TRABALHO DISCENTE

Panorama da emenda constitucional nº66/2010 que alterou o divórcio

Andréia Santos

Aluna do 8º período de Direito da FACHA.

RESUMO

O presente artigo visa, por meio de uma revisão bibliográfica e do estudo jurisprudencial, apresentar os efeitos advindos com a promulgação da Emenda Constitucional de nº 66 (EC 66/10). Assim, em um primeiro momento, foi realizada uma retrospectiva histórica do divórcio, onde foi elencada cada fase vivenciada pela sociedade desde o Império até a vigência da EC 66/10. Em seguida, foram apresentadas as consequências jurídicas da promulgação da referida emenda, bem como os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais concernentes ao assunto. Ao final, como resultado deste estudo, concluiu-se que a promulgação EC 66/10 trouxe insegurança jurídica, tendo em vista a omissão do legislador no que tange ao entendimento da subsistência ou não da separação judicial no ordenamento jurídico pátrio.

PALAVRAS-CHAVE:

divórcio; emenda constitucional; conseqüências jurídicas.

ABSTRACT

This article aimsto present the effects of the enactment of Constitutional Amendment No. 66 (EC 66/10), using a bibliographic review and the jurisprudence analysis as base At first, a historical retrospective of divorce was done, in oder to list each phase experienced by the society, since the Empire period until the validity of the EC 66/10. Moreover, the legal consequences of the enactment of such amendment were presented, as well as doctrinal and jurisprudential positions concerning the issue. Finally, it was concluded that the promulgation of EC 66/10 brought legal uncertainty, taking into account the omission of the legislator related to the understanding of the subsistence or not of judicial separation on the National Legal System.

KEYWORDS:

divorce, constitutional amendment; legal consequences.

INTRODUÇÃO

Promulgada em 13 de Julho de 2010, a Emenda Constitucional nº 66 alterou o parágrafo 6º do artigo 226 da Constituição Federal, suprimindo a exigência de prévia separação judicial por mais de um ano ou da separação fática por mais de dois anos para a concessão do divórcio.

Em que pese os benefícios referentes à economia processual, bem como ao menor custo para o requerimento do divórcio, o advento da EC 66/10 trouxe insegurança ao ordenamento jurídico pátrio, tendo em vista a omissão deixada pelo legislador no que tange ao entendimento da subsistência ou não da separação judicial.

Isto porque restam dúvidas quanto ao destino das ações propostas antes de promulgada a emenda, além das questões referentes ao pedido de alimentos, utilização do nome do ex-cônjuge e do estado civil dos separados judicialmente.

Desta forma, fica a cargo da doutrina e da jurisprudência resolver tais questões, à luz dos princípios constitucionais e das regras gerais de direito.

Neste trabalho, pretende-se apresentar um breve panorama histórico sobre o divórcio, as alterações da Emenda Constitucional nº 66/2010 e suas consequências.

HISTÓRICO DO DIVÓRCIO

De acordo com Natasha do Nascimento Ferreira (2011) , durante o Império, quando o catolicismo era religião oficial, o casamento era regulado pela Igreja Católica, não sofrendo interferência do Estado, sendo utilizando como fonte os princípios do Direito Canônico.

Assim, o casamento era indissolúvel, não existindo a possibilidade de divórcio, sendo admitida somente a separação de fato.

Um grande avanço no sentido da desvinculação entre o Estado e a Igreja ocorreu com o Decreto 1.144, de 11.09.1861, regulamentado em 17.04.1863 através do Regulamento 3.069, que regulou o casamento dos não católicos.

Com a Proclamação da República, ocorreu a definitiva ruptura da Igreja com o Estado e,apesar das várias tentativas em manter a secularização do matrimônio, passou a ser reconhecido perante o Estado apenas o casamento civil, instituído pelo Decreto 181, de 24.01.1890.

Com o Código Civil de 1916, foi mantida a indissolubilidade do vínculo matrimonial, revelando a influência de uma sociedade conservadora e regida pelos princípios cristãos.

