

1. BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIVÓRCIO NO BRASIL

1.1. Da Inexistência do Divórcio

É imprescindível para o presente trabalho fazer uma breve abordagem histórica acerca da temática do divórcio no Brasil, haja vista todas as etapas que foram perpassadas ao longo dos anos, até o nosso país consolidar o instituto jurídico do divórcio. Quando se fala de tal instituto, o contexto histórico deve ser analisado desde a proclamação da independência do Brasil, em 1822, até os dias atuais, onde foi promulgada a Emenda Constitucional nº 66/2010, denominada por doutrinadores de “revolução silenciosa” (2010).

O divórcio faz parte da história do Brasil, da evolução dos tempos, da modernização da sociedade, como por exemplo, o novo modelo de família que passa a existir, esta que era patriarcal, instituída na figura do patriarca, até a atualidade, na qual o conceito de família se modifica, passando a existir a família plural, baseada no amor e no afeto.

Esta nova família veio a modificar a nomenclatura do Direito de Família, vindo a ser denominado por alguns autores, tais como Maria Berenice Dias, Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho, de Direito das Famílias, caracterizada por ser ramo do direito civil cuja natureza é classificada como ramo do direito privado, contextualizando acerca do Direito das Famílias, nos ensina Maria Berenice Dias (2010):

[...] Dos ramos do Direito, o mais sensível é o Direito das Famílias que diz com a vida de cada um enquanto partícipe do mais significativo grupamento social. Por isso cabe perquirir quais foram as mais importantes conquistas no âmbito do, que, afinal, é o mais humano dos direitos.

Ainda lecionando sobre o mesmo assunto, enfatiza a doutrinadora:

Como o Direito de Família – ou melhor, Direito das Famílias, expressão que se consolidou neste ano –, diz com a vida das pessoas, é o ramo do direito mais sensível às mudanças sociais. Por isso as alterações legais são mais frequentes e tem sempre uma repercussão maior.

Portanto, é mister a contextualização da evolução do divórcio a começar pelos períodos colonial e imperial. Durante estes períodos o Brasil vivenciou forte influência da Igreja Católica Apostólica Romana no que

concerne a matéria do casamento, vejamos o que preleciona BRANDÃO *apud* Orlando Gomes (2002) no primeiro capítulo da obra Direito de Família:

(...) não se pode omitir a influência da Igreja, por sua doutrina e ação, na elaboração do estatuto da família. (...) A Religião e a Moral influem na formação dos costumes familiares e, portanto, na legislação que o Estado dita para regular a constituição da família e as relações provenientes.

O período imperial teve como marco a proclamação da Independência do Brasil, onde houve a instauração da monarquia, durante o período compreendido entre 1822 a 1889. No ano de 1827, foi aprovado o Decreto de 03.11.1827 que dispõe sobre a obrigatoriedade das disposições contidas no Concílio de Trento.

O Concílio de Trento foi uma reunião entre os membros da Igreja Católica, convocada pelo Papa III, na cidade de Trento, na Itália, em 1546, para discutir acerca das modificações que atingiram a igreja, em decorrência do protestantismo¹, onde os teólogos mais famosos da época elaboraram os decretos, perdurando por dezoito anos, sendo interrompido por diversas vezes.

No Concílio de Trento foram mantidos os sacramentos, entre eles a indissolubilidade do matrimônio, a respeito do tema preleciona a mestra Débora Vanessa Caús Brandão (2002), vejamos, senão *in litteris*:

O Concílio resultou na afirmação do casamento como um contrato indissolúvel e no reconhecimento do princípio monogâmico na determinação do livre consentimento dos nubentes para contrair o matrimônio na obrigatória presença do ministro eclesiástico e testemunhas, com a benção.

Somente no ano de 1861, foi diminuída a rigidez da Igreja Católica, por meio do Decreto nº 1.144 de 11.09.1861, tendo como autor do projeto Diogo de Vasconcelos, que ocupava o cargo de Ministro da Justiça. O decreto ora em questão veio a regulamentar o casamento entre pessoas de religiões

¹A Reforma Protestante consistiu num movimento religioso de renovação da Igreja, iniciado no séc. XVI por Martinho Lutero, monge alemão pertencente à Ordem dos Frades Agostinhos e que conduziu à cisão da Igreja Cristã ocidental que passou a estar dividida em Igreja Católica Romana, por um lado, e em várias igrejas reformadas ou protestantes (Igreja Luterana, Igreja Calvinista e Igreja Anglicana), por outro. Disponível em <http://www.notapositiva.com/dicionario_historia/reformaprotestante.htm>. Acesso em: 26 nov. 12.

distintas, ou seja, de pessoas não católicas, devendo ser celebrado conforme o entendimento da respectiva crença, observemos a transcrição da Ementa do supramencionado decreto:

EMENTA: Faz extensivo os efeitos civis dos casamentos, celebrados na forma das leis do império, aos das pessoas que professarem religião diferente da do estado, e determina que sejam(*sic*) regulados o registro e provas destes casamentos e dos nascimentos e óbitos(*sic*) das ditas pessoas bem como as condições necessárias para que os pastores de religiões toleradas possam(*sic*) praticar atos que produzam(*sic*) efeitos civis.

