



UNISUL

UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA

RICHARD DA SILVEIRA DIAS

**A PERTINÊNCIA DA DISCUSSÃO DA CULPA NA AÇÃO DE DIVÓRCIO APÓS O
ADVENTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010**

Tubarão,
2011

RICHARD DA SILVEIRA DIAS

**A PERTINÊNCIA DA DISCUSSÃO DA CULPA NA AÇÃO DE DIVÓRCIO APÓS O
ADVENTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010**

Trabalho Monográfico apresentado ao Curso de Graduação em Direito da universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Linha de pesquisa: Justiça e Sociedade

Professor da disciplina: Vilson Leonel, Esp.

Orientador: Maurício Daniel Monçons Zanotelli, Msc.

Tubarão,

2011

RICHARD DA SILVEIRA DIAS

**A PERTINÊNCIA DA DISCUSSÃO DA CULPA NA AÇÃO DE DIVÓRCIO APÓS O
ADVENTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010**

Este trabalho monográfico foi julgado adequado à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Graduação em Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Tubarão, 23 de novembro de 2011

Prof. e Orientador Maurício Daniel Monçons Zanotelli, Msc.

Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. Aldo Abraão Massih Junior, Esp.

Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. Paulo da Silva Filho, Msc.

Universidade do Sul de Santa Catarina

Dedico esta monografia aos meus pais Cirineu Tavares Dias e Mariléia da Silveira Dias, pelo apoio por minha formação moral e intelectual, aos meus irmãos Janaína, Carlos e Igor que sempre me apoiaram e à minha namorada Bianca que me deu força e incentivo nesta árdua caminhada.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais Cirineu Tavares Dias e Mariléia da Silveira Dias, à minha família Janaína da Silveira Dias Cardoso, Carlos Eduardo da Silveira Dias e Igor da Silveira Dias, pelo apoio e força que recebi ao longo da confecção desta monografia e de todo curso de direito, bem como de minha namorada Bianca da Rosa Ghisi e ao advogado Silvio José Pereira pela compreensão, força, conselhos e apoio. Aos quais serei eternamente grato.

Ao meu orientador Maurício Daniel Monçons Zanotelli, cuja paciência, dedicação me auxiliaram na confecção deste trabalho monográfico. Também por se fazer prestativo e atencioso a todo instante em que lhe foi requisitado.

A todos os colegas de faculdade, advogados e outros profissionais que passaram pela minha vida nessa caminhada acadêmica, os quais contribuíram de todas as formas na minha formação profissional, e com quem aprendi diferentes ângulos da vida e da profissão.

Ao meu colega Murilo Mazzuco (*in memoriam*), que muita falta faz a todos seus amigos e familiares e que contribuiu com grandes momentos. Aos colegas Rudi Fritz, André Oliveira que muito colaboraram para a vida acadêmica se tornar menos maçante. E ao meu amigo de longa data Deodato Renato Tartari, que vivenciou todos os momentos da minha vida acadêmica e a quem tenho grande apreço.

“Posso não concordar com nenhuma das palavras que você disser, mas defenderei até a morte o direito de você dizê-las”. François Marie Arouet Voltaire

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem por objetivo analisar a Emenda Constitucional 66/2010, seus efeitos sobre a legislação civilista, sobre o instituto da culpa e os efeitos que se verificava no Código Civil de 2002, e os efeitos que tal emenda trouxe ao sistema dissolutivo. O método utilizado é o dedutivo; partindo de premissas maiores a premissas menores, buscando deduções acerca de tais institutos em relação à Emenda Constitucional 66/2010. O procedimento será histórico, buscando situar atualmente os institutos a partir de suas considerações e origens históricas. Tal estudo é de caráter exploratório, com o objetivo de esgotar os institutos. O procedimento será bibliográfico em função da pesquisa se dar a partir de doutrinas, jurisprudências, artigos e legislações. Busca, portanto, analisar os tipos dissolutivos da separação e do divórcio, com o intuito de compreender os motivos e se o instituto da separação foi retirado do ordenamento jurídico. Para a compreensão profunda dos institutos, far-se-á uma análise histórico-social dos institutos da Constituição Federal, Emenda Constitucional, Emenda Constitucional 66/10, Direito de Família, Casamento, Tipos de dissolução, separação, divórcio e culpa. Logo, para compreender tais institutos, far-se-á uma retrospectiva histórica analisando a evolução dos institutos, como eram os institutos civis nos Códigos de 1916 e 2002, para se verificar a evolução da culpa nos institutos da separação e do divórcio, como incidia a culpa nestes institutos. Far-se-á também, uma análise psicológica do instituto da culpa, para compreender-se como se dá tal instituto e comparando o instituto da culpa, com a culpa no ordenamento jurídico pátrio. Por fim, se comparará as correntes doutrinárias advindas com a Emenda Constitucional 66, para se verificar como cada corrente de pensamento aborda a revogação dos institutos da culpa e da separação do ordenamento jurídico, fazendo-se posteriormente uma análise dos posicionamentos jurisprudenciais em casos concretos após a Emenda Constitucional. Observa-se que a jurisprudência vem aplicando a corrente que defende o fim da separação e com ela o fim da culpa; tal posição se justifica em razão da evolução histórica do instituto do direito de família e do instituto da culpa que, nos parâmetros sociais atuais, em detrimento do contexto em que se inseriu na legislação civil, a culpa atualmente se apresenta antiquada, ultrapassada e intervencionista.

Palavras chave: Brasil; Direito de Família; Divórcio.

ABSTRACT

The present monograph work has for objective to analyze the Constitutional Amendment 66/2010, the effects about the civil legislation, on the institute of the fault and the effects that were verified in the Civil Code of 2002, and the effects that such amendment brought to the dissolution system. The used method is the deductive; from larger premises to smaller premises, searching for deductions concerning such institutes in relation to the Constitutional Amendment 66/2010. The procedure is going to be historical, placing the institutes now starting from its considerations and historical origins. Such a study is of an exploratory character, with the objective of draining the institutes. The procedure will be bibliographical due to the research on the doctrines, jurisprudences, clauses and legislations. The objective therefore, is the analysis of the types of dissolution systems of the separation and of the divorce, and the understanding of the reasons and if the institute of the separation was removed from the legal system. For the deep understanding of the institutes, it has been done a historical-social analysis of the institutes of the Federal Constitution, Constitutional Amendment, Constitutional Amendment 66/10, Family justice, Marriage, Dissolution types, separation, divorce and fault. Therefore, to understand such institutes, a retrospective will be done, analyzing the historical evolution of the institutes, as the civil institutes were in the Codes of 1916 and 2002, to verify the evolution of the fault in the institutes of the separation and of the divorce, and about the incidence in the fault in these institutes. It will also be done, a psychological analysis of the institute of the fault, to understand such an institute and comparing the institute of the fault in the native country legal system. Finally, it will be compared the Legal Scholarship from the Constitutional Amendment 66, to verify each thought it approaches the revocation of the institutes of the fault and separation in the legal system, originating a later analysis of the precedents position in concrete cases thereafter the Constitutional Amendment. It is observed that the jurisprudence has been defending the end of the separation and with it the end of the blame; such position is justified due to the historical evolution of the institute of the family justice and of the institute of the fault that, in the current social parameters, in detriment of the context that it was inserted in the civil legislation, the fault nowadays comes antiquated, surpassed and interposing.

Words key: Brazil. Family justice. Divorce.

LISTA DE SIGLAS

CC – Código Civil

CF – Constituição Federal

IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família

EC – Emenda Constitucional

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
1.1 DELIMITAÇÃO DO TEMA E FORMULAÇÃO DO PROBLEMA	12
1.2 FORMULAÇÃO DO PROBLEMA.....	12
1.2 JUSTIFICATIVA	13
1.3 OBJETIVOS.....	14
1.3.1 Geral	14
1.3.2 Específicos	14
1.4 HIPÓTESE	15
1.5 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS	16
1.5.1 Método	16
1.5.1.1 Quanto à abordagem	16
1.5.1.2 Quanto ao procedimento.....	17
1.5.2 Tipo de pesquisa	17
1.5.2.1 Quanto ao nível de profundidade do estudo	18
1.5.2.2 Quanto ao procedimento utilizado na pesquisa	18
1.6 DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO: ESTRUTURA DOS CAPÍTULOS	19
2 DIREITO DE FAMÍLIA	21
2.1 CONCEITO DE DIREITO DE FAMÍLIA.....	21
2.2 ASPECTOS HISTÓRICOS.....	22
2.3 NATUREZA JURÍDICA	25
2.4 PRINCÍPIOS ORIENTADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA	27
2.4.1 Princípios gerais	27
2.4.1.1 Princípio do respeito à dignidade da pessoa humana	27
2.4.1.2 Princípio da tutela especial à família.....	29
2.4.1.3 Princípio do solidarismo.....	29
2.4.1.4 Princípio da liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar;	30
2.4.2 Princípios específicos	31
2.4.2.1 Princípio da igualdade jurídica dos cônjuges	31
2.4.2.2 Princípio da igualdade jurídica de todos os filhos.....	32
2.4.2.3 Princípio da paternidade responsável e planejamento familiar	33
2.4.2.4 Princípio da comunhão plena de vida baseada na afeição.....	34

2.4.2.5 Princípio da dissolução da sociedade conjugal.....	34
2.5 INSTITUTO DO CASAMENTO.....	35
2.5.1 Conceito	35
2.5.2 Aspectos históricos.....	36
2.5.3 Natureza jurídica.....	37
2.6 DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO	38
2.6.1 Conceito	38
2.6.2 Espécies de dissolução do casamento	39
2.6.2.1 Morte de um dos cônjuges.....	39
2.6.2.2 Separação	40
2.6.2.3 Divórcio.....	40
3 DIVÓRCIO	42
3.1 CONCEITO	42
3.2 ASPECTOS HISTÓRICOS	43
3.3 ESPÉCIES DE DIVÓRCIO	44
3.3.1 Divórcio indireto.....	44
3.3.2 Divórcio direto	45
3.3.3 Divórcio extrajudicial	46
3.4 DIVÓRCIO APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010	47
3.5 ASPECTOS PROCESSUAIS	48
3.5.1 Nova ação de divórcio após a Emenda Constitucional 66/2010	48
3.5.1.1 Competência.....	48
3.5.1.2 Legitimidade.....	50
3.5.1.3 Rito processual	50
3.5.1.4 Nome	51
3.5.1.5 Guarda dos filhos menores	52
3.5.1.6 Alimentos	53
3.5.1.7 Partilha de bens.....	55
3.5.2 Aspectos intertemporais.....	55
3.5.2.1 Situação jurídica das pessoas separadas judicialmente	56
3.5.2.2 Situação jurídica dos processos de separação em curso	57
3.6 EFEITOS PROCESSUAIS	58
4 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DA EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010	60
4.1 CONSTITUIÇÃO FEDERAL	60

4.1.1 Conceito	60
4.1.2 Classificação da Constituição Federal de 1988	61
4.1.2.1 Quanto ao conteúdo	61
4.1.2.2 Quanto à forma	62
4.1.2.3 Quanto ao modo de elaboração	63
4.1.2.4 Quanto à origem	64
4.1.2.5 Quanto à estabilidade	65
4.2 ASPECTOS GERAIS DE EMENDA CONSTITUCIONAL	67
4.2.1 Conceito de Emenda Constitucional	67
4.2.2 Processo Legislativo	67
4.3 EFEITOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL	69
4.3.1 Limites da Emenda Constitucional	69
4.3.1.1 Limites formais	69
4.3.1.2 Limites materiais	69
4.3.1.3 Limites circunstanciais	70
4.3.1.4 limites implícitos	71
4.3.2 Eficácia e vigência das Normas Constitucionais	71
4.3.2.1 Normas constitucionais de eficácia plena	72
4.3.2.2 Normas constitucionais de eficácia contida	73
4.3.2.3 Normas constitucionais de eficácia limitada	74
4.3.2.4 Normas constitucionais de eficácia exaurida	74
4.3.2.5 Aplicabilidade da Emenda Constitucional 66/2010	75
4.4 EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010	76
4.4.1 Histórico e tramitação da Emenda Constitucional 66/10 como PEC	76
4.4.2 Correntes doutrinárias advindas com a Emenda Constitucional 66/10	77
4.4.2.1 Do fim do instituto da separação	78
5 A CULPA APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010 NA NOVA AÇÃO DE DIVÓRCIO	79
5.1 CONCEITO DE CULPA	79
5.1.1 Culpa na psicanálise	79
5.1.2 Culpa no direito	80
5.1.3 Culpa no Código Civil de 1916	81
5.1.4 Culpa no Código Civil de 2002	83
5.2. A Culpa após a Emenda Constitucional 66/2010	85

5.2.1 Dos alimentos	86
5.2.2 Do nome	89
5.3 ASPECTOS JURISPRUDENCIAIS DA DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE CONJUGAL SEM DISCUSSÃO DE CULPA	92
6 CONCLUSÃO.....	98
REFERÊNCIAS	100

1 INTRODUÇÃO

1.1 DELIMITAÇÃO DO TEMA E FORMULAÇÃO DO PROBLEMA

Análise da existência da culpa na ação de divórcio após as mudanças provocadas pela Emenda Constitucional 66/2010.

1.2 FORMULAÇÃO DO PROBLEMA

Com a publicação da emenda constitucional e seu ingresso no mundo jurídico, questionamentos surgiram sobre a continuidade do instituto da separação no sistema normativo, todavia com a evolução dos institutos da separação e do divórcio pela história, a promulgação da emenda constitucional acaba se revelando uma consequência lógica da evolução das relações sócio-afetivas da sociedade.

Segundo Silva (2010, p. 10) a respeito da dissolução da sociedade conjugal:

Anteriormente à emenda constitucional 66 de 2010, era previsto na constituição federal de 1988 que o casamento só poderia ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada a separação de fato por mais de dois anos.

Com a entrada em vigor da emenda que modificou a possibilidade do divórcio direto, surgiram os primeiros questionamentos sobre o instituto da separação, sendo que pela redação da emenda constitucional, não restou claro a revogação ou não do instituto, assim, logo surgiram quatro correntes com pensamentos distintos:

1ª corrente: Defendida pelo desembargador Luiz Felipe Brasil Santos do TJ/RS. Defende a criação de uma nova lei para que a EC/66/10 seja efetivamente aplicada.

2ª corrente: Rodrigo da Cunha Pereira, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. Segundo estes doutrinadores todo o sistema de dissolução do casamento não estaria recepcionado pela Constituição Federal. 3ª corrente: Juiz Mário Luiz Delgado, defende na separação contínua a existir a espécie dissolutória culposa. 4ª corrente: Visa à facilitação do divórcio, com a eliminação dos respectivos prazos mantendo as espécies dissolutórias do sistema jurídico. (SILVA, 2010, p. 10)

Com o avanço dos estudos, o entendimento majoritário é pela revogação total do referido instituto, contudo a prática forense revelou dúvidas acerca da discussão da culpa, existindo doutrinas e jurisprudências que afirmam a necessidade da discussão da culpa, contra grande parte da doutrina que entende pela dispensa desta, analisando cada caso.

Portanto, neste trabalho monográfico, iremos explorar o instituto da culpa na ação de divórcio, fazendo um retrospecto histórico para então tentar explicar que culpa é um resquício do Direito Canônico e que sua discussão segue na contramão da emenda constitucional prolongando ainda mais a dissolução do casamento.

Restará, através deste trabalho, justificar o posicionamento a respeito da dispensa da discussão da culpa na ação de divórcio após a emenda constitucional 66/10, e responder: A discussão da culpa foi retirada do ordenamento jurídico com o advento da Emenda Constitucional 66/10?

1.2 JUSTIFICATIVA

Ao chegar à sétima fase do curso de direito, comecei a cursar a cadeira de Direito de família, sendo que, a emenda constitucional 66/2010 havia acabado de ser promulgada e publicada no Congresso Nacional. Uma lei simples, com cerca de quatro linhas, mas que trouxe ao sistema normativo uma grande repercussão.

Logo, a mídia tentava explicar as mudanças; pessoas procuravam escritórios para esclarecimentos de como ficará seus processos em andamento a partir daquele momento. Assim, em conversas por corredores do Fórum, e da universidade, com colegas e professores, dúvidas pairavam a respeito da pertinência da discussão da culpa e do instituto da separação. Pensamentos e justificativas totalmente divergentes e sem fundamentação eram dadas a cada questionamento.

Então, decidi aproveitar a oportunidade de fazer uma monografia e pesquisar profundamente a respeito do assunto. Assim, através de uma retrospectiva histórica do Direito de família e dos institutos da culpa e divórcio, esse trabalho monográfico tentará demonstrar que a tendência da legislação do direito de família é retirar a culpa das ações concernentes ao Direito de família.

A pesquisa analisará fatores sociais, pensamentos doutrinários e argumentos jurídicos, em razão destes se mostrarem norteadores do ordenamento jurídico. É através destes fatores que a lei se amolda buscando eficiência, celeridade e adequação à realidade social. Do mesmo modo, tratar-se-á das doutrinas e jurisprudências que surgiram com a promulgação da Emenda Constitucional 66/10, sendo objetivo destas doutrinas e jurisprudências esclarecer e debater pontos importantes da decretação da culpa na ação de divórcio após a Emenda Constitucional.

Por conseguinte, o que se busca com este trabalho monográfico, é apresentar uma resposta concreta e fundamentada no histórico evolucionário dos institutos até as razões que levaram a promulgação da emenda constitucional 66/2010, na doutrina e jurisprudência pátrias sobre a revogação ou não dos institutos da separação e culpa.

1.3 OBJETIVOS

1.3.1 Geral

Analisar a pertinência dos Institutos da separação e culpa após a Emenda Constitucional 66/2010, buscando a justificação na evolução histórica do sistema dissolutório bem como apresentar e discutir as correntes doutrinárias que surgiram com a emenda constitucional e comparar jurisprudências.

1.3.2 Específicos

Identificar as mudanças provocadas pela Emenda Constitucional no Instituto da Culpa.

Verificar se o Instituto da Culpa segue em vigor após a supressão do Instituto da Separação da Constituição Federal.

Analisar as correntes doutrinárias advindas com a promulgação da Emenda Constitucional 66/2010.

Comparar a evolução histórica dos Institutos do Direito de família e do Divórcio, para verificar se a evolução da sociedade induziu a retirada do instituto da Culpa tornando a dissolução conjugal mais célere e menos traumática.

Demonstrar que os fatores sociais que levaram ou não a revogação do Instituto da separação, revogaram extensivamente o Instituto da Culpa.

1.4 HIPÓTESE

Ao compararmos a redação antiga do artigo 226, §6º da Constituição Federal, com a nova redação proporcionada pela Emenda Constitucional 66/2010, observa-se que na antiga redação a constituição trazia em seu texto taxativamente, como pré-requisito a separação judicial por mais de um ano, ou a separação de fato por mais de dois anos.

Portanto a antiga redação da Constituição Federal era BRASIL (1988), “Art. 226 [...] § 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.”

A Emenda Constitucional 66/10, Revogou da letra da Constituição Federal, as hipóteses de separação judicial separação de fato. BRASIL (2010) Art. 1º O § 6º do art. 226 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação: Art. 226[...] § 6º “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.”

Logo, artigo 226 da Constituição Federal de 1988, a partir da publicação da emenda, passou a vigorar com a presente redação, BRASIL (2010): Art. 226 [...] § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

Assim, quando uma norma é retirada da constituição, mesmo que sem menção expressa, todos os artigos infraconstitucionais tornam-se inconstitucionais por efeito da revogação.

Ademais, verifica-se que a culpa é instituto vinculado à separação e que foi introduzido na legislação civilista de 1916 com intuito de dificultar o fim do casamento, logo, com o advento do Código Civil de 2002, e agora com a EC 66/10, a tendência que se constata é retirar o instituto da culpa do ordenamento jurídico.

1.5 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Ante a tudo o que foi exposto, resta especificar a metodologia que será usada para compor a pesquisa e o trabalho monográfico de conclusão do curso. Nos próximos itens detalharemos o método a ser utilizado, o tipo de pesquisa que será realizada, os instrumentos a serem utilizados na pesquisa, bem como o cronograma da pesquisa.

1.5.1 Método

O método é o meio utilizado para se chegar a uma conclusão científica, utilizando-se de técnicas e atividades sistemáticas e racionais de pesquisa e redação, a conclusão em que se chega deixa de ser um senso comum e passa a ter embasamento e qualidades científicas quando se aplica as técnicas de forma correta.

O método é mais que raciocínio, e não é o mesmo que ciência; o método também não é a demonstração ou a argumentação que fundamentam uma tese ou postura teórica. O método corresponde ao grande empreendimento de construção do saber científico, da fase investigativa à fase expositiva, (...). O método se confunde com o processo por meio do qual se realiza a pesquisa científica. (BITTAR, 2011, p. 26).

Método, portanto, mostra ser o caminho pelo qual se percorre para chegar ao objetivo do conhecimento cientificamente estruturado.

1.5.1.1 Quanto à abordagem

Conforme Leonel e Motta (2007, p.64) quando utilizamos o método de abordagem falamos do “plano geral do trabalho, ao raciocínio que se estabelece como fio condutor na investigação do problema de pesquisa”.

Neste trabalho usaremos o método de abordagem dedutivo. Este método tem por escopo partir de conceitos gerais para em comparação com conceitos restritos e

específicos, se chegar através de um raciocínio lógico a uma conclusão formalmente verdadeira.

O método dedutivo parte de argumentos gerais para argumentos particulares. Primeiramente são apresentados os argumentos que se consideram verdadeiros e inquestionáveis para, em seguida, chegar a conclusões formais, já que essas conclusões ficam restritas à lógica das premissas estabelecidas. (MEZZARROBA, 2009, p. 65).

Conforme Marconi e Lakatos (2003, p. 92) este método se enquadra no perfil da pesquisa devido ao objetivo desta ser explicar os motivos e circunstâncias que levaram a promulgação da Emenda Constitucional 66/ 10, através do entendimento dos institutos e evolução histórica dos mesmos. Por esta razão, o dedutivo tem o propósito de explicar o conteúdo das premissas.

Portanto, o trabalho monográfico partirá de conceitos gerais dos institutos de constituição federal, direito de família, e casamento, passando pelos conceitos específicos de emenda constitucional, limites, efeitos, divórcio e culpa, para ao final concluir o raciocínio compreendendo justificadamente a situação jurídica da culpa e da separação no ordenamento jurídico civil e seus efeitos processuais.

1.5.1.2 Quanto ao procedimento

Segundo Marconi e Lakatos (2003, p. 106): “O método de procedimento seriam etapas mais concretas da investigação, com finalidade mais restrita em termos de explicação geral dos fenômenos [...]”. Portanto o método de procedimento busca explicação restritiva em relação a fenômenos gerais.

Assim, dos métodos de procedimento utilizaremos os métodos histórico.

O método de procedimento histórico será utilizado neste trabalho, ao passo que se analisará a evolução dos institutos do divórcio, separação, para assim sendo, observar e compreender as razões que levaram à revogação do instituto da separação.

1.5.2 Tipo de pesquisa

O tipo de pesquisa a ser abordada também encontra classificações na doutrina, no presente trabalho realizar-se-á uma pesquisa quanto ao nível de profundidade do estudo ou objetivos: exploratórias, quanto à abordagem da pesquisa: qualitativa, e quanto ao procedimento utilizado na pesquisa: bibliográfica.

1.5.2.1 Quanto ao nível de profundidade do estudo

A pesquisa exploratória é definida por Leonel e Motta (2007, p. 101) da seguinte forma: “os problemas de pesquisa exploratória geralmente não apresentam relações entre variáveis. O pesquisador apenas constata e estuda a frequência de uma variável.”

O trabalho tem como objetivo explorar o conteúdo dos institutos e de uma Emenda Constitucional compará-los, entendê-los, com a leitura exaustiva de doutrinas especializadas, para compreender se o instituto da separação foi ou não revogado.

1.5.2.2 Quanto ao procedimento utilizado na pesquisa

A pesquisa bibliográfica compreende estudo desenvolvido sobre um material já publicado. Segundo Gil (2002, p. 44) “A pesquisa bibliográfica é desenvolvida com base em material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos.”

O tipo de pesquisa bibliográfico se enquadra ao presente trabalho, pois, será utilizado de doutrinas especializadas em direito de família para buscar a evolução histórica dos institutos da separação e divórcio.

Buscar-se-á compreender as razões sociais que levaram à transformação dos tipos dissolutórios do casamento, bem como, o abrandamento dos institutos da separação, culpa e divórcio após a promulgação da Emenda Constitucional 66/10.

Por meio de pesquisa bibliográfica procurar-se-á compreender os tipos de revogação, eficácia e limites existentes com intuito de justificar a revogação do instituto

da culpa e separação ou não com a supressão de sua previsão no regramento Constitucional.

