

**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA**  
**FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS**

**O IMPACTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010**  
**NO INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL**  
**NA PERSPECTIVA DOS TRIBUNAIS:**

**Análise comparativa de decisões do TJMG, TJRS, TJDF e TJSP**

Luiz Flavio Rezende

Brasília  
2013

**LUIZ FLAVIO REZENDE**

**O IMPACTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010  
NO INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL  
NA PERSPECTIVA DOS TRIBUNAIS:**

**Análise comparativa de decisões do TJMG, TJRS, TJDF e TJSP**

Monografia apresentada ao Centro  
Universitário de Brasília para obtenção do  
título de Bacharel em Direito, sob a orientação  
da professora Luciana Musse.

Brasília  
2013

**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA  
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS  
BRASÍLIA/2013**

**LUIZ FLAVIO REZENDE**

**O IMPACTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010  
NO INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL  
NA PERSPECTIVA DOS TRIBUNAIS:**

**Análise comparativa de decisões do TJMG, TJRS, TJDFT e TJSP**

APROVADO EM: 21/06/2013

**BANCA EXAMINADORA**

---

Dra. Luciana Barbosa Musse  
Orientadora

---

Dra. Aline Oliveira  
Examinadora

---

Mss. Aléssia Chevitarese  
Examinadora

## **DEDICATÓRIA**

*Com carinho e especialmente para meu querido filho, motivador dos estudos e razão propulsora para a superação das dificuldades e a transposição dos obstáculos que sobrevieram.*

## **AGRADECIMENTO**

*A cada professor, que desempenha a singela e magnânima missão de desenvolver e transmitir o saber, que dedicam suas vidas a impulsionar o conhecimento; também, àqueles que atuam e, ainda que nas sombras, colaboram direta ou indiretamente para o fantástico espetáculo da aprendizagem. Em caráter especial, a minha orientadora, professora Luciana Musse, dedicada, interessada e sempre disposta a trazer e compartilhar ideias relevantes para a concretização deste trabalho acadêmico.*

## RESUMO

A Emenda Constitucional nº 66/2010 alterou o § 6º do Artigo 226 da Constituição Federal de 1988. Este artigo trata do direito ao divórcio. Eis que o legislador entendeu por bem manter o direito ao divórcio declarado no texto constitucional, todavia, preferiu declará-lo sinteticamente deixando a cargo da legislação infraconstitucional disciplinar as questões de direito material e processual inerentes à dissolução do casamento civil. O legislador suprimiu a exigência de qualquer decurso de prazo para a realização do divórcio, também, suprimiu a exigência da Separação Judicial nos casos de divórcio direto. A sutileza do legislador que preferiu não estabelecer quaisquer outros regramentos na redação da emenda concernentes a outras exigências formais ou sobre a revogação de quaisquer dispositivos infraconstitucionais despertou no mundo jurídico a necessidade de identificar a vontade do legislador para aplicá-la aos casos concretos. Emergiram duas correntes doutrinárias, uma favorável e outra contrária à revogação tácita da Separação Judicial e dos dispositivos disciplinados por ela. O tempo e a diversidade de casos submetidos à apreciação da Justiça corroboraram para o melhor entendimento desta questão que se colocou à época. Sobretudo, há que se considerar o benefício significativo advindo com a Emenda em termos de celeridade e economia processual, visto que sempre que as partes optavam divórcio direto havia obrigatoriamente que se processar a Separação Judicial e, como o próprio nome sugere, tinha que se acionar a justiça. Atualmente, é possível perceber que, embora a matéria não esteja totalmente pacificada, as questões já foram bastante analisadas e discutidas e há maior entendimento nas decisões.

**Palavras-chave:** Emenda Constitucional, divórcio, separação judicial, sociedade conjugal, partilha de bens, dano moral, culpa.

## ZUSAMMENFASSUNG

Verfassungsänderung Nr. 66/2010 der Kommission § 6 des Artikels 226 der Verfassung des Jahres 1988. Dieser Artikel befasst sich mit dem Recht auf Scheidung. Siehe, der Gesetzgeber sah fit für das Recht auf Scheidung in der Verfassung erwähnt zu behalten, jedoch wählte ihn erklären kurz verlassen, um die verfassungsmäßige Gesetzgebung disziplinären Fragen der materiellen und prozessualen Recht inhärent in der Auflösung der Ehe. Der Gesetzgeber schaffte die Voraussetzung für jede Zeitspanne für die Fertigstellung der Scheidung auch schaffte die Voraussetzung für die rechtliche Trennung in Scheidung Fällen direkt. Die Subtilität der Gesetzgeber entschied, keine weiteren spezifischen Regelungen schriftlich über die Änderung betreffend andere Formvorschriften oder die Aufhebung von Rückstellungen in der rechtlichen Infrastruktur weckte das Bedürfnis, der Absicht des Gesetzgebers zu identifizieren, um sie auf konkrete Fälle anwenden zu etablieren. Hervorgegangen zwei Ströme der Lehre, eine für und ein Gegensatz zu stillschweigenden Widerruf einer gerichtlichen Trennung und Geräte für die es diszipliniert. Das Wetter und die Vielfalt der vorgelegten Fälle der Justiz bestätigt zu einem besseren Verständnis dieser Ausgabe, die zum Zeitpunkt entstanden sind. Vor allem müssen wir die erheblichen Vorteile, die sich auf die Änderung in Bezug auf Geschwindigkeit und Verfahrensökonomie, als wenn die Parteien wählte Scheidung war zwangsläufig, dass direkte Verfahren und gerichtliche Trennung, wie der Name schon vermuten lässt, hatte auslösen Gerechtigkeit. Derzeit können Sie sehen, dass, obwohl die Sache ist noch nicht vollständig befriedet, die Probleme wurden nicht vollständig analysiert und diskutiert, und es gibt ein besseres Verständnis der Entscheidungen.

**Keywords:** Verfassungsänderung, Scheidung, Trennung, Familienstand Gesellschaft, Aufteilung des Vermögens, moralischen Schaden, Schuld.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

**AC – Acórdão**

**AGI – Agravo de Instrumento**

**Art. – Artigo**

**CC – Código Civil**

**CF – Constituição da República Federativa do Brasil**

**CPC – Código de Processo Civil**

**Des. – Desembargador**

**EC nº 66 – Emenda Constitucional nº 66**

**ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente**

**IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística**

**LICC – Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**

**MP – Ministério Público**

**PEC – Proposta de Emenda Constitucional**

**PL – Projeto de Lei**

**REsp – Recurso Especial**

**STF – Supremo Tribunal Federal**

**STJ – Superior Tribunal de Justiça**

**TJDFT – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios**

**TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais**

**TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**

**TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo**



## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1. O DIVÓRCIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .....	9
1.1. O desenvolvimento do divórcio no sistema jurídico .....	10
1.1.1 A constitucionalização do divórcio.....	10
1.2. Cautela para o tratamento da mudança constitucional .....	13
2. A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66 E O POSICIONAMENTO DA DOUTRINA 15	
2.1. O posicionamento da doutrina sobre a Emenda .....	16
2.2. A vontade do legislador e a vontade da lei .....	21
2.3. Reflexos sobre institutos jurídicos vigentes .....	21
2.4. Aplicação imediata da Emenda 66.....	23
2.5. Separação Judicial: divergências entre Doutrina e Jurisprudência .....	25
2.6. Sobre a revogação da separação .....	27
2.7. Influência no aumento de divórcios.....	29
3. ANÁLISE DOS REFLEXOS DA EC Nº 66 NAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS .....	31
3.1. Temas impactados pela supressão no texto constitucional .....	31
3.2. Das decisões do TJMG .....	32
3.2.1. Partilha de bens .....	32
3.2.2. Conversão do casamento em divórcio .....	33
3.2.3. Aplicação imediata da EC nº 66.....	34
3.2.4. Prova da separação de fato do casal .....	37
3.2.5. Revogação da Separação Judicial .....	38
3.3. Das decisões do TJRS.....	44
3.3.1. Revogação da Separação Judicial .....	44
3.3.2. Entendimento favorável à aplicabilidade imediata da norma constitucional e à revogação dos dispositivos da lei ordinária .....	46

3.3.3. Entendimento favorável à desconstitucionalização da Separação Judicial e sua manutenção no âmbito infraconstitucional .....	47
3.3.4. Audiência de ratificação de divórcio consensual.....	48
3.4. Das decisões do TJDFT.....	50
3.4.1. Alternativa para tratamento dos processos em curso .....	50
3.4.2. Da competência para apreciar e julgar danos morais .....	53
3.4.3. Aferição da culpa.....	55
3.5. Das decisões do TJSP.....	57
3.5.1. Aplicação imediata da Emenda 66 .....	57
CONCLUSÃO.....	59
REFERÊNCIAS .....	61
APÊNDICE .....	63

## INTRODUÇÃO

Promulgada em 13 de julho de 2010, a Emenda Constitucional nº 66/2010 (EC nº 66) deu nova redação ao § 6º do Art. 226 da Constituição Federal<sup>1</sup>, modificando a disposição acerca da dissolução do casamento civil pelo divórcio. O foco principal da EC nº 66 reside na supressão das condições às quais a realização do divórcio estava subordinada. A primeira delas foi a prévia Separação Judicial por mais de um ano exigida nos casos de divórcio indireto. A segunda, comprovação de separação de fato por mais de dois anos para casos de divórcio direto. Livre das condições legais, o divórcio ficou a cargo do exercício volitivo das partes.

A Emenda veio para atender às expectativas da sociedade advindas com a evolução natural das relações sociais verificadas no país. Via de consequência, esta modificação constitucional implicou mudanças significativas no processo de realização do divórcio. Com efeito, os reflexos da EC nº 66 são percebidos facilmente na medida em que proporcionou celeridade na dissolução do vínculo conjugal e deixou de exigir a Separação Judicial nos casos de divórcio indireto, e decurso de prazo para a realização do divórcio direto.

Logo que foi promulgada a Emenda despertou um novo olhar para a solução das lides relativas ao divórcio.

A Doutrina se pôs rapidamente a analisar o sistema jurídico nacional tendo em vista a formulação de teses que identificassem a vontade do legislador e solucionassem a celeuma que se impôs. A celeuma consistia em definir se o instituto da Separação Judicial havia sido revogado ou não pela EC nº 66. Logo se formou corrente majoritária favorável à revogação tácita do instituto. Esta corrente trilhou uma linha libertária, cujo principal objetivo era se desvencilhar de amarras históricas que tornavam a quebra do vínculo conjugal morosa e de difícil realização, talvez por isso, preferiu abraçar a tese que defendia a aplicação imediata da EC nº 66 e a revogação imediata e irrestrita da Separação Judicial.

---

<sup>1</sup> Constituição Federal de 1988. Com a redação da Emenda Constitucional nº 66, o Art. 226. § 6º passou a ter a seguinte edição:

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

[...]

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio

Por outro lado, um grupo pequeno de doutrinadores expressaram opiniões em sentido diametralmente oposto ao da corrente majoritária. Defendiam ser prematuro afirmar que o instituto havia sido extirpado do sistema jurídico e que ele disciplinava questões jurídicas importantes sem as quais criar-se-iam lacunas na lei gerando dificuldades para a pacificação de lides tanto em relação às ações já em andamento quanto as que seriam ajuizadas. Inicialmente, a corrente minoritária contava com número muito pequeno de doutrinadores. Parecia tão obvio que a Separação Judicial havia sido revogada de pronto que eram raras as opiniões doutrinárias que ousavam contrariar a corrente majoritária.

A Jurisprudência, por seu turno, teve que ser mais contida. Muito preocupada com a segurança jurídica e a infinidade de casos que lhe vinham teve que usar a ponderação e a razoabilidade. Nos juízos de 1ª instância verificou-se com maior frequência a adoção das teses que a doutrina elaborou de primeira mão. Mesmo assim, as opiniões dos juízes estavam divididas, alguns aplicavam as teses inovadoras outros eram mais contidos.

A pretensão impulsionadora deste trabalho científico consiste na análise da EC nº 66 e na demonstração dos seus reflexos nas disposições infraconstitucionais que regem as questões relacionadas com o fim do casamento civil. O objetivo principal do estudo é, portanto, analisar se houve a revogação tácita ou não do instituto da Separação Judicial. A fundamentação teórica deste trabalho terá seu foco na Jurisprudência por tratar-se de matéria ainda não pacificada e por não contar com ampla bibliografia disponível no momento. A metodologia aplicada será a de pesquisa exploratória.

Para atingir este objetivo, este trabalho científico será apresentado em três capítulos. O primeiro abordará rapidamente o instituto divórcio no sistema jurídico brasileiro; o segundo vai abordar a EC nº 66 sob a perspectiva da doutrina e o terceiro fará exposição dos principais reflexos no ordenamento jurídico nacional elencando pontos mais controversos e as decisões dadas pelos tribunais de justiça estaduais. O conteúdo apresentado neste último capítulo está elaborado a partir de análise jurisprudencial exploratória e comparativa cujas informações são originárias das decisões proferidas pelos tribunais de justiça dos estados de Minas Gerais, Rio Grande do Sul, Distrito Federal e São Paulo.

A escolha destes quatro tribunais ocorreu em virtude do expressivo número de julgados submetidos aos tribunais, proximidade ao centro do poder, perfil inovador ou tradicional. Obviamente, tribunais de outras unidades da federação também processam expressivo número de julgados e possuem as mesmas ou outras características importantes e, portanto, poderiam ser selecionados para compor o grupo amostral. Entretanto, sem demérito para quaisquer deles, para este trabalho foram escolhidos aqueles, podendo ser escolhidos outros para trabalhos futuros.

A discussão sobre a EC nº 66 e suas implicações é ampla. Este trabalho não tem a pretensão de esgotar o tema, mas trazer um apanhado de elementos controversos gerados pela Emenda identificados e analisados em diferentes jurisdições do país. Não é objetivo deste trabalho adentrar profundamente em questões constitucionais, visto que este assunto está se solidificando ainda nas instâncias iniciais e logo estará demandando opiniões de ministros no Superior Tribunal de Justiça (STJ) e no Supremo Tribunal Federal (STF) e será, muito provavelmente, objeto de outros trabalhos acadêmicos.

## CAPÍTULO 1

### 1. O DIVÓRCIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Nas constituições brasileiras que antecederam a atual – Constituição Federal de 1988 (CF/1988), o casamento só se dissolvia em decorrência da morte de pelo menos um dos cônjuges ou pelas causas de nulidade/anulação do casamento previstas na legislação. Certamente, houve um tempo em que este regramento atendeu à vontade da sociedade brasileira. No entanto, as mudanças sociais trouxeram à tona um ensejo pela liberdade de decidir por fim ao casamento que malgrado não era mais desejado e sequer admitida a sua continuidade por um dos cônjuges.

Assim, no ano de 1977 entrava em vigor a Emenda Constitucional nº 9<sup>2</sup>, cuja finalidade era alterar a Constituição vigente à época para introduzir no sistema jurídico nacional institutos que possibilitassem a dissolução da sociedade conjugal e do casamento, quais sejam: a Separação Judicial e o divórcio. Estes institutos foram introduzidos e são regulados pela Lei 6.515<sup>3</sup> em vigor. Neste sentido, a separação, judicial ou de fato, na forma da lei, colocava fim à sociedade conjugal, aos deveres do casamento e ao regime de bens e era requisito essencial para o divórcio, que punha termo ao vínculo conjugal.

Esta lei inovou o sistema jurídico em vigor à época trazendo novos institutos que causaram repercussão no direito material e processual. No tocante ao novo instituto da Separação Judicial, a alteração principal residiu em substituir o desquite e passou a ser pré-requisito para o divórcio direto. Até então, o desquite era um instituto que tinha um fim em si mesmo. Isso porque, já que o casamento era indissolúvel à época, ele possibilitava o rompimento da sociedade conjugal, subsistindo ainda o vínculo conjugal. O divórcio, por seu turno, foi a grande inovação

---

<sup>2</sup> Emenda Constitucional N. 9, publicada em 28 de junho de 1977.

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

"Art. 175 - .....

