

Da Emenda Constitucional n. 66/2010 e a polêmica quanto à permanência do instituto da separação judicial no ordenamento jurídico brasileiro¹

Isabele Soares de Castro²

Resumo

O presente trabalho traz uma análise da nova redação dada ao texto do § 6º do art. 226, da Carta Maior, a fim de que se conclua se tal alteração levou ou não à extinção da separação judicial. Deste modo, são confrontadas as principais teses sustentadas pela doutrina, bem como recentes jurisprudências acerca do tema.

Palavras-chave: Emenda Constitucional 66/10. Divórcio. Extinção. Separação judicial.

Abstract

This paper presents an analysis of the new wording to the text of § 6 of art. 226, the Carta Maior, so it is clear whether or not this change led to the extinction of judicial separation. Thus, the main theses are faced sustained by the doctrine, as well as recent case law on the subject.

Keywords: Constitutional Amendment 66/10. Divorce. Dissolution. Judicial separation.

Introdução

O presente artigo pretende abordar restritamente a polêmica originada com a promulgação da Emenda Constitucional 66/2010 quanto à subsistência da separação no ordenamento jurídico.

Com o advento da Emenda, suprimiu-se o requisito anteriormente vigente para se pleitear o divórcio, sendo: o lapso temporal por mais de um ano, em caso de separação judicial, ou por mais de dois anos, no caso de separação de fato. A justificativa do respectivo Projeto de Emenda Constitucional fazia referência a uma intenção de se extinguir totalmente os processos de separação judicial.

Assim, houve doutrinadores que entenderam que a reforma em questão teria revogado completamente os dispositivos legais que tratavam, até então, da separação

¹ Artigo Científico apresentado para a conclusão de Bacharelado em Direito da Faculdade de Direito de Valença, do Centro de Ensino Superior de Valença, da Fundação Educacional Dom André Arcoverde.

² CASTRO, Isabele Soares de. Formanda da Fundação Educacional Dom André Arcoverde, no Curso de Direito, da turma de 2012. Contato: isabelecastro_direito@hotmail.com.

judicial. De outro lado, há os que entendem que o instituto da separação continua no ordenamento jurídico brasileiro, sendo de aplicação facultativa aos cônjuges.

Fato que é demonstrado através das frequentes divergências trazidas pelos operadores do direito, como o do Enunciado nº 504 da V Jornada do Direito de Família, que fixa como prevalecente o entendimento acerca da permanência do instituto da separação no ordenamento. No entanto, o assunto não deixou de ser polêmico, o que pode ser comprovado pelas fontes jurisprudenciais, que prezam, na sua maioria, pela extinção da separação do texto legal.

Portanto, visa ao presente, sem a pretensão de esgotar o tema, apontar os principais efeitos da Emenda do Divórcio, bem como analisar as divergências doutrinárias e jurisprudenciais trazidas por ela. Sendo destacados os benefícios do texto constitucional, bem como os impactos causados na sociedade e no ordenamento jurídico brasileiro, sendo o estudo calcado em fontes doutrinárias e jurisprudenciais, basicamente.

Da separação e do divórcio

Os vínculos surgidos com o casamento

Surgem com o casamento a sociedade conjugal e o vínculo matrimonial, institutos de grande relevância social e, por conseguinte, jurídica. Tais institutos jurídicos, cada qual com a sua peculiaridade, regulam a vida dos consortes quanto aos direitos e deveres de cada um, tanto no aspecto social quanto no patrimonial no sentido de regular o regime de bens.

370

O primeiro vínculo a ser apresentado refere-se aos deveres e obrigações conjugais, estabelecido no art. 1.566 do Código Civil Brasileiro, onde os cônjuges são codevedores da fidelidade recíproca, com direito à vida em comum no domicílio conjugal, mútua assistência, a qual se configura no sustento, guarda e educação da prole e respeito e consideração pelo outro. Assim, estamos diante da sociedade conjugal, que, como falado anteriormente, regula prioritariamente as obrigações de cunho pessoal do casal.

Já o vínculo matrimonial é materializado quando os consortes se unem, conforme menciona a parte inicial do artigo 1.565 do CC, que diz: “pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes...”. Contrariamente ao que dispõe o art. mencionado, já existem decisões no Brasil, relacionadas à realização de casamento de casais homoafetivos no cartório, fato que demonstra a evolução social.³

³ Porto Alegre foi palco, no dia 9 de dezembro, do primeiro casamento homoafetivo direto do Brasil no cartório. Com o parecer favorável do Ministério Público, os noivos não precisaram recorrer à Justiça para concretizarem a união. A cerimônia seguiu os mesmos trâmites de uma união entre heterossexuais. De acordo com o registrador substituto do Cartório do Registro Civil da 4ª Zona das Pessoas Naturais de Porto Alegre, Felipe Daniel Carneiro, a maioria dos cartórios ainda se nega a habilitar casamentos entre pessoas do mesmo sexo, por julgarem inconstitucional. Porém, ele considera que, “depois do julgamento do Supremo Tribunal Federal (STF) que reconheceu a união estável entre casais homoafetivos, todos devem ter os mesmos direitos”. Felipe defende que não precisa existir uma legislação específica para regulamentar esses casos, uma vez que a jurisprudência já entende que é possível o casamento entre pessoas do mesmo sexo. “Nós já vínhamos sendo abordados por vários casais, mas ainda não tínhamos

Assim se constata que o vínculo matrimonial surge com o casamento, no qual fica estabelecida a comunhão plena de vida, diante do disposto no art. 1.511 do Código Civil.