E por fim, verificar-se-á o surgimento de quatro correntes doutrinárias e jurisprudenciais defendendo tanto a vigência como a revogação do instituto da separação, que serão apresentados e explicados em suas particularidades.

Todo este estudo é possível somente por meio da pesquisa bibliográfica, por instrumentos como livros, artigos e acórdãos.

1.6 DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO: ESTRUTURA DOS CAPÍTULOS

O desenvolvimento da monografia foi estruturado em quatro capítulos.

O primeiro capítulo abarca o conceito de direito de família, sua evolução ao longo da história, até sua previsão nos códigos civis de 1916 e 2002, sua natureza jurídica, seus princípios orientadores. Introduzirá o instituto do casamento, seu conceito, sua natureza jurídica, espécies de dissolução com o intuito de conhecer de onde surgiu o direito de família, a origem do divórcio, os princípios orientadores do direito de família.

O segundo capítulo introduzirá os conhecimentos do instituto do divórcio, bem como seu conceito, sua origem na história, e sua introdução no ordenamento jurídico pátrio. As espécies de divórcio existentes no direito de família, a comparação de cada espécie entre os códigos de 1916 e 2002. Também abordará aspectos materiais, processuais e intertemporais advindos após a promulgação da EC 66/2010 como forma de se ter um panorama geral do divórcio antes e após o advento da emenda constitucional.

O terceiro capítulo trará noções gerais, conceito e classificação da constituição federal, com intuito de compreender sobre a estabilidade das constituições, situar a emenda constitucional no processo legislativo. Descreverá o processo legislativo de emenda à constituição, descrevendo os limites existentes na CF/88. Procurará compreender a eficácia e vigência das normas constitucionais em relação às emendas à constituição. Para ao final descrevendo o processo legislativo da Emenda Constitucional 66/2010, situá-la na classificação e explicitar as correntes doutrinárias e jurisprudenciais advindas.

O quarto capítulo abarcará conhecimentos gerais da culpa na psicanálise e no direito. A forma como se aplica a culpa na legislação de direito de família no âmbito dos códigos civis de 1916 e 2002, bem como, aplica-se a culpa na dissolução do casamento com o advento da EC 66/2010, quanto aos alimentos e ao nome, a partir do comparativo entre correntes doutrinárias e jurisprudenciais advindas após a promulgação da EC 66/2010.

2 DIREITO DE FAMÍLIA

2.1 CONCEITO DE DIREITO DE FAMÍLIA

O conceito moderno de direito de família, como conhecida hoje surgiu com a Constituição Federal de 1988, no entanto, nem a Constituição, nem o Código Civil trouxeram um conceito definitivo. Estreitamente ligado à concepção religiosa de família, *latu sensu*, o vocábulo família abrange todas as pessoas ligadas sanguineamente a um ancestral comum, bem como, unidas pela afinidade e pela adoção.

O direito de família, portanto, são normas infraconstitucionais, de direito público e de direito privado, que regulam todas as etapas do casamento tais qual o patrimônio, os alimentos, seus efeitos jurídicos, as obrigações e responsabilidades entre os membros. Integram também o direito de família, os institutos assistencialistas e protecionistas da guarda, tutela e curatela, tendo em vista que estes institutos lidam diretamente com os membros em grau direto de afinidade e consanguíneos.

Complementa Diniz (2004)

Constitui direito de família o complexo de normas que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, a união estável, as relações entre pais e filhos, o vínculo do parentesco e os institutos complementares da tutela e curatela. (p. 3).

Conforme relata a doutrina de Gonçalves, (2007, p. 1)

Que o direito de família é dos ramos do direito o mais íntimo à própria vida, pois, abarca todas as fases da vida. Desde o nascimento, o indivíduo já está ligado a um instituto familiar, se por qualquer razão vier a não possuir uma família, será encaminhado à adoção, advindo assim, os institutos complementares da adoção, tutela ou curatela.

Além das relações matrimoniais, de parentesco por afinidade, e dos institutos complementares, conforme anteriormente, abordado, pela necessidade de previsão legal e em virtude do regime de bens, o legislador do direito de família teve de abranger um instituto extrajudicial. A união estável possui regime de bens próprios, e se aplica após reconhecimento judicial.

Assim, retrata Gonçalves em sua obra.

O direito de família constitui ramo do direito civil que disciplina as relações entre pessoas unidas pelo matrimônio, pela união estável ou pelo parentesco, bem como pelos institutos complementares da tutela e curatela, visto que, embora tais institutos de caráter protetivo ou assistencial, não advenham de relações familiares, tem, em razão de sua finalidade, nítida conexão com aquele. (2007, p. 3).

Previsto nos artigos 1723 a 1727 do Código Civil de 2002, a união estável depois de reconhecida, pode ser diluída seguindo regime de separação parcial de bens, ou converter-se em matrimônio. Tudo sob a tutela do judiciário, comprovado os requisitos legais.

O direito de família, previsto nos artigos 1.511 à 1.783, livro IV; e de 1.784 a 2.046, Livro V. É complexo normativo, que regula desde a validade e os requisitos para a celebração do casamento, até sua dissolução, comporta também, institutos complementares como guarda tutela e curatela, chegando às sucessões patrimoniais e ao instituto da união estável, como bem fala Venosa citando Beviláquia, (2004, p. 23), “Direito de família é o complexo das normas, que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos, que dele resultam, as relações entre pais e filhos, o vínculo do parentesco e os institutos complementares da tutela e curatela.”

2.2 ASPECTOS HISTÓRICOS

Desde o princípio da convivência em sociedade, as regras que serviam para regulamentar o convívio entre os indivíduos tinham estirpe divina. Com o passar das gerações com a evolução da complexidade na organização das sociedades, com a disseminação da religião, principalmente a católica, a Igreja passou a ser o meio de propagação de normas.

O direito de família nasceu como deveres e obrigações entre parentes co-sanguíneos, e a quem mais o *pater familias* desejasse ou que achasse justo integrar sua família. E passou a ser considerada base em que a sociedade se constitui. Assim foi, até meados do século XVIII, onde as regras regiam os direitos e obrigações intra e extra familiares, advindos da Igreja.

Venosa retrata a influência do direito de família canônico sobre o direito de família moderno:

O direito canônico, ou sob inspiração canônica, que regulou a família até o século XVIII e inspirou as leis civis que se seguiram, não era um direito civil na acepção técnica do termo. O direito de família canônico era constituído por normas imperativas, inspiradas na vontade de Deus ou na vontade do monarca. Era constituído por cânones, regras de convivência impostas aos membros da família, e sancionadas com penalidades rigorosas. O casamento, segundo os cânones, era a pedra fundamental, ordenado e comandado pelo marido. (VENOSA, 2004, p. 23)

Em meio à sociedade patriarcal, monárquica e monoteísta; o direito de família canônico não possuía *status* de direito, mas em virtude da ligação da Igreja ao monarquismo, à vontade e as regras impostas acabavam por possuir caráter *erga omnes*, de cunho impositivo.

Já sob a luz do direito romano, como retrata Gonçalves, (2007) p. 15, o poder do pai de família era de tal abrangência, que possuía inclusive direito de decisão sobre vida e morte, inclusão ou exclusão dos membros integrantes sua família, bem como poderia vendê-los.

Complementa Kaser

“Entre os direitos de domínio em que se desdobra o poder pleno do *paterfamilias*, na associação familiar fechada e monocraticamente organizada dos Romanos [...], e o mais importante e característico da ordem romana é a *patria potestas*. Ela submetia os filhos e as filhas (*filii, filiae familias*) a uma hegemonia na época antiga quase *ilimitada* de quem tem poder sobre eles, que é suavizada principalmente por vinculações de direito sacral e do costume, [...]. A *patria potestas*, como a *manus* sobre a mulher, conferem ao *paterfamilias* uma plenitude de poderes, [...]” (1999, p. 339).

O *pater familias*, e o poder de imposição da Igreja sobre a sociedade, são influências que levaram o Estado, mesmo após a cisão com a religião católica, a manter incutido em suas letras normativas à indissolubilidade do casamento. Foi necessário, um longo caminho, e influência das próprias mudanças ocorridas na sociedade, para que a dissolubilidade fosse gradativamente incluída na legislação brasileira.

Acerca do interesse bilateral em manter a família preservada por meio da indissolubilidade do casamento é complementado por Dias (2010) p. 17. “A tentativa de manter o casamento indissolúvel não interessava somente à Igreja, mas também ao Estado, que procurava a conservação da família, considerada a base da sociedade à qual é conferida especial proteção (CF 226)”.

Ainda sob resquícios do direito canônico, numa sociedade rural, conservadora e fortemente patriarcal, onde as mulheres, vistas de um patamar superior pelos homens, serviam exclusivamente para cuidar do lar e criar os filhos, onde a família era constituída sob o punho cerrado da administração paterna, e os filhos meros

continuadores da administração paterna. O Código Civil de 1916 foi fruto desta época, onde o patrimônio está acima de qualquer interesse amoroso.

Os códigos elaborados a partir do século XIX dedicaram normas sobre a família. Naquela época, a sociedade era eminentemente rural e patriarcal, guardando traços profundos da família da antiguidade. A mulher dedicava-se aos afazeres domésticos e a lei não lhe conferia os mesmos direitos do homem. O marido era considerado chefe, o administrador e o representante da sociedade conjugal. Nosso Código Civil de 1916 foi fruto direto dessa época. Os filhos submetiam-se à autoridade paterna, como futuros continuadores da família, em uma situação muito próxima da família romana. (VENOSA, 2004, p. 28).

O direito de família então começa a tomar a forma da sociedade brasileira, mas ainda com muitas normas e princípios herdados do direito português. Gradualmente o direito de família acompanhando as mudanças de pensamento e comportamento da sociedade, e se distanciando da influência cânone, a partir do século XX, até que a constituição cidadã de 1988, coloca homens e mulheres em pé de igualdade, bem como o direito reservado aos filhos.

Podemos observar essa evolução conforme transcreve:

No direito brasileiro, a partir da metade do século XX, paulatinamente, o legislador foi vencendo barreiras e resistências, atribuindo direitos aos filhos ilegítimos e tornando a mulher plenamente capaz, até o ponto culminante que representou a Constituição de 1988, que não mais distingue a origem da filiação, equiparando os direitos dos filhos, nem mais considera a preponderância do varão na sociedade conjugal. A lei n 4.121, de 27-8-62, estatuto da mulher casada, inaugura entre nós a era da igualdade entre os cônjuges, sem que, naquele momento a organização familiar deixasse de ser preponderantemente patriarcal, pois muitas prerrogativas ainda foram mantidas com o varão. (VENOSA 2004, p. 29)

Assim, o direito de família que possuía forte influência cânone, possuindo o *pater famílias*, como inquestionável chefe de família, a mulher e os filhos submissos, sem, ou com nenhuma direito, passou a colocar todos em mesmo patamar. A família que não se restringia apenas as ligações sanguíneas passou a restringir-se a esta e aos que pelo matrimônio, vinculava-se aquela família.

A família nunca abandonou o *status* de alicerce em que toda a sociedade se estrutura, todavia, a sociedade mudou hábitos, conceitos e preconceitos. Assim, a relação de família antes conservadora, patriarcal, conceituado sob o paradigma da união entre homem e mulher, passou a ser mais volátil, considerando a união estável, colocando filhos adotivos em igualdade com filhos biológicos.

O Código Civil de 1916 e as leis posteriores, vigentes no século passado, regulavam a família constituída unicamente pelo casamento, de modelo

patriarcal e hierarquizada, [...], ao passo que o moderno enfoque pelo qual é identificada tem indicado novos elementos que compõem as relações familiares, destacam-se os vínculos afetivos que norteiam a sua formação. Nessa linha, a família sócioafetiva vem sendo priorizada em nossa doutrina e jurisprudência. (GONÇALVES, 2007, p. 16).

Advieram legislações infraconstitucionais, com objetivo de atualizar o Código Civil de 1916 ao novo quadro social. Todavia, a sociedade ao tempo em que o código foi concebido, era completamente diferente da sociedade atual. Assim, houve a necessidade de reformar o código, incluindo as modificações trazidas com o tempo, e já absorvidas pelo judiciário pátrio.

Frisa-se, por fim, que as alterações pertinentes ao direito de família, advindas da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, demonstram e ressaltam a *função social* da família no direito brasileiro, a partir especialmente da proclamação da igualdade absoluta dos cônjuges e dos filhos; da disciplina concernente à guarda, manutenção e educação da prole, com atribuição de poder ao juiz para decidir sempre no interesse desta e determinar a guarda a quem revelar melhores condições de exercê-la, bem como para suspender ou destituir os pais do poder familiar, quando faltarem aos deveres a ele inerentes; do reconhecimento do direito a alimentos inclusive aos companheiros e da observância das circunstâncias socioeconômica em que se encontrarem os interessados; da obrigação imposta a ambos os cônjuges, separados judicialmente, contribuírem, na proporção de seus recursos, para manutenção dos filhos etc. (GONÇALVES, 2007, p. 19).

Como qualquer ramo do direito, as modificações legislativas vem para adequar a redação normativa à realidade social. Logo, o direito de família, por estar intimamente ligado a realidade social, e por esta estar em constante evolução e modificação, se faz necessário sua adequação evolutiva.

2.3 NATUREZA JURÍDICA

A natureza jurídica do direito de família, apesar de envolver e prever a relação patrimonial no âmbito do casamento e da sucessão é extrapatrimonial, pois, envolve muito mais que a relação dos bens do casal. Envolve também, estado de filiação, guarda e curatela dos filhos que perdem os pais, ou quando estes são destituídos do poder familiar, com ou sem herança, bem como proteção aos incapazes e interditos, no caso da tutela.

O direito de família é inerente a cada indivíduo vinculado sanguineamente ou integrado por afinidade, pelo casamento, em relação à família do outro cônjuge, aos filhos adotivos além dos filhos havidos em casamento anterior. Além do fato de ser irrenunciável no caso dos impedimentos matrimoniais que permanecem mesmo após o fim da união conjugal, sendo, portanto, personalíssimo.

Pereira em sua obra delimita os integrantes das linhas parentais,

Em sentido genérico e biológico, considera-se família o conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum. Ainda neste plano, acrescenta o cônjuge, aditam-se os filhos do cônjuge (enteados), os cônjuges dos filhos (genros e noras), os cônjuges dos irmãos e os irmãos do cônjuge (cunhados). Na largueza desta noção, os civilistas enxergam mais a figura da romana Gens ou grega Genos do que da família propriamente dita. (PEREIRA, 2005, p. 19).

Complementando o raciocínio da irrenunciabilidade dos direitos regulados pelo direito de família, que apesar da importância social é de direito privado Gonçalves escreve:

[...] A família constitui alicerce mais sólido em que se sustenta toda a organização da social, estando a merecer, por isso, a proteção especial do Estado, como proclama o artigo 226 da constituição Federal, que a ela se refere como “base da sociedade”. É natural, pois, que aquele queira protegê-la e fortalecê-la, estabelecendo normas de ordem pública que não podem ser revogadas pela vontade dos particulares e determinando a participação do Ministério Público nos litígios que envolvem relações familiares. (GONÇALVES, 2007, p. 9)

Apesar da incontestável relevância, importância e reflexos sociais havidos na legislação de direito de família, as normas deste ramo possuem natureza de direito privado quanto ao patrimônio e sucessão patrimonial, podendo ser regulada pela vontade das partes, por instrumento particular.

Mas possui natureza de direito público ao que diz respeito à influência do direito de terceiros, bem como publicidade e interesse público do Estado.

O direito de família é, [...], o direito das pessoas projetado no grupo doméstico, tendo aspectos patrimoniais que se encontram em função dos interesses pessoais e familiares, uma vez que se organiza em razão de seus membros, e opera em através da atuação deles, individualmente considerados, tendo sempre em vista o interesse do Estado. (DINIZ, 2004, p. 26).

Portanto, conclui-se que determinar rigidamente a natureza pública ou privada do direito de família, traria consequências gravosas às partes se somente pública, ou a terceiros se unicamente privado, sendo que a volatilidade permite a adequação do processo, com seus resultados e efeitos ao caso concreto.

2.4 PRINCÍPIOS ORIENTADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA

No direito os princípios servem de parâmetro que deve necessariamente seguir o legislador, com objetivo de criar normas, evitando se distanciar do objetivo original daquele ramo do direito. Assim, além dos princípios gerais de direito e dos princípios constitucionais, cada ramo específico do direito possui seus próprios princípios norteadores. Assim cabe reproduzir Gama, (2008), p.63 “Os princípios traduzem, como se sabe, mandados de otimização, com caráter deontológico, relacionando-se à ideia do “dever-ser”, [...]”

Quanto à influência dos princípios nas normas de direito de família complementa Dias (2011, p. 61)

É no direito das famílias onde mais se sente o reflexo dos princípios eleitos pela Constituição Federal, que consagrou como fundamentais valores sociais dominantes. Os princípios que regem o direito das famílias não podem distanciar-se da atual concepção da família, dentro de sua feição desdobrada em múltiplas facetas.

Tão logo, o direito de família possui princípios que mesmo com modificações advindas com a Constituição Federal de 1988, com o Código Civil de 2002 e com as mudanças dos comportamentos e das mudanças sócias ocorridas com o passar das gerações, continuam sobrevivendo e se readequando aos novos paradigmas.

Assim, mesmo variando de nomenclatura entre doutrinadores pode-se subdividir e listar os princípios fundamentais norteadores do Direito de Família como princípios gerais e específicos:

2.4.1 Princípios gerais

2.4.1.1 Princípio do respeito à dignidade da pessoa humana

Advindo do Direito Constitucional, com raízes fundamentadas na proteção aos seres humanos, o princípio do respeito à dignidade humana é previsto no artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988. É como mais um do rol de direitos constitucionais que se estendem a todos os ramos do direito.

Deste modo, tem-se por princípio da dignidade da pessoa humana, normas constitucionais que visam proteger a integridade física, moral, intelectual e social de todas as pessoas, tanto em relação ao âmbito privado, do bem-estar individual, como ao social das relações humanísticas em sociedade.

Complementa Silva (2005, p. 105),

[...] o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade da pessoa humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir 'teoria do núcleo da personalidade' individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana.

Se todos os princípios constitucionais são extensíveis a todos os ramos do Direito, então por que estudá-lo novamente? A resposta é dada por Gonçalves, (2007, p. 6), “O princípio do respeito à dignidade humana constitui, assim, base da comunidade familiar, garantindo o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente (CF/88, art.227).”

Portanto, o Direito de Família é base de toda a estrutura social em que o Estado se sobrepõe, merecendo, portanto, proteção Constitucional em prol do saudável e equilibrado desenvolvimento e das estruturas familiares e de seus membros, dos órfãos, crianças e adolescentes, bem como do patrimônio.

Neste mesmo sentido complementa Dias (2011)

A dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer. A ordem constitucional dá-lhe especial proteção independentemente de sua origem. [...] Ora, se é direito da pessoa humana constituir núcleo familiar, também é direito seu não manter a entidade formada, sob pena de comprometer-lhe a existência digna. (p. 63).

O princípio do respeito à dignidade humana é melhor observado na proteção aos menores abandonados, órfãos, filhos advindos de um casamento fracassado, pois, ante o poder econômico e financeiro dos pais, nada há o que ser feito pelos menores.

Este princípio tem por escopo proteger cada membro do grupo familiar, dentro de suas necessidades, bem como proteger os cônjuges de eventuais

desentendimentos, chegando à proteção do grupo familiar em relação à própria sociedade.

Complementa Diniz

a força do Estado depende da solidez do núcleo familiar. O estado não pode, por isso, entregar a sorte da família à pessoa,[...].Os efeitos do casamento e da união estável e a extensão do poder familiar, por exemplo, não podem ficar ao arbítrio individual, devendo estar preestabelecidos em lei. (2005, p. 23).

Assim, regulando as relações intra e extra-familiares, o Estado protege a estrutura familiar de agressões externas, em face de eventual fragilidade temporária ou estrutural da família, bem como agressões ou abalos internos advindo dos próprios membros do núcleo familiar.

2.4.1.2 Princípio da tutela especial à família

Previsto no art. 226, caput, da CF/88, a tutela do estado à família e a cada um de seus membros, tem como escopo a busca pelo bem-estar da família e o bem-estar dos membros que a compõem, visando harmonia da instituição familiar em relação à sociedade, para que os valores fundamentais cultivados no seio familiar disseminem-se por toda a sociedade, com o intuito de alcançar os objetivos fundamentais do Estado expostos nos preambulares artigos da CF/88.

Tal princípio decorre da previsão constitucional contida no art. 226, caput, ressaltando que à família contemporânea passa a ser reputado o lugar privilegiado de realização existencial de seus integrantes e o espaço preferencial de afirmação e de consolidação de suas dignidades. (GOMES, 2008, p. 71).

O princípio em tela tem fundamental importância para o Estado no que diz respeito à formação da sociedade que o compõe, estruturando e almejando o progresso como um todo de forma harmoniosa, fundado nos valores éticos e educacionais ensinados através de gerações.

2.4.1.3 Princípio do solidarismo

Com redação dada pelo artigo 3º, I, da Constituição Federal de 1988, o princípio do solidarismo se dá em razão da obrigação moral que deve existir em cada membro do conjunto familiar para ajuda mútua e colaboração recíproca em prol do desenvolvimento espiritual, financeiro e moral da família e, portanto de cada um de seus membros face à sociedade.

O princípio da solidariedade propugna o abandono de tal visão individualista para, no seu lugar, ser empregado o modelo que resulte da cooperação solidária de ambos os pais na formação e no desenvolvimento físico, psíquico e intelectual do filho comum, [...]. (GOMES, 2008, p. 75).

O solidarismo também se dá de forma imposta pelo Estado, ao passo que impõe no artigo 229 da CF/88 o dever de assistência dos pais aos filhos, de mesmo modo que no artigo 230 da CF/88, impõe a legislação constitucional o dever de amparo aos idosos. A legislação civilista por sua vez no artigo 1.566, III, estabelece o dever de mútua assistência aos casados.

O princípio do solidarismo, fomentado pelo Estado, tem como escopo a efetiva união da família, como meio de solidificação da estrutura familiar, em prol do bem e desenvolvimento comum.

2.4.1.4 Princípio da liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar

O princípio da liberdade, com fulcro nos artigos 1.513, 1.565, §2º do Código Civil e artigo 226, §7º da CF/88, tem por escopo a união de pessoas, e mais recentemente abrangendo a união homoafetiva (ADI 4277), seja por meio do casamento ou da união estável, com objetivo de formar uma unidade familiar, sob o regime de bens que melhor lhe convier escolher, sem a intervenção do Estado e sem restrição jurídica.

O presente princípio tem por escopo propiciar aos cidadãos, a livre escolha de como e com quem formar uma entidade familiar; conforme Diniz, (2007), p.22, intervindo o Estado somente com intuito de propiciar segurança, recursos educacionais, científicos, e saúde, contribuindo de forma indireta com o desenvolvimento do núcleo familiar, respeitando a integridade cultural, religiosa, moral e físico-psíquica dos componentes da família.

2.4.2 Princípios específicos

2.4.2.1 Princípio da igualdade jurídica dos cônjuges

O legislador civilista de 2002, tentando se desvincular da herança deixada pelo Código Civil de 1916, que fora concebido em uma sociedade patriarcal e machista, já sob égide das normas igualitárias e anti-racistas redação da Constituição Federal de 1988, trouxe ao novo Código Civil normas e princípios que colocassem cônjuges, filhos, adotados e enteados em igualdade plena ante o Judiciário.

A antiga redação dada pela legislação civilista de 1916 era a seguinte:

Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos (arts. 240, 247 e 251). Compete-lhe: I - a representação legal da família; II - a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher que ao marido incumbir administrar, em virtude do regime matrimonial adotado, ou de pacto antenupcial (arts. 178, § 9º, I, c, 274, 289, I e 311); III - o direito de fixar o domicílio da família, ressalvada a possibilidade de recorrer a mulher ao juiz, no caso de deliberação que a prejudique; (BRASIL, 1916).

Complementa Gonçalves, (2006)

O art.233 do Código Civil de 1916 proclamava que o marido era o chefe da sociedade conjugal, competindo-lhe a administração dos bens comuns e particulares da mulher, o direito de fixar o domicilio da família e o de prover à manutenção desta. (GONÇALVES, 2006, p. 7).

Ao ser promulgada a Constituição Federal de 1988, o artigo 226, §5º, trazia a seguinte redação em seu bojo: Brasil, 1988”Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. §5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.”

