

Decisão exige quarentena para conversão de separação em divórcio

Sem que sejam preenchidos os requisitos postos no Código Civil, é improcedente o pedido para converter separação judicial em divórcio com base na [Emenda Constitucional 66, de 2010](#). A decisão é da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que confirmou sentença anterior.

Embora a emenda tenha retirado do texto constitucional a exigência do requisito prévio de um ano de separação judicial ou de dois anos de separação de fato para o divórcio, a corte gaúcha acredita que continua em vigor a necessidade de um ano do transito em julgado da sentença da separação ou de dois anos da decisão que concedeu a separação de corpos. O tema é tratado pelo artigo 1.580 do CC: “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”.

De acordo com o relator do caso, desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, “as alterações anunciadas ainda dependeria de mudanças a serem feitas no Código Civil e que, enquanto não implementadas estas, subsistiriam os requisitos temporais para o divórcio bem como o próprio instituto da separação”.

Ele lembra ainda que há doutrinadores defensores da imediata aplicabilidade do texto constitucional, com a extinção da separação judicial ou extrajudicial, e a abolição dos requisitos temporais para o divórcio.

Mesmo assim, citando o jurista Pontes de Miranda, recorda que, quando a Constituição de 1937 suprimiu a referência ao desquite e à anulação de casamento, “a Constituição havia entendido ser impróprio do texto constitucional conter regra jurídica processual de tal pormenor”.

Para o desembargador, essa é a mesma situação vivida atualmente. “Em dado momento da história, por motivos bem identificados, entendeu o legislador ser conveniente levar aqueles dispositivos para a Constituição, embora lá não necessitassem constar; ultrapassada aquela circunstância histórica, desconstitucionalizou-se o tema”, declarou. *Com informações da Assessoria de Comunicação do TJ-RS.*

Leia abaixo a íntegra da decisão, com a omissão dos nomes das partes:

APELAÇÃO CÍVEL. SEPARAÇÃO JUDICIAL. PEDIDO DE CONVERSÃO EM DIVORCIO. IMPOSSIBILIDADE. EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010. NOVA REDAÇÃO AO § 6º do art. 226 da Constituição Federal. vigência da LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL (ART. 1.580 DO CÓDIGO CIVIL). REQUISITOS PRESERVADOS, POR ORA.

1. A aprovação da Emenda Constitucional nº 66/2010, ao dar nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, efetivamente suprimiu, do texto constitucional, o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos .

2. Não houve, porém, automática revogação da legislação infraconstitucional que regulamenta a matéria. Para que isso ocorra, indispensável seja modificado o Código Civil, que, por ora, preserva em pleno vigor os dispositivos atinentes à separação judicial e ao divórcio. Inteligência do

art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/42).

NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. UNÂNIME.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em negar provimento à apelação.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário (Presidente), os eminentes Senhores **Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves e Des. Alzir Felipe Schmitz.**

Porto Alegre, 13 de janeiro de 2011.

DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS,
Relator.

RELATÓRIO

Des. Luiz Felipe Brasil Santos (RELATOR)

Cuida-se de apelação interposta por [omitido] e [omitido] em face da sentença que, nos autos da ação de conversão de separação em divórcio, indeferiu a petição inicial com fundamento no parágrafo único do art. 295 do CPC (fl. 20).

Sustentam que: (a) se trata de ação de conversão de separação judicial em divórcio com base na Emenda Constitucional nº 66/2010 que alterou § 6º do art. 226 da CF; (b) a sentença que decretou a separação judicial transitou em julgado em 22 de junho de 2010 e a ação foi proposta em 21 de setembro; (c) é evidente que a alteração constitucional eliminou o prazo para o divórcio que poderá ser requerido de forma direta, sem o lapso mínimo de um ano a contar da separação judicial ou de dois anos no caso de separação de fato; (d) tendo havido a extinção do processo sem resolução de mérito ao indeferir a petição inicial, pode o Tribunal julgar desde logo a lide, nos termos do art. 515, § 3º do CPC, vez que não há necessidade de produção de outras provas. Requerem seja dado provimento ao recurso para julgar a lide, decretando o divórcio com expedição do competente mandado ao ofício do Registro Civil (fls. 22/24).

O Ministério Público opinou pelo não-provimento da apelação (fls. 27/31).

Vieram os autos conclusos, restando atendidas as disposições dos arts. 549, 551 e 552 do CPC, pela adoção do procedimento informatizado do sistema Themis2G.

É o relatório.

VOTOS

Des. Luiz Felipe Brasil Santos (RELATOR)

Não assiste razão aos apelantes.

