

O TRATAMENTO DADO AO INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO APÓS A EC N°66/2010

ANA KAROL CASTRO BEZERRA

Advogada. Pós-Graduanda em Direito Público na rede de ensino LFG (Universidade Anhanguera - UNIDERP). Universidade Potiguar.

E-mail: akarolcastro@hotmail.com; karolzinha_c@hotmail.com

Resumo

A família sempre foi a instituição que mais recebeu proteção Estatal por ser a base da sociedade e aclamar para si a responsabilidade de toda uma estrutura social. Em virtude disso, a legislação de outrora que era fortemente influenciada pelos dogmas da igreja proibia e repudiava qualquer outro tipo de constituição de família alheia ao matrimônio, impedindo, inclusive, a ruptura do referido laço familiar. No entanto, paulatinamente, impulsionado pela aceitação do desquite, o Divórcio foi ganhando certo espaço. Conquista sacramentada com a Constituição Federal de 1988. Todavia, a Carta Magna impôs um lapso temporal inconveniente ao extremo, visto que não é aceitável que pessoas que não mais almejam permanecer ligadas de nenhuma forma sejam obrigadas a se verem impedidas de constituir legalmente uma nova família sem antes cumprir o prazo de um ano para separação judicial e dois anos para separação de fato. Em atenção a isto, surgiu a Emenda Constitucional nº66/2010, que extirpou os prazos já mencionados da Carta Constitucional de 1988. Assim, o presente estudo visa analisar se a separação judicial foi totalmente aniquilada do Ordenamento Jurídico Brasileiro, visto que tal indagação trouxe algumas divergências na doutrina brasileira.

Palavras-chave: Divórcio. Família. Separação Judicial. Emenda Constitucional nº 66/2010.

THE TREATMENT OF THE INSTITUTE OF JUDICIAL SEPARATION IN BRAZILIAN LAW AFTER EC NO. 66/2010

Abstract

Abstract: The family has always been the institution that received State protection to be the basis of society and cheer on the responsibility of an entire social structure. As a result, the legislation once it was strongly influenced by the tenets of the church repudiated and forbade any kind of a family unrelated to marriage, preventing even the breaking of that family bond. However, gradually, driven by the acceptance of divorce, the divorce was gaining some space. Conquest enshrined in the Constitution of 1988. However, the Constitution imposes a time gap to the extreme disadvantage, since it is not acceptable that people no longer yearn to stay connected in any way be forced to see themselves prevented from legally constitute a new family without first meeting the deadline of one year for judicial separation and separation for two years in fact. In response to this, came the Constitutional Amendment No. 66/2010, which cut off the time mentioned the Constitutional Charter of 1988. Thus, this study aims to analyze the legal separation was totally annihilated the Brazilian legal system, since this question has brought some divergence in the Brazilian doctrine.

Keywords: Divorce. Family. Judicial Separation. Constitutional Amendment No. 66/2010.

1 INTRODUÇÃO

A problemática do moderno estudo tem como escopo analisar se houve a revogação da Separação Judicial com o advento da Emenda Constitucional nº 66/10.

Com base nesta indagação, analisaremos as diversas tentativas da criação da Emenda do Divórcio, traçaremos alguns pontos relevantes acerca do casamento em suas principais vertentes, as formas de dissolução do casamento, além da repercussão doutrinária e jurisprudencial em relação ao instituto da Separação Judicial gerada com o advento da Emenda Constitucional nº 66/10.

A escolha do tema para desenvolver o presente artigo surgiu diante da necessidade de analisar as mudanças, ou pelo menos, expectativas de mudanças bastante significativas para a sociedade moderna, após a vigência da Emenda em apreço.

Baseado em estudos doutrinários, jurisprudenciais, monográficos, etc., o presente estudo se fixa na explicação sobre o instituto do casamento, com considerações acerca do seu relato histórico, sua definição, e suas formas de dissolução.

Destarte, por fim, mencionaremos a Emenda Constitucional nº66/2010 e o Instituto da Separação Judicial, por onde explanamos o projeto da referida Emenda com suas consequências, vantagens e desvantagens. E por fim, as divergências doutrinárias e jurisprudenciais no que tange à revogação ou não da separação judicial no ordenamento jurídico brasileiro, ponto que gerou inúmeras controvérsias, pois além de doutrinadores, existem jurisprudências que defendem a subsistência do instituto em análise, e outra parte, que constitui a maioria que tem o entendimento que a separação judicial foi totalmente extinta.