Mesmo com previsão de igualdade entre homens e mulheres, a reforma do Código Civil brasileiro trouxe a oportunidade do legislador enquadrar a redação aos novos parâmetros dados pela Constituição Federal de 1988. A redação do antigo código não se enquadrava mais na sociedade igualitária, e as relações jurídicas entre cônjuges não eram mais adequadas vistas do ponto de vista da legislação. Avalia Diniz, (2007) p. 18 “O patriarcalismo não mais se coaduna com a época atual, nem atende os anseios do

povo brasileiro; por isso, juridicamente, o poder do marido é substituído pela autoridade conjunta e indivisa, [...]”

Portanto, o princípio da igualdade jurídica entre homens e mulheres, surge para concretizar e podar qualquer dúvida acerca da nova lei civilista, colocando fim à legislação patriarcal e arcaica que regia as relações conjugais, consolidando a igualdade entre homens e mulheres prevista na CF/88 e igualando todos perante o Judiciário definitivamente.

2.4.2.2 Princípio da igualdade jurídica de todos os filhos

O princípio da igualdade é um dos objetivos da República do Brasil, assim, deve refletir em toda a legislação pátria. A igualdade que se refere o princípio constitucional não se refere somente ao tratamento dado perante a lei, mas nas relações entre os cidadãos; entre cidadãos e o Estado e entre pessoas jurídicas e Estado.

Complementa Dias

É imprescindível que a lei em si considere todos igualmente, ressalvados as desigualdades que devem ser sopesadas para prevalecer a igualdade material em detrimento da obtusa igualdade formal. É necessária a igualdade na própria lei, ou seja, não basta que a lei seja aplicada igualmente para todos. [...]. (2011, p. 65).

Com origem no princípio da isonomia, advinda com o novo CC/02 face ao arcaico Código Civil de 1916, pelo princípio da igualdade introduzido pela CF/88, previsto no artigo 227, §6º, e Código Civil de 2002, nos artigos 1.596 e 1.629. Tem o princípio em estudo o objetivo de abstrair do complexo normativo a desigualdade de tratamento jurídico dado aos adotados e os havidos fora do casamento, face aos filhos biológicos.

Completa Gonçalves (2006, p. 8)

O princípio em estudo não admite distinção entre filhos legítimos, naturais e adotivos, quanto ao nome, poder familiar, alimentos e sucessão; permite o reconhecimento, a qualquer tempo, de filhos havidos fora do casamento; proíbe que conste no assento do nascimento qualquer referência à filiação ilegítima; e veda designações discriminatórias relativas à filiação.

Por conseguinte, o presente princípio tem por objetivo retirar qualquer diferenciação entre os filhos de um ou de ambos os cônjuges. Assim, adotados, filhos

biológicos e enteados tem em relação aos pais, diante do Judiciário os mesmos direitos a requerer, e não podem em momento nenhum serem identificados em qualquer tipo de documento sua diferenciação.

2.4.2.3 Princípio da paternidade responsável e planejamento familiar

Previsto no artigo 226, §7º da CF/88, o princípio da paternidade responsável e planejamento familiar, tem como objeto o crescimento e principalmente disseminação de unidades familiares, com responsabilidade, de forma a evitar um abrupto crescimento populacional, em face do planejamento financeiro e estrutural da própria família e do Estado.

De outro modo, visa o princípio proporcionar aos membros da família liberdade para determinar qual melhor forma e momento da familiar crescer, de forma que o Estado não intervenha no planejamento familiar, bem como fomentando a liberdade de religião, sexualidade, primando pelo bem estar físico e psicológico dos membros familiares.

Dessa forma explica Gomes

[...], por esse princípio, há responsabilidade individual e social das pessoas do homem e da mulher que vêm a gerar, no exercício das liberdades inerentes à sexualidade e à procriação, uma nova vida humana, cuja pessoa – a criança – deve ter priorizado seu bem-estar físico, psíquico e espiritual, com todos os direitos fundamentais reconhecidos em seu favor [...] (2008, p. 78).

Complementa Dias (2011)

[...] em respeito ao princípio da igualdade é livre a decisão do casal sobre o planejamento familiar (CC 1.565 §2º. E CF 226 §7º), sendo vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas. É limitada a interferência do Estado, que deve propiciar os recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito. (p. 65)

Assim, da mesma forma que tem o Estado interesse na manutenção e crescimento saudável e organizado da família, em respeito a outro princípio constitucional, o princípio da liberdade art.5º, caput, CF/88, deve o Estado intervir minimamente possível nas relações familiares e sociais dos indivíduos.

2.4.2.4 Princípio da comunhão plena de vida baseada na afeição

Previsto no artigo 1.511 do Código Civil de 2002, o presente princípio tem por escopo concretizar o disposto nos artigos 226 §3º e §6º; 227, caput e §1º da CF/88, onde a unidade familiar deixa de ser apenas uma aglutinação formal entre pais, filhos e cônjuges, passando a um conceito flexível norteado pelo afeto existente entre os membros da família, visando principalmente o desenvolvimento espiritual de cada membro em um ambiente saudável.

Assim, o direito passa a valorizar os laços familiares, fundados em profundos sentimentos de afeto. Passou as relações familiares ante o mundo jurídico serem enxergadas dos pontos afetivos existentes entre os seus membros, priorizando a convivência familiar, fundado no casamento ou no companheirismo. Gonçalves, (2006) p. 8 “O Estatuto da Criança e do Adolescente outorgou, ainda, direitos à família substituta. Os novos rumos conduzem à família socioafetiva, onde prevalecem os laços afetivos sobre os elementos meramente formais.”

O princípio da afeição ou afetividade também é reconhecido pela doutrina pátria como aquele o qual insere no direito de família o aspecto da estabilidade das relações socioafetivas, com primazia ao elemento anímico sobre a ordem patrimonial ou biológica. Logo, a afetividade que liga os membros da entidade familiar e estreita seus laços, é muito mais que biológica como entre pai e filho, ou patrimonial e conjugal, tal qual existe entre cônjuges; mas uma comunhão que vai além, permitindo aos seus membros conviverem harmoniosamente.

2.4.2.5 Princípio da dissolução da sociedade conjugal

Digressão do artigo constitucional e da lei ordinária que regulamenta o divórcio, o princípio em tela é uma garantia dada aos cidadãos, introduzida no ordenamento jurídico pátrio por meio da Emenda Constitucional n. 9, que visa dar liberdade de escolha as pessoas de poderem separar-se, quando a união não convier

mais aos cônjuges, seja por desamor, por violência ou qualquer motivo que torne a convivência comum insustentável.

Assim trazia a Emenda Constitucional n. 9 à Constituição Federal de 1967, que inseriu a dissolução da sociedade Conjugal no ordenamento jurídico pátrio.

AS MESAS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS e do SENADO FEDERAL, nos termos do artigo 49 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto Constitucional. 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. (BRASIL, 1977).

Por conseguinte, sendo, à época, a sociedade conservadora, patriarcal e predominantemente católica, considerando os posicionamentos da própria Igreja que exalta o casamento como sacramento, a possibilidade de dissolução do casamento civil foi uma importante inovação trazida ao ordenamento jurídico pátrio.

2.5 INSTITUTO DO CASAMENTO

Mais importante das Instituições de direito privado, o casamento é base para desenvolvimento da sociedade e necessita de proteção integral do Estado em suas relações, pois segundo Diniz (2002) p. 39 “[...] é a peça-chave de todo sistema social, constituindo o pilar do esquema moral, social e cultural do país.”. Logo, para compreensão da finalidade do Instituto do Divórcio é essencial ao contexto do presente trabalho, a compreensão do Instituto do casamento, e seus aspectos conceituais, históricos, requisitos de validade, conhecimento dos regimes de bens.

2.5.1 Conceito

No ordenamento pátrio, o casamento fora instituído após a proclamação da república em 1889, de forma que a única forma de casamento existente até então era o religioso, logo, os não católicos não possuíam acesso ao casamento.

Inexistindo uma definição legal do Código Civil sobre o Instituto do Casamento, a doutrina busca uma definição existindo, portanto, diversas definições das quais podemos extrair em suma que o casamento é vínculo jurídico, formal e documental entre duas pessoas, com fim social de procriação, criação e educação dos filhos, tendo por base a colaboração espiritual e material, respeito mútuos.

No sentido deste conceito podemos citar Dias (2011, p. 148).

Casamento tanto significa o ato de celebração do matrimônio como a relação jurídica que dele se origina: a relação matrimonial. O sentido da relação matrimonial melhor se expressa pela noção de comunhão de vidas, ou comunhão de afetos. O ato de casamento cria um vínculo entre os noivos, que passam a desfrutar do estado de casados. A plena comunhão de vida é o efeito por excelência do casamento.

A respeito do casamento Complementa Venosa (2008).

O Casamento é o centro do direito de família. Dele irradiam suas normas fundamentais. Sua importância, como negócio jurídico formal, vai desde as formalidades que antecedem sua celebração, passando pelo ato material de conclusão até os efeitos do negócio que deságuam nas relações entre os cônjuges, os deveres recíprocos, a criação e assistência material e espiritual recíproca e da prole etc. (p. 24).

Conclui Diniz (2002) p. 39 “O casamento é vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa o auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família.” Oportuno evidenciar que face ao conceito anteriormente mencionado, no vigente ano em julgamento das ações ADI 4277, ADPF 132/RJ, pelo STF, foi permitida a união entre pessoas no mesmo sexo, assim, o conceito de casamento não está mais restrito a união entre homem e mulher, mas a união de duas pessoas.

2.5.2 Aspectos históricos

Deve-se analisar a evolução histórica do casamento a partir do direito romano de onde nasce o direito civil pátrio atual. Assim, como observado na acepção histórica do direito de família, o casamento dava-se pela relação de obediência e subordinação da mulher em relação ao marido em prol da continuidade da prole, sendo que o marido era escolhido pelo pai, a quem a mulher, enquanto criança deve-lhe

obediência. A união era sagrada não existindo forma legal específica para sua comunhão, mas uma espécie de contrato de cessão do pátrio poder.

Complementa Venosa (2008 ,p. 23-24).

Nesse cenário, o matrimônio solene era o laço sagrado por excelência. Nessa modalidade de casamento, a *confarreatio* era uma cerimônia religiosa e levava essa denominação porque uma torta de cevada era dividida entre os esposos como símbolo da vida comum que se iniciava. Daí a origem do bolo de noiva. Além do casamento religioso, também era conhecida a *coemptio*. Essa forma de união do casal era uma modalidade de *mancipatio* , negócio jurídico formal utilizado para vasto número de negócios, [...], outra possibilidade de de união era o *usus*, pelo qual a mulher se submetia ao poder do marido decorrido um ano de convivência, [...]. Esses matrimônios denominados *cum manum* faziam com que a mulher perdesse toda relação e parentesco da família do pai, submetendo-se à família do marido, inclusive seu culto.

Concebido pelo direito cânone, que visava primordialmente conservar a família e os valores personalíssimos de honra, integridade e principalmente da castidade, valorando o instituto com *status* de sacramento, assim, o casamento tem como objetivo a união de duas pessoas, a procriação e a criação e educação dos filhos.

Com advento da República no Brasil em 1889, somente então o casamento passou a ser regulada pela legislação civil pátria, sendo que até então a única forma de casamento existente era a religiosa, persistindo a indissolubilidade do casamento até o advento da lei do divórcio n 6.515/77, onde ainda assim, para sua dissolução fora imposto lapso temporal.

2.5.3 Natureza jurídica

Muito se discute a respeito da natureza jurídica do casamento, haja vista que para o direito romano era um fato, não um ato jurídico propriamente dito, para a Igreja e o direito canônico era um sacramento, fundamentando a indissolubilidade em sua natureza sagrada.

Complementa Dias (2011, p. 150)

[...] o casamento é considerado por muitos, uma instituição. Essa visão da família tem como pressuposto a própria formação do Estado, em face do dever de promover o bem de todos, (CF 3º, IV). No Entanto, o aspecto institucional do casamento é muito mais sociológico do que jurídico. Assim, quase que se poderia dizer que o casamento é um contrato de adesão, pois

efeitos e formas estão previamente estabelecidos na lei, não havendo espaço para a vontade dos noivos,

No mesmo sentido complementa Diniz (2002, p. 42)

A concepção contratualista originária do direito canônico – que colocava em primeiro plano o consentimento dos nubentes, [...]. Por essa corrente, o matrimônio é um contrato civil, regido pelas normas comuns a todos os contratos, ultimando-se e aperfeiçoando-se apenas pelo simples consentimento dos nubentes, [...]. A concepção institucionalista vê no matrimônio um estado em que os nubentes ingressam. O casamento é tido como uma grande instituição social, refletindo uma situação jurídica que surge da vontade dos contraentes, mas cujas normas, efeitos e forma encontram-se preestabelecidos pela lei.

Quanto ao direito civil pátrio, a doutrina dispõe sobre o aspecto contratual do casamento, sendo que há corrente voltadas a Institucionalidade social do casamento e os que conferem ao matrimônio ato jurídico, contratual, formal, de adesão levando em consideração a impossibilidade de discussão de direitos e deveres advindos com o casamento.

2.6 DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO

2.6.1 Conceito

Com o advento da Emenda constitucional n. 9, que regulamentou o direito de encerrar o casamento. Logo, tem as espécies dissolutórias o condão de por fim definitivamente ao casamento, rompendo com vínculo conjugal, e dissolvendo o matrimônio.

A princípio, com intuito de não deixar os opositores ao fim do casamento totalmente insatisfeitos, se previu na legislação o instituto da separação que tinha por objetivo principal dar tempo aos separados refletirem e amadurecerem sobre o fim do matrimônio e possibilitar o retorno da união sem efetivar-se o divórcio.

Atualmente a dissolução da sociedade e do vínculo conjugal é previsto nos artigos 1.571 à 1.582 do CC/02, prevendo as espécies de dissolução do matrimônio os quais são; morte de um dos cônjuges, separação e divórcio.

2.6.2 Espécies de dissolução do casamento

2.6.2.1 Morte de um dos cônjuges

Previsto legalmente no artigo 1.571 §1º, do Código Civil de 2002, a morte induz necessariamente a dissolução da sociedade conjugal, liberando o cônjuge vivo para contrair novas núpcias, persistindo o direito a nome, e a partilha de bens. Poderá ao contrair novas núpcias o cônjuge sobrevivente, excluir o nome do cônjuge falecido e acrescer o nome do novo cônjuge.

Cabe a presente espécie dissolutória, ao aplicado aos desaparecidos declarados ausentes ou por morte presumida, nos termos dos artigos 6º, 22 a 39 do Código Civil. No caso de decretação de morte presumida, poderá o cônjuge sobrevivente requerer a dissolução da sociedade para contrair novas núpcias.

Complementa Gonçalves (2005, p. 187)

[...], dispõe que o casamento válido se dissolve não só pelo divórcio e pela morte real, como também pela morte presumida do ausente, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva [...]. Tal abertura, que antes só acarretava efeitos de ordem patrimonial, passa a produzir também efeitos pessoais, na medida em que constitui, tal como a morte real, causa de dissolução do casamento do ausente. Uma vez declarada judicialmente, permite a habilitação da viúva ao novo casamento.

A legislação silencia a respeito do reaparecimento do morto ou do desaparecido, quando houver a morte presumida ou declaração da ausência, e com o advento de novo casamento, este último será válido, conforme entendimento de Dias (2011) p.304 “Imperioso reconhecer que, mesmo regressando o ausente, o seu casamento permanece dissolvido”

No mesmo sentido argumenta Gonçalves (2005, p. 187)

Não traz o novo diploma expressa solução para eventual hipótese do morto retornar, estando seu ex-cônjuge já casado com terceira pessoa. No entanto, estando legalmente dissolvido o primeiro casamento, contraído com o ausente, prevalecera o ultimo, [...].

Portanto, dissolvido o primeiro casamento em razão do advento da morte de fato ou presumida, mesmo o código civil não abarcando a situação do ressurgimento do

morto ou do desaparecido, entende a doutrina que não há nulidade no segundo casamento, razão pela qual, manifestando as partes reatarem o primeiro casamento, meio único é dissolver o segundo matrimônio.

2.6.2.2 Separação

Com previsão legal no artigo 1.574 do Código Civil, a separação dissolvía a sociedade, dever de coabitação, fidelidade recíproca, efetuando-se a partilha de bens, a guarda dos filhos, os alimentos, o nome, mas mantinha preservada o vínculo conjugal impedindo os cônjuges de contraírem novo matrimônio até a decretação do divórcio. Dispõe o Código Civil que existem quatro modalidades de separação: separação de fato, separação judicial e separação de corpos e separação extrajudicial.

A separação judicial é ação preparatória para ação de divórcio, havendo duas modalidades, a separação judicial consensual, prevista nos artigo 1.574 CC/02, quando ambas as partes estão de comum acordo a respeito dos itens que devem ser obrigatoriamente tratados na ação. A separação judicial litigiosa, prevista no artigo 1.571, III CC/02, quando não há acordo dos cônjuges a respeito de algum item da ação, o qual será levado ao juiz e por este decidido.

A separação de corpos, prevista no artigo 1.562 CC/02, é medida protetiva da integridade física de algum dos cônjuges sob iminente agressão, que pode ser requerida independente de ação posterior, todavia, geralmente é usada de medida preparatória para as ações de dissolução da sociedade, tendo em vista o evidente e previsível comportamento agressivo do cônjuge.

A separação extrajudicial é feita em cartório, mediante tabelião, devendo necessariamente, como requisito básico inexistir filhos menores, possui os mesmos efeitos da separação judicial, e deve seguir os trâmites previstos em legislação específica.

2.6.2.3 Divórcio

Instituto dissolutório previsto no artigo 1.571, IV e §1º do CC/02, tem o condão de romper definitivamente com o casamento válido, habilitando os divorciados a contraírem novas núpcias, possui três modalidades, sendo divórcio indireto que pode ser consensual ou litigioso, divórcio direto e divórcio extrajudicial. O divórcio consensual indireto, quando há reciprocidade no desejo de ambos os cônjuges de dissolver o casamento. O divórcio litigioso indireto, quando necessita de parecer de magistrado sobre matéria litigiosa.

O divórcio direto se dá após comprovados dois anos de separação de fato dos cônjuges, inexistindo possibilidade de retorno, o jurisdicionado homologará o divórcio liberando os cônjuges a casarem-se novamente. Divórcio extrajudicial é modalidade de divórcio realizado diretamente em cartório, assinado por tabelião, e acompanhado por procurador.

3 DIVÓRCIO

3.1 CONCEITO

Previsto nos artigos 1.571 do Código Civil Brasileiro e 226, §6º, da Constituição Federal de 1988, o divórcio tem como objetivo, romper com o vínculo conjugal, liberando os divorciados para contraírem novas núpcias com outrem. Extingue definitivamente todos os deveres e obrigações mútuos contraídos no casamento válido. (Gagliano e Pamplona Filho, 2011), p. 26 “O divórcio é a medida dissolutória do vínculo matrimonial válido, importando, por consequência, na extinção de deveres conjugais.”

Complementa Dias (2011, p. 321)

O divórcio dissolve o vínculo do casamento (CC 1.571 §1º). A separação judicial não tinha o mesmo poder, pois somente rompia a sociedade conjugal. A diferença de ordem prática entre os dois institutos era que a separação não permitia novo casamento, enquanto os divorciados ficam livres para casar novamente. Levada a efeito a separação judicial, era necessária posterior conversão em divórcio.

O divórcio no código civil de 2002 possui duas formas; direto e indireto. Enquanto o primeiro depende de reconhecimento judicial da separação de fato há mais de dois anos, o segundo se dá com a conversão da separação judicial transitada em julgado, depois de transcorrido 1 (um) ano. Ambos possuem efeitos *erga omnes*, ou seja, ao ser reconhecido o divórcio lavra-se ofício para averbação em certidão de casamento, dá-se publicidade à dissolução, e assim torna público o conhecimento de terceiros interessados.

Diferentemente da dissolução da sociedade conjugal, que se dá pela separação litigiosa, consensual, judicial ou extrajudicial, que dissolve a sociedade entre cônjuges, rompendo com os requisitos da assistência, fidelidade e respeito mútuos, mantendo o vínculo matrimonial do regime de bens e impedimentos vigentes, o divórcio dilui o casamento rompendo definitivamente com todos os laços que restaram, excluindo a responsabilidade pelos filhos que é indissolúvel.

3.2 ASPECTOS HISTÓRICOS

Sempre vinculado ao conceito de família e de casamento imposto pela Igreja e sempre norteado pela legislação do Direito Canônico, a legislação de Direito de Família com o intuito de restringir a abrupta dissolução do núcleo familiar, procurou impor dificuldades de acesso a separação e divórcio.

Dias complementa:

A manutenção do vínculo conjugal era necessária para consolidar as relações sociais. A idéia de família sempre esteve ligada à de casamento. Os vínculos extramatrimoniais eram reprovados socialmente e punidos pela lei. O rompimento da sociedade marital afigurava-se como um esfacelado da própria família. (2011, p. 294).

Posto isso, há de se compreender que durante séculos somente a Igreja legislava sobre casamento, inexistindo dissolução formal para o casamento. Assim, ante o clamor público, somente com a República, por meio do Decreto n° 181, de 24 de janeiro de 1890, foi regulamentado o casamento no Brasil.

Segundo Wald (2004), Mesmo retirando o poder de legislar sobre o casamento da Igreja católica, ainda necessitava no país uma legislação para dissolução do casamento, assim, projeto de lei de autoria do Senador Martinho Garcez, no ano de 1900, e projeto articulado por Nelson Carneiro, no ano de 1976, não obtiveram êxito, pois necessitavam de dois terços do Congresso Nacional para aprovação.

Não obstante, as tentativas de fazer ingressar uma legislação dissolutória do casamento no ordenamento jurídico pátrio não foram de total invalidade. Pois, em 14 de abril de 1977, por meio da Emenda Constitucional n° 8, deu nova redação ao artigo 48 da CF, facilitando a aprovação do projeto de autoria de Nelson Carneiro, que passaria a necessitar de maioria absoluta para aprovação, abrindo caminho para instituição do Divórcio.

O divórcio assim tornou-se possível no Brasil por meio da Emenda Constitucional n° 9, de 28 de junho de 1977, dando assim, nova redação ao artigo 175 da CF, conforme explicita França

Foi a própria Emenda n. 9 que determinou só fosse deferido o divórcio desde que houvesse prévia separação judicial por mais de três anos, tempo esse encurtado para mais de um ano, pelo §6° do art. 226 da Constituição de 1988. No art. 2°, a Emenda de 1977 abriu uma única exceção para os casos de separação de fato, de cinco anos, anterior à sua data (28-06-1977). Esse prazo, porém foi diminuído para dois anos, sem o requisito de ser anterior à data da lei Magna. (1999, p 278-.279).

Logo, a Emenda de 1977 instituiu as formas; indireta de divórcio, mediante conversão de prévia separação, e a direta de divórcio, com requisito de lapso temporal de 5 cinco anos, as separações de fato até a Emenda, e lapso temporal de 2 anos de separação de fato a contar da separação de fato, após a alteração dada pela redação do artigo 226, §6º, da CF/88.

3.3 ESPÉCIES DE DIVÓRCIO

3.3.1 Divórcio indireto

Conforme artigo 25 da lei 6.515/77, o divórcio indireto consiste na conversão da separação judicial em divórcio transcorrido 1 (um) ano da publicação da sentença. Luz, 2002, p. 118 “Também denominado divórcio conversão, é aquele destinado a converter a separação judicial em divórcio, transcorrido um ano da referida separação [...]”

A existência de lapso temporal para a conversão da separação em divórcio se dá com o intuito de evitar divórcios equivocados, tentando manter a estabilidade familiar em razão da sua condição de base fundamental da sociedade, como preceitua a Constituição federal de 1988. Cahali, 2005, p. 961 “[...] a idéia [sic] do legislador, ao conceder o divórcio somente após três anos do desquite [redação original do art. 25 da Lei 6.515/77], foi a de evitar divórcios precipitados, deferidos quando havia probabilidade de reconciliação.”

Ainda havia possibilidade de conversão da separação de corpos, bem como separação judicial em divórcio via cartório, realizado perante tabelião, com validade judicial e *erga omnes*, sem necessidade de expor, discutir ou transcrever a culpa ou os motivos que levaram a separação, porém, desde que consensual já decorrido lapso temporal de 1 (um) ano do trânsito em julgado da sentença e não houvesse menores, podendo ser discutido matérias como alimentos e partilha de bens.

A respeito do tema ensina Dias

Não só a separação jurídica, mas também a separação de corpos podia ser convertida em divórcio. A única exigência era o decurso do prazo de um ano

e o prévio trânsito em julgado da sentença que havia decretado a separação judicial (CC 1.580). A escritura pública de separação de corpos também podia ser convertida em divórcio, tanto judicial como extrajudicialmente. (2011, p. 325).