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

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

<sup>3</sup> Lei 6.515 de 1977 – conhecida como a lei do divórcio. Introduziu o instituto da separação judicial em substituição ao desquite.

e constituiu importante conquista para a sociedade brasileira. Conquista esta que foi alcançada após longo período de reivindicações e manobras legislativas cujas finalidades eram quebrar a resistência antidivorcista que opunha severa resistência à introdução de dispositivos legais que tratassem de temas relativos ao fim do casamento e da sociedade conjugal.

A lei 11.441<sup>4</sup> que veio para viabilizar a separação extrajudicial tornou mais fácil por um fim ao casamento por meio do divórcio consensual, quando as partes em comum acordo podiam ajuizar o pedido de divórcio. No entanto, isso só era possível quando havia consenso entre as partes.

Passados aproximadamente trinta anos de vigência da Lei do Divórcio entra em vigor a EC nº 66. Evidentemente, ela facilitou significativamente a realização do divórcio. Todavia, o silêncio do legislador acerca da revogação da Separação Judicial despertou, *a priori*, divergências de interpretação. Opiniões contrárias de doutrinadores bem como posicionamentos divergentes de juristas evidenciam a problemática que se criou com a edição da EC nº 66 e mostram que a matéria não está pacificada.

### **1.1. O desenvolvimento do divórcio no sistema jurídico**

O Direito não tem um fim em si mesmo, ele existe para balizar relações sociais. Portanto, não seria absurdo pensar que ele evolui em decorrência das relações e fatos sociais. Com o instituto divórcio não seria diferente. Neste sentido, a lição do professor Gilberto Schäfer<sup>5</sup> é valiosa e pertinente para explicar o desencadeamento do instituto divórcio no ordenamento jurídico brasileiro.

#### **1.1.1 A constitucionalização do divórcio**

Antes de abordar as lições do professor, necessário registrar que o divórcio foi introduzido no sistema jurídico brasileiro no ano seguinte à proclamação da república. No ano de 1890, o Decreto 181/1890 introduziu o casamento civil e o

---

<sup>4</sup> Lei 11.441 de 2010 - Altera dispositivos da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa.

<sup>5</sup> Artigo: A Emenda Constitucional nº 66 e o divórcio no Brasil. Disponível em <http://magrs.net/?p=14064>. Acesso em 18/02/2013.

divórcio no Brasil. Até então, o casamento era regido pelas normas do direito canônico e era indissolúvel. O divórcio ora introduzido, porém, permitia apenas e tão somente o rompimento da sociedade conjugal, mas não admitia a quebra do vínculo matrimonial.

O professor Gilberto Schäfer leciona que nos tempos do Brasil Império o casamento era regulado no Código Canônico no qual o casamento válido constituía vínculo indissolúvel, já o casamento inválido poderia ser anulação. Contudo, havia um elemento intermediário entre uma “separação de corpos” e uma separação “judicial”. Essa forma, que se denominou divórcio *quod thorum et cohabitationem*, era uma espécie de separação, porque separava os corpos, mas não dissolvia o casamento, era o que dispunha o Dec. 1.144/1861.

O Código Civil de 1916 introduziu um novo instituto no sistema jurídico que possibilitava a dissolução da sociedade conjugal – o desquite. Entretanto, o desquite possuía as mesmas características que aquele divórcio disciplinado pelo Decreto 181 de 1890. Praticamente, era o mesmo divórcio ali disciplinado porém com uma nova denominação, afinal, mantinha a indissolubilidade do casamento.

O desquite podia ser nas modalidades amigável ou judicial. No entanto, este instituto ganhou conotação pejorativa em virtude da sociedade conservadora e religiosa da época. Havia o temor de que esta forma de dissolução da sociedade conjugal, o desquite, evoluísse para o divórcio.

Em decorrência da pressão social manifesta pela sociedade que era contrária à legação do divórcio à época, a Constituição de 1934 prestigiou o princípio da indissolubilidade do casamento no seu Artigo 144<sup>6</sup>. Uma vez que a matéria adquiriu enfoque constitucional, o grau de hierarquia e de rigidez da matéria dificultava a introdução da dissolução do casamento no ordenamento jurídico. Temia-se que a eleição de um parlamento com certo grau de independência em relação a pressões religiosas pudesse aprovar o divórcio.

Esta redação introduzida na Constituição de 1934 consagrando o princípio da indissolubilidade do casamento, com pequenas mudanças, foi repetida nas

---

<sup>6</sup> Artigo 144 da Constituição de 1934: A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob proteção especial do Estado.



Constituições subsequentes: 1937<sup>7</sup>, 1946<sup>8</sup> e 1967<sup>9</sup>, e mantida pela Emenda Constitucional de 1969.

Entretanto, as pressões provocadas pela evolução da social fez com que fosse aprovada e promulgada a Emenda Constitucional nº 9/1977 (EC nº 9) quando no ordenamento jurídico pátrio, passou-se a admitir, enfim, a dissolução do vínculo conjugal. A EC nº 9 trazia a seguinte redação:

Art. 1º: O §1º do art.175 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação: o casamento somente poderá ser dissolvido nos casos previstos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos<sup>10</sup>.

Art. 2: A separação, de que trata o §1º do art.175 da Constituição Federal poderá ser de fato, devidamente provada em juízo, e pelo prazo de cinco anos, se for anterior à data dessa emenda<sup>11</sup>.

Com isso, o sistema jurídico brasileiro passou a admitir o que antes era inadmissível, qual seja: a dissolubilidade do casamento pela via jurídica, por sua vez, aboliu o princípio da indissolubilidade do casamento ora vigente. Daí, em 26 de dezembro de 1977, foi promulgada a Lei 6515, conhecida como Lei do Divórcio, que veio regulamentar a EC nº9/1977, regulamentando os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, bem como seus efeitos e respectivos processos.

Um fator de estratégia política foi a sutileza da EC nº 9 em não se referir diretamente ao termo divórcio. Conquanto a Emenda tenha começado a tratar do

---

<sup>7</sup> Art. 124 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos.

<sup>8</sup> Art. 163 - A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado. § 1º - O casamento será civil, e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no Registro Público. § 2º - O casamento religioso, celebrado sem as formalidades deste artigo, terá efeitos civis, se, a requerimento do casal, for inscrito no Registro Público, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente.

<sup>9</sup> Art. 167 - A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos. § 1º - O casamento é indissolúvel. § 2º - O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no Registro Público. § 3º - O casamento religioso celebrado sem as formalidades deste artigo terá efeitos civis se, a requerimento do casal, for inscrito no Registro Público mediante prévia habilitação perante, a autoridade competente.

<sup>10</sup> Emenda Constitucional nº 9 de 1977.

<sup>11</sup> Ibidem.

assunto, foi devidamente regulamentada pela Lei n. 6.515<sup>12</sup>, que instituiu novamente o instituto do divórcio no Brasil e que se referiu expressamente ao termo *divórcio*. Vale lembrar que as modificações posteriores da Lei n. 6.515 consagraram as duas formas possíveis de se chegar ao divórcio: direta (que antes era apenas uma regra de transição no texto constitucional) e indireta (conversão da separação de fato por mais de dois anos em divórcio).

O divórcio apareceu pela primeira vez em um texto constitucional em 1988, no § 6º do artigo 226, com as duas formas possível de chegar até ele (direto e por conversão): “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”.

## 1.2. Cautela para o tratamento da mudança constitucional

Muitas opiniões foram expostas diante da celeuma jurídica que se impôs com a introdução da EC nº 66 em 2010. Dentre elas há uma registrada pelo professor Sérgio Gischkow Pereira<sup>13</sup> que sugere cautela e ponderação para conter o entusiasmo e o voluntarismo interpretativo a respeito da Emenda. E assim ele sustenta:

É primário que as leis se sujeitam às divergências de interpretação. Mas há limites para o voluntarismo interpretativo. Sempre fui pela simplificação do divórcio, de molde a ser obtido sem necessidade de prazos ou de prévia separação judicial. Porém, parece-me que estão sucedendo equívocos por excesso de entusiasmo com a alteração constitucional (art. 226, § 6º), que não mais contempla, para o divórcio, os requisitos de prévia separação judicial por um ano ou separação de fato por dois anos.

Os sintomas de reação aparecem. Tabelionatos hesitam em ter como afastada a separação e em ignorar aqueles prazos, e profissionais do Direito divergem sobre o alcance da reforma constitucional.

Os equívocos dos entusiastas são dois: a) entender que a separação judicial (e também a extrajudicial) desapareceu; b) afirmar peremptoriamente que as exigências anteriores para o divórcio já foram eliminadas.

---

<sup>12</sup> Lei 6515 de 26 de dezembro de 1977. Ficou amplamente conhecida como a Lei do divórcio.

<sup>13</sup> PEREIRA, Sérgio Gischkow. Calma com a separação e o divórcio. Disponível em <<http://magrs.net/?p=13910>>. Acesso em 24/02/2013.

(a) A Constituição Federal não tratava da separação judicial, mas somente do divórcio. A separação judicial apenas foi elidida como exigência para o divórcio, mas permanece no sistema brasileiro, enquanto não revogada no Código Civil. Muitos pensam assim. A Constituição fala que o casamento é dissolvido pelo divórcio; ora, a separação não dissolve casamento, mas sim a sociedade conjugal. Alguns asseveram que ela é inútil. Não é bem assim. Desde que não atrapalhe o divórcio, pode continuar no Código Civil. A verdade é que pode ser o único caminho para aqueles cuja religião não admite o divórcio.

(b) A Constituição, ao nela constar que o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio, não especifica requisitos, com o que sustentável que continuem regidos pelo Código Civil (não concordo, mas vários assim pensam). As dúvidas se multiplicam em um tema que atinge milhões de pessoas.

O mais recomendável é que de imediato se altere o Código Civil, retirando dele, se for o caso, a separação judicial (e, do Código de Processo, a extrajudicial), eliminando os requisitos de prazo para divórcio e definindo se a discussão de culpa permanece ou não. Não agir assim é provocar grande tumulto e divergências, tendo como resultado muito maior demora nos processos e o risco de futura epidemia de nulidades e carências de ação em milhares deles! O povo merece maior consideração!

Naturalmente, era de se esperar que a alteração no ordenamento provocasse efeitos diversos nas relações jurídicas já constituídas e nas que poderiam ser levadas à apreciação da justiça. Diante desta inovação, o professor recomenda cautela para melhor entendimento e aprimoramento da matéria no ordenamento jurídico brasileiro.

## CAPÍTULO 2

### 2. A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66 E O POSICIONAMENTO DA DOUTRINA

A Emenda Constitucional EC nº 66 desvinculou o direito ao divórcio da prévia separação, judicial ou de fato. Isso representou uma conquista para a sociedade civil. Foi recebida com grande alegria por operadores do direito e pela sociedade como uma possibilidade de conseguir a dissolução do casamento com maior rapidez que em tempos passados.

A grande maioria das pessoas do mundo jurídico entendeu que a inovação constitucional possuía aplicabilidade imediata e atribuía efeito revogatório sobre a legislação infraconstitucional que tratava da Separação Judicial. Todavia, com o decurso do tempo possibilitou analisar com mais profundidade os impactos que a Emenda causou no sistema jurídico.

Foi possível atentar para os princípios do direito que norteiam as decisões, a segurança jurídica, identificar lacunas que a revogação da legislação infraconstitucional poderia ensejar. Via de consequência, a corrente minoritária que sustentava a necessidade de se debruçar mais sobre o assunto foi ganhando força e hoje o assunto é abordado com mais amplitude que fora na data da publicação.

Há que se reparar que a Lei Maior garantiu maior celeridade para se realizar o divórcio. No entanto, a forma da realização desse direito a Constituição não traz, portanto, depende e se realiza por meio do Direito Civil e do Direito Processual Civil. De certo, a nova redação dada ao § 6º do artigo 226 da Constituição Federal pela EC nº 66 fomentou a discussão no âmbito doutrinário e jurisprudencial sobre os institutos do divórcio e da Separação Judicial.

De acordo com Pablo Stolze Gagliano<sup>14</sup>, a partir da Emenda EC nº 66 de julho de 2010, o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. O texto constitucional suprimiu a exigência da Separação Judicial prévia, também, do decurso de tempo para se chegar ao divórcio. No entanto, o legislador ficou silente em relação à

---

<sup>14</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. O novo divórcio. São Paulo: Saraiva, 2010.

extinção de institutos tais como a Separação Judicial, a extinção da sociedade conjugal e do vínculo conjugal. Este silêncio deu início a interpretações distintas no campo jurídico, razão pela qual o presente estudo apresenta o neste capítulo o posicionamento da doutrina e, no subsequente, o entendimento de magistrados e suas decisões proferidas nos casos concretos indicando uma tendência nas decisões judiciais depois de passados quase três anos da inovação constitucional, a saber, a EC no 66.

O objetivo principal da EC nº 66 consiste em tornar menos burocrática a realização do divórcio. Até a sua edição, a Constituição de 1988 condicionava o divórcio à observância de duas condições quais sejam a Separação Judicial nos casos de divórcio indireto e, nos casos de divórcio direto, o decurso de lapso temporal de dois anos caso fosse indireto.

O divórcio é matéria disciplinada pela Lei n. 6.515<sup>15</sup>. Para ajuizar o divórcio direto era necessária a ação de Separação Judicial que poderia ser proposta após um ano da realização do casamento. Nunca antes. Quando as partes optavam pelo divórcio direto, procedia-se inicialmente a ação de Separação Judicial e após o seu julgamento era convertida em divórcio. Nos casos de divórcio indireto, a parte interessada poderia requerê-lo após o interregno de dois anos da separação de fato para a dissolução do vínculo matrimonial.

## **2.1. O posicionamento da doutrina sobre a Emenda**

Na opinião de Gagliano (2010), a redução da intervenção estatal na vida privada, deixando a cargo de particulares o exercício voluntário do direito de unir-se a outro em matrimônio ou por termo ao vínculo estabelecido. A terminologia “divórcio direto” perdeu o sentido a partir do momento que teve fim a Separação Judicial. Afinal, o divórcio passou a ser exclusivamente direto. Segundo o autor citado, a alteração do dispositivo que trata da proteção estatal à entidade familiar, a saber, o Art. 226 da na Constituição Federal, revela intrinsecamente o afloramento de uma nova perspectiva de redução da intervenção estatal em questões particulares

---

<sup>15</sup> Lei 6.515/1977 – Lei do divórcio. Altera dispositivos da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa.

relativas a família. O Estado deixa ao arbítrio de particulares a solução de questões que não envolvam questões jurídicas de terceiros.

Considerando-se a partir do início do século XX, as inovações na vida das pessoas, as revoluções nas maneiras de agir, pensar, conceber e realizar as coisas sofreram grandes e constantes mutações. A evolução natural da vida no planeta contou com inovações de maior ou menor magnitude em diversas áreas de conhecimento seja na saúde, engenharia, química, física, biologia, tecnologia, áreas sociais, enfim, uma gama extraordinária de inovações, que propiciaram o estabelecimento de novos paradigmas e ensejaram, também, modificações na maneira de o ser humano se relacionar com o outro.

O divórcio é o instrumento legal por meio do qual se realiza o rompimento legal e definitivo do vínculo de casamento civil. Foi introduzido no Brasil através da Emenda Constitucional 9 de 1977 – Constituição Federal de 1967 –, regulamentada pela Lei 6.515. Com a Lei 11.441 de 2007 (BRASIL, 2007), o divórcio e a separação consensuais passaram a poder ser requeridos por via administrativa, isto é, não é necessário ajuizar uma ação judicial para o efeito, bastando comparecer, assistidos por um advogado, a um cartório e apresentar o pedido. Tal facilidade só é possível quando o casal não tiver filhos menores de idade ou incapazes. (CAHALI, 2010).

No ano de 2010, foi promulgada a PEC do divórcio, também conhecida como “PEC do Amor”. A partir daí, na Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988), a Separação Judicial, que era elemento condicional para a efetivação do divórcio, deixou de sê-lo. Via de consequência, também deixou de ser condicional o interregno temporal para o divórcio, que passou a ser exclusivamente direto, seja pela via consensual ou litigiosa. (GAGLIANO, 2010).