Toda essa caminhada tem como objetivo maior, pesquisar junto aos doutrinadores renomados no assunto, para conseguir entender o foco do tema em questão e ter subsídios para ao final chegar a uma conclusão de forma coerente se a Emenda Constitucional n. 66 revogou ou não a Separação Judicial.

2 O INSTITUTO DO CASAMENTO

2.1 BREVE RELATO HISTÓRICO

Em tempos remotos, a única forma de constituição de família era através do casamento, instituto este que, ainda na época do Brasil Império, era possibilitado àqueles que se vinculavam à religião católica, pois era a Igreja Católica que obtinha o “comando” nas realizações dos matrimônios. Assim, segundo Arnaldo Wald

(*apud* DIAS, 2011, p.146) “os não católicos não tinham acesso ao matrimônio”.

Para mais esclarecimentos, extraímos um trecho da Monografia de Bruna d’ Angelo Alves.

Com o crescente aumento populacional, dado inclusive pela imigração, aumentou-se o número de acatólicos, o que fez com que fosse editada a Lei 1.144 de 11 de setembro de 1861, a qual foi regulamentada pelo Decreto 3.069 de 17 de abril de 1863, passando a ser permitido o casamento dos não católicos, obedecendo às regras de suas religiões, havendo, portanto, três tipos de ato nupcial: o católico, fundado nas normas do Concílio de Trento e das Constituições do Arcebispado baiano; o misto, realizado entre católicos e não católicos, regido pelo direito canônico; e o acatólico, que unia pessoas de crenças diversas (ALVES, 2010, p.8-9).

Em síntese, com a evolução da sociedade e constante mudança de pensamento, o número de pessoas com religiões diversas ao catolicismo foi crescendo e buscando espaço, almejando o direito de formar uma família.

Como já *suso* mencionado, o casamento era o único meio apto para constituir família, não havendo sequer a possibilidade de sua dissolubilidade. Nesse sentido, aduz Maria Berenice Dias, *in verbis*:

A família tinha viés patriarcal, e as regras legais refletiam esta realidade. Somente era reconhecida a família unida pelos sagrados laços do matrimônio. Não havia outra modalidade de convívio aceitável. O casamento era indissolúvel. A resistência do Estado em admitir relacionamentos outros era de tal ordem, que a única possibilidade de romper com o casamento era o desquite, que não dissolvia o vínculo matrimonial e, com isso, impedia novo casamento (DIAS, 2011, p.146).

Tais paradigmas começaram a ser relativizados com o surgimento da Lei Ordinária nº 4.121/62, que é o Estatuto da Mulher Casada, e a possibilidade da dissolução do casamento através da Emenda Constitucional nº 9/77 e Lei nº 6.515/77, a Constituição da República Federativa do Brasil, Código Civil Brasileiro de 2002, entre diversas outras Leis e Emendas que introduziram significativas mudanças no âmbito familiar.

2.2 DEFINIÇÃO

Baseando-se nos ensinamentos de José Lamartine Corrêa de Oliveira (*apud* GONÇALVES, 2010, p. 40) con-

sidera-se o casamento como:

Negócio jurídico de Direito de Família por meio do qual um homem e uma mulher se vinculam através de uma relação jurídica típica, que é a relação matrimonial. Esta é uma relação personalíssima e permanente, que traduz ampla e duradoura comunhão de vida.

Domingos S. Lima (*apud* DINIZ, 2007, p.36), destaca que tal instituto “afigura-se como uma relação dinâmica e progressiva entre marido e mulher, onde cada cônjuge reconhece e pratica a necessidade da vida em comum”.

Assim o casamento constitui em um laço formado por duas pessoas que aceitam dividir os prós e contras da vida em comum, prontificando-se em cumprir com todos os deveres designados no art. 1566 do Código Civil. Nesse sentido, aduz Caio Mário da Silva Pereira (*apud* DINIZ, 2007, p.127) “Com o ato matrimonial nascem, automaticamente, para os consortes, situações jurídicas que impõem direitos e deveres recíprocos, reclamados pela ordem pública e interesse social, e que não se medem em valores pecuniários”.

Segundo Diniz (2007) é indispensável o consentimento e comprometimento de ambas as partes, sob pena do casamento ser inválido.

2.3 FORMAS DE DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO

O presente trabalho já mencionou diversas vezes o quão a família esteve ligada ao matrimônio em todo o seu contexto histórico, fato que fez com que a legislação, e até mesmo uma visão moral da sociedade, repudiasse qualquer acontecimento, qualquer empecilho que afetasse a estrutura familiar.

