

## O DIVÓRCIO, NO BRASIL, À LUZ DA EMENDA CONSTITUCIONAL 66/10

*Ana Carolina Lucena Freitas Sindeaux\**

*Daniel Cabral Fagundes\*\**

*Thales Menezes de Farias\*\*\**

### RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar se a alteração feita no texto do art. 226, §6º, da Constituição Federal provocou ou não o fim da separação judicial. Nesse sentido, apresentam-se as duas posições sustentadas pela doutrina. Aborda as teses doutrinárias existentes sobre o tema por meio de uma investigação do direito material, dos pontos de vista histórico, principiológico e sociológico, apontando os aspectos positivos e negativos das duas posições, bem como as consequências advindas da adoção de cada um delas. Serão demonstrados os motivos de ordem teórica e prática que impulsionam a defesa da tese da extinção do instituto jurídico da separação judicial.

**Palavras-chave:** Separação Judicial. Inutilidade. Extinção.

### 1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 6.515/77, que depois de uma longa e árdua batalha conseguiu introduzir no Brasil o instituto do Divórcio, na tentativa de conciliar a objeção da igreja, de antidiivorcistas e divorcistas e amenizar o impacto perante a sociedade, estabeleceu como requisito à decretação do divórcio a necessidade da separação judicial ou de uma prévia separação de fato, na época, por cinco anos. Em que pese toda a boa intenção do legislador, a lei culminou por fazer a distinção legal entre terminar e dissolver o casamento, como se um casamento terminado já não estivesse de fato dissolvido.

Com base nessa premissa e em exemplos no Direito Comparado é que civilistas que integram o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) expuseram ideias acerca da Proposta de Emenda Constitucional apresentada pelo Deputado Antônio Carlos Biscaia (PEC 413/2005) e, posteriormente, reapresentada pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro como PEC 28/2007, da qual se deu origem à Emenda Constitucional nº 66/2010.

---

\*50ª Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte.

\*\* Graduando do 8º período do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Estagiário da 1ª Procuradoria de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte.

\*\*\* Graduando do 8º período do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Estagiário da 50ª Promotoria de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte.

A alteração no dispositivo do art. 226, §6º da Constituição Federal promovida pela Emenda Constitucional nº 66/2010, consagrou uma mudança significativa quanto à forma de extinção do matrimônio.

Examinaremos aqui os pontos doutrinários dissonantes, mostrando os principais aspectos que levam ao surgimento das divergências, bem como destacaremos as consequências práticas advindas da alteração provocada pela emenda em epígrafe, para, ao final, nos posicionarmos acerca da matéria sob exame.

## **2 ANÁLISE DOS INSTITUTOS DA SEPARAÇÃO E DO DIVÓRCIO ANTERIOR E POSTERIORMENTE À EC 66/2010**

A Emenda Constitucional nº 66 de 2010, de 13/07/10, advinda da PEC 28 de 2009, alterou a redação do artigo 226, §6º da Constituição Federal, o qual antes ditava: “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”. Atualmente o texto constitucional ficou com a seguinte redação: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.

De logo, problematiza a doutrina nacional – haja vista ainda a jurisprudência não ter se manifestado sobre o assunto – a exclusão ou não do instituto *exterminador* da sociedade conjugal, qual seja, a separação judicial.

Coloquemos os principais aspectos divergentes. A doutrina pró-separatista fundamenta-se em argumentos tais como: a separação não acabou, pois a redação dada pela PEC 28 ao §6º do art. 226 da Constituição Federal não revoga a lei infraconstitucional, além de não haver manifesta inconstitucionalidade na separação; a nova redação apenas eliminou as condições impostas à obtenção do divórcio, isto é, o lapso temporal de 1 ano da separação judicial, ou 2 anos da separação factual; a inexistência da separação judicial inviabiliza a ação de separação de corpos, a perda do direito de usar o sobrenome do outro cônjuge, e a discussão sobre a guarda dos filhos e a prestação de alimentos consoante previsões em artigos 1.702 e 1.704 do Código Civil Pátrio; ainda que se mantenha a separação judicial, prescinde o divórcio dos lapsos temporais das duas modalidades de separação; sem a separação não será possível a reconciliação do casal.