Por conseguinte, após a promulgação da Emenda Constitucional 66/2010, há correntes doutrinárias e jurisprudenciais majoritárias que afirmam que o instituto da separação foi retirado do ordenamento jurídico, posição defendida por Gagliano e Pamplona Filho, deixando de existir as modalidades retro mencionadas, passando o divórcio a romper e dissolver a sociedade conjugal e o vínculo matrimonial diretamente.

Há correntes doutrinárias e entendimentos jurisprudenciais que vêm a necessidade de regulamentação por legislação infraconstitucional, posição defendida por Luiz Felipe Brasil Santos.

Existe, ainda, corrente doutrinária minoritária que defende ser opção da parte o ingresso da separação ou do divórcio direto, posição defendida por Mário Luiz Delgado.

Importante observar que tais correntes doutrinárias, seus defensores e posições jurisprudenciais serão devida e profundamente abordados em capítulo posterior.

3.3.2 Divórcio direto

Introduzido juntamente com a regulamentação do divórcio indireto no ordenamento jurídico pátrio por meio do artigo 2º da Emenda Constitucional nº9, e artigo 40 da Lei nº 6.515 de 26 de dezembro de 1977, trouxeram a princípio, problemas de ordem intertemporal, tendo em vista que não previu a regularização da situação daqueles que se encontravam com mais de dois anos de separação de fato; sendo regularizado posteriormente pelo artigo 40 da lei retro mencionada.

O divórcio direto se dá em única hipótese, quando há separação de fato há mais de dois anos, podendo abranger, aspectos patrimoniais e alimentícios. Complementa a respeito do divórcio direto Gonçalves (2007), p. 250 “O art. 226, §6º, da Constituição Federal permite o divórcio direto comprovado a “separação de fato por mais de dois anos”. Não se exige a demonstração da causa da separação.”

É necessário, portanto, comprovar a separação de fato perante o Judiciário, assim pode-se contar como termo inicial para contagem bienal da separação de fato, da data da sentença que determina a separação de corpos, ou, por meio de prova testemunhal e documental caso não haja ação de separação de corpos.

O divórcio direto pode ser consensual ou litigioso conforme leciona Wald,

O divórcio direito poderá ser, [...], amigável ou litigioso. Se amigável, observa-se o procedimento nos arts. 1.120 a 1.124 do CPC e, mais, aquelas determinações contidas nos incisos I a IV do §2º do art. 40 da Lei n.6.515, de 26-12-1977. O divórcio direto litigioso não terá outro fundamento que não o comprovado decurso de mais de dois anos da separação de fato, [...]. (2004, p. 165).

O divórcio direto litigioso além de comprovar o decurso de dois anos de separação de fato, pode discutir em seu processamento a regulamentação de alimentos ao hipossuficiente, bem como o nome e a partilha de bens, sendo que o requisito que permite o ingresso da ação de divórcio direto era apenas a inexistência de filhos e lapso temporal.

3.3.3 Divórcio extrajudicial

Em razão da busca pela desburocratização e pela facilitação da dissolução do casamento, em 04 de janeiro de 2007, por meio da Lei 11.441/2007, foi incluso no ordenamento jurídico a separação e o divórcio extrajudiciais, por escritura pública perante um tabelião.

Sendo o divórcio extrajudicial facultativo o acompanhamento por um advogado também é, podendo este lavrar o termo de divórcio ou o próprio tabelião, sendo que após, será convertido em escritura pública. Assim, são requisitos do divórcio extrajudicial, a ausência de filhos menores ou inválidos, bem como, o mútuo consentimento entre cônjuges a respeito dos alimentos, e da partilha de bens.

Complementa Santos

Com o advento da Lei nº 11.441/07, é possível com pouca burocracia e rapidez para os cônjuges que desejarem, consigam se divorciar. O casal que estiver se divorciando de forma amigável, sem filhos menores ou inválidos, poderá evitar o longo prazo da tramitação judicial, fazendo-o diretamente no Serviço Registral de Notas. Os advogados das partes deverão elaborar uma minuta dos termos e condições do divórcio, definindo a partilha de bens,

pensão alimentícia, se houver, e se o cônjuge voltará a usar o nome de solteiro ou não, bem como outras questões particulares. (2011, p. 179).

Gagliano e Pamplona Filho em doutrina justificam a possibilidade do divórcio extrajudicial

[...] a autorização do divórcio extrajudicial tem, como primeira premissa, a livre autonomia da vontade dos cônjuges divorciandos, em respeito às suas individualidades e preferências. É um avanço de cidadania, no conhecimento de que, pelo menos para se divorciarem, os sujeitos não mais precisam da fiscalização estatal, sendo efetivos protagonistas de suas vidas e patrimônios. (2011, p. 65).

Assim, o divórcio extrajudicial vem com intuito de dar mais celeridade aos divórcios em que não houver menores, retirando muitos processos do Judiciário, e dando mais celeridade a dissolução de sociedade.

3.4 DIVÓRCIO APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010

Publicada em 14 de julho de 2010, a Emenda Constitucional 66/2010, reivindicação antiga da população brasileira, ingressou no ordenamento jurídico causando polêmica e grandes debates e muitas dúvidas na prática judicial.

Uma grande controvérsia em torno do assunto diz respeito da pertinência da separação após a EC/66. Entretanto após pouco mais de um ano da promulgação da EC/66, encontra-se majoritário o entendimento de que o instituto da separação deixou de integrar o sistema legal.

Assim, conforme tal corrente, o divórcio passou a ser o único instrumento de dissolução da sociedade conjugal e rompimento do vínculo matrimonial, sendo a partir de agora é possível dissolver um casamento apenas com o divórcio, em necessidade de aguardar o lapso temporal.

Complementa Santos:

A partir de agora, com a vigência da Emenda Constitucional nº 66, os processos de separação judicial em exame se extinguem, bem como aqueles em que os casais já obtiveram essa decisão, estando na fase de cumprir os dois anos para o pedido do divórcio, de maneira que essas pessoas também poderão requerer de forma direta e imediata o próprio divórcio. (2011, p. 46).

Assim, ante as modificações trazidas pela EC/66, e ante as dúvidas surgidas no cotidiano forense, questões de como ficam os aspectos processuais e em relação ao debate da discussão ou não da culpa serão tema dos próximos tópicos.

3.5 ASPECTOS PROCESSUAIS

Abordar-se-á no presente tópico, as considerações relevantes a respeito dos aspectos processuais que surgiram com advento da Emenda Constitucional 66/2010.

3.5.1 Nova ação de divórcio após a Emenda Constitucional 66/2010

Tramitando no Congresso Nacional sob o nº 28/2009, o projeto de lei que se tornou a EC/66/10, nasceu de reiterado clamor público e de juristas atuantes do Direito de Família, que viam a necessidade de menor intervenção do Estado, tendo em vista que a EC/9 nasceu em um Estado muito mais conservador e intervencionista.

Portanto, sob a ótica jurídica precisava-se modernizar e atualizar a forma de dissolução do casamento, face protestos vindo da Igreja católica, e setores conservadores da sociedade, sob alegação de banalização do sacramento do matrimônio, prosperou o argumento de grande parte da doutrina e jurisprudência, retirando a necessidade de dois processos distintos para extinguir o vínculo conjugal, restou, portanto, o novo divórcio diluindo o matrimônio e vínculo conjugal.

3.5.1.1 Competência

O Poder Judiciário se subdivide tematicamente, para melhor se organizar e potencializar os trabalhos, tendo em vista o grande volume de processos. Desta forma, o Código de Processo Civil regulamenta em seus artigos 86 e 87 o limite de atuação no âmbito cível.

Complementa Rocha (2004, p. 149)

Portanto, a competência é, justamente, o poder-dever de um órgão para executar aquela parcela de atividades jurisdicionais que lhe é atribuída em virtude da divisão do trabalho. Como essa divisão do trabalho é disciplinada por normas jurídicas, as chamadas normas de competência, que definem os limites dentro dos quais os órgãos judiciários podem exercer seu poder, então dizemos, sucintamente, que a competência é o poder de um órgão para exercitar a atividade jurisdicional nos limites fixados na lei.

As regras de competência para as ações de dissolução de sociedade conjugal são as regras gerais de competência aplicadas por meio do artigo 100, I, CPC; onde o foro competente para se iniciar a ação é do domicílio da mulher.

Todavia, a regra do artigo 100, I, do CPC é entendida por majoritária parte da doutrina e jurisprudência como inconstitucional, pois afronta o disposto no artigo 225, §5º, CF/88, que preceitua igualdade jurídica aos cônjuges.

O referido artigo se lê em consonância com artigo 94, caput, CPC, onde a regra geral de competência é a propositura da ação no domicílio do réu, assim apresenta Gagliano e Pamplona Filho:

No que tange à competência para o processamento da postulação de divórcio, reputamos, em tese, a inconstitucional a regra constante no art. 100, I, do Código de Processo Civil, [...]. na perspectiva constitucional da isonomia, preceito normativo que pretenda a fixação de foro apenas levando em conta o sexo de uma das partes é anacrônico, injusto, e senão surreal. [...], há de se observar a regra geral de foro do domicílio do réu (art. 94 do CPC)[...]. (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2011, p. 132)

Segundo Santos (2011), mesmo a constituição garantindo a igualdade entre homens e mulheres como exposto por Gagliano e Pamplona Filho, a jurisprudência dominante de que o dispositivo do artigo 100, I, do CPC, não altera o foro privilegiado da mulher na ação de dissolução de sociedade conjugal.

Ainda conforme raciocínio de Santos (2011), depois de iniciado o processo na comarca da mulher, mesmo que ela venha a mudar-se, não alterará a competência territorial, seguindo o processo no foro onde se iniciou. Além do mais, caso haja abandono de lar pela mulher, e opte pelo divórcio marido, mesmo não sabendo a localização da esposa, poderá o marido entrar com a ação em seu domicílio.

Logo, o advento da Emenda Constitucional 66/10 não alterou as regras de competência nos casos de propositura da nova ação de divórcio, assim, percebe-se que geralmente a mulher encontra-se no pólo passivo da demanda, seu foro possui prioridade, e quanto à competência funcional, a vara cível continua legitimada a receber as ações de divórcio nas comarcas onde não exista vara da família.

3.5.1.2 Legitimidade

São partes do processo aqueles intimamente interessados no objeto da ação, e na resolução da lide com uma resposta do Judiciário, geralmente autor e réu, podendo admitir intervenção de terceiros ou não. Logo, para estar em processo parte que tem interesse na causa e tem capacidade de estar em juízo está legitimada a propor a ação, assim sendo a legitimidade é condição de existência da ação.

Não obstante, o artigo 6º do Código de Processo Civil dispõe que ninguém poderá pleitear em seu nome direito alheio. Complementa o conceito de legitimidade Wambier (2000):

Por isso, a legitimidade é condição da ação, e não pressuposto processual. As condições da ação consubstanciam-se numa categoria muito mais próxima ao mérito, cuja existência e regularidade devem ser examinadas pelo juiz depois dos pressupostos processuais (p. 233).

Dispõe o artigo 3º, §1º, da Lei 6.515/77 e no artigo 1.582 do Código Civil, somente possui legitimidade para propor ação de divórcio, em qualquer de suas modalidades, os cônjuges. Entretanto, segundo artigo 24, Caput, da Lei 6.515/77, abre-se exceção em caso de um dos cônjuges serem incapaz, seja em caso de insuficiência de idade mínima legal ou por superveniência de doença mental, para que curador, ascendente ou irmão, possa propor ou o defenda em ação de divórcio.

Nas alterações trazidas pela Emenda Constitucional 66/2010, a legitimidade para propor a ação de divórcio permanece inalterada. Reitera o entendimento Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 135) “Anote-se que à luz do art. 1.582, o pedido de divórcio somente competirá aos cônjuges, mas, se qualquer deles for incapaz [...] para propor ação ou defender-se, poderá fazê-lo o seu curador, o ascendente ou irmão.”

3.5.1.3 Rito processual

Rito ou procedimento é conjunto de normas que regulamentam como deve seguir os atos processuais de forma que o processo conclua-se de forma ordenada.

Contém essas normas requisitos que devem ser obrigatoriamente observados pelos operadores do direito de forma que sua inobservância enseja nulidade.

Complementa Rocha (2004, p. 198)

Se o processo é uma realidade material, consistente numa cadeia de atos, que tem em vista a produção de um efeito jurídico final, se é atuação ou conduta repetida, habitual, o procedimento é justamente o conjunto de normas que disciplinam essa conduta ou atuação repetida de atos em que consiste o processo. [...]. São as normas que consistem o procedimento definir, exatamente, o que os sujeitos do processo deverão fazer e como, quando e onde deverão fazer para alcançar o resultado final.

O processo, assim, é constituído de atos processuais regulados por um rito ou procedimento que devera ser observados antes de propor-se a ação. Rocha define ato processual como cada parte do qual se compõe o processo.

Na ação de divórcio, entendem as doutrinas anteriores e pós Emenda constitucional 66/10, que a ação de divórcio litigioso era processada sob a égide do rito ordinário, com fundamentação no artigo 40, §3º, da Lei 6.515/77. Assim entendia Carvalho Neto, (2008), p. 350; O procedimento para ação direta de divórcio litigioso é o ordinário. Bem como Gagliano e Pamplona Filho, 2011, p. 136 [...] mediante pedido formulado por um dos cônjuges em face do outro, segundo as regras do procedimento ordinário (arts. 282 e seguintes do CPC).

Logo, entendem as doutrinas, anteriormente referidas, que o divórcio consensual segue as regras do procedimento de jurisdição voluntária com previsão legal nos artigos 1.103 e seguintes do Código de Processo Civil.

3.5.1.4 Nome

O nome identifica a origem ancestral da pessoa, identifica onde esta pessoa está inserida num contexto familiar; direito garantido constitucionalmente, toda pessoa tem direito a um nome. Assim conceitua Dias:

Todos têm direito a um nome. Não só ao próprio nome, mas também à identificação de sua origem familiar. O patronímico pertence à entidade familiar e identifica os vínculos de parentesco. [...]. Existe toda uma proteção à imutabilidade do nome, visando a preservar a segurança das relações sociais. Assim, há severa resistência em admitir alterações do nome ou sobrenome. Somente correção de erros é que podem ser levados a efeito pela via administrativa. (2011, p. 128).

Com a revogação do instituto da separação do ordenamento jurídico pátrio, o debate a respeito do uso do nome pelo outro cônjuge, passa a ser matéria da nova ação de divórcio. Regra geral do artigo 1.578 e seguintes do Código Civil perdia o direito ao uso do nome o cônjuge que fosse condenado o culpado pelo fim do relacionamento, a não ser que ficasse claramente demonstrado prejuízo ao cônjuge culpado, em razão da supressão do nome do outro cônjuge.

Complementa Santos

Quando do casamento, cada cônjuge pode optar por fazer opção por usar o nome outro, ou seja, a mulher adotar ao apelido do marido e ele os dela, ou ainda ela permanecer com seu nome sem mudar nada, havendo divórcio, em alguns casos, a lei determina que o cônjuge culpado pela separação volte a assinar o nome de solteiro. (2011, p. 157).

A doutrina anterior a EC 66/10, já entendia que o uso do nome poderia ser acordado pelas partes no âmbito privado, entendia também, que poderia deixar de usá-lo a qualquer tempo e que a renúncia ao uso do nome seria irretratável. Conforme Carvalho Neto, (2008), p. 392, Também era inaceitável a escolha por um terceiro nome, ou seguia utilizando o nome de casado ou retornava a utilizar o nome de solteiro.

3.5.1.5 Guarda dos filhos menores

Guarda é meio de colocar o menor em uma família substituta ou associação; tem como objetivo proporcionar ao menor uma melhor condição para seu desenvolvimento, realocando-o para um ambiente onde possa receber assistência moral, material, educacional, afetiva.

Regulada pela lei 8.069/90, a guarda dá ao guardião plenos poderes sobre o menor, de forma poder interpor-se contra terceiros. Assim complementa Diniz (2004):

Visa atender criança que esteja em estado de abandono ou tenha sofrido abuso do pais, não importando prévia suspensão ou destituição do poder familiar. [...]. Poderá ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros.[...] (p. 501).

O fim do relacionamento não leva a termo a responsabilidade do cônjuge que não está na guarda dos menores oriundos do matrimônio fracassado. Os menos são

meros espectadores da ruína familiar e apenas podem assistir o fim do amparo que sempre tiveram, além do mais, há movimento pela guarda compartilhada, Lei 11.698/08, que visa reduzir os malefícios trazidos pelo fim do relacionamento e diminuir as distâncias e lacunas deixadas.

Disposto nos artigos 1.583 e seguinte do Código Civil visa à legislação proteger o bem estar, educação e saúde do menor, sem que o litígio dos cônjuges interfira gravosamente em sua criação. Ainda assim, o cônjuge que não estiver na guarda do menor, não perde o poder familiar sobre o infante.

No caso de pendência da guarda, conforme artigo 1.584, §2º, CC/02, deve o juiz, explicando o conceito, suas consequências e as penalidades em decorrência do desrespeito, aplicar a guarda compartilhada, dando melhores condições de em meio ao processo criar o menor sem acarretar maiores gravidades ao seu pleno desenvolvimento.

3.5.1.6 Alimentos

Inerente ao princípio da dignidade da pessoa humana, o direito a alimentos é essencial a qualquer ser humano, assim, após a promulgação da lei de divórcio, Lei 6.515/77, que ressaltou o dever de assistência mútua, em face da obrigação unilateral, do homem em relação à mulher trazida pelo Código Civil de 1916. Os alimentos são fixados sempre observados o binômio necessidade possibilidade, ou seja, deve quem pode prestá-los e recebe quem necessita.

Complementa Dias:

A natureza Jurídica dos alimentos está ligada à origem da obrigação. O dever dos pais de sustentar os filhos deriva do poder familiar. [...]. O encargo alimentar decorrente do casamento e da união estável tem origem no dever de mútua assistência, que existe durante a convivência e persiste mesmo depois de rompida a união. (2011, p. 514).

Na ação de divórcio, era obrigado a prestar alimentos primeiramente o cônjuge considerado culpado, depois, o cônjuge que abandonasse o lar, e por último o cônjuge que tivesse condições de prestá-los ao outro, visando assim, manter o padrão de vida anterior ao término do relacionamento do cônjuge considerado inocente.

Após a promulgação da Emenda Constitucional 66/2010, é uníssono na doutrina que permanece a obrigação de prestar alimentos ao cônjuge que tiver condições

de prestá-los, observado o binômio possibilidade e necessidade, pelo período que perdurar a necessidade. Complementa Dias, (2011), p. 116 “A verba alimentar é indispensável à sobrevivência e os parâmetros para sua fixação estão atrelados tão só à necessidade de quem os pleiteia e à necessidade de quem os paga (CC 1.694, §1º).”

No entanto, quanto à prestação de alimentos ao cônjuge culpado, surgiram duas correntes. A Primeira defendida por Silva (2011) alega a permanência da discussão da culpa no ordenamento jurídico, considerando insensato deixar de discutir a culpa para conceder os alimentos, haja vista que no caso concreto poderão acarretar situações absurdas. Complementa Silva (2011) p. 56 “É evidente que essa consequência sancionatória da culpa deverá ser mantida sob a égide da EC n. 66/2010, já que a eliminação desse efeito acarretaria situações esdrúxulas, como a de uma mulher violentada em casa pelo marido continuar a sustentá-lo caso seja ela a provedora da família, [...]”

De outra monta, Gagliano e Pamplona Filho (2011) e Dias (2011), asseveram que a discussão da culpa apenas traria morosidade e exporia mais ainda uma situação que não há mais razão de se apurar, devendo, em razão do resquício do dever de mútua assistência entre os cônjuges e da dignidade da pessoa humana, analisar apenas a necessidade da prestação de alimentos e a possibilidade do prestador em fazê-lo.

Complementa Dias (2011, p. 116)

Deste modo não é mais possível trazer para dentro da ação de divórcio ou de desconstituição da união estável questionamentos sobre a culpa, mesmo quando for cumulado pedido de alimentos, pois não mais persiste a possibilidade de achatamento dos alimentos à necessidade de subsistência.

No mesmo sentido Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 114)

[...], caso também haja sido cumulado o pedido de alimentos, a sua fixação será feita por decisão judicial, levando-se em conta apenas, como já dito, o binômio necessidade/capacidade econômica, sem aferição de culpa de qualquer das partes no fim do casamento.

Deste modo, as correntes doutrinárias que se formaram após a emenda 66 defendem pontos de vistas divergentes que fazem parte do amadurecimento de determinado ramo do direito. Logo, tais correntes serão abordadas com maior profundidade no próximo capítulo.

3.5.1.7 Partilha de bens

Existindo bens, para que se concretize e efetive a dissolução do matrimônio deve-se realizar a partilha de bens respeitando o regime de bens adotado na celebração do casamento. Importante ressaltar a modificação que extinguiu o artigo 43 da Lei 6.515/77, mudança que possibilita a concessão do divórcio sem a partilha de bens, antes requisito obrigatório para o divórcio.

Complementa Gagliano e Pamplona Filho (2011):

[...], havendo novo matrimônio por parte de um dos cônjuges que, divorciado, não partilhou os seus bens, o seu novo regime de bens obrigatoriamente será o de separação legal, para impedir a confusão patrimonial em face do anterior consorte. Logicamente que, após o divórcio, mesmo que não tenha havido partilha, deixa de existir comunhão de bens entre os cônjuges. (2011, p. 137).

Processualmente, na ação de divórcio deve a petição inicial ser instruída com todos os aspectos possíveis, incluindo a divisão de bens, indenização de meação, onde o juiz poderá homologar. No divórcio litigioso também deve a peça exordial conter o esboço da divisão de bens, onde avaliará o juiz as necessidades de ambas as partes, e suas possibilidades financeiras buscando uma divisão igualitária e justa, sem que nenhuma das partes saia lesada, ou hipossuficiente.

3.5.2 Aspectos intertemporais

São aspectos intertemporais os direitos não abarcados pela redação da nova legislação ou retirados do ordenamento jurídico, ou direitos adquiridos em virtude do surgimento da nova redação não requeridos pelas partes em processo em andamento. Conclui no mesmo sentido Santos (2004) p. 19 “A lei antiga, apesar de não mais existir em face da revogação, continua a ter aplicabilidade aos casos ocorridos sob sua vigência, porque os atos são regidos pela lei existente ao tempo em que foram efetivas”

Complementa o conceito de direito intertemporal:

Não podem seguir tramitando demandas que buscam uma resposta não mais contemplada no ordenamento jurídico. Uma vez que o pedido de separação se tornou juridicamente impossível, ocorreu a superveniência de fato extintivo

ao direito objeto da ação, que deve ser reconhecido de ofício (CPC 462).” (DIAS, 2011, p. 640).

Portanto, com o advento da Emenda Constitucional 66/10, e consequente extinção do instituto da separação do ordenamento jurídico, questões de direito intertemporal surgiram causando dúvidas e questionamento. Tais como a situação jurídica das pessoas separadas judicialmente que aguardam o transcurso do lapso temporal para conversão da separação em divórcio, a posição que deve ser tomada pelo jurisdicionado nos processos de separação já iniciados após a promulgação da EC 66/2010.

3.5.2.1 Situação jurídica das pessoas separadas judicialmente

Previsto legalmente nos artigos 1.571, III e 1.576 do Código Civil, a separação judicial servia de preparação para ação de divórcio. Assim, após o decurso do lapso temporal de 1 ano da publicação da sentença, poderia se propor a ação buscando o divórcio e a definitiva extinção do vínculo conjugal, assim, liberando o casal para contrair novo matrimônio.

Assim, com o advento da EC/66, os lapsos temporais necessários para concessão do divórcio deixaram de existir. Mas, pessoas que já tinham suas ações de separação julgadas e aguardavam o transcurso do lapso temporal para requerer o divórcio passaram a questionar se poderiam ter suas ações de separação convertidas em divórcio ou se haveria necessidade de uma nova ação de divórcio?

Portanto, em respeito à segurança jurídica e conforme Gagliano e Pamplona Filho (2011), a situação jurídica das pessoas separadas judicialmente continuaria intacta, em respeito ao ato jurídico perfeito, sendo necessário o pedido de conversão da separação judicial ou extrajudicial em divórcio, por iniciativa de qualquer das partes, dispensando assim, conforme a nova disposição da EC/66, o transcurso do lapso temporal.

Complementa Santos:

Com a publicação da Emenda Constitucional n. 66 de 13 de julho de 2010, ainda não desaparece o instituto da separação judicial de nosso ordenamento, todavia, aqueles que se separam antes da promulgação da emenda em comento, não podem ser considerados divorciados, mas dependentes de

pedido à jurisdição. Caso a nova Emenda Constitucional transformasse as separações automaticamente em divórcio, ocorreria insegurança jurídica, pois neste caso existe a necessidade de manifestação dos envolvidos. (2011, p. 69).