Importante destacar a visão de Maria Berenice Dias,

Sob a égide de uma sociedade fortemente conservadora e influenciada pela Igreja, justificava-se a concepção do casamento como instituição sacralizada. Quando da edição do Código Civil de 1916, o enlace juramentado era indissolúvel. A única possibilidade legal de romper com o matrimônio era o desquite, que, no entanto, não o dissolvia. Permanecia intacto o vínculo conjugal, a impedir novo casamento, mas não novos arranjos familiares, pois cessavam os deveres de fidelidade e de manutenção da vida em comum sob o mesmo teto. Remanesceu, no entanto, a obrigação de mútua assistência a justificar a permanência do encargo alimentar em favor do cônjuge inocente e pobre (DIAS, 2011, p.294).

Há uma distinção entre o término da sociedade conjugal e a dissolução do vínculo matrimonial. Assim dispõe o Código Civil, vejamos:

Art. 1.571. A sociedade conjugal termina:

- I - pela morte de um dos cônjuges;
- II - pela nulidade ou anulação do casamento;
- III - pela separação judicial;
- IV - pelo divórcio.

§ 1o O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se a presunção estabelecida neste Código quanto ao ausente.

§ 2o Dissolvido o casamento pelo divórcio direto ou por conversão, o cônjuge poderá manter o nome de casado; salvo, no segundo caso, dispondo em contrário a sentença de separação judicial.

Nesse contexto, é importante observar que o término, dar-se-á pela morte, nulidade ou anulação do casamento, pela separação e ainda o divórcio, já a dissolução ocorre apenas pelo divórcio ou pela morte. O término da sociedade conjugal impede que o cônjuge contraia novas núpcias, ou seja, restará suspenso todos os deveres do casamento entre os cônjuges, mas os mesmos ainda se veem “presos” um ao outro.

Segundo Pereira (2011), no caso de falecimento de cônjuge separado judicialmente (término da sociedade conjugal), o cônjuge sobrevivente será viúvo, já para aquele que é divorciado (dissolução do vínculo conjugal), ele continuará sendo divorciado. Outra distinção feita é no que concerne àqueles divorciados que pretendem reatar a relação, nesse caso, terão de se submeter a um novo processo de habilitação de casamento, já os separados apenas poderão peticionar ao Juiz.

Para Gonçalves (2010, p.201), “A separação judicial, embora coloque termo à sociedade conjugal, mantém intacto o vínculo matrimonial, impedindo os cônjuges de contrair novas núpcias”. Porém, após inúmeras tentativas, com iniciativa do Instituto Brasileiro de Direito de Família, a Emenda Constitucional nº 66/2010 foi aprovada, fato que, para a maioria da doutrina, fez com que o término da sociedade conjugal pela separação desaparecesse.

Em linhas gerais, de acordo com o entendimento de Dias (2011), com o advento da EC 66/2010, o art.1571 susmencionado perdeu o total sentido, pois não há mais término da sociedade conjugal, subsistindo somente extinção pelo divórcio e pela morte. Isso porque, no que tange à anulação e nulidade do casamento, não podemos afirmar que se trata precisamente de um término, pois é apenas o trânsito em julgado da sentença das mesmas que irá extirpar o matrimônio.

3 A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010 E INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL.

Outrora sob o comando de uma sociedade extremamente conservadora e influenciada pelos dogmas da Igreja, a dissolução da sociedade conjugal era vista como uma infração, como algo impossível. Assim, sob a vigência do Código Civil de 1916 quando os cônjuges não suportavam mais a vida em comum, poderiam recorrer ao instituto do desquite, que claro, não dissolvia o matrimônio. Segundo Maria Berenice Dias:

Permanecia intacto o vínculo conjugal, a impedir novo casamento, mas não novos arranjos familiares, pois cessavam os deveres de fidelidade e manutenção da vida em comum sob o mesmo teto. Remanesca, no entanto, a obrigação de mútua assistência, a justificar a permanência do encargo alimentar em favor do cônjuge inocente e pobre (DIAS, 2011, p.294).

Paulatinamente, o Divórcio foi encontrando o seu espaço, mais precisamente isso teve sua gênese com a Emenda Constitucional nº 9/77, depois com a Lei do Divórcio (Lei 6.515/77), e finalmente com a Constituição Federal de 1988 e a Emenda Constitucional 66/2010.

3.1 O PROJETO DA EMENDA DO DIVÓRCIO

De plano o art. 226 § 6º da Carta Magna de 1988 introduziu alguns prazos a serem cumpridos para concessão do divórcio. Assim dispunha:

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

(omissis)

§ 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.

Contudo o anseio social pugnava por uma maior sensibilidade dos legisladores, pois não era cabível impor que os cônjuges fossem obrigados a se verem ligados uns aos outros em uma relação que não mais existia amor, compreensão, companheirismo, assistência mútua, enfim, nenhuma característica que impera nas relações humanas.