Em 2002, quando entrou em vigor o Novo Código Civil (CC) <sup>16</sup> - diploma legal cuja finalidade se consubstancia em reger as relações entre civis -, trouxe inovações relativas ao tratamento de temas inerentes às relações entre civis. Até então, eram disciplinadas pela Lei 3.071 de 1916 – Código Civil de 1916 – (BRASIL, 1916). Neste, eram visíveis as discrepâncias entre a letra da lei e o estado atual das relações sociais. Não refletiam a evolução cultural da sociedade. Não raro, institutos jurídicos dispunham de forma obsoleta sobre temas os quais a sociedade, os

---

<sup>16</sup> Lei 10.406 de 2002. Lei que institui o novo Código Civil.

costumes, as relações jurídicas envolvidas já haviam suplantado. Pode-se citar, de forma ilustrativa, a Parte Especial, Livro I, Título II, capítulos II e III, que dispunham, respectivamente, sobre os direitos e deveres do marido, e, dos direitos e deveres da mulher. Pode-se mencionar, também, o Livro III, Título III, Capítulo IV, que trata da possibilidade de se anular o matrimônio caso este fosse contraído com mulher “deflorada”. Nestas citações, pode-se verificar claramente a subordinação à qual era a mulher submetida ao homem, fato que a Constituição Federal atual não admite.

Relativamente ao divórcio, o Código Civil de 2002, em consonância com a Constituição Federal de 1988, trouxe as disposições existentes no Código Civil de 1916. A Lei 6.515, por seu turno, disciplina especificamente o tema e abarca amplamente os principais elementos envolvidos no divórcio. Todavia, estes diplomas legais guardavam certa distância da realidade, na medida em que impunham condições para a dissolução do casamento. Talvez, a mais relevante fosse a imposição de prazos para sua realização, seja o prazo de no mínimo um ano no caso de divórcio direto, ou no mínimo dois para o indireto.

Como um dos elementos embrionários da EC nº 66, figura o Recurso Especial n. 467.184, de São Paulo, decidido pelo Superior Tribunal de Justiça em 2002. O relator do Acórdão assentou, que diante da manifestação de ambos os cônjuges que declararam ser insuportável a vida em comum, na ação e reconvenção, mais conveniente seria reconhecer esse fato e decretar a separação, sem imputação da causa a qualquer das partes. (GAGLIANO, 2010).

Muito embora o Código Civil de 2002 ainda não estivesse em vigor, o STJ entendeu a conveniência de se reconhecer a impossibilidade da manutenção do casamento diante de manifesta falta de vontade dos cônjuges. (GAGLIANO, 2010).

O direito de família, em sua nova perspectiva, preconiza o princípio da intervenção mínima do Estado nas relações da vida, desagregando-se de amarras anacrônicas pretéritas, com o intuito de estabelecer um sistema aberto e inclusivo, facilitador do reconhecimento de novas formas de arranjo familiar, incluindo-se as famílias recombinações, que propiciam novas núpcias. Neste sentido, caberia à lei estabelecer condições ou requisitos para disciplinar relações afetadas pelo fim do casamento tais como: guarda de filhos, alimentos, manutenção do nome, divisão patrimonial dentre outros. Reconhecer que o desaparecimento do afeto, amor, enfim,

do motivo originário e mantenedor da vida conjugal pode ensejar o fim do vínculo conjugal. (GAGLIANO, 2010).

A EC nº 66 é fruto da proposta de emenda constitucional (PEC) n. 28, de 2009. Resultou da iniciativa de juristas do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM -, defendida inicialmente pelo deputado Antonio Carlos Biscaia – PEC 413/2005 – e reapresentada pelo deputado Sergio Barradas Carneiro – PEC 33/2007 -. (GAGLIANO, 2010).

A apresentação dos projetos de emenda à Constituição tinha como justificativa o entendimento de que não mais se justificava a manutenção da Separação Judicial. Vale lembrar que, até 1977, o que existia no mundo jurídico era o Desquite, quando foi substituído pela Separação Judicial regida pela lei 6.515. Em função da evolução natural da sociedade e dos costumes, não se sustentava mais a existência da duplicidade artificial entre dissolução da sociedade conjugal e dissolução do casamento visto que, no casamento, dois institutos se sobrepõem: a sociedade conjugal, que decorre da simples vida em comum, na condição de marido e mulher, com a intenção de constituir família, e o vínculo conjugal, que decorre da interferência do próprio Estado, mediante a solenização do ato. Impunha-se a necessidade de unificação, no divórcio, de todas as hipóteses de separação dos cônjuges, fossem consensuais ou litigiosas. A existência de dois processos redundava em custos para o casal além de prolongar sofrimentos evitáveis. Vislumbrava-se também a possibilidade de acordos particulares, o que reduziria a exposição da vida privada dos cônjuges e familiares ao público. Fator outro relevante foi a constatação por meio de levantamentos feitos das separações judiciais, que demonstraram que grande maioria dos processos eram iniciados ou terminavam amigavelmente, sendo irrelevantes os que foram a julgamento para imputação de causas culposas ao cônjuge vencido. (GAGLIANO, 2010).

Houve críticas por parte da Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) acerca da aprovação da PEC. Na visão de seu presidente, ao facilitar o fim do casamento submete-se ainda mais à banalização da instituição que, em sua opinião, já se encontra consideravelmente banalizado. (GAGLIANO, 2010).

A PEC que fora submetida à aprovação do senado continha o seguinte texto “*O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio consensual ou litigioso, na*



*forma da lei*". Do texto inicial surgiu o texto final para a EC nº 66 com o seguinte conteúdo: "O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio". (GAGLIANO, 2010).

A supressão no texto inicial, e a conseqüente desnecessidade da edição de lei para suprir norma de eficácia contida sugerida no projeto inicial, mas suprimida pelo Senado, evidenciou grande significado jurídico. A aprovação de uma Emenda Constitucional com o adendo "*na forma da lei*" poderia redundar num indevido espaço de liberdade normativa infraconstitucional, permitindo interpretações equivocadas e retrógradas. Coibiu possíveis riscos de submetê-la às modificações indesejadas ou de torná-la sem efeito graças ao demasiado espaço de liberdade legislativa. (GAGLIANO, 2010).

Os institutos divórcio e Separação Judicial se distinguem em função das respectivas magnitudes. O divórcio, por força do Art. 24 da Lei 6.515/1977, põe termo ao casamento, aos efeitos civis do casamento e aos efeitos civis do matrimônio religioso, habilitando os divorciados para contraírem novas núpcias. Por sua vez, a Separação Judicial apenas relaxa os liames do matrimônio, mas sem provocar o rompimento do vínculo conjugal, pois, segundo as disposições do Art. 1.576 do Código Civil, a Separação Judicial apenas põe fim às relações patrimoniais entre os cônjuges, que são dispensados dos deveres de coabitação e fidelidade recíproca.

Maria Berenice Dias, por seu turno, sustenta a extinção das restrições ao divórcio da seguinte forma:

Desapareceu toda e qualquer restrição para a sua concessão, que cabe ser concedido sem prévia separação judicial e sem a necessidade do implemento de prazos [...] 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. A razão da legislação ordinária, no que se refere aos requisitos temporais para o divórcio, repousava na Constituição que os exigia. Afastadas tais exigências, porque extirpadas do texto do parágrafo 6º, do art. 226 da CF/88, restaram incoerentes as normas inferiores que as mantêm, e essa desconformidade conduz à sua inevitável revogação. (DIAS, 2012).

Diante de tais considerações, é possível notar que o divórcio tende a ser o instituto mais aplicável e apto a corresponder às vontades dos casais que pretendem formalizar uma configuração fática de ruptura do elo que os unia em casamento e, conseqüentemente, do desaparecimento do *affectio maritalis*.

## **2.2. A vontade do legislador e a vontade da lei**

Neste tópico é aberto um para reflexão doutrinária com resgate de acontecimentos ocorridos durante a tramitação da PEC 28 que culminou na EC nº 66. Na interpretação da norma cabe ao julgador analisar a vontade da lei mais que o que o legislador desejou fazer. Durante a tramitação da PEC 28, o plenário legislador constitucional na comissão especial entendeu que deveria ser suprimida a locução “na forma da lei”, visto que autorizaria o legislador ordinário a manter ou ampliar os lapsos temporais que se pretendia suprimir.

Com pertinência pondera Pablo Stolze que se a EC nº 66 fosse aprovada em sua redação original, haveria sério risco de minimizar a mudança pretendida no sentido de realmente inovar no instituto do divórcio, pior ainda, seria fazer enorme esforço requerido, naturalmente, para promover uma alteração no texto constitucional e produzir algo com resultado inócuo, sem efeito, pelo demasiado espaço de liberdade legislativa que a Jurisprudência poderia reconhecer estar contida na suprimida expressão. (GAGLIANO, 2010).

Ao ser analisada pelo Senado Federal, o Senador Demóstenes Torres comentou que com esta PEC, o divórcio já pode ser feito a qualquer tempo, aliás, como já ocorria em outras partes do mundo, e a PEC do amor permitiria que os casais se mantivessem casados enquanto essa fosse sua vontade e, quando não mais, ou seja, quando o amor e a vontade de permanecerem juntos não mais subsistissem, poderiam de pronto se divorciar, ou seja, casou num dia, no outro dia pode fazer o divórcio, acabando com todo esse tempo e todo o interstício.

## **2.3. Reflexos sobre institutos jurídicos vigentes**

A Separação Judicial não mais atendia aos anseios dos casais em processo de separação. Pois, segundo determina o Art. 1.576 da Lei 5.869 de 1973 – Código Civil – (BRASIL, 1973), ela desonerava os cônjuges dos deveres de coabitação e fidelidade recíproca e ao mesmo tempo punha termo ao regime de bens. Todavia, persistia o vínculo matrimonial. Subsistindo o vínculo, restavam os ex-cônjuges impossibilitados de casarem-se novamente até que sobreviesse a morte de algum dos cônjuges ou a decretação do divórcio. (CAHALI, 2010).

Para Dias (2010) a propositura da ação de Separação Judicial estava relacionada à vontade teleológica do legislador de se manter os sagrados laços do matrimônio. Assim, era um pressuposto para se oferecer aos divorciandos uma chance de superarem os motivos que causaram o rompimento do vínculo afetivo. A atribuição de punições ao culpado pela separação tais como o impedimento de uso do nome e o direito a alimentos, na ótica do legislador, segundo Dias (2010), funcionava como motivação para repensar a vontade de se separar.

O divórcio deve ser capaz de por termo não apenas à sociedade conjugal, mas também ao vínculo matrimonial. As vantagens mais visíveis residem tanto no campo econômico quanto no psicológico. Pois se de um lado reduz os custos judiciais advindos da duplicidade de procedimentos, do outro libera os cônjuges para a contração de novo casamento. A possibilidade de reconciliação depois de decretada a Separação Judicial, defendida por alguns como uma vantagem, não se justificava diante das desvantagens mais significativas advindas da manutenção do casamento. Após a decretação do divórcio, resta aos ex-cônjuges contrair novo matrimônio (GAGLIANO, 2010).

Ao editar a EC nº 66, o legislador constituinte nada manifestou expressamente acerca da Separação Judicial. Houve, tão somente, supressão textual na letra do Art. 226, no qual estavam dispostas as condições que deveriam ser satisfeitas para que o divórcio pudesse ser realizado.

Uma questão a ser explorada é saber: A Separação Judicial foi revogada ou não pela EC nº 66? Afinal, a falta de disposição legal expressa no tocante à revogação da Separação Judicial gerou divergência entre doutrinadores e juristas dividindo-os em duas correntes de interpretação. Para a corrente doutrinária dominante a supressão dos fatores condicionantes implicou a revogação lógica dos mesmos, haja vista ser a Constituição o diploma de maior hierarquia frente aos demais e, uma vez que deixou de existir na Lei Maior, não há que se cogitar a existência tampouco a eficácia daquele instituto em leis de menor hierarquia. Todavia, esta percepção não é compartilhada pela outra corrente, a qual sustenta a continuidade da Separação Judicial em função de nela estarem disciplinados aspectos intrínsecos e relevantes no âmbito do divórcio, sem os quais uma enorme

lacuna restaria aberta denotando dificuldade na esfera jurídica para solucionar tais questões.

Outra questão é saber quais os rumos tomarão as ações de separação em curso no momento da promulgação da EC nº 66. Este ponto é levantado, principalmente, pela corrente que defende a não revogação da Separação Judicial. Surgiu a controvérsia entre os doutrinadores e juristas acerca de quais seriam os fundamentos jurídicos das decisões nestas ações se a Separação Judicial estivesse realmente extinta, quais os diplomas disciplinariam a matéria?

Com a EC nº 66, o divórcio adquiriu as características de direito potestativo. Pode ser exercido por qualquer dos cônjuges, sem a dependência do interregno de prazo de separação de fato ou de outra circunstancia indicativa do fim da vida em comum. Uma vez que qualquer dos cônjuges conclua que não quer mais dar continuidade ao matrimônio poderá formular o pedido de divórcio pela via administrativa, observadas das as hipóteses legais. (GAGLIANO, 2010).

Todavia, impinge considerar que a inovação normativa na esfera constitucional suscita, dentre outras, a indagação a respeito da subsistência ou não da Separação Judicial no ordenamento jurídico, além dos efeitos produzidos pela sua eventual supressão sobre os processos em curso.

#### **2.4. Aplicação imediata da Emenda 66**

De fato a EC nº 66 proporcionou maior facilidade para a realização do divórcio. Entretanto, o legislador constitucional ao ficar silente quanto a situação de institutos importantes, anteriormente disciplinados pelo instituto da Separação Judicial, cujas finalidades consistem em estabelecer a forma pela qual o divórcio deve ser efetivado, as implicações patrimoniais, os requisitos formais, dentre outros; fez emergir para os magistrados a missão difícil de decidir e dar solução às lides que chegavam para sua apreciação. O CPC dispõe sobre o papel do juiz e, dentre elas, incumbe-o de decidir as questões judiciais, não pode o magistrado deixar de

apreciar lides tampouco de decidi-las pelo fato de se encontrarem diante de uma lacuna na lei<sup>17</sup>.

Por oportuno cabe lembrar as lições de José Afonso da Silva a respeito da aplicabilidade da norma constitucional:

O princípio é o da incidência imediata das normas constitucionais. Todas as normas constitucionais – quer as de eficácia plena, quer as de eficácia contida, ou as de eficácia limitada, as programáticas inclusive – incidem, nos limites de sua eficácia, imediatamente, salvo se a própria constituição expressamente dispuser de outro modo. Pontes de Miranda, sobre o tema, afirma: “A Constituição é rasoura que desbasta o Direito anterior, para que só subsista o que é compatível com a nova estrutura e as novas regras jurídicas constitucionais”. Desbasta, como? Ab-rogando as normas anteriores, ou estas se tornam inconstitucionais? Já estudamos o assunto, a respeito da eficácia ab-rogativa das normas programáticas, concordando com a tese de Lúcio Bittencourt, segundo a qual se dá uma revogação por inconstitucionalidade, numa por assim dizer revogação por invalidação, se a técnica jurídica não nos censurar por isso. Essa eficácia ab-rogativa das normas constitucionais, de todas elas, pode ser expressa ou tácita, por incompatibilidade verdadeiramente vertical, mas como uma solução de incompatibilidade horizontal. (SILVA, 1998).

A supremacia da norma constitucional se consagrou no direito americano a partir embate histórico de 1803, que ficou mais conhecido como “Marbury versus Madison”, no qual o juiz John Marshall fundamentou sua decisão a partir do entendimento que a norma constitucional tem prevalência sobre as demais. Outros países adotam esse princípio na estruturação do seu ordenamento jurídico, dentre eles o Brasil. Esposam esta tese autores renomados como Hans Kelsen e Miguel Reale.