Interessante observar no texto desta Ementa a relação que ainda existia entre a Igreja e o Estado, este permanecendo sob forte influência daquela, bem como da sua intolerância e rigidez, podendo ser percebido notoriamente quando afirma “professarem religião diferente da do Estado”, tendo em vista que a religião oficial do Brasil era a Católica, e ainda quando cita “religiões toleradas”.

No ano de 1889 houve a proclamação da República, em 15 de novembro, havendo a ruptura entre a Igreja e o Estado, tornando-se o Brasil um país laico, surgindo, portanto, uma necessidade de regulamentar o matrimônio, a doutoranda Débora Vanessa Caús Brandão (2002), descreve de forma precisa este momento:

Esta separação entre Estado e Igreja ficava bem clara, se observado o consagrado na Carta Magna de 1891, que inaugurou a era republicana, art. 72, nos seguintes parágrafos: § 4º *"A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita"*; § 7º *"Nenhum culto ou igreja gozará de subvenção oficial, nem terá relações de dependência ou aliança com o Governo da União ou dos Estados"*.

Dispondo ainda sobre o mesmo tema preleciona BRANDÃO *apud* Orlando Gomes (2002):

Esse artigo ficou inserido nesta Constituição em razão da separação Igreja/Estado. A partir do regime republicano, o catolicismo deixou de ser a religião oficial e com isto tornou-se necessário mencionar o casamento civil como o vínculo constituinte da família brasileira. Até então era dispensável, pois as famílias constituíram-se pelo vínculo do casamento religioso, que tinha automaticamente efeitos civis, já que não havia a separação dos poderes Igreja/Estado.

O casamento então passou a ser regulamentado pelo Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, decretado pelo Marechal Manoel Deodoro da Fonseca, de autoria do Ruy Barbosa, no qual disciplinou sobre o casamento civil, e no seu capítulo IX, abordou especificamente sobre o divórcio, singularizando em seu art. 82, os motivos admitidos para requerer tal direito, quais sejam, adultério; sevícia ou injúria grave; abandono voluntário do domicílio conjugal por dois anos contínuos; e mútuo consentimento dos cônjuges, se fossem casados há mais de dois anos, vejamos, senão *in verbis*:

Art. 82. O pedido de divorcio só póde(sic) fundar-se em algum dos seguintes motivos:

§ 1º Adulterio.

§ 2º Sevicia, ou injuria grave.

§ 3º Abandono voluntario do domicilio conjugal e prolongado por dousannoscontínuos(sic).

§ 4º Mutuo consentimento dos conjuges, si forem casados ha mais de dousannos(sic).

Com esse Decreto o divórcio passou a ser regulamentado, porém as restrições e as limitações para pleitear essa ação permaneceram, conforme visto acima, e é importante ressaltar que essa ação de divórcio não dissolve o vínculo conjugal, apenas autoriza a separação indefinida dos corpos e faz cessar o regime dos bens, como se o casamento fosse dissolvido, conforme disciplina o artigo 88, do decreto mencionado.

A primeira proposta divorcista foi apresentada em 1893, no Parlamento, pelo Deputado Érico Marinho, e posteriormente, nos anos de 1896 e 1899, na Câmara e no Senado.

Em 1901, surge um anteprojeto, do jurista Clóvis Beviláqua², escrito pelo próprio punho durante seis meses, no qual sofreu críticas de vários juristas, sendo modificado por diversas vezes até finalmente conseguir ser aprovado o Código Civil, no ano de 1916. Acerca do tema prelecionam os doutrinadores Carlos Roberto Gonçalves (2002. p. 3.) e Miguel Reale (2004, p.1), respectivamente:

²Clóvis Beviláqua (1859-1944) foi jurista, legislador, professor e historiador brasileiro. Foi autor do projeto do Código Civil brasileiro, de 1900. Foi consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores, durante vinte e oito anos. Foi um dos fundadores da Academia Brasileira de Letras, ocupou a cadeira nº 14. Era membro do Instituto Histórico e Geográfico. Disponível em: <http://www.e-biografias.net/clovis_bevilaqua/>. Acesso em: 26 nov. 12.

Elogiado pela clareza e precisão dos conceitos, bem como por sua brevidade e técnica jurídica, o referido código refletia as concepções predominantes em fins do século XIX e no início do século XX, hoje em grande parte ultrapassadas, baseadas que estavam no individualismo então reinante, especialmente ao tratar do direito de propriedade e da liberdade de contratar.

[...] é inegável que o código atual obedeceu, repito, como era natural, ao espírito de sua época, quando o individual prevalecia sobre o social. É, por isso, próprio de uma cultura fundamentalmente agrária, onde predominava a população rural e não a urbana.

