

Divórcio - Emenda Constitucional 66/2010 - Primeiras Tentativas de Interpretação

Décio Luiz José Rodrigues

Juiz de Direito da 6ª Vara Cível - Santo Amaro - SP. Professor da Escola Paulista da Magistratura.

Segundo a Emenda Constitucional 66/2010, o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, não mais havendo referência à necessidade de separação judicial prévia e nem a decurso de tempo algum para se chegar ao divórcio.

Assim, levando-se em conta a *mens legis* e a *mens legislatoris*, haja vista que nos pareceres/exposição de motivos da Emenda Constitucional indigitada mencionou-se, *apertis verbis*, que o instituto da separação judicial deixaria de existir, entendemos que foi extinta a separação judicial e a extrajudicial, quer por aqueles motivos acima referidos, quer pela irrazoabilidade/não-recepção Constitucional de sua manutenção.

Portanto, extinta, a separação judicial, do mundo jurídico, inclusive no âmbito extrajudicial, o que antes era possível fazê-lo, *ex vi* da Lei n. 11.441 de 2007, cabe o pedido de divórcio pelas partes em comum acordo (o que podemos chamar de divórcio consensual) ou por um cônjuge em face do outro, pois este não queria o divórcio (o que podemos chamar de divórcio litigioso) e sem requisito algum de tempo, muito menos de tempo de separação judicial ou de fato, não se podendo, ainda, indagar a respeito

de culpa *stricto sensu* na decretação do divórcio, pois independe de qualquer condição ou fato, inclusive independe da vontade do outro cônjuge.

Como corolário, ainda, deste sentir, conclui-se que tanto o vínculo conjugal como a sociedade conjugal, que permanecem como institutos distintos, serão extintos, concomitantemente, pelo divórcio, assim como também pela morte e pelas causas de invalidade (nulidade e anulação) do casamento.

E se houver necessidade de discussão da culpa, nesta incluído o descumprimento dos deveres do casamento, para se decidir sobre alimentos, guarda de filho, uso do nome do cônjuge a ser divorciado (hipóteses, por analogia, da perda do uso do patronímico na vetusta separação judicial) e até sobre danos morais ocorridos na relação entre os cônjuges?

Entendemos que tais discussões devem ser travadas em ação própria e entre os então ex-casados, pois, mesmo havendo culpa do cônjuge, é impossível não se decretar o divórcio por isso, nem cabendo defesa/contestação alguma do outro cônjuge quanto ao divórcio, pois a Constituição não vincula mais nada à possibilidade de decretação do divórcio do casal e, quanto aos danos morais indigitados, temos que a competência passa a ser, sem sombra de dúvidas, de Vara Cível, dada a independência total da decretação do divórcio, sem requisito algum, em relação aos danos morais advindos da relação entre as partes casadas.

Outrossim, entendemos que, nas ações de separação judicial em curso, as partes devem ser instadas a adaptarem a ação ao pedido de divórcio, sob pena de extinção da ação de separação por falta de interesse de agir e/ou impossibilidade jurídica do pedido supervenientes e em havendo, após a Emenda, novos ajuizamentos de ação de separação, devem ser extintas por impossibilidade jurídica do pedido, caso não sejam emendadas as iniciais para o pedido de divórcio.

Nem se diga que a emenda violaria o artigo 264 e seu parágrafo único do CPC (“feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por

lei. Parágrafo único. A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo”), pois se trata, *hic et nunc*, de adaptação necessária da Lei ordinária (CPC) a norma de caráter Constitucional *stricto sensu*, com prevalência desta e de seus princípios àquela.

Mas, sem a separação antecedente que levava ao divórcio, não foi subtraído dos cônjuges o necessário prazo para refletirem sobre o que estão fazendo?

Não, pois se trata de partes capazes juridicamente para o matrimônio e para a solução que encontraram e, na *praxis* forense, muitos casos há em que, mesmo após o prazo de separação, há o divórcio e, mais tarde, casam, os dois, de novo, não havendo, pois, regra de ciência exata no relacionamento humano/amoroso.

Passa a ser incabível a ação cautelar de separação de corpos?

Entendemos que ainda é cabível tal ação nas hipóteses em que a permanência da pessoa casada no seio do lar trazer risco/perigo à segurança e/ou à saúde do outro cônjuge ou à da prole, sempre se atentando ao Poder Geral de Cautela do Juiz, haja vista que não mais há razão para se ajuizar a cautelar referida somente para se garantir a um dos cônjuges, autor da ação, que ele possa abandonar o lar sem perigo de estar descumprindo o dever de coabitação, pois não mais se discute culpa *stricto sensu* no divórcio, devendo, o autor, em trinta dias do cumprimento da liminar, ajuizar a ação principal de divórcio, não mais de separação judicial.

Também consignamos que não mais terá valia a cautelar de separação de corpos criada pela Jurisprudência nos casos em que o casal ainda não estava casado por um ano, não queria mais ficar casado desde agora e ajuizava a cautelar para não viverem mais sob o mesmo teto, sem risco de infringirem o dever de coabitação, aguardando, separados, o transcurso do prazo de um ano de casamento para poderem pedir a separação consensual, haja vista que este instituto não mais existe e que não mais necessitam de prazo algum para pedirem o divórcio, *in casu*, consensual.

Nos casos de separação judicial ou extrajudicial já consolidadas antes da Emenda, é possível a ação de conversão da separação em divórcio?

Parece-nos que é possível, inclusive pela via extrajudicial, conforme artigo 52 da Resolução 35 do CNJ, mas já “no mesmo dia”, sem necessidade de se aguardar o antigo prazo de um ano de separação para se pedir a conversão e esta, na prática, vai corresponder a um próprio pedido autônomo de divórcio e amparado na mudança Constitucional, sem requisito algum, nem se cogitando de culpa. 