Na Carta Constitucional de 1934, pela primeira vez, a extinção da sociedade conjugal foi incluída no texto da Constituição, remetendo para a lei ordinária a regulamentação dos casos, sendo a mesma orientação foi repetida pelas Constituições de 1937, 1946 e 1967.

A Emenda Constitucional nº 09, de 28.06.1977, deu nova redação ao § 1º do artigo 175 da Constituição Federal de 1967, introduzindo no Brasil o divórcio vincular.

Notória era a necessidade de modificação do quorum para aprovação de emenda constitucional sobre matéria de divórcio, o que somente foi surgiu com a Emenda Constitucional nº 8, de 14.04.1977, visto que passou a exigir-se a maioria absoluta dos votos do total de membros do Congresso Nacional, sinalizando enorme conquista.

Regulamentando o novo instituto, foi editada a Lei nº 6.515, de 26.12.1977, que estabeleceu a necessidade de prévia separação judicial como requisito para o divórcio indireto, permitido uma única vez, desde que decorrido o lapso temporal de três anos. Já o divórcio direto era admitido em caráter excepcional, desde que o casal se encontrasse separado de fato há mais de cinco anos.

A Constituição Federal de 1988 foi responsável pela instituição do divórcio direto no direito brasileiro, através do artigo 226, § 6º, tratando como matéria constitucional a indissolubilidade do vínculo matrimonial.

A Lei nº 7.841, de 17.10.1989 possibilitou a realização de divórcios sucessivos.

Com a Lei 11.441, de 04.02.2010, foi instituída a possibilidade da dissolução amigável do casamento sem a intervenção do Poder Judiciário. Tal passo mostrou-se importante para o de Direito de Família, já que a separação judicial e os divórcios consensuais passaram a ser possíveis mediante a lavratura de escritura pública, sujeitando-se aos mesmos requisitos legais para as ações judiciais, contudo com única exigência de não possuírem os cônjuges filhos menores ou incapazes. Assim, o legislador limitou o intervencionismo do Estado na vida privada.

Por fim, apesar das pressões religiosas, em 13 de julho de 2010, os deputados e senadores, em Sessão do Congresso Nacional, presidida por José Sarney (PMDB-AP) e Michel Temer (PMDB-SP), promulgaram a Emenda Constitucional nº 66, que começou a vigorar após sua aprovação na Câmara por 315 votos favoráveis, no Senado, no segundo turno de votações, com 49 votos a favor, 04 votos contrários e 03 abstenções.

Assim, o pedido de divórcio passou a ser imediato, prescindindo o lapso temporal elencado no artigo 1580 do Código Civil de 2002.

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66 E SUAS CONSEQÜÊNCIAS.

O divórcio é uma das causas que determinam o término da sociedade conjugal, tendo o objetivo de dissolver o casamento válido e habilitando as pessoas a contrair novo casamento.

Em consonância com Carlos Roberto Gonçalves (2011), há duas modalidades de divórcio: o consensual, formulado por ambos os cônjuges; e o litigioso, formulado por um só dos cônjuges.

No primeiro, dispensa-se a fase conciliatória caso a petição inicial venha assinada por ambos os cônjuges ou pelo advogado com poderes especiais sendo, de qualquer forma, ouvido o Ministério Público.

Já no litigioso, o juiz conhecerá diretamente do pedido quando não houver contestação ou necessidade de produzir provas em audiência.

Antes da EC 66/2010, o divórcio podia ser classificado como direto ou indireto, sendo o primeiro aquele requerido por meio da comprovação de, no mínimo, dois anos de separação de fato e o segundo o requerido decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença de decretação da separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação dos corpos.

Todavia, a Emenda Constitucional nº 66 promoveu a alteração do § 6º do artigo 226. De acordo com Pretel (2010), para o autor da proposta de alteração constitucional, o deputado Antônio Carlos Biscaia (PT-RJ), a exigência de duas ações judiciais apenas prejudicaria o casal, com o acréscimo de despesas e o prolongamento do sofrimento. Ademais, para ele, a PEC acabaria até mesmo com a hipocrisia e os falsos testemunhos nas ações de divórcio.