E mesmo que aquelas pessoas não fossem obrigadas a coabitar, estavam sujeitas a se ver enlaçadas juridicamente com o outro, pois de maneira alguma poderiam

constituir um novo matrimônio enquanto não houvesse transcorrido o lapso temporal estipulado no artigo supra-mencionado.

Segundo Da Silva (2011) no ano de 1999 a Câmara dos Deputados recebeu a proposta de Emenda à Constituição nº22, que visava modificar o parágrafo 6º do art.226 da Carta Constitucional para “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após comprovada separação de fato ou de direito por mais de 1 (um) ano”. Por conseguinte surgiu também a PEC nº413 de 2005, dispendo “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio consensual ou litigioso, na forma da lei”. Ainda, de acordo com a autora, surgiu também o projeto da Emenda Constitucional nº 33 com a mesma redação da PEC 413/2005. Em síntese, depois de muitas modificações, tramitação em apenso, no dia 14 de julho de 2010 foi aprovada, a Emenda Constitucional nº66/2010 que fora apresentada com a mesma redação da PEC nº28/2009 – “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.

Ressalte-se, que a referida Emenda é fruto de um trabalho constante do Instituto Brasileiro de Família – IB-DFAM com um único escopo – a facilitação do divórcio.

3.2 CONSEQUÊNCIAS: VANTAGENS E DESVANTAGENS

Muito se discutia se cabia ao Estado intervir na vida das pessoas a todo custo e sem limites. Pode-se dizer até que a criação de um direito das famílias é o símbolo de uma grande interferência estatal nesta seara. Álvaro Villaça de Azevedo (*apud* DIAS, 2011, p.29) cita que “sempre se considerou que a maior missão do Estado é preservar o organismo familiar sobre o qual repousam suas bases”.

Pedro Thomé de Arruda Neto (*apud* DIAS, 2011, p.30) defende que.

Ainda que tenha o Estado interesse na preservação da família, cabe indagar se dispõe de legitimidade para invadir a auréola da privacidade e de intimidade das pessoas. É necessário redesenhar o papel do Estado, devendo ser redimensionado, na busca de implementar, na prática, um papel minimizante de sua faceta interventora no seio familiar.

Foi vislumbrando a diminuição desta interferência que paulatinamente foi se pensando em retirar os prazos estabelecidos no parágrafo 6º do art. 226 da Constituição Federal de 1988, de separação judicial por mais de um ano ou separação de fato por mais de dois anos. E assim foi feito.

A cada norma nova no ordenamento jurídico brasileiro

familiar, o divórcio ia sendo facilitado. E foi justamente, no dia 14 de julho de 2010, que a sociedade se deparou com a vigência de uma Emenda que, de uma vez só, possibilitou uma maior acessibilidade ao divórcio.

Pois bem, muitos então se perguntaram – qual a vantagem trazida pela referida alteração constitucional?

No Poder Judiciário, podemos constatar que o número de processos de separação judicial caiu significativamente, elidindo, cada vez mais, a morosidade da justiça. Nesse passo, o benefício restou também estendido a todos aqueles que não mais almejam conviver em um âmbito familiar infrutífero, não precisando esperar nenhum tipo de prazo para interpor uma ação de divórcio.

A tese defendida por aqueles que julgavam necessários os prazos, os antivorcistas, era que ainda poderia existir um restabelecimento da sociedade conjugal, do vínculo afetivo. Pensamento extremamente arcaico, além de que é apenas uma parcela mínima que reata após uma separação. Relatam ainda que o instituto do casamento será cada vez mais banalizado.

Outro benefício notável é o encontro com a felicidade daqueles que gozam de um relacionamento conturbado e intolerável com o seu cônjuge, são essas pessoas as maiores beneficiárias da Emenda do Divórcio, que inclusive, fora também chamada de Emenda da Felicidade. Em suma, o casamento deve estar intimamente ligado à relação de afeto existente entre os cônjuges.

Já para uma parte da doutrina, os antivorcistas, a alteração trouxe um grande prejuízo ao cônjuge inocente, pela desvalorização da culpa. Para eles, designar o culpado era uma forma de proteger a dignidade humana do cônjuge inocente, conforme reza Regina Beatriz Tavares da Silva.

