação é encontrar o resultado constitucionalmente “exato” em um procedimento racional e controlável, fundamentar esse resultado racional e controlavelmente e, deste modo, criar certeza e previsibilidade – não, por exemplo, somente decidir por causa da decisão.”

## 2. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIVÓRCIO NO BRASIL

- 1) Império - Direito Canônico - Dec. 1.144/1861, disciplinou o divórcio “quod thorum et cohabitationem”, uma espécie de separação que não dissolvia o casamento, então indissolúvel. Algo intermediário entre uma “separação de corpos” e uma separação (judicial).
- 2) O Código Civil de 1916 inseriu a possibilidade de ampliação da dissolução: o desquite (amigável ou judicial), palavra esta que, devido ao preconceito religioso e social da época, se tornou pejorativa.
- 3) Constituição Federal de 1934: o medo de que o desquite evoluísse para o divórcio fez com que a matéria fosse constitucionalizada para que este grau de dificuldade, 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. Esta redação de 1934, com pequenas mudanças, foi repetida pelas Constituições de 1937; 1946 e 1967 mantida pela EC de 1969.
- 4) EC n. 9, aprovada em 28/6/1977, fruto da pressão social, admitiu a possibilidade da dissolução conjugal, nos casos previstos em lei: a separação era requisito necessário e prévio para o pedido de divórcio, que tinha de aguardar a consumação do prazo de 3 anos daquela. Conforme dispôs o art. 175 daquela CF. Traço interessante desta EC n. 9 é que ela não usava o termo divórcio, ou seja, a EC do Divórcio não usa a própria palavra. E na CF não se previu o divórcio direto.
- 5) A Lei 6.515/77 regulamentou a EC n. 9, introduzindo o termo divórcio. Suas alterações consagraram as duas formas de divórcio: direto e por conversão.
- 6) Na CR/88, a palavra divórcio, instituto de Direito Civil, aparece pela 1ª vez no texto constitucional, em seu parágrafo 6º do art. 226, com as duas formas, direto e por conversão. A separação judicial deixou de ser requisito para o divórcio, passando a ser facultativa.
- 7) EC 66 - A separação judicial deixou de ser contemplada na Constituição. Adotou dois princípios: 1º - o princípio de que o casamento é dissolúvel (apenas repete o adotado pela EC 9); 2º - o princípio de que o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio.

## 3. DA EFICÁCIA E DO ALCANCE DA EC 66:

1ª CORRENTE: EFICÁCIA IMEDIATA, PLENA, COM REVOGAÇÃO DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL IMPLICANDO NO FIM DO INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL E DE PRAZOS

- **O texto contém uma norma com eficácia constitucional imediata, direta e revogou o direito infraconstitucional, incompatível com o divórcio a qualquer tempo**, revogando, inclusive, a separação judicial.
- MARIA BERENICE DIAS. *Enfim, o fim da separação!* A partir de agora, qualquer dos cônjuges pode, sem precisar declinar causas ou motivos, e a qualquer tempo, buscar o divórcio. A alteração, quando sancionada, entra imediatamente em vigor, não carecendo de regulamentação. O avanço é significativo e para lá de salutar, pois atende ao princípio da liberdade e respeita a autonomia da vontade. Afinal, se não há prazo para casar, nada justifica a imposição de prazos para o casamento acabar. ... Além do proveito a todos, a medida vai produzir significativo desafogo do Poder Judiciário. A mudança provoca uma revisão de paradigmas. Além de acabar com a separação e eliminar os prazos para a

concessão do divórcio, espanca definitivamente a culpa do âmbito do direito das famílias. ... Mas, de tudo, o aspecto mais significativo da mudança talvez seja o fato de acabar a injustificável interferência do Estado na vida dos cidadãos. Enfim, passou a ser respeitado o direito de todos de buscar a felicidade, que não se encontra necessariamente na manutenção do casamento, mas, muitas vezes, com o seu fim.

- ARNOLDO CAMANHO DE ASSIS - ... evidencia que a nova ordem constitucional não apenas suprimiu o instituto da "separação judicial", mas, além disso, extinguiu a necessidade de fluência de prazo para o pedido de divórcio. Trata-se de norma constitucional de eficácia plena, que, exatamente por isso, torna desnecessária a edição de qualquer ato normativo de categoria infraconstitucional para que possa produzir efeitos imediatos.
- PAULO LOBO - "No que respeita à interpretação sistemática, não se pode estender o que a norma restringiu. Nem se pode interpretar e aplicar a norma desligando-a de seu contexto normativo. Tampouco, podem prevalecer normas do Código Civil ou de outro diploma infraconstitucional, que regulamentavam o que previsto de modo expreso na Constituição e que esta excluiu posteriormente. Inverte-se a hierarquia normativa, quando se pretende que o Código Civil valha mais que a Constituição e que esta não tenha força revocatória suficiente. (...) A nova redação do § 6º do art. 226 da Constituição qualifica-se como norma-regra, pois seu suporte fático é precisamente determinado: o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio, sem qualquer requisito prévio, por exclusivo ato de vontade dos cônjuges. (...) Fins sociais da norma constitucional: permitir sem empecos e sem intervenção estatal na intimidade dos cônjuges, que estes possam exercer com liberdade seu direito de desconstituir a sociedade conjugal, a qualquer tempo e sem precisar declinar os motivos. (...) O resultado da sobrevivência da separação judicial é de palmar inocuidade, além de aberto confronto com os valores que a Constituição passou a exprimir, expurgando os resíduos de *quantum* despótico: liberdade e autonomia sem interferência estatal. (...) É da tradição de nosso direito o que estabelece o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil: na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. O uso da justiça para punir o outro cônjuge não atende aos fins sociais nem ao bem comum, que devem iluminar a decisão judicial sobre os únicos pontos em litígio, quando os cônjuges sobre eles não transigem: a guarda e a proteção dos filhos menores, os alimentos que sejam devidos, a continuidade ou não do nome de casado e a partilha dos bens comuns. (...) Pode-se indagar se a nova norma constitucional provoca um vazio legislativo, que exija imediata regulamentação legal, tendo em vista que ela leva à revogação de todas as normas infraconstitucionais, principalmente as do Código Civil, relativas à dissolução da sociedade conjugal e seu instrumento, a separação judicial."
- DÉCIO LUIZ JOSÉ RODRIGUES - Assim, levando-se em conta a *mens legis* e a *mens legislatoris*, haja vista que nos pareceres/exposição de motivos da Emenda Constitucional indigitada mencionou-se, *apertis verbis*, que o instituto da separação judicial deixaria de existir, entendemos que foi extinta a separação, judicial e extrajudicial, quer por aqueles motivos acima referidos, quer pela irrazoabilidade/não-recepção Constitucional de sua manutenção.

- MAXIMILIANO ROBERTO ERNESTO FÜHRER:<sup>1</sup> “Ao desvincular o divórcio de prazo e condição e ao afastar a lei ordinária da regulamentação, o Constituinte forjou o novo divórcio potestativo, com natureza bem diferente das antigas figuras do direto e por conversão”. A nova redação do § 6º do art. 226 da Constituição Federal reforçou o princípio pelo qual ninguém está obrigado a permanecer unido a outrem se esta não for a sua vontade. O Constituinte vinculou o divórcio potestativo exclusivamente à vontade do interessado, sem a necessidade do preenchimento de qualquer outra condição ou prazo. Mesmo quando o outro cônjuge for incapaz ou não concordar com a dissolução do casamento, o divórcio não poderá ser obstado. Como se trata de mandamento constitucional, as normas de nível inferior não podem impor qualquer espécie de restrição a este direito puramente de vontade. Ou seja, todas as eventuais restrições ao divórcio existentes na legislação não foram recepcionadas pela nova ordem constitucional. Repetindo, basta a vontade do interessado. A natureza jurídica do divórcio é de declaração unilateral de vontade, cujos requisitos de validade são exclusivamente aqueles gerais de qualquer ato jurídico ordinário. Isto é, a opinião e a posição eventualmente adotada pelo outro cônjuge são despidas de qualquer relevância jurídica. Ou, por outra, não há possibilidade de contestação.
- BARRADAS CARNEIRO - “Promulgada a emenda, desaparece de nosso sistema o instituto da separação judicial e toda a legislação que a regulava; sucumbiria, por conseqüência, sem eficácia, por conta de uma inequívoca não-recepção ou inconstitucionalidade superveniente.”

**2ª CORRENTE: EFICÁCIA MEDIATA, RELATIVA, ADEQUANDO-O A LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL – E, PARA MAIORIA, PERMITIDA A SEPARAÇÃO OPCIONALMENTE**

- LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS: “Emenda do divórcio: cedo para comemorar.” 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. ... Tal modificação é imprescindível e, enquanto não ocorrer, o instituto da separação judicial continua existente, bem como os requisitos para a obtenção do divórcio. Tudo porque estão previstos em lei ordinária, que não deixou de ser constitucional. E isso basta!
- DANIEL ANDRÉ KÖHLER BERTHOLD, O divórcio ficou mais rápido? Isso, numa primeira análise que faço do texto, significa, apenas, que a Constituição não mais exige (ela própria, diretamente) que, para o divórcio, tenha que haver mais de um ano de separação judicial, ou de dois de separação de fato. Acontece que não foram revogados o art. 1.580, nem seu § 2º, do Código Civil. Não está escrito, na Constituição, que a lei não possa apresentar condições para o divórcio. ... Isso, numa primeira análise que faço do texto, significa, apenas, que a Constituição não mais exige (ela própria, diretamente) que, para o divórcio, tenha que haver mais de um ano de separação judicial, ou de dois de separação de fato. Acontece que não foram revogados o art. 1.580, nem seu § 2º, do

<sup>1</sup> FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. *O novo divórcio potestativo: leitura estritamente constitucional*. Disponível em <<http://jus.uol.com.br>>.