Logo, a emenda supramencionada suprimiu o requisito de prévia separação judicial por mais de um ano ou a exigência de separação fática por mais de dois anos para a concessão do divórcio. Desta forma, trazendo intensa discussão sobre a subsistência ou não da separação judicial no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesta esteira, Maria Berenice Dias (2010) aduz:

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

A corrente que discorda da hipótese da extinção da separação judicial com o advento da Emenda Constitucional nº 66 alega que legislador abriu precedentes para outra forma de extinção do casamento.

Nesse passo, ensinam José Moacyr Doretto Nascimento e Gustavo Gonçalves Cardozo, citados por Pretel (2010):

> "É de se indagar se a separação judicial foi, deveras, extirpada do ordenamento jurídico pela superveniência constitucional. A novel norma constitucional preceitua que o casamento será extinto pelo divórcio, silenciando-se quanto à separação; nada diz, nada prescreve. Lança-se, nesse contexto, outra indagação retórica: o casal que passe por crise familiar, querendo buscar um respiradouro, deverá divorciar-se açodadamente ou viver em ligeira ilegalidade, que constrange socialmente muitos, uma vez que presente ainda o dever de fidelidade recíproca? (...) Há que se respeitar a vontade dos indivíduos, ainda incertos quanto ao futuro, mas decididos quanto ao presente. Há que se viabilizar e reconhecer a persistência da separação consensual em nosso sistema. Nem se venha redargüir que serão esses casos poucos ou mesmo raros, porque o direito, em sua modernidade, também tutela e promove a felicidade de minorias".

Outra indagação existente após a Emenda 66/10 refere-se às ações de separação judicial em andamento. Isto porque alguns entendem que extirpada a separação judicial, o estado civil "separado judicialmente" não deixou de existir, por não haver qualquer lógica em simplesmente transformar os separados judicialmente em divorciados, já que houve um regular processo de separação judicial e não de divórcio.

Deste modo, pertinentes são as explicações de Pablo Stolze Gagliano (2010), citado por Pretel (2010), para quem o ato jurídico perfeito deve ser respeitado.

Mesmo quem defende a inexistência da separação judicial no ordenamento jurídico após a promulgação da EC 66/10, como Maria Berenice Dias (2010), concorda que não há modificação do estado civil dos casais separados judicialmente.

Desta forma, aduz a mencionada autora:

> "As pessoas separadas judicialmente ou separadas de corpos, por decisão judicial, podem pedir a conversão da separação em divórcio sem haver a necessidade de aguardar o decurso de qualquer prazo. Enquanto isso, elas devem continuar a se qualificarem como separadas, apesar do estado civil que as identifica não mais existir".

A controvérsia no que tange a subsistência da separação judicial no ordenamento jurídico brasileiro ainda não é pacífica nos tribunais superiores. Todavia, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já posicionou-se sobre o assunto:

> "AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIVÓRCIO DIRETO. INVIABILIDADE DO PEDIDO. PARA A CONVERSÃO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL EM DIVÓRCIO, É IMPRESCINDÍVEL A PROPOSITURA DE AÇÃO PRÓPRIA. É INVIÁVEL TAL PRETENSÃO NOS AUTOS DA AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL, JÁ COM TRÂNSITO EM JULGADO E EM SEDE DE PARTILHA DE BENS. 1. Comporta decisão monocrática o recurso que versa sobre matéria já pacificada no Tribunal de Justiça. Inteligência do art. 557 do CPC. 2. A Emenda Constitucional nº66 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. 3. Mas essa disposição constitucional não retirou do ordenamento a legislação infraconstitucional, nem o instituto da separação judicial, como sendo a única modalidade legal de extinção da sociedade conjugal, que não afeta o vínculo matrimonial. 4. Se a parte pretende obter o divórcio, imperioso propor a ação própria, sendo inadmissível tal pleito no procedimento de partilha de bens. Recurso desprovido."