Por exemplo, na legislação vigente, na separação judicial há previsão legal da perda pelo cônjuge culpado, como aquele que viola o dever de fidelidade, do direito à pensão alimentícia plena (que envolve todas as despesas do alimentando com manutenção de seu padrão de vida conjugal) e do direito de usar o sobrenome marital. Caso seja aprovada aquela proposta de emenda, essa sanção ao cônjuge culpado, que corresponde a uma proteção ao cônjuge inocente, não mais existirá, criando situações atentatórias à dignidade humana: o cônjuge traído deverá prestar alimentos de conteúdo amplo ao cônjuge infiel. Por outras palavras, a fidelidade, a assistência mútua, o respeito e todos os demais deveres conjugais tornar-se-ão meras faculdades, sem sanção jurídica na órbita civil. Até mesmo a violência doméstica não dará causa à decretação da culpa, de modo que, se o cônjuge é violento no âmbito do casamento, sendo esse cônjuge

quem não trabalha e depende financeiramente do cônjuge vitimado pela agressão física ou moral, continuará com o direito de receber da vítima pensão alimentícia plena para o seu sustento, já que não será mais possível a decretação da sua culpa, por deixar de existir a separação judicial, o que violará o princípio constitucional que protege a dignidade da pessoa humana. A reparação de danos morais e materiais decorrente da grave violação a dever conjugal, instituto jurídico que se baseia no princípio constitucional de proteção à dignidade da pessoa humana, também ficará sujeito à inaceitabilidade no Direito Brasileiro (SILVA, 2009).

De acordo com Pereira (2011), a linha de pensamento dos antivorcistas, em continuar aceitando a separação judicial só resultará em mais gastos financeiros, emperramento do judiciário e desgastes emocionais para ambos, e principalmente, não devemos esquecer que os maiores prejudicados de todo esse desgaste serão os filhos, o que não é aceitável, enfim, não é uma escolha inteligente.

3.3 DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS ACERCA DA REVOGAÇÃO OU NÃO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL

Após a publicação da Emenda Constitucional em análise no Diário Oficial da União, pensamentos divergentes vieram à tona. Surgiram então, livros, artigos, jurisprudências, visando pacificar a maior de todas as dúvidas suscitadas – a separação judicial subsiste?

Surgiram então três correntes, a Abolicionista, Exegética-racionalista e Eclética, no entanto não irei me aprofundar acerca de cada corrente para não tirar o foco o presente trabalho.

A primeira corrente fomenta pela total extinção da separação, perfazendo o entendimento majoritário. A segunda, entende que como o Código Civil ainda disciplina a separação, o referido instituto ainda subsiste, ocasião que a Emenda apenas a desconstitucionalizou. Para a terceira e última corrente, a Emenda do Divórcio apenas permitiu a desnecessidade dos prazos exigidos para o divórcio, podendo, inclusive, a culpa no rompimento do laço matrimonial ser analisado.

Regina Beatriz Tavares da Silva (2011) enfatiza que a Emenda 66/2010 poderá estar eivada de inconstitucionalidade, dependendo de como se der sua interpretação. Para ela, extirpar as espécies dissolutórias e a imputação da culpa na dissolução do casamento irá macular o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Lembremos aqui

o entendimento da doutrinadora:

A dignidade será preservada se continuar a ser possibilitada a intervenção do Poder Judiciário no desfazimento de uma relação conjugal, com a decretação da culpa, desde que tal intervenção seja solicitada por um dos cônjuges e com apoio legal constante no Código Civil, art.1572, caput. (SILVA, 2011, p.71).

Muitos relacionamentos terminam em virtude do cometimento de graves agressões, sejam elas morais, físicas, honrosas, por parte de um dos cônjuges. Nesse ínterim, não é aceitável que o mesmo saia impune. Aduz Regina Beatriz Tavares da Silva:

Em suma, casos há em que o rompimento do casamento decorre da conduta de um dos cônjuges que coloca em risco a integridade física, moral e psíquica do consorte. O cônjuge lesado, em obediência ao princípio da proteção à dignidade da pessoa humana, merece a devida tutela, com as consequências antes vistas sobre a decretação da culpa (SILVA, 2011, p.70).

Para os antivorcistas, a possibilidade jurídica do pedido de separação judicial significa o exercício da autonomia privada, e o impedimento dessa forma dissolutória significa, ao contrário do que os divorcistas pensam, uma grande intervenção estatal na esfera decisória dos cidadãos.