Em matéria de divórcio o novo diploma infraconstitucional manteve os mesmos requisitos para pleitear a ação do divórcio que continha no decreto supramencionado, qual seja, o decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, bem como a possibilidade de dissolução da sociedade conjugal, permanecendo, portanto, o vínculo conjugal, incluindo em seu texto a palavra desquite para se referir a separação de corpos, não trazendo mais nenhuma novidade ou alteração acerca do tema, corroborando da mesma diretriz afirma Cahali³ que “acabou prevalecendo a orientação ditada pela nossa tradição cristã”, ou seja, a predileção do desquite como fim da sociedade conjugal.

No ano de 1934 surge uma nova Constituição, advinda da Revolução Constitucionalista de 1932, no qual o governo provisório de Getúlio Vargas tomou algumas medidas para que pudesse ser dada continuidade ao regime republicano, sendo promulgada em 16 de julho de 1934, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Esta Carta Magna traz como teor do seu texto constitucional a indissolubilidade do matrimônio, em seu Título V, capítulo I, que trata da família, especificamente no art. 144, vejamos, senão in litteris:

Art 144 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado.

Parágrafo único - A lei civil determinará os casos de desquite e de anulação de casamento, havendo sempre recurso *ex officio*, com efeito suspensivo.

³.A Dissolução da Sociedade e do Vínculo Conjugal sem prévia separação fática no direito brasileiro, Rafael Piva Neves, 2007. Disponível: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Rafael%20Piva%20Neves.pdf>> Acesso em 05 dez. 2012.

A Constituição de 1934 só vigorou por três anos, após este período deu início ao Estado Novo⁴, passando a vigorar a Constituição de 1937, conhecida como Constituição Polaca, com determinações de natureza fascista, sob o regime ditatorial de Getúlio Vargas, que manteve a indissolubilidade do casamento.

A denominação Constituição Polaca é caracterizada por se basear na Constituição dominadora da Polônia, tendo como característica principal a centralização de grande parte dos poderes nas mãos do poder executivo, vejamos o que leciona o historiador Rainer Sousa⁵ acerca dessa Constituição:

Conhecida como Constituição Polaca, a nova constituição ampliou os poderes presidenciais, dando a Getúlio Vargas o direito de intervir nos poderes Legislativo e Judiciário. Além disso, os governadores estaduais passaram a ser indicados pelo presidente. Mesmo tendo algumas diretrizes políticas semelhantes aos governos fascista e nazista, não é possível entender o Estado Novo como uma mera imitação dos mesmos.

Após a queda do regime ditatorial de Vargas, em 1945, foi necessária uma nova Constituição, passando a vigorar a Constituição de 1946, sendo presidente do Brasil o general Eurico Gaspar Dutra. Durante o período dessa Carta Magna houveram inúmeras tentativas para o instituto do divórcio fazer parte do ordenamento jurídico, bem como de se retirar do texto constitucional por meio de emendas o vocábulo “vínculo indissolúvel” do casamento.

Na Constituição que se seguiu, como a de 1969, foi outorgada a Emenda Constitucional nº 1/1969, na qual qualquer proposta sobre divórcio somente poderia ser possível mediante aprovação de EC por dois terços dos senadores e deputados. No ano de 1975, foi apresentada EC a Constituição de 1969, (nº 5, de 12.03.1975), na qual autorizava a dissolução do vínculo matrimonial depois de cinco anos de desquite ou sete de separação de fato. Apesar da Emenda ter maioria dos votos, não obteve a maioria necessária para entrar em vigor, qual seja, o *quorum* de dois terços.

⁴O período da História do Brasil, a que se dá o nome de Estado Novo decorreu entre 1937 e 1945, durante o qual Getúlio Vargas governou o país. Estado Novo foi uma denominação tirada da ditadura do mesmo nome, que teve lugar em Portugal de 1933 a 1974. Disponível em: <[http://www.infopedia.pt/\\$estado-novo-no-brasil](http://www.infopedia.pt/$estado-novo-no-brasil)>. Acesso em: 02 dez. 12.

⁵Disponível em: <<http://www.brasilecola.com/historiab/vargas.htm>>. Acesso em: 02 dez. 12

O divórcio só seria instituído dois anos após, no ano de 1977, com a EC nº 09, de 28 de junho de 1977.

Verifica-se que longo e árduo foram os caminhos percorridos para que o divórcio fizesse parte do ordenamento jurídico brasileiro, onde várias barreiras existiram, como por exemplo, o poder que a Igreja Católica exerceu no Brasil, o preconceito que existia para com os cônjuges separados ou como se dizia na época, os desquitados, pondo fim apenas a sociedade conjugal, mantendo os laços e o vínculo matrimonial.

Portanto, passando por um período histórico duradouro, no qual fez parte da história do Brasil, dos seus movimentos, e dos costumes de cada época, de tamanhas dificuldades, de todas as prerrogativas que foram impostas, de inúmeras tentativas fracassadas e necessárias para a sua vigência, o divórcio fora finalmente instituído no ordenamento jurídico pátrio.