Na mesma linha de entendimento Pablo Stolze Gagliano<sup>18</sup> argumenta que no âmbito da teoria geral do direito, quando se tratar de uma antinomia entre normas de diferente hierarquia, deve-se aplicar optar pela aplicação do critério da *Lex superior*, que afasta as outras regras de colisão referentes à *Lex specialis* ou *lex posterior*. Não fosse assim, chegar-se-ia ao absurdo de que a lei ordinária, enquanto lei especial ou *lex posterior* pudesse afastar a norma constitucional enquanto *Lex generalis* ou *lex prior*.

---

<sup>17</sup> CPC. Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

<sup>18</sup> GAGLIANO. Pablo Stolze. A nova emenda do divórcio: Primeiras Reflexões, Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, nº 16.

Quanto à aplicabilidade da norma constitucional, oportuno se faz resgatar as lições do professor José Afonso da Silva<sup>19</sup>, que classifica as normas constitucionais em três grupos, a saber: normas de eficácia plena e aplicação imediata, normas de eficácia contida e aplicação imediata, normas de eficácia contida e aplicação mediata. Com relação a este último grupo, o professor ensina que as normas são declaradas na Constituição, no entanto, necessitam de atitude do legislador para efetivar o direito ora assegurado. Nesse diapasão, o direito ao divórcio já estava declarado na Constituição de 1988 e lá foi mantido, houve tão somente a supressão de elementos condicionantes a ele vinculados. Havia também uma lei, a saber: Lei 6515/1977 que disciplina o direito ao divórcio. Sendo assim, já existia um aparato legal constituído englobando tanto o âmbito constitucional quanto o infraconstitucional para regular a matéria do divórcio e isso continua existindo, porém com a inovação trazida pela EC nº 66. O que pode ocorrer em termos legais são adequações na estrutura existente.

## **2.5. Separação Judicial: divergências entre Doutrina e Jurisprudência**

A extinção da Separação Judicial e da exigência de prazos para a realização do divórcio consubstancia os elementos de maior relevância da EC nº 66.

Antes da Emenda, o divórcio podia ser realizado de forma indireta ou direta. Na primeira, exigia-se a Separação Judicial, na segunda, exigia-se o prazo de dois anos. O Art. 38 da Lei 6.515, em sua versão original, dispunha que o pedido de divórcio poderia ser formulado apenas uma única vez, mas este dispositivo já havia sido revogado pela Lei 7.841 de 1989. O divórcio indireto era aquele que podia ser obtido após o transcurso de um ano contado do trânsito em julgado da sentença que julgou a Separação Judicial, conforme dispõe o Art. 8º da Lei 6.515; esta modalidade possuía aspectos processuais intrínsecos dentre os quais a apuração da culpa pela separação. O divórcio direto, por seu turno, exigia, para tanto, um requisito único para sua realização: o prazo de dois anos de separação de fato. Neste caso, era absolutamente desnecessária qualquer imposição de culpa para a efetivação do divórcio. Neste diapasão, também não era necessário aguardar por toda a tramitação da ação de Separação Judicial ajuizada anteriormente. As decisões dos

---

<sup>19</sup> Silva, José Afonso da. Livro: Aplicabilidade das normas constitucionais (2009).

Tribunais de Justiça de Minas Gerais e São Paulo seguiam esta linha de interpretação por entenderem que a aplicabilidade do prazo para conversão da Separação Judicial em divórcio era automática. Entendiam, também, que nos casos de divórcio direto – o que podia ser pedido judicialmente após o decurso de dois anos após a separação de fato – não havia necessidade da comprovação da culpa de um dos cônjuges pela ruptura da vida em comum, considerando que a lei exigia, tão somente, o decurso do lapso temporal contado da separação de fato para a decretação do divórcio (MORAES, 2004).

Uma das vantagens da exclusão da Separação Judicial da nova ordem constitucional reside na desnecessidade de identificação do culpado e da causa do fim do casamento. O instituto da culpa em série do Direito de Família tem lugar apenas nas ações de anulação do casamento, como forma de se preservar a boa-fé dos cônjuges; e na estimação do valor dos alimentos, que se limita ao indispensável para garantir a sobrevivência daquele que deu causa à situação de necessidade, quando fixada a favor deste.

Tornou-se eloquente a necessidade de se rever os diplomas legais a fim de aprimorá-los e torná-los aptos, eficazes e condizentes com as circunstâncias da vida moderna. A aptidão refere-se à capacidade de corresponder aos anseios da sociedade e a eficácia diz respeito a garantir agilidade ao processo reduzindo a burocracia e os custos, contribuindo também para o desafogamento do Judiciário. (GAGLIANO, 2010).

A modificação constitucional implica revisitar a legislação infraconstitucional em matéria de divórcio e temas correlatos, tanto no direito material quanto nos aspectos procedimentais. É certo que deverão ser apreciados com profundidade para fazer face aos desejos do legislador constitucional. Mister se faz observar o cabimento de tais modificações nos processos em curso ainda não decididos. (GAGLIANO, 2010).

Isto porque, com efeito, surgiram três distintas correntes para interpretar a aplicação da EC nº 66. A primeira, que consolida o entendimento majoritário da doutrina, afirma que não existe mais separação jurídica, aplicando-se o divórcio direto sem exigência de prazos e discussão de causas; a segunda, minoritária, assevera que a separação - judicial e administrativa - coexiste com o divórcio direto

sem exigência de prazos; e a terceira, quase sem expressão, afiança que permanece em vigor a legislação ordinária, tanto para o divórcio, como para a separação jurídica, com os mesmos requisitos, vez que a Emenda apenas previu que o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio.

## **2.6. Sobre a revogação da separação**

Eis a questão: estaria a Separação Judicial tacitamente revogada, abolida do ordenamento jurídico nacional e, portanto, inapta para disciplinar relações jurídicas? O legislador constitucional não se posicionou acerca da revogação do instituto da Separação Judicial razão pela qual é haja entendimentos no sentido de que permaneceria enquanto não revogados os artigos que dela tratam no Código Civil, porque a redação do § 6º do art. 226 da Constituição atribuída pela 'PEC do Divórcio' não a teria excluído expressamente. Todavia, esse entendimento somente poderia prosperar se arrancasse apenas da interpretação literal, desprezando-se as exigências de interpretação histórica, sistemática e teleológica da norma.

A partir da EC nº 66, a Constituição Federal deixou de tutelar a Separação Judicial visto que suprimiu da letra da lei a referência a este instituto. Via de consequência perdeu a eficácia o instituto da dissolução da sociedade conjugal que era a única possível, sem dissolução do vínculo conjugal, até 1977. Com o advento do divórcio, a partir dessa data até 2009, a dissolução da sociedade conjugal passou a conviver com a dissolução do vínculo conjugal, porque ambas recebiam tutela constitucional explícita. Portanto, não sobrevive qualquer norma infraconstitucional que trate da dissolução da sociedade conjugal isoladamente, por absoluta incompatibilidade com a Constituição, de acordo com a redação atribuída pela PEC do Divórcio. A nova redação do § 6º do art. 226 da Constituição apenas admite a dissolução do vínculo conjugal.

Diante da nova determinação constitucional que evidenciou uma lacuna relativamente ao *modus operandi* de determinados institutos e diante do dever precípua de decidir dos magistrados, foi possível identificar aspectos mais evidentes relativamente a pontos controversos comuns inerentes às ações de divórcio onde concentravam as maiores demandas por interpretação e decisão dos tribunais.



O Código de Processo Civil Brasileiro <sup>20</sup>, ao estabelecer os poderes, deveres e responsabilidades do juiz, estabeleceu que o juiz não pode se eximir de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade na lei. Em seu Art. 126, dispõe que na falta de disposição legal, o juiz fundamentará sua decisão com base na analogia, nos costumes e nos princípios gerais do direito.

Com base nesta perspectiva, foi realizada pesquisa jurisprudencial exploratória com vistas a levantar os pontos de maior controvérsia decididos pelos tribunais de justiça dos estados de Minas Gerais, São Paulo, Rio Grande do Sul e do Distrito Federal. A eleição destes tribunais se fez em virtude do posicionamento conhecidamente mais conservador no caso de Minas, menos conservador no caso do tribunal gaúcho, em virtude do volume de demandas judiciais no caso de São Paulo e o Distrito Federal graças à proximidade os tribunais superiores.

Por oportuno se faz registrar a opinião de Paulo Luiz Netto Lobo, que se manifestou totalmente favorável à revogação total e imediata da Separação Judicial:

No direito brasileiro, há grande consenso doutrinário e jurisprudencial acerca da força normativa própria da Constituição. Sejam as normas constitucionais regras ou princípios não dependem de normas infraconstitucionais para estas prescreverem o que aquelas já prescreveram. O § 6º do art. 226 da Constituição qualifica-se como norma-regra, pois seu suporte fático é precisamente determinado: o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio, sem qualquer requisito prévio, por exclusivo ato de vontade dos cônjuges<sup>21</sup>.

Sobre o vazio que a revogação da Separação Judicial poderia causar asseverou:

Pode-se indagar se a nova norma constitucional provocou um vazio legislativo, que exija imediata regulamentação legal, tendo em vista que ela revogou todas as normas infraconstitucionais, principalmente as do Código Civil, relativas à dissolução da sociedade conjugal e seu instrumento, a separação judicial<sup>22</sup>.

Além disso, defende que o ordenamento jurídico brasileiro, ao ter suprimidas todas as normas relativas à Separação Judicial, contempla a disciplina necessária ao divórcio e a seus essenciais efeitos: quem pode promover como estabelecer a

---

<sup>20</sup> Lei 5.869 de 1973 – Código de processo civil (CPC).

<sup>21</sup> LOBO, Paulo Luiz Netto. Alteração constitucional e suas consequências. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/detalhe/629>>. Acesso em 22/03/2013.

<sup>22</sup> Ibidem.

guarda e proteção dos filhos menores, obrigação alimentar, manutenção do nome conjugal, partilha dos bens comuns.

Enquanto a maioria dos doutrinadores defende a necessidade da apreciação do legislador ordinário tendo vista ajustar ou preencher possíveis lacunas no sistema jurídico após a redação da Emenda, este doutrinador defende que não há qualquer vazio, nem necessidade de lei para regulamentar o que já está regulamentado Código Civil:

Portanto, o advento da nova norma constitucional não necessita de nova regulamentação infraconstitucional, pois as questões essenciais do divórcio estão suficientemente contempladas na legislação civil existente e nenhuma norma destinada à separação judicial ou à dissolução da sociedade conjugal podem ser aproveitadas, porque foram revogadas, em virtude de sua incompatibilidade com a dissolução do casamento pelo divórcio<sup>23</sup>.

Segundo entendimento do autor, ainda que a Separação Judicial estivesse revogada, existe regulação em outros diplomas legais que poderiam suprir eventual lacuna aberta pela retirada da Separação Judicial sistema jurídico.

## **2.7. Influência no aumento de divórcios**

Conquanto haja questões a serem pacificadas acerca dos institutos que disciplinam o divórcio, aqueles que descobrem que não é mais possível compartilhar uma vida com uma pessoa que escolheu para o matrimônio e intolerável o convívio e a manutenção do casamento não ficam à espera de um entendimento doutrinário ou jurisprudencial pacificado. Pelo contrário. Segundo informações do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o número de divórcios no Brasil aumentou de 1,8% para 3,11% nos últimos 10 anos. Este resultado também reflete os casais que de fato já haviam se separado e aproveitaram as mudanças na legislação para formalizar a situação<sup>24</sup>.

O aumento reflete as novas separações e também a regularização de uma situação que já existia na informalidade. Muitos casais aproveitaram as novas regras

---

<sup>23</sup> LOBO, Paulo Luiz Netto. Alteração constitucional e suas consequências. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/detalhe/629>>. Acesso em 22/03/2013.

<sup>24</sup> Consulta realizada ao site do professor Simão, doutor do departamento de direito civil da Universidade de São Paulo (USP). Disponível em <<http://www.professorsimao.com.br/>>. Acesso em 11 de abril de 2013.

muito menos burocráticas para formalizar a separação. As novas regras tornaram mais fácil se separar. Um casal sem filhos menores ou incapazes, por exemplo, pode fazer o divórcio no cartório. O procedimento precisa ser feito em um tabelionato de notas e o processo pode ficar concluído no mesmo dia<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> Disponível em < <http://g1.globo.com/jornal-hoje/noticia/2012/05/numero-de-divorcios-no-brasil-sobe-mais-de-3-nos-ultimos-dez-anos.html>>. Acesso em 11 de abril de 2013.

## CAPÍTULO 3

### 3. ANÁLISE DOS REFLEXOS DA EC Nº 66 NAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS

Necessário se faz verificar os efeitos da Emenda Constitucional nº 66 na Jurisprudência visto que o legislador constitucional manifestou-se de forma limitada na elaboração da Emenda. Neste sentido, coube aos magistrados interpretar o novo regramento constitucional para aplicá-lo em suas decisões.

Neste capítulo é apresentada uma análise jurisprudencial explorando e expondo o entendimento de magistrados nas decisões, abordando institutos mais impactados pela EC nº 66. Em função da diversidade de entendimentos acerca da supressão do texto que exigia a observância da Separação Judicial para a realização do divórcio direto, geraram maior controvérsia nas decisões colegiadas do TJMG, TJDFT, TJSP e TJRS, após a alteração no texto constitucional.

Importante frisar que este capítulo apresenta uma seleção de pontos controversos selecionados ora de um, ora de outro tribunal, tendo em vista que em virtude das diferenças sócio regionais alguns temas revelam-se mais controversos numa região que em outra. Certamente, foi possível deparar com pontos controversos comuns a mais de um tribunal, nesses casos optou-se por analisar os casos do tribunal onde a quantidade de casos decididos era maior.

Assim, os pontos de maior controvérsia e a linha de entendimento adotada pelos magistrados para decidir as celeumas serão apresentados agrupados por tribunal, em tópicos, O critério para o agrupamento foi o quanto o tema se mostrou mais evidente nas decisões analisadas.

#### 3.1. Temas impactados pela supressão no texto constitucional

Antes de adentrar na análise, necessário se faz esclarecer que o método utilizado para a análise foi o de pesquisa jurisprudencial exploratória.

Os temas mais evidentes nas decisões selecionadas para pesquisa e que serão objeto de análise são:

- a) Partilha de bens

- b) Conversão do casamento em divórcio
- c) Aplicação imediata da EC nº 66
- d) Prova da separação de fato do casal
- e) Abolição do instituto da Separação Judicial
- f) Entendimento favorável à aplicação imediata da EC nº 66
- g) Entendimento favorável à desconstitucionalização do instituto
- h) Audiência de ratificação do divórcio consensual
- i) Alternativa para tramitação dos processos em curso
- j) Da competência para apreciar e julgar danos morais
- k) Aferição da culpa.

### **3.2. Das decisões do TJMG**

#### **3.2.1. Partilha de bens**

De acordo com a análise das decisões deste tribunal, foi possível identificar o posicionamento adotado nas decisões das turmas quanto à partilha de bens. Nos processos: AC 1.0024.08.925897-4/001, AC 1.0313.03.080354-5/001, AC 1.0024.03.168913-6/001, AC 1.0134.03.038875-2/001, 1.0701.07.189569-5/001, AC 1.0702.07.389518-8/001, entenderam os julgadores que a decretação do divórcio ou mesmo da Separação Judicial independe da decisão acerca da partilha. No caso de não haver acordo sobre a partilha dos bens, a decisão deve ser remetida às vias ordinárias, onde serão produzidas as provas necessárias para o esclarecimento da matéria tendo em vista alcançar uma solução mais justa para o caso.

Entretanto, há necessidade de se apreciar quanto a partilha. Estendendo um pouco mais sobre o assunto, o professor leciona que no caso da conversão da Separação Judicial em divórcio é que a sentença terá que decidir também sobre a partilha:

No caso de separação judicial, quando a partilha for amigável também poder-se-á decidir a partilha. Se não houver acordo, a partilha dos bens será objeto de inventário; decretada a separação judicial do casal e transitada em julgado a respectiva decisão, põe-se fim à sociedade conjugal e ao regime de bens do matrimônio: só aí é que, então, segue a partilha dos bens do casal, que deverá ser feita em consonância com a vontade dos cônjuges, observado o que dispõe o regime matrimonial, ou mediante partilha judicial. (CAHALI, 2010).