Código Civil. Não está escrito, na Constituição, que a lei não possa apresentar condições para o divórcio.

- SÉRGIO GISCHKOW PEREIRA: “É primário que as leis se sujeitam às divergências de interpretação. Mas há limites para o voluntarismo interpretativo. Sempre fui pela simplificação do divórcio, de molde a ser obtido sem necessidade de prazos ou de prévia separação judicial. Porém, parece-me que estão sucedendo equívocos por excesso de entusiasmo com a alteração constitucional (art. 226, § 6º), que não mais contempla, para o divórcio, os requisitos de prévia separação judicial por um ano ou separação de fato por dois anos. Os sintomas de reação aparecem. Tabelionatos hesitam em ter como afastada a separação e em ignorar aqueles prazos, e profissionais do Direito divergem sobre o alcance da reforma constitucional. Os equívocos dos entusiastas são dois: a) entender que a separação judicial (e também a extrajudicial) desapareceu; b) afirmar peremptoriamente que as exigências anteriores para o divórcio já foram eliminadas. **(a)** A Constituição Federal não tratava da separação judicial, mas somente do divórcio. A separação judicial apenas foi elidida como exigência para o divórcio, mas permanece no sistema brasileiro, enquanto não revogado o Código Civil. Muitos pensam assim. A Constituição fala que o casamento é dissolvido pelo divórcio; ora, a separação não dissolve casamento, mas sim a sociedade conjugal. Alguns asseveram que ela é inútil. Não é bem assim. Desde que não atrapalhe o divórcio, pode continuar no Código Civil. A verdade é que pode ser o único caminho para aqueles cuja religião não admite o divórcio. **(b)** A Constituição, ao nela constar que o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio, não especifica requisitos, com o que sustentável que continuem regidos pelo Código Civil (não concordo, mas vários assim pensam). As dúvidas se multiplicam em um tema que atinge milhões de pessoas. O mais recomendável é que de imediato se altere o Código Civil, retirando dele, se for o caso, a separação judicial (e, do Código de Processo, a extrajudicial), eliminando os requisitos de prazo para divórcio e definindo se a discussão de culpa permanece ou não. Não agir assim é provocar grande tumulto e divergências, tendo como resultado muito maior demora nos processos e o risco de futura epidemia de nulidades e carências de ação em milhares deles! O povo merece maior consideração!
- GILBERTO SCHÄFER:<sup>2</sup> A Constituição continua fazendo referência a um instituto de direito civil: o divórcio. Não se pode compreender o texto constitucional sem recorrermos ao direito civil, ou seja, **é em virtude do direito civil que se sabe o que é o divórcio, quais suas modalidades e quais os seus requisitos**. Além de regras de direito material, o instituto possui regras processuais próprias, inserindo-se no conceito de leis especiais que tem regulamentação de direito material e adjetivo. (...) O fato de eliminar requisitos, portanto, não significa a revogação do direito infraconstitucional. Mais do que nunca, a EC n. 66 significa uma grande mudança: não há mais requisitos constitucionais para o divórcio, ou seja, há a liberdade de o legislador dispor sobre o assunto. (...) A eliminação de requisitos constitucionais significa liberdade de atuação para o legislador que pode dispor a respeito do término do casamento pelo divórcio, conformando requisitos e procedimentos. (...) A regra jurídica continuou, como de direito ordinário, suscetível, portanto, de derrogação e ab-rogação pelos legisladores ordinários. O que lhe cessou foi a força de princípio jurídico constitucional". ... O legislador constituinte, através da mídia, veiculou a concepção de facilidade e de rapidez para atingir o divórcio. É a

---

<sup>2</sup> SCHÄFER, Gilberto. *A Emenda Constitucional n. 66 e o divórcio no Brasil*. Disponível em: <[HTTP://jus.uol.com.br/revista/texto/17125/a-emenda-constitucional-n0-66-e-odivorcio-no-brasil](http://jus.uol.com.br/revista/texto/17125/a-emenda-constitucional-n0-66-e-odivorcio-no-brasil)>. Publicado ago. 2010. <http://jus.uol.com.br>

linguagem do texto expresso na EC que deve dar a justa medida para a sua interpretação e não o subjetivismo da gênese legislativa que possibilitaria arbítrio, falta de controle e excesso de voluntarismo. Pela presunção relativa de constitucionalidade — as normas infraconstitucionais não podem ser descartadas sem uma avaliação rigorosa —, seja porque o legislador deve dar a medida da dissolução do casamento, como tarefa sua, inerente à separação de poderes, preceito fundamento, em que as tarefas do juiz não se confundem com as do legislador. Não cabe arguir o princípio da máxima efetividade constitucional, porquanto se trata aqui de estabelecer o campo de aplicação normativo, cuja eficácia é mediata e plena, porque o instituto não é novo, já está regrado. É bem verdade que existe um grande espaço de liberdade individual na vida afetiva, mas o casamento é exercido conforme as prescrições legais: é, pois, um ato estatal. E como ato estatal, tem a regulamentação na forma da lei, seja para casar, seja para "descasar".

- GILBERTO SCHÄFER: “Parece-me que aceitar a eficácia direta da dissolução do casamento pelo divórcio, sem qualquer requisito, não significa aceitar que a separação – judicial ou extrajudicial – foi abolida. A separação, enquanto não abolida pelo legislador, pode ser utilizada por todas as pessoas que não queiram se divorciar por motivos religiosos, por esperança de voltar a conviver juntos, porque ela admite restabelecimento da sociedade conjugal.”
- MAXIMILIANO ROBERTO ERNESTO FÜHRER:<sup>3</sup> (...) Como não houve revogação expressa, nem tácita, sobrevive a possibilidade de separação judicial, para aqueles que, por razões filosóficas ou religiosas, cujo respeito é garantido constitucionalmente, desejarem apenas romper a relação matrimonial sem extinguir o casamento. Entretanto, como o divórcio potestativo é desvinculado de qualquer termo ou condição, e como quem pode o mais (divórcio), pode o menos (separação), a interpretação lógica indica que também a separação passou a ser puramente potestativa, livrando-se de toda estrutura legal regulatória e restritiva antiga.”
- JOSÉ MOACYR DORETTO NASCIMENTO E GUSTAVO GONÇALVES CARDOZO (2010): “É de se indagar se a separação judicial foi, de veras, extirpada do ordenamento *jurídico pela superveniência constitucional*. A *novel norma constitucional preceitua que o casamento será extinto pelo divórcio, silenciando-se quanto à separação; nada diz, nada prescreve*. Lança-se, nesse contexto, outra *indagação retórica: o casal que passe por crise familiar, querendo buscar um respiradouro, deverá divorciar-se açodadamente ou viver em ligeira ilegalidade, que constrange socialmente muitos, uma vez que presente ainda o dever de fidelidade recíproca? (...) Há que se respeitar a vontade dos indivíduos, ainda incertos quanto ao futuro, mas decididos quanto ao presente. Há que se viabilizar e reconhecer a persistência da separação consensual em nosso sistema. Nem se venha redargüir que serão esses casos poucos ou mesmo raros, porque o direito, em sua modernidade, também tutela e promove a felicidade de minorias*”.
- WESLEY MARQUES BRANQUINHO - Destarte, poderíamos entender que a separação também não foi recepcionada, ocasionando a extinção dos processos de separação judicial ou o impedimento à separação extrajudicial (Lei nº 11.441/2007)? Para alguns, seria o caso de extinção de todos os processos de separação, pois essa forma de término

<sup>3</sup> FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. *O novo divórcio potestativo: leitura estritamente constitucional*. Disponível em <<http://jus.uol.com.br>>.

da sociedade conjugal não teria mais razão de existir. O Professor Pablo Stolze Gagliano entende que a nova Emenda do Divórcio suprimiu o instituto da separação judicial no Brasil; com isso, o divórcio converter-se-á na única medida dissolutória do vínculo e da sociedade conjugal, não persistindo mais a tradicional dualidade tipológica em divórcio direto e indireto. *Data venia*, entendo que a nova disposição constitucional não extinguiu a possibilidade da separação, apenas eliminou o requisito temporal para o divórcio, que é outra modalidade de término da sociedade conjugal (art. 1571, CC/02) e possui consequências jurídicas diferentes, como já dito alhures. Fazendo uma comparação com o teatro cotidiano da vida, quando um casal pretende apenas "dar um tempo no casamento", optará pela separação, mas se tiverem decididos pelo término do enlace matrimonial, desfazendo os vínculos, irão optar pelo divórcio, pois o primeiro não é mais pressuposto do segundo . .... A princípio, não se poderia falar em perda do pressuposto de validade da separação, pois ela não existia apenas como condição necessária para o divórcio, mas como forma de por fim à sociedade conjugal presente no casamento. Assim, ao eliminar apenas o aspecto condicional para o divórcio, a Constituição Federal garantiu às pessoas naturais o direito de optarem apenas pelo fim da conjugal(mantendo-se o vínculo matrimonial e a possibilidade de reconciliação) ou o rompimento absoluto do casamento. Dizer que a reconciliação é uma desvantagem, seria subestimar a capacidade civil plena das pessoas, ferindo um direito da personalidade quanto à escolha do estado civil na aferição familiar. Considerar que a separação foi extinta seria impor ao cidadão o rompimento absoluto do vínculo matrimonial, cerceando o direito de reconciliação e de manter a situação jurídica de casado, conforme previsto no Código Civil.