A partir de então, daremos início ao estudo dessa nova fase do divórcio, mas não definitiva, na qual passou a vigorar no nosso país, possuindo como marco a EC nº 09, de 28 de junho de 1977.

1.2. Da Instituição do Divórcio no Ordenamento Jurídico Pátrio

Conforme visto anteriormente, o divórcio passou por um extenso período até ser implementado no Brasil, e isso só ocorreu no ano de 1977, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 09, de 28 de junho de 1977, regulamentada pela Lei 6.515, de 26 de dezembro do mesmo ano, como bem salienta o jurista Arnaldo Rizzardo (2008, p. 365), ao dispor que:

A introdução do Divórcio no Brasil foi resultado de longos decênios de lutas entre correntes de pensamento, defrontando-se as concepções mais liberais e as ligadas à Igreja Católica, até ser aprovada a Emenda Constitucional nº 9, de 28.06.1977, a qual, em seguida, ensejou a Lei nº 6.515, de 26.12.1977, que implantou o divórcio no Brasil.

A introdução do divórcio no ordenamento jurídico pátrio foi considerado um grande avanço, tendo em vista as várias uniões livres e de

concubinatos⁶que só faziam aumentar no país, ignorando o pensamento da maioria das instituições religiosas, nas quais eram adeptas da indissolubilidade do casamento.

A EC ora analisada modificou o § 1º do art. 175 da Constituição Federal, na época a de 1969, permitindo a dissolução do vínculo conjugal, desde que houvesse a separação judicial por mais de três anos, vejamos na íntegra o texto dos artigos dessa Emenda:

Art. 1º O § 1º do artigo 175 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 175 -

.....

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

Art. 2º A separação, de que trata o § 1º do artigo 175 da Constituição, poderá ser de fato, devidamente comprovada em Juízo, e pelo prazo de cinco anos, se for anterior à data desta emenda.

Observam-se as barreiras existentes, mesmo com a nova redação dada a Carta Magna, para almejar o tão sonhado divórcio, no qual põe fim a um enlace matrimonial fracassado, tendo como requisitos o lapso temporal de três anos de separação, e se for anterior a EC deverá ter um prazo de cinco anos, comprovados judicialmente, conforme demonstra o art. 2º, supracitado. Sobre o lapso temporal prelecionam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2010, p. 41):

A ideia de exigência do decurso de um lapso temporal entre a separação judicial – extinguindo o consórcio entre os cônjuges – e o efetivo divórcio – extinguindo, definitivamente, o casamento – tinha a suposta finalidade de permitir e instar os separados a uma reconciliação antes que dessem o passo definitivo para o fim do vínculo matrimonial.

⁶Concubinato– união não legalizada de caráter contínuo, duradouro; *concubinagem* – ligações livres de cunho eventual e transitório; *união estável* – a CF/88 adotou essa expressão; Hoje, o termo concubinato refere-se a uniões não estáveis, livres, furtivas (mancebia), tais como o concubinato **adulterino** ou impuro (casamento concomitante ao concubinato), o concubinato **múltiplo** e a **união estável putativa**, que só geram a proteção legal para o (a) concubino(a) de boa fé. FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. Concubinato e união estável. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 45, 1 set. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/545>>. Acesso em: 2 dez. 2012.

A Lei nº 6.515/1977, conhecida como Lei do Divórcio, foi sancionada pelo Presidente da República Ernesto Geisel, de autoria do então senador Nelson Carneiro (MDB-RJ), vindo a regular os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, acrescentando em seu art. 2º, o inc. IV, no qual a sociedade conjugal termina pelo Divórcio, vejamos a disposição, *in litteris*:

Art. 2º - A Sociedade Conjugal termina:

I - pela morte de um dos cônjuges;

II - pela nulidade ou anulação do casamento;

III - pela separação judicial;

IV - pelo divórcio. (grifos nossos)

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

A Lei do Divórcio não veio a disciplinar somente a dissolução do vínculo matrimonial, porém também questões referentes a assuntos diversificados do Direito de Família, como exemplos “a separação judicial, a guarda dos filhos, a isonomia na filiação e o uso do nome”, conforme GAGLIANO; FILHO (2010). A importância desse texto normativo foi tão expressiva que o Código Civil, na época o de 1916, era utilizado de forma secundária com relação aos temas dispostos na lei.

Para a aprovação desta lei foram necessárias as implantações de algumas concessões, tal como a mudança da denominação “desquite” para “separação judicial”, vejamos, senão, o que nos ensina Maria Berenice Dias⁷

Para viabilizar a aprovação da lei regulamentadora do divórcio (Lei n. 6.515, de 26.12.1977), algumas concessões se fizeram necessárias, abrandamentos e restrições acabaram sendo impostas. Assim, o que o Código Civil denominava de “desquite” (ou seja, não quite, alguém em débito para com a sociedade) passou a se chamar, na Lei do Divórcio, de “separação judicial”. Foi a forma encontrada para dispensar os cônjuges dos deveres do casamento sem romper nem dissolver os sagrados laços do matrimônio.