O professor Yussef Said Cahali entende que “é nula a sentença que deixa de apreciar o pedido inicial de partilha dos bens do casal por ser *citra petita*” (CAHALI, 2010).

### 3.2.2. Conversão do casamento em divórcio

Na decisão do acórdão 1.0027.07.134463-7/002 da relatoria do Des. Armando Freire seguido pelos demais da primeira Câmara Cível do TJMG entenderam por bem aplicar de imediato a facilidade para por fim ao casamento introduzida pela EC nº 66 e deram provimento à apelação que pedia a conversão da Separação Judicial ora ajuizada em divórcio. Importante esclarecer que nesse caso, tratava-se de ação judicial na qual as partes haviam anuído com relação à decretação do divórcio.

O relator estruturou seu voto com o seguinte entendimento:

O ilustre Magistrado a quo julgou extinto, sem resolução de mérito, o pedido de separação aviado em sede de reconvenção, fundamentando que, com o advento da EC nº 66, que alterou o §6º, do art.226, da CR/88, não mais subsiste as separações judiciais. Tenho que lhe assiste razão, data vênua. Com efeito, art.226, §6º, da Constituição Federal de 1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional 66 de 2010, passou a vigorar com a seguinte redação: "O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio." Sendo assim, tenho que foram eliminadas as condições anteriores estabelecidas para o divórcio. Não é mais necessária a prévia separação judicial por mais de um ano ou a comprovação da separação de fato por mais de dois anos. Outrossim, alguns juristas têm entendido que, com o advento da referida Emenda Constitucional, restou extinta a separação judicial. Contudo, entendo que não é o caso de extinguir o pedido de separação apresentado em sede de reconvenção. Com efeito, não vejo sentido na extinção do processo para que as partes ingressem com a ação de divórcio, apenas procrastinando o já sofrido rompimento do vínculo conjugal. Ademais, no caso em análise, como visto, além da apelação específica aviada por L.R.B. contra a sentença que extinguiu a ação de separação, a aqui apelada, M.P.A.B., na apelação interposta na ação anulatória, também requereu o divórcio direto do casal. Outrossim, ressalto que a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de fl.279/284, entendeu "(...) que a decretação direta do divórcio, nos moldes da Emenda Constitucional 66, não apresenta nenhuma nulidade processual." Registrou ainda o ilustre Procurador: "No caso em tela, está em jogo a ponderação de interesses entre o princípio da inércia e o da economia e razoável duração do processo. Neste caso, entendemos que o segundo posicionamento deve prevalecer." Sendo assim, nesse caso específico, tendo as partes anuído com a decretação do divórcio, não vejo óbices para o deferimento do pedido.

Este voto que foi seguido pelos demais componentes da 1ª Câmara Cível do TJMG resgatou dois princípios constitucionais importantes quais sejam: a razoável duração do processo e a economia e celeridade processual. Pondera sobre o benefício da EC nº 66 para a efetivação destes princípios relativamente às ações de divórcio.

### 3.2.3. Aplicação imediata da EC nº 66

Ao apreciar Em decisões do TJMG analisadas, foi possível identificar que há entendimento majoritário acerca da aplicabilidade imediata da nova diretriz constitucional. Foi o que se verificou a partir da análise de decisões daquela corte. De forma exemplificativa, pode-se verificar o julgamento do processo 1.0699.08.086809-3/001. Neste processo não houve unanimidade relativamente a outros itens que peticionados pelas partes. No entanto, os desembargadores foram unânimes quanto a aplicação imediata da EC nº 66, reconhecendo a imperatividade da norma constitucional.

Além do mais, a norma constitucional é de caráter autoaplicável e de eficácia imediata. Relativamente à EC nº 66, há também a percepção de outro fator importante, qual seja, corroborar em nome dos princípios da economia e razoável duração do processo.

Neste sentido foi a decisão do TJMG:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - ANULATÓRIA DE CASAMENTO – ERRO SOBRE PESSOA - ALEGADO VÍCIO DO CÔNJUGE – PREEXISTÊNCIA AO CASAMENTO - NÃO EVIDENCIADA - RECONVENÇÃO – SEPARAÇÃO - CONVERSÃO EM DIVÓRCIO – EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010 - POSSIBILIDADE. Para que o erro essencial seja reconhecido é necessária a presença de três requisitos: que a circunstância ignorada preexista ao casamento, que a descoberta da verdade seja subsequente ao matrimônio e que tal fato torne intolerável a vida em comum. Se dos elementos de prova colacionados aos autos não é possível vislumbrar tais requisitos, não há como se julgar procedente o pedido de anulação do casamento. A relação não padece de vícios legais, sendo, tão somente, mal sucedida afetivamente. Ainda que a EC nº 66 tenha extinto a separação judicial, em nome dos princípios da economia e razoável duração do processo, não vejo óbices a conversão da ação de separação em divórcio e sua decretação, mormente frente a manifestação expressa das partes nesse sentido. Com efeito, o ajuizamento de nova ação apenas procrastinaria o já sofrido rompimento do vínculo conjugal.

Segundo o posicionamento adotado em algumas decisões proferidas pelo TJMG, não há que se falar acerca da admissibilidade da preliminar de carência de ação para justificar a extinção dos processos sem resolução do mérito. Afinal, a possibilidade jurídica do pedido constitui condição da ação que impõe ao magistrado o dever de verificar a viabilidade do pedido do autor diante do ordenamento jurídico. Sobre este tema, ensina Humberto Theodoro Junior:

Pela possibilidade jurídica, indica-se a exigência de que deve existir, abstratamente, dentro do ordenamento jurídico, um tipo de providência como a que se pede através da ação. Esse requisito, de tal sorte, consiste na prévia verificação que incumbe ao juiz fazer sobre a viabilidade jurídica da pretensão deduzida pela parte em face do direito positivo em vigor. O exame realiza-se, assim, abstrata e idealmente, diante do ordenamento jurídico. Predomina na doutrina o exame da possibilidade jurídica sob o ângulo de adequação do pedido ao direito material a que eventualmente corresponde a pretensão do autor. Juridicamente impossível seria, assim, o pedido que não encontrasse amparo no direito material positivo. (THEODORO JUNIOR, 2002).

O art. 462 do Código de Processo Civil dispõe que deve ser aplicado o direito vigente à época, pelo que se impõe a aplicação da nova redação do art. 226 da Constituição ao caso presente seja de ofício ou a requerimento da parte.



Portanto, de acordo com o entendimento da corrente majoritária do TJMG, é razoável admitir que há a necessidade de se dar uma resposta jurisdicional meritória aos processos em tramitação à época da entrada em vigor da Emenda 66 haja vista que tais processos já haviam atendido aos pré-requisitos processuais e da ação.

Também, a estabilização do processo existe como forma de garantir o devido processo legal e o contraditório. Autoriza, entretanto, o magistrado levar em conta qualquer fato modificativo, constitutivo ou extintivo do direito, posterior a propositura da ação que influencie no julgamento, nos termos do art. 462, do Código de Processo Civil.

Sendo assim, ao juiz como expressão da vontade do Estado na função de dizer o direito, não é permitido deixar de observar os princípios, normas e regras processuais, sob pena de ferir o devido processo legal e passar a exercer atribuições que não lhe são definidas pela Constituição, tal como a de legislador casuístico.

O voto do Des. Luiz Felipe Brasil Santos, pode ser verificado no Apêndice-1, na relatoria do acórdão 70039476221 traz fundamentos que chamam a atenção para pontos relevantes acerca do direito a auxiliam na hermenêutica jurídica em questão. Além de citar a legislação em vigor, cita e traz artigos publicados de sua autoria além do posicionamento de outros doutrinadores a respeito da EC nº 66 na estruturação da tese defendida para no final dar provimento ao recurso de apelação. Mostra um entendimento de forma didática que contribui para analisar outros pontos importantes do direito:

O referido voto possui riqueza de argumentos e fundamentação referentes à Separação Judicial, à supressão dela no texto constitucional, à manutenção dela no sistema jurídico vigente e, por fim, à necessidade de modificação na legislação infraconstitucional.

É possível perceber que o magistrado se posiciona claramente quanto a manutenção da Separação Judicial. É possível perceber em suas palavras que a o regramento constitucional ficou mais enxuto. No entanto, o diploma legal que disciplina o instituto – Lei 6.515<sup>26</sup> não foi revogada, portanto, continua a reger os

---

<sup>26</sup> Lei 6.515 de 1977 – conhecida como a lei do divórcio.

institutos que a compõem. Assim, qualquer dos cônjuges poderá a qualquer tempo recorrer à esfera judicial ou extrajudicial pleiteando o divórcio – direito garantido pela constituição. Entretanto, o modo como o divórcio será processado será de acordo com os ditames das leis que o regem e, por óbvio, desde que não contrariem a Constituição.

#### 3.2.4. Prova da separação de fato do casal

Nas decisões proferidas pelo TJMG sobre a necessidade de provar a separação de fato do casal há mais de dois anos, restou claro que nos casos de divórcio quando ambas as partes estiverem resolutas em por o fim ao matrimônio não haverá necessidade de se verificar a Separação Judicial ou de fato para a decretação do divórcio nos casos de ações já ajuizadas quando da entrada em vigor da EC nº 66.

Analisando decisões das turmas do TJMG foi possível identificar a linha de entendimento adotada pelos julgadores. Para demonstrar melhor esta questão pode-se citar o acórdão 10028110001246001 proferido pela 7ª Câmara Cível do TJMG e da relatoria do Des. Moreira Diniz manifestou o seguinte entendimento:

A nova redação dada ao § 6º, do art. 226, CF, estabelece que o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, sendo desnecessária a prévia separação judicial ou a comprovação o lapso temporal de dois anos, tornando mais célere e reforçando a importância da facilitação jurídica do divórcio.

Para este julgador, nos casos de divórcio consensual o casal não precisa mais cumprir o requisito prévio da Separação Judicial por mais de um ano ou de comprovar a separação de fato por mais de dois anos uma vez que A nova ordem constitucional introduzida pela EC nº 66, além de suprimir o instituto da Separação Judicial, também eliminou a necessidade de se aguardar o decurso de prazo como requisito para a propositura de ação de divórcio. Quando ficar demonstrado pelas partes que não há mais a intenção de manter a união civil desejada em outro momento de suas vidas há que se deferir o pedido de divórcio haja vista que não mais existe qualquer impedimento legal para a decretação nestas condições. Esta opinião foi compartilhada pelos colegas de turma que votaram com o relator.

### 3.2.5. Revogação da Separação Judicial

O entendimento entre os desembargadores do TJMG acerca desta questão ainda não é pacífico. Todavia, o entendimento mais adotado é que o instituto da Separação Judicial não foi abolido do ordenamento jurídico brasileiro. Outro foi o desejo do legislador que ao invés de aboli-lo fez a desconstitucionalização do mesmo e deixou para o legislador infraconstitucional a missão de realizar os ajustes na legislação que trata os assuntos concernentes ao divórcio e estabelecer definições que correspondam às necessidades da sociedade pós-moderna e preencham as lacunas que vieram à tona.

Neste sentido, acordaram unanimemente os desembargadores da 2ª Câmara Cível ao decidir o acórdão 10028110035491001 dando provimento ao recurso interposto pelo *Parquet* que se irressignou contra a decisão do juiz *a quo* que homologou acordo ratificado entre as partes e decretou o divórcio com fundamento na EC nº 66.

O Des. Afrânio Vilela proferir seu voto no referido acórdão recorreu às justificativas do MP de Minas Gerais em suas razões:

[...] em síntese, que a Emenda Constitucional n.º 66 que alterou a redação do art. 226, §6º da CR/88, não extirpou a separação judicial do ordenamento jurídico, cingindo-se a permitir que a legislação infraconstitucional disponha sobre o tema. Assevera que a CF apenas 'desengessou' os requisitos do divórcio, em nível constitucional (e não no nível legal), mas não cassou arbitrariamente a faculdade e o direito dos casais se separarem judicialmente, caso não estejam certos do divórcio. Que sequer não constando da exordial sequer informação quanto ao tempo de separação de fato do casal, incabível a decretação direta do divórcio. A Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer de f. 40/45-TJ, manifestou-se pela manutenção da r. sentença. Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Em consonância com o entendimento ora demonstrado pelo *parquet*, votou o relator sendo acompanhado pelos demais gerando decisão na unanimidade em sentido diverso à decisão prolatada pelo juízo *a quo*.

O relator lembrou que a Constituição Federal é analítica e, normalmente, as constituições assim classificadas trazem em seu bojo outras questões além de tratar de direitos e garantias fundamentais e a organização político-administrativa do Estado. Ela tutela temas que poderiam até não estar disciplinados na Constituição.

Por conta disso, tantas Emendas foram editadas a partir da promulgação da Constituição em vigor.

A citação a seguir do relator do acórdão mencionado há pouco é pertinente e oportuna, pois, além de resgatar brevemente a estruturação da dissolução do casamento no ordenamento jurídico pátrio, partindo do Código Civil de 1916, abordando marcos históricos importantes que demonstram a evolução dos institutos jurídicos correlatos, chegando, por fim, à Emenda Constitucional em análise. E assim ele se estruturou seu entendimento:

No Brasil, em decorrência de o Código Civil de 1916 autorizar o desquite amigável ou judicial, figura pejorativa ante o contexto social de outrora, houve a constitucionalização do tema alusivo ao casamento e as formas de sua dissolução, nos seguintes termos: Art. 144 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado.

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

O texto supra foi mantido quase que inalterado nas constituições posteriores, até promulgação da emenda de nº 9 à CF/67 (em. 01/69), que autorizava a dissolução conjugal, desde que observados os requisitos legais:

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

"Art. 175 - (...)

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

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

Assim, desde 1977 o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, o que foi sedimentado na esfera infraconstitucional pela Lei de 6.515 de 26 de dezembro 1977, conhecida como Lei do Divórcio. A emenda de nº 09/77 suprimiu da carta constitucional de 1967, emendada em 1969, o termo "indissolubilidade do casamento", que constava do §1º do seu artigo 175, que passou a dispor:

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

Valendo-se do permissivo constitucional, o legislador ordinário editou a lei do divórcio. A mencionada lei, não a emenda constitucional, revogou, expressamente, o artigo 315 do Código de 1916, que viabilizava o término da sociedade conjugal em caso de morte de um dos cônjuges; nulidade ou anulação do casamento, ou pelo desquite, amigável ou judicial. A Lei nº 6.515/77 foi recepcionada pela CF/88, que na redação originária do §6º do seu artigo 226, determinava a observância do lapso temporal de 01 ano, contado da separação judicial, ou 02 anos da efetiva separação de fato.

O Código Civil de 2002, em consonância com a Lei Maior, em seu artigo 1580, sedimentou que: "Decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, qualquer das partes poderá requerer sua conversão em divórcio.

§ 1º A conversão em divórcio da separação judicial dos cônjuges será decretada por sentença, da qual não constará referência à causa que a determinou. § 2º O divórcio poderá ser requerido, por um ou por ambos os cônjuges, no caso de comprovada separação de fato por mais de dois anos".

Com a entrada em vigor da Emenda Constitucional de nº 66, disseminou-se o entendimento quanto à supressão do instituto da separação judicial, haja vista o texto constitucional vigente não dispor sobre requisitos temporais para o divórcio, "in verbis":

"Art. 226 (...)

§6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio."

Registro que desde o primeiro contato com o sucinto texto da ementa não me convenci quanto à noticiada revogação dos dispositivos da lei civil concernentes à separação judicial, instituto este que nunca se destinou a dissolução do casamento, adstrito a por fim, exclusivamente, aos deveres inerentes aos cônjuges, estabelecidos no artigo 1566 do Código Civil.