Vale citar o pensamento de Ferreira Pinto, que distingue perfeitamente os dois institutos em comento:

“O casamento é, sem dúvida, um instituto mais amplo que a sociedade conjugal, por regular a vida dos consortes, suas relações e suas obrigações recíprocas, tanto as morais como as materiais, e seus deveres para com a família e a prole. A sociedade conjugal, embora contida no matrimônio, é um instituto jurídico menor do que o casamento, regendo, apenas, o registro matrimonial de bens dos cônjuges, os frutos civis do trabalho ou indústria de ambos os consortes ou de cada um deles. Daí não se pode confundir o vínculo matrimonial com a sociedade conjugal.” (FERREIRA, 2005, p. 137)

Modos de extinção dos vínculos conjugais

Cabe apontar os casos apresentados no art. 1.571 do Código Civil, que cuida especificadamente da dissolução da sociedade conjugal, senão vejamos: a) pela morte de um dos cônjuges; b) pela anulação do casamento; c) pela separação judicial ou extrajudicial; e, d) pelo divórcio.

A separação é uma das formas de dissolução da sociedade conjugal, conforme preceitua o art. 1.576, quando os cônjuges ficam desobrigados no que se refere à coabitação, fidelidade e regime de bens, mantendo-se as demais obrigações, tais como mútua assistência (cuidados pessoais recíprocos), manutenção dos filhos e o vínculo do casamento.

Já o parágrafo único do art. 1.571 menciona que o vínculo matrimonial, ou seja, o casamento civil válido, só se extingue pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se o mesmo em caso de cônjuge ausente, o que não ocorria no Código de 1916, no qual a presunção do óbito do ausente impedia que o outro convolasse novas núpcias.

O divórcio, conforme preceitua o art. 1.571 do Código Civil, é a medida dissolutória do vínculo matrimonial válido, ocasionando como consequência a extinção de todas as obrigações conjugais.

nenhuma orientação das corregedorias. Quando percebi que muitos desembargadores estavam decidindo pelo casamento homoafetivo, decidimos habilitar esses casos. Considero que, se todos são iguais, não é necessário haver uma lei específica e seria discriminação a não habilitação desse casamento”. Mais um avanço – Para a advogada Maria Berenice Dias, presidente da Comissão de Diversidade Sexual da OAB e vice-presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), esse casamento é mais um avanço para o reconhecimento da igualdade de direitos. “Até agora os casamentos homoafetivos precisavam passar pelo juiz. É significativo e de vanguarda esse caso em que houve apenas a manifestação do Ministério Público”, afirma. Outros casais do mesmo sexo já se casaram no país, no entanto, foi preciso acionar o Judiciário. O primeiro casamento aconteceu em São Paulo, no dia 27 de junho de 2011, com o aval do juiz Fernando Henrique Pinto. Outros Estados como Alagoas, Pernambuco, Rio Grande do Sul e Distrito Federal também já tiveram decisões nesse sentido. *In: DIREITO DAS FAMÍLIAS. País tem casamento gay direto no cartório*. Disponível em: <<http://direitosdafamilias.blogspot.com.br/search?updated-min=2011-01-01T00:00:00-02:00&updated-max=2012-01-01T00:00:00-02:00&max-results=50>>. Acesso em 20 de setembro de 2012.

Portanto, é de extrema necessidade identificar que a separação judicial extingue tão somente com a sociedade conjugal, e o divórcio (não se esquecendo das outras causas apontadas no art. 1.571 do CC) com o vínculo matrimonial que une o casal.

Da separação

Como dito, a separação visa por fim à sociedade conjugal. Todavia, a doutrina discrimina algumas espécies ou modalidades de separação, que merecem breves comentários.

Modalidades da separação

A primeira a ser destacada é a separação falência. Trata-se de forma voluntária de dissolução da relação conjugal, quando não há causa específica que justifique a vontade de por fim ao vínculo. Simplesmente decorre da manifestação de vontade dos consortes. Pode-se dizer que ocorre com o “fim do amor”. Nesta exige-se que o casamento tenha existência há, no mínimo, um ano, conforme dispõe o art. 1.574.

Ao contrário, a separação sanção, prevista no art. 1.572, ocorre quando um dos cônjuges comete algum fato que coloque o outro em situação desabonadora ou “quebre” uma de suas obrigações conjugais. Aqui existe um motivo para o rompimento. E assim sendo, não há que se falar em prazo de existência do casamento para se obter o desfazimento da sociedade. Havendo o motivo, o cônjuge infrator será punido com o rompimento do enlace e sofrerá a imposição das sanções previstas na lei para seu ato.

A terceira modalidade, denominada de separação remédio, aplica-se quando um dos cônjuges é acometido de grave doença mental, manifestada após o casamento, de cura improvável e que já dure pelo menos dois anos, conforme consta no art. 1.572, § 2º do CC.

Dos efeitos da separação

A separação judicial põe termo aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca e ao regime de bens, conforme o art. 1.576 do CC.

Não obstante, o cônjuge que é declarado culpado na ação de separação judicial perde o direito de usar o sobrenome do outro, desde que requerido pelo inocente, como preconiza o art. 1.578, bem como o direito aos alimentos, na forma estabelecida no art. 1.704, ambos do CC.

Cessa-se, ainda, o direito sucessório entre os cônjuges, que deixam de ser herdeiros um do outro (art. 1.830), conforme o regime de bens acolhido.

Por fim, não é permitido aos cônjuges convolarem novas núpcias, eis que ainda guardam vínculo matrimonial um com o outro.

Do divórcio

O divórcio põe termo ao vínculo matrimonial, possibilitando aos ex-cônjuges a convolação de novas núpcias.

Merecendo destaque as suas duas modalidades, sendo a primeira batizada de divórcio conversão ou indireto. Aqui, decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, qualquer das partes poderá requerer sua conversão em divórcio. Aplica-se também esta previsão no caso de decisão de medida cautelar de separação de corpos, com base no exposto no art. 1.580 do Código Civil, o que foi modificado com o advento da Emenda Constitucional 66/2010, não existindo mais no ordenamento jurídico a necessidade do cumprimento do lapso temporal para se perquirir o divórcio.