Versando ainda sobre a questão do desquite lecionam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2010, p. 40):

⁷Disponível em:

<http://www.mariaberenice.com.br/uploads/10_da_separa%E7%E3o_e_do_div%F3rcio.pdf>

Acesso em 01 dez. 2012.

Além disso, tal diploma determinou expressamente que, no Código Civil, todas as disposições relativas ao antigo “desquite” fossem substituídas pelo regramento da “separação judicial”. Por isso, no sistema anterior, onde se lia “desquite por mútuo consentimento” e “desquite”, passou-se a ler “separação consensual”, e onde se lia “desquite litigioso”, passou-se a ler “separação judicial”.

Por fim, vale destacar o art. 38, da respectiva lei, ao dispor que o divórcio só poderá ser pleiteado uma única vez, em qualquer dos casos elencados no art. 2º, supracitado. O texto desse artigo gerou polêmicas, onde o então presidente do Brasil pensou em vetá-lo, decidindo que o seu veto “alargaria demasiadamente o projeto, contrariando o que os legisladores decidiram”⁸Ainda versando sobre o mesmo tema, preleciona Alice Melo⁹:

O Artigo 38 incluído pelos deputados e senadores antidivorcistas colidia com a Emenda Constitucional de número 9, que institui a lei. Os juristas alertavam que o dispositivo impedia o acesso ao direito constitucional do divórcio à pessoa que, sendo solteira, tivesse casado com uma pessoa divorciada. Se esta pretendesse o divórcio, não poderia obtê-lo, por que o seu cônjuge já havia se separado uma vez. Assim, o segundo casamento torna-se-ia indissolúvel.

O artigo 40 da lei em análise e o art. 2º da EC, fazem referência ao prazo de cinco anos para aqueles que se separavam de fato antes da EC, vejamos:

Art. 40 - No caso de separação de fato, com início anterior a 28 de junho de 1977, e desde que completados 5 (cinco) anos, poderá ser promovida ação de divórcio, na qual se deverão provar o decurso do tempo da separação e a sua causa.

Os tribunais na época também se posicionaram acerca desse artigo, fazendo uma interpretação mais abrangente, conforme preleciona a doutrinadora Maria Berenice Dias¹⁰:

A jurisprudência emprestou interpretação mais extensiva ao indigitado dispositivo legal. Passou a reconhecer como possível a decretação do divórcio quando a separação de fato houvesse ocorrido antes de 28.06.1977, mesmo que o prazo quinquenal se implementasse posteriormente. Bastava que o par tivesse se separado antes da data de vigência da Emenda Constitucional, para ser autorizado o divórcio, tão-logo transcorrido o prazo de cinco anos. Não é preciso grande

⁸Disponível em: <<http://www.jblog.com.br/hojenahistoria.php?itemid=10938>>. Acesso em: 02 dez. 12

⁹ Disponível em: <<http://www.jblog.com.br/hojenahistoria.php?itemid=25142>>Acesso em: 01 dez. 12

¹⁰<http://www.mariaberenice.com.br/uploads/10_da_separa%E7%E3o_e_do_div%F3rcio.pdf> Acesso em 01 dez. 2012.

esforço para se imaginar a elasticidade que se emprestou à prova tanto do termo inicial da separação, quanto do prazo de sua duração. Para a concessão do divórcio consensual passou a ser suficiente a juntada da declaração de duas pessoas para se ter por adimplido o requisito temporal.

É válido ressaltar que o artigo 38, que faz menção ao pedido de divórcio ser feito uma única vez, só fora revogado no ano de 1988, com o advento da nova Constituição brasileira, em 05 de outubro do mesmo ano. Esta fase é um marco para a evolução do divórcio, trazendo mudanças no sistema e um novo dispositivo, qual seja, o artigo 226, e em especial o § 6º, que instituiu o divórcio direto, podendo ser pleiteado pelos cônjuges divorciando no prazo de dois anos, vejamos, sua redação original:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

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

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 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. (grifos nossos)

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

A partir de então, alguns conceitos precisam ser esclarecidos para o entendimento da dinâmica do divórcio, tais como o de separação judicial e o próprio conceito do divórcio, que será visto adiante em tópico específico.

1.2.1. Das modalidades do divórcio com o advento da CF/88.

Os institutos da separação judicial e do divórcio possuem como objetivo o fim do casamento, estão dispostos no mesmo capítulo do diploma

infraconstitucional do Código Civil, intitulado da Dissolução da Sociedade e do Vínculo Conjugal, elencados no mesmo artigo, qual seja, o art. 1.571, incs. III e IV, porém, são institutos diferentes, como será demonstrado adiante.