A aprovação da Emenda Constitucional nº 66/2010, ao dar nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, efetivamente suprimiu **do texto constitucional** o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos .

Porém, não revogou os dispositivos do Código Civil que tratam do divórcio, em especial o art. 1580:

Art. 1.580. 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.

Em sede doutrinária, tive a oportunidade de me manifestar acerca do tema, em texto sob o título EMENDA CONSTITUCIONAL 66: UMA LEITURA "POLITICAMENTE INCORRETA", que transcrevo na íntegra como razões de decidir:

Poucos dias após a entrada em vigor da Emenda Constitucional 66, manifestei-me no sentido de que a concretização das alterações por ela anunciadas dependeria ainda de mudanças a serem feitas no Código Civil, e que, enquanto não implementadas estas, subsistiriam os requisitos temporais para o divórcio bem como o próprio instituto da separação.

O tema continua a render debate, embora, é preciso reconhecer, com maciça predominância da corrente que sustenta a direta e imediata aplicabilidade do texto constitucional, com o desaparecimento da separação (judicial e extrajudicial) e abolição dos requisitos temporais para o divórcio. Basta ver que, dos cerca de 20 artigos sobre o tema, publicados no site do Instituto Brasileiro de Direito de Família (www.ibdfam.org.br), de lavra de diversos especialistas, com exceção do autor destas linhas, todos os demais se posicionam pela imediata aplicação do novo regramento. Neste sentido opinam, dentre outros, Maria Berenice Dias, Paulo Luiz Netto Lobo, Zeno Veloso, Rodrigo da Cunha Pereira, Pablo Stolze Gagliano e Waldir Grisard Filho.

O entendimento desses doutrinadores pode ser resumido no seguinte trecho de autoria de Paulo Luiz Netto Lobo:

Há grande consenso, no Brasil, sobre a força normativa própria da Constituição, que não depende do legislador ordinário para produzir seus efeitos. As normas constitucionais não são meramente programáticas, como antes se dizia.

É consensual, também, que a nova norma constitucional revoga a legislação ordinária anterior que seja com ela incompatível. A norma constitucional apenas precisa de lei para ser aplicável quando ela própria se limita "na forma da lei".

Ora, o Código Civil de 2002 regulamentava precisamente os requisitos prévios da separação judicial e

da separação de fato, que a redação anterior do parágrafo 6º do artigo 226 da Constituição estabelecia. Desaparecendo os requisitos, os dispositivos do Código que deles tratavam foram automaticamente revogados, permanecendo os que disciplinam o divórcio direto e seus efeitos. O entendimento de que permaneceriam importa tornar inócua a decisão do constituinte derivado e negar aplicabilidade à norma constitucional.

(...)
Não podemos esquecer da antiga lição de, na dúvida, prevalecer a interpretação que melhor assegure os efeitos da norma, e não a que os suprima. Isso além da sua finalidade, que, no caso da EC 66, é a de retirar a tutela do Estado sobre a decisão tomada pelo casal.

Em contrapartida, a autorizada voz de Sérgio Gischkow Pereira emitiu alerta em texto sob o título CALMA COM A SEPARAÇÃO E O DIVÓRCIO!, onde, em síntese, sustentou:

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. (...)

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!

Também cautelosa é a posição de **Gilberto Schäfer, que, em interessante artigo intitulado A EMENDA CONSTITUCIONAL 66 E O DIVÓRCIO NO BRASIL, conclui que a referida Emenda, na parte que contém a regra do divórcio, tem efetividade mediata, ou seja, depende de uma mediação infraconstitucional do Direito Civil e do Direito Processual Civil.**

Passados os momentos iniciais de avaliação, e ponderados os argumentos até aqui postos, acrescento outras reflexões sobre o tema.

A situação que se vive agora não é nova, pois fenômeno bastante similar ocorreu há 73 anos, quando da entrada em vigor da Constituição de 1937. Lançar o olhar sobre a história é sempre pedagógico.

A Constituição de 1934, atendendo forte pressão dos segmentos ligados à Igreja Católica, havia inserido no ordenamento jurídico brasileiro o princípio da indissolubilidade do vínculo matrimonial, conferindo-lhe dignidade constitucional, como estratégia para servir de barreira às tentativas de introdução do divórcio em nosso país. Com esse objetivo, assim dispunha no art. 144:

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.

Observe-se que o princípio da indissolubilidade estava posto no *caput* do artigo, porém entendeu-se

então ser necessário ir além e se fez constar no parágrafo único a regra de que os casos de desquite e de anulação de casamento seriam regulados pela lei ordinária, com recurso necessário, provido de efeito suspensivo.