O jurista leciona que o instituto do desquite, previsto no Código Civil de 1916, foi alvo de preconceito religioso e social no Brasil, fato este que por se tratar de fenômeno social e refletir a evolução da sociedade em que se insere, mereceu atenção especial do direito. Cita com pertinência a o repúdio da sociedade altamente conservadora do início do século XX ao instituto introduzido ao Código Civil de 1916 (revogado), a influência da igreja historicamente reconhecida como grande formadora de opinião à época. Sob a forte influência destes fatores, o legislador constituinte de 1934, visando disseminar o temor à evolução do desquite para o divórcio, elevou a matéria ao status constitucional, onde permaneceu até 13/07/2010, quando da publicação da EC nº 66.

E recorda que no período em questão, ocorreram inúmeras mudanças sociais, com profundas alterações no comportamento humano e, por conseguinte, nas relações familiares. Com o passar dos tempos, a mulher conquistou direitos que

lhes garantiram ocuparem cada vez mais o seu lugar na sociedade. Consecutivamente, surgiram uma série de novidades que exigiram um olhar mais aprimorado para questões que anteriormente vislumbrava quase que inteiramente a figura masculina e ajustava as demais a esta concepção masculina estabelecida.

Entretanto, há que se ponderar que ante a prevalência das garantias constitucionais, notadamente a liberdade e paridade – homem/mulher –, comuns na vida moderna, não mais subsiste a família tradicionalmente patriarcal. É notável a ampla inclusão da mulher no mercado de trabalho em suas diversas áreas, sua participação no orçamento familiar, sendo não raras as vezes que se apresenta como chefe da unidade. Também corriqueira a existência de famílias monoparentais, guarda compartilhada, uniões estáveis, homoafetivas, dentre outros. Esta nova perspectiva de vida e das relações sociais desenhou um novo cenário que foi sendo consolidado ao longo dos anos que seguiram a década de 1950 influenciou o mundo do direito. O legislador constituinte constatou a desnecessidade de o texto constitucional continuar dispondo sobre os requisitos para o divórcio e relegou a matéria, que já não lhe era afeta, às disposições infraconstitucionais.

Para o relator, apesar de para a maioria ter entendimento diverso do seu, ele entende não ter havido revogação tácita dos artigos 1571, III, 1572 a 1578 e 1580 do CC. Entende que somente restaria configurado se a emenda passasse a regular a matéria tratada no diploma civil ou, ainda, se implicasse eventual incompatibilidade, consoante §1º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil<sup>27</sup> (LICC): "§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior".

Ao explicar sobre a evolução dos acontecimentos no âmbito jurídico e legislativo o relator esboça o seguinte entendimento:

---

<sup>27</sup> Decreto Lei 4.657 de 1942. Lei de Introdução ao Código Civil – LICC.

Ao editar a emenda constitucional em debate, intitulada pela mídia como "emenda divorcista", o legislador nada mencionou sobre dispensa, ou não, de qualquer outro requisito para o divórcio, os quais desde 1977 eram tratados em consonância com o texto civil. Inequívoca a flexibilização conferida para o trato da matéria, eis que a retirada do corpo constitucional confere ao legislador ordinário ampla liberdade para dispor sobre a manutenção ou não dos requisitos elencados na lei civil para decreto do divórcio. No entanto, em termos de conteúdo, extensão ou das leis, nada foi alterado, posto a atual redação do §6º do artigo 226 da CF/88 limitar-se a transcrever o artigo 1571, III, do CC, nada inovando no sistema infraconstitucional, cujos preceitos prevalecem no tocante aos requisitos temporais para dissolução do casamento civil. Se a intenção do legislador era retirar a tutela do Estado sobre a decisão tomada pelos cônjuges, como anunciado na proposta de emenda, deveria fazer constar expressamente do texto a desnecessidade do atendimento dos requisitos previstos na lei civil, conferindo à emenda a aplicação imediata defendida por muitos, eis que, de plano, o diploma civil seria inaplicável por contrariar a norma constitucional. Ausente qualquer disposição nesse sentido, forçoso concluir que a emenda constitucional nº 66/2010 não aboliu a separação judicial do ordenamento jurídico pátrio, limitando-se à desconstitucionalização do tema, conferindo ao legislador ordinário liberdade para sua regulamentação, em consonância com os reclamos da sociedade pós-moderna.

O acórdão em questão contribui com propriedade para ajudar no entendimento da EC nº 66. Interessante também ressaltar que o relator também relata que mudou seu entendimento. E assim relata:

Registro que desde o primeiro contato com o sucinto texto da emenda não me convenci quanto à noticiada revogação dos dispositivos da lei civil concernentes à separação judicial, instituto este que nunca se destinou a dissolução do casamento, adstrito a por fim, exclusivamente, aos deveres inerentes aos cônjuges, estabelecidos no artigo 1566 do Código Civil. Todavia, após ter acompanhado, na condição de revisor, dois votos firmados pelo eminente Desembargador Caetano Levi Lopes, em sentido diverso, instaurada a celeuma doutrinária, dediquei-me ao estudo do tema, o que culminou na sedimentação do entendimento inicial, notadamente a partir da leitura da entrevista prestada pelo Dr. João Baptista Vilella, Professor emérito na Faculdade de Direito da UFMG, ao Jornal Carta Forense.

Na verdade, o relator esclarece que seu entendimento rumava em sentido diverso, mas que graças a celeuma doutrinária que se estabeleceu logo após a promulgação da Emenda decidiu se debruçar sobre o tema a fim de aprimorar seu entendimento. Culminou na sedimentação do entendimento inicial notadamente a partir da leitura da entrevista do doutor Joao Batista Vilella que é professor emérito da faculdade de direito da Universidade Federal de Minas Gerais ao jornal Carta Forense. Na ocasião, instado a falar sobre as repercussões da EC nº 66, o professor chamou atenção para o fato de os textos constitucionais não revogarem a legislação ordinária, papel que cabe à legislação infraconstitucional. E assim leciona o relator:

A convergência mínima entre as leis ordinárias e a Constituição não é uma invenção da pirotecnia ou do capricho de juristas e tribunais. É sim, um requisito de segurança da vida social. É a certeza de que o cidadão e a iniciativa privada podem continuar buscando nas leis ordinárias a resposta às suas perguntas prosaicas, ao invés de querer extraí-las dos textos curtos, compactos e densos da Constituição. A Constituição, em regra, não fala para o povo. Fala para os poderes políticos da Nação, seus destinatários por excelência. Por isso sua linguagem é antes principiológica que pragmática<sup>28</sup>.

Com muita propriedade o relator conclui sua fundamentação esclarecendo como ficaria o instituto da Separação Judicial após sua supressão texto constitucional:

A emenda Constitucional não declarou seu repúdio aos requisitos que constavam do §6º do artigo 226. Não os proscreeu do direito brasileiro. Onde está escrito que ela o tenha feito. Apenas os dispensou (na medida em que não os repetiu), o que é algo bem diferente. Uma vez que apenas os dispensou, o legislador ordinário fica livre para conservá-los ou não. E se os conservar hoje, poderá mandá-los para o lixo amanhã. Voltar a adotá-los em futuro próximo ou remoto<sup>29</sup>.

Concluindo a análise deste acórdão, a Câmara Cível decidiu de forma favorável à desconstitucionalização, mas não da revogação, da Separação Judicial. Citando outro acórdão que caminhou no mesmo sentido acordaram por maioria os desembargadores da 5ª Câmara Cível do TJMG ao decidir o acórdão 1002812000197-0/001 de relatoria do Des. Versiane Penna.

Após análise de decisões do TJMG, foi possível concluir que nos juízos de primeiro grau os magistrados tem entendido que a EC nº 66 revogou o instituto da Separação Judicial, no entanto já na segunda instância o tribunal de justiça têm reformado as decisões proferidas nos juízos *a quo* onde muitos desembargadores entendem que o que houve foi a desconstitucionalização do instituto. Este é o posicionamento mais adotado em relação à Separação Judicial. Os pareceres dos procuradores de justiça do estado têm expressado a opinião do MP estadual, não há consenso, há casos em que se posicionam a favor da revogação e outros nos quais defendem apenas a sua desconstitucionalização.

---

28 Jornal Carta Forense - Outubro de 2010 - p. A16/A17

29 Ibidem



### 3.3. Das decisões do TJRS

Analisar decisões do TJRS foi importante para constatar que naquele tribunal também não há consenso geral acerca da aplicação da EC nº 66 e a possível revogação imediata dos institutos infralegais.

A seguir serão expostos em subtópicos pontos mais frequentes e controversos sobre os quais a justiça gaucha necessitou analisar e elaborar entendimento. Também, abordou outros elementos que corroboram para que se possa ter outros parâmetros para assuntos já apresentados.

#### 3.3.1. Revogação da Separação Judicial

Na maioria das decisões analisadas do TJRS foi possível perceber que os magistrado têm preferido adotar a tese de que em vez de revogação da Separação Judicial o que houve na verdade foi a desconstitucionalização do tema. Isto porque a aprovação da EC nº 66, ao dar nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal efetivamente suprimiu do texto constitucional o requisito de prévia Separação Judicial por mais de um ano ou de comprovada separação de fato por mais de dois anos .

Todavia, não fez qualquer menção à revogação da legislação infraconstitucional, por exemplo, do Código Civil que tratam do divórcio, em especial o art. 1580:

Decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, qualquer das partes poderá requerer sua conversão em divórcio<sup>30</sup>.

Também não mencionou sobre a revogação de outros institutos. Razão esta que leva decisões em segunda instância – TJRS – à interpretação de que não houve revogação da separação. Há que se considerar que não obstante as decisões em primeira instância sejam favoráveis à revogação deste instituto, as decisões não são mantidas na instância recursal.

---

<sup>30</sup> Art. 1580, CPC. Dispõe sobre requisitos formais para realização do divórcio.

Ao votar no acórdão 70039476221 da relatoria do Des. Luiz Felipe Brasil Santos, ponderou que não se trata de caso de revogação pela via constitucional, isto ocorreria se houvesse manifesta incompatibilidade entre o novo dispositivo constitucional e a legislação ordinária, a saber: os artigos 1.571 a 1.580 do Código Civil). Isso não ocorreu.

Julgou pertinente observar os regramentos do Decreto Lei 4.657<sup>31</sup>: “A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria que tratava a lei anterior”. Obtemperou que uma lei pode ser revogada pela legislação posterior de dois modos: de forma expressa ou tácita. A última modalidade ainda se subdivide em outras duas: incompatibilidade entre o dispositivo anterior e o novo e quando o novo regramento regular inteiramente a matéria que tratava a lei anterior.

Ponderou que no caso da EC nº 66 não houve nem revogação expressa tampouco a emenda regulamentou inteiramente esta matéria tratada pela legislação infraconstitucional. Sustentou finalmente que não vislumbra incompatibilidade entre o novo regramento constitucional introduzido pela Emenda e os dispositivos correspondentes do Código Civil, portanto, estes últimos subsistem até que sejam tratados por legislação específica.

E concluiu seu voto citando a decisão pioneiro em matéria de divórcio pós EC nº 66 da relatoria do Des. Sérgio Fernandes de Vasconcelos Chaves, cuja ementa é transcrita a seguir integralmente:

SEPARAÇÃO JUDICIAL. VIABILIDADE DO PEDIDO. NÃO OBRIGATORIEDADE DO DIVÓRCIO PARA EXTINGUIR A SOCIEDADE CONJUGAL. 1. A Emenda Constitucional nº 66 limitou-se a admitir a possibilidade de concessão de divórcio direto para dissolver o casamento, afastando a exigência, no plano constitucional, da prévia separação judicial e do requisito temporal de separação fática. 2. Essa disposição constitucional evidentemente não retirou do ordenamento jurídico a legislação infraconstitucional que continua regulando tanto a dissolução do casamento como da sociedade conjugal e estabelecendo limites e condições, permanecendo em vigor todas as disposições legais que regulamentam a separação judicial, como sendo a única modalidade legal de extinção da sociedade conjugal, que não afeta o vínculo matrimonial. 3. Somente com a modificação da legislação infraconstitucional é que a exigência relativa aos prazos legais poderá ser afastada. Recurso provido. (Agravo de Instrumento Nº 70039285457, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves, Julgado em 29/10/2010)

Importante notar que o voto do desembargador segue a perspectiva de entendimento adotada relativamente à conversão da Separação Judicial em divórcio

---

<sup>31</sup> Decreto Lei 4.657 de 1942 – Lei de Introdução ao Código Civil.

relegando aos regramentos da legislação ordinária visto que a inovação constitucional não aventou atrair para a Constituição matéria disciplinada pela lei ordinária, muito pelo contrário, optou desconstitucionalizar a matéria.

### 3.3.2. Entendimento favorável à aplicabilidade imediata da norma constitucional e à revogação dos dispositivos da lei ordinária

Nas turmas do tribunal gaúcho, se por um lado há um grupo de desembargadores a defender a desconstitucionalização da Separação Judicial e portanto sua continuidade na esfera ordinária, como já foi demonstrado neste trabalho, por outro lado há uma corrente que entende o contrário. Para estes não há que se falar em aguardar toda uma movimentação legislativa para dar aplicabilidade ao novo regramento constitucional visto que, para eles dentre os quais cito posicionamento no parágrafo subsequente, a norma constitucional tem aplicabilidade plena e imediata e os institutos que a EC n 1º 66 deixou de contemplar em seu texto foram simplesmente extirpados do ordenamento jurídico.

O que citamos aqui é o posicionamento do Des. Jorge Luís Dall'Agnol, da 7ª Câmara Cível, ao apreciar o Agravo de Instrumento nº 70041635863, apresentou entendimento favorável no sentido de dar provimento ao pedido formulado pelo agravante que insurgiu a sentença proferida em juízo de 1º grau que denegou a decretação do divórcio sem a observância do requisito da Separação Judicial e do lapso temporal de um ano após a sentença da separação judicial. E argumenta:

Aos operadores do direito compete dar efetividade às normas constitucionais, que, no caso, possibilitam a dissolução do casamento pelo divórcio. A meu juízo, não há interesse público na exigência de prazo de separação prévia ao divórcio, já que apenas aos cônjuges compete escolher o momento para o rompimento da vida em comum.

Dentre os julgados do TJRS, também se posicionaram neste sentido o Des. Luiz Ari Azambuja Ramos manifestou-se favorável a aplicação plena e imediata da EC nº 66, em voto vencido na Apelação Cível nº 70040086829 na 8ª Câmara Cível, sustentando que “não há porque negar efetividade da norma, sob pena de exigir uma disciplina que a Carta não o faz ou não reclama” e complementando finalmente que “No caso, contudo, a clareza do texto é absoluta, sem exigência alguma de qualquer normatização para a sua implantação”.

### 3.3.3. Entendimento favorável à desconstitucionalização da Separação Judicial e sua manutenção no âmbito infraconstitucional

A divergência entre as linhas de entendimento é notável nas decisões analisadas. Oportuno citar o Agravo de Instrumento 70042978304 da relatoria do Des. Ricardo Moreira Lins Pastl, da 8ª Câmara Cível, no qual o relator deu provimento ao recurso, mas foi vencido por maioria pelos colegas que esposaram entendimento divergente do relator.

Eis que o agravante insurgiu contra decisão interlocutória que, sob o fundamento de que as partes não preenchem os requisitos exigidos pelo Art. 1.580 do Código Civil, determinou emenda à inicial para que o feito prosseguisse como ação de Separação Judicial litigiosa. Alegava estar separado de fato há mais de um ano e amparava seu pedido na superveniência da EC n 1º 66, que ao seu entender, aboliu plenamente a Separação Judicial do mundo jurídico e com ela quaisquer exigências de lapso temporal para se realizar o divórcio. Dentre os argumentos apresentados por ele, sustentou que a desconstitucionalização da matéria é restritiva a ponto de negar a vigência do texto constitucional após a modificação dada pela emenda, argumentando que a forma mais adequada para interpretação da nova norma seria a da eficácia plena da norma constitucional, pois um direito garantido da vida digna não pode ter sua eficácia limitada. E invocou o princípio da intervenção mínima do Estado na vida privada, assinalando que a emenda respeita este princípio ao não estabelecer prazo para o divórcio.