A separação judicial tem como objetivo dissolver a sociedade conjugal, pondo fim aos deveres de coabitação, fidelidade recíproca e regime de bens, conforme dispõe o art. 1576, do Código Civil:

Art. 1.576. A separação judicial põe termo aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca e ao regime de bens.

Parágrafo único. O procedimento judicial da separação caberá somente aos cônjuges, e, no caso de incapacidade, serão representados pelo curador, pelo ascendente ou pelo irmão.

A doutrinadora Maria Berenice Dias¹¹ já criticava o aludido instituto, pois este era um obstáculo a celebração de outro casamento, do início de um novo enlace amoroso, conforme preleciona, vejamos, senão *in verbis*:

Como a separação põe termo aos deveres de coabitação, de fidelidade recíproca e ao regime matrimonial dos bens (art. 1.576 do CC), a condição de separado só dispõe de um efeito: impede um novo casamento. Nada obsta, no entanto, a constituição de uma união estável, pois o impedimento para casar não veda o seu reconhecimento, se atendidos os requisitos do art. 1723 do Código Civil: convivência pública, contínua, duradoura e com o intuito de constituição de família.

Ainda lecionando acerca da separação judicial aduz a doutrinadora:

A única “vantagem” que se visualiza é, a possibilidade de se reverter a separação. No caso de os separados se reconciliarem podem, a todo tempo, restabelecer a sociedade conjugal “por ato regular do juiz” (art. 1.577 do CC). Já os divorciados que se arrependem precisam casar novamente. Ou seja, a separação, ao contrário do divórcio, dispõe do que se poderia chamar de “cláusula de arrependimento”.

Após breve abordagem acerca da separação judicial, será feita uma análise do tema objeto do nosso estudo, qual seja, o divórcio. Este se caracteriza por ser a extinção do vínculo matrimonial, por vontade de uma ou ambas as partes, pondo fim aos deveres conjugais, nos quais consistem em

¹¹Disponível em:

<http://www.mariaberenice.com.br/uploads/10_da_separa%E7%E3o_e_do_div%F3rcio.pdf>.

Acesso em: 01 dez. 2012.

fidelidade recíproca, vida em comum, no domicílio conjugal, mútua assistência, sustento, guarda e educação dos filhos, respeito e consideração mútuos, conforme preceitua o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.566, incisos I a V. Na mesma senda nos ensina Maria Berenice Dias¹²:

Limita-se o capítulo que trata “da dissolução da sociedade e do vínculo conjugal” a afirmar que o divórcio é uma das causas que ensejam o término da sociedade conjugal (inc. IV do art. 1.571 do CC), além de ter o condão de dissolver o casamento (§ 1.º do mesmo artigo), previsões essas que não se distanciam do que dizia a *lex specialis* (inc. V do art. 2º e seu parágrafo único da Lei 6515/77).

Para o doutrinador Orlando Gomes *apud* Rafael Piva Neves¹³ “Divórcio é a dissolução de um casamento válido, pronunciada em vida dos cônjuges mediante decisão judicial, em virtude de um acordo de vontades, conversão de separação judicial, ou causa taxativamente enunciada na lei.”

Durante este período até a promulgação da EC nº 66/2010, existiam três modalidades de divórcio, quais sejam, o divórcio extrajudicial, o indireto e o direto. Na primeira modalidade, pode ser feito mediante escritura pública, exceto para os pais que possuam filhos menores ou incapazes, devendo ser observado o prazo legal de um ano de separação judicial, ou mais de dois anos da separação de fato, ou ainda da separação de corpos por mais de dois anos, conforme dispõe o art. 1.580, caput., e § 2º., do CC, que será analisado de forma mais minuciosa em tópico próprio.

O divórcio indireto subdividia-se em duas classificações, quais sejam: consensual indireto e o litigioso indireto. Em ambas as divisões o período para requerê-lo é o mesmo, correspondente há mais de 01(um) ano da separação judicial, a diferença se encontra que no primeiro há um acordo entre os consortes, e no segundo há controvérsias entre os divorciandos. Vejamos as lições de Maria Helena Diniz (2008, p. 361), sobre o divórcio consensual indireto:

¹² Disponível em:

<http://www.mariaberenice.com.br/uploads/10_da_separa%E7%E3o_e_do_div%F3rcio.pdf>.

Acesso em: 01 dez. 2012.

¹³ A Dissolução da Sociedade e do Vínculo Conjugal sem prévia separação fática no direito brasileiro, Rafael Piva Neves, 2007. Disponível em: <<http://siaib01.univali.br/pdf/Rafael%20Piva%20Neves.pdf>> Acesso em 05 dez. 2012.

[...] Ocorre quando um dos cônjuges com o consenso do outro pede a conversão da prévia separação judicial (consensual ou litigiosa) em divórcio (Lei n. 6.515, art. 35), desde que tal separação tenha mais de 1 ano (CF, art. 226, § 6º, e CC, art. 1.580 e § 1º).