- ALEXANDRE MAGNO MENDES DO VALLE, para quem ainda permanece válida a separação, para quem prefira por ela optar, ainda que não mais como condição para o divórcio: O que se deve refutar é a tese da extinção da separação, diante deste novo cenário, verdadeiramente preocupante, em que já se vislumbra uma possível banalização do casamento e um enfraquecimento das uniões conjugais. A separação deixa de ser um antecedente lógico e necessário da espécie divórcio por conversão. Surge, agora, como uma via judicial disponível para aqueles casais que pretendem interromper momentaneamente a relação conjugal, mas que não estejam seguros da vontade de pôr fim ao casamento e das consequências do rompimento do vínculo conjugal. Para o expressivo segmento da sociedade que não vê com bons olhos a presente alteração do sistema, resta a separação judicial ou extrajudicial (nos cartórios) como via legal capaz de emprestar um fôlego a mais de vida para o casamento nas relações familiares. Um espaço aberto para o diálogo conjugal com a interrupção da sociedade conjugal, mas sem a incontínente aniquilação do vínculo do casamento.[3]

#### **4. DA NECESSIDADE DE ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL PARA EVITAR GRAVE INSEGURANÇA JURÍDICA DIANTE DA DIVERGÊNCIA DE INTERPRETAÇÕES QUANTO A EFICÁCIA IMEDIATA E PLENA DA EC 66 OU MEDIATA E CONTIDA**

No caso de se apresentar uma divergência relevante a respeito da aplicabilidade da EC 66, é possível propor, através dos legitimados do Art. 103 da CF, a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A argüição serviria justamente para tutelar o preceito fundamental da segurança jurídica, em que um dos vetores é a previsibilidade, que atingirá diretamente

os interesses da cidadania. Assim, de acordo com o entendimento firmado pelo STF na ADPF n. 33 e n. 130, é possível antecipar de forma direta e geral o alcance deste texto constitucional. A segurança jurídica deve ser aqui um vetor indispensável para resolver os casos pois na hipótese de que viesse a ser reconhecida a tese da necessidade de respeito a legislação infraconstitucional, os casos decididos conforme a consideram totalmente revogada, ficam sujeitos às regras de preclusão e não podem ser declarados nulos, sob pena de gerar grave insegurança jurídica. - GILBERTO SCHÄFER

## 5. DANDO FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS PARA A EC N 66

- 1º. **PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA** - o indivíduo não existe para o fim precípua de constituir família e procriar, mas para a busca de sua felicidade e realização pessoal, objetivo no qual a família se insere como instrumento de efetivação do fim pretendido. Nesse contexto, o afeto passa a imperar não só no momento da constituição da entidade familiar, mas também em toda a constância da relação, de modo que cessado o liame afetivo, não há mais a base sólida para a sustentação da família tal como deve ser, sob o aspecto moral: legal, cúmplice, solidária, fraterna, voluntária e responsável. (BIANCA FERREIRA PAPIN)
- 2º. **PRINCÍPIO DA LIBERDADE** - respeito à autonomia da vontade; sem amor e felicidade não há porque se manter um casamento; o ato de casar e o de não permanecer casado constituem, por certo, o verso e o reverso da mesma moeda: a liberdade de auto-determinação afetiva. Segundo BIANCA FERREIRA PAPIN, "o novo espírito constitucional, que será corroborado pela promulgação da emenda em comento, rechaça de forma explícita a utilização do Direito como instrumento de punição pelo fim do casamento e privilegia a liberdade individual e a autonomia dos cônjuges, que já as detinham na ocasião do início do relacionamento e agora as conquistarão também no momento de dissolvê-lo. (...) Na perspicácia de SAVATIER, citado por WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, ideais são as uniões chamadas "livres", porquanto a liberdade permite de forma mais pura a manutenção de um relacionamento afetivo, no qual 'não há fidelidade, obediência, assistência obrigatória. Tudo isso, dado por amor, não deve durar senão enquanto puder durar esse amor'."
- 3º. **PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA** - o ordenamento jurídico, numa perspectiva de promoção da dignidade da pessoa humana, tem que garantir meios diretos, eficazes e não-burocráticos para que, diante da derrocada emocional do matrimônio, os seus partícipes possam se libertar do vínculo falido, partindo para outros projetos pessoais de felicidade e de vida. O artigo 1.513 do Código Civil é claro: "É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família." Neste sentido, a intervenção somente se justifica em casos - extremos, devendo a escolha pelo caminho do divórcio ser plenamente respeitada, trajetória esta que foi encurtada pela Emenda Constitucional n. 66, deixando passagem para nova busca da felicidade.
- 4º. **PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE** - incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, como "absoluta prioridade" (art. 227 CR), dificilmente consegue ser observado, quando a arena da disputa é alimentada pelas acusações recíprocas, que o regime de imputação de culpa propicia. Exigência da revisão de paradigmas reduzindo conflitos e litígios nos tribunais, descontaminando-se dos azedumes e ressentimentos decorrentes da imputação de culpa ao outro cônjuge, comprometendo inevitavelmente o relacionamento pós conjugal, em detrimento, sobretudo, da formação dos filhos comuns. Para PAULO LOBO: O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, como "absoluta prioridade"

(art. 227 da Constituição), dificilmente consegue ser observado, quando a arena da disputa é alimentada pelas acusações recíprocas, que o regime de imputação de culpa propicia.

- 5º. **PRINCÍPIO DA INTIMIDADE E DA PRIVACIDADE** – De acordo com valores atuais, evitará que a intimidade e a vida privada dos cônjuges e de suas famílias sejam revelados e trazidos ao espaço público dos tribunais, com todo o caudal de constrangimentos que provocam, contribuindo para agravamento de suas crises e dificultando o entendimento necessário para a melhor solução dos problemas decorrentes da separação. Extrai-se do voto do Des. JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, do TJRS (Ap. Cív. n. 70005834916, j. 2/4/2003): “A vitimização de um dos cônjuges não produz qualquer sequela prática, seja quanto à guarda dos filhos, partilha de bens ou alimentos, apenas objetivando a satisfação pessoal, mesmo porque difícil definir o verdadeiro responsável pela deterioração da arquitetura matrimonial, não sendo razoável que o Estado invada a privacidade do casal para apontar aquele que, muitas vezes, nem é o autor da fragilização do afeto. A análise dos restos de um consórcio amoroso, pelo Judiciário, não deve levar à degradação pública de um dos parceiros, pois os fatos íntimos que caracterizam o casamento se abrigam na preservação da dignidade humana, princípio solar que sustenta o ordenamento nacional.” (BIANCA FERREIRA PAPIN).
- 6º. **REDUÇÃO DE TEMPO E CUSTO PARA PARTES E JUDICIÁRIO** – permitir obtenção menos burocrática da dissolução do casamento, facultando outros arranjos familiares, na perspectiva da felicidade de cada um. **REDUÇÃO DE CUSTOS** – a unificação no divórcio de todas as hipóteses de separação é imposição da gestão do Judiciário. A submissão a dois processos judiciais resulta em acréscimos de despesas para o casal, além de prolongar sofrimentos evitáveis. “A simplificação do divórcio vai representar também economia para o casal, que terá de pagar honorários e custas apenas uma vez, e não mais duas, nos casos de separação judicial.” (BARRADAS CARNEIRO). José Moacyr Doretto Nascimento e Gustavo Gonçalves Cardozo, que elogiam a mudança, haveria economia patrimonial e moral (2010): “*Além de desburocratizar a desconstituição do enlace matrimonial, a mudança vai gerar grande economia para o brasileiro, que não mais terá que gastar por duas vezes com despesas processuais, cartorárias e honorários de advogado. Ophir Cavalcante, presidente da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), destacou essa vantagem dizendo que: “Não há sentido algum que o cidadão tenha que despendar custos com a separação judicial e depois gastos adicionais com o divórcio em si. É como se o Estado cartorializasse uma relação que já poderia ter sido encerrada em um primeiro momento”. A economia também é moral, pois o divórcio imediato evitará dor e sofrimento para as partes e para os filhos, os maiores prejudicados com a situação*”.
- 7º. **DIREITO À FELICIDADE** – passou a ser respeitado o direito de todos de buscar a felicidade, eu não se encontra, necessariamente, na manutenção do casamento, não muitas vezes com o seu fim. Abraça a perspectiva socioafetiva e eudemonista do Direito de Família, permitindo que os integrantes de uma relação frustrada possam partir para outros projetos de vida; família reconstruída com base no afeto, decorrente da “valorização constante da dignidade da pessoa humana”; perspectiva da busca da felicidade pessoal de seus integrantes em novos relacionamentos. Ainda segundo BIANCA FERREIRA PAPIN, “importam menos aos indivíduos as regras sociais, as instituições e os preconceitos, impondo-se não mais a exaltação ao dever e a assunção de obrigações socioculturais, mas a ligação afetiva, o sentimento que deu ensejo à união, que também não precisa ser duradouro, mas, nos versos do poeta, “que seja infinito enquanto dure”.
- 8º. **PROMOÇÃO DA PAZ SOCIAL** – “A EC/66 representa grande avanço do Direito, muito menos como facilitadora do divórcio como é conhecida, mas primordialmente na promoção da paz

social e na entrega de harmonia às relações familiares dissociadas, quando põe termo à histórica discussão quanto à culpa pelo fim do casamento.” (BIANCA FERREIRA PAPIN)