Conforme Dias (2011), nos processos de conversão de separação judicial em divórcio, como já existe a iniciativa de uma das partes buscando o divórcio, evidencia-se a intenção de dissolver a sociedade conjugal, devendo o juiz, ao invés de extinguir o processo, decretar o divórcio de plano.

3.5.2.2 Situação jurídica dos processos de separação em curso

Nos processos de separação em andamento, em caso de separação litigiosa, deve o juiz intimar a parte autora para se manifestar discordando ou acatando a conversão de ação de separação para ação de divórcio, mediante concessão de prazo, e segundo Dias (2011), em caso de silêncio das partes; proceder a conversão do rito compulsoriamente.

Complementa Gagliano e Pamplona Filho (2011), em caso de procedimento de jurisdição voluntária, em ação de separação consensual, deve o juiz intimar as partes para se manifestar sobre a conversão da ação em divórcio, afastando o disposto no artigo 264 do Código de processo Civil, que dispõe defeso o autor modificar o pedido ou a causa de pedir sem prejuízo do devido processo legal, pois, não se trata de uma simples mudança de pedido, mas uma mudança de ordem de direito material com força vinculativa constitucional.

Conclui Gagliano e Pamplona Filho (2011):

Se, entretanto, dentro do prazo concedido, realizarem a devida adaptação do pedido, recategorizando-o, 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, na forma do novo sistema constitucional inaugurado a partir da promulgação da Emenda. (p. 141).

Tem-se por derradeiro, que a conversão do processo de separação conforme exposto, não afetará o direito das partes, nem trará prejuízos a terceiros, desde que, tenha o juiz a devida cautela de chamar as partes interessadas a manifestar-se no processo, para concordando ou apenas conscientizando-se da conversão, agindo de ofício em caso de silêncio ou omissão, o que lhe é permitido pelo CPC.

3.6 EFEITOS PROCESSUAIS

A sentença que decreta o divórcio; seja direto, seja indireto; após devidamente registrado em competente Cartório de Registro público (art. 32 da Lei 6.515/77); segundo Maria Helena Diniz, com o intuito de não prejudicar direito de terceiros, gera efeitos *ex nunc*, ou seja, não retroage para atingir efeitos já produzidos pelo casamento.

Complementa Venosa (2004), quanto aos efeitos da sentença que decreta o divórcio:

O efeito mais importante do decreto de divórcio é por termo ao casamento e aos efeitos civis do matrimônio religioso. Dissolvida a sociedade conjugal pelo divórcio, os cônjuges podem contrair novas núpcias, desaparecendo o impedimento legal. (p. 265).

Assim sendo, os efeitos gerados pela decretação do divórcio, abarcam desde a dissolução dos direitos e deveres recíprocos entre os cônjuges, passando pela estipulação, se houver necessidade e hipossuficiência de alguma das partes, que faça jus aos alimentos, divisão de bens conforme o regime, incluindo direitos e deveres em relação aos filhos menores que *a priori* permanecem inalterados, e influência ou existência de direito ou necessidade de intervenção de terceiros.

Os efeitos do divórcio são definidos por França,

[...] a dissolução definitiva do casamento; o desfazimento dos efeitos civis do casamento religioso, que os tenha gerado; dever de assistência ao outro cônjuge, nas hipóteses de ruptura da vida em comum ou grave doença mental; dever de prestação de alimentos, ao outro cônjuge, de acordo com as circunstâncias; dever de prestação de alimentos aos filhos; ausência em princípio, de modificação dos direitos e deveres em relação aos filhos[...] .(1999, p. 279).

Diniz em sua obra lista os efeitos da seguinte forma:

[...] Dissolução do vínculo conjugal civil e cessação dos efeitos civis do casamento religioso inscrito no registro público; Cessação dos deveres recíprocos dos cônjuges; extinção do regime matrimonial, procedendo a partilha conforme o regime; Possibilidade de novo casamento ao divorciado; Inadmissibilidade de reconciliação; Pedido de divórcio sem limitação numérica, término do regime de separação de fato, se se tratar de divórcio direto, conversão da separação judicial em divórcio se for indireto; Possibilidade de adoção conjunta de criança pelos ex cônjuges, divorciados

(CC, art. 1.622 e parágrafo único); Direito a 1/3 do FGTS quando o ex-cônjuge for demitido ou vier a aposentar-se; Inalterabilidade dos direitos dos pais em relação aos filhos [...]; Continuação de assistência por parte do cônjuge que moveu a ação de divórcio, [...]; extinção da obrigação de alimentar do ex-cônjuge devedor se o ex-cônjuge credor contraiu novo casamento (Lei 6.515, arts. 29 e 30); Direito ao uso do nome do ex-consorte, salvo se o contrário estiver disposto na sentença (CC, art. 1.571, §2º). (2002, p. 293).

A nova redação dada ao artigo 226, §6º da CF/88, retirou totalmente a função do artigo 1.576 do CC/02. Dispõe o aludido artigo que a separação põe termo aos deveres de coabitação, fidelidade recíproca, e ao regime de bens, tendo em vista que a extinção destes efeitos, a partir de então, se obtém dissolvendo o matrimônio por meio do divórcio, todavia.

Bem como complementa Dias a respeito dos efeitos oriundos da modificação:

A diferença de ordem prática entre os dois institutos era que a separação não permitia novo casamento, enquanto os divorciados ficam livres para casar novamente. [...]. Após a Emenda constitucional 66/10, o divórcio pode ser requerido a qualquer tempo. No mesmo dia ou no dia seguinte ao casamento. Acabou o desarrazoado prazo de espera, pois nada justifica impor as pessoas fiquem dentro de uma relação quando já rompido o vínculo afetivo. (2010, p. 77).

Logo, a ação de divórcio pode abarcar temas também abordados na ação de separação litigiosa ou consensual como: uso do nome; termo ao regime matrimonial de bens; obrigação alimentar ao cônjuge se demonstrada à necessidade e aos filhos menores necessariamente; indenização por perdas e danos, em face de prejuízos morais ou patrimoniais; supressão do direito sucessório entre os consortes; discussão da guarda dos filhos; regulação de visitas ao cônjuge que não possui a guarda.

4 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DA EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010

4.1 CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A compreensão de Emenda Constitucional e os efeitos que esta produz sobre as normas infraconstitucionais, bem como no presente trabalho monográfico que se traduz pela compreensão extensiva das modificações geradas pela Emenda Constitucional 66/10 sobre as normas infraconstitucionais que regem a dissolução do casamento, passa necessariamente pela compreensão do conceito de Constituição Federal, sua classificação, e o conhecimento do Instituto da Emenda Constitucional, seu processo legislativo, limites e efeitos gerados sobre as normas infraconstitucionais.

4.1.1 Conceito

Toda nação soberana e independente, possui no topo de seu sistema normativo uma carta máxima que se encontra no topo do sistema jurídico, regendo todo o sistema em que se molda o Estado, tal como a Constituição Federal do Brasil, ou regendo que parâmetros deverão obedecer às legislações e constituições inferiores hierarquicamente dos Estados e Territórios que o compõem.

Por conseguinte, uma constituição poderá reger a forma como se compõe o país, a forma de governo, objetivos, fundamentos, prerrogativas, competências, encargos, direitos e garantias coletivas. Mas poderá ser breve, informal, prever apenas a forma de composição e de governabilidade do país e conceder a prerrogativa de legislar para os estados que o compõem.

Desta forma conceitua constituição Moraes (2004, p. 83)

[...] *Constituição* deve ser entendida como lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos e deveres dos cidadãos. Além disso, é a Constituição que individualiza órgãos competentes para a edição de normas jurídicas, legislativas ou administrativas.

Complementa o conceito de Constituição ainda Bulos (2009, p. 28)

Constituição é o organismo vivo delimitador da organização estrutural do Estado, da forma de governo, da garantia das liberdades públicas, do modo de aquisição exercício do poder. Traduz-se por um conjunto de normas jurídicas que estatuem direitos, prerrogativas, garantias, competências, deveres e encargos, consistindo na lei fundamental da sociedade.

Ao referir-se a constituição como um organismo vivo, o citado autor refere-se à elasticidade dada as constituições para poderem ao longo do tempo adaptar-se às novas realidades sociais, sem necessidade de aprovação de uma nova constituição.

Levando-se em consideração a diversidade de conceitos dados às constituições em cada contexto normativo; e cada conceituação dada dentro da doutrina pátria. Tem-se por conceito de constituição a lei máxima de cada país soberano, que regem fundamentos, objetivos, direitos, deveres, e prerrogativas do próprio Estado, bem como direitos e deveres coletivos e individuais da sociedade.

4.1.2 Classificação da Constituição Federal de 1988

Para melhor compreensão das formas de origem, conteúdo de uma constituição, bem como das modalidades, formas de constituições existentes, a doutrina adota classificações diversas para melhor analisá-las. Assim, será adotada na presente monografia a classificação de Silva (2005), o qual segue.

4.1.2.1 Quanto ao conteúdo

Conforme a forma de governo implantado em cada país soberano, será adotada uma constituição que melhor se encaixe, existindo duas formas de conteúdo que pode uma constituição abordar, sendo mais restrita quando de conteúdo material, e sendo o texto constitucional mais abrangente a quanto ao conteúdo formal.

São classificadas como materiais as constituições que trazem em seu conteúdo matérias de âmbito estritamente constitucional da nação, ou seja, a organização política, regime, estruturas de governo, podendo mais abrangentemente

abarcam direitos, garantias, estrutura de órgãos. Complementa Silva (2005, p. 40) “[...], constituição só se refere à matéria essencialmente constitucional; as demais, mesmo que integrem uma constituição escrita, não seriam constitucionais”. Logo, podem ser modificadas sem necessidade do mesmo processo legislativo que modifica a constituição.

Complementa Paulo e Alexandrino (2008, p. 13)

[...], consideram-se constitucionais somente as normas que cuidam de assuntos essenciais à organização e ao funcionamento do Estado e estabelecem os direitos fundamentais (matérias substancialmente constitucionais). Leva-se em conta, para a identificação de uma norma constitucional, o seu conteúdo. Não importa o processo de elaboração ou a natureza do documento que a contém; ela pode, ou não, estar vazada em uma Constituição escrita.

Constituição classificada como possuindo conteúdo formal, diz respeito às constituições que abordam em seu texto exaustivamente toda matéria ligada diretamente ou indiretamente à organização e atuação do Estado, e ainda toda matéria que tenha reflexo protetivo ou restritivo de direitos. Complementa Bulos (2009, p. 44) “São os documentos escritos e solenes oriundos da manifestação constituinte originária”.

A Constituição Federal de 1988 é classificada como uma constituição que possui conteúdo formal, tendo em vista, tentar em seu texto esgotar todas as matérias as quais envolvam o Estado, além de todo seu texto compor que a constituição por meio de emenda possui status constitucional.

4.1.2.2 Quanto à forma

A constituição poderá ser, em relação ao sistema normativo de cada país, dependendo da estrutura jurídica, ser escrito (instrumental) ou não escrito (costumeira ou consuetudinária).

É classificado como uma constituição não escrita ou consuetudinária, normas reiteradas por leis comuns infraconstitucionais, com origem nos princípios, usos e costumes da sociedade, ou em reiteradas decisões, que passam a reger leis posteriores. São normas esparsas, reconhecidas pela sociedade e pelo sistema jurídico pátrio como norteadoras do direito.

Complementa Paulo e Alexandrino (2008)

Nas Constituições não-escritas (costumeiras ou consuetudinárias), as normas constitucionais não são solenemente elaboradas, em um determinado e específico momento, por um órgão especialmente encarregado dessa tarefa, tampouco estão codificadas em um documento único. Tais normas encontram-se em leis esparsas, costumes, jurisprudência e convenções. [...] (p. 12).

Classifica-se, portanto, quanto à forma da constituição como escrito ou instrumental, quando se aglutina em um único documento formal e solene, podendo abranger todas as principais normas, regras e princípios regentes do sistema normativo e jurídico daquela nação. Complementa Silva, J., (2005) p. 41 “Considera-se escrita a constituição, quando codificada e sistematizada num texto único, elaborado reflexivamente e de um jato por um órgão constituinte, [...]”.

Complementa Motta e Barchet (2009, p. 20)

Constituições escritas são aquelas cujas normas estão reunidas de forma sistemática em um único documento, solenemente promulgado em determinado momento como a Constituição de certo Estado. [...]. Permite a todos os interessados o conhecimento exato acerca de quais normas integram a Constituição. Confere a norma um a imutabilidade relativa, [...]

Classifica-se a Constituição Federal de 1988, como uma constituição escrita, tendo em vista que suas normas são aglutinadas em um único documento, solene, formal e exaustivo.

4.1.2.3 Quanto ao modo de elaboração

Tal classificação encontra-se situada na relação existente entre a elaboração de uma constituição e o contexto político e social onde se encontra situada uma sociedade. Quanto ao modo de elaboração, portanto, classifica-se uma constituição como sendo dogmática ou sistemática, e histórica ou costumeira.

O conceito de classificação dogmática ou sistemática uma constituição, é necessariamente relacionada a uma constituição escrita, pois parte a elaboração de uma determinada constituição de dogmas e teorias políticas, sociológico, ideológico de planos sistêmicos pré-concebidos. Complementa Silva (2005, p. 41) “Constituição dogmática, sempre escrita, é elaborada por um órgão constituinte, e sistematizada os dogmas ou idéias fundamentais da teoria política e do Direito dominantes no momento.”

A classificação de constituição histórica ou costumeira, sempre relacionado à constituição não escrita, advém de uma lenta e contínua evolução sócio-normativa de uma população e sistema jurídico, onde a legislação aplicada trata-se de costumes adquiridos por determinada comunidade com o passar das gerações.

Complementa Bulos (2009, p. 41)

Constituições históricas ou histórico-costumeiro – originam-se da tradição, dos usos e costumes, da religião, da geografia, das relações políticas e econômicas. Nelas, dificilmente conseguiremos identificar o titular do poder constituinte, cujo exercício ocorre de modo difuso. Toda a comunidade, ou apenas parte dela, cria o texto constitucional, com base num lento processo de sedimentação consuetudinária. Daí se dizer que as cartas históricas são obras anônimas.

A constituição pátria classifica-se, conforme o exposto, como uma constituição dogmática, haja vista que sua concepção se deu por ideais, dogmas, sociológicos e políticos, decorrente do poder constituinte originário.

4.1.2.4 Quanto à origem

Classificam-se as constituições quanto ao modo como se originam. Conforme a forma de governo e a necessidade de aprovar-se uma nova constituição sejam para retirar um determinado grupo do poder, seja por grande pressão popular, ou seja, por necessidade de uma grande reforma política, há três formas de originar-se uma constituição, podendo ser por meio popular ou democrático, outorgada ou cesarista.

São classificadas como constituições populares ou democráticas, aquelas em que o órgão constituinte originário compõe-se de representantes de diversas classes da sociedade, além de haver participação intensa e direta da sociedade na formação da constituição. Conclui Silva, J. (2005), p. 41 “São populares (ou democráticas) as constituições que se originam de um órgão constituinte composto de representantes do povo, eleitos para o fim de elaborar e estabelecer, [...]”

No mesmo sentido Complementa Bulos (2009, p. 41)

Constituições democráticas – também chamadas de populares, promulgadas ou votadas, são aquelas que se originam da participação popular. O povo, galgando o status de eleitor, escolhe livremente, por meio do voto, os representantes que irão integrar a assembléia constituinte, destinada a elaborar e estabelecer as normas constitucionais. [...].

Classificam-se, como constituições outorgadas aquelas impostas unilateralmente pelos governantes ao povo, sem participação deste na elaboração e aprovação da carta constitucional. Geralmente governos ditatoriais, impérios e reis utilizam este meio de constituição para manter seu poder ilimitado sobre determinada nação.

Complementa Silva (2005, p. 41)

Outorgadas são as elaboradas e estabelecidas sem a participação do povo, aquelas elaboradas e estabelecidas sem a participação do povo, aquelas que o governante – Rei, Imperador, Presidente, Junta Governativa, Ditador – por si ou por interposta pessoa ou Instituição, outorga, impõe, concede ao povo, [...].

Compreendem-se por constituições cesaristas, aquelas impostas por ditadores para legitimar ou ratificar sua permanência por meio de referendo ou plebiscito, onde o povo aprova ou desaprova a constituição imposta pelo governante, sem todavia, participar de sua elaboração. A rigor, difere da constituição outorgada, pois há participação popular, contudo também difere da constituição popular, pois não há efetiva participação na confecção da carta constitucional.

A respeito da constituição cesarista complementa Silva (2005).

Poder-se-ia acrescentar aqui outro tipo de constituição, que não é propriamente outorgada, mas tampouco é democrática, ainda que criada com participação popular. Podemos chamá-la constituição cesarista, porque formada por plebiscito popular sobre um projeto elaborado por um Imperador (plebiscitos Napoleônicos) ou um Ditador (plebiscito de Pinochet, no Chile). A participação popular, nesses casos, não é democrática, pois visa apenas ratificar a vontade do detentor do Poder. (p. 42)

A constituição pátria promulgada em 1988 classifica-se, conforme exposto, como sendo uma constituição democrática, pois, houve plena participação na confecção da carta constitucional, buscando-se ouvir e abarcar o direito das mais diversas classes econômicas e operárias.

4.1.2.5 Quanto à estabilidade

Quanto à facilidade de alteração da carta constitucional há na classificação doutrinária, três classificações, podem ser, portanto, constituições de processo de mudança rígidas, semi-rígidas ou flexíveis.

As constituições que possuem processo de modificação rígido são aquelas as quais necessitam de processo legislativo, solenidades especiais e exigências formais especiais, difíceis e rigorosos para sua aprovação, sendo, portanto, mais moroso. É chamado o órgão responsável pelas modificações na constituição de poder constituinte derivado.

Há de salientar-se também, que rigidez difere de imutabilidade, pois, inexistente constituição imutável em face da necessidade de se adaptar a letra constitucional as novas necessidades advindas da mutação e inovação das relações sociais, principalmente nas constituições formais, que visam em sua natureza esgotar as relações sociais. Lenza (2008), p. 26 “Rígidas são aquelas constituições que exigem, para a sua alteração [...], um processo legislativo mais árduo, mais solene, mais dificultoso do que o processo de alteração das normas não constitucionais.”

São constituições semi-rígidas ou semiflexíveis são aquelas que possuem parte rígida, modificável conforme processo legislativo mais solene e dificultoso, e outra parte flexível, que para sua modificação segue o órgão reformador o rito utilizado para modificação das normas infraconstitucionais.

Neste sentido complementa o conceito de constituição semi-rígida Lenza (2008)

Semiflexível ou semi-rígida é aquela constituição que é tanto rígida como flexível, ou seja, algumas matérias exigem um processo de alteração mais dificultoso do que o exigido para alteração das leis infraconstitucionais, enquanto outras não requerem tal formalidade. (p. 27)

É classificada como constituição flexível, aquela que necessita para sua modificação, requisitos e formalidades para processo legislativo igualmente dificultoso ao que cabe para modificar-se uma legislação não constitucional. Complementa Bulos (2009), p. 45 “Constituições flexíveis – são contrapostas às rígidas, pois a cada momento, elas podem ser modificadas, contraídas, sem processo formal complexo, solene, demorado e dificultoso.”

Logo, ante as classificações analisadas, classifica-se a Constituição Federal de 1988 como sendo rígida, haja vista o processo legislativo solene, formal, tendo como

requisito para sua votação *quorum* de 3/5 dos membros de cada casa legislativa, em dois turnos de votação conforme expõe o artigo 60, §2º da CF/88.

4.2 ASPECTOS GERAIS DE EMENDA CONSTITUCIONAL

4.2.1 Conceito de Emenda Constitucional

Há de se diferenciar primeiramente dois termos utilizados pela doutrina pátria ao referir-se aos processos de modificação da constituição. Conforme Silva, (2008) p.439, utiliza-se reforma como gênero dos quais emenda e revisão suas espécies.

Contemplado no direito constitucional pátrio pelas disposições transitórias, conforme Bulos (2009, p. 296), revisão trata-se de uma reforma de maior amplitude nas normas estabelecidas pela constituição, abarcando maior variedade de temas, enquanto a emenda constitucional traz ao texto constitucional reforma de menor amplitude de temas específicos.

Logo, podemos estabelecer que a emenda constitucional, disposta nos artigo 60 da CF/88, trata-se de uma reforma na carta constitucional, que abarca apenas um ou mais artigos constitucionais, sobre determinado tema, com iniciativa conferida ao poder constituinte derivada, tramitando necessariamente por um processo legislativo rigoroso, solene, formal, sendo necessário quorum qualificado para votação. Complementa Silva (2008, p. 439) “[...] processo formal de mudança das constituições rígidas, por meio de atuação de certos órgãos, mediante determinadas formalidades, estabelecidas nas próprias Constituições, para o exercício do poder reformador.”.

4.2.2 Processo legislativo

A sociedade e as relações humanas vivem em constante evolução e mutação, mudando e evoluindo assim, valores e princípios morais e sociais. Logo, uma

constituição como a nossa que visa atender e assegurar direitos e deveres advindos das relações sociais deve se readequar constantemente seu texto às novas realidades sociais.

Complementa Silva (2008, p. 440)

Aqui a Constituição reconhece que ela não pode ter-se como eterna. Se ela há de ser um instrumento de realização de valores fundamentais de um povo, e se esses valores, dada sua natureza histórica, são mutáveis, intuitivo e compreensível será que a obra do constituinte originário, que retira do povo cambiante a seiva legitimadora de seu produto, seja também suscetível de mudanças. [...]. Mas, também não tem sentido a instauração de processos de mudanças constitucionais sem razões profundas que justifiquem objetivamente a reforma da Constituição, porque, se ela não deve ter-se como eterna, também não deve ter-se como algo banal, que se altera ao sabor de interesses ou dificuldades momentâneas.

Portanto, o poder constituinte originário impôs no texto constitucional proteções à essência da constituição, com o intuito de conceder ao poder constituinte derivado competência para atualizar e situar a constituição ao contexto social, por meio de um processo legislativo formal, rigoroso e solene, atribuindo ao Congresso Nacional, presidente da república e Assembléias Legislativas dos estados legitimidade restrita de iniciativa, além de impor limites ao poder de atuação legislativa.

Complementa Motta e Barchet (2009)

O fato de ter sido o projeto apresentado com redação original não significa que o mesmo será aprovado e transformado em lei e, ainda que isso aconteça, a redação final, em regra, pode não coincidir com a redação original. Inerentes ao processo de discussão surgem as emendas que nada mais são que propostas acessórias apresentadas ao projeto de lei original. (p. 398).

Previsto no artigo 60, §§2º, 3º e 5º da CF/88, o processo legislativo para aprovação de uma emenda à constituição, pode ter iniciativa do Presidente da República; um terço no mínimo dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; ou de mais da metade das Assembléias Legislativas, manifestando-se cada uma delas pela maioria absoluta dos seus membros.

Acrescenta Motta e Barchet (2009)

Essencial para a democratização do processo legislativo, a discussão consiste em submeter a apreciação da proposta aos parlamentares e às comissões temáticas pertinentes, se possível com a oitiva da vontade popular. Quanto mais debatida e apreciada a proposta, maior a probabilidade de, ao final, surgir um texto mais robusto que alie à técnica redacional legislativa com a experiência dos patrocinadores da idéia [sic] original. (p. 399).

No âmbito do Congresso Nacional, a iniciativa ou proposta de Emenda Constitucional será debatida e votada em cada casa, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver 3/5 dos votos do total de membros em ambas as casas. Aprovada a

Emenda Constitucional, é encaminhada para promulgação e publicação em sessão conjunta das mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Todavia, caso rejeitada a matéria proposta, conforme artigo 60, §5º, da CF/88, o mesmo tema não poderá ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

4.3 EFEITOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL

4.3.1 Limites da Emenda Constitucional

Ao contrário do poder ilimitado que possui o poder constituinte originário, que possui o objetivo de esgotar os temas presentes na constituição, o poder constituinte derivado possui limitação em sua atuação com intuito de não modificar estruturalmente a constituição, mas apenas situá-la em novos paradigmas sociais adquiridos com a mutação e evolução. Logo se classificam os limites como expressos os formais, materiais e circunstanciais; e como implícitos quanto aos direitos e garantias fundamentais, quanto à titularidade do poder constituinte derivadas, quanto à titularidade do poder reformador, quanto ao processo legislativo especial de reforma.

