

O DÍVORCIO E A SEPARAÇÃO JUDICIAL NO BRASIL ATUAL: FACILIDADES E PROBLEMAS

Fábio Roberto Caldin¹

Rodrigo Pessoni Teófilo de Carvalho¹

Vinicius Leonam Pires Kusumota¹

Vitor Turci de Souza¹

RESUMO

O presente trabalho visa analisar os efeitos e impactos gerados pela Emenda Constitucional n° 66, dando nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal na qual se extingue o requisito prévio de separação judicial por mais de um ano ou de comprovada separação de fato por mais de dois anos. São analisadas opiniões de doutrinas de relevância no país em questões não previstas no texto legal em sua nova redação e as prováveis tendências tomadas pelo judiciário brasileiro em relação a esta questão.

Palavras-chave: Divórcio; separação judicial.

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. A Modificação 3. Como é hoje 4. As questões periféricas 5. Conclusão 6. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

A Constituição Federal tinha em sua redação no § 6º do art. 226 o seguinte texto: "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." O texto da Emenda Constitucional n° 66 tornou o artigo da seguinte forma: "O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio." Percebemos que todas as questões relacionadas ao lapso temporal para o divórcio não foram mais previstas na nova redação. Qualquer pessoa casada, que queira por fim a sociedade conjugal poderá ingressar com o pedido de divórcio (consensual ou litigioso) não sendo mais necessários os prazos de separação judicial ou de fato.

¹ Alunos do segundo semestre do Curso de Direito das Faculdades COC de Ribeirão Preto-SP.

Assim sendo, as pessoas que já se separaram judicialmente podem ingressar, a qualquer momento, com o pedido de divórcio.

Porém, a nova Emenda Constitucional possui algumas lacunas, gerando assim algumas questões que devem ser analisadas, especialmente quando comparamos o divórcio com a separação. O Professor Yussef Said Cahali nos orienta:

A distinção entre os dois institutos é elementar: o divórcio, como ruptura de um matrimônio válido, põe termo ao casamento e aos seus efeitos civis, assim como os efeitos do matrimônio religioso (artigo 24 da Lei nº 6515/77), ainda que não repetida essa disposição no CC, ensejando aos divorciados a convolação de novas núpcias. Enquanto isso, a separação judicial apenas põe fim às relações patrimoniais entre os cônjuges, que são dispensados dos deveres de coabitação e fidelidade recíproca (artigo 1.576 do CC). Difere assim do divórcio, pois apenas relaxa os liames do matrimônio, mas sem provocar o rompimento do vínculo conjugal. (CAHALI, 2010).

Fazendo um paralelo com o cotidiano da vida, quando um casal pretende apenas "dar um tempo no casamento", optará pela separação, mas caso tenha decidido pelo término total da sociedade conjugal, não existindo assim mais nenhum vínculo, optarão pelo divórcio, podendo assim ser, pois com a nova Emenda da Constituição Federal, a separação judicial não é mais pressuposto do divórcio. Ao excluir os prazos do divórcio criou-se o divórcio potestativo, com natureza diferente da antiga.

2. A modificação

Anteriormente, permitia-se apenas a conversão da separação judicial em divórcio, desde que houvesse prévia separação judicial por mais de um ano, atendidas as determinações legais e o divórcio direto, caso comprovada separação de fato por mais de dois anos.

Existem entendimentos no sentido de que com a exceção de prazos e de prévia separação de fato ou judicial, nada mais foi alterado. Pode o divórcio ser realizado pelas vias judiciais ou administrativas. No caso da administrativa, esta é feita na forma de escritura pública, exigindo-se assim o consenso, inexistência de filhos menores ou incapazes, e resolvidas às questões do art. 1.124-A do Código de Processo Civil (descrição e partilha de bens, pensão e nome dos cônjuges).

As questões que geram dúvidas são apenas as periféricas, como em relação à solução dos processos em andamento e a existência, ou não, da separação judicial.

Porém, realizando uma análise voltada somente ao texto constitucional do novo, chega-se à conclusão de que foi criada uma regulamentação inteiramente nova. Ao excluir-se os prazos e ao afastar a lei ordinária da regulamentação, o Constituinte criou um **novo divórcio potestativo**, bem diferente das antigas figuras existentes.

3. Como é Hoje

A nova redação do § 6º do art. 226 da Constituição Federal enfatiza que ninguém é obrigado a continuar unido a outrem se esta não for sua vontade. O divórcio com o novo texto está relacionado inteiramente a vontade do interessado, não tendo a necessidade de nenhuma outra condição ou prazo, mesmo sendo o cônjuge incapaz ou não concordar com o término da sociedade conjugal. Além disso, esta redação está prevista na Constituição Federal, as demais leis, que são inferiores não podem prever qualquer espécie de restrições a esse direito, sob o risco de se tornarem inconstitucionais. O divórcio é uma declaração unilateral de vontade e a posição do outro cônjuge não possui relevância jurídica, não existindo a possibilidade de contestação.

Para uma proposta de ação judicial é preciso o chamado interesse de agir. Se não há interesse, a coisa pode ser obtida normalmente, sem interferência do juiz, exceto em situações anormais, onde as declarações de vontade dispensam a provocação do Judiciário.

O casamento tem natureza contratual especial. Contrato *sui generis*, onde prevalecem às normas de caráter público e onde a função social é de relevância maior, mas sempre um contrato. Este é desfeito pela mesma forma exigida para o contrato (art. 472 do Código Civil), a escritura pública com notificação do outro cônjuge (art. 473 do Código Civil).

A declaração de vontade e a notificação ao outro cônjuge são independentes a fiscalização ou homologação judicial, sendo necessária somente a averbação. Havendo consenso, todas as questões paralelas e acessórias, podem fazer parte da escritura.

As questões como guarda, alimentos aos filhos menores ou incapazes, regulamento de visitas e questões patrimoniais, estas sim exigem provocação do juízo.

4. As Questões Periféricas

Com a nova redação, os pedidos de divórcio já existentes devem ser deferidos de imediato. Entretanto, aqueles onde há existência de pedidos como alimentos e guarda devem prosseguir.

Como não houve revogação expressa ou tácita, ainda existe a possibilidade de separação judicial.

5. Conclusão

Sem dúvida, a modificação constitucional coloca o direito de família em consonância com sua atual perspectiva sócio-afetiva, valorizando princípio da liberdade e respeitando a vontade de cada indivíduo, compreendendo o fato de que o casamento em determinados casos torna-se uma prisão, cujo cadeado era a culpa, o processo e o tempo.

Diante da atual necessidade social, não havia mais sentido o Estado permanecer impondo obstáculos ao fim de um casamento que faticamente já não mais existia.

Ficam, ademais, as conclusões sobre questões periféricas não tratadas no novo texto como por exemplo: os alimentos necessários. Destaca-se a necessidade de criação de órgão de conciliação, mediação e orientação psicossocial na área familiar.

6. Referências Bibliográficas

CAHALI, Yussef Said. Divórcio e Separação. 11. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

COMEL, Denise Damo. **Divórcio imediato e normas remanescentes**. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13194> Acesso em 06.09.2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **A nova emenda do divórcio**. Disponível em <http://jus.uol.com.br/revista/texto/16969/a-nova-emenda-do-divorcio> Acesso em 06.09.2010.

NEGRÃO, Theotonio. Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor 39. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família, 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.