#### **PRINCÍPIOS QUE DEVEM SER ANALISADOS TAMBÉM FRENTE A OUTROS**

- 1º. **INSEGURANÇA JURÍDICA** - o divórcio relâmpago gera insegurança, facilitando a tomada de decisões passionais, impulsivas e impensadas.
- 2º. **VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ESPECIAL PROTEÇÃO À FAMÍLIA PELO ESTADO** - alicerce e espinha dorsal da sociedade, fragiliza ainda mais a família, permitindo-se que motivos fúteis ensejem o divórcio. ... o individualismo exacerbado é contrário ao interesse da família. Para BIANCA FERREIRA PAPIN “A sociedade contemporânea passou a buscar o equilíbrio entre a amoralidade e a moralidade rígida, por meio da liberdade individual agora reforçada pela responsabilidade: hiper-responsabilidade em relação aos filhos, aos valores humanos dentro da família e da sociedade em geral.”
- 3º. **ATO ESTATAL** - é bem verdade que existe um grande espaço de liberdade individual na vida afetiva, mas o casamento é exercido conforme as prescrições legais: é, pois, um ato estatal. E como tal, tem a regulamentação na forma da lei, seja para casar, seja para descasar.
- 4º. **CLÁUSULA GERAL DA COMUNHÃO PLENA DE VIDA.**
- 5º. **LIBERDADE DO LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR E INTERESSE PÚBLICO NA RECONCILIAÇÃO** - conciliação é interesse público - a ausência de entraves burocráticos está fortalecendo uma política inconseqüente de banalização do casamento; não se exige reflexão, aconselhamento para preservar o casamento.

#### **6. NOVIDADES DO DIVÓRCIO PÓS EC/66**

PAULO LOBO afirma que “em razão da emenda constitucional, com o desaparecimento do divórcio por conversão, teremos três tipos de divórcio:

a) divórcio judicial litigioso - o procedimento comum ordinário, nos termos do § 3º, do art. 40, da Lei nº 6.515/77. As provas a serem produzidas, entretanto, ficarão restritas às seguintes questões: cabimento e quantum da pensão de alimentos; quem deve exercer a guarda unilateral dos filhos, se a guarda compartilhada não consultar o superior interesse dos menores; existência e partilha dos bens comuns. Neste último caso, os cônjuges podem optar pelo procedimento autônomo de partilha, após o divórcio (art. 1.581 do Código Civil). Segundo PAULO LOBO, “o divórcio judicial litigioso se caracteriza pela ausência de acordo dos cônjuges sobre a própria separação (um quer, outro não) ou sobre alguma ou todas as questões essenciais, que são potencialmente conflituosas. Ora divergem sobre o montante dos alimentos, ora sobre quem terá a guarda dos filhos comuns (ou até mesmo o local da residência, na guarda compartilhada) e o compartilhamento da convivência com eles, ora sobre a partilha dos bens, que tem sido o principal fator dos desentendimentos.

b) divórcio judicial por mútuo consentimento - o previsto nos arts. 1.120 a 1.124, do CPC, como quer o art. 40, da Lei nº 6.515/77, excluindo-se os incisos I (comprovação da separação de fato) e III (produção de prova testemunhal). Parece desnecessário, em termos práticos, realizar audiência de ratificação, sobretudo e especialmente pela concreta desnecessidade de, nela, produzir-se prova testemunhal para fins de comprovar a fluência do prazo

c) divórcio extrajudicial - o art. 1.124-A, acrescentado pela Lei 11.441, de 2007, relativo ao divórcio consensual, permanece íntegro, exceto quanto à alusão à separação consensual.

Em todos os tipos, exige-se apenas a exibição da certidão de casamento e que as questões essenciais sejam definidas por acordo ou por decisão do juiz: guarda (preferencialmente compartilhada, por força da Lei n. 11.648, de 2008) e proteção dos filhos, sobrenome utilizado, alimentos e partilha dos bens.

## 6. ALTERAÇÕES PRÁTICAS NAS NOVAS AÇÕES DE DIVÓRCIO

Protagonizou a mais simples e intensa regulamentação da dissolução do casamento por decisão livre dos cônjuges.

- 6.1) SÓ HÁ “DIVÓRCIO”, SEM ADJETIVO “DIRETO” OU “INDIRETO”** - acabou a separação; desapareceu o instituto da separação judicial. A única medida juridicamente possível para o descasamento é o divórcio. Não havia mais justificativa para a sobrevivência da separação judicial, em que se converteu o antigo desquite. Criou-se, desde 1977, uma duplicidade artificial entre dissolução da sociedade conjugal e dissolução do casamento, como solução de compromisso entre divorcistas e antidivorcistas, o que não mais se sustenta.
- **PAULO LOBO:**<sup>4</sup> “A Constituição deixou de tutelar a separação judicial. A consequência da extinção judicial é que concomitantemente desapareceu a dissolução da sociedade conjugal que era a única possível, sem dissolução do vínculo conjugal, até 1977. (...) Portanto, não sobrevive qualquer norma infraconstitucional que trate da dissolução da sociedade conjugal isoladamente, por absoluta incompatibilidade com a Constituição, de acordo com a redação atribuída pela PEC do Divórcio. (...) A nova redação constitucional provoca o desaparecimento da tutela constitucional da separação judicial, cessando 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, perde sentido o *caput* do art. 1.571 do Código Civil de 2002, que disciplina as hipóteses de dissolução da sociedade conjugal: morte, invalidade 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.
  - **BIANCA FERREIRA PAPIN:**<sup>5</sup> A emenda “extingue os requisitos para a decretação do divórcio e deixa de contemplar o instituto da separação judicial. Com isso, a dissolução do casamento passa a ser feita apenas por meio do divórcio, que pode ser promovida a qualquer momento, sem a necessidade de se aguardar qualquer decurso de prazo ou de se submeter a anterior processo de separação judicial, já que, atualmente, para o decreto do divórcio exige-se o decurso de um ano da separação judicial ou da liminar de separação de corpos (divórcio conversão) ou o decurso de dois anos da separação de fato do casal (divórcio direto).

<sup>4</sup> LÔBO, Paulo. “PEC do Divórcio’: consequências jurídicas imediatas. Revista de Direito das Famílias e Sucessões n. 11. Ago-set/2009, p. 8.

<sup>5</sup> PAPIN, Bianca Ferreira. PEC do Divórcio põe fim à discussão sobre a culpa. Revista de Direito de Família n. 59. Abr-maio/2010, p. 7.

- CÉSAR DE OLIVEIRA (2010): "Esta modalidade não existe mais, é impossível de pedi-la, e aquelas que estão em andamento podem ser convertidas diretamente para o divórcio, independentemente do período."
  - DENISE DAMO COMEL (2009): "Será suprimido do ordenamento jurídico o instituto da separação judicial, permanecendo tão somente o divórcio como solução voluntária para o fim do casamento, resolvida, ainda, a dicotomia atualmente existente na dissolução do vínculo conjugal. De conseqüência, serão de se ter por revogados os artigos 1.572 a 1.578, do Código Civil, que tratam das formas de separação judicial e seus efeitos, também o artigo 1.580, que trata da conversão da separação em divórcio e do divórcio direto. A revogação dos artigos 1.572 a 1.578 é evidente, pois desaparecendo a separação judicial, não há mais que se falar nas hipóteses em que tinha cabimento, tampouco nos respectivos efeitos. No que tange ao artigo 1.580, ainda que trate do divórcio, também deve ser tido por revogado, eis que refere especificamente aos prazos para o divórcio direto e indireto (por conversão da separação judicial), estabelecidos na própria norma constitucional objeto da emenda. Suprimida a separação judicial e consolidando-se o divórcio como a única possibilidade de dissolução voluntária do casamento, deixam de existir as figuras do divórcio por conversão e do divórcio direto, não havendo, pois, que se estabelecer regras ou prazos diferenciados para uma ou outra situação".
  - ZENO VELOSO - Em síntese: numa interpretação histórica, sociológica, finalística, teleológica do texto constitucional, diante da nova redação do art. 226, § 6º, da Carta Magna, sou levado a concluir que a separação judicial ou por escritura pública foi figura abolida em nosso direito, restando o divórcio que, ao mesmo tempo, rompe a sociedade conjugal e extingue o vínculo matrimonial. Alguns 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.
- 6.2) **ELIMINARAM-SE PRAZOS E QUAISQUER REQUISITOS PARA O DIVÓRCIO** - o pedido pode ser formulado a qualquer tempo; extinguiu o prazo mínimo para a dissolução do vínculo matrimonial; não há mais referência à separação de fato do casal há mais de 2 anos. "As regras vigentes permitem fraudes, pois qualquer pessoa pode dizer ao juiz que um casal está separado há mais de 2 anos para obter o divórcio. A PEC acabou com a hipocrisia de um casal que se separa hoje e amanhã leva uma testemunha para prestar depoimento falso." (BARRADAS CARNEIRO). Se não há prazo para casar, nada justifica a imposição de prazos para o casamento acabar.
- 6.3) **NÃO CABE DISCUSSÃO DE CULPA - "SEM CULPA" - POTESTATIVO:** o fim do instituto da separação judicial traz outra conseqüência de maior relevância jurídica e sociocultural, qual seja, o fim da discussão sobre a culpa dos cônjuges pela falência do casamento, alterando drasticamente toda a base histórica do Direito de Família.
- BARRADAS CARNEIRO - não se discute mais a causa ou culpa pela separação; a lei põe fim aos argumentos que sustentam a briga pela causa da separação. Afinal, qual o interesse público relevante em se investigar a causa do desaparecimento do afeto ou do desamor? A maior economia é a dos "custos sentimentais". "A nova regra economia, além do dinheiro, sofrimento, dor e constrangimentos. O divórcio hoje é uma discussão sem fim."