No entanto, quatro anos após, a Constituição de 1937 reproduziu, no art. 124, a mesma redação do "caput" do art. 144 da Carta anterior, suprimindo-lhe, porém, o parágrafo único, que fazia referência ao desquite e à anulação do casamento. Qual a consequência dessa supressão? Teria deixado de existir a possibilidade do desquite, por não mais constar do texto constitucional? É Pontes de Miranda quem responde:

A Constituição de 1937 entendeu que seria impróprio do texto constitucional conter regra jurídica processual de tal pormenor; e riscou dos seus artigos o parágrafo único do art. 144 da Constituição anterior. Isso não quer dizer que, desde 10 de novembro de 1937, revogado ficasse o direito correspondente. A regra jurídica continuou, como de direito ordinário, suscetível, portanto, de derrogação e ab-rogação pelos legisladores ordinários. O que lhe cessou foi a força de princípio jurídico constitucional. (SEM GRIFO NO ORIGINAL)

Ocorreu então, como se vê, a mesma situação que vivenciamos hoje, e Pontes não deixou dúvida quanto às consequências: subsistência da legislação ordinária.

Ora, nesse contexto, a entender, em contrário, que houve revogação, seríamos forçados a admitir que o próprio instituto do divórcio estaria extirpado do ordenamento jurídico, caso fosse suprimido o § 6º do art. 226 da CF! Não creio, porém, que semelhante heresia hermenêutica encontrasse eco em nosso meio!

Neste passo, é necessário relembrar a distinção entre normas materialmente constitucionais e normas apenas formalmente constitucionais. As primeiras são aquelas que: (1) dispõem sobre a estrutura do Estado, definem a função de seus órgãos, o modo de aquisição e limitação do poder, e fixam o regime político; (2) estabelecem os direitos e garantias fundamentais da pessoa; (3) disciplinam os fins sócio-econômicos do Estado; (4) asseguram a estabilidade constitucional e (5) estatuem regras de aplicação da própria Constituição. A seu turno, as regras formalmente constitucionais são as que, embora não tenham esse conteúdo, são postas na Constituição por opção política circunstancial do Constituinte.

É este o caso das atinentes ao casamento e às formas de sua dissolução. Em dado momento da história, por motivos bem identificados, entendeu o legislador ser conveniente levar aqueles dispositivos para a Constituição, embora lá não necessitassem constar. Ultrapassada aquela circunstância histórica, desconstitucionalizou-se o tema. Tal não significa, porém, que tenha ficado "revogado o direito correspondente" (para usar a expressão de Pontes de Miranda), mas, simplesmente, que doravante será possível a supressão daqueles requisitos pelo legislador infraconstitucional, o que não seria viável sem a modificação ora operada no plano constitucional.

Revogação ocorreria se houvesse manifesta incompatibilidade entre o novo dispositivo constitucional e a legislação ordinária (arts. 1.571 a 1.580 do Código Civil). Não é o que ocorre, porém, como se verá.

Pertinente invocar aqui a Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/42) que, em seu art. 2º, § 1º, dispõe:

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.

Por dois modos, pois, pode uma lei (ou dispositivo legal) ser revogada pela legislação posterior: (a) de forma expressa ou (b) tácita. Esta última modalidade, a seu turno, desdobra-se em outras duas: (b.1) incompatibilidade entre o dispositivo anterior e o novo e (b.2) quando o novo regramento regular inteiramente a matéria que tratava a lei anterior.

No caso em exame, não houve, por evidente, revogação expressa, nem inteira regulação da matéria tratada no Código Civil. Resta, portanto, verificar se há incompatibilidade manifesta entre ambos os regramentos. Vale aqui o alerta de Maria Helena Diniz:

(...) havendo dúvida, dever-se-á entender que as leis "conflitantes" são compatíveis, uma vez que a revogação tácita não se presume. A incompatibilidade deverá ser formal, de tal modo que a execução da lei nova seja impossível sem destruir a antiga. (SEM GRIFO NO ORIGINAL)

Na mesma linha, com invejável clareza, complementa Eduardo Espínola:

Os comentadores acentuam que, inquestionavelmente, se trata de uma incompatibilidade formal, absoluta, de uma impossibilidade de aplicar, contemporaneamente, a uma relação jurídica, a lei antiga e a nova. (SEM GRIFO NO ORIGINAL)

Ora, com a maior reverência a respeitáveis (embora, a meu sentir, apressadas) opiniões em contrário, no caso não se flagra manifesta incompatibilidade entre a atual redação do § 6º do art. 226 da Constituição Federal e o Código Civil, na parte que disciplina os requisitos para obtenção do divórcio e da separação (judicial e extrajudicial).