É de salutar importância expor o entendimento fixado em algumas súmulas do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL CONSENSUAL. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010. NOVA REDAÇÃO DADA AO ART. 226, § 6º, DA CF/88 QUE ELIMINA OS REQUISITOS À DECRETAÇÃO DO DIVÓRCIO. INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL QUE NÃO FOI SUPRIMIDO DO ORDENAMENTO JURÍDICO. REQUISITOS TEMPORAIS PARA SUA DECRETAÇÃO. INEXIGIBILIDADE. Persistindo no ordenamento jurídico o instituto da separação judicial, e não mais subsistindo com o advento da EC nº 66/2010 os requisitos temporais (separação de fato por mais de dois anos ou da separação judicial por mais de um ano) para a decretação do divórcio,

não se afigura razoável, por conseguinte, exigir das partes para a decretação da separação judicial (cujas consequências jurídicas são mais brandas do que as do divórcio) o preenchimento dos requisitos estampados no CC, quais sejam, de um ano de separação de fato para a separação litigiosa (art. 1.572, §1º) e de um ano de casamento para a consensual (art. 1.574, caput). Entendimento pacificado no 4º Grupo Cível. APELAÇÃO PROVIDA, EM MONOCRÁTICA. (Apelação Cível Nº 70047937933, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 28/05/2012) Grifo nosso.

APELAÇÃO CÍVEL. DIVÓRCIO DIRETO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66. SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO FEITO, NÃO CUMPRIMENTO DO REQUISITO TEMPORAL DE PRÉVIA SEPARAÇÃO DE FATO. UNIFORMIZAÇÃO DE ENTENDIMENTO PELO 4º GRUPO CÍVEL. SÚMULA 37 DO TJRS. SENTENÇA DESTACADA PARA ASSEGURAR O PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO. 1. Malgrado a convicção deste Relator, no sentido de que a EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010 não ensejou a automática revogação da legislação infraconstitucional que regulamenta a matéria, o que somente poderia ocorrer após as devidas alterações na disciplina contida no Código Civil, mas a fim de propiciar maior segurança jurídica e atento à necessidade de se empregar o máximo de efetividade às decisões judiciais, deve prevalecer o entendimento posto na Súmula 37 desta Corte (A partir da EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010, que deu nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, é possível postular, a qualquer tempo, divórcio direto, sem que seja necessário perquirir acerca dos prazos de um (1) ano ou de dois (2) anos, previstos no art. 1.580 do CC) DADO PROVIMENTO À APELAÇÃO EM DECISÃO MONOCRÁTICA. (SEGredo DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70047986575, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 18/04/2012)

INCIDENTE DE PREVENÇÃO OU COMPOSIÇÃO DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL CONSENSUAL. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010. RELEVANTE QUESTÃO DE DIREITO. UNIFORMIZAÇÃO DE ENTENDIMENTO NO ÂMBITO DO 4º GRUPO CÍVEL. 1. EMENDA À INI-

⁵ Para que se tenha uma ideia, um dos peritos da demandada, o Doutor Lammstated, tinha revisto toda a literatura sobre Bendectin e sua relação com defeitos de nascimento humano - mais de 30 estudos publicados envolvendo mais de 130.000 pacientes. Nenhum estudo teria concluído que citado medicamento seria capaz de causar malformações em fetos, o que elidiria, de pronto, a alegação dos autores. In: ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, op. cit. (a).

CIAL PARA PEDIDO DE DIVÓRCIO. O advento da Emenda Constitucional nº 66, que deu nova redação ao § 6º do art. 226 da CF, não banuiu do ordenamento jurídico vigente o instituto da separação judicial. Não se cogita da subsistência de determinação judicial ordenando às partes a emenda da petição inicial para mudar o pedido de separação judicial para divórcio. 2. Em uma interpretação lógico-sistêmica, não há como entender preservados os requisitos de um ano de separação de fato, quando litigioso o pedido (art. 1.572, § 1º, do CC), ou ano de casamento, quando consensual (art. 1.574 do CC), na medida em que, para o divórcio, este mesmo Colegiado já disse não mais subsistirem (Súmula nº 37). Ocorre que, notoriamente, o instituto do divórcio possui efeitos muito mais contundentes do que o da separação judicial, pois rompe o vínculo matrimonial, enquanto esta última desfaz apenas a sociedade conjugal. Logo, não se mostra coerente exigir mais para o menos e menos para o mais ! 3. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. A renda do varão, servidor público estadual, bem como a da mulher, assistente administrativa, não alcança a quantia de dez salários mínimos, que representa o parâmetro que se tem adotado para ponderação do status de necessitado, na acepção legal do termo. CONHECERAM DO INCIDENTE DE PREVENÇÃO/COMPOSIÇÃO DE DIVERGÊNCIA E DERAM PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. MAIORIA. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Agravo de Instrumento Nº 70047190533, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 13/04/2012) Grifo nosso.