Ressonante com esse pensamento, Paulo Lôbo,<sup>1</sup> seguidor da corrente doutrinária que entende extinto o instituto da separação judicial, destaca que, embora alguns autores defendam a manutenção da separação em razão das normas constantes no Código Civil acerca da matéria não terem sido expressamente revogadas, tal tese não se sustenta, uma vez que a Lei nº 10.406/2002 regulamentava a separação de acordo com os prazos previstos na Constituição Federal, prazos estes não mais existentes.

Acrescenta ainda o nobre escritor que a norma da Carta Política que versa sobre o divórcio é de eficácia imediata, tendo em vista que “apenas precisa de lei para ser aplicável quando ela própria se limita ‘na forma da lei’”(LÔBO, 2010), o que não ocorre em relação à disciplina do divórcio.

Seguindo esse raciocínio, justificam os defensores da corrente pró-extinção da separação que a Emenda Constitucional (EC) eliminou a separação judicial e o lapso temporal necessário da separação factual; a separação judicial perdeu sua utilidade; que por uma interpretação teleológica e sistemática descabe a existência da separação judicial; que o objetivo do legislador, em seus pareceres, foi extinguir a separação judicial; que as normas infraconstitucionais estão tacitamente revogadas etc.

Stolze e Pamplona Filho (2010),<sup>2</sup> na obra *O novo divórcio*, alertam para a positividade da extinção do instituto jurídico da separação judicial tanto sob a ótica jurídica – pois provoca, simultaneamente, o término da sociedade conjugal e do vínculo matrimonial, permitindo, por conseguinte, a realização de novo casamento –, como também sob aspectos psicológicos e econômicos, uma vez que evita a duplicidade de ações, e, consequentemente, de despesas processuais.

O divórcio atual estaria incluso na espécie de direito potestativo, isto é, que interfere na esfera jurídica de outrem, este nada fazendo a não ser se submeter. Ou seja, em sede de contestação, só cabe ao réu ater-se às questões paralelas ao pedido de divórcio, como guarda de filhos, alimentos, uso do nome, partilha de bens, haja vista ser desnecessária a imputação de culpa ou o decurso do lapso temporal para se alcançar a dissolução do vínculo matrimonial. A qualquer momento, pós-casamento, poderá um dos cônjuges acionar este seu direito.

---

<sup>1</sup>LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Divórcio: alteração constitucional e suas consequências*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/impressao.php?t=artigos&n=629>>. Acesso em: 27/10/2010.

<sup>2</sup>GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O novo divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 56.

Há de ser visto também que de uma simples leitura da justificativa para a PEC extrai-se que a *mens legis* tinha por fundamento e objeto exatamente extinguir o sistema binário para a dissolução do casamento, então vigente no Brasil, como forma de poupar as partes da submissão à dois processos judiciais, prolongando sofrimentos e despesas que poderiam ser evitados.

### 3 A EC 66/10 E SUAS CONSEQUÊNCIAS

A alteração constitucional extinguiu a necessidade de causa objetiva (lapso temporal) e subjetiva (culpa) de um dos cônjuges para a decretação do divórcio. A averiguação da culpabilidade como requisito para a decretação do divórcio era um resquício proveniente do instituto da separação, ora entendida como extinta, e que já fora minimizada pelo Código Civil de 2002, assim como pela doutrina e jurisprudência. Agora, tendo em vista que a Constituição Federal não mais impõe requisitos à sua promulgação, a não ser a intenção de rompimento da convivência por um dos parceiros, inexistente indagação sobre quem é inocente ou culpado.

A análise da culpa seria considerada uma verdadeira intervenção estatal, a qual acarretaria em juízo a discussão de assuntos íntimos, privados, ferindo desde logo o princípio constitucional da privacidade, liberdade e da própria dignidade humana.

Como já expomos, Lôbo (2010) evidencia que não só estará dispensada a aferição de culpa, mas de todas as causas objetivas anteriormente exigidas para a decretação do divórcio, quais sejam: a quebra da união de vida por mais de um ano, a partir da decretação da separação judicial; o surgimento de doença mental em um dos cônjuges, após o casamento (divórcio indireto) e a separação de fato por mais de dois anos (divórcio direto). Logo, não haveria justificativa ou prazo a serem apresentados para obter o divórcio.

Ousamos destacar que a possibilidade de discussão sobre a culpa persiste se houver pedido de alimentos entre os cônjuges, sendo que tal pedido não deve obstar a decretação do divórcio. A ação deve ter continuidade em relação a tal pedido de alimentos, ou, conforme o caso, ser discutido em ação própria, se assim tiver sido proposto.