Ainda, preleciona a doutrinadora acerca da modalidade do divórcio litigioso indireto (2008, p. 361):

[...] Obtido mediante sentença judicial proferida em processo de jurisdição contenciosa, em que um dos consortes, judicialmente separado há mais de 1 ano, havendo recusa do outro, pede ao juiz que converta a separação judicial (consensual ou litigiosa) em divórcio.

Por fim, a última classificação, correspondente ao direto, possuindo também duas subdivisões, o consensual direto e o litigioso direto. No divórcio direto, ocorre a conversão direta da separação de fato, por mais de dois anos, “desde que comprovada, em divórcio, sem que haja partilha de bens (CC, art. 1581) e prévia separação judicial, em virtude de norma constitucional [...]”, conforme leciona Maria Berenice Dias (2008, p. 338).

Conforme visto anteriormente esse tipo de divórcio já existia na Lei nº 6.515/1977, em seu art. 40, supramencionado, quando os cônjuges que se separavam de fato, antes da promulgação da EC que deu origem a respectiva lei, possuíam o prazo de cinco anos para pleitear o divórcio direto.

Vista as modalidades, é essencial citar alguns dos efeitos da sua sentença, em breve síntese. A sentença de tal instituto jurídico, depois de registrada no registro Público competente, produz os seguintes efeitos: Dissolve o vínculo matrimonial civil e faz cessar os efeitos civis do casamento religioso que estiver transcrito no registro Público; coloca fim aos deveres recíprocos dos cônjuges; extingue o registro matrimonial de bens, procedendo à partilha conforme o registro; faz cessar o direito sucessório dos cônjuges; possibilita novo casamento aos que se divorciam; não admite reconciliação entre os cônjuges divorciados, no caso de quererem restabelecer a união conjugal, terão que contrair novas núpcias; possibilita pedido de divórcio ilimitado; mantém o dever de assistência por parte do cônjuge que requereu o divórcio por dissolver a vida em comum por mais de um ano e por grave doença mental; subsiste a obrigação alimentícia ao ex-cônjuge que não possui

condições de subsistência; não faz perder o direito ao uso do nome do ex-consorte; conforme nos ensina Maria Helena Diniz (2011, p. 346-351).

Feita essa breve noção acerca da separação judicial e do divórcio, lecionando ainda sobre o tema nos ensina Yussef (2005, p;48-49), vejamos *in verbis*:

A distinção entre os dois institutos, contudo, é elementar: o divórcio, como ruptura de um matrimônio válido em vida dos cônjuges, “põe termo ao casamento e aos efeitos civis do matrimônio religioso” (Planiol-Ripert, *Traité pratique* cit., II, n. 486, p. 359.) [...], ensejando aqueles a convolação de novas núpcias. Enquanto isso, a separação judicial é apenas o estado de dois cônjuges que são dispensados pela justiça dos deveres de coabitação e fidelidade recíproca (art. 1.576 do CC). Difere assim do Divórcio, pois apenas relaxa os liames do matrimônio, mas, sem provocar o rompimento do vínculo conjugal.

Diante dos fatos expostos, conclui-se que o divórcio só fora instituído no Brasil em 1977, através da Emenda Constitucional nº 09/1977, regulamentada pela Lei 6.515 do mesmo ano, posteriormente sendo publicada a CF de 1988, o Código Civil de 1916 e o atual código, o de 2002.

Ainda, no ano de 2007, com a promulgação da Lei nº 11.441, de 04 de janeiro de 2007, os institutos da separação judicial e do divórcio passaram a ser pleiteados por via extrajudicial, não havendo necessidade do processo judicial quando preenchidos os seus requisitos.

O último marco na história do divórcio, no qual houve uma verdadeira revolução, fora finalmente alcançado no ano de 2010, com a EC nº 66/2010, tema objeto do presente estudo, que será analisado com maiores detalhes no tópico adiante, como se verá.

1.3. Panorama Atual do Divórcio no Brasil: A Promulgação da Emenda Constitucional nº 66/2010

Conforme foi visto em tópicos anteriores, o divórcio passou por um longo período até ser finalmente instituído no ordenamento jurídico pátrio, e após sua inserção, muitas prerrogativas existiram até ser promulgada a Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010, vejamos, senão *in litteris*,

o que leciona a doutrinadora Sylvania Maria Mendonça do Amaral (2007), acerca dessa evolução:

A separação judicial foi mantida, após o Brasil ter se tornado um país divorcista, por uma questão meramente psicológica. Por ser um país basicamente católico houve, à época dos estudos a respeito da aprovação do divórcio, uma intensa pressão de representantes da Igreja e seus fiéis que se mostravam radicalmente contrários a uma figura jurídica que pudesse dissolver o matrimônio. Assim, sob tais pressões, foi mantida a figura da separação como um degrau se chegasse ao divórcio. Seria como se o divórcio estivesse longe dos casais separados. Mas nossa sociedade evoluiu, os costumes são outros e o divórcio é quase sempre buscado, seja para que se estabeleça um novo casamento, seja para colocar um "ponto final" no matrimônio por questões emocionais e psicológicas daqueles que um dia já formaram um casal. (...)