Já o divórcio consensual direto ou extraordinário decorre do mútuo consentimento dos cônjuges e somente era possível se estes estivessem separados há mais de dois anos, o que não é mais necessário doravante à promulgação da Emenda do Divórcio, que supriu o lapso temporal antes exigido para pleitear a extinção do vínculo matrimonial.

Efeitos do divórcio

Conforme preconiza em sua obra a ilustre Maria Helena Diniz, a sentença do divórcio, que homologa ou decreta, possui eficácia *ex nunc*, não suprimindo ou alcançando os efeitos produzidos pelo casamento antes da sentença declaratória. (DINIZ, 2007, p. 346)

Com ele ocorre a dissolução do vínculo matrimonial civil, bem como dos deveres conjugais; dissolve, ainda, o regime de bens, não sendo necessária a partilha destes para se obtê-lo, conforme o art. 1.581 do CC⁴.

Um dos efeitos principais do divórcio é a possibilidade de se contrair novas núpcias, não se admitindo a reconciliação. Assim, caso queiram restabelecer a união conjugal, só poderão fazê-lo mediante novo casamento.

Formas de obtenção da separação e do divórcio

Tanto a separação quanto o divórcio podem ser obtidos na esfera judicial, nas modalidades consensual ou litigiosa, bem como extrajudicialmente, contudo, apenas de forma consensual.

A separação ou divórcio judicial serão manejados quando há menores e, ou incapazes envolvidos, mesmo que haja consenso entre os cônjuges; e ainda, quando não há um consenso entre as partes, sendo caracterizado, portanto, o divórcio ou separação na modalidade litigiosa, obtidos mediante sentença judicial.

Uma das mais comuns e requeridas atualmente é a modalidade do divórcio e da separação extrajudicial consensual, ambos são realizados por escritura pública, sendo somente permitido ao casal que não possua filhos portadores de incapacidade ou menores e desde que proposto no prazo legal e haja interesse de ambos os consortes. Nos dois casos, não se faz necessária a homologação judicial, já que a escritura constitui título hábil tanto para o registro civil, quanto para o registro imobiliário, diante a inteligência do art. 1.124-A, §§ 1º a 3º, acrescentados pela Lei nº 11.441/2007 do CPC.

⁴ Art. 1.581 do CC – O divórcio pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens.

Da evolução histórica do divórcio

Desde tempos remotos, os povos primitivos, com exceção de alguns, admitiam a dissolubilidade do vínculo matrimonial. O Antigo Testamento do povo hebreu e o Código de Hamurabi facultavam o divórcio aos cônjuges. Contrariamente, o Código de Manu somente o permitia quando a mulher se mostrava estéril durante oito anos de casada.

Na Grécia Antiga, a esterilidade também era causa para aplicação do divórcio.

Na Roma Antiga, o casamento era união para a vida toda e o divórcio era apenas consequência natural pelo fato de ser o vínculo matrimonial sustentado pela *affectio maritalis*. Quando esta não fazia mais parte da união, permitia-se a separação (*divortium*). Salienta-se que mesmo o casamento sacramental solene veio a dissolver-se nesta civilização.

Na Idade Média, somente com o Concílio de Trento (1545 a 1553), a Igreja Católica se consolidou, afastando-o em definitivo, tendo em vista que os membros da igreja proclamavam que o matrimônio era algo indissolúvel. Somente perante a igreja a separação de corpos, denominada *divortium quo ad thorum et habitationem*, era possível. Ela preservava a natureza sacramental do casamento, ocasionando pela sociedade grandes movimentos divorcistas, muitos deles desenvolvidos em países protestantes. Nota-se que diversas eram as causas adotadas no movimento: abandono, ausência de afeto, adultério, entre outras.

374

No direito dos povos modernos prevalecia o divórcio com raras exceções, sendo que os sistemas jurídicos ocidentais passaram a aceitá-lo. Citemos como exemplo a Itália, um dos países mais resistentes, promulgou lei instituindo-o apenas em 1970, em clima de grande tensão.

Historicamente, o casamento era indissolúvel. Durante décadas o Brasil participou de movimentos antidivorcistas, estes estruturados pela Igreja Católica. O legislador, com receio de que o divórcio surgisse pelo voto da maioria absoluta no Congresso, inseriu na Constituição do ano de 1934 o princípio da indissolubilidade, que percorreu várias constituições.

Com a aprovação da Emenda Constitucional nº. 9, de 28 de julho de 1977, o divórcio fora recepcionado, ao ser alterado o § 1º, do art. 175, apresentando a dissolução matrimonial nos casos previstos em lei. O que ocasionou grande alvoroço social e religioso. Ressaltava o 2º §, que este era apenas permitido quando houvesse separação judicial por mais de três anos.

Assim, pode ser claramente constatado que o divórcio, especificamente no Brasil, foi fonte de várias controvérsias; e foi neste clima que a “Lei do Divórcio” (6.515/77) foi votada e discutida, estando de um lado os divorcistas e do outro a Igreja Católica. Cabe lembrar que no texto original desta Lei, com receio de evitar a epidemia divorcista, constava em seu art. 38, que o direito de pedir o divórcio era só uma vez. Assim, se um homem divorciado se casasse novamente com uma mulher solteira ou viúva, ele não poderia mais requerê-lo, salvo se existisse motivo para tal.

Tais prazos foram reduzidos pelo art. 226, §6º, da Carta Maior de 1988, o qual o divórcio direto era concedido quando o casal havia se separado judicialmente após um ano e, o indireto, quando os interessados haviam se separado de fato por dois anos.

Com o advento do Código Civil de 2002, seguindo a linha de orientação da Lei nº 6.515, adotou-se a teoria do divórcio remédio⁵, sem prejuízo aos que abraçassem a separação pura e simples. Tal sistema é equiparado ao francês, que também admite a separação de corpos e o divórcio.