A medida cautelar de separação de corpos não deixou de existir com a extinção do instituto da separação judicial, pois ainda persiste o dever de coabitação no instituto do matrimônio. Logo, diante de algumas situações fáticas, como por exemplo, ocorrência de

violência física ou psicológica, maus tratos, etc., é válida tal medida, em caráter cautelar ou incidental à ação de divórcio, àquele que quiser ter o seu parceiro retirado do lar.

Diante da inexistência do elemento culpa como condição subjetiva na seara familiar, questões elementares como a guarda dos filhos e os alimentos podem ser estabelecidos por meio de pedidos cumulados com o divórcio. Assim entendeu o egrégio Superior Tribunal de Justiça:

DIVÓRCIO. Divórcio direto litigioso. Alimentos. A sentença que decreta o divórcio direto litigioso deve dispor, salvo situação excepcional, sobre a pensão alimentícia, guarda e visita dos filhos, a fim de evitar a perpetuidade das demandas. Recurso conhecido em parte e provido.<sup>3</sup>

Quanto ao direito intertemporal, aqueles que já eram separados judicialmente antes da promulgação da EC 66/10, não podem ser automaticamente considerados divorciados, tendo em vista que o estado civil de separado constitui um ato jurídico perfeito. E o meio de converter o estado civil de separado para o de divorciado é mediante manifesta disposição de vontade das partes perante o juízo ou cartório.

Já no que se refere àqueles que possuem em trâmite processo de separação, devem ser intimados de modo a converter o pedido de separação em divórcio. Caso não cumpram a modificação do pedido no prazo determinado pelo magistrado, este promoverá a extinção do processo sem resolução de mérito, devido à impossibilidade jurídica do pedido, pelo fato de não mais existir em nosso ordenamento o instituto da separação, porém, há quem entenda que nesses casos o magistrado deverá “extinguir o processo, sem enfrentamento do mérito, por perda de interesse processual superveniente (art. 264, VI, do CPC)” (STOLZE E PAMPOLHA FILHO, 2010, p. 141).

Embora a intimação seja a prática comumente adotada, inclusive, pelos Juízes das Varas de Família da Comarca de Natal/RN, Maria Berenice Dias, por sua vez, preleciona que o magistrado deverá dar ciência às partes sobre a conversão da separação em divórcio. Dessa forma, o silêncio não levaria à extinção do processo, mas implicaria na concordância tácita com a concessão do divórcio. Somente a manifestação das partes em sentido contrário à conversão da separação em divórcio é que ocasionaria a extinção do processo por impossibilidade jurídica do pedido (DIAS, 2010).

---

<sup>3</sup> STJ, Quarta Turma, REsp 132304-SP, Rel. Min. Rosado de Aguiar, Data Julg. 10/11/1997.

#### 4 CONCLUSÃO

A Emenda Constitucional nº 66/2010 veio ao encontro dos anseios de nossa sociedade, poupando o cidadão comum num momento que, por si só, já o fragiliza, de ter de submeter-se a dois processos judiciais e de expor a sua intimidade e sua vida privada à intervenção do Estado, quando não há necessidade.

Ao deixar a redação do artigo da seguinte forma: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”, deu margem à interpretação de que, além do divórcio, existem outras formas de dissolução do casamento civil, sendo, portanto, plausível a tese de que persiste o instituto da separação judicial.

O fato de existirem, atualmente, duas correntes doutrinárias – a primeira defendendo a continuidade da separação judicial, com a exclusão apenas do requisito temporal para se promover o divórcio; e a segunda sustentando o fim da separação judicial gera uma situação de insegurança jurídica que somente será afastada como advento dos casos concretos e consolidação da jurisprudência, nos parecendo mais convincente, à luz de uma interpretação teleológica, que a separação judicial não mais existe no nosso ordenamento jurídico, pois os benefícios advindos de sua extinção são inúmeros (além de superiores àqueles que seriam originados do posicionamento diverso) dentre os quais podemos destacar: a) a economia processual; b) a celeridade processual; c) a redução dos custos processuais para as partes interessadas (divorciandos); d) a rápida solução de uma situação conflituosa; e) a desnecessidade de comprovação de culpa para por fim ao matrimônio.

#### REFERÊNCIAS

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

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

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Divórcio: alteração constitucional e suas consequências*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/impressao.php?t=artigos&n=629>>. Acesso em: 27/10/2010.