- **PAULO LOBO:** “Portanto, não há espaço no pedido de divórcio para qualquer explicitação de causa subjetiva ou objetiva; simplesmente, os cônjuges resolvem se divorciar, guardando para si suas razões. E podem fazê-lo logo após o casamento, sem aguardar qualquer prazo. Essa circunstância levará certamente ao desuso a anulação do casamento, permanecendo apenas as hipóteses de nulidade, pois estas independem da vontade dos cônjuges.”
- **BIANCA FERREIRA PAPIN:** “De fato, na vigência da atual codificação civil, o Direito de Família perdeu, sensivelmente, seu caráter punitivo e repressor, na medida em que a culpa pelo fim do casamento foi perdendo as consequências jurídicas que outrora gerava. (...) Citando FACHIN, CHAVES DE FARIAS observa a fragilidade da vinculação das relações afetivas às regras impostas pelo Estado: ‘Não tem sentido averiguar a culpa com motivação de ordem íntima, psíquica<sup>1</sup>, uma vez que a conduta de um dos consortes, violando deveres conjugais, e apenas um “sintoma do fim”. (...) Em outras palavras, aquilo que se convencionou, historicamente, chamar de culpa (no sentido de culpa da dissolução) não passa, na realidade, de consequência. É a consequência do único motivo que gera a dissolução de uma relação afetiva: o fim do amor, da vontade de compartilhar projetos comuns.”
- **BIANCA FERREIRA PAPIN:** “Fato é que o descumprimento dos deveres conjugais permite ao cônjuge inocente a propositura de ação de separação judicial, imputando ao outro a culpa pela falência da sociedade conjugal. Serve, portanto, para justificar o fim do casamento e o consequente pedido de separação, mas não para proteger a família enquanto ainda vigente. Isso porque os deveres atinentes ao casamento não permitem que seu adimplemento seja exigido judicialmente. Não há a possibilidade de se ajuizar ação visando o cumprimento dos deveres conjugais, o que os torna inócuos em relação à justificativa de sua própria existência e de sua manutenção no ordenamento jurídico: a preservação e a proteção da entidade familiar, passando a ocupar importante lugar apenas no campo da mora.”E
- **EM OPOSIÇÃO - FLÁVIO TARTUCE -** Porém, para quem ainda defende a culpa como causa para a extinção da sociedade conjugal, o argumento principal seria a justificativa de que a culpa serve, dentre outras coisas, para caracterizar a ocorrência do ato ilícito de um consorte contra o outro, concretizando o direito à indenização. A culpa deve prevalecer em nosso ordenamento por ser requisito concretizador do ato ilícito, pois se ela existe e continuará existindo no Direito das Obrigações, no Direito Contratual e na Responsabilidade Civil, não haveria motivos para excluí-la do Direito de Família, já que ele entende ser a culpa por ato ilícito e a culpa na relação conjugal sinônimos.

#### 6.4) DEFESA - CONTESTAÇÃO

Somente sobre as questões essenciais pode haver contestação ao pedido, sendo incabíveis argumentos relacionados às causas da separação.” **Jose Fernando Simão** - Em inexistindo acordo, a modalidade litigiosa do divórcio permanece como possibilidade de se extinguir o vínculo. Contudo, o réu não terá qualquer tipo de defesa para alegar em seu favor. Não poderá discutir a culpa do cônjuge autor da ação, nem mesmo a questão de prazos de casamento ou de separação de fato, pois esta passou a ser irrelevante com a mudança

constitucional. Vislumbramos apenas, a possibilidade de, por meio de reconvenção, o réu pedir a nulidade ou anulação de casamento se provar alguma causa de nulidade ou anulabilidade. Isso porque o réu pode demonstrar que o casamento não pode ser desfeito por divórcio (plano da eficácia), pois estava maculado por um vício que comprometia sua validade (plano da validade). Se a reconvenção for julgada procedente, o casamento será anulado e os cônjuges voltam ao estado de solteiros.

#### 6.5) SEPARAÇÃO DE CORPOS

- pode ser decretado o divórcio sem decisão quanto a separação de corpos do casal? A cautelar ainda se justifica? Para **José Fernando Simão** - a medida cautelar de separação de corpos pode ser litigiosa, ou seja, quando em caso de risco à segurança de um dos cônjuges ou dos filhos, o juiz liminarmente afasta o outro do lar conjugal. Nesta hipótese, após 30 dias de concessão da liminar, caberá ao requerente propor a ação de divórcio e não mais de separação, pois esta desapareceu do sistema. O fundamento será o fim do casamento e não haverá debate de culpa. Na situação supra, em havendo liminar concedida e ação de separação já proposta, mas não sentenciada, admite-se que a ação principal seja convertida em ação de divórcio. Afinal, sua simples extinção sem julgamento do mérito geraria, por consequência, extinção da cautelar, e os prejuízos ao cônjuge requerente seriam manifestos. A propositura de divórcio após a concessão de liminar em cautelar de separação de corpos não é novidade no sistema, pois em que pesem as controvérsias, os julgados já admitiam tal situação antes mesmo da aprovação da PEC em questão. Arnoldo Camanho de Assis R.: Sim, desde que a medida postulada se preste a evitar a causação de violência contra o outro cônjuge ou contra os filhos. A separação de corpos deixou de ter utilidade para permitir a saída "autorizada" de um dos cônjuges (que era utilizada para evitar a configuração de quebra dos deveres do casamento) ou para viabilizar o termo inicial do prazo para a conversão em divórcio.

#### 6.6) DO USO DO NOME

- não há mais prerrogativa de o titular do nome buscar que o cônjuge que o adotou seja condenado a abandoná-lo. José Fernando Simão: A perda do sobrenome em decorrência da culpa é algo que, em princípio, fere direito de personalidade. O direito ao nome, por contar com a proteção direta do Código Civil, e indireta na Constituição Federal (artigo 5º), conta com hierarquia e características (irrenunciabilidade, imprescritibilidade) que o imunizam contra a conduta culposa do agente. Em suma, para tal mister, é irrelevante a conduta culposa do cônjuge. Na realidade, a perda de uso do sobrenome comporta exceções amplíssimas, exatamente para a proteção do direito de personalidade. Assim vejamos. Não haverá perda se houver evidente prejuízo para a identificação do cônjuge culpado. É o caso de pessoas de renome que são conhecidas no meio em que trabalham ou convivem. Assim, poucas pessoas conhecem Marta Teresa Smith de Vasconcelos, mas certamente muitos conhecem Marta Suplicy, que recebeu o sobrenome a partir de seu casamento com o Senador Eduardo Suplicy em 1964. Ainda que a ex-prefeita e ministra tenha tido culpa quando do fim do casamento, poderia ela perder o direito de uso do sobrenome? O sobrenome Suplicy é dela ou apenas de seu ex-marido Eduardo? Podemos lembrar outras pessoas; Lucinha Lins (nascida Lúcia Maria Werner Vianna cujo Lins veio com o casamento compositor e cantor Ivan Lins); Lygia Fagundes Telles (que nasceu Lygia de Azevedo Fagundes e tornou-se Telles quando do casamento com o Eminentíssimo Professor e Jurista Gofredo da Silva Telles Jr no

ano de 1950). .... Em resumo, o cônjuge culpado não perde o direito de usar o "sobrenome do outro", porque, na realidade, o sobrenome é seu mesmo, já que passou a integrar seu nome quando do casamento. Trata-se de nome próprio e não de terceiros. A perda do sobrenome em decorrência da culpa é anacronismo, que revela afronta ao direito de personalidade, e que chegará ao fim em boa hora. Assim, a questão do sobrenome não será obstáculo ao fim do debate da culpa em ação de extinção de vínculo conjugal.