APELAÇÃO CÍVEL. SEPARAÇÃO JUDICIAL. PEDIDO DE CONVERSÃO EM DIVORCIO. IMPOSSIBILIDADE. EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010. NOVA REDAÇÃO AO § 6º do art. 226 da Constituição Federal. vigência da LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL (ART. 1.580 DO CÓDIGO CIVIL). REQUISITOS PRESERVADOS, POR ORA. 1. A aprovação da Emenda Constitucional nº 66/2010, ao dar nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, efetivamente suprimiu, do texto constitucional, o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. 2. Não houve, porém, automática revogação da legislação infraconstitucional que regulamenta a matéria. Para que isso ocorra, indispensável seja modificado o Código Civil, que, por ora, preserva em pleno vigor os dispositivos atinentes à separação judicial e ao divórcio. Inteligência do art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/42). (Apelação Cível Nº 70039476221, 8ª Câmara Cível, TJRS, Relator: Luiz Felipe

Brasil Santos, Julgado em 13/01/2011) Grifo nosso.

Resta-nos, agora, dissecar alguns pontos de grande relevância da doutrina majoritária que defende o desaparecimento da separação judicial no ordenamento civilista brasileiro. Para eles a Emenda só acarretou vários benefícios, pois veio a dar uma celeridade para a justiça, diminuir a onerosidade da ruptura do vínculo conjugal, além de evitar maiores desgastes emocionais para os cônjuges e seus filhos. Enfim, bom para todos.

É como se o Estado ficasse limitado a não interceder demais nas relações familiares, impôs um limite, não podendo galgar nenhuma imposição do vínculo afetivo. A sociedade já não aguentava mais submeter-se obrigatoriamente a uma imposição constitucional, em manter um vínculo “falso” com outrem.

A Emenda n. 66, nada mais é do que um grande avanço da legislação brasileira. Rebatendo a tese da vigência da legislação infraconstitucional, assevera Maria Berenice Dias:

Agora o sistema jurídico conta com uma única forma de dissolução do casamento: o divórcio. O instituto da separação simplesmente desapareceu. Ao ser excluído da Constituição Federal, foram derogados todos os dispositivos da legislação infraconstitucional referentes ao tema. Não é necessário sequer expressamente revogá-los. Não é preciso nem regulamentar a mudança levada a efeito, pois não se trata de nenhuma novidade, eis que o divórcio já se encontra disciplinado.

A nova redação do §6 do art. 226 da Constituição Federal “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”, assinalou uma única condição para a decretação do divórcio, um casamento anterior devidamente comprovado. Só se divorcia quem é casado.

Conforme Maria Berenice Dias (2011), qualquer restrição para o divórcio desapareceu com a Emenda n. 66. E no tocante à legislação infraconstitucional referente ao tema é fato que todas elas foram derogadas. Para a doutrinadora,

Não é necessário sequer serem expressamente excluídos para sepultar de vez a inútil tentativa de restringir o divórcio. Não é preciso nem regulamentar a mudança levada a efeito, pois não se trata de nenhuma novidade, uma vez que o divórcio já se encontra disciplinado na lei civil (DIAS, 2011, p.300).

No que pertine às ações de separação em curso durante a publicação e vigência da alteração constitucional em apreço, como elas ficaram?

Havia juízes e doutrinadores que argumentavam que o Judiciário poderia converter automaticamente a separa-

ção em divórcio, cabendo ao julgador decretar o divórcio de imediato. Outros afirmavam que deveria ser concedido um lapso temporal para requerimento das partes.

Delineamos aqui os ensinamentos de Maria Berenice Dias.

O avanço é significativo e para lá de salutar, pois atende ao princípio da liberdade e respeita a autonomia da vontade. Afinal, se não há prazo para casar, nada justifica a imposição de prazos para o casamento acabar. Com a alteração, acaba o instituto da separação. As pessoas separadas judicialmente ou separadas de corpos, por decisão judicial, podem pedir a conversão da separação em divórcio sem haver a necessidade de aguardar o decurso de qualquer prazo. Enquanto isso, elas devem continuar a se qualificarem como separados, apesar do estado civil que as identifica não mais existir. Mas nada impede a reconciliação, com o retorno ao estado de casado (CC 1.577).

Além do proveito a todos, a medida vai produzir significativo desafogo do Poder Judiciário. Cabe ao juiz dar ciência às partes da conversão da demanda de separação em divórcio. Caso os cônjuges silenciem, tal significa concordância que a ação prossiga com a concessão do divórcio. A divergência do autor enseja a extinção do processo por impossibilidade jurídica do pedido, pois não há como o juiz proferir sentença chancelando direito não mais previsto na lei. Já o eventual inconformismo do réu é inócuo (DIVÓRCIO JÁ, 2010, WEB).