Outra modificação relacionada ao divórcio de grande impacto foi promovida pela Lei Federal nº 11.441, de 04 de janeiro de 2007, na qual os dispositivos da Lei nº 5.869/73 do CPC passaram a possibilitar a realização do inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa.

Assim, diante do dispositivo do art. 1.1244-A do CPC:

“A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento.”

Sem dúvidas, desde os primórdios, o divórcio vem sendo causa de grande polêmica, oriunda das modificações causadoras de ostensiva mudança social. Neste contexto, presenciamos nas experientes indagações do mestre Caio Mário, o seguinte: “A própria filosofia do divórcio mudou, da apuração da culpa para a contagem do tempo”. (PEREIRA, 1998, p. 258)

É neste raciocínio que chegamos ao ponto crucial do presente estudo, a tão falada Emenda Constitucional nº 66/2010.

Da Emenda Constitucional nº 66/2010

Introitamente é essencial destacar que a Emenda nº 66/2010 fora idealizada por juristas representantes do instituto de direito de família, sendo de iniciativa do deputado Antônio Carlos Biscaia (PEC 413/05), posteriormente exposta pelo deputado Sérgio Barradas Carneiro (PEC 33/07).

A referida emenda tem como objetivo a realização do divórcio imediato, sem prazos e sem discussão de culpa acerca de quem deu causa à dissolução, modificando assim o texto do § 6º do art. 226 da Carta Magna.

Para isso foi suprimido o requisito da prévia separação judicial por mais de um ano ou a exigência da separação de fato por mais de dois anos para a concessão do divórcio, requisito este que pairava no texto do artigo alterado pela emenda, o que se verifica a seguir:

⁵ Aplica-se quando um dos cônjuges é acometido de grave doença mental, manifestada após o casamento, de cura improvável e que já dure pelo menos dois anos, conforme consta no art. 1.572, § 2º do CC.

“§ 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.”

Pelo ordenamento jurídico atual tornou-se perfeitamente possível que um casal contraia núpcias em um dia e se divorcie no outro ou então nos minutos seguintes.

Senão vejamos o teor do texto do parágrafo 6º do art. 226 da CF após a promulgação da Emenda do Divórcio: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.

Percebe-se que o dispositivo tornou-se silente quanto à existência do instituto da separação judicial, trazendo para o ordenamento duas modificações de impacto, quais sejam, 1) omissão quanto ao fim ou permanência da separação judicial; e 2) extinção do prazo mínimo para a dissolução do vínculo conjugal. O que gerou simultaneamente perante diversos segmentos, críticas e elogios, suscitando, por conseguinte, uma série de debates jurídicos, principalmente com relação à subsistência da separação no ordenamento jurídico.

Da polêmica quanto à subsistência da separação

A grande problemática da aprovação da emenda consiste na dúvida acerca da constância (ou não) da separação judicial no ordenamento jurídico brasileiro, já que o texto responsável pela modificação do parágrafo 6º do art. 226 da Constituição Federal é sucinto, não abrangendo, portanto, tal polêmica.

Dos que defendem a extinção da separação judicial

Para uma grande parte da doutrina jurídica e das fontes jurisprudenciais, a separação teria sido extinta do ordenamento pátrio, como brevemente anota César de Oliveira: “Esta modalidade não existe mais, é impossível de pedi-la, e aquelas que estão em andamento podem ser convertidas diretamente para o divórcio, independentemente do período.” (2012, p. 02)

No mesmo sentido, seguem as lições de Maria Helena Diniz:

“Ao se dar nova redação ao art. 226, § 6º da Constituição Federal, desaparece a separação e eliminam-se prazos e a perquirição de culpa para dissolver a sociedade conjugal. Qualquer dos cônjuges pode, sem precisar declinar causas ou motivos, e a qualquer tempo, buscar o divórcio. A alteração, quando sancionada, entra imediatamente em vigor, não carecendo de regulamentação. Afinal, o divórcio está regido no Código Civil, e a Lei do Divórcio manda aplicar ao divórcio consensual o procedimento da separação por mútuo consentimento (art. 40, § 2º). Assim, nada é mais preciso para implementar a nova sistemática.” (2007, p. 348)

A justificativa para o fim da separação é que o modelo adotado pelo ordenamento jurídico acerca da dissolução matrimonial não vinha acompanhando a evolução social, não existindo, portanto, quaisquer razões para o prolongamento do sofrimento do casal quanto à espera do lapso temporal para, oficialmente, por fim à relação falida.

Ainda, prevê a jurisprudência abaixo transcrita que o instituto do divórcio trata-se de um direito potestativo, como abaixo exposto, não existindo mais nenhum elemento subjetivo ou objetivo para a sua aplicação, apenas o estado civil de casado e a vontade dos cônjuges de por fim na relação matrimonial, evitando com isso, o intervencionismo estatal e da igreja, visando à desburocratização e a vontade dos cônjuges, como demonstra a aplicação comentada por Maria Berenice Dias.