São limites expressos, aqueles em que a limitação da atuação do poder constituinte derivado vem expressamente apontados na letra da constituição. Portanto, classificam-se como limites formais, limites materiais, e limites circunstanciais.

4.3.1.1 Limites formais

Limites formais ou procedimentais, no tocante a obrigatória observação do procedimento legislativo com *quorum* qualificado, competência privativa ou concorrente para propositura da emenda constitucional, conforme dispõe o artigo 60, I, II, III e §§ 2º, 3º, e 5º, da CF/88. Complementa Bulos, (2009), p. 298, “limites formais, [...], são as vedações expressas que consagram o procedimento especial para a realização de reformas constitucionais.”

4.3.1.2 Limites materiais

Limites materiais são vedações ao poder reformador, ao que diz respeito à inalterabilidade das normas substâncias da constituição, conforme previsão do artigo 60, § 1º, CF/88. Complementa Lenza (2008), p. 362 “O poder constituinte originário também estabeleceu algumas vedações materiais, ou seja, definiu um núcleo intangível, [...]”

Complementa Paulo e Alexandrino (2008, p. 564)

As limitações materiais, como deflui de seu nome, excluem determinadas matérias ou conteúdos da possibilidade de abolição, visando a assegurar a integridade da Constituição, impedindo que eventuais reformas provoquem a destruição de sua unidade fundamental ou impliquem profunda mudança de sua identidade.

Portanto, o poder originário outorgou ao poder constituinte derivado a possibilidade de modificações pontuais na carta constitucional, todavia, visou preservar determinados pontos fundamentais da república, da constituição e do sistema normativos, tendo em vista evitar o uso arbitrário de modificação pelo do poder constituinte derivado. Por exemplo, pode-se citar a expressa proibição de alteração das chamadas cláusulas constitucionais pétreas.

4.3.1.3 Limites circunstanciais

Por limites circunstanciais, entende-se limitação imposta ao poder constituinte derivado para modificar a legislação constitucional em época de calamidade pública ou guerra. Complementa Bulos (2009), p. 299 “Limites circunstanciais são vedações expressas que impedem reformas nas constituições em momentos conturbados.”

Complementa Paulo e Alexandrino (2008, p. 552)

As limitações circunstanciais impedem modificações na Constituição quando se verificam, no país, determinadas situações anormais e excepcionais, em

que poderia estar ameaçada a livre manifestação do órgão reformador. Busca-se afastar eventual perturbação à liberdade e à independência dos órgãos incumbidos da modificação constitucional.

Logo, teve a cautela o legislador constituinte originário, de vedar a modificação da constituição em épocas de fragilidade política e social, com o intuito de prevenir modificações na legislação ao passo que o foco político e social encontra-se focada em contornar uma determinada situação. Pode-se mencionar, como exemplo, o impedimento de ocorrer emendas à constituição em épocas de guerras ou ante a decretação de estado de sítio.

4.3.1.4 Limites implícitos

Limites Implícitos são decorrentes da impossibilidade de alteração de normas fundamentais que se alteradas modificariam a essência da constituição, tais quais relativos aos direitos e garantias fundamentais, à titularidade do poder constituinte derivadas, à titularidade do poder reformador, ao processo legislativo especial de reforma. Complementam Motta e Barchet (2009) p. 69 Limitações materiais implícitas: essas limitações aplicam-se integralmente ao processo de reforma da Constituição da Republica, segundo entendimento jurisprudencial e doutrinário largamente predominante.

Pode-se citar como exemplo, a possibilidade de revogação de cláusulas não pétreas, mas substanciais, por meio de Emendas Constitucionais, a exemplo da idade de aposentadoria. Não podendo ser objeto de emenda as cláusulas pétreas, consoante artigo 60, §4º, I, CF/88.

4.3.2 Eficácia e vigência das normas constitucionais

Ao ser aprovada uma Emenda à Constituição, esta norma passa a compor o bloco constitucional, aplicando-se a ela todas as regras e os efeitos equivalentes às normas constitucionais primitivas.

As normas constitucionais têm por escopo abranger o máximo de áreas e temas possíveis, logo, não deve haver letra constitucional sem que produza efeitos sociais e jurídicos. Ao estudar os efeitos das normas constitucionais, José Afonso da Silva estabeleceu uma classificação que vem sendo observadas pelos demais observadores. Complementa Bulos (2009), p. 361 “Se é certo que todas as disposições de uma constituição produzem, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, mais exatos ainda é que esses efeitos submetem-se a um escalonamento.”

Por conseguinte, as normas constitucionais podem ter eficácia desde seu ingresso no mundo jurídico, dispensando regulamentação por lei ordinária, ou depender da regulamentação por lei infraconstitucional. A necessidade de regulamentação, no entanto, poderá vir expressa em seu texto, no caso do ingresso de uma emenda constitucional, ou pelo contexto, mesmo omitindo o legislador sobre a necessidade de regulamentação, pode ser impossível sua aplicação. Assim temos as normas de eficácia plena, contida, limitada e exaurida.

4.3.2.1 Normas constitucionais de eficácia plena

Normas constitucionais de eficácia plena ou aplicabilidade direta são a rigor, normas de eficácia imediata, possuem tal vinculação normativa que produzem efeitos desde o momento que ingressam no ordenamento jurídico dispensando regulamentação por legislação infraconstitucional, seja por lei ordinária, seja por complementar. Complementa Lenza (2008), p. 105 “[...] são aquelas normas da Constituição que, no momento em que esta entra em vigor, estão aptas a produzir todos os seus efeitos, independentemente de norma integrativa infraconstitucional.”

Além das características retro mencionadas, Bulos (2009, p. 362) ainda complementa referendando características das normas de eficácia absoluta.

Eis as características dos preceitos de eficácia absoluta: podem ser chamadas de normas de eficácia total, pois produzem efeitos paralisantes de toda manifestação legislativa que vier a conspurcá-los; independem de lei para terem aplicação imediata; São inalteráveis, paralisando, totalmente, propostas de emendas e revisões constitucionais que pretendam reformulá-los, mediante duplo processo revisional [...]; funcionam como normas constitucionais de bloqueio, impedindo que leis ou atos normativos venham, direta ou indiretamente, contrariá-los.

O mesmo autor, em sua classificação, secciona normas constitucionais de eficácia absoluta e as normas constitucionais de eficácia plena, relacionando as primeiras às cláusulas pétreas da constituição, onde não admite qualquer legislação que vise modificá-las ou alterá-las, justificando a razão por possuírem aplicação imediata, divergindo das normas constitucionais de eficácia plena, pois estas admitem serem emendas e modificadas.

Interessante observar que os preceitos de eficácia plena, se comparados às normas de eficácia absoluta, assemelham-se e distinguem-se delas. Assemelham-se, porque ambas possuem aplicabilidade imediata, independentemente de *interpositio legislatoris* para incidir concretamente. Distinguem-se, porque as normas constitucionais de eficácia plena podem ser revisadas ou emendadas, pela ação do poder reformador, em virtude de não apresentarem efeitos absolutos, enquanto as de eficácia total, como vimos, são inatingíveis. (BULOS, 2009, p. 363)

Assim, as normas de eficácia plena são aquelas que dispensam normatização por possuírem em seu bojo, efeitos suficientes para sua imediata aplicação. Como por exemplo, o artigo 17 da CF/88 que dispõe acerca da constituição de partidos políticos no Brasil.

4.3.2.2 Normas constitucionais de eficácia contida

Normas de eficácia contida ou prospectiva possuem aplicação imediata, desde o seu ingresso no ordenamento jurídico, tais quais as normas de eficácia plena, todavia, em razão de normas pré-estabelecidas na constituição ou por advento de normas infraconstitucionais, poderão ter seus efeitos jurídicos, no caso concreto, restringidos. Complementa Lenza, (2008), p. 106 “Embora tenham condições de, quando da promulgação da nova Constituição produzir todos os seus efeitos, poderá a norma infraconstitucional reduzir sua abrangência.”

Acerca da definição de normas constitucionais de eficácia contida complementa Bulos (2009, p. 363)

As normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade imediata são as que podem ser restringidas ou suspensas pelo legislador originário. Sob a óptica da aplicabilidade, as normas contidas aproximam-se das plenas por incidirem de imediato e delas se distanciam pela contenção de sua eficácia. Por outro lado, os preceitos contidos assemelham-se aos de eficácia limitada pela possibilidade de regulamentação legislativa.

Caracterizam-se as normas de eficácia contida, por conseguinte, trazerem em seu bojo normas constitucionais de aplicação imediata, todavia, poderão ser restrito ou suspenso os seus efeitos por outras normas já estabelecidas na carta constitucional ou por meio de legislação ordinária. Trazem em seu texto conceitos vagos, genéricos com intuito de proporcionar ao legislador regular em que situação no caso específico atuará aquela norma. Pode-se tomar como exemplo o artigo 37, VII, da CF/88, ao passo que estabelece o direito de greve, admite lei específica limitando ou abrangendo o direito, situações e limitações para seu exercício.

4.3.2.3 Normas constitucionais de eficácia limitada

Normas constitucionais de eficácia limitada, são normas que ao ingressarem no ordenamento jurídico, não produzem efeitos imediatos em razão de lhe faltar regulamentação para sua aplicação prática, assim, trata da matéria apenas genericamente e outorga ao legislador a tarefa de regular a aplicação no caso concreto.

Complementa o conceito de normas constitucionais de eficácia limitada Lenza, (2009, p. 107)

São aquelas normas que, de imediato, no momento em que a Constituição é promulgada, não tem o condão de produzir todos os seus efeitos, precisando de uma lei integrativa infraconstitucional. São, portanto, de aplicabilidade mediata e reduzida, ou, segundo alguns autores, aplicabilidade diferida.

As normas constitucionais de eficácia limitada, mesmo não apresentando efeitos práticos, vinculam o legislador constitucional ao seu comando normativo, devendo respeitá-la, no momento em que edita uma legislação para regulamentá-la. Outra característica dessas normas é a capacidade de o legislador, ao regulá-la, ampliar o seu conteúdo e campo de abrangência das matérias que tal norma disciplina. Pode-se citar como exemplos a necessidade de regulamentação do artigo 37, XII, da CF/88, que estabelece o teto do poder legislativo e judiciário em relação ao poder executivo, e é regulamentado pela lei 8.852/94.

4.3.2.4 Normas constitucionais de eficácia exaurida

Normas constitucionais de eficácia exaurida são normas constitucionais que possuem eficácia passageira e já se esgotaram seus efeitos no ordenamento jurídico. São próprias dos atos das disposições constitucionais transitórias, como complementa Bulos (2009) p. 367, “Normas de eficácia exaurida e aplicabilidade esgotada são aquelas, como o próprio nome diz, que já extinguiram a produção de seus efeitos. Por isso, encontram-se dissipadas ou desvanecidas, esgotando, assim, sua aplicabilidade.”

Possuem como características o fim de sua validade jurídica com a produção de seus efeitos jurídicos, deixando de produzir efeitos jurídicos; as mesmas normas constitucionais depois de exauridas não mais podem voltar a produzir efeitos, necessitando, portanto, de nova norma constitucional para voltar a produzir os efeitos da norma exaurida. Há como exemplo a ser citado em nosso ordenamento jurídico o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que muitos de seus artigos serviram como regras de transição para a CF/88, e a maioria de seus artigos já perdeu a eficácia.

4.3.2.5 Aplicabilidade da Emenda Constitucional 66/2010

Logo, conforme classificação da eficácia das normas constitucionais exposta, a emenda constitucional, possui aplicação imediata pelo fato de não trazer em sua redação, menção da necessidade de aplicação prática submetido à regulamentação pelo legislador ordinário. Neste sentido entende Silva, J., (2011) p. 81, “[...] Não pode restar dúvida. A EC n. 66/2010 entrou em vigor com eficácia imediata ou plena exclusivamente para suprimir os requisitos temporais do divórcio, de modo a eliminar sua natureza conversiva.”

Todavia, em razão da omissão da redação dada pela EC 66/2010, há defensores, tal qual Luiz Felipe Brasil Santos, Sérgio Gischow Pereira e Gilberto Schafer, da necessidade de regulamentação por legislação ordinária para retirar o instituto da separação das legislações infraconstitucionais.

4.4 EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010

4.4.1 Histórico e tramitação da Emenda Constitucional 66/10 como PEC

Com escopo de dar mais celeridade ao processo de divórcio e abolir do ordenamento jurídico o Instituto da Separação, foi proposta à câmara dos Deputados, em 1999, pelo então deputado Ênio Bacci, o projeto de Emenda Constitucional 22/99, que visava igualar os prazos necessários a concessão do divórcio. Acerca do início da tramitação da Emenda Constitucional, Complementa Silva, (2011, p. 17)

Com o objetivo de facilitar o divórcio, por meio da diminuição do prazo do requisito de separação prévia, entrou em tramitação na Câmara dos Deputados a Proposta de Emenda à Constituição n. 22, de 1999. Originalmente, a PEC n. 22899 tinha como proposta dar a seguinte redação ao § 6º do art. 226: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após comprovada separação de fato ou de direito por mais de 1 (um) ano”.

Com o mesmo escopo de facilitar o fim do casamento e extinguir o Instituto da Separação, tal qual buscava a PEC 22/99, foi proposta à Câmara dos Deputados em 2005, por iniciativa do Instituto de Direito de Família (IBDFAM), com apoio do Deputado Carlos Biscaia a PEC nº 413/2005, que viria a ser reapresentada em 2007, pelo congressista Sérgio Barradas sob o número 33/2007 que propunha, conforme Gagliano e Pamplona Filho (2011) p. 50 “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio consensual ou litigioso, na forma da lei”.

Logo, em razão dos três projetos regularem a mesma matéria, visando a modificação da mesma norma constitucional, apensaram-se, tramitando de forma conjunta. Em junho de 2009, aprovou-se o substituto sob nº 22-A/1999, proposto pelo parlamentar Joseph Bandeira, visando extinguir o Instituto da Separação da CF/88, e do ordenamento jurídico pátrio, e apresentava a seguinte redação segundo Silva, R., (2011) p. 17, “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.

Ao tramitar no senado o conjunto dos três projetos de Emendas Constitucionais sob o número 28/2009, com a redação dada pela 413/2005, após o substitutivo de nº 22-A/1999, em 14 de julho de 2010, sob críticas da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, CNBB, e aplausos do IBDFAM, aprovou-se a Emenda Constitucional 66/2010.

4.4.2 Correntes doutrinárias advindas com a Emenda Constitucional 66/10

Com o ingresso da EC. 66/10 no ordenamento jurídico pátrio, logo surgiram críticas e elogios a redação dada pela emenda, bem como interpretações divergentes. Há, portanto, defensores da inconstitucionalidade da EC/2010, em razão da superficialidade da redação e do vácuo deixado no ordenamento, que dando margem a interpretações divergentes, cria insegurança jurídica a todos.

Complementa Silva (2011)

[...], se não for devidamente interpretada, serão impossibilitadas a averiguação da culpa no desenlace conjugal e a aplicação de suas indispensáveis consequências, favorecendo aquele que descumpe gravemente os deveres conjugais, a ponto de facultar-lhe a exigência de pensão alimentícia plena, a ser paga pela vítima do ato ilícito. [...], a indevida interpretação da emenda pode traduzir-se em desrespeito aos direitos dos que professam a religião católica, [...]. Por todas essas razões, caso não se interprete devidamente a EC n. 66/10, essa modificação constitucional estará eivada de inconstitucionalidades e pronta para assim ser declarada pelo Supremo Tribunal Federal. (p. 18).

Entretanto, defendem Gagliano e Pamplona Filho que a regularidade da emenda, tendo em vista, caso aprovada sua redação original não se daria a devida importância a modificação da legislação, bem como, se aprovada com a menção “na forma da lei”, se daria margem a ampliar efeitos pelo legislador ordinário, ou até ir de encontro ao objetivo da lei deturpando sua redação.

Desta forma defende Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 54)

Caso fosse aprovada com em sua redação original, correríamos o risco o sério risco de minimizar a mudança pretendida, ou, o que é pior, torná-la sem efeito, pelo demasiado espaço de liberdade legislativa que a jurisprudência poderia reconhecer estar contida na suprimida expressão. Vale dizer, aprovar uma Emenda simplificadora do divórcio com o adendo “na forma da lei” poderia resultar em um indevido espaço de liberdade normativa infraconstitucional, permitindo interpretações equivocadas e retrógradas, justamente o que a Emenda quer impedir.

Tal qual, surgiu também correntes doutrinárias e jurisprudenciais defendendo posições distintas acerca da extinção do Instituto da separação.

4.4.2.1 Do fim do instituto da separação

Com base na redação dada ao artigo 226,§6º, CF/88, pela Emenda Constitucional 66/10, há muita divergência acerca do fim do instituto da separação, logo surgiram quatro correntes doutrinárias com entendimentos divergentes.

A primeira corrente, defendida por Luiz Felipe Brasil Santos, trouxe como tese, a inaplicabilidade de imediato das mudanças introduzidas pela Emenda Constitucional nas legislações infraconstitucionais que prevêm a separação, sendo necessária a edição de uma lei ordinária para retirar tal instituto do sistema normativo.

A segunda corrente doutrinária, defendida por Rodrigo da Cunha Pereira, Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho e Maria Berenice Dias, entendem que a emenda constitucional possui efeito imeditado e que há eliminação do ordenamento jurídico tanto do instituto da separação, como também seus prazos e o instituto da culpa.

A terceira corrente defendida por Mário Luiz Delgado defende a manutenção do instituto da separação no ordenamento jurídico, sendo facultativo sua propositura, bem como, a manutenção do instituto da culpa.

O quarto instituto, defendido por Regina Beatriz Tavares, defende a facilitação do divórcio, e que o sistema dissolutório manteve-se íntegro retirando-se da letra constitucional, apenas os prazos.

Por fim, tais correntes será fruto de análise e comparação no próximo capítulo, do qual se tentara extrair uma concepção acerca de quais correntes são majoritárias e seus argumentos principais.

5 A CULPA APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010 NA NOVA AÇÃO DE DIVÓRCIO

Com o advento da EC 66/2010, advieram correntes doutrinárias e jurisprudenciais, sob os mais diversos argumentos, alegando a retirada ou a manutenção dos Institutos da Separação e da culpa do ordenamento jurídico.

Entretanto, objeto de estudo deste trabalho monográfico, a culpa que tanto gera discussão, sob a óptica jurídica, merece em primeira análise ser compreendida conceitualmente nas esferas psicológica, e jurídica.

5.1 CONCEITO DE CULPA

5.1.1 Culpa na psicanálise

Para possibilitar o convívio em sociedade o ser humano desenvolveu a habilidade de impor limites aos seus impulsos, de forma que suas ações interfiram menos possível na vida de outros humanos ou interfira de forma positiva ou com âmbito de auxílio e desenvolvimento comum.

Logo, o sentimento de culpa levou a humanidade a criar habilidade de confinar seus sentimentos primitivos, complementa neste sentido Silva (2011, p. 25)

Na psicanálise, a culpa consciente é um sentimento essencial para estabelecer limites e possibilitar o convívio em sociedade. Esse sentimento propicia a aceitação ética e das regras morais impostas pela cultura de cada povo, limitando os impulsos instintivos. Tem, assim, importante significado nos relacionamentos interpessoais, nos comportamentos e nas atitudes sociais.

No âmbito da psicanálise, e diante da análise abordada pelo presente trabalho, a culpa é o remorso que o sujeito sente ou poderá sentir ao efetuar um determinado ato, que enseje na negativamente na vida de outro ser humano, podendo vir a ser um encargo tão grande que pode levar o sujeito a acabar com sua própria vida.

Complementa o raciocínio Barbieri (2001, p. 24)

[...], a maldade humana é essencial e seu correlato de culpa é universal. O campo da culpa, enquanto “variedade topográfica da angústia (ibid,)” e expressão da pulsão por morte, é o que convoca o analista a recriar, a partir da clínica, o discurso sobre o gozo e seus impasses, na medida em que não apenas faz obstáculo à cura, mas também submete o corpo a seus efeitos.

Portanto, a culpa para a psicanálise é limite ético e comportamental imposto pelos costumes e tradições de um determinado povo, que leva um determinado ato ser reprovável diante da sociedade e que faz o indivíduo arrepende-se ou ao menos enxergar a gravidade e as consequências de seu ato para outros indivíduos.

5.1.2 Culpa no direito

A culpa no âmbito do Direito tem por escopo a análise, no campo da motivação, que leva ou não um sujeito a agir com a intenção de gerar um dano a outrem, e em relação à culpa *strictu sensu*, analisar se o sujeito agiu de forma negligente, ao gerar um dano a partir de um ato que não possuía intenção de produzi-lo; de forma imprudente, assumindo os riscos por sua ação, ou de forma imperita, onde por sua habilitação, deixa de tomar os cuidados que se espera de um profissional.

Complementa Silva (2011, p. 27)

Cabe, ainda, avaliar a imputabilidade, ou seja, a “consciência” do agente no descumprimento do dever que podia conhecer e observar. A vontade do infrator deve ser consciente na prática do ato ilícito. [...], podemos afirmar que a culpa é a inobservância consciente de norma de conduta, com resultado danoso a outrem, objetivado pelo agente – dolo – ou não desejado por ele, mas previsível – culpa em sentido estrito.

Ligado intrinsecamente ao instituto da responsabilidade civil, tem por objetivo estabelecer a responsabilidade do agente infrator, fazendo que responda pelos seus atos ressarcindo se possível ou buscando minimizar os danos que provocou.

Complementa Lima (1999, p. 46)

Segundo a teoria clássica da responsabilidade subjetiva, o fato exclusivo de atentar contra o direito de outrem não acarreta a responsabilidade, sem que o mesmo decorra da culpa. [...]. Ao autor do fato é que cumpre provar, para eximir-se da responsabilidade, que o dano resultou do caso fortuito ou da força maior.

Assim, no que diz respeito ao presente trabalho monográfico, a culpa no direito e em especial no divórcio, tem por escopo determinar aquele cônjuge, o qual, por

seus reiterados atos, levou a falência da sociedade matrimonial, determinando, portanto a perda dos direitos relativos a nome, e alimentos, este decorrente da obrigação de assistência mútua, ao passo que ao se verificar a culpa recíproca ambos perdem os referidos direitos.

5.1.3 Culpa no Código Civil de 1916

Em que pese ser aprovado em 1916, o projeto do antigo Código Civil, proposto por Beviláquia, era de 1901, e precisou de quinze anos de tramitação no Congresso Nacional para então ser aprovado. Complementa Alves (2007) p. 24 “Assim, um sonho que começou a florescer no ano da independência só foi concretizado em 1916, quando o Projeto de Clóvis Beviláquia, após quinze anos de discussão no Congresso Nacional, foi finalmente convertido em lei.”

O antigo código, portanto, possuía idealismos, que nos remetem a cultura e costumes do Século XIX, portanto ao ser sucedido pelo novo Código Civil de 2002, sua legislação encontrava-se completamente defasada e ultrapassada, em que pese na época de sua aprovação ser considerado por juristas avançado e moderno.

Há de se destacar, portanto, em razão de seu posicionamento temporal na história, o Código Civil de 1916, foi concebido em uma sociedade machista, patriarcal, patrimonialista, e positivista que desprestigiava a mulher em diante da sociedade e valorizava o patrimônio e as relações contratuais em detrimento a direitos individuais.

Complementa Alves (2007 p. 26-27)

Desse modo, o código regulava essencialmente interesses individuais e até mesmo egoísticos, mas esquecia de tutelar o próprio indivíduo em si. A propriedade, essa sim era o valor absoluto, ilimitado e necessário para a realização da pessoa humana, a qual figurava nas relações jurídicas como sujeito abstraído de sua dimensão real.

Posto isto, a culpa na legislação civilista de 1916 era tema de uma única modalidade de dissolução da sociedade conjugal, ou seja, a separação sansão, que no Código Civil da época chamava-se desquite, e possui como intuito a demonstração da culpa pelo termino da sociedade conjugal, para que fosse desfeito o enlace matrimonial, vindo posteriormente sofrer modificações e inclusão do divórcio.

Complementa Alves (2007)

Sobre a separação-sansão, a redação original do Código de 1916, no seu artigo 317, apresentava taxativamente os motivos que poderiam fundamentá-la, quais sejam, o adultério (inciso I), a tentativa de morte (inciso II), a servícia ou injúria grave (inciso III) e o abandono voluntário do lar conjugal, durante dois anos contínuos (incisos IV). Desse modo, o cônjuge autor da ação somente sairia vitorioso se demonstrasse a ocorrência de uma dessas hipóteses de culpa. (p. 9) .