Ao proferir seu voto o relator defendeu seu entendimento nestes termos:

Como se sabe, a nova redação dada ao § 6º do artigo 226 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 66/2010 fomentou a discussão no âmbito doutrinário e jurisprudencial sobre os institutos do divórcio e da separação judicial, permitindo-me a ousadia de afirmar ser majoritária a inclinação pela abolição da separação do sistema entre os estudiosos do ramo.

Contudo, embora ainda não tenha me manifestado na condição de Relator acerca desta celeuma instaurada, estou convicto de que o advento da EC nº 66/2010, no mínimo, tem o escopo de extirpar do ordenamento jurídico pátrio os requisitos para a dissolução do casamento, eliminando, portanto, a necessidade de transcurso de prazo pré-estabelecido ou de providência judicial anterior para a decretação do divórcio (*separação fática do casal por mais de dois anos ou após ano da separação judicial*).

Logo, é certo que a redução do texto constitucional tem o condão de possibilitar que o casamento civil se dissolva imediatamente após a sua celebração se assim desejarem os contraentes, facilitando sobremaneira a concretização, no mundo jurídico, da vontade dos cônjuges em deixar de sê-lo.

De qualquer sorte, tenho que não é correto compelir a parte autora a prosseguir o feito como separação judicial litigiosa sob o argumento de que os cônjuges não preencheram os requisitos estampados no art. 1.580 do Código Civil, dado que, como dito, não é mais requisito para que se decrete o divórcio, não havendo, nesse particular, como ignorar a redução de texto havida com a edição da aludida emenda, que representa significativo avanço ao dispensar entraves burocráticos à consecução da vontade dos envolvidos.

Em sentido diverso, os desembargadores Luiz Felipe Brasil Santos e Alzir Felipe Schmitz negaram provimento ao recurso por entenderem que houve apenas a desconstitucionalização da Separação Judicial mas a mesma continua em vigor na legislação infraconstitucional.

#### 3.3.4. Audiência de ratificação de divórcio consensual

Embora a EC n 1º 66 tenha dispensado os pressupostos da separação de fato por mais de dois anos ou da Separação Judicial por mais de um ano para a decretação do divórcio, ela não teve o condão de abolir do ordenamento jurídico as disposições processuais contidas no Código de Processo Civil e na Lei nº 6.515/77.

Nos termos do Art. 40 da lei nº 6.515/77:

Art. 40. No caso de separação de fato, e desde que completados 2 (dois) anos consecutivos, poderá ser promovida ação de divórcio, na qual deverá ser comprovado decurso do tempo da separação.

§ 2º - No divórcio consensual, o procedimento adotado será o previsto nos artigos 1.120 a 1.124 do Código de Processo Civil, observadas, ainda, as seguintes normas:

I - a petição conterà a indicação dos meios probatórios da separação de fato, e será instruída com a prova documental já existente;

II - a petição fixará o valor da pensão do cônjuge que dela necessitar para sua manutenção, e indicará as garantias para o cumprimento da obrigação assumida;

III - se houver prova testemunhal, ela será produzida na audiência de ratificação do pedido de divórcio a qual será obrigatoriamente realizada.

IV - a partilha dos bens deverá ser homologada pela sentença do divórcio.

§ 3º - Nos demais casos, adotar-se-á o procedimento ordinário.

Sendo assim, nos casos em que se tratar de divórcio consensual, em termos processuais, a audiência de ratificação deverá ser realizada, pois é nesse momento que o juiz, com a participação do Ministério Público, ouvirá os divorciandos sobre os motivos do divórcio, e dará a oportunidade da reconciliação, esclarecendo as consequências da manifestação de vontade, e convencendo-se o magistrado de que ambos, livremente e sem hesitações, desejam extinguir o vínculo matrimonial, mandará reduzir a termo as declarações e, depois de ouvir o Ministério Público no prazo de cinco dias, o homologará, conforme art. 1.122 do CPC.

E com base nestes fundamentos os desembargadores da 8ª Câmara Cível acordaram em dar provimento ao recurso de na Apelação nº 70048423511, na unanimidade. Ementa da decisão:

APELAÇÃO CÍVEL. DIVÓRCIO CONSENSUAL. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010. NOVA REDAÇÃO DADA AO ART. 226, § 6º, DA CF/88 QUE ELIMINA OS REQUISITOS À SUA DECRETAÇÃO ANTERIORMENTE PREVISTOS. MANUTENÇÃO DAS DISPOSIÇÕES PROCESSUAIS. audiência de ratificação. NECESSIDADE. pensionamento estipulado no acordo. Manutenção.

1. O advento da EC n.º 66/2010 não modificou, tampouco extinguiu as disposições processuais aplicáveis ao divórcio judicial, contidas no CPC e na Lei n.º 6.515/77.

2. Nos termos do art. 40, § 2º, III, da Lei n.º 6.515/77, bem como do art. 1.122 do CPC, a audiência de ratificação do pedido de divórcio será obrigatoriamente realizada.

3. Hipótese em que, a par da questão de estado, estão em jogo a regulamentação da guarda e fixação de alimentos ao filho comum.

4. Em face da solução preconizada, de desconstituição da sentença, para fins de realização da audiência de ratificação, prudente manter o pensionamento em favor do filho e da virago, que vem sendo descontado em folha de pagamento do recorrente, mesmo porque nada a esse respeito, especificamente, foi arguido em suas razões recursais.

APELAÇÃO PROVIDA. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA.

No mesmo sentido a 8ª Câmara Cível decidiu sobre a Apelação nº 70048820864 nestes termos:

APELAÇÃO CÍVEL. DIVÓRCIO CONSENSUAL. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010. NOVA REDAÇÃO DADA AO ART. 226, § 6º, DA CF/88 QUE ELIMINA OS REQUISITOS À SUA DECRETAÇÃO ANTERIORMENTE PREVISTOS. MANUTENÇÃO DAS DISPOSIÇÕES PROCESSUAIS. audiência de ratificação. NECESSIDADE.

1. O advento da EC n.º 66/2010 não modificou, tampouco extinguiu as disposições processuais aplicáveis ao divórcio judicial, contidas no CPC e na Lei n.º 6.515/77.

2. Nos termos do art. 40, § 2º, III, da Lei n.º 6.515/77, bem como do art. 1.122 do CPC, a audiência de ratificação do pedido de divórcio será obrigatoriamente realizada.

3. Hipótese em que, a par da questão de estado e patrimonial, estão em jogo a regulamentação da guarda e das visitas e a estipulação de alimentos às filhas comuns.

APELAÇÃO PROVIDA. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA.

O desembargador expressa entendimento no mesmo sentido do expressado no voto citado anteriormente.

### **3.4. Das decisões do TJDF**

Seguindo os objetivos traçados para este trabalho, a seguir são apresentados temas identificados nas decisões analisadas do TJDF. Tal como ocorre nos outros tribunais analisados, nas decisões emanadas por este tribunal existem duas correntes jurisprudenciais, uma consigna a completa erradicação da Separação Judicial do ordenamento jurídico após a edição da EC nº 66; outra, mais cautelosa, consigna a manutenção deste instituto até que haja manifestação legislativa com vistas a suprir possíveis lacunas causadas pela sua revogação.

#### **3.4.1. Alternativa para tratamento dos processos em curso**

Uma questão importante a ser sanada é a definição do tratamento dos processos em curso quando da promulgação da EC nº 66. O legislador constitucional manteve-se silente quanto à revogação da Separação Judicial, apenas a removeu do texto constitucional; nada falou sobre o próprio divórcio em si; também não traçou diretrizes para os processos em andamento.

Alternativa possível foi expressa na Apelação nº 524769, da 4ª Turma Cível. O relator do recurso Des. Fernando Habibe apresentou a seguinte solução:

Assim, desde o advento da EC 66/10, tornou-se juridicamente impossível a extinção da sociedade conjugal por meio da separação judicial.

Essa conclusão repercute sobre os processos em curso, por não se poder dispensar à parte tutela jurídica abolida pelo legislador, sobretudo de máxima hierarquia.

Um dos efeitos possíveis é a extinção do processo sem resolução do mérito, por carência superveniente do direito de ação, caso as partes não manifestem interesse no divórcio.

Havendo, no entanto, a manifestação conjunta, a questão se resolve no plano da consensualidade, cumprindo ao Judiciário homologar a vontade por ambas manifestada e decretar o divórcio.

Maior atenção reclama a hipótese em que, como ocorre nestes autos, apenas uma das partes manifesta expressamente interesse no divórcio. Será possível decretá-lo sem ofensa à ampla defesa e ao princípio da estabilidade da lide e sem que isso importe em supressão de instância.

Não há ofensa ao contraditório nem à ampla defesa, pois, como visto, é desnecessária a indagação de culpa para a decretação do divórcio. Basta a manifestação de vontade de um dos cônjuges. E ainda que fosse de outro modo, a base fática seria a mesma exposta pelas partes na primeira instância e a respeito da qual ambas exerceram a ampla defesa e o contraditório, sendo-lhes facultada, em segundo grau, a manifestação de vontade quanto ao divórcio.

Interessante observar que Pablo Stolze Gagliano propõe lição similar para o caso:

Note-se que as pessoas já separadas ao tempo da promulgação da Emenda não podem ser consideradas automaticamente divorciadas. Não haveria sentido algum. Esse entendimento, aliás, a par de gerar grave insegurança jurídica, resultaria no desagradável equívoco de se pretender modificar uma situação jurídica consolidada segundo as normas vigentes à época da sua constituição, sem que tivesse havido manifestação de qualquer das partes envolvidas.

Ademais, é bom lembrar que uma modificação assim pretendida – caída do céu – culminaria por transformar o próprio estado civil da pessoa até então separada. Como ficariam, por exemplo, as relações jurídicas travadas com terceiros pela pessoa até então judicialmente separada?

À vista do exposto, portanto, a alteração da norma constitucional não teria o condão de modificar uma situação jurídica perfeitamente consolidada segundo as regras vigentes ao tempo de sua constituição, sob pena de gerar, como dito, perigosa e indesejável insegurança jurídica.

Em outras palavras: a partir da entrada em vigor da Emenda Constitucional, as pessoas judicialmente separadas (por meio de sentença proferida [independentemente do seu trânsito em julgado, pois, com a prolação da sentença, esgota-se o ofício jurisdicional, nos limites do pedido e do thema decidendum] ou escritura pública lavrada) não se tornariam imediatamente divorciadas, exigindo-lhes o necessário pedido de decretação do divórcio. Respeita-se, como isso, o próprio ato jurídico perfeito. (GAGLIANO, 2010).



Também, Maria Berenice Dias, manifestou seu posicionamento sobre este assunto em artigo publicado<sup>32</sup>:

É necessário alertar que a novidade atinge as ações em andamento. Todos os processos de separação perderam o objeto por impossibilidade jurídica do pedido (CPC 267, inc. VI). Não podem seguir tramitando demandas que buscam uma resposta não mais contemplada no ordenamento jurídico.

No entanto, como a pretensão do autor, ao propor a ação, era pôr um fim ao casamento, e a única forma disponível no sistema legal pretérito era a prévia separação judicial, no momento em que tal instituto deixa de existir, ao invés de extinguir a ação cabe transformá-la em ação de divórcio. Eventualmente cabe continuar sendo objeto de discussão as demandas cumuladas, como alimentos, guarda, partilha de bens, etc. Mas o divórcio cabe ser decretado de imediato.

De um modo geral, nas ações de separação não há inconformidade de nenhuma das partes quanto a dissolução da sociedade conjugal. Somente era utilizado dito procedimento por determinação legal, que impunha a indicação de uma causa de pedir: decurso do prazo da separação ou imputação da culpa ao réu. Como o fundamento do pedido não cabe mais ser questionada, deixa de ser necessária qualquer motivação para o decreto da dissolução do casamento.

Como o pedido de separação tornou-se juridicamente impossível, ocorreu a superveniência de fato extintivo ao direito objeto da ação, o que precisa ser reconhecido de ofício pelo juiz (CPC 462). Deste modo sequer há a necessidade de a alteração ser requerida pelas partes. Somente na hipótese de haver expressa oposição de ambos os separandos à concessão divórcio deve o juiz decretar a extinção do processo.

Do mesmo modo, encontrando-se o processo de separação em grau de recurso, descabe ser julgado. Sequer é necessário o retorno dos autos à origem, para que o divórcio seja decretado pelo juízo singular. Deve o relator decretar o divórcio, o que não fere o princípio do grupo grau de jurisdição.

Em face das opiniões doutrinárias e da Jurisprudência do TJDF, é possível entender que a decretação do divórcio independe da decisão quanto a outras questões correlatas que podem continuar sendo discutidas e serem decididas posteriormente. Eis que em muitas situações os divorciandos têm maior urgência quanto o estabelecimento do novo estado civil, que transmuda de casado(a) para divorciado(a) o que por si só estabelece a liberdade para novas definições afetivas e novos relacionamentos. As questões relativas à partilha de bens, guarda de filhos, alimentos e outras podem continuar a ser discutidas nas varas cíveis e decididas em momento posterior.

---

<sup>32</sup> EC 66/10 - e agora? Maria Berenice Dias. Disponível em < <http://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/2287526/artigo-ec-66-10-e-agora-por-maria-berenice-dias>>. Acesso em 04/03/2013.

### 3.4.2. Da competência para apreciar e julgar danos morais

As questões relativas a dano moral não são amparadas pelas varas de família do Distrito Federal. Isto porque a competência das varas de família distritais é regida pela Lei de Organização Judiciária do Distrito Federal e Territórios (LOJDFT)<sup>33</sup>, que não engloba a demanda de compensação de dano moral.

Instado a decidir sobre o Agravo Retido em sede de Apelação interposto pela autora apelante, Apelação nº 568131, o Des. Sergio Rocha deliberou:

DA COMPETÊNCIA DA VARA CÍVEL PARA PROCESSAR E JULGAR PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. A autora, R.B.M., interpôs o agravo retido de fls.71/80, alegando, em síntese, que: **1)** a Vara de Família é competente para processar e julgar o pedido de indenização por danos morais, pois tal pedido está fundado na mesma causa de pedir da separação judicial; **2)** a criação de varas especializadas tem por escopo efetivar as políticas afirmativas traçadas pelo legislador constituinte, de que é exemplo a proteção à família; **3)** a mera ausência de previsão expressa no artigo 28 da LOJDF não se sustenta, pois o ordenamento jurídico oferece outras formas de interpretação, integração e aplicação do direito. Sem razão a autora/apelante.

A competência é atribuída por lei. O Art. 27 da LOJDFT dispõe sobre a competência das Varas de Família no Distrito Federal e Territórios:

Art. 27. Compete ao Juiz da Vara de Família:

I – processar e julgar:

- a) as ações de Estado;
- b) as ações de alimentos;
- c) as ações referentes ao regime de bens e à guarda de filhos;
- d) as ações de petição de herança, quando cumuladas com as de investigação de paternidade;
- e) as ações decorrentes do art. 226 da Constituição Federal;

II – conhecer das questões relativas à capacidade e curatela, bem como de tutela, em casos de ausência ou interdição dos pais, ressalvada a competência das Varas da Infância e da Juventude e de Órfãos e Sucessões;

III – praticar os atos de jurisdição voluntária necessários à proteção de incapazes e à guarda e administração de seus bens, ressalvada a competência das Varas da Infância e da Juventude, de Órfãos e Sucessões e de Entorpecentes e Contravenções Penais;

---

<sup>33</sup> LOJDFT – Lei 11.697 de 2008 – Lei de Organização Judiciária do Distrito Federal e Territórios.

IV – processar justificação judicial relativa a menores que não se encontrem em situação descrita no art. 98 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990;

V – declarar a ausência;

VI – autorizar a adoção de maiores de 18 (dezoito) anos.

Não se verifica, portanto, no rol das competências atribuídas pela lei amparo para o pleito. Necessário se faz atentar para esta questão pois nos casos onde não há consenso entre as partes, fica inviável proceder a cumulação de pedidos, pois já no juízo a quo as decisões do juiz monocrático determinam sejam discutidas pela competência própria por assim determinar a LOJDFT, a saber: as câmaras cíveis do Distrito Federal (DF).