**6.7) DOS FILHOS MENORES** - havendo filhos, as questões relativas a eles precisam ser acertadas; preferência legal pela guarda compartilhada.

**6.8) ALIMENTOS ENTRE CÔNJUGES**

- devem ser discutidos antes da dissolução do vínculo conjugal já que, após, inexistirá causa para a obrigação alimentar. E só quando o pedido de alimentos for formulado em ação autônoma que se admitirá discussão de culpa.
- A presidente da Comissão de Direito de Família do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP), Regina Beatriz Tavares da Silva, ataca exatamente os pontos elogiados pelo presidente do instituto e afirma que o texto tem lacunas. “Da forma como foi proposta, sem contemplar algumas modalidades de separação que consideramos importantes, a emenda cria insegurança jurídica. Bastaria ter acrescentado essas situações no texto, e acabaria com problemas de interpretação”, afirma. Regina, que também é professora da Fundação Getúlio Vargas, afirma que o principal problema é quando as questões envolvidas na separação – como a divisão de bens ou a pensão – são discutidas posteriormente ao divórcio, porque perderão o sentido, já que aquele contrato não existe mais. “Como você vai discutir uma situação que, legalmente, é inexistente, porque o contrato já foi extinto? Portanto, acredito que essa emenda cria possibilidade para casos em que o homem ou a mulher infiel, por exemplo, poderão ser beneficiados com o pagamento de pensão, quando, na verdade, deveriam ser punidos por terem descumprido um dever conjugal”, acrescenta. Ao contrário da posição do Ibdfam, ela diz que é necessária a intervenção de um juiz em certos conflitos, justamente para evitar situações como a citada acima. “Fundamentar-se apenas na extinção da culpa não é o suficiente para defender as mudanças, sobretudo, porque considero que elas podem estimular a violência e uma série de outras questões, cujas vítimas são as mais prejudicadas. Elas acabam ficando sem condições de contar com o amparo legal, já que o contrato estará acabado”, explica -
- JOSÉ FERNANDO SIMÃO - Então cabe uma pergunta: se houver descumprimento dos deveres do casamento, tais como fidelidade recíproca, mútua assistência moral e material, qual será a sanção imposta ao cônjuge culpado? A sanção se dará em matéria de alimentos. Isso porque não acreditamos que o artigo 1704, parágrafo único do Código Civil tenha sido revogado ou alterado pela Emenda Constitucional. Na ação de alimentos, há uma sanção ao cônjuge que descumpre seus deveres conjugais, qual seja, a perda dos alimentos que lhe garantiriam a manutenção do padrão de vida até então existente. O cônjuge culpado continua sendo punido em termos alimentares e só receberá os alimentos mínimos à manutenção se não puder prover seu sustento, nem tiver familiares que possam provê-lo. Tal debate deverá ocorrer na ação de alimentos em que marido e mulher são partes, o que não afetará em nada e não atrasará a decisão do divórcio. Há que se discordar de Fernando Simão quando este se refere ao fato da ação

de alimentos ser uma das ações apropriadas para esta discussão, pois, mesmo na ação de alimentos, não há que se falar em culpa, mas sim no binômio necessidade-possibilidade.

- ROLF MADALENO explica a questão: 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 de doutrina negassem a indenização dos danos derivados da separação culposa por considerá-los cobertos com a pensão alimentícia em favor do inocente. (ROLF MADALENO, 2009, p. 287).
  - PAULA MARIA TECLES LARA - Na ação de alimentos devem prevalecer os preceitos concernentes à Teoria da Deterioração Factual, em que cada caso será observado à luz do princípio constitucional da dignidade humana, e da solidariedade social, devendo-se aplicar o preceito necessidade-possibilidade, não importando os aspectos íntimos da relação que ali se pretenda desconstituir. Assim, mesmo diante da regra do artigo 1704[xiv] do Código Civil de 2002 que estabelece que o cônjuge inocente tem direito a alimentos e o culpado não, o legislador a relativizou, autorizando, em seu parágrafo único, a concessão de alimentos ao cônjuge culpado, caso este não tenha como se sustentar, ou não possua parentes para lhe conceder alimentos. Estes alimentos[xv], segundo a letra da lei, serão prestados pelo cônjuge inocente e deverão ser aqueles estritamente necessários para se viver, ou seja, alimentos naturais, devendo-se considerar o binômio necessidade-possibilidade. Contudo, conforme construções doutrinárias e jurisprudenciais, percebemos que esses alimentos poderão ser os civis, pois devemos sempre analisar a lei ordinária conforme os preceitos constitucionais e, aqui, a dignidade humana prevalece em face da culpa. Nossos Tribunais comungam desse mesmo entendimento: EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. SEPARAÇÃO LITIGIOSA. ALIMENTOS. CULPA. No que respeita à culpa, é entendimento pacífico deste órgão fracionário que se mostra irrelevante e um retrocesso sua imputação a um dos cônjuges. Em verdade, a contenda acerca dos alimentos deve ser analisada à luz do binômio necessidade-possibilidade. Mantida a fixação dos alimentos em favor da separanda, face à enfermidade de um dos filhos dos litigantes. Reduzido o percentual da obrigação alimentar devida aos menores, diante do princípio da proporcionalidade. Deram parcial provimento à apelação. Unânime. (Apelação Cível Nº 70010807840, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Walda Maria Melo Pierro, Julgado em 15/06/2005) Não nos cabe estabelecer se estes serão civis ou naturais, pois cada caso é um caso, devendo o juiz analisar os fatos e avaliar o grau de assistencialidade demandado. Mas a doutrina aduz que estes alimentos serão, na medida do possível, os civis, conforme preleciona Cristiano Chaves de Farias: "... fundada na dignidade humana e na solidariedade social, impende concedê-los em percentual condizente com as suas necessidades vitais e no direito à vida digna, o que, seguramente, perpassa a fixação de alimentos, apenas, para subsistência". (FARIAS, 2010, p 377)
- 6.9) **PARTILHA** - Permanece a regra do art. 1.581 que permite aos cônjuges deixar a partilha dos bens comuns, no divórcio judicial, para outra ocasião, sem prejuízo deste." Se a divergência resumir-se apenas à partilha, poderão os cônjuges submetê-la a processo autônomo.

**6.10) DISCUSSÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS SOFRIDOS – RESPONSABILIDADE CIVIL**

- o **PAULO LOBO** - “Se tiver havido ofensas ou danos morais ou materiais, os cônjuges devem discuti-los em processo próprio, segundo as regras comuns da responsabilidade civil, mas nunca em razão do divórcio. Se algum cônjuge sentir-se enganado pelo outro e ficar caracterizado o erro essencial sobre a pessoa deste, então será a hipótese de ação de anulação de casamento.”
- o **DÉCIO LUIZ JOSÉ RODRIGUES** - E, se houver necessidade de discussão da culpa, nesta incluído o descumprimento dos deveres do casamento, para se decidir sobre alimentos, guarda de filho, uso do nome do cônjuge a ser divorciado (hipóteses, por analogia, da perda do uso do patronímico na vetusta separação judicial) e até sobre danos morais ocorridos na relação entre os cônjuges? Entendemos que tais discussões devem ser travadas em ação própria e entre os então ex-casados, pois, mesmo havendo culpa do cônjuge, é impossível não se decretar o divórcio, por isso, nem cabendo defesa/contestação alguma do outro cônjuge quanto ao divórcio, pois a Constituição não vincula mais nada à possibilidade de decretação do divórcio do casal e, quanto aos danos morais indigitados, temos que a competência passa a ser, sem sobra de dúvidas, de Vara Cível, dada a independência total da decretação do divórcio, sem requisito algum, em relação aos danos morais advindos da relação entre as partes casadas.
- o **JOSÉ FERNANDO SIMÃO** - O debate em torno da culpa, que anteriormente impedia a extinção célere do vínculo e sujeitava, desnecessariamente, os cônjuges a uma dilação probatória das mais lentas e sofridas acabou definitivamente. Isso significa que a culpa não mais poderá ser debatida nas ações de direito de família? Não. E ao leitor que não fique a impressão que a culpa desapareceu do sistema, ou que simplesmente se fará de conta (no melhor estilo dos contos de fada) que o cônjuge não praticou atos desonrosos contra o outro, que não quebrou seus deveres de mútua assistência e fidelidade, etc. Não se trata de permitir irresponsabilidade do cônjuge. Só que a partir da emenda constitucional, a culpa será debatida no locus adequado em que surtirá efeitos: a ação autônoma de alimentos ou eventual ação de indenização promovida pelo cônjuge que sofreu danos morais, materiais ou estéticos. ... O leitor pode estar se perguntando qual é a vantagem da mudança introduzida quando da aprovação da PEC. A mudança é evidente e espetacular. O divórcio se dará de maneira célere e com um único ato (seja uma decisão judicial ou escritura pública nos casos admitidos pela Lei 11.441/07) o casamento estará desfeito e os antigos cônjuges podem, agora, divorciados, buscar, em nova união ou casamento, a felicidade que buscaram outrora na relação que se dissolve. Assim, livres para buscarem sua realização pessoal e felicidade, se necessário, que passem anos discutindo a CULPA em uma morosa ação de alimentos ou de indenização por danos morais. Sim, discuta-se a culpa, mas não mais entre cônjuges (presos por um vínculo indesejado) e sim em ações autônomas, entre ex-cônjuges. ... Também não se pode afirmar que caso um dos cônjuges cause danos ao outro, a culpa não poderá ser debatida em ação indenizatória. Isto porque se houver ofensas físicas ou morais, agressão aos direitos de personalidade, o cônjuge culpado responderá civilmente. O inocente, vítima do dano, terá assegurado seu direito à indenização cabal. Novamente, a questão não poderá ser discutida na ação de divórcio (da qual a culpa foi banida) e será objeto