Por conseguinte, a decretação da culpa nesta ação, traz ao cônjuge culpado uma série de sansões e perda de direitos relativos ao nome de casada, tendo em vista que a época apenas a mulher poderia adotar o nome do marido, aos alimentos, haja vista que apenas a mulher reconhecidamente pobre poderia requerer alimentos, o mesmo pedido era vedado ao homem, conforme disposição do artigo 320 do Código Civil de 1916, e à guarda judicial dos filhos, haja vista que a perda do direito à guarda é automática para o cônjuge culpado. Brasil, (1916) Art. 320 “No desquite judicial, sendo a mulher inocente e pobre, prestar-lhe-á o marido a pensão alimentícia, que o juiz fixar”.

Complementa Alves (2007)

Ao cônjuge derrotado na demanda, por ser declarado culpado pela separação, eram aplicadas as severas punições de perda do direito a alimentos, do nome de casada e da guarda judicial dos filhos. Além disso, o cônjuge culpado automaticamente perdia o direito de guarda dos seus filhos, ficando obrigado a pagar alimentos a eles, [...]. (p. 9).

No caso de culpa recíproca dos cônjuges pelo fim do matrimônio, a punição recaía sobre os filhos, que acabavam por serem privados da convivência diária com ambos. Complementa Alves (2007) p. 9 “[...], na hipótese de os dois cônjuges serem culpados, o Código, na verdade, impunha uma sansão aos filhos do casal que não tinham nada a ver com a separação de seus pais, mas acabavam da convivência diária com ambos.”

Relativo ao nome, conforme dispunha o artigo 324, do Código Civil de 1916, a punição recaía sempre sobre a mulher que perdia automaticamente o direito ao uso do nome do marido, sendo irrelevante para a legislação danos de qualquer gênero que podia vir à mulher sofrer. Brasil, (1916) “Art. 324 A mulher condenada na ação de desquite perde o direito a usar o nome do marido.”

O que se verifica ao comparar-se o sistema dissolutório do casamento do código civil de 1916 ao sistema implantado pelo atual código, é a persistência do legislador em manter o sistema da culpa na legislação civilista, em que pese o fato de

que houve um movimento intenso em reduzir a necessidade de discussão da culpa nas ações de dissolução matrimonial haja vista o enorme desgaste emocional e grande exposição da intimidade das partes.

5.1.4 Culpa no Código Civil de 2002

Com intuito de consolidar mudanças ocorridas no Código Civil de 1916, e de atualizar a legislação civil as novas realidades, com influências do Código Civil italiano, o anteprojeto número 634 de 1975, confeccionado por uma comissão de juristas encabeçada por Miguel Reale, tramitou por 15 anos no Congresso Nacional até sua aprovação em 2002 e entrada em vigor em 2003.

Assim, no novo Código Civil de 2002, em relação à culpa nas espécies dissolutórias de separação e divórcio implantadas no Código Civil de 1916, conforme exposto no capítulo segundo deste trabalho monográfico, com menor ênfase que no antigo código, ainda manteve-se a discussão da culpa em relação a alimentos e nome.

O sistema de separação-sansão utilizado pelo Código Civil de 1916 foi substituído por um único tipo de sansão na dissolução do casamento, ainda que menos branda que no antigo código, a dissolução no novo código civil baseia-se na grave violação dos deveres conjugais, que causasse insuportabilidade da vida em comum.

Complementa acerca do novo paradigma da culpa no Código Civil de 2002
Alves (2007)

Nos dias de hoje, com o Código Civil de 2002, pode-se afirmar que o único fundamento da separação-sansão é o da grave violação dos deveres do casamento, [...]. Portanto, pela sistemática do Código Civil de 2002, uma vez comprovado que um dos cônjuges cometeu grave violação dos deveres conjugais e que tal violação causou insuportabilidade da vida em comum, haverá a decretação da separação judicial. Quanto às punições aplicadas ao cônjuge culpado, [...], as punições da perda do direito aos alimentos e do direito ao uso do nome de casado, embora de forma mitigada, ainda persistem no ordenamento jurídico nacional. (p. 11-12).

Logo, quanto ao direito ao uso do nome de casado, o cônjuge culpado perde o direito, entretanto, devem ser observadas algumas ressalvas que tornam tal sansão mais branda, tais quais; deixou de ser sansão automático decorrente da imputação da culpa, devendo o cônjuge inocente requerer expressamente a supressão. Ademais, será observada prejuízo evidente devido a supressão do nome, prejuízo a identificação do

cônjuge culpado, distinção do nome do cônjuge em relação à identificação com os filhos, ou dano decorrente de decisão judicial.

Complementa Alves (2007, p. 12)

Em relação ao uso do nome de casado, a regra geral continua sendo a da perda desse direito, mas o Código mitigou levemente essa sanção ao estatuir no artigo 1.578, caput, que tal perda somente ocorrerá se expressamente requerida pelo cônjuge inocente e se a alteração no nome não acarretar evidente prejuízo para sua identificação (Inciso I), manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida (inciso II), ou dano grave reconhecido na decisão judicial (inciso III).

Assim, o código civil em seu artigo 1.578, §1º, outorgou ao cônjuge considerado inocente na ação de separação, a faculdade de a qualquer tempo, renunciar o direito de usar o nome do outro cônjuge.

Art. 1.578. O cônjuge declarado culpado na ação de separação judicial perde o direito de usar o sobrenome do outro, desde que expressamente requerido pelo cônjuge inocente e se a alteração não acarretar: § 1º O cônjuge inocente na ação de separação judicial poderá renunciar, a qualquer momento, ao direito de usar o sobrenome do outro. (BRASIL, 2002)

Quanto à regulamentação dos alimentos ao cônjuge culpado, conforme já exposto no capítulo segundo da presente monografia, terá direito aos alimentos o cônjuge culpado se comprovado a necessidade imediata, em razão da ausência de parentes próximos aptos a fornecer-lhe assistência ou da inaptidão profissional para se sustentar, devendo o outro cônjuge somente os alimentos indispensáveis à subsistência até o momento em que cesse a hipossuficiência. Complementa Dias (2011) p. 115 “[...], se a situação de necessidade resultar da culpa de quem os pleiteia, os alimentos serão limitados aos indispensáveis à sobrevivência.”

Pela redação dos artigos 1.702 e 1.704 do Código Civil, reitera-se que necessitando de alimentos o cônjuge considerado inocente na ação de separação, será obrigado a prestá-los o cônjuge culpado, nos termos em que será arbitrado pelo juiz.

Art. 1.702. Na separação judicial litigiosa, sendo um dos cônjuges inocente e desprovido de recursos, prestar-lhe-á o outro a pensão alimentícia que o juiz fixar, obedecidos os critérios estabelecidos no art. 1.694.

Art. 1.704. Se um dos cônjuges separados judicialmente vier a necessitar de alimentos, será o outro obrigado a prestá-los mediante pensão a ser fixada pelo juiz, caso não tenha sido declarado culpado na ação de separação judicial. Parágrafo único. Se o cônjuge declarado culpado vier a necessitar de alimentos, e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurá-los, fixando o juiz o valor indispensável à sobrevivência. (BRASIL, 2002)

Logo, conclui-se que da evolução da sociedade, a legislação civil teve a necessidade de se adequar aos novos parâmetros, assim, vislumbrou-se a necessidade de retirar-se o peso da imputação da culpa, com a aplicação de sanções, logo, por este raciocínio, com o advento da EC 66/2010, concluíram que desnecessário se faz discussão da culpa na ação de divórcio, todavia, há resistências a essa supressão como se analisara em seguida.

5.2 A CULPA APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010

Com a entrada em vigor da Emenda Constitucional, correntes doutrinárias divergentes surgiram acerca dos Institutos da Separação e da Culpa, de um lado defensores da continuidade das espécies dissolutórias, seus efeitos, inclusive o instituto da culpa, este o qual a pertinência da sua discussão será analisado no presente trabalho monográfico.

Posicionamento defendido por Pablo Stolze Gagliano, Maria Berenice Dias e grande parte dos integrantes do IBDFAM, a EC 66/2010 possui aplicação imediata e juntamente com a retirada do Instituto da Separação, deixa-se de discutir a culpa na ação de divórcio, inclusive quanto a nome e alimentos, tendo em vista que tais assuntos poder-se-iam ser resolvidos em ação própria, sendo a ação divórcio declaratória do fim da união conjugal.

Acerca de tal corrente, complementa Dias (2011, p. 639-643)

Apesar da resistência de alguns, com a aprovação da EC 66/10, a separação desapareceu do sistema jurídico. Ainda que permaneçam no Código Civil os dispositivos que regiam o instituto (CC 1.571 a 1.578), tal não significa que persista a possibilidade de alguém buscar somente o “término” do casamento, [...]. Como não há mais espaço para discussão da culpa, não é possível ser buscada a exclusão do nome por parte de quem o cedeu ao outro quando do casamento. Persiste somente a possibilidade de ocorrer o achatamento do valor dos alimentos, se restar comprovado que a situação de necessidade resultou da “culpa” de quem pretenda, [...]. Tal não se confunde com a “culpa pela separação”.

Segunda corrente defendida por Luiz Felipe Brasil Santos e Gilberto Schafer, defendem a necessidade de uma legislação ordinária para regulamentar a aplicação da EC 66/10, em razão do fato de as mudanças ocorridas na CF/88 não alteram automaticamente as normas infraconstitucionais. Complementa Gilberto

Schafer (2010) “Retirar do texto Constitucional não significa revogação, especialmente quando a matéria está regulada no plano ordinário. E este é justamente o ponto pelo qual não se demonstra a existência de uma revogação.”

Terceira corrente defendida pelo juiz Mario Luiz Delgado e Glays Maluf Chamma Amaral Salles, Regina Beatriz Tavares da Silva defende que a EC 66/10, ingressa no ordenamento jurídico pátrio com o intuito de simplificar o acesso ao divórcio, entretanto, a separação judicial e conseqüentemente a culpa permanecem em vigor.

Portanto, reputamos prematura a interpretação de alguns renomados juristas que afirmam que com a PEC do divórcio nunca mais se poderá discutir a culpa na ruptura da vida em comum. No nosso entender, a vedação da discussão da culpa no divórcio se aplica apenas aos casos de conversão de separação, judicial ou não, em divórcio. Nos casos de divórcio direto defendemos ser possível, sim, examinar a culpa e todos os demais temas próprios da separação, tais como alimentos, guarda de filhos, partilha etc. (SALLES, 2010)

Não obstante, ante as correntes advindas com a EC 66/2010, percebe-se dois entendimentos distintos em relação à discussão da culpa nas ações dissolutórias do matrimônio no que diz respeito o direito ao nome e aos alimentos, senão vejamos.

5.2.1 Dos alimentos

Intrinsecamente ligado ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, conforme exposto no capítulo segundo deste trabalho monográfico, possui a obrigação alimentar origem no dever de mútua assistência entre os cônjuges. Conforme já detalhado no capítulo segundo, perde o direito a alimentos o cônjuge considerado culpado em ação dissolutória da sociedade conjugal, assim, com advento da EC 66/2010, correntes doutrinárias e jurisprudenciais surgiram acerca do fim do instituto da culpa, senão vejamos.

A corrente majoritária defende a extinção da separação e do instituto da culpa do ordenamento jurídico, e trazem como argumento o conservadorismo exacerbado da corrente que defende a continuidade da aplicação da culpa, em razão desta possuir origem no Direito Canônico, visando proteger o sacramento do

matrimônio, em razão de tal instituto se mostrar antiquado, ultrapassado e representa um retrocesso no direito de família.

Tais doutrinadores atribuem o fim da Culpa na discussão de alimentos, em razão dos princípios da dignidade da pessoa humana e da mútua assistência entre cônjuges, além de que os alimentos podem ser fixados, quando se leva ao Judiciário conhecimento da efetiva hipossuficiência e do binômio necessidade e possibilidade.

Desta forma Defende Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 113)

O moderno Direito de Família, com o reforço da nova Emenda, aponta no sentido de admitir, como único fundamento para a fixação dos alimentos, a necessidade do cônjuge (credor) na justa medida da capacidade do seu consorte (devedor).

No mesmo sentido complementa Dias (2011, p. 116)

A verba alimentar é indispensável à sobrevivência e os parâmetros para sua fixação estão atrelados tão só à necessidade de quem os pleiteia e à possibilidade de quem os paga (CC 1.694 §2º, 1.702 e 1.704 e seu parágrafo único). Tais restrições além de atentar à dignidade da pessoa humana, que deve ser preservada (CF 1º III), também afronta o direito à privacidade e à intimidade (CF 5º X), pois são violados sempre que se perquire culpa.

Portanto, tal corrente argumenta que afastar a indicação do culpado da ação de divórcio, em decorrência do advento da EC 66 /2010, não traz nenhum prejuízo às partes, tendo em vista que os alimentos serão fixados conforme demonstrada a necessidade e a possibilidade, podendo ser revista ou cessada sua prestação a qualquer momento.

Não obstante, tal posicionamento doutrinário argumenta que é incompatível a discussão da culpa dentro do divórcio, tendo em vista que a legislação ordinária regulamenta somente que é competência da ação de divórcio romper definitivamente a sociedade conjugal, homologando a partilha que já havia se discutido em prévia separação se for o caso ou discutindo-se desde que sem imputação de culpa, e assim, retirada a separação do código civil, todo o sistema de discussão da culpa foi juntamente revogado, considerada a impossibilidade legal de não discussão da culpa no divórcio.

Opostamente a este posicionamento encontra-se posições doutrinárias e jurisprudenciais que defendem a manutenção dos institutos da separação e da culpa, seja pela necessidade de regulamentação por lei ordinária do disposto na EC 66, seja pela permanência da separação culposa no ordenamento jurídico pátrio, em razão da facultatividade disposta na redação da EC/66.

Complementa Silva (2011, p. 56):

É evidente que essa consequência sancionatória da culpa deverá ser mantida sob a égide da EC n. 66/2010, já que a eliminação desse efeito acarretaria situações esdrúxulas, como a de uma mulher violentada em casa pelo marido continuar a sustentá-lo caso seja ela a provedora da família, ou de um homem ter de alimentar plenamente a mulher que o traiu, em benefício até mesmo de seu amante.

No mesmo sentido, opondo-se ao fim da culpa complementa Salles:

Todavia, entendemos que o objetivo do legislador não é o de suprimir a discussão da culpa em caso de ruptura da vida em comum do casal, mas apenas de eliminar a figura da separação litigiosa permitindo que qualquer debate tenha lugar nos autos do divórcio. Não há como simplesmente proibir a discussão da culpa, da violação dos deveres do casamento, da conduta desonrosa. Do contrário, qualquer um, em rompante de mau humor, poderá destruir seu lar e se livrar de sua família com um simples requerimento judicial sem qualquer tipo de explicação ou punição, o que não se pode admitir. (SALLES, 2010).

Por conseguinte, a corrente que defende a manutenção do instituto da culpa na ação de divórcio, traz como argumento o uso de tal instituto como instrumento inibitório de casos em que o cônjuge que deu causa ao fim do relacionamento, seja sustentado pelo ofendido, nos casos em que o primeiro seja sustentado pelo segundo na constância do casamento.

Outro argumento trazido pela corrente é de que o legislador teve o objetivo de retirar a separação litigiosa ou culposa dos tipos de dissolução de sociedade conjugal, de modo agilizar o acesso ao divórcio, mantendo, no entanto, a discussão da culpa no divórcio direto.

O debate acerca da pertinência do instituto da culpa no ordenamento jurídico pátrio, após o advento da Emenda Constitucional 66/2010, se dá em razão de este instituto estar presente nas discussões dissolutórias desde o Código Civil de 1916, sendo elemento essencial no debate de direitos decorrentes da dissolução.

Portanto, desvencilhar-se de tal instituto torna-se difícil tendo em vista a formação predominantemente católica da sociedade, e da forte influência que teve a Igreja na sociedade quando da concepção do antigo Código Civil, por outro lado, retirar o instituto da culpa do debate dissolutório é essencial para modernização do Direito de Família tendo em vista que tal instituto tem origem no Direito canônico, bem como aproximar a legislação civil no texto constitucional que instituiu o Estado laico.

Após a compreensão das correntes doutrinárias, conclui-se que o posicionamento majoritário é no sentido de que os alimentos após o advento da Emenda Constitucional 66/10, não seriam determinados pela imputação da culpa a um dos

cônjuges, mas, pelo binômio necessidade/possibilidade em que se encontra o cônjuge hipossuficiente, ficando o outro cônjuge obrigado até desaparecer a hipossuficiência.

5.2.2 Do nome

Conforme abordado no capítulo 2 deste trabalho monográfico, o nome vincula a pessoa a um contexto familiar que remete a seus ancestrais, portanto resguarda sua origem. Direito garantido constitucionalmente toda pessoa possui direito a um nome e um prenome, sendo direito personalíssimo e indisponível.

Em relação à ação de dissolução de sociedade conjugal, antes da promulgação da EC 66/2010, o cônjuge culpado em ação de separação transitada em julgado, perdia direito ao nome do outro cônjuge, salvo se claramente demonstrado e comprovado prejuízo financeiro ou profissional à pessoa do cônjuge em virtude da supressão do nome, e dano grave ou presumido na identificação com os filhos.

Assim, com o advento da EC 66/2010, correntes doutrinárias e jurisprudenciais favoráveis e contrários a extinção da discussão da culpa acerca do nome, em virtude da exclusão ou não do instituto da culpa da ação de dissolução de sociedade conjugal.

Portanto, argumenta a corrente majoritária, que juntamente com a separação judicial a EC 66/2010, extinguiu-se, o debate e indicação de um culpado pelo fim do relacionamento, imputando pena de perda do direito ao nome do outro cônjuge ao cônjuge considerado culpado.

Complementa Dias (2011)

Com o desaparecimento do instituto da separação, após a promulgação da EC 66/10, sumiu a perversa punição a que ficava sujeito o culpado de perder um de seus atributos da personalidade: o direito de usar o nome que adotou ao casar. Nome que é seu, pois não lhe foi emprestado pelo cônjuge, que o usava desde o nascimento. Mesmo que persistam na lei civil os arts. 1.571 §2º e 1.578 é agora letra morta. (p. 115).

Aduz ainda tal corrente que o término do matrimônio muitas vezes não possui uma única causa, mas, reiterados fatos que minam e levam a falência da união conjugal. Ademais, argumenta que o nome pode ser suprimido por meio de

manifestação unilateral, bilateral ou por perda em decorrência da decretação do rompimento do vínculo conjugal.

Tal argumento é trazido pela doutrina de Gagliano e Pamplona Filho (2011, p. 110)

Assim, independente de quem tenha sido o responsável pelo fim do matrimônio (pois não se há de perquirir a culpa ou a inocência de nenhum dos consortes), qualquer das partes poderá, a todo tempo, optar por retornar ao nome de solteiro, [...], se o divórcio for litigioso, a regra é no sentido da perda de nome de casado, mantendo-se, todavia, o patronímico, se alguma das hipóteses do art. 1.578 se configurar.

O nome também identifica a relação do cônjuge com sua prole, logo, a perda do nome pelo cônjuge em razão da implicação da culpa traz ao cônjuge culpado muito constrangimento, que segundo entendimento desta corrente, o próprio divórcio já significa uma pena em razão do desgaste emocional, sendo indevida e intervencionista por parte do Estado a imputação de culpa como forma de pena.

Neste sentido argumenta Santos (2011)

Na realidade, a modificação do nome da mulher, tem por base uma espécie de punição, no entanto, a própria dissolução do casamento já considerada uma forma de punição, [...]. Assim, retirar obrigatoriamente o patronímico do marido é inconstitucional, violando desta maneira, o direito de identificação pessoal dela, pois aquele patronímico de família é integrante de sua personalidade feminina e de mãe, no caso de haver filhos. (p. 159-160).

Em outra monta, há posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais os quais trazem à discussão o fato de o cônjuge que após a separação se vê portando o nome daquele o qual a fez passar por situação vexatória, levando, portanto, a um sentimento de humilhação e vergonha perpetuando-se no tempo.

Dessa argumentação complementa Silva (2011)

Também é evidente que essa consequência sancionatória deve permanecer, já que haveria violação ao princípio constitucional da proteção da dignidade da pessoa humana se um homem desrespeitado pela mulher tivesse de ver seu sobrenome atrelado ao dela para o resto da vida. A mesma observação para a mulher deve ser feita, caso o adotante do sobrenome conjugal tenha sido o homem. (p. 57).

Outro argumento defendido é a respeito da melhor competência para julgar as causas oriundas das relações familiares, portanto, tal corrente afirma que levar questões residuais do direito de família, para se discutir na vara cível, traria grande prejuízo aos cônjuges, tendo em vista haver aspectos relevantes em um determinado debate, tal qual a permanência do cônjuge com o nome, que o juízo de família esta

habituaado a intermediar e conciliar, bem como por acabar por remeter de alguma forma ao todo.

Primeiramente, porque a vara cível não é a que detém a melhor competência para julgar tais casos. Por dois motivos. Os juízes das varas de família são especializados e acostumados com as peculiaridades dos casos concretos de família, que envolvem o afeto. Não é a discussão da multa contratual, mas sim a discussão da traição, do desrespeito, da falta de assistência. (RAVACHE, 2010)

Argumento contínuo, tal corrente expõe prejuízo a celeridade processual, sendo que caso mantida a discussão da culpa no mesmo processo em que se julgará nome e alimentos, todas as causas oriundas da relação litigiosa serão debatidas e analisadas a exaustão e decididas em um mesmo processo.

embora a regra geral da responsabilidade civil seja capaz de resolver parte dos problemas das relações de família que causam danos entre os cônjuges, esta é incompleta. O artigo 1.566 do Código Civil traz deveres dos cônjuges. Faz sentido a responsabilidade civil dos cônjuges se pautar tão somente nos artigos 186 e 187 do Código Civil, quando há previsão expressa de deveres específicos deles? Quer dizer que não há qualquer consequência se tais deveres forem violados? Ademais, há ainda a regra contida no artigo 1.694, parágrafo 2º, a qual continua em vigor, e estabelece que os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar da culpa de quem os pleiteia. Por fim, há que se considerar o princípio da economia processual. Não basta que a norma traga avanços de direito material, se trouxer retrocesso no direito processual. (RAVACHE, 2010)

Logo, os efeitos da decretação da culpa em razão do nome, possuem menor debate acerca de seus efeitos, tendo em vista que a corrente que defende o fim da necessidade de discutir-se a culpa, alega que com o divórcio, os cônjuges podem permanecer com o nome do outro cônjuge, podendo a qualquer tempo suprimi-lo, ou caso não queiram suprimi-lo requerer em juízo a supressão do nome do outro cônjuge, tal como se dá em ação de retificação, na própria ação de divórcio ou em ação independente não gerando nenhum prejuízo as partes ou Judiciário.

Alega também tal corrente que é incompatível a discussão da culpa na ação de divórcio em razão do caráter homologatório que a lei conferiu a tal instituto, e, portanto com a supressão da separação do ordenamento jurídico, revogou juntamente o instituto da culpa, e que esta não seria mais debatida nas ações de dissolução de sociedade conjugal.

Ao passo que de outro lado, os argumentos pela manutenção da discussão da culpa, defendem que é uma humilhação à pessoa ter que levar o nome do outro cônjuge devendo em mesma ação ser decretada a supressão do nome.

Logo, se conclui que a discussão do nome vem perdendo o caráter punitivo que o Código Civil de 1916 determinava e que a decretação da culpa não deve interferir na faculdade do cônjuge que o possui de continuar a levar, inclusive como forma de identificação com os filhos, e que o foro competente para se julgar tais ações é da vara da família, e de preferência na mesma ação em compasso com o princípio da celeridade processual.

5.3 ASPECTOS JURISPRUDENCIAIS DA DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE CONJUGAL SEM DISCUSSÃO DE CULPA

Acerca da discussão da culpa na dissolução da sociedade conjugal, há posicionamento majoritário da jurisprudência catarinense e nacional, no sentido de extinguir o instituto da separação e da culpa após o advento da EC 66/10, maioria dos acórdãos chama os cônjuges para manifestar-se acerca da conversão do processo de separação em divórcio. Senão vejamos algumas jurisprudências.

apelação cível. ação de conversão de separação judicial em divórcio. alegado descumprimento de obrigações assumidas no momento da separação. irrelevância. artigo 36, ii, da lei n. 6.515/1977 não recepcionado pela nova ordem constitucional. transcurso de mais de oito anos da data do trânsito em julgado da separação judicial. advento da emenda constitucional n. 66/2010. norma de eficácia imediata. supressão do requisito temporal. recurso desprovido. I – A alegação de descumprimento de obrigações assumidas no momento da separação – prevista no inciso II do artigo 36 da Lei n. 6.515/1977 – não obsta a conversão de separação judicial em divórcio, porquanto a Constituição Federal, em seu artigo 226, § 6º – com redação alterada pela EC n. 66/2010 –, não prevê nenhuma condição para a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio. Vale destacar que a norma constitucional de eficácia plena não pode ser limitada por lei, somando-se ao fato de que a sua edição operou-se sob a égide da Carta de 1967, cujas regras não foram recepcionadas na Constituição de 1988 ou no Código Civil de 2002. II – Conforme entendimento doutrinário dominante merece destaque o fato de que, com o advento da Emenda Constitucional n. 66/2010, deixou de ser requisito objetivo a prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou a comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. Contudo, encontrando-se as partes separadas, deve-se garantir-lhes o procedimento conversivo, até mesmo para que permaneçam válidas e exigíveis as obrigações assumidas naquele momento. Ademais, a Emenda Constitucional 66/2010 não extirpou do direito positivado o instituto jurídico da separação (judicial ou consensual), mas apenas possibilitou aos interessados a dissolução direta do matrimônio por meio do divórcio, dispensados da observância do cumprimento de requisitos legais objetivos até então exigidos (artigos 1.574 e 1.580, ambos do Código Civil). (SANTA CATARINA, 2011).