“DES. RENATA COTTA – Julgamento: 16/07/2012 – TERCEIRA CÂMARA CÍVEL APELAÇÃO. DIREITO DE FAMÍLIA. DIVÓRCIO LITIGIOSO. PLEITO MINISTERIAL DE REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS E FIXAÇÃO DE ALIMENTOS PARA A PROLE COMUM. MANUTENÇÃO DO VÍNCULO CONJUGAL ATÉ A RESOLUÇÃO DAS QUESTÕES ATINENTES AOS MENORES. DESCABIMENTO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. Com a entrada em vigor da referida Emenda Constitucional, o § 6º, do art. 226, da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, restou suprimido o requisito de prévia separação judicial por mais de 01 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 02 (dois) anos, motivo pelo qual toda e qualquer discussão acerca do lapso temporal para o divórcio restou não recepcionada pela nova disposição constitucional. Isso significa que qualquer pessoa casada poderá ingressar com pedido de divórcio consensual ou litigioso, independentemente do tempo de separação judicial ou de fato. Decerto, o divórcio é um direito potestativo, não mais existindo qualquer requisito objetivo ou subjetivo para a sua concessão (a não ser o estado civil de casado e a vontade de um dos cônjuges de se separar), não se justificando, pois, seja mantida para sua eficácia uma mera chancela do Estado, por intermédio do Poder Judiciário, tomando-se o tempo de juízes e servidores, assim como do Ministério Público, os quais devem cuidar de questões em que, de fato, há necessidade de intervenção estatal para solução de conflitos. Não é por outro motivo que a própria lei já consagra as hipóteses de divórcio extrajudicial. Por isso, tanto para a separação, quanto para o divórcio, a tendência deve ser sempre a sua facilitação, e não o contrário. Em síntese: com a entrada em vigor da nova emenda, é suficiente instruir o pedido de divórcio com a certidão de casamento, não havendo mais espaço para a discussão de lapso temporal de separação fática do casal ou, como dito, de qualquer outra causa específica da separação. Vigora, mais do que nunca, agora, o princípio da ruptura do afeto, como simples fundamento para o divórcio. Diante de todo o exposto, irrelevante a realização da audiência de conciliação aventada pelo Parquet (...)”⁶.

(...)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIVÓRCIO. PARTILHA. CITAÇÃO POR EDITAL. O divórcio Caso em que se mostra desnecessário o pleno esgotamento das vias ordinárias para proceder-se à citação da parte ré em ação de divórcio **O direito ao divórcio tem natureza potestativa**. E em face às recentes mudanças trazidas pela EC 66, não há mais exigência de

⁶ DIREITO DAS FAMÍLIAS. *Julgamento: 16/07/2012 – Terceira Câmara Cível Apelação. Direito de Família*. Disponível em <<http://direitosdasfamilias.blogspot.com.br/2010/09/comentarios-e-jurisprudencia-do-tjrj.html>>. Acesso em 11 de setembro de 2012.

prazo de separação para sua concessão. Nesse passo, a impugnação ao pedido de divórcio resta esvaziada, de forma que se mostra desproporcional exigir que a parte postulante do divórcio permaneça no estado de casada até que se ultime a busca pela citação real da parte ré. Diante disso, cabível a citação do réu por edital quando não localizado para ser citado pelos meios ordinários. A partilha. Contudo, no que diz com a citação para a ação de partilha, tratando-se de direito patrimonial, descabe a citação ficta, sem antes se esgotar todos os meios de localização do réu. Nesse contexto, é cabível a citação por edital para a ação de divórcio devendo a parte prosseguir na tentativa de citação do réu para a partilha através dos meios ordinários.⁷

(...)

0374116-18.2008.8.19.0001 – APELACÃO

DES. NAGIB SLAIBI – Julgamento: 25/08/2010 – SEXTA CÂMARA CÍVEL. Direito Processual Civil. Embargos de declaração. Alegação de omissão, contradição e obscuridade. Descabimento. Direito de Família. Ação de Conversão de separação em divórcio. Procedência do pedido. Recurso. Alegação de descumprimento do acordo. Irrelevância. Para a decretação do divórcio é irrelevante o descumprimento do acordo que deverá ser executado pelas vias próprias. Emenda Constitucional nº 66/2010. Fim dos requisitos para decretação do divórcio. Provimento do apelo. Felizmente este verdadeiro calvário chega ao fim. A mudança provoca uma revisão de paradigmas. Além de acabar com a separação e eliminar os prazos para a concessão do divórcio, espanca definitivamente a culpa do âmbito do Direito das Famílias. Mas, de tudo, o aspecto mais significativo da mudança talvez seja o fato de acabar a injustificável interferência do Estado na vida dos cidadãos. Enfim passou a ser respeitado o direito de todos de buscar a felicidade, que não se encontra necessariamente na manutenção do casamento, mas, muitas vezes, com o seu fim.” (DIAS, 2012)

Neste sentido entende Sylvania Maria Mendonça do Amaral:

A separação judicial foi mantida, após o Brasil ter se tornado um país divorcista, por uma questão meramente psicológica. Por ser um país basicamente católico houve, à época dos estudos a respeito a aprovação do divórcio, uma intensa pressão de representantes da igreja e seus fiéis que se mostravam radicalmente contrários a uma figura jurídica que pudesse dissolver o matrimônio. Assim, sob tais pressões, foi mantida a figura da separação como um degrau se chegasse ao divórcio. Seria como se o divórcio estivesse longe dos casais separados. Mas nossa sociedade evoluiu, os costumes são outros e o divórcio é quase sempre buscado, seja para que se estabeleça um novo casamento, seja para colocar um “ponto final” no matrimônio por questões emocionais e psicológicas daqueles que um dia já formaram um casal. (...). (2012, p. 01)

O argumento de quase todos os estudiosos que são favoráveis à Emenda nº 66/10 é que o fim da separação conjugal gira em torno do princípio da celeridade e economia processual, bem como da desburocratização processual.

⁷ DIREITO DAS FAMÍLIAS. *Recurso parcialmente provido. em monocrática*. Disponível em: <<http://direitosdasfamilias.blogspot.com.br/2010/09/comentarios-e-jurisprudencia-do-tjrj.html>>. Acesso em 20 de setembro de 2012.

De acordo com o próprio autor da Emenda, a exigência de duas ações distintas prejudicaria o casal, no sentido de que as despesas para pleiteá-las seria maior, bem como o prolongamento do sofrimento de ambos ao aguardar o lapso temporal exigido antes da promulgação do referido texto.

Assim, também entende José Moacyr Doretto Nascimento e Gustavo Gonçalves Cardozo: “Além de desburocratizar a desconstituição do enlace matrimonial, a mudança vai gerar grande economia para o brasileiro, que não mais terá que gastar por duas vezes com despesas processuais, cartorárias e honorários de advogado (...)” (2012, p. 02)

Tal entendimento equivale à desburocratização acerca da dissolução matrimonial, sendo prezado pelos adeptos, como dito anteriormente, a celeridade processual e econômica quanto ao pagamento das custas processuais e honorários do advogado.