- de ação indenizatória perante as varas cíveis, o que não impedirá a decretação de segredo de justiça a ser requerido pelas partes.
- **PAULA MARIA TECLES LARA** - Assim, na ação única de extinção do vínculo conjugal, qual seja o divórcio, não haverá que se discutir culpa. No entanto, em ação indenizatória, separada da ação de divórcio, poderá ser analisado ato ilícito praticado por um dos cônjuges contra o outro, devendo-se provar o ato culposo ou doloso, o dano, e o nexos casal entre eles. Apesar de ter conhecimento sobre o grande debate acerca da possibilidade ou não do dano moral em sede de Direito de família, deixo de discutir esse tópico por considerar a indenização em razão de ato ilícito instituto já consolidado em nosso ordenamento, não importando trata-se aqui de ilícito familiar ou não, pois, na verdade, serão todos, ao final, ilícitos civis. Assim, o dolo ou a culpa, na ação de indenização, possuem uma abrangência diversa, pois só haverá ressarcimento quando a conduta for de caráter iminentemente vexatório, humilhante, e ferir a dignidade de um dos consortes, não importando se isso atenta contra os deveres matrimoniais. Poderão ser ressarcidos os danos morais, materiais e estéticos advindos do ato ilícito comprovado. O pedido ressarcitório seria ajuizado autonomamente, por ação indenizatória na Vara de Família. Considerar-se-ia essa competência absoluta, já que a Vara de Família já tratou da matéria em sede de ação de divórcio ou separação. Em meu entendimento, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 66/2010 não haveria competência absoluta da Vara de Família, pois não se discutiria a culpa na ação única de divórcio, cabendo ao juízo cível a competência para analisar possível dano moral, tanto de cunho familiar quanto civil em geral. Assim sendo, os fatos geradores do dano moral independem da existência de um casamento ou união estável, pois a responsabilidade civil decorre de uma atitude ilícita e não da relação conjugal. Fica caracterizada a exclusão do Direito de Família para dirimir situações que envolvam atos ilícitos. Os cônjuges formarão uma lide civil, não como amantes, parceiros, mas sim como vítima e agressor, devendo a ação de reparação civil ser proposta no juízo cível.
  - Nesse mesmo entendimento ensina **ROLF MADALENO**: Por isso não é preciso estender ao Direito de Família os efeitos da responsabilidade civil, porque o dano pode ser causado entre cônjuges, ou entre pessoas em união estável, e nem por isso importar na separação ou na dissolução litigiosa, porque o processo de responsabilidade civil a ser proposto no juízo cível será hábil para gerar eventual reparação moral, independente da ação familista de separação judicial e indiferente ao exame de culpa conjugal, porque a indenização moral não exige laço matrimonial e nem convivência estável. (MADALENO, 2009, P. 299)

#### 6.11) PROCEDIMENTO PASSA A SER A ESCRITURA PÚBLICA???

- **MAXIMILIANO ROBERTO ERNESTO FÜHRER** - a regra é a escritura pública: “Sabe-se que, para a proposta de ação judicial, é preciso demonstrar a existência de interesse na providência desejada. É o chamado interesse de agir, que se materializa na demonstração, pelo menos em linhas gerais, de que tal providência judicial é realmente necessária. Não há interesse de agir, ou seja, não há interesse de se fazer movimentar a máquina judiciária, se a coisa pode ser obtida normalmente, sem interferência do juiz. Para se abrir a janela da própria casa, por exemplo, não há

necessidade de processo, salvo demonstração em contrário. Exceto a ocorrência de circunstância anormal, as declarações unilaterais de vontade, como o testamento e, agora, o divórcio, dispensam a provocação do Judiciário. Por conta disso, não é difícil perceber que ao pedido judicial de divórcio falece interesse de agir, que é uma das três condições da ação. O casamento tem natureza contratual especial. Contrato *sui generis*, onde prevalecem as normas de caráter público e onde a função social é de relevância muito maior, mas sempre um contrato. E os contratos são desfeitos pela mesma forma exigida para o contrato (art. 472 do Código Civil). No caso, tal forma é a escritura pública. **A resilição unilateral deste contrato, ou melhor, o divórcio potestativo, se faz por escritura pública, com notificação do outro cônjuge** (art. 473 do Código Civil). A declaração de vontade e a notificação ao outro cônjuge independem de fiscalização ou homologação judicial, sendo necessária a averbação para validade perante terceiros. Esta averbação tem como supedâneo o § 1º do citado art. 1.124-A do Código de Processo Civil. Havendo consenso, todas as questões paralelas e acessórias de cunho potestativo, como a divisão de bens, o nome e pensão dos cônjuges, podem integrar a escritura." Inexistindo ainda previsão para a gratuidade dos serviços cartorários de tabelionato, para a lavratura da escritura pública de divórcio, negar imediatamente o acesso ao Poder Judiciário significará excluir parcela ponderável da população do pleno exercício do direito constitucional de liberdade de união. ... Assim, como já dissemos, o bom senso recomenda que seja mantida por algum tempo a sistemática da "ação judicial" de divórcio. Embora ausente o interesse de agir e a possibilidade de contestação, poderá o "pedido" de divórcio tramitar pela brandura do amplo foro da jurisdição voluntária. ... O desenvolvimento lógico parece ser a regulamentação do Juizado de Paz, cuja competência incluiria o processamento do descasamento, com a formalização da declaração unilateral de vontade, a necessária notificação do outro cônjuge e a posterior averbação. Naturalmente, para lá se estenderá a gratuidade de Justiça.

**6.12) REFLEXO NAS SUCESSÕES - art. 1.830 - JOSÉ FERNANDO SIMÃO -** O debate da culpa permitia que apesar da separação de fato ter ocorrido há mais de dois anos, ainda houvesse participação sucessória se o cônjuge viúvo provasse que a separação de fato se deu por culpa do falecido. O dispositivo sofria fortes críticas doutrinárias por permitir ao cônjuge supérstite que imputasse culpa ao falecido gerando aos herdeiros o ônus de defendê-lo, muitas vezes sem terem conhecimento dos fatos ou sequer saberem os reais motivos da separação de fato. A discussão da culpa, criticada em matéria de direito de família, era absolutamente impertinente em matéria sucessória. Com a emenda constitucional, a culpa é abolida também no debate sucessório, pois se é irrelevante o motivo que levou o casamento acabar, e tal motivo sequer pode ser abordado para impedir o fim do vínculo, motivos não há para sua discussão após a morte de um dos cônjuges. Da mesma forma, a norma exigia uma separação de fato por mais de 2 anos para que o cônjuge perdesse a qualidade de herdeiro. Buscando-se a teleologia da regra, resta claro que tal prazo mantinha estreita relação com o prazo necessário ao divórcio direto (art. 1580, par. segundo). Quem poderia se divorciar em razão da separação de fato, perderia qualidade de herdeiro.

## 7. COMO FICAM OS PROCESSOS DE SEPARAÇÃO JUDICIAL EM ANDAMENTO

### PARA OS QUE CONSIDERAM NÃO HAVER MAIS SEPARAÇÃO JUDICIAL

- todos os processos de separação perderam o objeto por impossibilidade jurídica do pedido;
- não podem seguir tramitando demandas que buscam uma resposta não mais contemplada no ordenamento jurídico.
- Como o pedido de separação tornou-se juridicamente impossível, ocorreu a superveniência de fato extintivo do direito objeto da ação, o que precisa ser reconhecido de ofício pelo juiz - art. 462 CPC.
- O juiz abre vista à parte autora ou aos interessados, mediante concessão de prazo para adaptação do seu pedido ao novo sistema constitucional, convertendo-o em divórcio.
- Não incide a vedação do art. 264 do CPC: trata-se de uma alteração da base normativa do direito material discutido, por força de modificação constitucional, exigindo-se adaptação ao novo sistema, sob pena de afronta ao próprio princípio do "devido processo civil constitucional".
- Na recusa ou silêncio da parte, o juiz deverá extinguir o processo, sem julgamento de mérito, por falta de possibilidade jurídica do objeto e do pedido e por perda de interesse processual superveniente (art. 264, VI, CPC).
- Requerida adaptação do pedido, recategorizando o processo à luz do princípio da conversibilidade, como de divórcio, o processo seguirá o seu rumo normal com vistas à decretação do fim do próprio vínculo matrimonial.
- Os pedidos judiciais de divórcio em andamento devem ser objeto de deferimento imediato, pois não sobrevive qualquer espécie de exigência ou óbice legal. Prosseguem, entretanto, aqueles onde há cumulação de pedidos (alimentos, guarda etc.), exclusivamente em relação às questões sobreviventes.
- **ARNOLDO CAMANHO DE ASSIS - O que fazer com os processos de separação judicial, litigiosa ou consensual, em tramitação? R.:** Há vezes a sustentar que, com a extinção da separação judicial, os processos que tenham esse objetivo devam ser igualmente extintos, por perda superveniente do seu objeto (art. 267, inciso VI, do CPC). Todavia, o princípio da razoabilidade permite ao juiz condutor do feito que conceda às partes (no procedimento litigioso) ou aos interessados (no procedimento de jurisdição voluntária) prazo que adaptem seu pedido, postulando o divórcio no lugar da separação. Nesse caso, não seria jurídico impor às partes a restrição constante do art. 264, do CPC, sobretudo porque não se trata de inovação do pedido no curso do processo, em eventual desrespeito ao princípio da boa-fé objetiva. Cuida-se, a rigor, de supressão da base normativa que conferia sustentação jurídica ao pedido formulado, sendo necessário adaptar o pedido à nova ordem jurídico-constitucional a fim de que se dê ao processo máxima efetividade. .... **O que deve fazer, o juiz, se, concedido prazo para a adaptação do pedido nos processos de separação em curso, as partes permanecerem inertes? R.:** Nesse caso, a única solução viável será a extinção do processo, por impossibilidade jurídica do pedido (art. 267, inciso VI, do CPC). Destaque-se que não é possível "dar por adaptado" o pedido, automaticamente, porque quem