Para Newton Teixeira Carvalho, nas ações de separação judicial em andamento,

O juiz ou o Tribunal deverá facultar as partes, no prazo de 10 (dez) dias, requerer, nos próprios autos, a conversão da separação em divórcio, inclusive se já prolatada sentença, porém sem o trânsito em julgado. Caso não modificado o pedido de separação para divórcio, aos autos deverão ser extintos, por impossibilidade jurídica do pedido. Não há que se falar em direito adquirido contra a Constituição Federal, mesmo em se tratando de emenda Constitucional. Evidentemente que, se existirem pedidos cumulados, a ação prosseguirá, normalmente, com relação aos pedidos remanescentes e independentes, como por exemplo, alimentos, guarda etc. (O FIM DA SEPARAÇÃO...2010, WEB).

São várias soluções suscitadas para sanar o espaço deixado pelo fim da separação, cada julgador aplica conforme melhor entende. Uns decretam o divórcio

inaudita altera pars, outros chamam os cônjuges para propor o divórcio e outros, muitos daqueles que opinam pela subsistência da separação no ordenamento civilista brasileiro, continuam com ação sem se preocupar com o divórcio, como se a Emenda 66/2010 não surtisse nenhum efeito.

4 CONCLUSÃO

O presente trabalho leva-nos à conclusão de que todos os argumentos utilizados pelos antídorvorcistas, ou seja, aqueles que acreditam na subsistência da separação judicial, cai por terra quando focamos nas benfeitorias trazidas pela referida alteração constitucional.

Se a separação era um meio, um estágio para se chegar ao divórcio, por imposição constitucional, porque continuar defendendo a sua existência se nos foi facilitada a ruptura do vínculo conjugal?

A tese de que a separação deferia um tempo para maior reflexão dos cônjuges não merece prosperar, pois a reflexão tem que ser praticada antes de tomar a decisão. Não cabe à legislação, impor um tempo àqueles que acreditam não existir afeto, companheirismo e carinho na relação.

Não pode o Estado ingressar nas questões matrimoniais impondo todo e qualquer tipo de empecilho para que uma família frustrada se desvincule. Temos que entender que a família deve estar atrelada ao vínculo socioafetivo e não a disposições legais, se não há afeto não há família.

Assim a separação judicial sempre foi uma medida de extrema desnecessidade, e finalmente, o Instituto Brasileiro de Direito de Família, conseguiu, honrosamente, expurgar um instituto ocioso do Ordenamento Jurídico Pátrio.

Não podemos também aceitar o argumento de que o casamento será banalizado, pois não é por que surgiu uma Emenda facilitando o divórcio que todo e qualquer casal, que convive na plena felicidade, irá decidir romper o vínculo matrimonial, só por “testar”.

Enfim, no que tange às normas contidas no Código Civil regulamentando a separação, podemos afirmar que houve uma derrogação das mesmas, ou seja, uma revogação parcial, pois os referidos dispositivos perderam a eficácia. Tudo isso, deve-se ao fato de que a Emenda n. 66/2010, provocou irretorquíveis mudanças, e é de eficácia plena tendo aplicabilidade imediata..

REFERÊNCIAS

- BORGES FILHO, Adalberto. O novo panorama do divórcio no Brasil: O Fim da separação judicial. **Âmbito Jurídico**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista=revista_artigos_leitura&artigo_id=9667>. Acesso em 24 nov. 2011.
- BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.
- CARVALHO, Newton Teixeira. **O fim da separação no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=631>. Acesso em: 07/06/12.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- DIAS, Maria Berenice. **EC 66/10 – e agora?** Disponível em: <http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/a_pec_do_casamento.pdf>. Acesso em 10 de Maio 2012.
- _____. **Divórcio já!** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=628>. Acesso em: 07 jun. 2012.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, 5 volume: Direito de Família. 22 ed. rev. e atual. de acordo com a reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. Volume 6. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A Emenda Constitucional nº 66/2010: Semelhanças, Diferenças e Inutilidades entre Separação e Divórcio e o Direito Intertemporal**. Disponível em: <<http://rodrigodacunha.adv.br/rdc/?p=621>>. Acesso em: 05 dez. 2011.
- SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **A Emenda Constitucional do Divórcio**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **PEC 28/2009 sobre o divórcio e suas reais consequências**. Disponível em <<http://www.saraivajur.com.br/menuesquerdo/doutrinaArtigosDetalhe.aspx?Doutrina=1095>>. Acesso em: 05 de jun. 2012.
- VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 7. ed. – São Paulo: Atlas, 2007.