> "INCIDENTE DE PREVENÇÃO OU COMPOSIÇÃO DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL CONSENSUAL. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010. RELEVANTE QUESTÃO DE DIREITO. UNIFORMIZAÇÃO DE ENTENDIMENTO NO ÂMBITO DO 4º GRUPO CÍVEL. 1. EMENDA À INICIAL PARA PEDIDO DE DIVÓRCIO. O advento da Emenda Constitucional nº 66, que deu nova redação ao § 6º do art. 226 da CF, não baniu do ordenamento jurídico vigente o instituto da separação judicial. Não se cogita da subsistência de determinação judicial ordenando às partes a emenda da petição inicial para mudar o pedido de separação judicial para divórcio. 2. Em uma interpretação lógico-sistêmica, não há como entender preservados os requisitos de um ano de separação de fato, quando litigioso o pedido (art. 1.572, § 1º, do CC), ou ano de casamento, quando consensual (art. 1.574 do CC), na medida em que, para o divórcio, este mesmo Colegiado já disse não mais subsistirem (Súmula nº 37). Ocorre que, notoriamente, o instituto do divórcio possui efeitos muito mais contundentes do que o da separação judicial, pois rompe o vínculo matrimonial, enquanto esta última desfaz apenas a sociedade conjugal. Logo, não se mostra coerente exigir mais para o menos e menos para o mais ! 3. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. A renda do varão, servidor público estadual, bem como a da mulher, assistente administrativa, não alcança a quantia de dez salários mínimos, que representa o parâmetro que se tem adotado para ponderação do status de necessitado, na acepção legal do termo. CONHECERAM DO INCIDENTE DE PREVENÇÃO/ COMPOSIÇÃO DE DIVERGÊNCIA E DERAM PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. MAIORIA."

Outra questão que se levanta é saber se é possível

discutir a culpa no Divórcio, para que o culpado perca o direito ao uso do nome de casado e o direito de receber alimentos, como preceituam os artigos 1.578 e 1.704, parágrafo único do Código Civil. Certo é que esses mesmos artigos contemplam exceções, mas há casos em que o culpado perde o direito ao uso do nome e a alimentos.

Com a EC 66, autores, como a já citada Maria Berenice Dias, entendem que não se pode perquirir a culpa, isto é, não pode um dos cônjuges provar a culpa do outro. Seria justo, então, que o cônjuge se veja obrigado a pagar alimentos e ter seu nome usado pelo outro que, durante o casamento, praticou atos que possam trazer vergonha ao nome do inocente?

Também não podemos deixar de perceber que não há, a rigor, culpados ou inocentes, sendo ambos responsáveis (no sentido moral e não jurídico) pelo fim do relacionamento.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, não há dúvida quanto à insegurança jurídica decorrente da promulgação da EC 66/10 visto que a omissão do legislador deixou a desejar no que tange ao entendimento da subsistência ou não da separação judicial no ordenamento jurídico brasileiro.

Deste modo, ficará a cargo da interpretação doutrinária e do entendimento jurisprudencial a resolução de tais questões, à luz dos princípios constitucionais e das regras gerais de direito.até que o poder legislativo se manifeste.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

Código Civil 2002. São Paulo: Editora Saraiva, 2011

FERREIRA, Natasha do Nascimento. Aspectos processuais da Emenda Constitucional nº 66/2010. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 88, 01/05/2011 [Internet].Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9497. Acesso em 24/04/2012.

GONÇALVES, C.R. Direito de Família. Volume 2. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

PRETEL. M.P. Comentários acerca da Emenda Constitucional nº 66. Disponível em: http://jus.com.br/revista/texto/17062/comentarios-acerca-da emenda-constitucional-no-66#ixzz1sx8sFvF9. Acesso em: 24/04/2012.

http://www.mariaberenicedias.com.br. Acesso em 20/05/2012.

http://www.stf.jus.br

http://www.tjrs.jus.br