formula o pedido é a parte, cabendo ao Juiz, apenas, aferir a relação de compatibilidade entre o pedido formulado e o ordenamento jurídico. A Constituição, ao suprimir o instituto da separação judicial, não disse estarem automaticamente convertidos em divórcio os pedidos de separação judicial feitos antes de a EC nº 66/10 entrar em vigor, nem há permissão, no sistema processual civil, para uma tal "conversão automática", que possa eventualmente ocorrer à revelia da vontade das partes.

Em sentido contrário: **WESLEY MARQUES BRANQUINHO**

- Há quem entenda que o juiz poderá, de ofício, converter a demanda de separação em divórcio ou extingui-las por carência de ação, ante a superveniência de impossibilidade jurídica do pedido. Tal posicionamento leva em conta que é "letra morta" ou não foram recepcionados todos os dispositivos acerca da separação, uma vez que o divórcio veio a suprir as necessidades daqueles casados que não mais tenham interesses em manter a sociedade conjugal. Como já dito acima, o nosso posicionamento não é este, pois são institutos diferentes, com consequências jurídicas distintas à escolha dos interessados. Eliminando-se o lapso temporal para o divórcio, a Norma Ápice privilegiou a autonomia da vontade das pessoas naturais e, por isso, melhor seria que, nos processos em tramitação na data da publicação da Emenda Constitucional nº 66, fosse dada a oportunidade para que as partes digam se suas pretensões se referem ao simples fim da sociedade conjugal (separação) ou ao fim do casamento válido (divórcio). A partir daí, o Judiciário poderá melhor apreciar a real vontade das partes. E se uma parte pretender a separação e a outra o divórcio? Neste caso, deve prevalecer a pretensão ao divórcio, primeiro porque a causa de pedir remota para a separação e para o divórcio são iguais; segundo, porque a desvinculação do divórcio com a separação (judicial ou de fato) fez surgir o direito fundamental do indivíduo em ver constituído, de forma definitiva, o seu estado civil na aferição familiar, ou seja, seria um atentado aos direitos da personalidade impor à pessoa o estado civil de separado se a Lei Maior apenas exige o estado de casado para poder estar divorciado.
- Em outra linha de pensamento - José Fernando Simão - Assim as ações em curso de separação judicial (seja consensual ou litigiosa) devem ser extintas SEM JULGAMENTO DO MÉRITO, por impossibilidade jurídica superveniente do pedido, salvo se já houver sentença prolatada. Excepcionalmente, se houver medida cautelar de separação de corpos em que houve concessão de liminar, permite-se a aplicação do princípio da fungibilidade podendo tais ações serem convertidas em ações de divórcio, já que sua simples extinção pode trazer prejuízos irremediáveis às partes.

## 8. PROCEDIMENTO DO DIVÓRCIO PARA O SEPARADO JUDICIALMENTE

- As pessoas já separadas não podem ser consideradas automaticamente divorciadas. A alteração não tem o condão de modificar a situação jurídica perfeita, consolidada segundo as regras vigentes ao tempo de sua instituição, sob pena de gerar perigosa e indesejável insegurança jurídica.

- “As normas relativas à separação judicial não podem ser interpretadas em conformidade com a Constituição, para as situações supervenientes à emenda constitucional decorrente da “PEC do Divórcio”, porque não foram por esta recepcionadas. (...)”
- Os separados judicialmente (ou extrajudicialmente) continuarão nessa qualidade, até que promovam o divórcio (direto), por iniciativa de um ou de ambos, mantidas as condições acordadas ou judicialmente decididas.
- Em virtude do princípio da eficácia imediata da nova lei, que vigora no Brasil, os fatos passados constituídos sob império da norma antiga permanecem como estavam, sem retroatividade (salvo se a nova norma constitucional assim determinasse).
- 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.” (PAULO LOBO).
- Diferentemente para José Fernando Simão: A ação de conversão de separação em divórcio (o chamado divórcio indireto) persiste no sistema para que as pessoas que atualmente não estão divorciadas possam romper o vínculo, já que a emenda constitucional não as transforma em divorciadas. Contudo, o prazo de 1 ano previsto para a conversão no *caput* do art. 1.580 do Código Civil não mais existe. Assim, imaginemos que o casal se separou judicialmente ou por escritura pública na véspera da promulgação da PEC. No dia seguinte, tais pessoas podem se valer da conversão sem necessidade de observância de qualquer prazo.

#### 9. NORMAS REVOGADAS DO CÓDIGO CIVIL:

**PAULO LOBO** - “A Constituição revoga a legislação infraconstitucional antecedente, tanto a Constituição originária quanto a emenda constitucional. A nova redação do § 6º do art. 226 da Constituição importa revogação das seguintes normas do Código Civil, com efeitos *ex nunc*:

**I** - *Caput* do art. 1.571, conforme já demonstramos, por indicar as hipóteses de dissolução da sociedade conjugal sem dissolução do vínculo conjugal, única via que a nova redação tutela. Igualmente revogada está a segunda parte do § 2º desse artigo, que alude ao divórcio por conversão, cuja referência na primeira parte também não sobrevive.

**II** - Arts. 1.572 e 1.573, que regulam as causas da separação judicial.

**III** - Arts. 1.574 a 1.576, que dispõem sobre os tipos e efeitos da separação judicial.

**IV** - Art. 1.578, que estabelece a perda do direito do cônjuge considerado culpado ao sobrenome do outro.

**V** - Art. 1.580, que regulamenta o divórcio por conversão da separação judicial.

**VI** - Arts. 1.702 e 1.704, que dispõem sobre os alimentos devidos por um cônjuge ao outro, em razão de culpa pela separação judicial; para o divórcio, a matéria está suficiente e objetivamente regulada no art. 1.694.

Por fim, considerar-se-ão revogadas as expressões "separação judicial" contidas nas demais normas do Código Civil, notadamente quando associadas ao divórcio.”

**JOSÉ FERNANDO SIMÃO** - Com a aprovação da PEC, fica definitivamente BANIDA DO SISTEMA A SEPARAÇÃO DE DIREITO, seja ela judicial (arts. 1.571 e segs. do CC) ou extrajudicial (Lei 11.441/07). Assim sendo, com o banimento do sistema, de

imediatamente, alguns artigos do Código Civil passarão por uma leitura excluindo os termos "separação judicial" ou "separado judicialmente", mas, continuarão a produzir efeitos quanto a seus demais aspectos. São eles: arts. 10, 25, 792, 793, 980, 1562, 1571, parágrafo segundo, 1580, 1583, 1584, 1597, 1632, 1683, 1775 e 1830. Já outros dispositivos estão definitivamente condenados e devem ser considerados extirpados do sistema. São eles: art. 27, I, 1571, III, 1572, 1573, 1574, 1575, 1576, 1577 e 1578.

## 10. CONCLUSÃO

Este estudo não teve outro propósito que não o de fomentar o debate sobre questões de ordem eminentemente prática, do dia-a-dia da atividade judiciária, acerca da nova realidade introduzida pela EC nº 66/2010. O tempo, a experiência e a sabedoria dos doutos culminarão por ditar, como sempre, o caminho a ser trilhado.

De qualquer forma, em que pesem nossas reflexões serem ainda preliminares e por isso sujeitas à crítica, dúvida não há que assistimos no momento à maior revolução que o direito de família sofreu neste Século XXI e certamente a mais importante verificada desde a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Por fim, estas poucas palavras tiveram como objetivo incitar a curiosidade das pessoas que pensam o Direito em seu aspecto social e prático, buscando adequar a lei ao homem. Não poderia deixar de criticar os nossos legisladores, pois perderam a oportunidade de também editarem lei ordinária a fim de melhor posicionar em nosso ordenamento jurídico, em especial no Codex Civil material, a separação e o divórcio, evitando-se a insegurança jurídica própria da hermenêutica subjetiva.

*... quando o direito ignora a realidade, ela se vingará, ignorando o Direito". (Farias, 2010, p. 322)*