Isso porque a nova regra constitucional limita-se a declarar (simplesmente repetindo, aliás, o que já constava no § 1º do art. 1.571 do Código Civil) que "o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio", nada dispondo quanto à dispensa, ou não, de qualquer outro requisito. Isso não impede, por evidente, que a lei ordinária estabeleça os requisitos para a obtenção do divórcio! Não há, para usar a feliz expressão de Espínola, qualquer "impossibilidade de aplicar, contemporaneamente, a uma relação jurídica, a lei antiga e a nova".

Diferente seria se o § 6º do art. 226 da CF contivesse a seguinte redação (ou assemelhada):

Art. 226. (...)

(...)

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, independentemente de qualquer requisito.

Por fim, aqueles que sustentam ter sido revogada, no ponto, a legislação infraconstitucional trazem o argumento da "vontade do legislador", que seria, como se vê na Exposição de Motivos do Projeto que

deu origem à EC 66, direcionada à extinção dos requisitos temporais do divórcio e à abolição da figura da separação judicial. Embora reconheça ter sido essa, com efeito, a intenção dos autores do Projeto, é preciso ter presente que o critério exclusivamente subjetivista de interpretação (mormente quando não encontra respaldo na linguagem da norma, como no caso) representa fator de insegurança jurídica. Como assinala, com ênfase, Adelino Augusto Pinheiro Pires:

Falar, no entanto, em interpretação conforme a vontade da norma, quando uma norma constitucional não tem desígnio em si mesma, é um disparate, convenhamos. Falar, então, em interpretar a norma constitucional segundo a vontade do legislador, mostra-se com mais razão um contrassenso. A norma constitucional diz o que quer dizer; quanto ao que não quer dizer, se cala ("lex quod volet dixit; quod non volet tacet"). (SEM GRIFO NO ORIGINAL)

*Nesse mesmo sentido é o que afirma **Gilberto Schäfer**, em seu já citado artigo:*

*É certo que já se amainaram as críticas ao processo de valorização da gênese legislativa, aí incluídos os chamados trabalhos parlamentares (**travaux parlementaires**), mas não há a possibilidade de se ultrapassar os limites da linguagem, sob pena de perder qualquer **objetividade** na interpretação. E o perigo de não equilibrar subjetividade/objetividade é a possibilidade do arbítrio e da falta de controle e até mesmo em um excesso de voluntarismo que não pode mais ser aceito. É a linguagem do texto expresso na EC que deve nos dar a justa medida para a sua interpretação.(SEM GRIFO NO ORIGINAL)*

Em conclusão – embora admita que a linha de pensamento que sustento representa uma visão "politicamente incorreta", em um tempo em que a versão midiática, até do direito, tende a preponderar – penso que, por não haver qualquer incompatibilidade entre o novo texto do § 6º do art. 226 da Constituição Federal e os dispositivos correspondentes do Código Civil, estes últimos subsistem em sua inteireza, até que sejam objeto de modificação por lei específica.

Fique claro, porém, que esta opinião não significa que me posicione ideologicamente contrário à evolução que se pretendeu com a Emenda Constitucional em foco, mas apenas que não aceito – só por ser favorável à tese – que sejam atropeladas regras comezinhas de interpretação do Direito.

Correta, portanto, a sentença ao preconizar que cabe à norma infraconstitucional definir, doravante, o que seja divórcio e seus requisitos.

Nesse sentido, merece destaque a pioneira decisão deste Tribunal de Justiça, de lavra do ilustre DES. SÉRGIO FERNANDO DE VASCONCELLOS CHAVES, que pontificou:

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 Vasconcellos Chaves, Julgado em 29/10/2010)

Mantenho a sentença, contudo, sob diverso fundamento, uma vez que não há falar em impossibilidade jurídica do pedido, mas em julgamento de improcedência da pretensão dos autores porque desatendido o requisito legal de transcurso de um ano da separação judicial para o decreto do divórcio, como posto no art. 1.580 do CCB.

Por todo o exposto, NEGÓ PROVIMENTO à apelação.

Des. Alzir Felipe Schmitz (REVISOR) – De acordo com o(a) Relator(a).

Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves – De acordo com o(a) Relator(a).

DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS – Presidente – Apelação Cível nº 70039476221, Comarca de Garibaldi: "NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. UNÂNIME."

Julgador(a) de 1º Grau: GERSON MARTINS DA SILVA

Date Created

15/01/2011