Os simpatizantes da emenda destacam e direcionam a significativa mudança à dignidade da pessoa humana no âmbito constitucional, argumentando que o divórcio é infinitamente mais vantajoso do que a separação, já que no prisma jurídico desfaz o vínculo matrimonial, possibilitando a convalidação de novas núpcias e, sob o viés psicológico evita a duplicidade de processos, e em decorrência disto, os gastos desnecessários e o transtorno sofrido pelo casal quando havia necessidade de se aguardar o lapso temporal para por fim ao vínculo matrimonial.

Nesta ótica, estamos diante da desburocratização jurídica acerca da dissolução do vínculo matrimonial, possibilitando de maneira imediata e eficaz que casais se libertem da relação falida.

Seguindo este raciocínio, destaca Pablo Stolze Gagliano:

“O que estamos a defender é que o ordenamento jurídico, numa perspectiva de promoção da dignidade da pessoa humana, garanta meios diretos, eficazes e não burocráticos para que, diante da derrocada emocional do matrimônio, os seus partícipes possam se libertar do vínculo falido, partindo para outros projetos pessoais de felicidade e de vida.” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2010, p. 278)

Portanto, os que prezam pelo fim da separação concluem, em consequência do exposto, que estão revogados os art. 1.572 a 1.578, do Código Civil, que tratam das formas da separação judicial, bem como seus efeitos, ocorrendo o mesmo com o art. 1.580, que trata da conversão da separação em divórcio e do divórcio direto.

Sendo assim, o divórcio é caracterizado por eles como única possibilidade de dissolução voluntária do casamento, não havendo mais condições ou a necessidade do cumprimento de prazo para por fim à relação matrimonial.

Dos que prezam pela subsistência da separação judicial no ordenamento jurídico

Em contrapartida, há os que defendem a permanência da separação judicial no ordenamento jurídico brasileiro, podendo a qualquer tempo ser exercida pelos cônjuges, não sendo de titularidade do Estado retirar o direito dos casais de se separarem.

Uma das inúmeras justificativas para tal corrente protetora da separação judicial é que o casamento sofrerá grande banalização. O que é referenciado pelo vice-presidente da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, Dom Luiz Soares Vieira. Para ele, ao facilitar o fim do casamento e, por conseguinte, extirpar a separação do ordenamento jurídico seria banalizar a questão.

Indagam que a norma constitucional nada expôs sobre a extinção da separação judicial do ordenamento, sendo silente quanto ao tema. Neste sentido, outra polêmica surge acerca dos conflitos conjugais, os quais deverão ser resolvidos açodadamente pelo divórcio, ou deverão os cônjuges manter-se em estado de separação de fato até que, passado o estresse momentâneo do conflito, resolvam se devem por fim definitivo ao casamento ou não. Tendo em vista que o divórcio não admite a reconciliação do casal, pois, uma vez decretado, se os ex-consortes pretendessem reatar precisariam se casar novamente.

Nesta mesma concepção, indaga Gustavo Gonçalves Cardozo:

“Há que se respeitar a vontade dos indivíduos, ainda incertos quanto ao futuro, mas decididos quanto ao presente. Há que se viabilizar e reconhecer a persistência da separação consensual em nosso sistema. Nem se venha redarguir que serão esses casos poucos ou menos raros, porque o direito, em sua modernidade, também tutela e promove a felicidade das minorias.” (2012, p. 02)

Vale ressaltar que tal posicionamento tem se mostrado prevalecente, como se denota o enunciado nº 514 da V Jornada de Direito Civil: “Art. 1.571. A Emenda Constitucional n. 66/2010 não extinguiu o instituto da separação judicial e extrajudicial”. (JFJUS, 2012)

Pondera o Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, integrante da 7ª Câmara Cível, que a separação, enquanto não abolida formalmente pelo legislador, poderá ser pleiteada por todas as pessoas que não queiram se divorciar por motivos pessoais e religiosos, já que há religiões que não admitem a dissolução do matrimônio.

Neste contexto, há quem considera que a emenda não extirpou do ordenamento jurídico a legislação infraconstitucional, que continua regulando tanto a dissolução do vínculo matrimonial como da sociedade conjugal.

Breves considerações acerca dos processos de separação em andamento sob vigência da EC nº 66/2010

Com o advento da Emenda nº 66/2010, outro fato de grande controvérsia e relevância jurídica chamou a atenção dos juristas, já que antes da promulgação da norma constitucional já existiam vários processos de separação em trâmite.

Neste sentido, há quem sustente que tais demandas devem ser extintas, sem julgamento do mérito, por superveniente impossibilidade jurídica do pedido, conforme preconiza o art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

De outro lado, há quem entenda que o procedimento de separação era utilizado apenas por exigência legal, e que, na verdade, a intenção dos cônjuges

que o requeriam era, desde o início, pôr fim ao casamento, sendo assim, no momento em que deixa de existir o processo de separação, o juiz deve transformá-lo em ação de divórcio.

Para esse entendimento, o juiz daria apenas ciência às partes da conversão, sendo que o silêncio destes seria tido como concordância tácita à decretação do divórcio. Na hipótese de as partes virem a manifestar-se em sentido contrário é que haveria a extinção do feito por impossibilidade jurídica do pedido.