A EC ora em exame e sua nova redação dada ao dispositivo constitucional, veio assegurar que o fim do casamento deve ocorrer, unicamente, com o desamor, não havendo mais necessidade prévia de um longo processo de separação que ia de encontro à liberdade e individualidade do casal.

O contemporâneo Direito de Família vivenciou um importante marco, desvinculando-se ao máximo do Estado Democrático de Direito, concretizando com maestria o Princípio da Intervenção Mínima do Estado¹⁴, advindo a facilitar a dissolução do vínculo matrimonial.

Com a promulgação desta Emenda houve uma revolução histórica, em todos os seus campos: social, político e religioso, neste último havendo o rompimento de todos os laços com a Igreja, em especial a Igreja Católica Apostólica Romana, na qual, conforme visto, acredita que o casamento é indissolúvel. No campo jurídico, veio a materializar um dos princípios do atual e moderno Direito de Família, qual seja, o Princípio da intervenção mínima do Estado, como bem salienta o jurista Paulo Lôbo (2010, p. 13), ao dispor que:

¹⁴Daí Rodrigo da Cunha Pereira (citado por Pablo Stolze) afirmar que é possível falar-se em **princípio da intervenção mínima do direito de família**, pois a Lei Maior teria consagrado uma cláusula inclusiva de todo e qualquer arranjo familiar e não apenas as formas no seu texto consagradas. Sendo assim, a doutrina moderna, reconhecendo não caber ao Estado estabelecer paradigmas e conceitos fechados de família, entende pela adoção do mencionado princípio, de acordo com o qual, não cabe ao Estado invadir e sufocar a seara familiar, como é possível se observar na facultatividade do planejamento familiar (art. 1565, §2º, CC). Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100223165041506>. Acesso em 03 dez. 2012

A nova redação do §6º do art. 226 da Constituição Federal é o epílogo do que os autores denominam “revolução silenciosa”, no rumo da emancipação das autonomias dos cônjuges, da afirmação de suas liberdades para constituir, desconstituir e reconstituir seus projetos de vida familiar. Ao mesmo tempo, concretiza um dos princípios caros do Direito de Família contemporâneo, que é o da intervenção mínima do Estado na vida privada, que dá lugar ao princípio estruturante da ordem jurídica brasileira, a dignidade da pessoa humana, adequadamente salientados nesta obra.

Verifica-se que a revolução advinda da EC ocorreu diante de toda a sociedade brasileira, de juristas, dos estudiosos, e em especial para os cônjuges divorciandos, inovando com uma forma mais singela e menos dolorosa para os que desejam romper os laços matrimoniais, visto que uma decisão dessa magnitude gera transtornos e/ou desgastes de natureza psicológica e financeira, além dos gerados pelos trâmites judiciais, em decorrência de um processo moroso e burocrático, causando mais sofrimentos não só para aqueles como também para todo o seio familiar.

É válido ressaltar o entendimento do doutor Paulo Lôbo (2010, p. 13), que resume com maestria a importância da Emenda Constitucional nº 66/2010:

A mudança constitucional em relação ao divórcio não é apenas uma simplificação processual ou procedimental. É de magnitude que precisa ser revelada. Interessa não apenas aos aplicadores do Direito, no seu cotidiano profissional, mas sobretudo à sociedade brasileira, em sua lenta e progressiva configuração cultural, e aos estudiosos das relações familiares. (...)

Essa EC tem repercussão de forma direta e concreta na vida dos consortes, surgindo com o objetivo de facilitar a extinção do vínculo conjugal, buscando apaziguar as dores, traumas e rancores advindos do divórcio, no qual se deu início ao novo divórcio, a nova era das relações matrimoniais, extinguindo, de uma vez por todas o lapso temporal para se buscar e construir uma nova família, iniciando uma nova vida, e conseguindo a liberdade tão almejada para os que sofreram as decepções, desilusões e frustrações de um enlace matrimonial fracassado.

A jurista e doutrinadora Maria Berenice Dias (2011, p. 297), brilhantemente, leciona acerca dessa nova ordem constitucional, vejamos, senão *in verbis*:

A nova ordem constitucional veio para atender ao anseio de todos e acabar com uma excrescência que só se manteve durante anos pela histórica resistência à adoção do divórcio. Mas, passados mais de 30 anos, nada, absolutamente nada justifica manter uma dupla via para assegurar o direito à felicidade, que nem sempre está na manutenção coacta de um casamento já roto.

Nesta senda, a EC nº 66/2010, levanta aspectos de natureza teórica e prática, dentre os principais, de caráter prático, haja vista a sua aplicação, há o questionamento acerca da revogação do instituto da separação judicial, no qual ainda é debatido por doutrinadores, juristas e aplicadores do direito, havendo dois posicionamentos antagônicos, o daqueles que acreditam na permanência de sua existência e os que acreditam que foi extinto tacitamente.