Acórdão catarinense decide pelo desaparecimento dos requisitos da separação, sem a supressão deste, após o advento da EC 66/2010, entende que a emenda possui eficácia plena e não pode ser limitada por lei ordinária, chamando as partes para manifestarem-se acerca da conversão da separação em divórcio.

Apelação cível. ação de separação judicial litigiosa. Advento da emenda constitucional n. 66/2010. norma de eficácia imediata. Conversão, de ofício, da separação em divórcio direto litigioso. Imprescindibilidade de intimação pessoal da autora para se manifestar acerca do interesse no procedimento conversivo. Recurso provido. Conforme entendimento doutrinário dominante merece destaque o fato de que, com o advento da Emenda Constitucional n. 66/2010, deixou de ser requisito objetivo a prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou a comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. Contudo, a Emenda Constitucional 66/2010 não extirpou do direito positivado o instituto jurídico da separação (judicial ou consensual), mas apenas possibilitou aos interessados a dissolução direta do matrimônio por meio do divórcio, dispensados da observância do cumprimento de requisitos legais objetivos até então exigidos (artigos 1.574 e 1.580, ambos do Código Civil). Assim, por não ser viável a conversão, de ofício, da separação judicial em divórcio direto litigioso, deve-se anular a sentença de primeiro grau para que se possibilite à autora manifestar-se acerca do seu interesse no procedimento conversivo. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2011.015014-1, da comarca de Blumenau (1ª Vara da Família), em que é apelante o Ministério Público do Estado de Santa Catarina e interessada M.B. P. A.: (SANTA CATARINA, 2011).

O destacado acórdão julga no sentido de aplicação imediata da EC 66/2010, pela inadmissibilidade da conversão de ofício da separação em divórcio, e pela permanência da separação no ordenamento jurídico e vota pela viabilidade do divórcio direto.

Separação judicial. Pedido de conversão em divórcio. Emenda Constitucional n. 66/2010. Aplicação imediata e procedência do pedido. Determinação de regular andamento do feito em relação aos demais capítulos. Recurso provido. (SÃO PAULO, 2010).

Acórdão do Tribunal paulista julga favorável à aplicação imediata da EC 66/2010.

Processual civil. Divórcio consensual julgado extinto, nos termos do artigo 267, inciso IV do CPC, ante a ausência de cumprimento do lapso temporal para sua decretação. Apelação dos Interessados. Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 66/2010, houve a alteração do § 6º do artigo 226 da Constituição Federal, tendo sido suprimido o requisito de prévia separação judicial por mais de um ano ou da comprovação da separação de fato por mais de dois anos para a concessão do divórcio. Precedentes do TJRJ. Sentença que se anula para que o feito tenha prosseguimento. Recurso provido na forma do artigo 557, § 1º-A do Código de Processo Civil. 267IVCPC66§ 6º226Constituição Federal557§ 1º-A Código de Processo Civil (RIO DE JANEIRO, 2011).

O Tribunal carioca reforma decisão de primeiro grau dando aplicação imediata da EC 66/2010, retira a exigência de lapso temporal e homologa o divórcio consensual.

Apelação. divórcio. Agravo retido. Pedido de apreciação. Decisão. Ausência. Não conhecimento. Casamento. Dissolução. Emenda 66/10. Aplicação. Regime de bens. Comunhão universal. Pacto antenupcial. Ausência. Regime legal. Comunhão parcial. Imposição. Herança. Partilha. Exclusão. Sentença. Confirmação. Recurso. Desprovemento. Deixando o apelante de expressamente pedir a apreciação do agravo retido e inexistindo decisão a ensejar a interposição deste recurso, dele não se conhece, de acordo com o § 1º, do art. 523 do cpc. A emenda constitucional 66/10, de aplicação imediata, restou possibilitada a decretação do divórcio independentemente de tempo de separação, sendo de se enfatizar que se o casamento foi realizado após a lei 6515/77, ainda que conste da respectiva certidão que o regime de bens é o da comunhão universal, por falta de pacto antenupcial, prevalece o regime da comunhão parcial, relação essa que exclui a partilha de bens herdados por um dos consortes, sendo, portanto, merecedora de confirmação a sentença nesse sentido prolatada. Recurso desprovido. (BAHIA, 2011).

Decisão do colegiado baiano também entende que a EC 66/2010 possui aplicação imediata, restando possível a decretação do divórcio direto.

Verifica-se que a jurisprudência majoritária do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em que pese seja favorável ao fim da separação e da culpa, em alguns julgados, posiciona-se contrários a revogação automática da legislação infraconstitucional pela EC 66/2010, e vota pela necessidade de legislação ordinária.

Divórcio direto. Viabilidade do pedido. Não obrigatoriedade do requisito temporal para extinguir a sociedade conjugal. A Emenda Constitucional nº 66 limitou-se a admitir a possibilidade de concessão de divórcio direto para dissolver o casamento, afastando a exigência, no plano constitucional, da prévia separação judicial e do requisito temporal de separação fática. 2. Essa disposição constitucional não retirou do ordenamento jurídico a legislação infraconstitucional, continua regulando tanto a dissolução do casamento como da sociedade conjugal e estabelecendo limites e condições, permanecendo em vigor as disposições legais que regulamentam a separação judicial, como sendo a única modalidade legal de extinção da sociedade conjugal, que não afeta o vínculo matrimonial. 3. Com ressalva do entendimento pessoal de que somente com a modificação da legislação infraconstitucional é que a exigência relativa aos prazos legais poderia ser afastada, estou acompanhando o entendimento jurisprudencial dominante neste Tribunal de Justiça e admitindo abrandar a questão relativa aos prazos legais. Recurso provido. (RIO GRANDE DO SUL, 2011).

O destacado acórdão vota pela permanência da separação, necessitando de legislação ordinária para regulamentar a situação jurídica trazida pela EC 66/2010, no entanto, dá provimento ao recurso, seguindo posicionamento dominante do TJRS.

Agravo de instrumento. Ação de divórcio. Requisitos legais não comprovados. Hipótese de emenda da inicial. A Emenda Constitucional n.º 66 não revogou a legislação infraconstitucional, mas, tão somente,

desconstitucionalizou a matéria, que continua regulada pelo Código Civil, notadamente em seu art. 1.580 e parágrafos, que estabelece os limites e as condições para o ingresso da ação de divórcio. Possibilidade de emenda da inicial, a fim de que o autor esclareça acerca do preenchimento dos requisitos legais para a obtenção do divórcio, ou, então, do seu interesse no prosseguimento do feito como ação de separação judicial contenciosa. AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE PROVIDO. (RIO GRANDE DO SUL, 2011).

Acórdão proferido em favor da permanência dos institutos dissolutórios após a emenda constitucional, tendo em vista que tal emenda apenas desconstitucionalizou a previsão infraconstitucional, não as retirando do ordenamento jurídico, requerendo que a parte comprove o lapso temporal.

Encontrou-se jurisprudência catarinense contrária a extinção da separação automática pela EC 66/2010 em que pese a posição jurisprudencial majoritária do TJSC seja pela extinção da separação e discutibilidade das matérias pertinentes a dissolução em ação de divórcio.

Processual civil e constitucional. Ação de separação judicial. Autor intimado para manifestar-se sobre a conversão da separação em divórcio. Discordância. Processo extinto sem resolução do mérito. Apelo do autor visando à anulação da sentença. Conversão. Mera faculdade. Sobrevivência do instituto da separação judicial no ordenamento jurídico pátrio. apelo conhecido e provido para que a ação tenha seguimento na origem. A nova disposição constitucional (EC 66/2010) não extinguiu a possibilidade da separação, mas apenas suprimiu o requisito temporal para o divórcio, nova modalidade de extinção da sociedade conjugal (CC/2002, art. 1571). Ademais, a Lei de Introdução ao Código Civil prescreve, em seu art. 2º, § 1º, que "A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior". Além de a Emenda Constitucional não ter revogado, expressamente, a separação judicial, não há incompatibilidade entre sua redação e o regramento infraconstitucional que prevê o instituto da separação. (SANTA CATARINA, 2011).

Acórdão do Tribunal catarinense que julga no sentido de que a EC 66/2010 não revogou a legislação infraconstitucional, nem é incompatível e, portanto, permanece em vigor o sistema dissolutório sem nenhuma modificação.

Analisando-se as jurisprudências retromencionadas, percebe-se na leitura dos votos o posicionamento favorável à retirada da separação do ordenamento jurídico, com aplicação imediata da EC 66/2010, com a conversão da separação em divórcio dos processos em curso.

Contudo, extrai-se posicionamento minoritário em acórdãos dos Tribunais catarinenses e gaúchos, no sentido de permanência da separação, em consonância com o posicionamento de Regina Beatriz Tavares da Silva, defensora de que a EC 66/2010 não

modificou a legislação infraconstitucional. Mesmo que ao demonstrarem seu posicionamento íntimo, favorável a esta corrente, destaca-se o voto de Sérgio Fernando Vasconcelos, em agravo n. 70044638138, do Rio Grande do Sul, página 81, que apesar de seu voto contrário a aplicação imediata, proferiu decisão favorável ao provimento do divórcio direito seguindo posicionamento do Tribunal gaúcho.

Ante todo o exposto, ao se comparar os institutos, as correntes doutrinárias, jurisprudenciais e o modo como se regulamentava a culpa em ambos os códigos civis, verifica-se que a culpa foi utilizada pelo direito canônico como instrumento sancionatório imputado ao cônjuge que desse termo ao casamento. Houve a introjeção da culpa no direito de família. Já no código civil de 2002 seus efeitos foram abrandados, mas permaneceram pelo menos em dois institutos: nome e alimentos

A emenda constitucional 66/2010, adveio depois de reiteradas tentativas de se retirar o instituto da culpa do ordenamento jurídico pátrio, possuía em sua concepção o intuito de facilitar o acesso ao divórcio. No entanto, correntes conservacionistas emergiram contrárias a aplicação imediata das mudanças advindas com a EC 66/2010.

A corrente majoritária favorável a extinção da culpa e da separação do ordenamento jurídico, defendidos por Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho e Maria Berenice Dias, argumentam que há projeto de lei de autoria de Sérgio Barradas Carneiro, n. 7661/10, que visa suprimir a separação judicial do ordenamento jurídico. Além de que, em razão da supressão da separação e da inadmissibilidade de discussão da culpa, tais institutos não se aplicariam. Somado a isto há posicionamento jurisprudencial proferindo reiteradas decisões favoráveis ao fim da separação e pelo fim da culpa. Logo, alimentos e nome passariam a ser regulados sem discussão de culpa conforme já visto.

Segunda corrente defende a inaplicabilidade de imediato da EC 66/2010, necessitando de legislação ordinária para regular sua aplicação. Defendida por Luiz Felipe Brasil Santos, argumenta que a EC 66/2010, não prevê aplicação imediata, nem entraria em conflito com a legislação infraconstitucional, portanto, os institutos dissolutórios como separação, divórcio, culpa, nome e alimentos permaneceriam inalterados.

Terceira corrente defendida por Regina Beatriz Tavares da Silva e Mario Luiz Delgado, argumentam que a EC 66/2010 apenas retira os prazos do sistema dissolutório e torna facultativa a escolha por uma das espécies, e que deixar de discutir a

culpa traria prejuízos de ordem econômica e moral ao cônjuge inocente, portanto, nome, alimentos e culpa permaneceriam inalterados.

A Emenda Constitucional 66/2010 tem classificação mista. Ou seja, é norma de eficácia plena, tendo aplicação sem necessidade de lei regulamentar. É este o entendimento que vem prevalecendo. Todavia, para os que a classificaram como norma de eficácia contida, somente como norma de eficácia contida, somente uma lei ordinária poderia deflagrar seus efeitos.

Manifestamos nosso posicionamento favorável à aplicação imediata da EC 66/2010 em razão de ser a idéia de menor intervenção estatal a mais hodierna e a que mais se adéqua aos tempos atuais e aos anseios sociais.

6 CONCLUSÃO

O matrimônio é um sacramento para a Igreja e como tal, aos olhos do Direito Canônico que primordialmente ditava as normas do direito de família, deveria permanecer indissolúvel, eterno. Entretanto, a sociedade clamava pela dissolução do casamento em razão do desamor, da traição e da perda de confiança e respeito mútuos. Mas o legislador, ainda influenciado pelas normas canônicas, introduziu a separação sansão e posteriormente um sistema duplo de dissolução, com separação seguida de divórcio, com intuito de manter os cônjuges vinculados, para uma possível reconciliação.

A sociedade seguia insatisfeita, por revelar-se importuna a obrigatoriedade da vinculação ao outro cônjuge, após a sentença de separação, até a dissolução definitiva do casamento.

Em 2010 ingressou no ordenamento jurídico pátrio a EC 66/2010, excluindo os prazos para o ingresso do divórcio.

A EC 66/2010 traz certo grau de imprecisão na sua classificação, podendo ser considerada de eficácia plena e de eficácia contida, em razão de sua redação que não deixa clara a retirada da separação do ordenamento jurídico pátrio.

Acerca do advento da Emenda Constitucional apresentaram-se três posicionamentos distintos acerca das consequências e efeitos nas ações dissolutórias.

A primeira corrente, mais aplicada, é defendida por Rodrigo da Cunha Pereira, Pablo Gagliano Stolze, Rodolfo Pamplona Filho, Maria Berenice Dias e parte dos membros do IDFAM. Argumentam esta corrente que a EC 66/2010 possui aplicação imediata, suprimindo não apenas os prazos, mas também a separação e a culpa do sistema dissolutório.

Segunda corrente defendida pelo Desembargador gaúcho Luiz Felipe Brasil Santos, defende a necessidade de regulamentação do disposto na EC 66/2010 por lei ordinária para retirar a separação e a culpa do sistema dissolutório, tendo em vista que a redação da Emenda Constitucional não é explícita a respeito deste instituto.

Terceira corrente defendida por Regina Beatriz Tavares e Mário Luiz Delgado, defendem que a EC 66/2010 apenas retirou os prazos do sistema dissolutório, permanecendo em vigor a separação, e a discussão da culpa, em razão de sua

imprescindibilidade para defesa dos direitos individuais dos cônjuges em razão do descumprimento dos deveres conjugais, tornando o instituto da separação facultativo.

A maior parte da doutrina inclina-se a favor da supressão de tal instituto em razão da perda do sentido de sua função preparatória ao divórcio, em razão da pouca eficácia das reconciliações, por possibilitar a discussão da culpa que é instituto medieval e por representar intromissão indevida do Estado nas relações privadas.

A jurisprudência tem permitido o ingresso imediato do divórcio, convertido os processos em curso e o mais polêmico, extinguido processos de separação por falta de interesse de agir. É fato que somente uma lei ordinária pacificará o tema.

Acerca da culpa, em razão da redação da EC 66/2010, dúvidas pairam sobre a sua pertinência na separação. Com análise dos institutos da culpa nos ordenamentos civis de 1916 e 2002, verifica-se uma tendência a sua retirada das relações de família em razão dos reiterados debates emocionais que provoca. Os debates giram pelo fim do casamento e pela necessidade de imputar culpa ao outro. Por vezes a culpa sequer existe. A falência do casamento pode ter ocorrido pelo desgaste, desamor ou perda do respeito e confiança mútuos.

De fato, a discussão da culpa parece ter perdido seu sentido. Há de se priorizar a busca pelo respeito de intimidade das pessoas e por um Estado não intervencionista.

Por derradeiro, a pesquisa demonstrou ser plenamente possível a dissolução da sociedade conjugal sem discussão de culpa, com atribuição de alimentos a quem deles necessite, por força do próprio casamento. Já o nome, caso adotado por um dos cônjuges, passará a ser conservado ou enjeitado por sua livre escolha, após a dissolução, eis que direito inerente a sua personalidade.

REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira, **O fim da culpa na separação judicial**. Belo Horizonte/MG: Del Rey, 2007.

BAHIA, Tribunal de Justiça. **Apelação 000407422005**. Relator: Emílio Saloma Pinto Reseda, 25/01/2011. Disponível em: <http://www7.tjba.jus.br/template/popup_servicos.wsp?tmp.id=155>. Acesso em: 23/10/2011.

BARBIERI, Cibele Prado. Que Culpa tem o eu...? In PERES, Uriana T. **Culpa**. São Paulo: Escuta, 2001.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática da monografia para os cursos de direito. 9ª ed. São Paulo. Saraiva, 2011.

BRASIL. **Emenda constitucional nº 66 de 13 de julho de 2010**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm>. Acesso em 24/10/2011.

_____. **Emenda constitucional nº 9 de 28 de junho de 1977**. Dá nova redação ao § 1º do artigo 175 da Constituição Federal de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc09-77.htm>. Acesso em 24/10/2011.

_____. **Lei 10406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm#art2045>. Acesso em: 24/10/2011.

_____. **Lei nº 3071 de 01 de janeiro de 1916**. Código Civil de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 24/10/2011.

_____. Leis, decretos, etc. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Atualizada até a Emenda Constitucional n. 24, de 9-12-1999, acompanhada de novas notas remissivas e dos textos, integrais, das Emendas Constitucionais e das Emendas Constitucionais de Revisão. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

BUENO, Francisco da Silveira. **Minidicionário da Língua Portuguesa**: ed., rev. e atual., São Paulo: Ftd, 2000.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 3ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e separação**. 11ª ed. São Paulo: Revistas dos tribunais, 2005.

CASSETTARI, Cristiano. **Separação, divórcio e inventário por escritura pública**, 4ª ed., rev. e ampl., São Paulo: Método, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Divórcio já!**: comentário à Emenda Constitucional 66, de 13 de Julho de 2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Manual do direito das famílias**. 8ª ed., rev., atual., ampl São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 21ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

FRANÇA, R. Limongi. **Instituições de direito civil**: Todo o Direito Civil num só Volume. 5ª ed., rev. e atual. São Paulo, 2005.

GAGLIANO ,Pablo Stolze ; FILHO, Rodolfo Pamplona. **O novo divórcio**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família**. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 1995.

GUSMÃO, Paulo Dourado. **Introdução ao estudo do direito**. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

HENRIQUE, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. **Monografia no curso de direito: Trabalho de Conclusão de Curso, Metodologia e técnicas de pesquisa da escolha do assunto à apresentação gráfica.** 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

KASER, Max. **Direito privado romano.** Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hammerle. Lisboa/ Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** rev., atual., ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

LEONEL, Vilson; MOTTA, Alexandre de Medeiros. **Ciência e pesquisa:** disciplina na modalidade à distância. 4ª ed. rev. e atual. Palhoça: UnisulVirtual, 2007.

LIMA, Alvino, **Culpa e risco.** 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LUZ, Valdemar P. da. **Curso de direito da família.** 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Ltr, 2002.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica.** 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito:** atualizado de acordo com as últimas normas da ABNT. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado: Dissolução da Sociedade Conjugal. Eficácia Jurídica do Casamento.** 1ª ed. Campinas: Bookseller, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada.** 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOTTA, Sylvio e BARCHET, Gustavo. **Curso de direito constitucional.** 2ª ed. atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

NETO, Inacio de Carvalho. **Separação e divórcio:** teoria e prática. 9ª ed. rev. e atual. Curitiba/PR: Juruá, 2008.

NUNES, Rizzatto. **Manual da monografia jurídica.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 3ª ed. São Paulo: Método, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: Direito de Família**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RAVACHE, Alex. **Divórcio, separação e culpa após a Emenda Constitucional nº 66/2010**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2744, 5 jan. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18203>>. Acesso em: 07/05/2011.

RAVACHE, Alex. **Divórcio, separação e culpa após a Emenda Constitucional nº 66/2010**. IN Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2744, 05/01/2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18203>>. Acesso em: 07/09/2011.

RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça. **Apelação, 00023176520108190082**. Relator: Ana Maria Oliveira, 13/04/2011, Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19535501/apelacao-apl-23176520108190082-rj-0002317-6520108190082-tjrj>>. Acesso em: 23/10/2011.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento, 70041891110**. Relator: Roberto Carvalho Fraga, 15/06/2011, Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19814277/agravo-de-instrumento-ai-70041891110-rs-tjrs>>. Acesso em: 23/10/2011

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, **Agravo de Instrumento, 7004474495**. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, 30/08/2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20472399/agravo-de-instrumento-ai-70044744795-rs-tjrs/inteiro-teor>>. Acesso em: 23/10/2011

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, **Agravo de Instrumento, 70038704821**. Relator: André Luiz Planella Villarinho, 14/05/2011. Disponível em: <<http://br.vlex.com/vid/-260021346>>. Acesso em: 23/10/2011.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral de processo**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

SALLES, Gladys Maluf Chamma Amaral. **A pec do divórcio e a discussão da culpa**, IN Instituto Brasileiro de Direito de Família, São Paulo. 08/07/2010. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=624>>. Acesso em 20/09/2011.

SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça. **Apelação 20100677682**. Relator: Saul Steil, Disponível em :

<<http://tjsc6.tj.sc.gov.br/cposg/pcpoResultadoConsProcesso2Grau.jsp?CDP=01000HBLV0000>>. Acesso em: 23/10/2011.

SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça, **Apelação 20110529920**, Relator: Luiz Carlos Freyesleben, Disponível em:

<<http://tjsc6.tj.sc.gov.br/cposg/pcpoResultadoConsProcesso2Grau.jsp?CDP=01000JE340000>>. Acesso em: 23/10/2011.

SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça. **Apelação, 20080218199**. Relator: Joel Dias Figueira Júnior, Disponível em:

<<http://tjsc6.tj.sc.gov.br/cposg/pcpoResultadoConsProcesso2Grau.jsp?CDP=01000BLW50000>>. Acesso em: 23/10/2011.

SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça. **Apelação, 20110150141**. Relator: Joel Dias Figueira Júnior, Disponível em:

<<http://tjsc6.tj.sc.gov.br/cposg/pcpoResultadoConsProcesso2Grau.jsp?CDP=01000I9H90000>>. Acesso em: 23/10/2011.

SANTOS, Antonio Jeová. **Direito intertemporal e o novo código civil**. 2^a ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. **Emenda Constitucional 66 – uma leitura “politicamente incorreta”**. Disponível em 08/06/11 em:

<<http://direitodefamiliars.blogspot.com/2011/06/doutrina-emenda-constitucional-66-uma.html>> Acesso em: 20/10/11.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. **Emenda do divórcio: cedo para comemorar**. Disponível desde 21/07/2010 em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=648>>. Acesso: em 20/07/11.

SANTOS, Ozéias J. **Divórcio constitucional**. São Paulo: Syslook, 2011.

SANTOS, Washington dos. **Dicionário jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento, 990103573013**. Relator: Caetano Lagrasta, 16/11/2010, Disponível em:

<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17319226/agravo-de-instrumento-ai-990103573013-sp-tjssp>>. Acesso em: 23/10/2011.

SCHAFFER, Gilberto. **A Emenda Constitucional n.º. 66 e o divórcio no Brasil**. Disponível desde 02/08/10, em: <http://www.espacovital.com.br/noticia_ler.php?id=19924>. Acesso em: 19/07/11.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

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

SILVA, Regina Beatriz Tavares. Revista: **O judiciário da Escola Superior de Magistratura do Estado de Santa Catarina**. 23ª ed. Florianópolis/SC: ESMESC, 2010.

UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA. Pró-Reitoria Acadêmica. Programa de Bibliotecas. **Trabalhos acadêmicos na Unisul**: apresentação gráfica para tcc, monografia, dissertação e tese. 3. ed. rev. e ampl. Palhoça: Ed. Unisul, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao estudo do direito**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

WALD, Arnold. **O novo direito de família**. 15ª ed. rev. atual., ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

WANBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.