No mesmo sentido votou o Des. Fernando Habibe no julgamento da Apelação nº 122829 a respeito da competência das Varas de Família para processar pedidos cumulados<sup>34</sup>:

Os argumentos em regra utilizados em defesa de uma suposta competência do juízo de família – não expressamente prevista em lei - , data vênia, não me convencem do acerto da tese.

Veja-se, desde logo, que a tese, levada ao extremo, implicaria na competência da vara de família para julgar crime praticado por um cônjuge contra o outro. Afinal, nesse exemplo hipotético, os fatos seriam os mesmos.

Também não empolga a alegada economia processual, porquanto facilmente atendida pelo uso do instituto da prova emprestada. Nem, muito menos, o risco de julgados conflitantes, pois os objetos das demandas seriam distintos e a motivação não fica acobertada pela coisa julgada.

Seja como for, estes dois últimos argumentos restaram esvaziados com o advento da EC 66/10, porquanto desnecessária, para o divórcio, a indagação da culpa.

Logo, no caso, o juízo de família é absolutamente incompetente para o julgamento do pleito de compensação de dano moral, o que inviabiliza a pretendida cumulação de pedidos (CPC 292, II).

Com relação à competência das varas cíveis para processamento e julgamento dos pedidos de indenização por danos morais decorrentes da mesma causa que fundamenta o pedido de divórcio, o relator Des. Teófilo Caetano, 1ª Turma Cível fundamentou seu voto:

---

<sup>34</sup> 20080111228294APC, Relator FERNANDO HABIBE, 4ª Turma Cível, julgado em 01/06/2011, DJ 09/08/2011 p. 140.

1. A ação de divórcio, na modulação que hodiernamente lhe é conferida pelo legislador constitucional, tem objeto volvido à resolução do vínculo matrimonial e regulação dos efeitos derivados da dissolução do casamento, estando a competência para processá-la e julgá-la, por se qualificar como ação de estado, afeta ao Juízo de Família (Lei nº 11.697/2008, artigo 27).

2. Ante o alcance limitado confiado à ação de divórcio e diante da competência para processá-la e julgá-la, afigura-se juridicamente inviável que, agregado ao pedido que lhe é próprio, nela seja formulada pretensão destinada à composição dos danos morais e materiais derivados de fatos havidos no curso e em razão do vínculo conjugal, vez que, além de exorbitarem a competência do Juízo de Família, não guardam compatibilidade e conexão com o objeto da ação.

3. Consubstancia verdadeiro truísmo que, de acordo com o estabelecido pelo art. 292 do Código de Processo Civil, a cumulação de pedidos somente é legalmente admitida quando haja conexão entre os pedidos, que sejam compatíveis entre si, que seja competente para deles conhecer o mesmo juízo e adequado para todos o mesmo procedimento, resultando da não aferição desses requisitos a impropriedade da cumulação almejada, determinando a extinção, sem resolução do mérito, do processo quanto ao pedido que não se inscreve na jurisdição do Juízo ao qual fora endereçado nem se coaduna com o objeto da ação efetivamente formulada.

4. Apelação conhecida e desprovida.

Foi possível identificar nos julgados analisados que o TJDFT prefere deixar questões subjacentes à dissolução do casamento civil para as quais não houve entendimento entre as partes durante o processamento da ação para cargo das varas cíveis. Esse entendimento contribui para a celeridade da decretação do divórcio, pois afasta questões que outrora requeriam extensas discussões e prolongavam em demasia os prazos até a decretação do divórcio. As varas de família apreciam e decidem a causa principal – o divórcio –, questões sem acordo são desvinculadas e podem ser discutidas em varas cíveis.

### 3.4.3. Aferição da culpa

Quanto à aferição da culpa há que considerar que é procedimento intrínseco à Separação Judicial. Portanto, se a linha de entendimento rumar para a assunção de que esta foi revogada pela nova ordem constitucional, não há lugar para se discutir a aferição da culpa. Então, partindo desta premissa indagar a culpa deixa de ser requisito para decretar o divórcio.

Nessa esteira também caminha a questão relativa à manutenção do uso do nome do cônjuge. Sem considerar a Separação Judicial, a discussão sobre este assunto fica prejudicada. Ilustra este entendimento o voto da Des. Carmelita Brasil,

na Apelação nº 549107, da 2ª Turma Cível que deu provimento ao pedido do apelante:

Quanto à pretensa alteração do nome da ré, os argumentos não prosperam. Após a promulgação da EC 66/10 o instituto da separação desapareceu do sistema jurídico pátrio e, com isso, a teoria da culpa esvaiu-se. Como não há mais espaço para a identificação de culpados, acabou a prerrogativa de o titular do nome buscar que o cônjuge seja condenado a perdê-lo. A manutenção ou a mudança do nome, portanto, passou a depender exclusivamente da vontade de quem o adotou. Em face da derrogação dos dispositivos que tratavam do tema, não há mais qualquer possibilidade de o cônjuge perder o direito de continuar sendo identificado pelo nome que escolheu ao casar.

Segundo a desembargadora, uma vez que o nome assumido no casamento integra a personalidade do cônjuge nada justifica a sua perda por vontade de outrem.

Maria Berenice Dias manifestou o seguinte entendimento sobre este tema:

O nome não é propriedade de ninguém. O só fato de identificar a ascendência familiar não o torna de uso exclusivo de quem o adquiriu ao nascer. Se adotou um novo nome ao casar, o nome passou a ser seu, e não mais exclusivamente do outro. Tornou-se um dos elementos do seu direito à identidade. Assim, quando do fim do casamento, nada justifica submetê-lo aos caprichos do ex- cônjuge. (DIAS, 2012).

A autora expressa seu posicionamento favorável à desnecessidade de se discutir a possibilidade da manutenção do nome do sobrenome do cônjuge após o divórcio uma vez que por comum acordo entre eles houve no passado a opção pela incorporação do sobrenome de um ou de outro ao próprio nome. Esse entendimento não é pacífico havendo autores que têm outro posicionamento.

#### 3.4.4. O descumprimento da prestação de alimentos e o divórcio

O artigo 1.580 do CC dispõe sobre os requisitos para a obtenção do divórcio. Mesmo com a entrada em vigor do Novo Código Civil esta matéria não sofreu alteração. Portanto o único requisito é o lapso temporal de transcurso de um ano após a decretação da Separação Judicial a teor deste artigo. A matéria foi regulamentada integralmente no Código Civil e não houve requisito de cumprimento de obrigações pactuadas na separação para a concessão do divórcio. Por isso, não configura óbice à decretação do divórcio a falta de cumprimento do dever de prestar alimentos. Esta questão deve ser tratada de forma desvinculada em ação autônoma.

### 3.5. Das decisões do TJSP

#### 3.5.1. Aplicação imediata da Emenda 66

Quanto a aplicação imediata da Emenda o TJSP, nas decisões analisadas foi possível identificar que ainda não há unanimidade com relação à aplicação imediata da EC nº 66 e a respectiva revogação da Separação Judicial ou sua simples desconstitucionalização.

Há questões que suscitam ser balizadas pelo legislador. No entanto, diante da necessidade e do dever de encontrar solução jurídica para a situação fática que lhe é submetida, o juiz não pode ficar a mercê do legislador. A expectativa do jurisdicionado clama por uma pronta resposta, no sentido da imediata aplicação da norma constitucional. Nesta esteira, a 8ª Câmara de Direito Privado acórdão ao decidir o Agravo de Instrumento nº 990.10.357301-3,

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

Na fundamentação do mencionado acórdão, o Relator Des. Caetano Lagrasta salientou que “a referida norma é de aplicabilidade imediata e não impõe condições ao reconhecimento do pedido de divórcio, sejam de natureza subjetiva – relegadas para eventual fase posterior a discussão sobre culpa – ou objetiva – transcurso de tempo.

No mesmo sentido, a apelação com revisão n. 0019583-19.2010.8.26.0002, TJSP, da relatoria do Des. Jesus Lofrano.

Outro entendimento neste sentido teve o Des. Fabio Quadros, 4ª Câmara de Direito Privado, na Apelação n 1º 0000527-41.2009.8.26.0032, que assim votou:

Por força da superveniente Emenda Constitucional nº 66/2010, que atinge as ações de divórcio e de separação judicial em curso, o divórcio passou a ser sempre direto e imotivado, não havendo quaisquer requisitos, objetivos ou subjetivos para sua decretação.

Claro que o divórcio pode ser consensual ou litigioso: o litígio, porém, não diz respeito ao comando principal do pedido, mas sim a questões laterais a serem acertadas, como a guarda de filhos, visitas, uso do sobrenome, alimentos e partilha de bens.

A ideia do legislador foi ampliar a autonomia privada no direito de família, permitindo a qualquer dos cônjuges terminar o casamento sem declinar os motivos e nem imputar ao outro conduta desairosa.

Diga-se, de resto, que há duas décadas já afirmavam os tribunais a irracionalidade em se manter casado por falta de prova de culpa, quando não há mais afeto e nem desejo, ainda que apenas por parte de um dos cônjuges (REsp 467.184, Min. Rui Rosado de Aguiar Júnior).

Em outras palavras, o casamento deixou de ser visto como estrutura formal e passou a receber merecimento jurídico pela sua substância. No dizer de Gustavo Tepedino, os artigos 226 a 230 da Constituição Federal deslocam o centro da tutela constitucional do casamento para as relações familiares - que não decorrem necessariamente do casamento, mas também de outras entidades familiares. A proteção da família não mais tem razão no fato milenar de se considerar unidade de produção e reprodução de valores éticos e culturais, mas sim funcionalizada à dignidade de seus membros e ao desenvolvimento da personalidade dos filhos. (A Disciplina Civil constitucional das Relações Familiares, in Temas de Direito Civil, Renovar, 1.999, Rio de Janeiro, p. 348 e 350).

Dessa forma, diante da revogação do Apelação nº 0000527-41.2009.8.26.0032 - Araçatuba - VOTO Nº 14.603 – TMM - 5/5 artigo 1.580, §2º do Código Civil, incompatível com o novo regime constitucional, *mister* a decretação do divórcio.

Também neste caso, houve manifestação favorável à aplicação imediata da Emenda para decidir celeremente a questão do divórcio, entretanto, frisou bem a possibilidade de as questões subjacentes serem discutidas *a posteriori*.

## CONCLUSÃO

Uma abordagem instantânea, acrítica e de menor profundidade acerca do novo regramento constitucional sob análise poderia levar a crer de pronto que a EC nº 66, sem sombra de dúvidas, exterminou a Separação Judicial do ordenamento jurídico nacional. Afinal, este instituto deixou de constar na letra da Constituição.

Entretanto, no bojo desse instituto são tratadas questões importantes que são evidenciadas durante o ajuizamento da ação de divórcio ou mesmo durante o seu processamento, visto serem próprias de uma situação de rompimento da sociedade conjugal onde os interesses intersubjetivos tendem a se tornar antagônicos.

Nesta perspectiva, quando a Emenda foi promulgada, logo se formou corrente majoritária a favorável à revogação da Separação Judicial. Entretanto, no momento atual, há doutrinadores que preferem fazer uma análise jurídica sistêmica e contemplar fatores relevantes disciplinados por aquele instituto, sem os quais haveria lacunas na lei que dificultariam a pacificação de conflitos intersubjetivos. Portanto, em lugar de afirmar a revogação preferem entender que houve desconstitucionalização do instituto, neste sentido, continuam existindo as questões disciplinadas pela Separação Judicial, porém em nível infraconstitucional, a saber: o Código Civil.

Nas palavras de Dias (2012), embora reconheça a existência de vozes discordantes; a grande maioria de quem se posicionou sobre a Emenda o fez em consonância com a autoaplicabilidade do preceito constitucional, e, nesse sentido, estão atuando juízes, que nos casos de separação em tramitação, intimam as partes e decretam o divórcio. Também os tabeliães e registradores aderiram essa linha interpretativa, e nesse sentido vêm orientando órgãos representativos dos serviços notariais.

Diante dos argumentos aqui trazidos, é possível concluir que, relativamente à revogação da Separação Judicial, não há ainda consenso na doutrina e na Jurisprudência. Muito embora, a corrente majoritária defenda a revogação tácita do instituto em virtude da conclusão que deixando de existir na letra da Lei Maior restara automaticamente inócuo, vazio, sem efeito para disciplinar qualquer questão.

De toda sorte, a matéria ainda não está pacificada e, providos de um pouco



mais de cautela e ponderação, aqueles que integram a corrente minoritária e entendem que houve sim a desconstitucionalização do instituto – Separação Judicial – e defendem sua manutenção no âmbito infraconstitucional garantindo por consequência a manutenção de temas importantes abarcados por ela, não o fazem sem razão. É provável, que similarmente ao que ocorreu no ano de 1977, quando foi publicada a Lei 6.515 cuja finalidade era disciplinar o divórcio que, como vimos, foi reintroduzido no sistema jurídico brasileiro por meio da Emenda Constitucional número 9 que alterou a Constituição de 1969, esta problemática seja tratada com a ênfase que requer a partir da edição de uma lei que abarque todas as particularidades de questões jurídicas intrínsecas ao divórcio.

Pelo menos sobre uma questão há consenso: a EC nº 66 consagrou o divórcio direto. Com o advento dela não há mais a necessidade de se processar a Separação Judicial nem de se provar a separação de fato para a concessão do divórcio. Também, necessário entender que a decretação do divórcio pode ocorrer antes de decididas outras questões subjacentes, de natureza cível, inerentes à dissolução do casamento civil.

O §6º do art. 226 da Constituição da República, com a redação dada pela Emenda nº 66, ao dispensar o requisito de "prévia Separação Judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos" para a obtenção do divórcio, não revogou a legislação civil. O regramento infraconstitucional foi preservado pela nova ordem constitucional, porquanto mantém compatibilidade tampouco afronta a Constituição.

## REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6023**: Informação e Documentação - Referência - Elaboração. Rio de Janeiro: ABNT, 2002.

\_\_\_\_\_. **NBR 10520**: informação e documentação: apresentação de citações em documentos. Rio de Janeiro, 2002.

\_\_\_\_\_. **NBR 14724**: Informação e documentação – Trabalhos acadêmicos – Apresentação. Rio de Janeiro, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em: Abril/2013.

\_\_\_\_\_. Decreto Lei 4.657, de 04.09.1942 – **Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro. LICC.** Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm) . Acesso em: Fevereiro/2013.

\_\_\_\_\_. Lei 5.869, de 11.01.1973 – **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L5869.htm> Acesso em: Abril/2013.

\_\_\_\_\_. Lei 6.515, de 26.12.1977. **Dissolução da sociedade conjugal e do casamento**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L6515.htm> Acesso em: Abril/2013.

\_\_\_\_\_. Lei 11.441, de 04.01.2007. **Altera dispositivos da Lei no 5.869**, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil/\\_Ato2007-2010/2007/Lei/L11441.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11441.htm) Acesso em: Abril/2013.

CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e separação**. Ed. 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Divórcio já!**. Ed. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

EVANGELISTA, Anderson Pereira, MADEIRA, Anderson Soares, MENEZES GUERRA, Lilian Dias Coelho Lins de, **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

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

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. Ed. 4. São Paulo: Atlas, 2004.

RODRIGUES, Décio Luiz José. **O Novo Divórcio conforme a recente Emenda Constitucional 66/10**. São Paulo: Imperium, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2009.

SIMÃO, José Fernando. **A PEC do divórcio** – a revolução do século em matéria de Direito de Família. Disponível em: <[http://www.professorsimao.com.br/artigos\\_simao\\_pec\\_do\\_divorcio.htm](http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_pec_do_divorcio.htm)>. Acesso em: 01 de maio de 2013.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. I, Ed. 38. Forense, 2002.

## APÊNDICE

Apêndice-1: Voto do desembargador Luiz Felipe Brasil Santos no acórdão 70039476221/TJMG.

Apêndice-2: Tabela: Organização dos dados para a análise das decisões dos tribunais TJMG, TJRS, TJDFT e TJSP, que fazem referência ao divórcio com as implicações da Emenda Constitucional 66/2010.