Para Stolze e Pamplona Filho, o juiz deverá oportunizar a parte autora, em caso de separação litigiosa, ou as partes interessadas, em caso de jurisdição voluntária, concedendo prazo para que o pedido realizado seja adaptado à Emenda Constitucional nº 66/2010, convertendo-o em requerimento de divórcio. (2010, p. 283)

Nesse particular, não deverá incidir a vedação constante no art. 264 do Código de Processo Civil, segundo o qual, “feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, isso porque não se trata de uma simples inovação de pedido ou da causa de pedir no curso do processo, o que sucede, em verdade, é uma alteração da base normativa do direito material discutido, por força de modificação constitucional, exigindo-se, com isso, adaptação ao novo sistema, sob pena de afronta ao próprio princípio do devido processo civil constitucional.

Deste modo posiciona-se Dimas de Carvalho:

“A melhor solução nas ações de separação em andamento, em razão da norma constitucional modificadora, é intimar as partes, concedendo prazo para adequarem o pedido com o requerimento de divórcio, conduta que vem sendo adotada em diversas varas de família, até mesmo por economia processual, evitando-se o ajuizamento de novas ações de divórcio.” (2010, p. 341)

Parte da doutrina alega que faz mais sentido oportunizar as partes a possibilidade de requererem a ação de divórcio, através de adequação do pedido, para não remanescer dúvidas acerca da vontade dos consortes em dissolver o vínculo conjugal. Tal solução seria mais adequada também do que extinguir de ofício os processos de separação em trâmite, até mesmo por uma questão de economia e celeridade processual.

Caso as partes intimadas para a modificação do pedido no prazo determinado pelo juiz não se manifestem é que se faz necessária a extinção do processo sem resolução de mérito, devido à impossibilidade jurídica do pedido, posto que não se pode mais falar no instituto da separação no nosso ordenamento jurídico.

Comentários e jurisprudência do TJRJ sobre o divórcio face à Emenda Constitucional nº 66/2010

Os Tribunais de Justiça, especificamente o do Rio de Janeiro, vêm se posicionando no sentido do término da separação judicial, o que fica demonstrado com os diversos acórdãos neste contexto, existindo atualmente escassos entendimentos no sentido de que a separação continua presente no ordenamento jurídico.

“0002282-97.2003.8.19.0067 – APELAÇÃO – DES. HELENA CANDIDA LISBOA GAEDE – Julgamento: 27/08/2010 – TERCEIRA CÂMARA CÍVEL. APELAÇÃO CÍVEL. DIVÓRCIO DIRETO CONSENSUAL. Determinação para que fosse apresentada a declaração de duas testemunhas acerca do lapso temporal da separação. Paralisação por cinco anos. Extinção por abandono. Meta 2. O art. 226 § 6º da CRFB, com redação alterada pela Emenda Constitucional nº 66/2010, não traz mais nenhum requisito temporal para a decretação do divórcio, que poderá ser obtido a qualquer tempo. Assim, as exigências não mais subsistem para a concessão do divórcio. Anulação da sentença para prosseguimento do feito.”⁸

Os acórdãos, em sua maioria, são fundamentados acerca do fim da menção à separação judicial na Constituição Federal, onde dá ensejo à supressão deste instituto mesmo não havendo expressa revogação da legislação ordinária.

Demonstram ainda que o novo texto constitucional não vislumbra prejuízo às partes quanto ao fato de converterem o pedido de separação em divórcio se a ação de separação estiver em curso, desde que as partes sejam intimadas para concordarem em convolar o pedido de separação em divórcio direto. Caso não desejem, o processo deve ser extinto sem julgamento do mérito, pois a separação não tem mais cabimento em razão da supressão mencionada. Ainda, nenhuma norma constitucional faz referência a ela.

382

Prevê o Tribunal que as partes que não desejarem a dissolução do vínculo matrimonial pelo divórcio terão a opção da separação cautelar de corpos que assegurará o fim do regime de bens. Contudo, mesmo que não haja a separação de corpos, as partes poderão comprovar a separação de fato que irá produzir os mesmos efeitos.

Havendo bens a serem partilhados, os ex-consortes poderão, depois de decretado o divórcio, pleiteá-la em separado. No caso de alimentos poderá perquiri-los através de ação própria, o mesmo ocorre quando uma das partes deseja requerer indenização em razão de algum transtorno ocasionado pela outra, já que não cabe neste posicionamento a discussão da culpa para decretação do divórcio.

Faz parte do posicionamento majoritário deste Tribunal que a próxima inovação quanto à dissolução do casamento ocorrerá quando o divórcio perder seu caráter judicial e adquirir aspecto meramente administrativo, no qual a citação para que o outro se manifeste quanto ao pedido de dissolução matrimonial terá caráter de notificação, não permitido neste caso a peça contestatória com a intenção de protelar o pedido do divórcio.

Deste modo verifica-se a tendência do Tribunal de Justiça no sentido de perpetuar o entendimento de que a separação judicial foi extirpada do ordenamento jurídico brasileiro.

⁸ DIREITO DAS FAMÍLIAS. *Provimento do recurso. Decisão Monocrática: 27/08/2010*. Disponível em: <<http://direitosdasfamilias.blogspot.com.br/2010/09/comentarios-e-jurisprudencia-do-tjrj.html>>. Acesso em 20 de setembro de 2012.

Considerações finais

Este trabalho foi realizado com base na alteração promovida pela Emenda Constitucional nº 66 de 2010, no texto do § 6º do art. 226 da Constituição Federal, a qual culminou no surgimento da polêmica acerca da permanência do instituto da separação no ordenamento jurídico.

Antes da promulgação da Emenda Constitucional, para os cônjuges perquirirem o divórcio era necessário cumprir o lapso temporal de 1 (um) ano, no caso de separação judicial, ou então o prazo de 2 (dois) anos em caso de separação de corpos.

Com o advento da Emenda, foi suprimido do texto citado previamente o lapso temporal anteriormente exigido, fazendo constar que o casamento poderá ser dissolvido pelo divórcio. Fato que gerou uma série de debates jurídicos, já que a nova redação é silente quanto à permanência ou fim da separação judicial do ordenamento.

Neste sentido, há os que defendem a permanência do instituto no texto legal, tendo em vista que a norma constitucional nada expôs sobre a extinção da separação, sendo omissa quanto ao tema. Para eles, extirpar o instituto seria provocar no casamento a banalização matrimonial, de modo que os conflitos conjugais seriam resolvidos açodadamente pelo divórcio, tendo em vista que tal instituto não admite a reconciliação do casal, pois, uma vez decretado, se os ex-cônjuges pretendessem reatar precisariam se casar novamente.

De outro lado, há os que prezam pela extirpação da separação do ordenamento jurídico. Para esta corrente, o divórcio é mais vantajoso que a simples medida da separação judicial, sobre o prisma psicológico. Evita-se com ele a duplicidade de processos e, por conseguinte, a *strepitusfori*, ou seja, o desgaste emocional das partes envolvidas, que agora não precisam mais cumprir o lapso temporal para por fim na relação falida. Sob o viés econômico, o fim da separação é salutar, já que com isso evitam-se gastos judiciais desnecessários.

No mesmo ponto de vista, os tribunais, especificamente, o do Estado do Rio de Janeiro, vêm se posicionando no sentido do término da separação judicial, o que é fundamentado com base no fim da expressão *à separação judicial* no texto constitucional. Na concepção dos tribunais, o novo texto não vislumbra o prejuízo das partes quanto ao fato de converterem o pedido da separação em divórcio se a ação de separação estiver em curso, desde que as partes sejam intimadas para concordarem em convolar o pedido de separação em divórcio. Caso não desejem o processo será extinto sem resolução do mérito, já que para eles o instituto da separação foi retirado do ordenamento.

Diante o exposto, constata-se que a polêmica persiste, haja vista não prevalecer majoritariamente nenhuma das correntes expostas, tanto que, recentemente, para suavizar tal debate jurídico, foi editado o enunciado 504 da V Jornada do Direito de Família, o qual se posicionou pela manutenção da separação no texto legal. Embora o citado enunciado não seja norma jurídica que possa por fim à polêmica, há que se concluir que este surgiu a partir do estudo e interpretação da norma, criando, por conseguinte, um “norte” a fim de eliminar tal discussão. Certo é que muitos julgadores seguirão este posicionamento diante do caso concreto.

Por fim, no nosso entendimento acerca do tema, a Emenda Constitucional veio ao encontro dos anseios da sociedade, poupando o cidadão comum de submeter-se num momento frágil a dois processos judiciais e, ainda, de expor a sua intimidade e sua vida privada, quando não há necessidade. De fato, obrigar os casais que já não se amam a cumprirem o lapso temporal à época exigido para se requerer o divórcio é algo pasmoso. Portanto, não há sentido algum estabelecer requisitos prévios sem os quais não é possível a dissolução do vínculo matrimonial, fazendo sustentar uma relação que não mais subsiste.

Referência bibliográfica

AMARAL, Sylvia Maria Mendonça do. *O fim da separação judicial e o divórcio direto*. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/opinião/mat/2007/11/23/327284485.asp>>. Acesso em 09 de setembro de 2012.

CARDOZO, Gustavo Gonçalves. *A emenda do divórcio: singelas reflexões*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17011/a-emenda-do-divorcio-singelas-reflexoes>>. Acesso em 09 de setembro de 2012.

CARVALHO, Dimas Messias de. *Divórcio: judicial e administrativo de acordo com a Emenda Constitucional 66/2010 e a Lei 11.698/2008*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010

DIAS, Maria Berenice. *Divórcio Já!* Porto Alegre: Editora Magister. Data de inserção: 09/07/2010. Disponível em: <<http://www.editoramagister.com>>. Acesso em 12 de setembro de 2012.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 11. ed. São Paulo: Saraiva; 2007.

DIREITO DAS FAMÍLIAS. *Pais tem casamento gay direito no cartório*. Disponível em: <<http://direitosdasfamilias.blogspot.com.br/search?updated-min=2011-01-01T00:00:00-02:00&updated-max=2012-01-01T00:00:00-02:00&max-results=50>>. Acesso em 20 de setembro de 2012.

DIREITO DAS FAMÍLIAS. *Recurso Parcialmente Provido. Em Monocrática*. Disponível em: <<http://direitosdasfamilias.blogspot.com.br/2010/09/comentarios-e-jurisprudencia-do-tjrj.html>>. Acesso em 20 de setembro de 2012.

DIREITO DAS FAMÍLIAS. *Provimento do recurso. Decisão Monocrática: 27/08/2010*. Disponível em: <<http://direitosdasfamilias.blogspot.com.br/2010/09/comentarios-e-jurisprudencia-do-tjrj.html>>. Acesso em 20 de setembro de 2012.

DIREITO DAS FAMÍLIAS. *Julgamento: 16/07/2012 - Terceira Câmara Cível Apelação. Direito De Família*. Disponível em <<http://direitosdasfamilias.blogspot.com.br/2010/09/comentarios-e-jurisprudencia-do-tjrj.html>>. Acesso em 11 de setembro de 2012.

FERREIRA, Luiz Pinto. *Enciclopédia Saraiva de Direito: Divórcio no Brasil*. Vol. 29. São Paulo: Saraiva, 2005.

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

JFJUS. *Enunciado nº 514 da V Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/cjf/cej-publ/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados>>. Acesso em 09 de setembro de 2012.

NASCIMENTO, José Moacyr Doretto., CARDOZO, Gustavo Gonçalves. *A emenda do divórcio: singelas reflexões*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17011/a-emenda-do-divorcio-singelas-reflexoes>>. Acesso em 09 de setembro de 2012.

OLIVEIRA, César de. *Nova lei do divórcio acaba com a separação judicial*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-jul-17/lei-divorcio-acaba-possibilidade-separacao-judicial>>. Acesso em 09 de setembro de 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. V. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Nova Lei do divórcio não protege a família*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em 12 de setembro de 2012.